



Abteilung III
C-674/2011

Urteil vom 2. Mai 2012

Besetzung

Richterin Marianne Teuscher (Vorsitz),
Richter Jean-Daniel Dubey, Richter Blaise Vuille,
Gerichtsschreiber Rudolf Grun.

Parteien

Y._____,
vertreten durch lic. iur. Urs Ebnöther, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführer,

gegen

Bundesamt für Migration (BFM), Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid.

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer (geb. 1980) ist japanischer Staatsangehöriger. Am 11. Oktober 2002 reiste er in die Schweiz ein und erhielt eine Aufenthaltsbewilligung für einen befristeten Aufenthalt als Student an der Hochschule Musik und Theater Zürich (heute: Zürcher Hochschule der Künste), welche letztmals bis 10. Oktober 2010 verlängert wurde. Mit Schreiben vom 4. November 2009 wurde der Beschwerdeführer darauf aufmerksam gemacht, dass die längst mögliche Aufenthaltsdauer für Studenten acht Jahre betrage, er diese Frist am 10. Oktober 2010 erreicht habe und eine allfällige Verlängerung zur Aus- und Weiterbildung nicht mehr möglich sein werde.

B.

Am 29. September 2010 reichte die Jugendmusik J._____ (Gesuchstellerin) beim Amt für Wirtschaft und Arbeit Zürich (AWA) in Bezug auf den Beschwerdeführer ein Gesuch um Erteilung einer Kontingentseinheit für erwerbstätige Ausländer ein (als Musiklehrer, Sprachlehrer, Orchesterleiter und Dirigent verschiedener Arbeitgeber). Parallel dazu ersuchte der Beschwerdeführer am 7. Oktober 2010 beim Migrationsamt des Kantons Zürich um Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung, um einer Erwerbstätigkeit als Musik- und Sprachlehrer nachzugehen. Mit Verfügung vom 27. Oktober 2010 erteilte das AWA dem Beschwerdeführer eine Kontingentseinheit für Kurzaufenthalter (zwölf Monate) als Dirigent und Ausbilder und leitete diesen Vorentscheid an das BFM zur Zustimmung weiter.

C.

Mit Verfügung vom 8. Dezember 2010 verweigerte das BFM die Zustimmung zum Vorentscheid der kantonalen Arbeitsmarkbehörde vom 27. Oktober 2010 über die Bewilligung zur Erwerbstätigkeit. Zur Begründung führte sie aus, wenn auf dem Schweizer Arbeitsmarkt keine entsprechende Arbeitskraft gefunden werden könne, so bestehe die Möglichkeit, gut qualifizierte Personen aus dem Ausland zu rekrutieren, sofern dies einem gesamtwirtschaftlichen Interesse entspreche und die Bestimmungen zum Vorrang inländischer Arbeitnehmer bzw. Angehöriger von Staaten, mit denen ein Freizügigkeitsabkommen abgeschlossen wurde, erfüllt seien. Dabei seien die zahlenmässige Begrenzung, die Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie die persönlichen Voraussetzungen einzuhalten. In casu könne einerseits ein echtes Bemühen der Gesuchstellerin, die freie Stelle mit Bewerbern aus der Schweiz oder aus dem EU/EFTA-Raum aus den

Unterlagen nicht abgeleitet werden. Andererseits stehe die Tätigkeit des Beschwerdeführers als Dirigent bzw. musikalischer Leiter bei der Geschwisterin und weiteren Musikvereinen den Vorgaben der vorinstanzlichen Weisungen entgegen, wonach Bewilligungen an aus Drittstaaten stammende, längerfristig in der Schweiz engagierte Künstler erteilt werden könnten, wenn diese an grösseren Theatern, Opernhäusern oder Sinfonieorchestern zum Einsatz kämen. Ferner seien die Zulassungsvoraussetzungen auch bezüglich der geplanten Tätigkeit als Musik- und Sprachlehrer nicht gegeben. Im Übrigen werde eine Bewilligung praxisgemäss immer für einen bestimmten Zweck, bestimmten Arbeitgeber und einen bestimmten Arbeitsort erteilt, wobei grundsätzlich nur Anstellungsverhältnisse im Vollzeitpensum akzeptiert würden.

D.

