



Abteilung VI
F-4755/2018

Urteil vom 27. Januar 2021

Besetzung

Richter Andreas Trommer (Vorsitz),
Richter Fulvio Haefeli,
Richterin Susanne Genner,
Gerichtsschreiber Julius Longauer.

Parteien

D._____,
Beschwerdeführer,

gegen

Staatssekretariat für Migration SEM,
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid.

Sachverhalt:**A.**

Am 31. März 2015 reichte der Beschwerdeführer, ein 1971 geborener indischer Staatsangehöriger mit Wohnsitz in Indien, beim Amt für Berner Wirtschaft (beco) ein Gesuch um Aufenthaltsbewilligung für sich, seine Ehefrau und ein gemeinsames Kind ein (Akten der Vorinstanz [SEM-act.] 1/3).

Der Beschwerdeführer begründete sein Gesuch mit der geplanten Neugründung eines Unternehmens, der D. _____ AG, das in Interlaken unter seiner persönlichen Leitung und der seiner Ehefrau ein indisches vegetarisches Spezialitätenrestaurant mit Jaina-Gerichten führen, Meal- und Keyholder Services anbieten und sich dem Reisegeschäft widmen werde. Alle Dienstleistungen seien auf indische Touristen ausgerichtet.

B.

Das beco erachtete die arbeitsmarktlichen Voraussetzungen für die Erteilung vorerst einer Kurzaufenthaltsbewilligung an den Beschwerdeführer als erfüllt und erliess am 14. April 2015 zu dessen Gunsten einen arbeitsmarktlichen Vorentscheid, den es noch am gleichen Tag der Vorinstanz zur Zustimmung unterbreitete (SEM-act. 1/2).

C.

Nach Einholung ergänzender Informationen beim Beschwerdeführer stimmte die Vorinstanz dem Vorentscheid des beco mit unangefochten in Rechtskraft erwachsener Verfügung vom 21. Oktober 2015 für die Dauer von maximal 12 Monaten zu (SEM-act 6/187).

Die Zustimmung wurde an diverse Bedingungen gebunden, unter anderem daran, dass die Bewilligung vorerst für 12 Monate erteilt und danach eine neue arbeitsmarktliche Prüfung vorgenommen werde, ferner dass die Bewilligung nur verlängert werde, wenn anhand eines ausführlichen Geschäftsberichts nachgewiesen werden könne, dass die im Businessplan aufgeführten Ziele (Umsatz, Gewinn, Schaffung neuer Arbeitsplätze für inländische Arbeitnehmende etc.) erreicht worden seien.

D.

Die in der Folge von der Migrationsbehörde des Kantons Bern erteilte Kurzaufenthaltsbewilligung wurde auf Gesuch hin und nach einer neuerlichen arbeitsmarktrechtlichen Prüfung durch das beco in eigener Zuständigkeit der Berner Behörden bis 23. November 2017 verlängert.

E.

Am 5. Oktober 2017 ersuchte der Beschwerdeführer um eine weitere Verlängerung seiner Kurzaufenthaltsbewilligung (unpaginiert bei den Akten der Vorinstanz).

Die Migrationsbehörde des Kantons Bern nahm die Eingabe als Gesuch auf Umwandlung der Kurzaufenthaltsbewilligung in eine Aufenthaltsbewilligung entgegen und leitete die Sache zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid an das beco weiter (unpaginiert bei den Akten der Vorinstanz).

Mit Vorentscheid vom 25. Januar 2018 hiess das beco das Gesuch des Beschwerdeführers aus arbeitsmarktlicher Sicht gut und stellte der Vorinstanz am gleichen Tag Antrag auf Zustimmung (unpaginiert bei den Akten der Vorinstanz).

F.

Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs verweigerte die Vorinstanz mit Verfügung vom 18. Juni 2018 die Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid des beco mangels Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen für eine Bewilligungserteilung (SEM-act. 14/280).

Weder ergebe sich aus den eingereichten Unterlagen das vom Gesetz geforderte gesamtwirtschaftliche Interesse an der Zulassung des Beschwerdeführers, noch habe sein Unternehmen die in der Verfügung der Vorinstanz vom 21. Oktober 2015 formulierten Bedingungen erfüllt.

