



<b>Fall-Nr.:</b>	B 2022/145
<b>Stelle:</b>	Verwaltungsgericht
<b>Rubrik:</b>	Verwaltungsgericht
<b>Publikationsdatum:</b>	14.02.2023
<b>Entscheiddatum:</b>	15.12.2022

### **Entscheid Verwaltungsgericht, 15.12.2022**

**Ausländerrecht, Arbeitsmarktlcher Vorentscheid, Art. 40 Abs. 2 AIG bzw. Art. 18 bis 25 AIG. Die serbische Staatsangehörige erhielt im Familiennachzug zu ihrem vermeintlich slowenischen Ehemann im Jahr 2012 eine EU/EFTA-Aufenthaltsbewilligung. Nachdem sich herausgestellt hatte, dass der Ehemann nicht slowenischer, sondern ebenfalls serbischer Staatsangehöriger ist, wurden die Aufenthaltsbewilligungen des Ehepaars und der drei Kinder nicht verlängert, womit die Ehefrau auch über keine Arbeitsbewilligung mehr verfügte. Ändert sich der ursprüngliche Aufenthaltszweck wie vorliegend vom Familiennachzug zur Erwerbstätigkeit, ist ein Gesuch um eine Bewilligung mit neu definierter Bedingung bei der zuständigen kantonalen Behörde zu stellen. Dabei ist nicht entscheidend, dass die Ausländerin die fragliche Arbeitsstelle bei der Arbeitgeberin (Beschwerdeführerin) bereits seit drei Jahren innehat, sämtliche Anforderungen an die Stelle erfüllt und die Arbeitgeberin in ihre Ausbildung investiert hat. Nach dem Wegfall des Familiennachzugs, der die Drittstaatsangehörige von den restriktiven qualitativen und quantitativen Zulassungsvoraussetzungen für eine Arbeitsbewilligung ausnahm, muss sie die diversen Schranken der Arbeitsmigration wieder gegen sich gelten lassen. Es besteht kein Rechtsanspruch auf eine Bewilligungserteilung. Abweisung der Beschwerde (Verwaltungsgericht, B 2022/145).**

**Entscheid vom 15. Dezember 2022**

Besetzung

Abteilungspräsidentin Lendfers; Verwaltungsrichterin Reiter, Verwaltungsrichter Zogg;  
Gerichtsschreiberin Schmid Etter

Verfahrensbeteiligte



St.Galler Gerichte

A.\_\_ AG,

Beschwerdeführerin,

und

B.\_\_,

Beigeladene

beide vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. HSG Eugen Koller, LL.M., Anwaltskanzlei  
Sankt Jakob, St. Jakob Strasse 37, 9000 St. Gallen,

gegen

**Volkswirtschaftsdepartement des Kantons St. Gallen**, Davidstrasse 35,  
9001 St. Gallen,

**Vorinstanz,**

Gegenstand

**Aufenthaltsbewilligung mit Erwerbstätigkeit für B.\_\_ (arbeitsmarktlicher  
Vorentscheid)**

**Das Verwaltungsgericht stellt fest:**

**A.**

C.\_\_, reiste am 1. September 2011 in die Schweiz ein und erhielt unter Vorlage eines slowenischen Passes eine EU/EFTA-Aufenthaltsbewilligung. Im Jahr 2012 zog er seine serbische Ehefrau B.\_\_ und die gemeinsame Tochter F.\_\_, geb. 2011, nach. 2012 und 2015 wurden die Kinder G.\_\_ und H.\_\_ geboren. Im Rahmen des Verfahrens betreffend Erteilung der Niederlassungsbewilligung stellte sich heraus, dass der slowenische Pass von C.\_\_ gefälscht ist und dieser nicht slowenischer, sondern serbischer Staatsangehöriger ist. Das Bezirksgericht Zofingen sprach C.\_\_ mit Urteil vom



## St.Galler Gerichte

22. Januar 2018 vom Vorwurf der Fälschung von Ausweisen, des rechtswidrigen Aufenthalts, der Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung sowie des Täuschens von Behörden "in dubio pro reo" frei.

### **B.**

Am 12. Juli 2019 verfügte das Migrationsamt des Kantons St. Gallen die Nichtverlängerung der EU/EFTA-Aufenthaltsbewilligung von C.\_\_ und wies ihn aus der Schweiz weg. Es begründete seinen Entscheid damit, dass ausländerrechtlich trotz des strafrechtlichen Freispruchs weiterhin von einer Täuschung der Behörden auszugehen sei. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA seien von Anfang an nie gegeben gewesen, weil C.\_\_ nicht Staatsangehöriger eines Vertragsstaates gewesen sei. Am 5. August 2019 verfügte das Migrationsamt auch die Nichtverlängerung der EU/EFTA-Aufenthaltsbewilligung von dessen Ehefrau B.\_\_ und den drei Kindern, weil sie allesamt nur über ein vom Vater abgeleitetes Anwesenheitsrecht verfügten, dessen Bewilligung nun aber nicht mehr verlängert worden war. Die dagegen erhobenen Rechtsmittel wurden vom Sicherheits- und Justizdepartement am 13. November 2019 und vom Verwaltungsgericht am 28. Mai 2020 (Verfahren B 2019/258 und 260) abgewiesen. Das Bundesgericht trat auf eine dagegen erhobene Beschwerde am 28. Juni 2021 nicht ein (BGer 2C\_563/2020).

### **C.**

Am 28. September 2021 reichte Rechtsanwalt lic. iur. HSG Eugen Koller für B.\_\_ ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung mit Erwerbstätigkeit sowie ein Gesuch um Familiennachzug für die drei Kinder F.\_\_, G.\_\_ und H.\_\_ ein. Dem Gesuch angefügt waren die arbeitsmarktlichen Angaben der A.\_\_ AG, R.\_\_, wo B.\_\_ seit 2019 als Reinigungsfachkraft tätig ist, sowie eine Bestätigung derselben, wonach es sehr schwer sei, geeignete Mitarbeiter mit Wohnsitz im EU-Raum zu finden. Das Migrationsamt unterbreitete das Gesuch der Drittstaatsangehörigen dem Amt für Wirtschaft und Arbeit für einen arbeitsmarktlichen Vorentscheid. Mit Verfügung vom 2. November 2021 wies das Amt für Wirtschaft und Arbeit das Gesuch der A.\_\_ AG um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung für B.\_\_ ab, da die Voraussetzungen des Inländervorrangs und der qualifizierten Arbeitskraft nicht erfüllt seien. Der dagegen von der A.\_\_ AG erhobene Rekurs wurde mit Entscheid des Volkswirtschaftsdepartements des Kantons St. Gallen vom 8. Juli 2022 abgewiesen.

### **D.**

Mit Eingabe vom 16. August 2022 erhob die A.\_\_ AG (Beschwerdeführerin) beim Verwaltungsgericht Beschwerde gegen den Entscheid des Volkswirtschaftsdepartements (Vorinstanz) vom 8. Juli 2021 betreffend den



arbeitsmarktlichen Vorentscheid für B.\_\_ (Beigeladene) mit den Anträgen, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz bzw. an das Amt für Wirtschaft und Arbeit zurückzuweisen, eventualiter sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und ein positiver arbeitsmarktlicher Vorentscheid für B.\_\_ zu treffen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Mit Schreiben vom 22. September 2022 beantragte die Vorinstanz unter Verzicht auf eine Vernehmlassung die Abweisung der Beschwerde. Die Beigeladene beantragte mit Eingabe vom 7. November 2022, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und es sei ein positiver arbeitsmarktlicher Vorentscheid für sie zu treffen, eventualiter sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz bzw. an das Amt für Wirtschaft und Arbeit zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Die Vorinstanz verzichtete am 10. November 2022 auf eine weitere Stellungnahme.

Auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid und die Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Begründung ihres Antrags sowie die Akten wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

### **Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:**

#### **1.**

Materiellrechtlich haben positive arbeitsmarktliche Vorentscheide – als Arbeitsbewilligung – keine eigenständige Bedeutung, sondern bilden Bestandteil der betreffenden

Anwesenheitsbewilligung (P. Uebersax, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser [Hrsg.], Ausländerrecht, 2. Aufl. 2009, Rz. 7.169; K. Gerber, in: Caroni/Gächter/Thurnherr [Hrsg.], Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG], Bern 2010, N 25 zu Art. 40 AuG). Vorbehalten bleibt die Zustimmung des Staatssekretariats für Migration (SEM, vgl. Art. 40 Abs. 1 Satz 2 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration [SR 142.20, AIG], Art. 85 und 86 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [SR 142.201, VZAE] sowie Art. 1 lit. a Ziff. 2 der Verordnung des EJPD über die dem Zustimmungsverfahren unterliegenden ausländerrechtlichen Bewilligungen und Vorentscheide [SR 142.201.1]). Demgegenüber ist die für die Erteilung der Anwesenheitsbewilligung zuständige Migrationsbehörde an einen negativen Vorentscheid der Arbeitsmarktbehörde gebunden (Gerber, a.a.O., N 26 zu Art. 40 AuG;



Weisungen und Erläuterungen des SEM im Ausländerbereich [im Folgenden: Weisungen AIG], Stand: 1. Oktober 2022, Ziff. 1.2.3.2); sie kann den arbeitsmarktlichen Aspekt nicht autonom abweichend beurteilen. Negative arbeitsmarktliche Vorentscheide der vorliegenden Art gelten, wenn – wie im Kanton St. Gallen – unterschiedliche Behörden für die Zulassung zur Erwerbstätigkeit und die Erteilung der Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung zuständig sind (vgl. Art. 1 und 2 der Verordnung zur Bundesgesetzgebung über die Ausländerinnen und Ausländer [sGS 453.51, Vo AIG]), von Bundesrechts wegen als selbständig anfechtbar (P. Bolzli, in: Spescha/Zünd/Bolzli/Hruschka/de Weck [Hrsg.], Migrationsrecht, 5. Aufl. 2019, N 6 zu Art. 40 AIG).

Das Verwaltungsgericht ist zum Entscheid in der Sache zuständig (Art. 59<sup>bis</sup> Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [sGS 951.1, VRP]). Als Adressatin des angefochtenen Entscheids ist die im Rekursverfahren unterlegene Beschwerdeführerin zur Ergreifung des Rechtsmittels berechtigt (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Die Beschwerde wurde mit Eingabe vom 16. August 2022 unter Berücksichtigung der Gerichtsferien rechtzeitig erhoben und erfüllt formal wie inhaltlich die gesetzlichen Anforderungen (Art. 64 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 sowie Art. 48 Abs. 1 und 2 VRP). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### 2.

Als serbische Staatsangehörige untersteht die Beigeladene weder dem Freizügigkeitsabkommen (SR 0.142.112.681, FZA) noch dem Übereinkommen zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation vom 21. Juni 2001 (SR 0.632.31, EFTA-Übereinkommen). Da ihr Ehemann als Drittstaatsangehöriger gestützt auf das FZA und das EFTA-Übereinkommen über keine Anwesenheitsberechtigung für die Schweiz (mehr) verfügt, ist auch ihre bisher auf Art. 3 des Anhangs 1 zum FZA gestützte Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis als seine Familienangehörige dahingefallen. Ihre Zulassung zum Arbeitsmarkt als sog. Drittstaatsangehörige richtet sich demzufolge nach dem AIG. Die Bewilligung des Aufenthalts mit Erwerbstätigkeit steht unter dem Vorbehalt der betreffenden Zulassungsvoraussetzungen nach Massgabe von Art. 18 – 25 AIG, worüber im vorliegend streitigen arbeitsmarktlichen Vorentscheid befunden wurde.

### 3.

#### 3.1.

Die Beschwerdeführerin rügt, die Verfügung des Amtes für Wirtschaft und Arbeit vom 2. November 2021, worin das Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung für die



Beigeladene abgewiesen worden sei, sei zufolge fehlender sachlicher Zuständigkeit nichtig. Dies habe die Vorinstanz im angefochtenen Rekursentscheid zwar richtig festgestellt, daraus jedoch den falschen Schluss gezogen. Die Nichtigkeit sei von Amtes wegen zu beachten, der Rekursentscheid sei somit unter Kosten- und Entschädigungsfolge aufzuheben. Ein erstinstanzlicher Entscheid zu den arbeitsmarktlichen Voraussetzungen liege noch gar nicht vor.

### 3.2.

Ausländerinnen und Ausländer, die in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben wollen, benötigen unabhängig von der Dauer ihres Aufenthalts sowohl eine Anwesenheits- als auch eine Arbeitsbewilligung (Art. 11 Abs. 1 Satz 1 AIG; Egli/Meyer, in: Caroni/Gächter/ Thurnherr [Hrsg.], a.a.O., N 2 zu Art. 11 AuG). Nach Art. 40 Abs. 2 AIG ist ein arbeitsmarktlicher Vorentscheid der zuständigen kantonalen Behörde erforderlich, wenn kein Anspruch auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit besteht. Gestützt darauf hat die zuständige kantonale Behörde vor der erstmaligen Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zur Erwerbstätigkeit zu entscheiden, ob die Voraussetzungen zur Ausübung einer selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit nach Art. 18 – 25 AIG erfüllt sind. Nach Art. 2 Vo AIG ist im Kanton St. Gallen das Amt für Wirtschaft und Arbeit die kantonale Arbeitsmarktbehörde und damit für den arbeitsmarktlichen Entscheid zuständig, während das Migrationsamt die Bundesgesetzgebung über die Ausländerinnen und Ausländer sowie die Staatsverträge über Einreise, Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer nach Art. 1 Abs. 2 Vo AIG vollzieht und damit für die Erteilung oder Nichterteilung der Aufenthaltsbewilligung zuständig ist.

### 3.3.

Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Entscheid (E. 2.2), entgegen der Formulierung in Ziff. 1 des Dispositivs der Verfügung des Amtes für Wirtschaft und Arbeit vom 2. November 2021 sei anzunehmen, dass lediglich ein negativer arbeitsmarktlicher Vorentscheid gefällt worden sei. Sofern das Amt für Wirtschaft und Arbeit tatsächlich über die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung hätte entscheiden wollen, wäre die Verfügung im entsprechenden Umfang aufgrund offenkundig fehlender Zuständigkeit nichtig. Gegenstand des Rekursverfahrens könne daher nur der arbeitsmarktliche Vorentscheid sein.

Diese Überlegungen erweisen sich als zutreffend. Zwar wird in Ziff. 1 des Dispositivs der Verfügung des Amtes für Wirtschaft und Arbeit vom 2. November 2021 das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung für die Beigeladene



vom Wortlaut her abgelehnt. Aus den Erwägungen der Verfügung geht indessen klar hervor, dass es nur um den arbeitsmarktlichen Vorentscheid geht, indem die Voraussetzungen für einen positiven arbeitsmarktlichen Vorentscheid als nicht gegeben erachtet werden (act. 11/5). Die Vorinstanz hat in Bezug auf die Nichterteilung einer Aufenthaltsbewilligung eine Teilnichtigkeit der angefochtenen Verfügung festgestellt. Aus der Reduktion des Streitgegenstands von der Abweisung des Gesuchs um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zur Abweisung des Gesuchs um Zulassung zur Erwerbstätigkeit erwächst weder der Beschwerdeführerin noch der Beigeladenen ein Nachteil. Im Anschluss an die Rechtskraft des arbeitsmarktlichen Entscheids wird das Migrationsamt über die Aufenthaltsbewilligung bzw. Wegweisung zu verfügen haben, wogegen sich die Beigeladene zur Wehr setzen kann. Eine Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids samt Rückweisung zu neuem (negativem) arbeitsmarktlichem Entscheid bzw. neuer Verfügung würde aus verfahrensökonomischer Sicht einen Leerlauf darstellen. Der entsprechende Antrag der Beschwerdeführerin und der Beigeladenen ist daher abzuweisen.

#### 4.

##### 4.1.

Die Beschwerdeführerin und die Beigeladene beantragen sodann einen positiven arbeitsmarktlichen Vorentscheid. Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, es sei ihr nicht zuzumuten, eine solche Bewilligung zu beantragen, nachdem die Beigeladene bei ihr bereits seit drei Jahren beschäftigt und in ihre Weiterbildung investiert worden sei. Im Juni 2020 sei sie zur Gruppenleiterin befördert worden. Da es sich nicht um die Neubesetzung einer Stelle handle, sei die Ausgangslage eine andere als im Regelfall und könne die Stelle beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) nicht zur Ausschreibung gemeldet werden. Die Anforderungen an die notwendigen Bemühungen der Beschwerdeführerin erschienen vor diesem Hintergrund als unverhältnismässig und grenzten an überspitzten Formalismus. Sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beigeladene hätten sich an die gesetzlichen Vorschriften gehalten. Weder dem Gesetz noch den Weisungen AIG oder der Rechtsprechung könnten genau bezifferbare Zeitangaben für die Dauer der Suchbemühungen entnommen werden. Aufgrund des hohen Hygienestandards im Lebensmittelbetrieb könne es sich die Beschwerdeführerin nicht erlauben, die offene Stelle über mehrere Monate hinweg auszuschreiben und währenddessen unbesetzt zu belassen. Vor diesem Hintergrund könne für die Suche keine allzu lange Frist von ihr verlangt werden. Im Bewerbungsspiegel habe sie 64 Bewerbungen dokumentiert. Einschlägige Erfahrungen in der Reinigung und insbesondere in der



## St.Galler Gerichte

Lebensmittelbranche bildeten unabdingbare Voraussetzung für diese Stelle. Ferner seien Führungserfahrung, Teamfähigkeit, Pflichtbewusstsein, absolute Integrität und Beherrschung der deutschen Sprache erforderlich. Keine der Personen des Bewerbungsspiegels habe die genannten Anforderungen erfüllt. Das RAV Wil habe nur zwei valable Kandidaten gemeldet. Hätte es noch mehr gegeben, wäre es am RAV gewesen, diese Vorschläge weiterzuleiten. Insgesamt seien Suchbemühungen der Beschwerdeführerin in ausreichendem Umfang belegt. Es lägen keine adäquaten vorrangsberechtigten Bewerbungen vor. Die Lohn-/Arbeitsbedingungen würden gemäss dem Amt für Wirtschaft und Arbeit den orts-, berufs- und branchenüblichen Werten entsprechen.

### 4.2.

#### 4.2.1.

Nach Art. 18 AIG können Ausländerinnen und Ausländer zur Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit zugelassen werden, wenn dies dem gesamtwirtschaftlichen Interesse entspricht (lit. a), das Gesuch eines Arbeitgebers vorliegt (lit. b) und die Voraussetzungen der Art. 20 – 25 AIG erfüllt sind (lit. c). Zu beachten sind die Begrenzungsmaßnahmen (Höchstzahlen des Bundesrates, Art. 20 AIG), die Bestimmungen zum Inländervorrang (Art. 21 AIG), die Einhaltung der üblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen (Art. 22 AIG), das Vorliegen bestimmter persönlicher Voraussetzungen bei der ausländischen Person, um deren Zulassung es geht (Art. 23 AIG), das Erfordernis einer bedarfsgerechten Wohnung (Art. 24 AIG) sowie besondere Regeln für Grenzgänger (Art. 25 AIG). Die genannten Kriterien müssen kumulativ erfüllt sein. Ist eine der Voraussetzungen nicht erfüllt, kann dem Gesuch nicht zugestimmt werden.

Die Zulassungsvoraussetzungen für eine Bewilligung zur Erwerbstätigkeit sind für Drittstaatsangehörige sehr restriktiv. Es besteht kein Rechtsanspruch auf eine Bewilligungserteilung. Die Zulassung zur Erwerbstätigkeit ist die Domäne des behördlichen Ermessens im schweizerischen Ausländerrecht (M. Spescha, in: Spescha/Zünd/Bolzli/Hruschka/de Weck [Hrsg.], a.a.O., N 2 zu Vorbem. Art. 18 – 26 AIG; Spescha/Kerland/Bolzli, Handbuch zum Migrationsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 170). Das Verwaltungsgericht übt lediglich eine Rechtskontrolle aus (Art. 61 Abs. 1 VRP). Bei Ermessensfragen greift es nur ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt. Darunter fallen Missbrauch sowie Über- oder Unterschreitung des Ermessens. Demgegenüber ist die Rüge der Unangemessenheit nur zulässig, wenn eine – hier fehlende – Gesetzesbestimmung dies vorsieht. Die Behörden haben ihr Ermessen



pflichtgemäss, mithin insbesondere rechtsgleich und willkürfrei auszuüben. Hierzu dienen namentlich die Weisungen AIG. Das Verwaltungsgericht ist nicht an diese Weisungen gebunden. Es weicht indes nicht ohne stichhaltigen Grund von der auf die Weisungen gestützten Ermessensausübung der Vorinstanz ab, zumal die Weisungen einer rechtsgleichen Behandlung dienen und eine dem Einzelfall angepasste Auslegung der anwendbaren Rechtsnormen zulassen.

### 4.2.2.

Die Bestimmungen zum Inländervorrang (Art. 21 Abs. 1 AIG) sind eingehalten, wenn nachgewiesen wird, dass keine für die betreffende Stelle geeigneten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus dem Inland oder einem EU/EFTA-Staat gefunden werden können. Mit dieser Bestimmung soll sichergestellt werden, dass vorhandene Arbeitskräfte berücksichtigt werden können, die gewillt und fähig sind, die nachgesuchte Erwerbstätigkeit auszuüben (Spescha, a.a.O., N 1 zu Art. 21 AIG). Durch eine prioritäre Ausschöpfung des inländischen Arbeitsmarktes sollen die Chancen inländischer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei der Stellensuche erhöht und die Einreise neuer ausländischer Arbeitskräfte auf das arbeitsmarktlich Notwendige beschränkt werden. Weder sollen eine Strukturhaltung durch wenig qualifizierte Arbeitskräfte mit tiefen Löhnen gefördert, noch Partikularinteressen innerhalb der Wirtschaft geschützt werden. Die arbeitsmarktlich motivierte Zuwanderung soll auf die langfristige Integration der Zuwanderer ausgerichtet sein und zu einer ausgeglichenen Beschäftigung und einer Verbesserung der Arbeitsmarktstruktur führen (BVGer F-123/2016 vom 30. September 2016 E. 5.1). Das Prinzip des Vorrangs inländischer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ist grundsätzlich in jedem Fall, in jeder Wirtschafts- und Arbeitsmarktlage, zu befolgen. Von den Arbeitgebern wird dabei erwartet, dass sie auch Anstrengungen in der Form spezifischer Aus- und Weiterbildung von bereits auf dem Arbeitsmarkt verfügbaren Arbeitskräften unternehmen (vgl. Weisungen AIG, Ziff. 4.3.2.1 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

Der Arbeitgeber muss Suchbemühungen glaubhaft machen können, die über einen angemessenen Zeitraum und in inhaltlich zweckmässiger Art ein echtes Bemühen aufzeigen, die fragliche Stelle mit inländischen Bewerbenden bzw. solchen aus EU/EFTA-Staaten zu besetzen. Dazu ist der Nachweis umfassender, aber erfolglos gebliebener Suchbemühungen erforderlich, die aufzeigen, dass die Stelle vergeblich im schweizerischen Arbeitsvermittlungssystem und über die branchenüblichen Rekrutierungskanäle – beispielsweise durch Inserate in der Fach- und Tagespresse oder mittels elektronischer Medien – ausgeschrieben wurde. Wichtige Instrumente



stellen auch die öffentliche und private Arbeitsvermittlung dar. Es reicht insbesondere nicht aus, wenn derartige Suchbemühungen nur pro forma, als blosser Erforderniserbringung, erfolgen. Zudem dürfen Personen mit Vorrang nicht aufgrund fachlich nicht relevanter Kriterien praktisch ausgeschlossen werden. Als Beispiel genannt werden etwa für einen Tätigkeitsbereich nicht zwingend erforderliche Sprachkenntnisse oder Fachkenntnisse, die nur einen geringen Zusammenhang mit dem Tätigkeitsbereich haben (vgl. zum Ganzen BVGer C-4136/2010 vom 3. August 2012 E. 8; Weisungen AIG, Ziff. 4.3.2.2).

In den Berufsgruppen, Tätigkeitsbereichen und Wirtschaftsregionen mit einer über dem Durchschnitt liegenden Arbeitslosigkeit, wozu das Reinigungspersonal zählt (vgl. arbeit.swiss), sind offene Stellen durch den Arbeitgeber der öffentlichen Arbeitsvermittlung zu melden. Die öffentliche Arbeitsvermittlung stellt den Arbeitgebern innert kurzer Frist passende Dossiers von angemeldeten Stellensuchenden zu. Der Arbeitgeber lädt geeignete Kandidatinnen und Kandidaten zu einem Bewerbungsgespräch oder zu einer Eignungsabklärung ein (Art. 21a Abs. 3 und 4 AIG). Mit dieser Bestimmung wurde ein Arbeitslosenvorrang gegenüber Arbeitsmigranten aus Drittstaaten gesetzlich verankert (Spescha, a.a.O., N 1 zu Art. 21a AIG). Die zuständige Arbeitsmarktbehörde hat vorgängig zu prüfen, ob die Stellenmeldepflicht erfüllt wurde (Spescha, a.a.O., N 6 zu Art. 21a AIG).

### 4.2.3.

Aufenthaltsbewilligungen zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit können nur Führungskräften, Spezialistinnen und Spezialisten und anderen qualifizierten Arbeitskräften erteilt werden (Art. 23 Abs. 1 AIG). Die Qualifikation kann je nach Beruf oder Spezialisierung auf verschiedenen Stufen erfolgt sein: Universitätsabschluss, Fachhochschuldiplom, besondere fachliche Ausbildung mit mehrjähriger Berufserfahrung, Beruf mit Zusatzausbildung, ausserordentliche, unerlässliche Spezialkenntnisse in spezifischen Bereichen. Das Vorliegen der erforderlichen Qualifikation kann bei der arbeitsmarktlichen Prüfung oft auch von der Funktion der ausländischen Arbeitskraft abgeleitet werden, wie z. B. bei Firmengründerinnen oder -gründern oder Unternehmensleiterinnen oder -leitern von arbeitsmarktlich bedeutenden Betrieben (Weisungen AIG, Ziff. 4.3.5). Als andere qualifizierte Arbeitskräfte können gemäss Rechtsprechung Personen zugelassen werden, wenn die von ihnen angebotene Leistung einer Nachfrage entspricht, die nicht durch inländische Arbeitskräfte gedeckt werden kann. Für Stellen, die keine Ausbildung erfordern, soll es jedoch grundsätzlich keine Zulassung zum Arbeitsmarkt geben. Damit soll eine



Anstellung für gewisse Hilfstätigkeiten – beispielsweise in der Landwirtschaft, im Bau-, Gast- oder Reinigungsgewerbe –, bei denen die Betroffenen im Falle späterer Arbeitslosigkeit schlechtere Chancen für die berufliche Wiedereingliederung haben, vermieden werden (vgl. BVGer C-388/2010 vom 21. Februar 2012 E. 9.2). Nach Art. 23 Abs. 3 lit. c AIG können in Abweichung von Art. 23 Abs. 1 AIG Personen mit besonderen beruflichen Kenntnissen oder Fähigkeiten zugelassen werden, sofern für deren Zulassung ein Bedarf ausgewiesen ist. Diese Bestimmung ist bewusst offen formuliert, um flexibel auf eine bestehende Nachfrage reagieren zu können. Hier kann auch die Zulassung von Personen ohne Ausbildung möglich sein, wenn besondere Berufserfahrungen oder Fähigkeiten erforderlich sind, die anderweitig nicht erhältlich sind (Spescha/Kerland/Bolzli, a.a.O., S. 184). Von den entsprechenden Weisungen zu den branchenspezifischen Anforderungen (Weisungen AIG, Ziff. 4.7) soll dabei gemäss Rechtsprechung aber nicht ohne triftigen Grund abgewichen werden (Spescha, a.a.O., N 7 zu Art. 23 AIG).

### 4.3.

Die Beschwerdeführerin verarbeitet Milch zu Frischkäseprodukten und Butter. An ihrem Standort in R.\_\_\_ beschäftigt sie rund 280 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Die Beigeladene wurde am 30. September 2019 als Reinigungsfachkraft angestellt, damals noch im Familiennachzug ihres Ehemannes, der vormals (fälschlicherweise) über eine EU/EFTA-Bewilligung verfügte. Die Beigeladene wurde von der Beschwerdeführerin während ihrer Anstellung hinsichtlich der spezifischen Reinigungsanforderungen in einem lebensmittelverarbeitenden Betrieb (Hygiene, Umgang mit Reinigungs- und Desinfektionsmitteln, Reinigung von Hygieneschleusen, etc.) ausgebildet und in der deutschen Sprache unterrichtet. Per 1. Juni 2020 wurde sie zur Gruppenleiterin (Führen von drei bis vier Mitarbeitenden) befördert (act. 11/4).

Die Aufenthaltsbewilligung wird stets für einen bestimmten Zweck erteilt (Art. 33 Abs. 2 AIG). Erfolgte die Erteilung einer Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung gestützt auf eine Zulassungsbestimmung für einen bestimmten Aufenthaltzweck, so ist bei einer Änderung des Aufenthaltzwecks eine neue Bewilligung erforderlich (Art. 54 VZAE). Ändert sich der ursprüngliche Aufenthaltzweck (z.B. vom Familiennachzug zur Erwerbstätigkeit), ist ein Gesuch um eine Bewilligung mit neu definierter Bedingung bei der zuständigen kantonalen Behörde zu stellen. Die Zulassungsvoraussetzungen werden neu überprüft (Weisungen AIG, Ziff. 4.3.1.2; Bolzli, a.a.O., N 4 zu Art. 33 AIG). Nach dem Wegfall der Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung gestützt auf die damalige EU/EFTA-Aufenthaltsbewilligung ihres Ehemannes (Familiennachzug) ersuchte die Beigeladene neu um eine Aufenthaltsbewilligung zum Zwecke der Erwerbstätigkeit. Da



sie aus einem Drittstaat stammt, gelten dafür die Voraussetzungen von Art. 18 ff. AIG. Dabei ist nicht entscheidend, dass die Beigeladene die fragliche Arbeitsstelle bei der Beschwerdeführerin bereits seit drei Jahren innehat, sämtliche Anforderungen an die Stelle erfüllt und die Beschwerdeführerin in ihre Ausbildung investiert hat. Nach dem Wegfall des Familiennachzugs, der sie von den restriktiven qualitativen und quantitativen Zulassungsvoraussetzungen für eine Arbeitsbewilligung ausnahm, muss sie die diversen Schranken der Arbeitsmigration wieder gegen sich gelten lassen.

#### 4.4.

Die Vorinstanz kam im angefochtenen Entscheid zum Schluss, die Beschwerdeführerin habe im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht keine zeitlich und inhaltlich ausreichenden Suchbemühungen glaubhaft gemacht. Sie hat in E. 3.2 gestützt auf die Weisungen AIG dargelegt, weshalb die eingereichten Unterlagen, namentlich die Arbeitsbestätigung vom 19. August 2021, die Ausschreibung der zu besetzenden Stelle beim RAV vom 18. August 2021, das Stelleninserat bei ostjob.ch (aufgeschaltet vom 18. August bis 4. September 2021), die Aufschaltung des Stelleninserats auf der Website der Beschwerdeführerin am 18. August 2021 und der Bewerbungsspiegel mit 64 Stellensuchenden für den Nachweis der Glaubhaftigkeit ausreichender Suchbemühungen nicht genügen. Auf diese ausführlichen, nachvollziehbaren und schlüssigen Erwägungen kann verwiesen werden. Es erfolgte nachweislich keine umfassende zielorientierte Suche nach möglichen Kandidatinnen und Kandidaten über diverse Kanäle über eine ausreichende Zeitspanne hinweg, auch wenn diese nicht sechs Monate betragen muss. Es wurde lediglich ein Inserat über ostjob.ch geschaltet und die Stelle auf der Internetseite der Beschwerdeführerin aufgeschaltet. Insoweit erweisen sich die aktenkundigen Anstrengungen, zumindest was die benutzten Rekrutierungskanäle anbelangt, als zu wenig umfassend, und sie reichen auch in zeitlicher und geografischer Hinsicht – Ausschreibung während nicht einmal drei Wochen ausschliesslich im Raum Ostschweiz – nicht aus. Da die Stelle durch die Beigeladene besetzt war, hätte eine längere Ausschreibung für die Beschwerdeführerin keine Vakanz bedeutet. Auch der Umstand, dass keine der zahlreichen Personen gemäss Bewerbungsspiegel zu einem Vorstellungsgespräch vorgeladen wurde, lässt erhebliche Zweifel an der Ernsthaftigkeit der Suchbemühungen aufkommen.

Sodann macht die Beschwerdeführerin widersprüchliche Angaben zu den Stellenanforderungen. Sie macht geltend, einschlägige Erfahrungen in der Reinigung und insbesondere in der Lebensmittelbranche seien unabdingbare Voraussetzung für diese Stelle, ferner seien Führungserfahrung, absolute Integrität und Beherrschung der deutschen Sprache erforderlich. Das eingereichte Stelleninserat, das im Hinblick auf



## St.Galler Gerichte

einen Abgang der Beigeladenen geschaltet wurde, bezieht sich jedoch auf einen "Reinigungsmitarbeiter m/w/d" ohne jegliche Führungserfahrung bzw. ohne Gruppenleitung (act. 11/4.6). Sogar im aktuellen Stellenbeschrieb der Beigeladenen als "Gruppenleiter/in Reinigung" wird bei den Anforderungen die Führungserfahrung lediglich als "von Vorteil" aufgeführt (act. 11/4.7). Erfahrung in einem Lebensmittelbetrieb wird im Stelleninserat sodann nicht zwingend verlangt, sondern lediglich als "von Vorteil" bezeichnet. Zudem ist festzuhalten, dass die Beigeladene bei Stellenantritt selbst über keine Erfahrung im Lebensmittelbereich verfügte. Gemäss eigenen Angaben bildete die Beschwerdeführerin sie zur Reinigungsfachkraft mit hohem Hygienestandard aus (act. 11/4). Es ist ihr daher zuzumuten, einen neuen Stelleninhaber oder eine neue Stelleninhaberin ohne einschlägige Erfahrung gleichermassen zu schulen, wie es in den einschlägigen Weisungen auch vorgesehen ist (Weisungen AIG, Ziff. 4.3.2.1). Dasselbe gilt in Bezug auf die Deutschkenntnisse, wo gemäss Stelleninserat mindestens Niveau B2 verlangt wird. Die Beigeladene selber verfügte bei Stellenantritt nicht über solche Kenntnisse, sondern erwarb diese während der Anstellung, unter anderem in einem von der Beschwerdeführerin angebotenen Deutschkurs. Niveau B2 (Verständnis von Hauptinhalten komplexer Texte und von Fachdiskussionen im eigenen Spezialgebiet; spontane und fließende Verständigung, sodass ein normales Gespräch mit Muttersprachlern ohne grössere Anstrengung auf beiden Seiten gut möglich ist; klare und detaillierte Ausdrucksweise zu einem breiten Themenspektrum, Erläuterung eines Standpunkts zu einer aktuellen Frage sowie Angabe von Vor- und Nachteilen verschiedener Möglichkeiten; vgl. [www.zhaw.ch/de/linguistik](http://www.zhaw.ch/de/linguistik)) erscheint für die verlangte Tätigkeit schliesslich eher hoch angesetzt.

Die Beschwerdeführerin hat die Stelle ordnungsgemäss dem RAV gemeldet (vgl. Art. 21a AIG). Von den zwei in der Folge gemeldeten Bewerbern wurde eine Person angeblich zur Probearbeit eingeladen (act. 11/4.3). Näheres dazu lässt sich den Akten nicht entnehmen; desgleichen fehlen Angaben, ob eine Rückmeldung an das RAV erfolgte. Gemäss Angaben des Amtes für Wirtschaft und Arbeit suchen mehr als 1'000 Personen im Kanton St. Gallen eine Arbeitsstelle in der Reinigungsbranche, wovon zwei Fünftel diese Tätigkeit unmittelbar zuvor und über vier Fünftel früher bereits einmal ausübten. Dass es unter diesen Umständen unmöglich sein soll, die ausgeschriebene Stelle als "Reinigungsmitarbeiter (m/w/d)" mit dem Aufgabenbereich tägliche Unterhaltsreinigungen, hygienische Reinigung und Desinfektion von sanitären Anlagen, verantwortlich für die Sauberkeit in der Kantine sowie Reinigung und Pflege der Bodenbeläge (act. 11/4.6), mit einem Bewerber oder einer Bewerberin aus der Schweiz oder dem EU/EFTA-Raum zu besetzen, erscheint unwahrscheinlich.



Aus den vorstehenden Ausführungen erhellt, dass sich der Schluss der Vorinstanz, wonach die Beschwerdeführerin keine genügenden Suchbemühungen glaubhaft machen konnte, die in zeitlicher Abfolge ein echtes Bemühen aufzeigen, die in Frage stehende Arbeitsstelle mit inländischen Bewerbenden bzw. Bewerbenden aus EU/EFTA-Staaten zu besetzen, weder als unverhältnismässig noch als überspitzt formalistisch erweist. Vielmehr entspricht er dem Willen des Gesetzgebers, bei der Zulassung zur Erwerbstätigkeit hohe Hürden für Drittstaatsangehörige zu schaffen.

### 4.5.

Selbst wenn man die Voraussetzung des Inländervorrangs noch als erfüllt betrachten wollte, würde die Zulassung der Beigeladenen zur Erwerbstätigkeit an den persönlichen Voraussetzungen gemäss Art. 23 AIG scheitern. Bei der fraglichen Reinigungstätigkeit, für welche im Stelleninserat keine spezifische Berufsausbildung, sondern lediglich einschlägige praktische Erfahrung verlangt wird, handelt es sich nicht um eine Tätigkeit, die nur von qualifizierten Arbeitskräften ausgeübt werden kann oder für welche besondere Berufserfahrung oder Fähigkeiten erforderlich sind, über welche Arbeitskräfte aus der Schweiz oder dem EU/EFTA-Raum nicht verfügen (z.B. chinesischer Spezialitätenkoch) und die daher nicht erhältlich sind. Die Beigeladene verfügte vor Stellenantritt über keine spezifische Ausbildung und Vorkenntnis in der Reinigungstätigkeit und im Lebensmittelbereich, sondern wurde von der Beschwerdeführerin angelernt, womit keine spezialisierte Tätigkeit vorliegt. Für Stellen wie die vorliegende, die keine spezifische Ausbildung erfordern, soll es grundsätzlich keine Zulassung zum Arbeitsmarkt geben, zumal angesichts der hohen Anzahl an Stellensuchenden in diesem Segment keine ungedeckte arbeitsmarktliche Nachfrage besteht. Die Reinigungstätigkeit ist in der massgebenden Zusammenstellung verschiedener Branchen, Berufe und Funktionen, für die spezifische persönliche Voraussetzungen gelten, zudem nicht aufgeführt (vgl. Weisungen AIG, Ziff. 4.7).

### 4.6.

Zusammenfassend sind damit für die fragliche Arbeitsstelle als Reinigungskraft bei der Beschwerdeführerin sowohl die Voraussetzung des Inländervorrangs nach Art. 21 AIG wie auch die persönlichen Voraussetzungen nach Art. 23 AIG für die Zulassung zur Erwerbstätigkeit nicht erfüllt, weshalb die Vorinstanz den Rekurs gegen die ablehnende Verfügung des Amtes für Wirtschaft und Arbeit zu Recht abgewiesen hat.

### 5.

Die Vorbringen, die Beigeladene halte sich seit mehr als zehn Jahren in der Schweiz auf, habe die Aberkennung des bisherigen Aufenthaltstitels nicht zu verantworten, sei zusammen mit den Kindern bestens in die Schweiz integriert und eine Wegweisung sei



daher nicht zumutbar, sind grundsätzlich unter Würdigung der öffentlichen Interessen, persönlichen Verhältnisse sowie der Integration (vgl. Art. 96 AIG) im Rahmen des in die Zuständigkeit des Migrationsamts fallenden Entscheids über die Wegweisung zu würdigen und nicht im Rahmen des arbeitsmarktlichen Vorentscheids. Auch die Frage, ob allenfalls gestützt auf Art. 30 AIG von den Zulassungsvoraussetzungen abgewichen werden kann, ist in erster Instanz vom Migrationsamt zu beantworten.

### 6.

Dem Verfahrensausgang – die Beschwerde ist abzuweisen – entsprechend hat die Beschwerdeführerin die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von CHF 2'000 ist angemessen (Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von CHF 2'000 ist ihr daran anzurechnen.

Eine ausseramtliche Entschädigung an die Beschwerdeführerin oder die Beigeladene fällt bei diesem Verfahrensausgang ausser Betracht (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98<sup>bis</sup> VRP).

### **Demnach erkennt das Verwaltungsgericht zu Recht:**

#### 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

#### 2.

Die Beschwerdeführerin trägt die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 2'000. Der von ihr geleistete Kostenvorschuss von CHF 2'000 wird ihr daran angerechnet.

#### 3.

Es werden keine ausseramtlichen Entschädigungen zugesprochen.