Mit Verfügung vom 17. Dezember 2010 lehnte das Migrationsamt des Kantons Zürich das Gesuch des Beschwerdeführers um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung ab und forderte ihn auf, die Schweiz bis zum 28. Februar 2011 zu verlassen. Dagegen reichte er bei der Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich am 18. Januar 2011 Rekurs ein.

E.

Mit Rechtsmitteleingabe vom 24. Januar 2011 an das Bundesverwaltungsgericht beantragt der Beschwerdeführer die Aufhebung der Verfügung des BFM vom 8. Dezember 2010 und die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz. Das vorliegende Verfahren sei ferner mit dem bei der Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich hängigen Rekursverfahren zu koordinieren. Zudem sei ihm die unentgeltliche Prozessführung samt Rechtsverteidigung zu gewähren. Zur Begründung verweist der Beschwerdeführer insbesondere auf die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene Gesetzesänderung, wonach Ausländerinnen und Ausländer mit Hochschulabschluss zugelassen werden könnten, wenn ihre Erwerbstätigkeit von hohem wissenschaftlichem oder wirtschaftlichem Interesse sei. Nach neuem Recht falle die Begründung des BFM dahin. Insbesondere müsse der Arbeitgeber nicht mehr nachweisen, dass er die zu besetzende Stelle bereits mehrfach erfolglos ausgeschrieben habe. Der Beschwerdeführer sei ein hochqualifizierter Musiker und könne seine erworbenen Fähigkeiten auf hohem Niveau ausüben. Auch sei ein hohes wirtschaftliches Interesse gegeben, weil es ihm gelinge, den von ihm geleiteten Musikvereinen zu mehr Auftritten zu verhelfen und viele Musikanten zur Weiterbildung zu motivieren. Es bestehe ein öffentliches Interesse an seinem Verbleib in der Schweiz zur Ausübung seiner musikalischen

Tätigkeit. Gemäss neuem Recht bestehe ein Anspruch auf eine sechsmonatige Aufenthaltsregelung zwecks Stellensuche nach dem Hochschulabschluss. Daraus ergebe sich auch ein Anspruch auf Aufenthalt bei gefundener Stelle, wenn – wie im vorliegenden Fall – die vorgenannten Voraussetzungen erfüllt seien.

F.

Mit Zwischenverfügung vom 3. Februar 2011 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege samt Rechtsverteidigung gut.

G.

Die Vorinstanz schliesst in ihrer Vernehmlassung vom 17. März 2011 auf Abweisung der Beschwerde und führt im Wesentlichen aus, dass – unabhängig vom anwendbaren Recht - die Stelle bzw. Erwerbstätigkeit des Ausländers von hohem wissenschaftlichem oder wirtschaftlichem Interesse sein müsse, was in Bezug auf den Beschwerdeführer nicht zutrefte. Eine erleichterte Zulassung nach Abschluss des Studiums in der Schweiz sei nicht möglich.

H.

In seiner Replik vom 6. Mai 2011 hält der Beschwerdeführer an seiner Beschwerde sowie den Begehren fest.

I.

Auf den weiteren Akteninhalt (u.a. die mit der Rechtsmitteleingabe vom 24. Januar 2011 und die mit den ergänzenden Eingaben vom 21. Februar 2011 und 5. Januar 2012 eingereichten Beweismittel) wird, soweit rechtserheblich, in den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1. Verfügungen des BFM betreffend Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 31, Art. 32 sowie Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ist endgültig (Art. 1 Abs. 2 VGG i.V.m. Art. 83 Bst. c Ziff. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

1.2. Das Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.3. Im Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind grundsätzlich nur Rechtsverhältnisse zu prüfen, zu denen die Vorinstanz verbindlich – in Form einer Verfügung – Stellung genommen hat bzw. hätte nehmen müssen. Insoweit bildet die Verfügung die äussere Grenze des zulässigen Streitgegenstandes (BGE 136 II 457 E. 4.2 S. 462 f.; BVGE 2010/5 E. 2, je mit Hinweisen; vgl. auch RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 2. Auflage, Basel 2010, Rz. 985 ff.). Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet ausschliesslich die Zustimmung der Vorinstanz zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid in einem ausländerrechtlichen Bewilligungsverfahren (vgl. dazu Ziff. 4.2 hiernach). Soweit der Beschwerdeführer um Koordination mit dem bei der Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich hängigen Rekursverfahren ersucht, in welchem es um die Aufenthaltsbewilligung bzw. um die allfällige Wegweisung aus der Schweiz geht, erweist sich das diesbezügliche Begehren als unzulässig. Im Übrigen besteht zwischen den beiden Verfahren nur insofern ein Zusammenhang, als dass die kantonale Migrationsbehörde dem Beschwerdeführer nur bei einem positiven arbeitsmarktlichen Vorentscheid eine entsprechende Aufenthaltsbewilligung erteilen kann. Aus diesem Grund hat denn auch die Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich das Rekursverfahren am 11. Februar 2011 bis zum rechtskräftigen Abschluss des vorliegenden Verfahrens sistiert.

1.4. Der Beschwerdeführer ist als Adressat der angefochtenen Verfügung zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist im oben dargelegten Umfang einzutreten (Art. 49 ff. VwVG).

2.

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes und – sofern nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet im Beschwerdeverfahren das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62

Abs. 4 VwVG an die Begründung der Begehren nicht gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend ist grundsätzlich die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt seiner Entscheidung (vgl. BVGE 2011/1 E. 2, BVGE 2007/41 E. 2 sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2682/2007 vom 7. Oktober 2010 E. 1.2 und 1.3).

3.

Der Beschwerdeführer untersteht als japanischer Staatsangehöriger weder dem Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, SR 0.142.112.681) noch dem Abkommen vom 21. Juni 2001 zur Änderung des Übereinkommens vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA-Übereinkommen, SR 0.632.31). Seine Zulassung als sogenannter Drittstaatsangehöriger zum schweizerischen Arbeitsmarkt richtet sich deshalb nach dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) und seinen Ausführungsverordnungen, insbesondere der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201).

4.

4.1. Gemäss Art. 99 AuG legt der Bundesrat fest, in welchen Fällen Kurzaufenthalts-, Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligungen sowie kantonale arbeitsmarktliche Vorentscheide dem BFM zur Zustimmung zu unterbreiten sind. Dieses kann die Zustimmung verweigern oder den kantonalen Entscheid einschränken.

4.2. Vor der Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung (Art. 32 AuG) oder einer Aufenthaltsbewilligung (Art. 33 AuG) mit Erwerbstätigkeit sind die arbeitsmarktlichen Vorentscheide im Sinne von Art. 83 VZAE der Vorinstanz zur Zustimmung zu unterbreiten (Art. 85 Abs. 2 VZAE). Damit war auch der Vorentscheid der kantonalen Arbeitsmarktbehörde vom 27. Oktober 2010 zustimmungsbedürftig. Das BFM kann die Zustimmung aus den in Art. 86 VZAE genannten Gründen verweigern. Es befindet über das Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen in Ausübung einer originären Sachentscheidungskompetenz des Bundes ohne Bindung an die Beurteilung durch die kantonalen Behörden (vgl. BGE 127 II 49 E. 3a S. 51 f. und BGE 120 Ib 6 E. 3 S. 11 f.; ferner BVGE 2011/1 E. 5.2 sowie Entscheide des Eidgenössischen und Justiz- und Polizeidepartements

[EJPD], publiziert in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 70.23, 67.62 und 66.66).

4.3. Gemäss Art. 18 AuG können Ausländerinnen und Ausländer zur Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit zugelassen werden, wenn dies dem gesamtwirtschaftlichen Interesse entspricht (Bst. a), das Gesuch eines Arbeitgebers vorliegt (Bst. b) und die Voraussetzungen nach den Art. 20 – 25 AuG erfüllt sind (Bst. c). Zu beachten sind in diesem Zusammenhang die Begrenzungsmassnahmen (Art. 20 AuG), die Bestimmungen zum Vorrang (Art. 21 AuG), die Lohn- und Arbeitsbedingungen (Art. 22 AuG), die persönlichen Voraussetzungen (Art. 23 AuG) sowie das Erfordernis einer bedarfsgerechten Wohnung (Art. 24 AuG).

4.4. Art. 21 AuG regelt den Vorrang von inländischen Arbeitskräften und solchen aus dem EU/EFTA-Raum. Nach dessen Abs. 1 können Drittstaatsangehörige zum schweizerischen Arbeitsmarkt nur dann zugelassen werden, wenn nachgewiesen wird, dass keine dafür geeigneten Erwerbstätigen aus der Schweiz oder einem EU/EFTA-Staat, mit welchem ein Freizügigkeitsabkommen abgeschlossen wurde, gefunden werden können. Für Ausländerinnen und Ausländer mit Schweizer Hochschulabschluss gilt seit dem 1. Januar 2011 eine spezielle Regelung (Art. 21 Abs. 3 AuG [zum Ganzen vgl. Änderung vom 18. Juni 2010, AS 2010 5957]). Eine Anstellung ist ferner nur möglich, wenn gleichzeitig die orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden (Art. 22 AuG).

