

II. Ausländerrecht

117 Arbeitsbewilligung für Asylsuchende.

- **Rechtliche Voraussetzungen für die Erteilung einer Arbeitszeitbewilligung für Asylsuchende (arbeitsmarktliche Prüfung)**
- **Die Personalrekrutierung gemäss Art. 7 f. der Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer vom 6. Oktober 1986 (BVO; SR 823.21) ist verfassungskonform auszugestalten. Art. 8 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) wird verletzt, wenn der Arbeitgeber ohne sachliche Gründe die Personalrekrutierung auf Frauen beschränkt.**

Auszug aus dem Entscheid des Rechtsdienstes des Migrationsamts Kanton Aargau vom 19. März 2003 in Sachen X.

Aus den Erwägungen

2. Zu prüfen ist, ob die Einsprecherin bei der Personalrekrutierung rechtmässig vorgegangen ist.

2.1

2.1.1 Gemäss "Bestätigung Stellenmeldung" der RAV vom 24. Januar 2003 wurde nach einem Betriebsarbeiter oder einer Betriebsmitarbeiterin bzw. einem Hilfsarbeiter Produktion oder einer Hilfsarbeiterin Produktion gesucht. Am 31. Januar 2003 wurde die Stellenmeldung dahingehend geändert, als die Suche auf Frauen eingeschränkt wurde. Mit Verfügung vom 26. Februar 2003 forderte der Rechtsdienst die Einsprecherin auf zu erklären, warum die Suche auf Betriebsarbeiterinnen eingeschränkt worden sei.

2.1.2

(...)

2.1.3 Die Vertragsfreiheit stellt ein zentrales Element der Wirtschaftsfreiheit dar (KLAUS A. VALLENDER, in: Die Schweizerische

Bundesverfassung, Kommentar, St. Gallen 2002, Rz. 10 zu Art. 27 BV). Ein wichtiges Element der Vertragsfreiheit ist die Partnerwahlfreiheit, d.h. das Recht, sich selber den (Arbeits-)Vertragspartner auswählen zu können, wobei diese Partnerwahlfreiheit auf den **privatrechtlichen** Bereich beschränkt ist. Weil es sich bei der arbeitsmarktlichen Prüfung gemäss Art. 7 f. BVO um eine **öffentlich-rechtliche** Prüfung handelt, sind der Partnerwahlfreiheit daher Grenzen gesetzt. So ist nicht nur die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) zu beachten, sondern ebenfalls Art. 8 BV. Diese Bestimmung verlangt, dass Mann und Frau in der Arbeitswelt gleich zu behandeln sind. Art. 8 wird dann verletzt, wenn ohne sachliche Gründe die Personalrekrutierung auf Frauen beschränkt wird.

2.1.4 Solche sachlichen Gründe kann die Einsprecherin nicht vorbringen: Es mag zwar zutreffen, dass viele Männer eine Vollzeitbeschäftigung anstreben. Aus den Angaben der Einsprecherin geht jedoch erstens nicht hervor, ob die männlichen Bewerber Nr. 1 bis 8 allesamt eine Vollzeitbeschäftigung anstreben oder ob einer oder mehrere, z.B. wegen geteilter Verantwortung bei der Kinderbetreuung, nicht auch an einer Teilzeitstelle (ca. 50 % gemäss Inserat) interessiert sind. Die Hypothese der Einsprecherin, diese Kandidaten würden nur kurze Zeit bleiben, mag zwar auch eine Erfahrungstatsache sein. Sie stellt aber keinen schützenswerten Grund dar, die Suche nur auf Frauen zu beschränken. Zweitens legt die Einsprecherin nicht dar, wie kostspielig und aufwändig die Schulung der Hygiene- und Betriebsordnung ist, dass sich die "Zeitinvestition" nur langfristig lohnt. Überdies kann das Risiko, dass auch eine Frau nach kurzer Zeit wieder kündigt, nicht ausgeschlossen werden. Dieses Risiko liegt ausschliesslich beim Unternehmer und tangiert die arbeitsmarktliche Prüfung nicht. Drittens ist unbeachtlich, dass die geschilderte leichte Produktionsarbeit (Absetzen der Produkte auf Bleche, Qualitätskontrolle, allgemeine Reinigungsarbeit etc.) nicht von Mitarbeitern (scil. Männern) erledigt wird, da sich diese sonst benachteiligt fühlen würden, was sich in der Gruppendynamik so ergeben habe. Inwiefern sich ein Mann benachteiligt fühlen soll, wenn er sol-

che Arbeiten auszuführen hat, ist schleierhaft. Die Einsprecherin gesteht mit dieser Aussage vielmehr ein, dass (meist) nur Frauen bereit sind, zu einem Stundenlohn von mindestens Fr. 17.65 diese Arbeiten zu erledigen. Der Hinweis auf angeblich gruppendynamische Erkenntnisse vermag diese Lohndiskriminierung nicht zu kaschieren (grundsätzlich zu dieser Problematik: MARGRITH BIGLER-EGGENSCHWILER, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, St. Gallen 2002, Rz. 91 - 99 zu Art. 8 BV). Wenn sich trotzdem Männer finden lassen, die hier bereits zur Erwerbstätigkeit berechtigt sind (Art. 7 Abs. 1 - 3 BVO) und zu diesem Lohn arbeiten wollen, ist diesen zwingend der Vorrang gegenüber Frauen zu gewähren, die wie X. erstmals in der Schweiz eine Arbeit suchen.

2.2 Die Einsprecherin lehnte die Bewerberinnen Nr. 9 - 22 ab, weil diese nur an speziellen Tagen/Zeiten einsetzbar, folglich sehr unflexibel seien. Auch diese Argumentation ist mit Nachdruck zurückzuweisen: Im Rahmen der arbeitsmarktlichen Prüfung darf der Einsprecherin entgegen gehalten werden, dass sie bei der Ausarbeitung der Einsatzpläne nicht bloss auf die betrieblichen Bedürfnisse abstellt. Ihr kann gestützt auf Art. 1 lit. b und c BVO zugemutet werden, die zeitliche Verfügbarkeit aller Stellensuchenden, die zum Arbeitsmarkt zugelassen sind und dem Anforderungsprofil entsprechen, gebührend mitzuberücksichtigen. Das hat mit Unflexibilität der Arbeitnehmer(innen) nichts zu tun, sondern stellt eine weitere indirekte Diskriminierung von Personen mit familiären Verpflichtungen dar (vgl. MARGRITH BIGLER-EGGENSCHWILER, a.a.O., Rz. 96 zu Art. 8 BV, wo sich die Autorin auch zu indirekten Diskriminierungen durch vordergründig objektive Gründe wie z.B. Familienlasten und Arbeitszeit äussert. Dies gilt umso mehr, als die Einsprecherin Abrufarbeit anbietet).

2.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Rekrutierungsbemühungen der Einsprecherin gegen Art. 7 Abs. 4 lit. a und b BVO sowie Art. 8 BV verstossen. Die Einsprache erweist sich daher als unbegründet und ist abzuweisen.

118 Familiennachzug von Jahresaufenthaltern.

- **Eine gefestigte Erwerbstätigkeit gemäss Art. 39 Abs. 1 lit. a BVO kann grundsätzlich auch dann vorliegen, wenn die Ausländerin oder der Ausländer Temporärarbeit verrichtet.**

Auszug aus dem Entscheid des Rechtsdienstes des Migrationsamts Kanton Aargau vom 5. Juni 2003 in Sachen X.

*Aus den Erwägungen***3.2**

3.2.1 Gemäss der Auffassung der Sektion Einreise und Arbeit kann eine temporäre Arbeitsstelle nicht als gefestigte Erwerbstätigkeit betrachtet werden. Daran hält sie in der Vernehmlassung unter Hinweis auf die arbeitsvertragliche Regelung zwischen dem Einsprecher und der Personalverleiherin fest.

3.2.2 Zu prüfen ist, ob und inwiefern arbeitsvertragliche Bestimmungen bei der Auslegung von Art. 39 Abs. 1 lit. a BVO ("gefestigte Erwerbstätigkeit") heranzuziehen sind.

3.2.2.1 Bei einer Festanstellung, d.h. einem auf unbestimmte Dauer abgeschlossenen Arbeitsvertrag, liegt spätestens dann eine gefestigte Erwerbstätigkeit gemäss Art. 39 Abs. 1 lit. a BVO vor, wenn der ausländische Arbeitnehmer die vertragliche oder gesetzliche Probezeit (vgl. Art. 335b des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Titel: Obligationenrecht] vom 30. März 1911; Obligationenrecht, OR; SR 220) bestanden hat (so auch MARC SPESCHA / PETER STRÄULI, Ausländerrecht [Kommentar], Zürich 2001, S. 173). Art. 39 Abs. 1 lit. a BVO bezweckt nämlich u.a. sicherzustellen, dass der Ausländer regelmässig arbeitet und seine arbeitsvertraglichen Verpflichtungen erfüllt (vgl. PETER KOTTUSCH, Zur rechtlichen Regelung des Familiennachzugs von Ausländern, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [Zentralblatt, ZBl], S. 335), so dass die Gefahr einer Sozialhilfeabhängigkeit nach erfolgtem Familiennachzug in der Regel ausgeschlossen werden kann. Eine Erwerbstätigkeit ist zum