

## JAAC 56.43

Entscheid des Bundesrates vom 14. August 1991

---

### *Travailleurs étrangers.*

*Art. 21 al. 2 let. c OLE. Autorisation pour une courte période de perfectionnement refusée à de jeunes cuisiniers de Hongkong.*

*- La clause de la nation la plus favorisée contenue dans le traité conclu en 1855 avec la Grande-Bretagne ne trouve plus application que sous réserve des dispositions contraires du droit national.*

*- L'échange d'expérience avec des professionnels suisses ne constitue pas un motif particulier justifiant une exception à l'exigence de provenance des pays de recrutement traditionnel (art. 8 al. 1<sup>er</sup> OLE).*

---

### *Ausländische Arbeiter.*

*Art. 21 Abs. 2 Bst. c BVO. Verweigerung einer Kurzaufenthaltsbewilligung zur Weiterbildung von fünf Jungköchen aus Hongkong.*

*- Die im Staatsvertrag von 1855 mit Grossbritannien enthaltene Meistbegünstigungsklausel gelangt nur noch unter Vorbehalt entgegenstehenden Landesrechts zur Anwendung.*

*- Der Erfahrungsaustausch mit schweizerischen Berufsleuten bildet keinen besonderen Grund für eine Ausnahme vom Erfordernis der Herkunft aus einem traditionellen Rekrutierungsgebiet (Art. 8 Abs. 1 BVO).*

---

**Lavoratori stranieri.**

**Art. 21 cpv. 2 lett. c OLS. Rifiuto di un permesso di breve durata per il perfezionamento di cinque giovani cuochi di Hongkong.**

**- La clausola della Nazione più favorita sancita nel trattato concluso nel 1855 con la Gran Bretagna è applicabile ancora unicamente con riserva di disposizioni contrarie del diritto nazionale.**

**- Lo scambio d'esperienza con professionisti svizzeri non costituisce un motivo particolare per derogare all'esigenza della provenienza dalle regioni di reclutamento tradizionali (art. 8 cpv. 1 OLS).**

---

**I**

**A.** Am 19. April 1989 haben der Schweizerische Hotelier-Verein und das Restaurant Bahnhofbuffet HB X bei der kantonalen Fremdenpolizei ein Gesuch um Erteilung von Kurzaufenthaltsbewilligungen für fünf Jungköche aus Hongkong zur Weiterbildung eingereicht.

In der Folge ist das Gesuch dem Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (BIGA) zur Behandlung überwiesen und am 11. Mai 1989 von diesem Amt abgewiesen worden.

**B.** Das EVD hat eine gegen den Entscheid des BIGA eingereichte Beschwerde am 30. März 1990 kostenfällig abgewiesen. Der Begründung ist zu entnehmen, dass die im Freundschafts-, Handels- und Niederlassungsvertrag vom 6. September 1855 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Ihrer Majestät der Königin des Vereinigten Königreichs von Grossbritannien und Irland (hiernach Staatsvertrag Schweiz/Grossbritannien, SR 0.142.113.671) enthaltene Meistbegünstigungsklausel durch jahrelangen Nichtgebrauch ausser Kraft getreten sei. Unabhängig davon stelle aber eine Meistbegünstigungsklausel nie eine «selfexecuting-Norm» dar; ein Staatsvertrag stelle kein unmittelbar anwendbares Recht dar, vielmehr müssten auch die Voraussetzungen im Landesrecht erfüllt sein. Der Bundesrat habe die Höchstzahlen für Kurzaufenthalter in der V vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO, SR 823.21) festgelegt. Kurzaufenthaltsbewilligungen dürften vom BIGA nur für bestimmte, in der BVO geregelte Tatbestände erteilt werden. So müssten gemäss Art. 8 Abs. 1 BVO erstmals einreisende Kurzaufenthalter vom Arbeitgeber in erster Linie in den traditionellen Rekrutierungsgebieten angeworben werden; diese Bestimmung stehe im Einklang mit den Art. 16 und 25 des BG vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, SR 142.20); Ausnahmen vom Prinzip seien danach möglich und es könnten auch Ausländer aus nicht traditionellen Rekrutierungsgebieten eine Aktivität in der Schweiz ausüben. Die Erfahrung habe gezeigt, dass sich nur solche Ausländer rasch in der Schweiz integrieren, deren Herkunftsland sich nicht allzu stark von der Schweiz unterscheide. Hongkong stelle kein traditionelles Rekrutierungsgebiet dar, da der dortige Kulturkreis völlig verschieden sei zu demjenigen in England oder in der Schweiz. Von diesem Prinzip dürfe

gemäss Art. 8 Abs. 1 BVO nur in bestimmt umschriebenen Ausnahmefällen abgewichen werden. Im vorliegenden Fall lägen aber keine «besonderen Gründe» im Sinne der erwähnten Verordnungsbestimmung für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung vor.

**C.** Gegen diesen Entscheid hat das Restaurant Bahnhofbuffet HB X am 2. Mai 1990 beim Bundesrat eine Beschwerde eingereicht mit dem Antrag, fünf Kurzaufenthaltsbewilligungen für Köche aus Hongkong zu erteilen. Zur Begründung wird im wesentlichen geltend gemacht, dass die Meistbegünstigungsklausel im Staatsvertrag ausreichend konkret sei, um sie als self-executing zu betrachten.

Selbst wenn man diese Auffassung nicht teilen würde, so müsse Hongkong als traditionelles Rekrutierungsland für Kurzaufenthalter im Sinne von Art. 8 BVO gelten, da diese Stadt in vielen Bereichen noch westlicher sei als die Schweiz. Ferner gelte es zu beachten, dass die Köche in erstklassigen Hotels ausgebildet worden seien und eine internationale Küche pflegten.

**D.** Das EVD beantragt in seiner Vernehmlassung vom 1. Juni 1991, die Beschwerde kostenfällig abzuweisen; auf die Begründung wird soweit notwendig in den nachfolgenden Erwägungen zurückgekommen.

**E.** Das Restaurant Bahnhofbuffet HB X betrachtet in seiner Replik vom 4. Juli 1990 den Staatsvertrag weiterhin als anwendbar, da er im wesentlichen Garantien bezüglich der nationalen Rechtsetzung und Rechtsanwendung enthalte. Der Grundsatz der Rechtssicherheit verbiete es, einen Staatsvertrag ohne formellen Akt ausser Kraft zu setzen. Vor allem habe man vergessen, dass bei Kurzaufenthaltern nicht die Assimilation im Gastland, sondern die Vervollständigung der beruflichen Kenntnisse im Vordergrund stehe. Übrigens seien zwei Gesuchsteller mit dem westlichen Kulturkreis schon von ihrer früheren Ausbildung her vertraut. Endlich sei ein Erfahrungsaustausch auch für Schweizer Köche von Bedeutung.

## **II**

### **1. (Formelles)**

**2.** Der Streit dreht sich, nachdem die Bewilligungspflicht feststeht und unbestritten ist, darum, ob fünf Jungköche aus Hongkong eine Kurzaufenthaltsbewilligung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit erteilt werden dürfe.

Gemäss den Bestimmungen des ANAG ist der Bundesrat befugt, Massnahmen zur Begrenzung der Zahl der erwerbstätigen Ausländer zu treffen (Art. 16 und 25 ANAG). Von der ihm eingeräumten Befugnis hat der Bundesrat mit dem Erlass der BVO Gebrauch gemacht. Danach ist zwischen dem Bestand der schweizerischen und ausländischen Wohnbevölkerung ein ausgewogenes Verhältnis anzustreben (Art. 1 Bst. a BVO). Die Zulassungsbeschränkung gilt sowohl für Ausländer, die aus dem Ausland zuziehen, als auch für Ausländer, die sich in der Schweiz aufhalten, aber keine Niederlassungsbewilligung haben (Art. 2 Bst. a und b BVO). Die Höchstzahlen der erwerbstätigen Ausländer, die als Kurzaufenthalter eine Erwerbstätigkeit ausüben, werden auf den Bund und die Kantone aufgeteilt (Art. 12 und Art. 21 BVO). Zu Lasten

dieser Höchstzahl kann das BIGA eine Kurzaufenthaltsbewilligung von höchstens 18 Monaten für Weiterbildungsaufenthalte erteilen an Berufsleute, die ihre Ausbildung im Ausland absolviert haben und von Berufsverbänden zur Förderung ihrer Fachkenntnisse an einen Betrieb vermittelt werden (Art. 21 Abs. 2 Bst. c BVO). *Erstmals einreisende Kurzaufenthalter* muss der Arbeitgeber in erster Linie in den traditionellen Rekrutierungsgebieten anwerben. Die Arbeitsmarktbehörden können Ausnahmen erlauben, wenn es sich um qualifizierte Arbeitskräfte handelt und besondere Gründe eine Ausnahme rechtfertigen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a BVO).

**3.** Vorweg ist zu prüfen, ob schon aufgrund des aus dem Jahre 1855 stammenden Staatsvertrages Schweiz/Grossbritannien, der eine Meistbegünstigungsklausel enthält, die beantragten Kurzaufenthaltsbewilligungen für fünf Jungköche aus Hongkong zu erteilen seien.

Nach ständiger Lehre und Rechtsprechung können Ausländer aus einer in einem Staats- beziehungsweise Niederlassungsvertrag enthaltenen Meistbegünstigungs- oder Gleichbehandlungsklausel keinen Rechtsanspruch für Niederlassung oder Aufenthalt in der Schweiz ableiten. Seit dem ersten Weltkrieg werden die in den Staats- beziehungsweise Niederlassungsverträgen enthaltenen Bestimmungen restriktiv ausgelegt und nur noch auf diejenigen Staatsangehörigen der Vertragspartner angewandt, die bereits eine Niederlassungsbewilligung besitzen. Für alle anderen ausländischen Staatsangehörigen gelten die alten Staatsverträge, wie das EDA in seiner Vernehmlassung vom 2. August 1990 zutreffend ausführt, nur unter dem Vorbehalt entgegenstehenden Landesrechts. Die Staats- beziehungsweise Niederlassungsverträge sind von den Staaten im Laufe der Zeit durch konkludentes Handeln dahingehend abgeändert worden, dass nicht nur die Zulassung und Ausweisung von Ausländern dem Landesrecht unterstehen, sondern dass dieses Landesrecht auch bestimmt, welche Ausländer es als aufgenommen und dem Niederlassungsvertrag unterstehend ansehen will (BGE 111 Ib 171 E. 2, BGE 106 Ib 127 E. 2b; VPB 41.56).

Lässt sich eine Kurzaufenthaltsbewilligung nicht schon aus dem Staatsvertrag Schweiz/Grossbritannien ableiten, so ist nachfolgend zu prüfen, ob eine solche Bewilligung gemäss den Bestimmungen des ANAG und insbesondere der BVO erteilt werden kann.

**4.a.** Nach Art. 8 Abs. 1 Satz 1 BVO muss der Arbeitgeber erstmals einreisende Kurzaufenthalter *in erster Linie in den traditionellen Rekrutierungsgebieten* anwerben.

Der Beschwerdeführer wendet ein, dass man bei der Auslegung dieser Bestimmung zu schematisch und restriktiv vorgegangen sei. Hongkong sei keine Dschungelrepublik, sondern in vielen Bereichen noch westlicher als die Schweiz. Vor allem verlange diese Bestimmung nicht, dass Ausländer *ausschliesslich* aus den traditionellen Rekrutierungsgebieten stammten. Es gebe nämlich auch Ausländer aus nicht traditionellen Rekrutierungsgebieten, die sich in unserem Land ohne grosse Mühe assimilieren könnten.

Der Beschwerdeführer irrt, wenn er meint, die Vorinstanz habe den in Art. 8 Abs. 1 Satz 1 BVO enthaltenen Begriff «*in erster Linie*» bundesrechtswidrig ausgelegt; entgegen seiner Ansicht ist damit nicht gemeint, dass alle

assimilationsfähigen Ausländer, unabhängig von wo sie kommen und woher sie stammen, eine Kurzaufenthaltsbewilligung für sich beanspruchen dürfen. Wenn Art. 8 Abs. 1 Satz 1 BVO verlangt, dass die Kurzaufenthalter «in erster Linie» in den traditionellen Rekrutierungsgebieten anzuwerben seien, so ist zum Verständnis des Begriffes «in erster Linie» auch Satz 2 von Art. 8 Abs. 1 BVO heranzuziehen, der die Ausnahmen zum Gegenstand hat. Werden die beiden Sätze von Art. 8 Abs. 1 BVO nicht für sich isoliert, sondern in einem Gesamtzusammenhang betrachtet und entsprechend als Einheit ausgelegt, so zeigt sich, dass man mit dem Begriff «in erster Linie» nur den Grundsatz für die Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung umschreibt; von diesem Grundsatz darf ausnahmsweise unter bestimmten, im Verordnungstext abschliessend aufgezählten Voraussetzungen abgewichen werden. Es handelt sich somit beim Begriff «in erster Linie» nicht um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der für sich allein der Auslegung bedarf. Vielmehr soll zum Ausdruck gebracht werden, dass Ausländer vom Grundsatz her immer aus den traditionellen Rekrutierungsgebieten stammen sollten; eine Abweichung von diesem Grundsatz, das heisst die Erteilung von Kurzaufenthaltsbewilligungen an Ausländer aus nicht traditionellen Rekrutierungsgebieten ist gemäss Art. 8 Abs. 1 Satz 2 BVO nur dann zulässig, wenn weitere abschliessend aufgezählte Voraussetzungen erfüllt sind. Wollte man von diesem Grundsatz abweichen, so würde neben den bestehenden Ausnahmen noch eine Generalklausel für weitere Ausnahmen geschaffen. Eine solche Auslegung verdient aber keinen Schutz, da sie bundesrechtswidrig ist; der Ausdruck «in erster Linie» bezieht sich einzig auf den Grundsatz, im weitern besteht kein Anhaltspunkt dafür, dass man je einmal beabsichtigte, den Ausnahmekatalog von Art. 8 Abs. 1 Satz 2 um eine Generalklausel für zusätzliche Ausnahmen zu erweitern. Ausserdem wäre eine solche Generalklausel nicht nur systemwidrig, sondern sie würde auch dem Sinn und Zweck der BVO zuwiderlaufen, da dieser Erlass und die darauf gestützte Praxis darauf ausgehen, dass Ausnahmbewilligungen restriktiv erteilt werden.

**b.** Das BIGA beziehungsweise die Vorinstanz hat zum Verständnis dieser Auslegungsfrage auf die «Weisungen und Erläuterungen des BIGA vom November 1986 zur BVO» hingewiesen.

Nach Lehre und Rechtsprechung stellen verwaltungsinterne Weisungen und Verwaltungsverordnungen kein «objektives Recht» dar. Sie sind nur insoweit anwendbar, als sie bundesrechtskonform sind und der Gleichheit in der Rechtsanwendung dienen, somit als Entscheidhilfe zur Anwendung gelangen; sie sind, anders gesagt, bei der Entscheidungsfindung einzig zu berücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen zulassen; vor allem haben sie auch eine einheitliche und rechtsgleiche Verwaltungspraxis im Ermessensbereich zu gewährleisten (BGE 115 V 6 E. 4b; VPB 49.60, VPB 45.1; *Rhinow René A. / Krähenmann Beat*, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel/Frankfurt am Main 1990, Nr. 9; *Häfelin Ulrich / Müller Georg*, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Zürich 1990, S. 23 ff.; *Moor Pierre*, Droit administratif, Bern 1988, Bd. 1, S. 224 ff.; *Knapp Blaise*, Précis de droit administratif, Basel/Frankfurt am Main 1988, S. 66 ff.; *Auer Andreas*, Die Schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, Basel/Frankfurt am Main 1984, S. 120 ff.; *Gygi Fritz*, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 290 ff.).

Die Weisungen gehen gemäss Art. 1 Bst. b BVO davon aus, dass günstige Rahmenbedingungen für die Eingliederung der hier wohnenden und arbeitenden Ausländer zu schaffen seien. Solche günstige Rahmenbedingungen liegen nach der allgemeinen Erfahrung dann vor, wenn es sich um Ausländer aus Staaten handelt, in denen die gesellschaftlichen, kulturellen, politischen und wirtschaftlichen Verhältnisse von den unsrigen nicht grundlegend abweichen. Dies ist, wie die Vorinstanz zutreffend bemerkt hat, bei Staatsangehörigen aus unseren Nachbarländern und Ländern mit ähnlichen Lebensverhältnissen der Fall. Die von der Vorinstanz zur Anwendung gebrachten Weisungen geben somit zu keinen Beanstandungen Anlass; das Bundesrecht über die ausländischen Arbeiter wird entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht verletzt, sondern im Gegenteil gemäss seinem Sinn und Zweck richtig ausgelegt, denn die Kultur und die Assimilationsfähigkeit von Arbeitnehmern aus dem ostasiatischen Raum sind - unabhängig von dem auch dort heimischen westlichen Gedankengut betreffend Unternehmensorganisation, Unternehmensführung und betriebliches Know-how - nicht mit den entsprechenden Verhältnissen Westeuropas vergleichbar. Auch der Vorwurf der allzu schematischen Anwendung von Bundesrecht ist nicht zu hören, da unter bestimmten Voraussetzungen auch Angehörige anderer Länder eine Bewilligung erhalten können. Es bleibt daher nur noch zu prüfen, ob *besondere Gründe* für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung im Sinne von Art. 1 Abs. 1 Bst. a BVO vorliegen.

5. Nach Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Bst. a BVO können die Arbeitsmarktbehörden eine Ausnahmegewilligung erteilen, wenn es sich um qualifizierte Arbeitskräfte handelt und *besondere Gründe* eine Ausnahme rechtfertigen.

Das Institut der Ausnahmegewilligung dient dazu, im Einzelfall Härten und offensichtliche Unzweckmässigkeiten zu vermeiden. Die strikte Anwendung der Norm würde in einem solchen Fall zu einem offensichtlich ungewollten Ergebnis führen. Die Ausnahmegewilligung dient ausschliesslich dazu, allgemein gehaltene Bestimmungen im Einzelfall zu verfeinern; eine eigentliche Normkorrektur oder Rechtsfortbildung auf diesem Weg ist unzulässig, selbst wenn die bestehenden Vorschriften als generell überholt oder unbefriedigend betrachtet werden ([BGE 112 Ib 53 E. 5](#); Rhinow / Krähenmann, a. a. O., Nr. 37 / B / I).

Die Vorinstanz hat im vorliegenden Fall das Vorliegen von *besonderen Gründen* verneint, da sich die Jungköche aus Hongkong vor allem in der kontinentalen Küche weiterausbilden sollten. Die Tatsache, dass man gedenke, gelegentlich einmal nur eine Spezialitätenwoche für chinesische Speisen oder für ein «Indian Food Festival» im Bahnhofbuffet HB X durchzuführen, stelle nach der ständigen Rechtsanwendung keinen besonderen Grund im Sinne der erwähnten Bestimmung dar. Ein solch besonderer Grund liege nur dann vor, wenn eine Tätigkeit zwingend von einem Ausländer aus einem bestimmten Herkunftsland ausgeübt werden müsse, wie zum Beispiel die Führung eines chinesischen Restaurants mit ausschliesslich chinesischer Küche.

Der Beschwerdeführer irrt, wenn er meint, dass das Bahnhofbuffet HB X, das fast ausschliesslich schweizerische und internationale Küche pflegt, auf chinesische Köche angewiesen sei. Das Bahnhofbuffet ist nicht mit einem internationalen Hotel oder Restaurant zu vergleichen, das in einem den sonst

üblichen Rahmen sprengenden Ausmass ausländische Spezialitäten mit Hilfe ausländischer, aus dem Ursprungsland stammender, Köche anbieten muss. Im übrigen gibt der Beschwerdeführer in seiner Duplik selber zu, dass vor allem der Erfahrungsaustausch von Köchen im Bereich der internationalen Küche im Vordergrund stehe sowie die Förderung eines Austauschprogramms mit Schweizerköchen in Erstklassehotels von Hongkong. All diese Zielsetzungen genügen aber, wie die Vorinstanz zutreffend bemerkt hat, nicht, um eine Ausnahme zu rechtfertigen, denn die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe, wie hier des Begriffs «*besondere Gründe*» nähert sich nach ständiger Rechtsprechung der Ausübung von Ermessen. Der Bundesrat prüft daher diese Rechtsfrage nur mit Zurückhaltung und weicht von der Vorinstanz nicht ohne Not ab (VPB 52.33; Rhinow / Krähenmann, a. a. O., Nr. 66 / B / II und III). Die Vorinstanz ist im Vergleich zur Beschwerdeinstanz auch besser in der Lage festzustellen, welche Restaurants auf die Anstellung ausländischer Köche zur Zubereitung ausländischer Küche angewiesen sind; sie hat hier das Bundesrecht richtig angewendet und dafür gesorgt, dass die Restaurants und Hotels des schweizerischen Gastgewerbes bezüglich der Anstellungsvoraussetzungen für das Kochpersonal rechtsgleich behandelt werden, ohne einen bestimmten Betrieb zum Nachteil anderer zu bevorzugen. Eine derart rechtsungleiche Behandlung wird denn auch in den Beschwerdeschriften gegenüber der Vorinstanz nicht geltend gemacht, weshalb selbst der Wunsch nach einem internationalen Erfahrungsaustausch zwischen ausländischen Köchen in der Schweiz und schweizerischen Köchen im Ausland keine Ausnahme vom Grundsatz zu rechtfertigen vermag.

6. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

---

## **JAAC 56.43 - Entscheid des Bundesrates vom 14. August 1991**

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	1992
Année	
Anno	
Band	56
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 001 592

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.

Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.

Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.