4.5. Kurzaufenthalts- und Aufenthaltsbewilligungen an Drittstaatsangehörige können sodann nur Führungskräften, Spezialistinnen und Spezialisten und anderen qualifizierten Arbeitskräften erteilt werden (Art. 23 Abs. 1 AuG). Zusätzlich müssen die berufliche Qualifikation, die berufliche und soziale Anpassungsfähigkeit, die Sprachkenntnisse und das Alter eine nachhaltige Integration in den schweizerischen Arbeitsmarkt und das gesellschaftliche Umfeld erwarten lassen (Art. 23 Abs. 2 AuG). Das duale System zu Gunsten von Schweizerinnen und Schweizern sowie Angehörigen der EU/EFTA-Staaten wird durch die Ausnahmegründe von Art. 23 Abs. 3 AuG durchbrochen und zwar wenn einer der folgenden Tatbestände erfüllt ist: Die Drittstaatsangehörigen sind Investorinnen und Investoren sowie Unternehmerinnen und Unternehmer, die Arbeitsplätze erhalten oder neue schaffen (Bst. a); es handelt sich um anerkannte Personen aus Wissenschaft, Kultur und Sport (Bst. b); Personen mit besonderen beruflichen Kenntnissen oder Fähigkeiten, sofern für deren Zulassung ein Be-

darf ausgewiesen ist (Bst. c); Personen im Rahmen des Kadertransfers von international tätigen Unternehmen (Bst. d) oder schliesslich Personen, deren Tätigkeit in der Schweiz im Rahmen von wirtschaftlich bedeutenden internationalen Geschäftsbeziehungen unerlässlich ist (Bst. e).

5.

Strittig ist vorab die Frage der Anwendbarkeit des Rechts. Während der Beschwerdeführer davon ausgeht, dass für ihn Art. 21 AuG in der Fassung vom 1. Januar 2011 anwendbar ist, spricht sich die Vorinstanz mit Hinweis auf Art. 126 Abs. 1 AuG für die Anwendbarkeit des alten Rechts aus, weil das vorliegende Gesuch im Herbst 2010 eingereicht wurde. Die Vorinstanz verkennt dabei aber, dass Art. 126 Abs. 1 AuG eine Übergangsbestimmung für Gesuche darstellt, die vor dem Inkrafttreten des AuG (am 1. Januar 2008) eingereicht wurden. Die Änderung des AuG vom 18. Juni 2010 enthält jedoch keine spezielle Übergangsbestimmung, weshalb nach dem oben erwähnten Grundsatz (vgl. E. 2 vorstehend) das neue Recht anzuwenden ist. Letztlich ist die Frage des anwendbaren Rechts – wie nachfolgend aufgezeigt – jedoch für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens unerheblich, weshalb es sich schon aus diesem Grunde erübrigt, die Sache an die Vorinstanz zu neuem Entscheid zurückzuweisen. Abgesehen davon, dass das Bundesverwaltungsgericht das massgebende Recht ohnehin von Amtes wegen anwendet, hat sich der Beschwerdeführer im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens ausführlich zur Anwendung des ab 1. Januar 2011 geltenden Rechts äussern können.

6.

6.1. Streitig ist vorliegend, ob die Voraussetzungen von Art. 21 AuG und Art. 23 AuG erfüllt sind. Deren Vorliegen kann nicht leichthin angenommen werden, soll die Absicht des Gesetzgebers verwirklicht werden, die Zuwanderung aus dem Nicht-EU/EFTA-Raum restriktiv zu gestalten, konsequent einem längerfristigen gesamtwirtschaftlichen Interesse unterzuordnen und vermehrt an den übergeordneten integrations-, gesellschafts- und staatspolitischen Zielen zu orientieren. Damit einher geht das Bestreben, weder eine Strukturhaltung durch wenig qualifizierte Arbeitskräfte mit tiefen Löhnen zu fördern, noch Partikularinteressen innerhalb der Wirtschaft zu schützen. Die arbeitsmarktlich motivierte Zuwanderung aus dem Ausland soll vielmehr auf die langfristige Integration der Ausländerinnen und Ausländer auf dem Arbeitsmarkt und in der Gesellschaft ausgerichtet sein und zu einer ausgeglichenen Beschäftigung und einer Verbesserung der Struktur des Arbeitsmarktes führen, wie dies

schon die per 1. Januar 2008 aufgehobene Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO, AS 1986 1791, zum vollständigen Quellennachweis vgl. Art. 91 Ziff. 5 VZAE) vorgesehen hatte (zum Ganzen vgl. Botschaft vom 8. März 2002 zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, in BBl 2002 3709, insbes. Ziff. 1.2.3 S. 3724 ff.; zu den früheren materiellen Zulassungsvoraussetzungen, die sich von den heutigen in grundsätzlicher Hinsicht nicht unterscheiden, siehe ferner BGVE 2011/1 E. 6.1 mit weiteren Hinweisen).

6.2. Wie aus dem Sachverhalt hervorgeht, erhielt der Beschwerdeführer im Juli 2002 eine Aufenthaltsbewilligung für einen befristeten Aufenthalt (maximal acht Jahre) als Student an der Hochschule Musik und Theater Zürich. Dieses Studium schloss er mit verschiedenen Diplomen erfolgreich ab. So erhielt er am 9. Januar 2007 das Diplom Musiker MH der Zürcher Fachhochschule, am 23. Januar 2007 das Lehrdiplom Klassik, am 30. Juni 2008 das Certificate of Advanced Studies CAS Dirigieren, am 15. Juni 2009 das Certificate of Advanced Studies CAS Dirigieren intermediate mit Hauptfach Dirigieren und schliesslich am 19. Juni 2010 das Certificate of Advanced Studies Orchesterleitung intermediate / Orchestral Conducting Intermediate. Während seines Studienaufenthaltes übte er im Nebenerwerb mehrere Tätigkeiten in verschiedenen Funktionen für diverse Arbeitgeber (u.a. Musikvereine und Sprachschule) aus. Diese Tätigkeiten im Teilzeitpensum wollte er nach Abschluss seines Studiums weiterführen, weshalb er ein entsprechendes Gesuch bei der kantonalen Arbeitsmarktbehörde einreichte.

6.2.1. Klar ist, dass sich aus dem Aufenthalt des Beschwerdeführers als Student mit Nebenerwerbstätigkeiten kein Anspruch auf Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung nach Art. 32 Abs. 1 AuG i.V.m. Art. 19 VZAE ableiten lässt. Sein Aufenthaltswitz war mit dem Abschluss des Studiums erfüllt. Gegenstand seines Gesuchs ist ein neues, andersartiges Verfahren mit einem anderen Aufenthaltswitz (vgl. Art 54 VZAE), in welchem ausschliesslich geprüft wird, ob die in Art. 18 bis Art. 24 AuG aufgelisteten Zulassungsvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 40 Abs. 2 AuG i.V.m. Art. 83 ff. VZAE).

6.2.2. Ein Rechtsanspruch auf die Erteilung einer Arbeits- und Aufenthaltsbewilligung lässt sich – entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers – auch nicht aus dem am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Art. 21. Abs. 3 AuG ableiten. Diese Bestimmung besagt lediglich, dass Ausländerinnen und Ausländer mit Schweizer Hochabschluss in Abwei-

chung von Absatz 1 zugelassen werden können, wenn ihre Erwerbstätigkeit von hohem wissenschaftlichem oder wirtschaftlichem Interesse ist. Ist dies der Fall, erhalten sie eine vorläufige Aufenthaltsregelung für eine Dauer von sechs Monaten zur Stellensuche. Die Kann-Formulierung in Art. 21 Abs. 1 und Abs. 3 AuG sowie der Ausdruck "vorläufig" in Art. 21 Abs. 3 AuG weisen eindeutig darauf hin, dass aus diesem Aufenthalt zur Stellensuche kein Rechtsanspruch auf Aufenthalt bei gefundener Arbeitsstelle abgeleitet werden kann. Nichts anderes ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien (vgl. Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 5. November 2009 zur parlamentarischen Initiative Neyrinck betreffend erleichterte Zulassung und Integration von Ausländerinnen und Ausländern mit Schweizer Hochschulabschluss, BBl 2010 427 ff. [insbes. 438 f.]).

6.3. Der Beschwerdeführer ist zweifellos im Besitze eines Schweizer Hochschulabschlusses. Demnach kann er in Abweichung von Art. 21 Abs. 1 AuG – d.h. ohne entsprechende Rekrutierungsbemühungen im Inland oder im EU/EFTA-Raum – zugelassen werden, wenn seine Erwerbstätigkeit von hohem wissenschaftlichem oder wirtschaftlichem Interesse ist. Ähnliches galt im Übrigen bereits vor dem 1. Januar 2011. Gemäss dem früheren Art. 47 VZAE (AS 2008 6273) konnten schon damals entsprechende Bewilligungen an Ausländerinnen und Ausländer mit einem in der Schweiz abgeschlossenen Studium erteilt werden, wenn ihre Erwerbstätigkeit von hohem wissenschaftlichem oder wirtschaftlichem Interesse war und insbesondere der Grundlagenforschung oder der Anwendung neuer Technologien diene. Mit der Änderung von Art. 21 AuG, wonach der Vorrang in Bezug auf Personen aus dem Inland und dem EU/EFTA-Raum unter den vorgenannten Voraussetzungen nicht mehr geprüft werden muss, wurde die seit dem 1. Januar 2011 geltende Bestimmung von der Verordnung ins Gesetz überführt (vgl. Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates, a.a.O., BBl 2010 438, sowie die entsprechende Stellungnahme des Bundesrates vom 27. Januar 2010 zu diesem Bericht, BBl 2010 447). Neu hinzugekommen ist lediglich die vorläufige Zulassung für eine Dauer von sechs Monaten, um eine entsprechende Erwerbstätigkeit zu finden (Art 21 Abs. 3 Satz 2 AuG). Somit ist nachfolgend zu prüfen, ob die vom Beschwerdeführer angestrebte Erwerbstätigkeit bzw. –tätigkeiten von hohem wissenschaftlichem oder wirtschaftlichem Interesse ist.

6.3.1. Wie bereits von der Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 17. März 2011 dargelegt, hat dabei das Stellenprofil der angestrebten Er-

werbstätigkeit einen Hochschulabschluss vorauszusetzen. Das heisst ein hohes wissenschaftliches Interesse ergibt sich nicht bereits aus dem abgeschlossenen Studium oder der Weiterbildung allein. Es bedarf eines sachlichen Bezuges zum Anforderungsprofil der offerierten Stelle. So kommen für eine erleichterte Zulassung beispielsweise qualifizierte Wissenschaftler für Bereiche in Frage, in welchen diese die erworbenen Fähigkeiten auf hohem Niveau ausüben können (hohes wissenschaftliches Interesse), u.a. in der Forschung und Entwicklung oder in der Anwendung des erworbenen Knowhow in Tätigkeitsgebieten von hohem wirtschaftlichem Interesse. Ein solches Interesse kann vorliegen, wenn für die abgeschlossene Fachrichtung ein ausgewiesener Bedarf auf dem Arbeitsmarkt besteht, die abgeschlossene Fachrichtung hoch spezialisiert und auf die Stelle zugeschnitten ist, die Besetzung der Stelle unmittelbar zusätzliche Stellen schafft oder neue Aufträge für die Schweizer Wirtschaft generiert (vgl. dazu auch Weisungen des BFM zum Ausländerbereich, Kapitel 4.4.7, abrufbar unter: http://www.bfm.admin.ch/bfm/de/home/dokumentation/rechtsgrundlagen/weisungen_und_kreisschreiben/l.auslaenderbereich [nachfolgend: Weisungen]).

6.3.2. Der Beschwerdeführer begründet das hohe wissenschaftliche Interesse mit seiner hohen Qualifikation und damit, dass sein Wegzug von ihm u.a. ein Verlust für die Schweizer Musikszene sei. Er verkennt dabei jedoch, dass zwischen seiner hohen Qualifikation und den ihm anerbötenen Teilzeitstellen als Dirigent bzw. musikalischer Leiter (bei der J._____, dem Musikverein T._____ und dem Musikverein H._____) ein sachlicher Zusammenhang bestehen muss, der in casu offensichtlich nicht gegeben ist. Sowohl beim MV T._____ als auch beim MV H._____ handelt es sich nach Einschätzung des Schweizerischen Blasmusikverbandes um Drittklassvereine. Solche Vereine werden in der Regel nicht von Dirigenten mit Hochabschluss geleitet, sondern von Personen, die lediglich einen Dirigentenkurs absolviert haben und die Leitung von Musikvereinen nicht hauptberuflich und zum Teil gegen ein bescheidenes Honorar ausüben. Der MV T._____ hat denn auch zugegeben, dass ein Drittklassverein meist musikalisch zu wenig Herausforderung und Perspektiven für einen ausgebildeten Dirigenten darstellen würde (vgl. Bestätigungsschreiben des MV T._____ vom 3. Juni 2010). Folglich wäre der Beschwerdeführer nicht bei Betrieben bzw. Vereinen angestellt, welche ihre Tätigkeiten auf hohem Niveau praktizieren. Nicht anders verhält es sich in Bezug auf das Engagement bei der J._____. Bei der J._____, die von den Musikvereinen des Bezirkes A._____ als gemeinsame Ausbildungsstätte des Musikantennachwuchses gegrün-

det wurde, spielen Jugendliche bis zu ihrem 22. Altersjahr in einem Blasorchester, die nach ihrer Ausbildungszeit bestens gerüstet sind für den Beitritt zu einem Musikverein (vgl. Homepage der J._____, abrufbar unter: http://www.j._____.ch). Ein diesbezüglich hohes wissenschaftliches Interesse dürfte somit nicht vorliegen.

6.3.3. Der Beschwerdeführer schliesst aus seiner guten Ausbildung und seiner speziellen Art, die Musiker zu begeistern und zu motivieren, auf ein öffentliches Interesse, in der Schweiz seiner musikalischen Tätigkeit nachgehen zu können. Untermuert wird dies mit diversen Empfehlungsschreiben und über 2000 Unterschriften, welche eine breite Unterstützung der lokalen Bevölkerung widerspiegeln. Wohl kann der Beschwerdeführer hier einen wertvollen kulturellen Beitrag zum Erhalt bzw. dem Fortbestand von Musikvereinen leisten. Inwiefern dies etwas mit einem hohen wirtschaftlichen Interesse zu tun hat, wird jedoch nicht näher begründet. Bei diesen Vereinen musizieren Amateure, bei deren Konzertanlässen meist nicht einmal die Spesen vollständig abgegolten werden. Es versteht sich daher von selbst, dass sie in der Regel von Laien dirigiert werden. Einen Dirigenten mit der fachlichen Ausbildung des Beschwerdeführers kann sich ein solcher Verein normalerweise nicht leisten, weshalb in diesem Zusammenhang auch nicht von einem ausgewiesenen Bedarf auf dem Arbeitsmarkt gesprochen werden kann. Mit einer allfälligen Zulassung des Beschwerdeführers würden sodann weder zusätzliche Stellen geschaffen oder entsprechende Aufträge der Schweizer Wirtschaft ausgelöst.

6.3.4. Ein hohes wissenschaftliches oder wirtschaftliches Interesse ist ferner auch nicht im Zusammenhang mit den Teilzeitstellen des Beschwerdeführers als Sprachlehrer beim B._____ oder als Musiklehrer bei der J._____ und der Musikschule S._____ nachgewiesen, geschweige denn geltend gemacht worden. Eine erleichterte Zulassung nach Abschluss des Studiums in der Schweiz ist daher nicht möglich, weshalb die Bedingungen des Vorrangs nach Art. 21. Abs. 1 AuG einzuhalten sind.

6.4. Wie die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zutreffend festhielt, haben sich in casu die verschiedenen Arbeitgeber des Beschwerdeführers nicht genügend bemüht, die freie(n) Stelle(n) mit Bewerbern aus der Schweiz oder aus den EU/EFTA-Raum zu besetzen. Für die Tätigkeit als Lehrer sind überhaupt keine Suchbemühungen unternommen worden. Der MV H._____ hat die Stelle als Dirigent in der Verbandszeitschrift

des Schweizer Blasmusikverbandes ausgeschrieben. Der MV T. _____ erwähnt verschiedene Rekrutierungsbemühungen (Inserat in der schweizerischen Brass Band Zeitung, auf der Homepage des thurgauer- und des schweizerischen Blasmusikverbandes), die jedoch nicht nachgewiesen sind. Weitere Suchbemühungen in fach- bzw. branchenspezifischen Zeitschriften, Internetportalen in der Schweiz und insbesondere im EU/EFTA-Raum sind unbestrittenermassen keine getätigt worden (vgl. dazu auch den Bericht "Der Dirigent muss gehen" in der Thurgauer Zeitung vom 7. Dezember 2010, wonach ein Drittklassverein nicht die Möglichkeit habe, in der EU einen Dirigenten zu suchen). Demnach kann keine Ausnahme von den Rekrutierungsbemühungen im Sinne von Art. 21 AuG abgeleitet werden.

6.5. Schliesslich kann sich der Beschwerdeführer auch aus den Zulassungsbedingungen im Bereich Kultur und Unterhaltungen (vgl. Ziff. 4.7.12 der Weisungen des BFM zum AuG) nichts zu seinen Gunsten ableiten. In diesem Bereich können kontingentierte Bewilligungen ausschliesslich an entsprechend qualifizierte Bühnenkünstlerinnen und Bühnenkünstler erteilt werden, welche an grösseren Schauspiel- und Opernhäusern, Sinfonieorchestern oder Theatern zum Einsatz gelangen, wobei der Beschäftigungsgrad mindestens 75 Stellenprozente betragen muss.

6.6. Was im Übrigen die Auslegung von Art. 21 AuG anbelangt, stützt sich die Vorinstanz auf die eben erwähnten Weisungen zum Ausländerbereich (vgl. auch E. 6.3.1 vorstehend). Als Verwaltungsweisungen besteht ihre Hauptfunktion darin, eine einheitliche und rechtsgleiche Handhabung des Verwaltungsrechts sicherzustellen, indem sie Leitlinien und Gesichtspunkte zur Konkretisierung des Verwaltungsermessens festlegen. Verwaltungsgerichte sind in der Regel nicht an Verwaltungsweisungen gebunden. Freilich pflegt eine Beschwerdebehörde selbst im Rahmen einer Angemessenheitskontrolle nicht ohne Not von der Ermessenverwaltung der Vorinstanz abzuweichen, zumal wenn wie hier Verwaltungsweisungen vorliegen, welche das Ermessen konkretisieren und eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMELI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 41 Rz. 11 ff.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 123 ff.; BGE 126 V 421 E. 5a S. 427, BGE 130 V 163 E. 4.3.1 S. 171 f.). Eine solche Zurückhaltung rechtfertigt sich umso mehr, als die Weisungen – wie vorliegend – unter Mitwirkung der interessierten Fachverbände ver-

fasst wurden und deshalb für sich die Vermutung eines sachgerechten und ausgewogenen Interessenausgleichs beanspruchen können (vgl. BVGE 2011/1 E. 6.4 mit Hinweis).

6.7. Da vorliegend die Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid schon an den Erfordernissen von Art. 21 AuG scheitert, erübrigt sich die Prüfung, inwiefern mit den dem Beschwerdeführer in Aussicht gestellten Arbeitsverhältnissen die orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten wären. Ebenso braucht nicht abschliessend geprüft zu werden, ob der Beschwerdeführer die persönlichen Voraussetzungen gemäss Art. 23 AuG erfüllt.

7.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung zu Recht ergangen ist (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist daher abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

8.

Da dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege samt Rechtsbeistandung gewährt wurde, ist er davon befreit, für die entstandenen Verfahrenskosten aufzukommen. Aus demselben Grund sind die Kosten der Rechtsvertretung von der erkennenden Behörde zu übernehmen und dem Rechtsbeistand ist gemäss Art. 9 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) eine Entschädigung von Fr. 2'000.- (inkl. MwSt.) auszurichten. Die Entschädigung für den unentgeltlichen Rechtsbeistand ist vom Beschwerdeführer zurückzuerstatten, sollte er später zu hinreichenden Mitteln gelangen (Art. 65 Abs. 4 VwVG).

Dispositiv Seite 15

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

3.

Dem unentgeltlichen Rechtsbeistand des Beschwerdeführers wird aus der Gerichtskasse ein amtliches Honorar von Fr. 2'000.- (inkl. MwSt.) ausgerichtet.

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...] zurück)
- das Migrationsamt des Kantons Zürich (ZH [...])

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Marianne Teuscher

Rudolf Grun

Versand: