

96/97 34 Fremdenpolizei. Art. 4 ANAG. Beendigung der Übergangsregelung zur Einführung des Dreikreismodells. Das Dreikreismodell des Bundesrates verstösst nicht gegen übergeordnetes Recht (E. 6). Rechtsnatur der Weisungen des BIGA (neu: BWA) und BFA zur Beendigung der Übergangsregelung für Saisoniers und Kurzaufenthalter aus dem ehemaligen Jugoslawien (E. 9). Kriterium der Dauerbeschäftigung. Bemessungskriterien (E. 11). In zeitlicher Hinsicht ist die Übergangsfrist zur Einführung des Dreikreismodells verhältnismässig (E. 14).

Obergericht, 19. Dezember 1997, OG V 97 70 (siehe 96/97 30)

Aus den Erwägungen:

3. Seit den Bundesratsbeschlüssen vom 23. September und 16. Oktober 1991 zählt das Gebiet des ehemaligen Jugoslawien (Bosnien-Herzegowina, Kroatien, Mazedonien, Slowenien, Bundesrepublik Jugoslawien [Serbien und Montenegro]) nicht mehr zu den traditionellen Rekrutierungsgebieten im Sinne von Art. 8 BVO. Nach der alten Fassung von Art. 28 Abs. 1 BVO konnten Saisoniers - unabhängig von ihrer Staatsbürgerschaft - auf Gesuch hin eine Saison- in eine Jahresbewilligung umwandeln lassen, wenn die weiteren Voraussetzungen gemäss Art. 28 erfüllt waren. Seit dem 1. Januar 1995 können gemäss Art. 28 Abs. 1 BVO (neue Fassung) nur Angehörige der Staaten der EFTA und der EU von der Möglichkeit der Umwandlung der Saisonbewilligung profitieren. Für Angehörige der Staaten des ehemaligen Jugoslawien galt, dass sie die entsprechenden Umwandlungsvoraussetzungen bis spätestens 31. Dezember 1994 erfüllt haben mussten. Eine spätere ordentliche Umwandlung ist ausgeschlossen. Gemäss den Übergangsbestimmungen (Art. 58 BVO; AS 1995 S. 4872, 1994 S. 2310) konnten Saisoniers aus nicht-traditionellen Rekrutierungsgebieten letztmals im Kontingentsjahr 1995/96 Saisonbewilligungen erhalten, die längstens bis zum 31. Dezember 1996 gültig waren. Somit lief die Übergangsregelung für Saisoniers aus dem ehemaligen Jugoslawien Ende 1996 aus. Für die Frage der Umwandlung von Saisonbewilligungen wurde indessen keine Übergangsregelung durch den Bundesrat erlassen (BGE 122 II 117 E. 2a in fine). Das Bundesgericht schloss daraus, dass grundsätzlich alle Voraussetzungen einer Umwandlung bis zum 31. Dezember 1994 erfüllt sein mussten, was den durch das BIGA (neu ab 01.01.1998: Bundesamt für Wirtschaft und Arbeit, BWA) und BFA gemeinsam erlassenen Weisungen entspricht. Ab dem 1. Januar 1995 können Saisoniers, die nicht den Staaten der EFTA und der EU angehören, nur dann umwandeln, wenn sie spätestens am 31. Dezember 1994 sämtliche Voraussetzungen erfüllt haben; ab dem 1. Januar 1995 sind sie zwar nicht endgültig von Saisonarbeit, wohl aber von der Umwandlungsmöglichkeit ausgeschlossen. Dies gilt sowohl für die ordentliche Umwandlung nach Art. 28 Abs. 1 lit. a BVO als auch für den Härtefall gemäss Art. 28 Abs. 1 lit. b BVO (BGE 122 II 119 E. 2c).

4. Vorliegendes Prozessthema ist, ob dem Beschwerdeführer eine ausserordentliche arbeitsmarktliche Jahresaufenthaltsbewilligung (vgl. Art. 42 Abs. 1 BVO) erteilt werden kann. Die von der Vorinstanz abschlägig beurteilte Möglichkeit einer Härtefallbewilligung gestützt auf Art. 13 lit. f BVO wird nicht mehr gerügt.

5. Soweit die Vorinstanz neu geltend macht, das Pachtverhältnis der die Arbeitsstelle garantierenden Arbeitgeberin beim Hotel T. sei aufgelöst, ist dies nicht zu hören.

Im verwaltungsinternen Rechtsmittelverfahren sind neue Tatsachen und Beweismittel ohne Einschränkung zulässig (Art. 47 Abs. 2 VRPV; Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 16.02.1994 an den Landrat zur VRPV, S. 38). Im verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren können somit sowohl neue Tatsachen, die sich vor Erlass der angefochtenen Verfügung verwirklicht haben (unechte Noven), als auch Tatsachen geltend gemacht werden, die nach Erlass der angefochtenen Verfügung eingetreten sind (echte Noven) (Art. 52 Abs. 2 VRPV). Im Unterschied hierzu sind im Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren neue tatsächliche Behauptungen oder neue Beweismittel nur soweit zulässig, als dass sie mit dem Streitgegenstand zusammenhängen und durch die angefochtene Verfügung notwendig geworden sind (Art. 58 VRPV).

Letztes Erfordernis und die Tatsache, dass das Obergericht eine nachträgliche Verwaltungskontrolle durchführt, erhellen, dass vor Obergericht echte Noven grundsätzlich nicht zu berücksichtigen sind. Es ist mit anderen Worten für den Rechtsmittelentscheid die Sachlage massgebend, wie sie zur Zeit des Erlasses der vorinstanzlichen Verfügung bestand. Ob vorliegend aufgrund der zeitlich begrenzten Geltungsdauer der Übergangsregelung richtigerweise gar auf die tatsächlichen Verhältnisse zu einem früheren Zeitpunkt abzustellen wäre, kann offen bleiben. Eine Änderung des Sachverhalts, die nach dem Entscheid der Vorinstanz eingetreten ist, ist gegebenenfalls im Rahmen eines neuen Verfahrens vor den Vorinstanzen zu prüfen (vgl. Art. 26 f. VRPV; insbesondere Art. 27 Abs. 2) oder kann die Vorinstanz dazu bewegen, den angefochtenen Beschluss gestützt auf Art. 27 Abs. 2 VRPV zurückzunehmen. Auch kann man der Behörde nicht den Vorwurf machen, sie habe die Tatsachen unzureichend festgestellt, wenn sich diese erst nach ihrem Entscheid geändert haben (vgl. auch BGE 121 II 99 f. E. 1c = Pra 85/1996 S. 378).

6. Der Beschwerdeführer rügt, das neue Dreikreismodell des Bundesrates und die damit zusammenhängende Änderung von Art. 28 BVO verstosse gegen Art. 4 BV und sei völkerrechtswidrig. Sie verstosse gegen das Rassendiskriminierungsverbot.

Es ist zutreffend, dass durch die neue Fassung von Art. 28 Abs. 1 BVO in erster Linie für Saisoniers und Kurzaufenthalter aus dem ehemaligen jugoslawischen Raum insoweit eine besondere Situation entsteht, als dass inskünftig eine Umwandlung in eine Jahresaufenthaltsbewilligung nicht mehr verlangt werden kann und grundsätzlich auch keine Kurz- und Saisonaufenthaltsbewilligungen. Dieser besonderen Situation Rechnung tragend, hat der Bundesrat in obenerwähntem Sinne Übergangsbestimmungen geschaffen. Diese wurden durch das Bundesgericht explizit als völkerrechts- und verfassungskonform, nicht gegen das Rassendiskriminierungsverbot verstossend, erklärt (BGE 123 II 474 ff. E. 3, 4b, 122 II 117 ff. E. 2). Indessen hat sich das Bundesgericht, soweit erkennbar, bis heute nicht explizit zu den Weisungen betreffend die Möglichkeit einer ausserordentlichen Bewilligung nach Ablauf der Übergangsregelung geäussert. Da diese aber, wie aufzuzeigen ist, den Verfahrensbeteiligten mehr Rechte einräumen, sind sie in verfassungs- und völkerrechtsmässiger Hinsicht nicht zu beanstanden.

7. Soweit der Beschwerdeführer eine geltend gemachte restriktive Bewilligungspraxis des Kantons aus politischer Sicht rügt, ist vorab festzuhalten, dass das Obergericht vorliegend den angefochtenen Beschluss nur bezüglich Rechtsverletzungen prüfen kann (Art. 57 Abs. 1 VRPV). Die Angemessenheit des Beschlusses kann nicht überprüft werden. Angemessen ist die den Umständen angepasste Lösung im rechtlich nicht normierten Handlungsspielraum (BGE 118 Ib 324 E. 3c). Das Obergericht kann somit nicht prüfen, ob ein Entscheid zweckmässigerweise anders hätte ausfallen sollen bzw. können.

8. Der Beschwerdeführer macht geltend, die kantonalen Behörden hätten in der Vergangenheit gegen Treu und Glauben verstossen, indem sie einerseits das Erreichen des Umwandlungsanspruches vereitelt hätten und andererseits vorliegend mit einer restriktiven Praxis die Erteilung der ausserordentlichen Aufenthaltsbewilligung zu vereiteln versuchen würden.

Wie weit dadurch gegen das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben verstossen wird, vermag das Obergericht nicht zu erkennen. Insbesondere fehlt es am erforderlichen Vertrauensschutz (näheres zum Grundsatz von Treu und Glauben: BGE 116 Ib 187; Rhinow/Koller/Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996, N 382 ff.).

Diese Rüge ist offenkundig unbegründet. Des Weiteren wird auf die Ausführungen unter E. 10 verwiesen.

9. Die gemeinsamen Weisungen des BIGA und BFA vom 21. Oktober 1994 bzw. 1. November 1995 und 26. Juni 1996 sehen zusätzlich eine ausserordentliche "Umwandlungs"-Möglichkeit vor. Danach kann ehemaligen Saisoniers und Kurzaufenthaltern aus Staaten des ehemaligen Jugoslawien in Abweichung von der allgemeinen Zulassungsregel ausserordentlich eine Jahresaufenthaltsbewilligung zulasten des kantonalen Kontingentes erteilt werden.

a) Es ist fraglich, ob die Bundesämter in Form von Weisungen überhaupt befugt sind, weder im Gesetz noch auf Verordnungsstufe vorgesehene, die Übergangsbestimmungen des Bundesrates ergänzende Zulassungsvoraussetzungen zu erlassen. Denn der Bundesrat regelte - wie bereits oben ausgeführt - in seinen Übergangsbestimmungen zur Einführung des Dreikreismodells lediglich, dass Saisoniers aus nicht-traditionellen Rekrutierungsgebieten, die die Umwandlungsvoraussetzungen nicht erfüllen, längstens bis zum 31. Dezember 1996 noch eine Saisonbewilligung erhalten dürfen (AS 1995 S. 4872, Art. 58; AS 1994 S. 2311) und das Bundesgericht hat festgestellt, dass mangels weiterer Regelung die Umwandlungsvoraussetzungen bis spätestens 31. Dezember 1994 erfüllt sein müssten. Eine ausserordentliche Erteilung von Jahresaufenthaltsbewilligungen bei Ablauf der Übergangsregelung ist nicht vorgesehen. Indessen sehen dies die Weisungen vor.

Somit steht entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht ohne weiteres fest, dass die Weisungen der Bundesämter, soweit sie die Möglichkeit einer ausserordentlichen Bewilligung umschreiben, rechtmässig sind.

b) Nach Art. 4 i.V.m. Art. 15 ANAG entscheidet die kantonale Behörde im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der Verträge mit dem Ausland nach freiem Ermessen über die Bewilligung von Aufenthalt oder Niederlassung. Wie bereits Peter Kottusch ausführte (Peter Kottusch, Das Ermessen der kantonalen Fremdenpolizei und seine Schranken, in: ZBl 91/1990 S. 151) steht es trotz Art. 25 Abs. 1 ANAG dem Bund nicht zu, mit Weisungen Bewilligungsvoraussetzungen aufzustellen und dadurch den kantonalen Entscheidungsspielraum einzuschränken. Solche Schranken bedürfen der Form eines Rechtssatzes zumindest auf der Stufe einer bundesrätlichen Verordnung (vgl. Robert Patry, Le problème des directives de l'Administration fédérale des contributions, in: ASA 59 S. 28; BGE 119 Ib 41 E. 3d). Immerhin können solche Weisungen dazu dienen, dass eine einheitliche und rechtsgleiche Praxis befolgt wird. Vom materiellen Gehalt her sind sie aber an den Rahmen gebunden, den ihnen das Gesetzes- oder Verordnungsrecht vorgibt (BGE 119 Ib 41 f. E. 3d).

c) Will man dennoch davon ausgehen, dass die durch die Bundesämter zusätzlich geschaffene Übergangsregelung betreffend die mögliche Erteilung einer ausserordentlichen Bewilligung als zulässige Rechtssetzung zu betrachten ist, sind die in den Weisungen aufgestellten Kriterien verbindlich. Darin verwendete unbestimmte Begriffe wären also unbestimmte Gesetzesbegriffe. Da derartige Umschreibungen auslegungsbedürftig sind, eröffnen sie der rechtsanwendenden Behörde eine Art "Tatbestandsermessen". Dies ist jedoch nicht zu verwechseln mit der Ermessensausübung bei der Rechtsanwendung. Für die Ermessensausübung gelten andere Grundsätze als bei der Auslegung von unbestimmten Gesetzesbegriffen (zu deren Auslegungsmethodik: BGE 121 III 224 ff., 121 V 126 f.; zur weiteren Unterscheidung von Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen: vgl. Peter Saladin, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Basel 1979, S. 192 ff.). Die Frage nach dem richtigen Verständnis eines unbestimmten Rechtsbegriffes ist eine Rechtsfrage. Eine falsche Interpretation hat eine Rechtsverletzung zur Folge. Das Obergericht hat die Auslegung und Anwendung von unbestimmten Gesetzesbegriffen somit grundsätzlich frei zu überprüfen. Indessen ist das Obergericht bei der Würdigung spezieller Umstände nicht in allen Fragen gleichermassen kompetent (z.B. besondere Fachkenntnisse) wie die Vorinstanz oder die verfügende Behörde. In diesen Fällen legt es sich Zurückhaltung auf (vgl. BGE 120 Ia 275, 119 Ib 265 und 40 f., 118 Ib 490, 117 Ib 117).

d) Betrachtet man dagegen die Weisungen nicht als Rechtssatz, sondern lediglich als Weisungen, die die kantonalen Behörden in ihrem Ermessensspielraum nicht einschränken, ist zu beachten, dass das KIGA Gesuche um eine ausserordentliche Bewilligung im Sinne der Weisungen zugelassen und nach erfolgter Rückweisung durch den Regierungsrat die in den Weisungen aufgestellten Kriterien für anwendbar betrachtet hat. Durch die zusätzlich geschaffene Möglichkeit einer ausserordentlichen Bewilligung werden den Betroffenen mehr Rechte eingeräumt, als dies der Gesetz- bzw. Ordnungsgeber getan hat. Somit besteht für den Fall, dass es für eine ausserordentliche Bewilligung an einer genügenden gesetzlichen Grundlage fehlen sollte, wegen der Vielzahl der beurteilten Gesuche ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht. Das bedeutet jedoch lediglich, dass ein Anspruch auf die Beurteilung eines rechtzeitig gestellten Gesuchs unter

rechtsgleicher Anwendung der Ermessenskriterien besteht. Wie indessen die Behörde die in den Weisungen verwendeten Begriffe wie etwa "Dauerbeschäftigung" versteht, ist diesfalls nicht eine Rechtsfrage, denn diese stellen nicht Rechtsbegriffe im oben aufgezeigten Sinne dar, sondern sie sind Begriffe, die im Rahmen der Ermessensausübung verwendet werden. Hier steht es dem Obergericht nicht zu, den Begriff über seine Rechtmässigkeit als solches zu überprüfen, sondern lediglich, ob der Inhalt, der dem Begriff beigemessen wird, eine rechtsfehlerhafte Ermessensausübung zur Folge hat. Diesfalls befinden wir uns im Ermessensbereich.

e) Letztlich ist vorliegend nicht entscheidend, ob die in den Weisungen statuierte Möglichkeit einer ausserordentlichen Bewilligung auf einer genügenden Rechtsgrundlage beruht oder nicht, denn, wie nachfolgend aufgezeigt wird, ist, selbst wenn der Weisung Rechtsetzungscharakter zugesprochen würde, das vorliegend strittige Kriterium der Dauerbeschäftigung durch die kantonalen Behörden in rechtlich nicht zu beanstandender Weise ausgelegt worden.

Nachfolgend wird daher der Einfachheit halber vom Rechtsetzungscharakter der Weisungen ausgegangen.

10. Gemäss den Weisungen müssen die Angehörigen von Nicht-EFTA- und Nicht-EU-Staaten während mindestens acht aufeinanderfolgenden Jahren in der Schweiz gearbeitet haben und eine dauerhafte Beschäftigung nachweisen können. Steht kein kantonales Kontingent mehr zur Verfügung, so kann beim BIGA die Freigabe zu Lasten des Bundeskontingentes beantragt werden. Ein entsprechendes Gesuch musste bis spätestens Ende 1996 gestellt worden sein (Weisungen vom 21. Oktober 1994, Ziff. 4, vom 1. November 1995, Ziff. 5, und vom 26. Juni 1996, Ziff. 10). Die dauerhafte Beschäftigung muss gesichert sein (Weisungen vom 21. Oktober 1994, Ziff. 4 und vom 1. November 1995, Ziff. 4).

Die Weisung vom 26. Juni 1996 spricht davon, dass die Jahresbewilligung erteilt werden kann (nicht muss), wenn die in der Weisung aufgeführten Voraussetzungen erfüllt sind. In der Weisung vom 26. Juni 1996 empfehlen die Bundesbehörden ferner, dass die kantonalen Behörden die Erteilung dieser Bewilligung nicht an strengere Voraussetzungen knüpfen sollen. Dies ist lediglich als Empfehlungscharakter zu betrachten. Mit anderen Worten, selbst wenn neben dem Kriterium der Arbeitstätigkeit während acht aufeinanderfolgenden Jahren auch das Kriterium der Dauerbeschäftigung erfüllt ist, muss nicht ex lege eine Jahresaufenthaltsbewilligung erteilt werden. Obwohl der Rechtssatz sowohl auf der Tatbestands- als auch auf der Rechtsfolgeseite unbestimmt ist (sog. Koppelungsvorschrift), liegt in casu keine Ermessensschrumpfung vor (zu den Begriffen Koppelungsvorschrift und Ermessensschrumpfung: Fritz Gygi, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 148, 154; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 303 f., 314). Denn das ANAG belässt den Entscheid letztlich den kantonalen Instanzen (Art. 4 ANAG; BGE 93 I 6 E. 3). Die Weisungen setzen demgemäss zwei objektive Voraussetzungen für die Erteilung der ausserordentlichen Bewilligung voraus. Erst wenn diese beiden Kriterien erfüllt sind, befindet sich die kantonale Behörde im in Art. 4 ANAG statuierten Ermessensspielraum. Denn damit überhaupt ein Ermessensentscheid getroffen werden kann, muss das Recht vorerst Ermessensspielräume geschaffen haben. Nur wo Ermessen rechtlich überhaupt besteht, kann eine gerichtliche Überprüfung daraufhin stattfinden (BGE 118 Ib 324 E. 4c) und erst darin ist entscheidend, dass bei der Ermessensausübung die allgemeinen Rechtsgrundsätze beachtet werden.

11. Vorliegend ist strittig, ob das Kriterium der Dauerbeschäftigung erfüllt ist. Der Beschwerdeführer macht sinngemäss geltend, die Vorinstanz verneine in willkürlicher Weise das Vorliegen der Dauerbeschäftigung. Die Vorinstanz ginge in willkürlicher Weise von einer klar saisonalen Tätigkeit des Beschwerdeführers aus. Die kantonalen Behörden würden gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens verstossen, wenn sie als Beurteilungskriterium die Frage prüfen würden, ob der gesuchstellende Arbeitnehmer bei einem Saisonbetrieb arbeiten würde.

a) Wie weit sich die kantonalen Behörden widersprüchlich verhalten haben sollen, vermag das Obergericht nicht zu erkennen. Vorliegend geht es einzig um die Frage, ob die Voraussetzungen für die ausserordentliche Aufenthaltsbewilligung erfüllt sind. Wenn der Beschwerdeführer zur Begründung dieser Rüge ausführt, Betriebe ohne saisonalen Charakter oder mit nicht klarem bzw.

ausgesprochenem Saisoncharakter seien gegenüber Betrieben mit klar saisonalem Charakter bevorzugt, ist hinzuweisen, dass Zweck der ausserordentlichen Aufenthaltsbewilligung primär ist, dem Arbeitnehmer eine Weiterbeschäftigung in der Schweiz zu ermöglichen. Sowohl Arbeitnehmer wie Arbeitgeber haben in der Regel ausreichend Zeit gehabt, aufgrund des neu eingeführten Dreikreismodells durch den Bundesrat die notwendigen Dispositionen zu treffen. Das ehemalige Jugoslawien wurde bereits im Jahre 1991 in den Kreis der nicht-traditionellen Rekrutierungsgebiete aufgenommen. Die Übergangsregelung wurde Ende 1994 letztmals um zwei weitere Jahre verlängert. Es standen somit rund fünf Jahre zur Verfügung um die entsprechenden Dispositionen zu treffen. Aufgrund der Arbeit des Beschwerdeführers kann auch nicht argumentiert werden, die Einschulung eines Nachfolgers hätte mehr als diese fünf Jahre in Anspruch genommen. Zudem beruht die Differenzierung auf sachlich vertretbaren Gründen (vgl. E. 11d).

b) Der Begriff der Dauerbeschäftigung ist unbestimmt. Da vorliegend der verfügenden Behörde besondere Fachkenntnisse zu attestieren sind, ist ihr ein gewisser Beurteilungsspielraum bei der Auslegung des Begriffes "Dauerbeschäftigung" einzuräumen (vgl. BGE 120 Ia 275, 119 Ib 265 und 40 f., 118 Ib 490, 117 Ib 117), mithin legt sich das Obergericht als richterliche Behörde Zurückhaltung auf. Einer vertretbaren Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffes ist die Anerkennung nicht zu versagen (vgl. BGE 108 Ib 203, 96 I 373). Die kantonalen Behörden ziehen als Beurteilungskriterium, ob eine dauerhafte Beschäftigung vorliegt, die in den Weisungen formulierten Kriterien bei. Dies ist nicht zu beanstanden. Insbesondere weil dies eine rechtsgleiche Behandlung der Gesuche um die Ausnahmebewilligung gewährleistet.

c) Gemäss der Weisung vom 26. Juni 1996 gilt als eine dauerhafte Beschäftigung eine grundsätzlich ganzjährige Tätigkeit, die weder klar saisonalen Charakter aufweist noch auf einem zeitlich bzw. saisonal begrenzten Arbeitsvertrag beruht. Eine Ganzjahresbewilligung kann jedoch erst dann erteilt werden, wenn nach der Gesamtbeurteilung der Arbeitsmarktbehörde die Weiterbeschäftigung im Betrieb (Auftragslage, mittelfristige Beschäftigungsmöglichkeiten des Arbeitgebers, Tätigkeitsbereich, bisherige Beschäftigungslage, Auftragsentwicklung etc.) bei einem einzigen Arbeitgeber auf Dauer bzw. mindestens auf absehbare Zeit gefestigt erscheint. Entsprechend mussten gemäss Weisung vom 1. November 1995 mit dem Gesuch ein unbefristeter Arbeitsvertrag und Unterlagen zur Beurteilung der wirtschaftlichen Situation des Betriebes beigebracht werden. Die kantonale Arbeitsmarktbehörde hat eine Gesamtbeurteilung vorzunehmen. Daher ist die Aufzählung in den Weisungen, wie der Begriff der Dauerbeschäftigung auszulegen ist, lediglich exemplarisch und nicht abschliessend. Die kantonale Behörde darf weitere Kriterien zur näheren Konkretisierung aufstellen. Indessen dürfen diese nicht sinn- und sachfremd sein.

d) Bezüglich der Frage, ob die Tätigkeit einen klar saisonalen Charakter aufweist, prüften die kantonalen Behörden zunächst, ob die Tätigkeit in einem Saisonbetrieb ausgeführt werden soll. Dabei wurde in einem weiteren Schritt zwischen Betrieben mit klar saisonalem Charakter und den weiteren Saisonbetrieben unterschieden. Bezüglich der Qualifizierung eines Betriebes zu einem Saisonbetrieb stellten die vom BIGA im November 1990 erlassenen "Weisungen und Erläuterungen zur BVO betreffend die Saisoniers" Grundlage dar. Danach gilt ein Betrieb des Gastgewerbes als Saisonbetrieb, wenn er bloss während bestimmten Zeiten des Jahres oder das ganze Jahr geöffnet ist, aber eine oder mehrere deutliche jahreszeitliche Beschäftigungsspitzen aufweist. Dieser Ansatz erscheint als zulässig. Denn bei einer Tätigkeit in einem Saisonbetrieb ist immanent, dass nicht sämtliche Angestellten ganzjährig beschäftigt sind. Mithin ist die Daueranstellung nicht im gleichen Ausmass (in von vornherein erkennbarer Weise) gesichert, wie in einem Betrieb, welcher grundsätzlich nur Ganzjahresangestellte hat. Die weitere Differenzierung zwischen Saisonbetrieb und Betrieb mit klar saisonalem Charakter scheint darüber hinaus auch als zulässig. Die Weisung vom 21. Oktober 1994 verlangt eine qualifizierte Form der Dauerbeschäftigung. Es bedarf einer gesicherten Dauerbeschäftigung. Je typischer ein Betrieb saisonalen Charakter hat, je geringer dürfte in der Regel Gewähr für eine Dauerbeschäftigung gegeben sein. In einem Betrieb, der nur geringe saisonale Schwankungen hat, mithin wenig bis keine Saisoniers, aber dafür eine entsprechend grosse Anzahl von Dauerbeschäftigten, besteht eher die Gewähr einer dauerhaften Beschäftigung. Damit ist aber auch ausgesagt, dass die Beschäftigung nicht bereits beim nächsten kleineren wirtschaftlichen Einbruch (Umsatz, Gewinnmarge, etc.) gefährdet bzw. nicht mehr gewährleistet sein darf. Wenn nun ein Arbeitgeber einer bestimmten Anzahl von Arbeitnehmern

eine dauerhafte Beschäftigung garantiert, diese Anzahl aber mit der angesuchten Umwandlungsbewilligung gerade ausschöpfen würde, ist zu beachten, dass gerade bei den Unternehmen, die aus einer Rezession durchlaufenden Branche mit klar saisonalem Charakter stammen, die Dauerstelle in der Regel nur beschränkt gesichert ist. Zu berücksichtigen gilt es sodenn die weiteren Beurteilungskriterien.

e) Auch scheint vertretbar, dass durch das KIGA als ein weiteres Entscheidkriterium die Anzahl der Dauerbeschäftigten bzw. der Personalbestand im Betrieb herangezogen wird. So kann etwa ein grösseres Unternehmen mit vielen Angestellten einen vorübergehenden Überbestand an Dauerbeschäftigten eher verkraften, als ein kleines Unternehmen, welches nur wenige Angestellte hat. Bildlich gesprochen bedeutet dies, dass bei einem Unternehmen, bei dem hundert Vollzeitangestellte arbeiten, zwei zusätzliche Arbeitsstellen bei der Firma weniger ins Gewicht fallen, als bei einem Betrieb, der lediglich zehn Vollzeitangestellte hat. Sodenn wird in grösseren Unternehmen durch natürliche Fluktuation ein vorübergehender Überbestand eher ausgeglichen werden können. Ebenso dürfte der Differenzierung zwischen Saisonbetrieben mit grossem Bestand an Ganzjahrespersonal und entsprechendem Umsatz und Betrieben mit wenig Ganzjahresangestellten die Überlegung zugrunde liegen, dass es nicht Zweck der Weisungen sein kann, die Jahresbewilligungen zulasten anderer (bisher) ganzjährig Angestellten zu erteilen. Dies entspricht Art. 7 BVO, der den Vorrang der inländischen Arbeitnehmer statuiert. Dabei ist unerheblich, in welchem Zeitmodell (Teilzeit oder Vollzeit) der Arbeitnehmer arbeitet bzw. arbeiten soll. Als inländische Arbeitnehmer gelten neben den Schweizern auch Ausländer mit Niederlassungsbewilligung. Unter diesem Blickwinkel ist die vorinstanzliche Feststellung, die Ausführungen im Entscheid des KIGA, es sei nicht der Sinn der Weisungen, Umwandlungen von Saisoniers in Jahresaufenthalter auf Kosten anderer Dauerbeschäftigten zu bewilligen, erscheine vertretbar, zu verstehen. Hier ist insoweit zu konkretisieren, dass in jenen Fällen, in denen ein Ausländer mit Saisonbewilligung oder L-Bewilligung aus Ex-Jugoslawien seit Beginn der Aktion Bosnien-Herzegowina (21. April 1993) jeweils über das ganze Jahr angestellt war, somit de facto wie in einem Daueranstellungsverhältnis arbeitete, dieser durch die Umwandlung nicht ohne weiteres einem Dritten eine Stelle streitig machen dürfte, besteht doch die Stelle de facto schon seit mehreren Jahren. Vorbehalten sind in diesen Fällen selbstredend andere Faktoren, die die Stelle nicht als gesichert erscheinen lassen, wie etwa die Wirtschaftslage einzelner Branchen allgemein und des Unternehmens in concreto, so dass in naher Zukunft mit einem Stellenabbau oder Kurzarbeit zu rechnen ist.

f) Auch scheinen die von den kantonalen Behörden zugezogenen Kriterien der Lohnsumme sowie des Umsatzes als geeignete Kriterien, um das unterschiedliche Ausmass des saisonalen Charakters eines Betriebes beurteilen zu können. Wie bereits ausgeführt, steht indessen immer im Vordergrund, ob eine Dauerbeschäftigung garantiert werden kann. Das Kriterium des saisonalen Charakters ist dabei nicht das Einzige, das es zu beachten gilt.

g) Der Beschwerdeführer macht geltend, er sei in den letzten fünf Jahren (Aktion Bosnien-Herzegowina) während zwölf Monaten angestellt gewesen. Er gehöre zum eigentlichen Stammpersonal. Dem hält die Vorinstanz im Entscheid entgegen, dass lediglich für acht bis zehn Arbeitnehmer von 32 bzw. 33 vollzeitbeschäftigten Angestellten während der Sommersaison eine dauerhafte Beschäftigung durch die Arbeitgeberin garantiert werden könne. Dass es nicht Sinn der Weisungen sei, Umwandlungen von Saisoniers in Jahresaufenthalter auf Kosten anderer Dauerbeschäftigten zu bewilligen.

Die Arbeitgeberin kann gemäss Erhebungsbogen für acht bis zehn Arbeitnehmer eine dauerhafte Beschäftigung garantieren. Im Jahre 1995 waren während dem ganzen Jahr fünf Schweizer sowie fünf Ausländer mit L-Ausweis angestellt. Im Jahr 1996 waren es fünf Schweizer und vier Ausländer mit L-Ausweis. Ausgehend vom Ist-Bestand des Jahres 1996 (neun Ganzjahresangestellte) kann somit lediglich festgehalten werden, dass nicht für alle vier Ausländer mit dem L-Ausweis eine gesicherte Dauerstelle garantiert werden kann. Wie sich aus der Stellungnahme der Hotel T., die durch die Vorinstanz unwidersprochen geblieben ist, ergibt, hat die Hotel T. für drei Personen ein Gesuch um Umwandlung in eine ausserordentliche Jahresaufenthaltsbewilligung eingereicht. Von diesen drei Personen wurde für zwei Personen die Umwandlung genehmigt. Strit-

tig ist vorliegend das Gesuch der dritten Person. Diese würde die achte und letzte minimal von der Arbeitgeberin garantierte Dauerarbeitsstelle besetzen. Es wird auf E. 11d und e verwiesen. Unter Berücksichtigung der oben ausgeführten Beurteilungskriterien erachtet das Obergericht den Beschluss der Vorinstanz, obwohl der Beschwerdeführer während der letzten fünf Jahre offenbar über das ganze Jahr angestellt war, als gerade noch vertretbar. Insbesondere weil selbst wenn das Kriterium der Dauerbeschäftigung als ausgewiesen zu betrachten wäre, der kantonalen Arbeitsmarktbehörde ein Ermessen verbleibt, ob sie die ausserordentliche Jahresaufenthaltsbewilligung erteilen will und die kantonale Arbeitsmarktbehörde eine eher restriktive Bewilligungspraxis handhabte.

Gesamthaft ist festzustellen, dass die kantonalen Behörden das Kriterium der gesicherten Dauerbeschäftigung in rechtlich nicht zu beanstandender Weise als nicht erfüllt betrachtet haben.

12. Der Beschwerdeführer rügt, die BVO sei (als Rechtsinstitut) rechtsmissbräuchlich verwendet worden, in dem auf Kosten einer bestimmten Bevölkerungsgruppe (Ex-Jugoslawen) eine kantonale Ausländerpolitik betrieben würde. Im Sinne der in Art. 1 lit. b BVO geforderten Eingliederungsmassnahmen für ausländische Arbeitnehmer, welche schon jahrelang einer Arbeit in der Schweiz nachgehen würden, sei die ausserordentliche Bewilligung zu erteilen.

Vorab ist festzuhalten, dass vorliegend anwendbare Übergangsbestimmungen speziell für Personen, die aus Ex-Jugoslawien stammen, aufgestellt worden sind, mithin ihnen eine gegenüber anderen Ausländern, die ebenfalls aus einem Land stammen, das zum äusseren Kreis des Dreikreismodells zuzurechnen ist, bevorzugte Stellung eingeräumt wird. Sodenn liegt es primär bei der kantonalen Arbeitsmarktbehörde, die kantonale Arbeitsmarktpolitik zu definieren (E. 7).

Der Vollständigkeit halber ist hinzuweisen, dass Art. 1 lit. b BVO zwar auch, wie der Beschwerdeführer ausführt, die Förderung der Eingliederung von Ausländern als Ziel der BVO statuiert. Indessen dient das Fremdenpolizeirecht vorab der Abwehr der Überfremdung (Art. 1 lit. a BVO) und der Verbesserung der Arbeitsmarktstruktur und einer möglichst ausgeglichenen Beschäftigung (Beschäftigungspolitik; Art. 1 lit. c BVO; vgl. BGE 93 I 7 E. 3a). Mit anderen Worten hat die BVO mehrere Zielrichtungen, wovon die Förderung der Eingliederung von Ausländern eher als ein Nebenzweck zu bezeichnen ist. Die Ausländerpolitik ist und war im Kern immer primär Arbeitsmarkt- und damit Wirtschaftspolitik. So hat auch die BVO primär arbeitsmarktpolitische Ziele (vgl. systematische Einordnung der BVO in der systematischen Sammlung nicht etwa unter "Staat" sondern unter "Nr. 823 Arbeitsmarkt und Arbeitsbeschaffung" sowie den Titel: Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer).

Daraus ist auch erstellt, dass die Rüge, die kantonalen Behörden würden die Weisungen BVO-widrig auslegen, unbegründet ist.

13. ...

14. Wie bereits dargetan, beschränkt sich die Kognitionsbefugnis des Obergerichtes auf Rechtsfragen. Das Obergericht kann insbesondere nicht prüfen, ob ein Entscheid zweckmässigerweise anders hätte ausfallen sollen bzw. können (E. 7).

Die Behörde hat indessen dort, wo ihr ein Beurteilungs- und/oder Ermessensspielraum eingeräumt wird, dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen (vgl. BGE 98 Ib 90 E. 3, 93 I 10 E. 4, 96 I 242; AGVE 1991 S. 467; Peter Kottusch, a.a.O., S. 172; Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I, 6. Aufl., Basel 1986, Nr. 58 B III in fine). Die durch den Rechtssatz vorgesehene oder durch die Verfügung angeordnete Verwaltungsmassnahme muss im Einzelfall das richtige Mittel zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Zieles sein (BGE 91 I 464).

a) Im Rahmen der Rechtskontrolle kann das Obergericht frei prüfen, ob das öffentliche Interesse an der Verweigerung der fremdenpolizeilichen Bewilligung das entgegenstehende private Interesse des Ausländers an der Erteilung der Bewilligung überwiegt. Dem steht nicht entgegen,

dass das Obergericht gemäss Art. 57 Abs. 4 VRPV nicht prüfen kann, ob der angefochtene Entscheid angemessen sei. Angemessenheit im Sinne dieser Bestimmung bedeutet nicht Verhältnismässigkeit, sondern Zweckmässigkeit (vgl. Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 316). Für die obergerichtliche Kognition gilt somit in Fällen, wo Normen anzuwenden sind, welche eine Interessenabwägung erfordern, dass die Verhältnismässigkeit der angefochtenen Massnahme frei geprüft wird, der Behörde jedoch insofern ein Beurteilungs- und/oder Ermessensspielraum zu belassen ist, als es um die Zweckmässigkeit geht (Opportunität; vgl. betreffend Art. 104 lit. c OG BGE 116 Ib 356 f. E. 2b).

b) Der Bundesrat bezweckt mit dem sogenannten Dreikreismodell, die Zulassungspolitik gegenüber Angehörigen der EFTA und EU zu liberalisieren, gegenüber gewissen anderen Staaten (Vereinigte Staaten von Amerika, Kanada usw.) eine begrenzte Rekrutierung beizubehalten, im Übrigen aber Aufenthalts- und Arbeitsbewilligungen nur mehr in Ausnahmefällen zu erteilen. Die BVO bezweckt primär eine möglichst ausgeglichene Beschäftigung und ein ausgewogenes Verhältnis zwischen dem Bestand der schweizerischen und dem der ausländischen Wohnbevölkerung (vgl. Art. 1 lit. a und b BVO). Wie bereits ausgeführt (E. 12) ist und war die Ausländerpolitik im Kern immer primär Arbeitsmarkt- und damit Wirtschaftspolitik. Dies zeigt allein schon die Tatsache, dass die vorliegend zur Anwendung kommende BVO klare arbeitsmarktpolitische Ziele hat. Sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer haben ausreichend Zeit gehabt, aufgrund des neu eingeführten Dreikreismodells durch den Bundesrat die notwendigen Dispositionen zu treffen. Das ehemalige Jugoslawien wurde bereits im Jahre 1991 in den Kreis der nicht-traditionellen Rekrutierungsgebiete aufgenommen. Die Übergangsregelung wurde Ende 1994 letztmals um zwei weitere Jahre verlängert. Es standen somit rund fünf Jahre zur Verfügung um die entsprechenden Dispositionen zu treffen (vgl. schon E. 11a). Soweit die Einführung des Dreikreismodells trotz der mehrjährigen Übergangsfrist im Einzelfall eine aussergewöhnliche Härte mit sich bringt, kann diese durch eine von der kantonalen Fremdenpolizeibehörde zu erteilende Aufenthaltsbewilligung (sog. Härtefallbewilligung) aufgefangen werden. Vorliegend ist dies nicht mehr Gegenstand des Verfahrens (E. 4). Die Bestimmungen verstossen daher nicht gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip.

Unter Berücksichtigung der Ausführungen zur Frage, ob in casu eine gesicherte Dauerbeschäftigung nachgewiesen ist, ist daher nicht erkennbar, wie weit der angefochtene Beschluss das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt haben soll.