G.

Mit Eingabe vom 17. August 2018 legte der Beschwerdeführer beim Bundesverwaltungsgericht Rechtsmittel gegen die vorgenannte Verfügung ein und beantragte deren Aufhebung und die Erteilung der Zustimmung zum Vorentscheid der kantonalen Arbeitsmarktbehörde. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Akten des BVGer [Rek-act.] 1).

H.

Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 18. Oktober 2018 die Abweisung der Beschwerde (Rek-act. 6).

I.

Der Beschwerdeführer hielt mit Replik vom 16. November 2018 an seinen Rechtsbegehren fest (Rek-act. 8).

J.

Auf den weiteren Akteninhalt wird, soweit erheblich, in den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

Mit der am 16. Dezember 2016 beschlossenen und auf den 1. Januar 2019 abschliessend in Kraft gesetzten Teilrevision (AS 2017 6521, 2018 3171) wurde das Ausländergesetz 16. Dezember 2005 (AuG) in das Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG, SR 142.20) umbenannt. Nachfolgend wird auf den Erlass unter seiner neuen Bezeichnung Bezug genommen.

2.

2.1 Verfügungen des SEM betreffend Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid einer kantonalen Arbeitsmarktbehörde unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 31 ff. VGG).

2.2 Gemäss Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt.

2.3 Der Beschwerdeführer ist als Adressat der angefochtenen Verfügung zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 und 52 VwVG).

3.

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann vorliegend die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und 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 Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. BVGE 2014/1 E. 2 m.H.).

4.

4.1 Als indischer Staatsangehöriger untersteht der Beschwerdeführer weder dem Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA, SR 0.142.112.681), noch dem Übereinkommen vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation EFTA (EFTA-Übereinkommen, SR 0.632.31). Seine Zulassung als sogenannter Drittstaatsangehöriger richtet sich deshalb nach dem AIG und dessen Ausführungsverordnungen, namentlich der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) und der Verordnung des EJPD vom 13. August 2015 über die dem Zustimmungsverfahren unterliegenden ausländerrechtlichen Bewilligungen und Vorentscheide (Zustimmungsverordnung, SR 142.201.1).

4.2 Vor der Erteilung einer Aufenthalts- oder Kurzaufenthaltsbewilligung zur Erwerbstätigkeit hat die kantonale Behörde in Form eines arbeitsmarktlichen Vorentscheides über das Vorliegen der Voraussetzungen zur Ausübung einer selbstständigen oder unselbstständigen Erwerbstätigkeit nach Art. 18 bis 25 AIG zu befinden (Art. 83 Abs. 1 Bst. a VZAE). Dieser Vorentscheid ist dem SEM zur Zustimmung zu unterbreiten (Art. 85 Abs. 1 und 2 VZAE i.V.m. Art. 1 Zustimmungsverordnung). Sind die Zulassungsvoraussetzungen nicht erfüllt oder steht der Bewilligungserteilung ein Widerrufsgrund nach Art. 62 AIG entgegen, wird die Zustimmung verweigert (Art. 86 Abs. 2 Bst. a VZAE). Zu den Widerrufsgründen zählt namentlich die Nichterfüllung von Bedingungen (Art. 62 Abs. 1 Bst. d AIG). Der Entscheid des SEM ergeht in Ausübung einer originären Sachentscheidskompetenz des Bundes ohne Bindung an die Beurteilung durch die kantonale Behörde (BVGE 2011/1 E. 5.2 m.H.).

4.3 Die Zulassung einer ausländischen Person zur selbstständigen Erwerbstätigkeit, um die es in der vorliegenden Streitsache unbestreitbar geht, setzt gemäss Art. 19 AIG (in der hier anwendbaren, bis 30. Juni 2018 gültig gewesenen Fassung) voraus, dass dies dem gesamtwirtschaftlichen Interesse entspricht (Bst. a), die dafür notwendigen finanziellen und betrieblichen Voraussetzungen erfüllt werden (Bst. b) und die Voraussetzungen nach den Artikeln 20 und 23-25 AIG erfüllt sind (Bst. c). Dazu gehören die Wahrung der Höchstzahlen (Art. 20 AIG), das Vorliegen bestimmter persönlicher Voraussetzungen bei der ausländischen Person, um deren Zulassung es geht (Art. 23 AIG), die Existenz einer bedarfsgerechten Wohnung (Art. 24 AIG) sowie besondere Regeln für Grenzgänger (Art. 25 AIG).

Soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (vgl. etwa Art. 25 Abs. 2 AIG), müssen die Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein.

5.

Vorliegend ist strittig, ob die Erwerbstätigkeit des Beschwerdeführers im gesamtwirtschaftlichen Interesse der Schweiz liegt bzw. ob der Zulassung die Nichterfüllung von Bedingungen entgegensteht, die dem Beschwerdeführer mit Blick auf das gesamtwirtschaftliche Interesse auferlegt wurden.

6.

6.1 Beim Tatbestandselement „gesamtwirtschaftliches Interesse“ handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Die Auslegung und Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen stellt eine Rechtsfrage dar, die als solche grundsätzlich der freien Kognition unterliegt (vgl. Art. 49 VwVG). Der unbestimmte Rechtsbegriff des gesamtwirtschaftlichen Interesses soll allerdings bei der Umsetzung des gesetzgeberischen Normprogramms den ökonomischen Sachverstand einer spezialisierten Verwaltungsbehörde dienstbar machen und gleichzeitig die notwendige Flexibilität angesichts der sich rasch wandelnden Verhältnisse sicherstellen. In einer derartigen Konstellation ist der Behörde daher ein relativ erheblicher Beurteilungsspielraum zuzugestehen, in den der Richter nicht eingreift, solange dessen Handhabung als vertretbar erscheint (Urteil des BVGer F-3384/2017 vom 20. Dezember 2018 E. 6.1; BENJAMIN SCHINDLER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2. Aufl. 2019, Rz. 8 ff. zu Art. 49).

6.2 Das Erfordernis des gesamtwirtschaftlichen Interesses dient der qualitativen Steuerung der Migration erwerbstätiger Ausländerinnen und Ausländer (vgl. Art. 3 AIG). Sein Vorliegen darf daher nicht leichthin angenommen werden (Urteil F-3384/2017 E. 6.2). Bei der Beurteilung des gesamtwirtschaftlichen Interesses an der Erwerbstätigkeit ausländischer Personen im Rahmen der Neuansiedlung bzw. Neugründung von Unternehmen muss nach den Weisungen der Vorinstanz der Nachweis nachhaltig positiver Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt Schweiz erbracht werden. Davon kann gesprochen werden, wenn das neue Unternehmen zur branchenspezifischen Diversifikation der regionalen Wirtschaft beiträgt, mehrere Arbeitsplätze für Einheimische erhält oder schafft, erhebliche Investitionen tätigt und neue Aufträge für die Schweizer Wirtschaft generiert (Ziff. 4.7.2.1 der Weisungen des SEM im Ausländerbereich, online abrufbar unter:

< www.sem.admin.ch > Publikation & Service > Weisungen und Kreisschreiben > I. Ausländerbereich > 4 Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit, Stand 1. April 2020 [nachfolgend: SEM-Weisungen], abgerufen Dezember 2020).

6.3 Es liegt in der Natur der Zulassungsvoraussetzung des gesamtwirtschaftlichen Interesses, dass erst die Zukunft weist, ob es auch tatsächlich realisiert wird. Kann ein gesamtwirtschaftliches Interesse an den von der ausländischen Person in Aussicht gestellten Auswirkungen der Neugründung bzw. Neuansiedlung eines Unternehmens auf den Arbeitsmarkt und die Wirtschaft grundsätzlich bejaht werden, ist deren Realisierung jedoch noch ungewiss, kann es der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebieten, die Zustimmung nicht zu verweigern, sondern vorerst mit Bedingungen zu verbinden (Art. 86 Abs. 1 VZAE). Wird die Bedingung allerdings nicht erfüllt, ist die Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid grundsätzlich unabhängig davon zu verweigern, ob die Nichterfüllung der ausländischen Person im Sinne eines Verschuldens zugerechnet werden kann oder nicht. Ein Abweichen von diesem Regelfall kann allenfalls in Erwägung gezogen werden, wenn der gesamtwirtschaftliche Nutzen offensichtlich ist. Unbeachtlich ist auch, ob und falls ja, welche Dispositionen die ausländische Person und ihre Familie mit Blick auf einen angestrebten Daueraufenthalt in der Schweiz getroffen haben (Urteil des BVGer C-2485/2011 vom 11. April 2013 E. 8; vgl. Ziff. 4.7.2.2 der SEM-Weisungen).

7.

7.1 Es ist unbestritten, dass das Unternehmen des Beschwerdeführers die selbst gesetzten Ziele, welche die Vorinstanz mit rechtskräftiger Verfügung vom 21. Oktober 2015 zur Bedingung für eine weitere Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung erhoben hatte, nach mehr als zwei Jahren Geschäftstätigkeit auch nicht annähernd erreicht hat. Die operative Tätigkeit nahm das Unternehmen anstatt im Oktober 2015 erst im April 2016 auf und nennenswerte Einnahmen konnten nur die Keyholder Services generieren. Die Einnahmen aus dem Reisegeschäft blieben stark hinter den Erwartungen zurück, und die Eröffnung eines Restaurants mit Meal Services, der ursprünglichen Hauptertragssparte des Unternehmens, wurde zunächst auf das Jahr 2017, dann auf 2018 und schliesslich auf 2019 verschoben (SEM-act. 7/197, 8/228, 13/262). So kam es, dass anstatt der anfänglich anvisierten Umsatzziele von Fr. 400'000.- für das erste und Fr. 665'000.- für das zweite Geschäftsjahr (SEM-act. 1/3, 3/107) im ersten Geschäftsjahr ca. Fr. 87'500.- und im zweiten Geschäftsjahr ca. Fr. 309'400.- mit Verlusten von ca. Fr. 68'800.- bzw. Fr. 4'900.- erzielt wurden (SEM-act. 13/269).

Und statt, wie prognostiziert, den Stellenetat auf 400% bzw. 500% zu steigern, wurde bereits im zweiten Geschäftsjahr familienfremdes Personal abgebaut, um weitere Verluste zu vermeiden. Ausser der langfristigen Anmietung von acht Ferienwohnungen für die Weitervermietung, was nicht vom ursprünglichen Businessplan gedeckt ist, und einer Liegenschaft für den Eigengebrauch wurden auch keine nennenswerten Investitionen getätigt.

7.2 Der Beschwerdeführer führt in seiner Stellungnahme an die Vorinstanz sowie auf Rechtsmittelebene eine Reihe von Gründen an, die ihn daran gehindert hätten, die Unternehmensziele zu erreichen, die grossmehrheitlich ausserhalb seines Einflussbereichs gelegen hätten und teilweise auf unglückliche Schicksalsschläge in seiner Familie zurückzuführen seien. Unter anderem nannte er den verspäteten Geschäftsbeginn aus entschuld-baren Gründen, fehlende Angebote für eine passende Restaurantlokalität, Verlust von Mitarbeiterinnen sowie Fremdvergabe von Reinigungsarbeiten zulasten von eigenem Personal, die sich in erhöhten Betriebskosten niedergeschlagen hätten, beträchtliche Währungsschwankungen und wirtschaftliche Instabilität im Jahr 2017 im Hauptmarkt Indien, Verzögerungen des Bewilligungsverfahrens und Aufgabe des damit zusammenhängenden Restaurantprojekts, Ausfall von Reservationen arabischer Gäste in der Nebensaison 2017 mangels Möglichkeit von Kreditkarten-Buchungen, die schwere Erkrankung seines Vaters im April 2017, der ein Jahr später verstorben sei, was eine starke Einschränkung der Geschäftstätigkeit nach sich gezogen habe. Mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip seien diese äusseren Einflüsse gebührend zu berücksichtigen. Nunmehr habe er ein geeignetes Lokal für ein Restaurant an guter Lage in Interlaken gefunden. Der Mietvertrag sei unterzeichnet und die Türe für die Aufnahme des Restaurantbetriebs und des Meal Service stehe per Frühjahr 2019 offen.

Zentraler Ausgangspunkt für die Beurteilung des gesamtwirtschaftlichen Interesses sei die Bereicherung des Gastronomieangebots in der Region Interlaken durch Jain Food, einhergehend mit der nachhaltigen Schaffung von Arbeitsplätzen und der Tötigung von Investitionen. Ein Angebot an Jain Food fehle in der Region Interlaken bisher gänzlich. Es würde daher die lokale Wirtschaft durchaus bereichern, wenn er seine Ziele endlich realisieren könnte. Mit der bevorstehenden Aufnahme des Restaurantsbetriebs und des Meal Service seien Investitionen in noch unbestimmter Höhe sowie die Schaffung der Arbeitsplätze gemäss Personalplanung verbunden. Durch den Jain Food Meal Service werde eine neue Zielgruppe indischer Touristen angesprochen, die bis dato nicht abgedeckt gewesen sei. Die

Verfügung der Vorinstanz komme gerade in einem äusserst ungünstigen Moment: Nachdem er unter schwierigsten Umständen alles hier aufgebaut habe und nun kurz vor Eröffnung des Restaurants an einer Top-Lage stehe, werde ihm die Verlängerung des Aufenthaltes verweigert. Das sei nicht zu verantworten. Wenn ihm zumindest noch ein Jahr Zeit gewährt werde, werde er nachweisen können, dass die Unternehmung sehr gut funktioniere und die gesetzten Ziele doch noch erreicht würden.

7.3 Der Argumentation des Beschwerdeführers kann nicht gefolgt werden. Es sei daran erinnert, dass die Vorinstanz mit ihren Bedingungen den Beschwerdeführer bei seinen selbst formulierten Geschäftszielen behaftete, die er in seiner Eingabe an das beco vom 24. Juni 2015 unter Berücksichtigung jeglicher Risiken und möglicher Anfangsschwierigkeiten als «äusserst» vorsichtige Minimalerwartung bezeichnete. Es könne ohne weiteres von einem bis zu 20 % besseren Ergebnis ausgegangen werden (SEM-act. 3/104). Das Unternehmen des Beschwerdeführers hatte mehr als zwei Jahre Zeit, seinen eigenen Erwartungen gerecht zu werden. Das ist klar nicht gelungen. Stattdessen wurde wiederholt die bisherige Nichterfüllung der Geschäftsziele mit äusseren Umständen entschuldigt und die Aufnahme einer profitablen Geschäftstätigkeit für die nahe Zukunft in Aussicht gestellt. Unter diesen Umständen ist es nachvollziehbar und nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Nichterfüllung der rechtskräftig gesetzten Bedingungen zum Anlass nahm, die Zustimmung zur Umwandlung der bisherigen Kurz- in eine Aufenthaltsbewilligung zu verweigern. Dass die Nichterfüllung der gesetzten Bedingungen teilweise auf Umstände ausserhalb des Einflussbereichs des Beschwerdeführers zurückzuführen ist, vermag an dieser Feststellung nichts zu ändern, da zum gegenwärtigen Zeitpunkt das gesamtwirtschaftliche Interesse der Unternehmung keineswegs offensichtlich ist (vgl. oben E. 6.3 und das dort zitierte Urteil des BVGer C-2485/2011 vom 11. April 2013 E. 8).

8.

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung zu Recht ergangen ist (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist demzufolge abzuweisen.

9.

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Verfahrenskosten sind auf Fr. 1'500.- festzusetzen (Art. 1, Art. 2 und Art. 3 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [SR 173.320.2]).

10.

Das vorliegende Urteil ist endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 2 BGG).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'500.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Sie sind durch den geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe gedeckt.

3.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (...)
- die Vorinstanz (...)
- die kantonale Arbeitsmarktbehörde

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Andreas Trommer

Julius Longauer

Versand: