Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung III
C-5496/2010, C-5497/2010, C-5498/2010, C-5499/2010, C-5500/2010,
C-5501/2010, C-5502/2010

Urteil vom 14. Juni 2011

Besetzung

Richter Antonio Imoberdorf (Vorsitz),
Richter Blaise Vuille, Richter Bernard Vaudan,
Gerichtsschreiber Daniel Grimm.

Parteien

1. **X._____ SA,**
2. **Y._____ AG,**
beide vertreten durch Rechtsanwalt Jürg Wernli,
Länggass-Strasse 7, Postfach 7161, 3001 Bern,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

Bundesamt für Migration (BFM), Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Zustimmungsverfahren zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid in Bezug auf A._____, B._____, C._____, D._____, E._____, F._____ und G._____.

Sachverhalt:

A.
Die X._____ SA (im Folgenden: Beschwerdeführerin 1) und ihre Schwestergesellschaft Y._____ AG (hiernach: Beschwerdeführerin 2) betreiben im Berner Oberland mehrere Uhren- bzw. Bijouteriegeschäfte, welche auf Kundschaft aus dem asiatischen Raum spezialisiert sind. Aus diesem Grunde setzen sie auf Verkaufspersonal mit entsprechendem sprachlichen und kulturellen Hintergrund. Am 14. September 2009, 19. September 2009, 8. Dezember 2009 und 12. Januar 2010 stellten die Beschwerdeführerinnen bei der hierfür zuständigen Berner Wirtschaft (beco) für insgesamt sechs japanische und eine südkoreanische Staatsangehörige Gesuche um Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen, um die betreffenden Arbeitnehmerinnen in ihren Niederlassungen in Brienz und Interlaken während der touristischen Hauptsaison 2010 als Verkäuferinnen beschäftigen zu können. Die fraglichen Arbeitskräfte waren allesamt schon in der Saison 2009 in einem der beiden Betriebe tätig gewesen.

B.
Die kantonale Arbeitsmarktbehörde erachtete die Voraussetzungen für die Erteilung von Kurzaufenthaltsbewilligungen gemäss Art. 32 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) am 26. Januar 2010 in Bezug auf die japanische Staatsangehörige F._____ (Gesuch der Beschwerdeführerin 1 vom 12. Januar 2010) und die aus Südkorea stammende G._____ (Gesuch der Beschwerdeführerin 2 vom 8. Dezember 2009) als erfüllt und unterbreitete dem BFM gleichentags Antrag auf Zustimmung zum jeweiligen arbeitsmarktlichen Vorentscheid.

Aufgrund von Unklarheiten im Zusammenhang mit Art. 22 AuG (Lohn- und Arbeitsbedingungen) bat die Vorinstanz das beco am 1. Februar 2010, bei den Gesuchstellerinnen Lohnauszahlungsbelege der zwei genannten Angestellten für die Zeitspanne von August bis November 2009 sowie Arbeitsverträge mit Angaben über Sozialversicherungsabzüge einzuverlangen.

C.
Mit Vorentscheiden vom 24. Februar 2010 (Gesuche vom 14. September 2009 für A._____ und E._____, Gesuch vom 19. September 2009 für C._____) bzw. 25. Februar 2010 (Gesuch vom 14. September 2009

für B._____, Gesuch vom 12. Januar 2010 für D._____) erklärte sich die kantonalen Arbeitsmarktbehörde auch bei den verbliebenen Beschäftigungsgesuchen (alles japanische Staatsangehörige, welche bei der Beschwerdeführerin 1 beschäftigt werden sollten) zur Erteilung entsprechender Kurzaufenthaltsbewilligungen bereit. Die Akten wurden wiederum dem BFM zur Zustimmung übermittelt.

D.
Am 4. März 2010 bestätigte die Vorinstanz gegenüber dem beco den Erhalt der weiteren Gesuche und wiederholte über die kantonale Arbeitsmarktbehörde ihre Aufforderung vom 1. Februar 2010 zur Einreichung zusätzlicher Unterlagen, unter Ansetzung einer Frist bis zum 15. März 2010. Andernfalls würden die diesbezüglichen Anträge als gegenstandslos ad acta gelegt.

Nachdem sich der Geschäftsführer der beiden Firmen am 12. März 2010 sowohl telefonisch als auch per E-Mail an das Bundesamt gewandt hatte, wurde ihm am 15. März 2010 auf elektronischem Weg nochmals erläutert, was für Belege für die Weiterbehandlung der Beschäftigungsgesuche benötigt würden.

Am letzten Tag der angesetzten Frist (31. März 2010) gelangte der Rechtsvertreter namens der Beschwerdeführerinnen an das BFM. Hierbei führte er im Wesentlichen aus, seine Mandantinnen schlössen mit den betreffenden Personen vor der Einreise in die Schweiz provisorische Arbeitsverträge ab. In diesen würden die von den Behörden festgelegten Anstellungsbedingungen übernommen. Definitive Arbeitsverträge stellten die Beschwerdeführerinnen jeweils erst nach der Bewilligung zum Stellenantritt und nach erfolgter Einreise der Arbeitnehmerinnen in die Schweiz aus. Die Unterlagen für die jetzigen Gesuche könnten daher erst später beigebracht werden.

E.
Mit Schreiben vom 7. April 2010 teilte die Vorinstanz dem Parteivertreter mit, es würden Lohnabrechnungen und Belege aus dem Vorjahr verlangt, Dokumente also, die ohne weiteres beschafft werden könnten.

Am 20. April 2010 bzw. 7. Mai 2010 reichte dieser, soweit die Gesuchsverfahren von F._____ und G._____ betreffend, einen Teil der Unterlagen (Anmeldungen bei der Ausgleichs- und der

Pensionskasse, Lohnabrechnungen der Monate August bis November 2009) nach.

In der Folge stellte das BFM fest, dass die beiden Arbeitnehmerinnen nicht gemäss den in den Zustimmungsentscheiden für das Jahr 2009 verfügten Bedingungen (Arbeitspensum von 100 %, monatliches Mindestgehalt von Fr. 4'100.- brutto) angestellt worden waren. Infolge Teilzeitbeschäftigung erhielten sie in der Zeitspanne vom August bis November 2009 vielmehr lediglich ein Bruttogehalt von Fr. 3'400.- bzw. Fr. 2'800. Die zuständigen Behörden waren durch die Beschwerdeführerinnen über die Änderungen besagter Anstellungsverhältnisse nicht informiert worden.

F.
Aufgrund dieser Erkenntnisse ersuchte die Vorinstanz die Beschwerdeführerinnen am 21. Mai 2010, die Differenz zum vertraglich vereinbarten Bruttolohn von Fr. 4'100.- für die gesamte Beschäftigungsdauer 2009 an F._____ und G._____ auf ein Bankkonto zu überweisen und diese Überweisungen zu belegen. Ferner wurden die Arbeitgeberinnen unter Hinweis auf die Mitwirkungspflicht um ausführliche Auskunft darüber gebeten, ob im Jahr 2009 weitere zugelassene Arbeitskräfte aus Drittstaaten zu weniger als Fr. 4'100.- beschäftigt worden seien und gegebenenfalls zu welchen Anstellungsbedingungen. Darüber hinaus hielt das BFM fest, für sämtliche sieben Gesuche fehlten weiterhin die (definitiven) Arbeitsverträge mit den vollständig aufgeführten Sozialversicherungsabzügen.

Für die Zustellung der kompletten Unterlagen wurde eine Frist bis zum 3. Juni 2010 angesetzt, verbunden mit der Androhung, im Unterlassungsfall werde auf die hängigen Gesuche nicht eingetreten und diese würden als gegenstandslos ad acta gelegt.

G.
Am 2. Juni 2010 stellte der Parteivertreter bei der Vorinstanz ein Gesuch um Akteneinsicht. Nach gewährter Einsicht in die Dossiers von F._____ und G._____ äusserte er sich mit Eingabe vom 24. Juni 2010 innert erstreckter Frist dahingehend, sämtliche für die Prüfung der aktuellen Gesuche und die Nachkontrolle der letztjährigen Bewilligungen einverlangten Dokumente bereits eingereicht zu haben. Sonstige Unterlagen existierten nicht. Weiter wurde betont, die

Beschwerdeführerinnen hätten es aus Unkenntnis unterlassen, die Behörden über die Anpassung der im Jahr 2009 bewilligten Arbeitsverhältnisse zu orientieren und sich somit keiner strafbaren Widerhandlung gegen ausländerrechtliche Bestimmungen schuldig gemacht. Das AuG biete zudem keinesfalls eine Handhabe, um seine Klientschaft dazu zu verpflichten, die beiden Arbeitnehmerinnen nachträglich für Leistungen zu entschädigen, welche sie gar nicht erbracht hätten. Abgesehen davon seien die hängigen Beschäftigungsgesuche nun unabhängig von einer Nachkontrolle der letztjährigen Bewilligungen umgehend zu prüfen und gutzuheissen.

H.

Mit Schreiben vom 1. Juli 2010 hielt das BFM fest, im Rahmen des Zustimmungsverfahrens habe es die Lohn- und Arbeitsbedingungen gemäss Art. 22 AuG zu überprüfen, deren Einhaltung für die jeweiligen Entscheide massgebend seien. Bis anhin lägen weder Belege für Lohnnachzahlungen an F._____ und G._____ noch Angaben darüber vor, welche Lohnsumme insgesamt an die im Vorjahr bewilligten Arbeitskräfte aus Drittstaaten infolge Kurz- bzw. Teilzeitarbeit ausbezahlt worden sei. Für die Würdigung der konkreten Voraussetzungen (Vollzeitbeschäftigung, Monatslohn gemäss kantonalem Normalarbeitsvertrag im Detailhandel) fehle es an zusätzlichen sachdienlichen Unterlagen, welche für die Weiterbearbeitung der vorliegenden Beschäftigungsgesuche unabdingbar seien. Nach Art. 90 AuG seien Ausländerinnen und Ausländer sowie an Verfahren beteiligte Dritte verpflichtet, an der Feststellung des für die Anwendung dieses Gesetzes massgebenden Sachverhalts mitzuwirken. Sie müssten insbesondere zutreffende und vollständige Angaben über die für die Regelung des Aufenthalts wesentlichen Tatsachen machen sowie erforderliche Beweismittel unverzüglich einreichen oder sich darum bemühen, sie innerhalb einer angemessenen Frist zu beschaffen. Ausgehend von den Ausführungen des Parteivertreters vom 24. Juni 2010 gelange das Bundesamt zum Schluss, dass seitens der Arbeitgeberinnen in dieser Hinsicht keine weiteren Anstrengungen unternommen würden. Auf die gestellten Begehren könne daher nicht mehr eingetreten werden. Infolgedessen seien die hängigen Beschäftigungsgesuche ad acta gelegt worden.

Dieses Schreiben war weder als Verfügung bezeichnet noch mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen.

I.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 30. Juli 2010 beantragen die Beschwerdeführerinnen, die sieben Beschäftigungsgesuche seien vom BFM ohne Verzug an die Hand zu nehmen und innert zehn Tagen materiell zu entscheiden. Ferner sei die Vorinstanz zu verpflichten, eine andere Person als den bisher hierfür zuständigen Dienstchef mit der Prüfung der Angelegenheit zu betrauen. Im Wesentlichen bringen sie vor, ein Nichteintretensentscheid sei einzig dann zu fällen, wenn es an einer Sachurteilsvoraussetzung fehle. Solches treffe hier nicht zu. Die Gesuche seien begründet und erfüllten die weiteren formellen Voraussetzungen, ansonsten das beco keine entsprechenden positiven arbeitsmarktlichen Vorentscheide gefällt hätte. Auch das aktuelle Rechtsschutzinteresse sei nicht weggefallen. Das BFM sei gemäss Art.86 AuG (recte: Art. 86 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]) mithin zur materiellen Prüfung verpflichtet. Was die angeblich fehlenden Unterlagen anbelange, betreffe dies zum einen die materielle Begründetheit der Gesuche und könne demnach nicht ein Nichteintreten bewirken. Zum andern hätten die Beschwerdeführerinnen die notwendigen bzw. die vom Bundesamt nachverlangten Dokumente für die Beschäftigungsgesuche des Jahres 2010, entsprechend dem im Internet einsehbaren Merkblatt des BFM, eingereicht. Damit seien die erforderlichen Angaben zu den Anstellungsbedingungen im Sinne von Art. 22 Abs. 2 VZAE zu den Akten gegeben worden und die Betroffenen ihrer Mitwirkungspflicht gemäss Art. 13 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) und Art. 90 AuG nachgekommen. Sodann könne die Prüfung der Bewilligung neu eingereichter Gesuche nicht von der Nachprüfung der im Vorjahr erteilten Bewilligungen abhängig gemacht werden, zumindest lasse sich so ein Nichteintreten nicht begründen. Selbst wenn Verstösse gegen Bestimmungen des AuG vorlägen, was bestritten werde, so wäre die Vorinstanz nach Art. 122 Abs. 1 AuG gehalten, einen materiellen Entscheid zu fällen. Die gesetzlichen Sanktionen bei Widerhandlungen gegen das AuG seien in Art. 120 dieses Gesetzes abschliessend geregelt. Eine Verweigerung der materiellen Prüfung von Gesuchen sei darin nicht vorgesehen. Die Überprüfung der Bewilligungsbedingungen 2009 betreffe überdies nur die beiden Arbeitnehmerinnen F._____ und G._____. Die übrigen Gesuche seien daher in jedem Fall materiell zu beurteilen. Indem weder das VwVG noch das AuG eine Grundlage für einen Verfahrensabschluss ohne materiellen Entscheid böten, verletze die Vorinstanz mit ihrer Verfügung Bundesrecht. Zugleich komme ihr

Vorgehen einer Rechtsverweigerung gleich. Nachdem die Hauptverkaufssaison inzwischen angelaufen sei, seien die Beschwerdeführerinnen dringend auf die fraglichen Arbeitnehmerinnen angewiesen.

Die Rechtsschrift war mit mehreren Beweismitteln (v.a. Beilagen zu den ursprünglichen Beschäftigungsgesuchen sowie dem Merkblatt des BFM "Gesuchsunterlagen") ergänzt.

J.
In ihrer Vernehmlassung vom 24. September 2010 spricht sich die Vorinstanz unter Erläuterung des bisher genannten Gründe dafür aus, die von den Beschwerdeführerinnen gestellten Begehren abzuweisen und den gestützt auf Art. 13 Abs. 2 VwVG ergangenen Entscheid vom 1. Juli 2010 zu bestätigen.

K.
Replikweise halten die Beschwerdeführerinnen am 9. November 2010 am eingereichten Rechtsmittel sowie den Begehren fest. In Ergänzung zu den bisherigen Vorbringen wird angefügt, es existiere im Schweizerischen Recht keine Vorschrift, wonach die gesetzlichen Abzüge im Arbeitsvertrag gesondert auszuweisen seien. Dass korrekt abgerechnet worden sei, ergebe sich aber aus den sonst eingereichten Unterlagen. Zusätzliche Belege habe das BFM nur für die F._____ und G._____ betreffenden Gesuche verlangt und es habe auch nur in die entsprechenden Dossiers Akteneinsicht gewährt. Gemäss Aktenverzeichnis hätten die Beschwerdeführerinnen im Übrigen nicht in alle Aktenstücke Einsicht erhalten, weshalb eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vorliege und die Beschwerde bereits aus diesem Grunde gutzuheissen sei.

Am 26. Januar 2011 reichte der Rechtsvertreter eine Kostennote nach.

L.
Mit verfahrensleitender Anordnung vom 8. April 2011 übermittelte das Bundesverwaltungsgericht den Beschwerdeführerinnen die fehlenden Aktenstücke aus den vorinstanzlichen Dossiers von F._____ und G._____ und lud sie ein, das Rechtsmittel zu ergänzen und mit Blick auf das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung zu aktualisieren.

M.
Am 20. April 2011 erklärte der Parteivertreter, trotz Ablaufs der Saison 2010 und obwohl für die Saison 2011 neue Gesuche eingereicht worden seien, bestehe nach wie vor ein Rechtsschutzinteresse am Rechtsmittel. Dieses richte sich nun insbesondere auf die Feststellung der Rechtsverweigerung, damit die Vorinstanz über künftige Beschäftigungsgesuche materiell befinde.

Zur Erläuterung wurde ein vom 17. März 2011 datierendes E-Mail des BFM an das beco betreffend Behandlung von vier neuen Beschäftigungsgesuchen der Beschwerdeführerinnen für die Verkaufssaison 2011 beigelegt.

N.
Auf den weiteren Akteninhalt wird, soweit rechtserheblich, in den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Angesichts des engen persönlichen und sachlichen Zusammenhanges rechtfertigt es sich, die Beschwerdeverfahren C-5496/2010 (A._____), C-5497/2010 (B._____), C-5498/2010 (C._____), C-5499/2010 (D._____), C-5500/2010 (E._____), C-5501/2010 (F._____) und C-5502/2010 (G._____ zu vereinigen und in einem Entscheid darüber zu befinden.

2.
2.1. Verfügungen des BFM betreffend Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 31, Art. 32 sowie Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Nichteintretensentscheide gelten als Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG (siehe Art. 5 Abs. 1 Bst. c VwVG) und können mit den ordentlichen Rechtsmitteln angefochten werden (vgl. MARKUS MÜLLER in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich/St. Gallen 2008, Art. 5 N 39 sowie N 59 und 60 und ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl.,

Zürich 1998, Rz. 482 ff., je mit Hinweisen). Indem die Vorinstanz auf die Beschäftigungsgesuche der Beschwerdeführerinnen nicht eingetreten ist, hat sie eine Verfügung im erwähnten Sinne und daher ein zulässiges Anfechtungsobjekt erlassen (vgl. E. 2.3 nachstehend). Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ist endgültig (Art. 1 Abs. 2 VGG i.V.m. Art. 83 Bst. c Ziff. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

2.2. Das Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

2.3. Der angefochtene Entscheid vom 1. Juli 2010 ist weder als Verfügung bezeichnet noch mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen. Dennoch enthält die als blosses Informationsschreiben ausgestaltete Anordnung alle Merkmale einer Verfügung, konkret eines Nichteintretensentscheids. Grundsätzlich ändert weder die formelle noch die materielle Fehlerhaftigkeit einer Verfügung etwas an deren Rechtsnatur (vgl. MÜLLER, Kommentar VwVG, a.a.O., Art. 5 N 9 und 10 oder BVGE 2008/15 E. 2). Zumindest in der Vernehmlassung geht nun auch die Vorinstanz von einem Entscheid bzw. einem Nichteintretensentscheid im Sinne von Art. 13 Abs. 2 VwVG (i.V.m. Art. 5 Abs. 1 Bst. c VwVG) aus. In der Regel bewirkt die Fehlerhaftigkeit einer Verfügung nur deren Anfechtbarkeit (zum Ganzen vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 951 ff. oder KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz 363 ff.). Nichtigkeitsgründe fallen hier ausser Betracht. Aus den fraglichen Mängeln (die Verfügung wurde nicht als solche bezeichnet, nicht korrekte Eröffnung und fehlende Rechtsmittelbelehrung gemäss Art. 35 Abs. 1 und 2 VwVG) ist den Betroffenen kein Nachteil erwachsen. Die Beschwerdeführerinnen haben besagte Verfügung vielmehr innert der Rechtsmittelfrist und nach Massgabe der gesetzlichen Formvorschriften angefochten.

2.4. Verfahrensgegenstand bilden sieben Beschäftigungsgesuche für das Jahr 2010. Gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Das schutzwürdige Interesse besteht im praktischen bzw. positiven Nutzen, welchen die erfolgreiche Beschwerde der beschwerdeführenden

Partei eintragen würde oder aber in der Abwendung eines realen – materiellen oder ideellen – Nachteils (vgl. etwa BGE 131 II 587 E. 2.1 S. 588 f., BGE 131 V 298 E. 3 S. 300 und BGE 127 V 80 E. 3a/aa S. 82 f. oder BVGE 2007/20 E. 2.4.1). Ein solches Interesse ist in der Regel nur dann schutzwürdig, wenn es im Zeitpunkt der Urteilsfällung aktuell ist (BGE 129 I 113 E. 1.7 S. 119, BGE 128 II 34 E. 1b S. 36). In der Rechtsprechung wird auf das Erfordernis der Aktualität des Interesses ausnahmsweise verzichtet, wenn sich die aufgeworfenen Fragen jederzeit unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen können, ohne dass im Einzelfall rechtzeitig eine richterliche Prüfung stattfinden kann. Darüber hinaus muss an der Beantwortung der Fragen wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung ein hinreichendes öffentliches Interesse bestehen (BGE 131 II 670 E. 1.2 S. 673 f., BGE 128 II 34 E. 1b S. 36; ferner HÄNER, Kommentar VwVG, a.a.O., Art. 48 N 21 und 22, VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, Art. 48 N 15 f. oder KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 540). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Die Frage, ob die Vorinstanz in Zustimmungsverfahren in der beschriebenen Weise vorgehen darf (d.h. Nichteintreten auf Beschäftigungsgesuche, wenn nicht alle verlangten Unterlagen eingereicht wurden), kann sich in jeder neuen Bewilligungsperiode stellen. Da solche Gesuche häufig erst anfangs Jahr vorgelegt werden und eines positiven Vorentscheids der kantonalen Arbeitsmarktbehörde sowie eines Zustimmungsentscheids des BFM bedürfen, wird das Bundesverwaltungsgericht zumindest bei Kurzaufenthaltsbewilligungen meist nicht in der Lage sein, vor Ablauf der vorgesehenen Bewilligungsdauer zu entscheiden. Die mit der Beschwerdeaktualisierung vom 20. April 2011 eingereichte Beilage (E-Mail des BFM vom 17. März 2011 an das beco, wonach die Weiterbehandlung der Gesuche für das Jahr 2011 davon abhänge, ob die Zweifel an der Erfüllung der auferlegten Bedingungen mittels weiterer Unterlagen aus dem Weg geräumt würden) lässt vermuten, dass die Vorinstanz bei den neu eingereichten Beschäftigungsgesuchen in gleicher Weise wie im Vorjahr verfahren könnte. Die Beschwerdeführerinnen haben daher nach wie vor ein schutzwürdiges Interesse an einer richterlichen Überprüfung der sich in diesem Zusammenhang stellenden Streitfragen.

Im dargelegten Umfang und Rahmen ist daher auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (siehe E. 2.3 hiervor) einzutreten.

3.

3.1. Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes und – sofern nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet im Beschwerdeverfahren das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG an die Begründung der Begehren nicht gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend ist grundsätzlich die Rechts- und Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.451/2002 vom 28. März 2003 E. 1.2, teilweise publ. in: BGE 129 II 215).

3.2. Anfechtungsobjekt des eingereichten Rechtsmittels bildet eine Verfügung, mit der das BFM auf Begehren um Weiterbehandlung von sieben Beschäftigungsgesuchen im Rahmen eines Zustimmungsverfahrens nicht eingetreten ist und besagte Gesuche als gegenstandslos ad acta gelegt hat. Bei Beschwerden gegen einen Nichteintretensentscheid kann nur geltend gemacht werden, die Vorinstanz habe das Bestehen der Eintretensvoraussetzungen zu Unrecht verneint (vgl. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.164 oder KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 449, je mit Hinweisen). Dementsprechend können die Beschwerdeführerinnen hier nur die Weiterbehandlung dieser Beschäftigungsgesuche verlangen bzw. aufgrund des Zeitablaufs im Nachhinein feststellen lassen, die Vorinstanz habe die fraglichen, die Verkaufssaison 2010 betreffenden Gesuche damals zu Unrecht nicht an die Hand genommen und sich materiell damit nicht befasst.

4.

4.1. In formeller Hinsicht beanstandet der Parteivertreter eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, weil seine Mandantinnen nicht in alle vorinstanzlichen Akten Einsicht erhalten haben.

Das BFM hat für zwei der insgesamt sieben Dossiers – nämlich bei F._____ (C-5501/2010) und G._____ (C-5502/2010) – ein Aktenverzeichnis erstellt. Die entsprechenden Aktenstücke enthalten die

Nummern 0 bis 54. Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerinnen vor Erlass des Nichteintretensentscheids des Bundesamtes nicht in alle Akten Einsicht nehmen konnten. Gemäss Aktenverzeichnis betrifft dies die Aktenstücke 49 und 50 (als "Auskunft beco betr. Kurzarbeitsentschädigung" bezeichnet), in den jeweiligen Dossiers figurieren sie unter den Nummern 54 und 55. Mit Zwischenverfügung vom 8. April 2011 hat das Bundesverwaltungsgericht nachträglich Einsicht in die fehlenden Aktenstücke gewährt. Die Beschwerdeführerinnen konnten die ihnen vom BFM vorenthaltenen Akten konsultieren und bekamen die Möglichkeit, dazu ergänzend Stellung zu nehmen. Gemäss Rechtsprechung kann eine nicht besonders schwerwiegende Gehörsverletzung geheilt werden, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann (vgl. etwa BGE 135 I 279 E. 2.6.1 S. 285 und BGE 133 I 201 E. 2.2 S. 204 f. oder BVGE 2009/61 E. 4.1.3, je mit Hinweisen). Das Bundesverwaltungsgericht verfügt im vorliegenden Verfahren über die gleiche Kognition wie die Vorinstanz und über volle Überprüfungsbefugnis in Sachverhalts- und Rechtsfragen (vgl. Art. 37 VGG i.V.m. Art. 49 VwVG). Wegen der im Rechtsmittelverfahren gewährten Äusserungsmöglichkeit handelt es sich zudem um keinen besonders schwerwiegenden Mangel. Die Voraussetzungen für die Heilung der Gehörsverletzung sind somit ohne weiteres gegeben.

Sonstige Aktenstücke liegen den beiden Aktenverzeichnissen zufolge nicht vor. Insbesondere hat sich das BFM nach den am 8. Juni 2010 beim beco mit Blick auf eine allfällige Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigungen eingeholten Auskünfte nicht zwecks weiterer Abklärungen an die Arbeitslosenkasse des Kantons Bern gewandt. Soweit der Rechtsvertreter in diesem Zusammenhang darauf hinweist, es sei nur für die Beschäftigungsgesuche der Arbeitnehmerinnen F._____ (C-5501/2010) und G._____ C-5502/2010) Akteneinsicht gewährt worden, gilt es schliesslich festzuhalten, dass sämtliche Unterlagen und Korrespondenzen der übrigen fünf Arbeitnehmerinnen sich ebenfalls in den zwei vorgenannten Dossiers befinden. Davon ausgenommen sind einzig diejenigen Belege, welche die Beschwerdeführerinnen für besagte Personen bereits im Vorverfahren eingereicht haben und ihnen folglich schon bekannt waren, weshalb sich eine separate Akteneinsicht in jene vorinstanzlichen Dossiers erübrigt. Aus den genannten Gründen vermag die vom Rechtsvertreter erhobene Rüge der Gehörsverletzung keine rechtlichen Folgen nach sich zu ziehen.

4.2.

4.2.1. Die Beschwerdeführerinnen werfen dem für die Prüfung der Angelegenheit zuständigen Dienstchef der Vorinstanz sodann Befangenheit vor. Nach ihrer Auffassung kommt die Befangenheit darin zum Ausdruck, dass er sich bislang kategorisch und in ungerechtfertigter Weise geweigert habe, die sieben Beschäftigungsgesuche materiell zu prüfen. Kritisiert wird mithin seine bisherige, als nicht gesetzeskonform erachtete Verfahrensführung. Würde die betreffende Person mit der materiellen Prüfung der Gesuche betraut, so werde sie von vornherein nicht in der Lage sein, eine solche Prüfung objektiv und unvoreingenommen vorzunehmen.

4.2.2. Gemäss Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Art. 10 VwVG konkretisiert die allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen von Art. 29 Abs. 1 BV, indem er den Ausstand in Verwaltungsverfahren des Bundes regelt (vgl. BGE 132 II 485 E. 4.2). Nach Art. 10 Abs. 1 VwVG müssen Personen bei der Vorbereitung und dem Erlass einer Verfügung in den Ausstand treten, die an der Sache ein persönliches Interesse haben (Art. 10 Abs. 1 Bst. a VwVG), mit einer Partei verwandtschaftlich besonders verbunden sind (Art. 10 Abs. 1 Bst. b und b^{bis} VwVG), sich mit der Sache als Parteivertreter bereits beschäftigt haben (Art. 10 Abs. 1 Bst. c VwVG) oder aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten (Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG).

4.2.3. Mit den Ausstandsregeln soll die objektive Beurteilung durch eine unparteiische und unvoreingenommene Behörde gewährleistet werden. Die Ausstandsvorschriften sind sowohl auf Personen anwendbar, welche einen Entscheid alleine oder zusammen mit anderen zu fällen haben, als auch auf Personen, welche an einem Entscheid in irgendeiner Form mitwirken und auf den Ausgang des Verfahrens Einfluss nehmen können, sei es beratend oder instruierend. Für die Annahme von Zweifeln an der Unparteilichkeit genügen nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung Umstände, welche objektiv geeignet sind, den Anschein einer Voreingenommenheit oder einer Gefährdung der Unparteilichkeit aufkommen zu lassen. Das Misstrauen in die Unparteilichkeit muss objektiv und durch vernünftige Gründe gerechtfertigt sein. Einer tatsächlichen Befangenheit bedarf es hingegen nicht (zum Ganzen vgl.

BGE 136 I 207 E. 3.1 S. 210; ferner Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4632/2010 vom 21. April 2011 E. 3.2 und KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 254, je mit Hinweisen).

4.2.4. Im Lichte der vorstehenden Erwägungen fällt höchstens der Auffangtatbestand von Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG in Betracht. Unter "andere Gründe" im Sinne dieser Bestimmung wird insbesondere die sogenannte Vorbefassung subsumiert. Darunter versteht man den Umstand, dass sich dieselbe Amtsperson in einem früheren Verfahrensabschnitt im amtlicher Funktion mit derselben Angelegenheit befasst hat und dabei eine ähnliche Frage zu beantworten hatte. Die Vorbefassung bildet gemeinhin dann einen Ausstandsgrund, wenn sich die Entscheidungsbefugten durch die Mitwirkung an früheren Entscheiden in Bezug auf einzelne Fragen bereits derart festgelegt haben, dass sie nicht mehr als unvoreingenommen geltend können und das Verfahren deshalb nicht mehr als offen erscheint (siehe dazu BGE 131 I 113 E. 3.7.3 in fine S. 124 oder BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 10 N 69 ff. und Kölz/Häner, a.a.O., Rz. 254).

4.2.5. In Verwaltungsverfahren gilt der Untersuchungsgrundsatz, der durch die Mitwirkungspflichten der Parteien eingeschränkt bzw. ergänzt wird (vgl. Art. 12 VwVG ff.). Im Rahmen solcher Verfahren stellt das Fällen eines Zwischentscheids oder Nichteintretensentscheids in der gleichen Sache für sich allein noch keine unzulässige Vorbefassung dar. Mitzuberücksichtigen gilt es vielmehr die gesamten verfahrensrechtlichen Umstände. So ist vorliegend von Belang, dass der fragliche Nichteintretensentscheid auf dem Rechtsmittelweg aufgehoben werden kann. Eine Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz (Kassation) führte hierbei nicht automatisch zur Befangenheit der erneut mit der Sache befassten Personen. Es müssten vielmehr weitere Gründe hinzukommen. Zu denken wäre etwa an Fälle, wo der Entscheidträger sich selber für befangen erklärt oder er sich dahingehend äussert, nach wie vor davon überzeugt zu sein, dass sein in der Folge kassierter Entscheid richtig gewesen sei (vgl. BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 10 N 74). Eine solche Konstellation liegt nicht vor. Dass der kritisierte Dienstchef bei der Behandlung der Beschäftigungsgesuche für das Jahr 2010 ein besonderes Augenmerk auf das Einreichen möglichst umfassender Unterlagen legte, erscheint angesichts der Tatsache, dass die Beschwerdeführerinnen die Bedingungen gemäss Art. 22 AuG in der Beschäftigungsperiode 2009 bei zwei bewilligten Arbeitnehmerinnen aus Drittstaaten nachweislich nicht

eingehalten haben (siehe Sachverhalt Bst. E vorstehend), grundsätzlich nachvollziehbar. Im dargelegten Kontext wäre es – unter gewissen Voraussetzungen – denn theoretisch möglich, bei der Verweigerung der notwendigen und zumutbaren Mitwirkung einen Nichteintretensentscheid zu fällen (siehe dazu E. 6 hiernach). In der momentanen Phase des Verfahrens bzw. beim jetzigen Aktenstand lässt sich mithin nicht sagen, der bislang verantwortliche Dienstchef sei einer anderen Bewertung der Sach- und Rechtslage nicht mehr zugänglich. Daran ändert sein Vorgehen bei der Entgegennahme der vier neuen Beschäftigungsgesuche für 2011 (vgl. Beilage zum Nachtrag vom 20. April 2011) nichts, hat er vom Bundesverwaltungsgericht in der Zwischenzeit doch keine anderweitigen Anweisungen in Urteilsform erhalten. Davon abgesehen wurde die Vernehmlassung vom 24. September 2010, worin am Entscheid vom 1. Juli 2010 festgehalten wird, von einem anderen Mitarbeiter der Vorinstanz, nämlich dem Sektionschef der Sektion "Arbeitskräfte Deutsche Schweiz", verfasst. An der Art der Verfahrensführung änderte sich, wenn damit auf Seiten des BFM eine andere Person betraut würde, voraussichtlich nichts. Das Misstrauen der Beschwerdeführerinnen erweist sich mangels objektiver Anzeichen einer Befangenheit folglich als unbegründet. Das Rechtsbegehren 2 ist daher abzuweisen. Ob das Ausstandsbegehren verspätet gestellt wurde (vgl. BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 10 N 98 ff.), braucht bei dieser Sachlage nicht geprüft zu werden.

5.

Wie aus dem Sachverhalt hervorgeht, beantragten die Beschwerdeführerinnen für sechs japanische und eine südkoreanische Staatsangehörige Kurzaufenthaltsbewilligungen für das Jahr 2010, um sie in ihren auf Kundschaft aus dem asiatischen Raum spezialisierten Geschäften als Verkäuferinnen (und teilweise Übersetzerinnen) einzusetzen. Die Weisungen des BFM zum Ausländerbereich sehen die Möglichkeit vor, an Verkaufspersonal in Spezialgeschäften (z.B. Geschäften für Luxusartikel wie Bijouterien, etc.), die in Tourismuszentren oder grösseren Städten liegen, Kurzaufenthaltsbewilligungen zu erteilen (vgl. Weisungen des BFM zum Ausländerbereich, Kapitel 4.7.10.1.2, abrufbar unter: <http://www.bfm.admin.ch/bfm/de/home/dokumentation/rechtsgrundlagen/weisungen_und_kreisschreiben/I.auslaenderbereich> [nachfolgend: Weisungen]). Da es sich um eine Spezialregelung im Sinne einer Lockerung von Art. 21 AuG (Vorrang inländischer Arbeitskräfte und solcher aus EU- und EFTA-Staaten) und Art. 23 AuG (persönliche

Voraussetzungen) handelt, kommt dem Erfordernis der orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen (Art. 22 AuG) zweifelsohne eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zu. Was den Detailhandel anbelangt, gelten im Kanton Bern in Übereinstimmung mit dem beco die Lohnrichtlinien des Regierungsrates nach kantonalem Normalarbeitsvertrag (NAV im Detailhandel) als orts- und berufsüblich (siehe auch Art. 22 VZAE). Drittstaatsangehörige mit den verlangten Qualifikationen im fraglichen Berufssegment werden nach ständiger Praxis demnach nur zugelassen, wenn sie den minimalen Lohn gemäss kantonalem Normalarbeitsvertrag (im Kanton Bern, Stand 2010: Fr. 4'100.- brutto pro Monat) erhalten und Vollzeit beschäftigt werden (siehe dazu die Erläuterungen in der Vernehmlassung).

Im dargelegten Kontext ist das Bestreben des BFM nach möglichst umfassenden Abklärungen sowie einer strikten Überprüfung und Nachkontrolle der Anstellungsbedingungen zu erblicken. Bezogen auf die Beschwerdeführerinnen kommt hinzu, dass sie F._____ und G._____, wie an anderer Stelle erwähnt, in der Saison 2009 in der Tat nicht zu den vereinbarten Bedingungen angestellt haben. Dementsprechend forderte die Vorinstanz die Betroffenen im Verlaufe der Zustimmungsverfahren des Folgejahres unter Hinweis auf die Mitwirkungspflicht wiederholt zur Einreichung einer Reihe von Beweismitteln auf. Ein Teil der verlangten Dokumente und Belege wurde in der Folge vorgelegt, weitere Unterlagen wurden entweder nicht eingereicht oder sollen nach Darstellung des Parteivertreters gar nicht existieren. Darauf wird weiter unten zurückzukommen sein. Das BFM stützt sein Vorgehen sinngemäss (Entscheid vom 1. Juli 2010) bzw. explizit (Vernehmlassung) auf Art. 13 Abs. 2 VwVG. Ergänzend werden Bestimmungen des AuG herangezogen.

6.

6.1. Wie erwähnt, ist es im Verwaltungsverfahren grundsätzlich Sache der Behörden, den entscheidswesentlichen Sachverhalt abzuklären (Art. 12 VwVG). Die Tragweite der Untersuchungsmaxime wird durch die Pflicht der Parteien relativiert, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken. Die Mitwirkungspflicht greift namentlich insoweit, als eine Partei das Verfahren durch eigenes Begehren eingeleitet hat oder in anderen Verfahren selbständige Begehren stellt (Art. 13 Abs. 1 Bst. a und b VwVG). Sie gilt vorab für jene Umstände, die eine Partei besser kennt als die Behörden und welche diese ohne die Mitwirkung der Partei gar nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand erheben könnten (vgl. BGE

124 II 361 E. 2b S. 365 oder BGE 122 I 385 E. 4c/cc S. 393 f.). Bezogen auf Verfahren wie das vorliegende darf von der Partei verlangt werden, dass sie einerseits das Tatsachenmateriel angibt und vorlegt, aus dem sie ihre Begehren und Ansprüche ableitet, und dass sie dies andererseits in einer Form praktiziert, die einer Überprüfung im Rahmen einer Beweisanordnung zugänglich ist (BGE 126 II 97 E. 2e S. 101 f.). Allgemeine Behauptungen, Ab-straktionen, Zusammenfassungen und Wertungen genügen dabei nicht. Kommt die Partei dieser Verpflichtung trotz Aufklärung nicht nach, hat sie die sich daraus ergebenden Rechtsnachteile auf sich zu nehmen. Diese Rechtsnachteile können darin bestehen, dass die Behörde die Unterlassung im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu Ungunsten der nicht kooperativen Partei berücksichtigt, Tatsachen ohne weitere Abklärungen als nicht bewiesen betrachtet (Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess [BZP, SR 273]) oder im Extremfall auf das Gesuch der Partei gestützt auf Art. 13 Abs. 2 VwVG nicht eintritt (vgl. beispielsweise Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-497/2006 vom 21. April 2008 E. 6.2.2).

6.2. Gemäss Art. 13 Abs. 2 VwVG braucht die Behörde auf Begehen im Sinne von Abs. 1 Bst. a. oder b nicht einzutreten, wenn die Parteien die notwendige und zumutbare Mitwirkung verweigern. Der Gesetzgeber hat die Rechtsfolge im Falle einer unzureichenden Mitwirkung mithin nicht abschliessend festgelegt, sondern der Behörde ein Ermessen eingeräumt. Ob bei Unterlassung der notwendigen und zumutbaren Mitwirkung ein Nichteintretensentscheid zu fällen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Zu beachten gilt es allerdings, dass von besagtem Instrument laut der Praxis nur zurückhaltend Gebrauch gemacht werden soll. Stattdessen ist bei der Verletzung der Mitwirkungspflicht in der Regel aufgrund der Akten zu entscheiden. Lässt sich der Sachverhalt ohne Schwierigkeiten und ohne besonderen Aufwand abklären, auch wenn der Gesuchsteller die Mitwirkung verweigert oder unterlässt, so hat die Verwaltung nach Durchführung der ihr möglichen Beweismassnahmen materiell über eine Streitsache zu befinden (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-3859/2007 vom 21. August 2008 E. 5.1.3). Ein Nichteintretensentscheid rechtfertigt sich nur dann, wenn eine materielle Beurteilung aufgrund der gesamten Aktenlage ausgeschlossen ist (siehe PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 13 N 56 und KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 275 je mit Hinweisen). In Grenz- und

Zweifelsfällen ist die für den Gesuchsteller günstigere Variante zu wählen (BGE 108 V 229 E. 2 S. 230 f.).

6.3. Im vorliegenden Fall geht es in erster Linie um die Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen gemäss Art. 22 AuG. Nebst den für die Prüfung der persönlichen Voraussetzungen (Art. 23 AuG) erforderlichen Unterlagen (Lebensläufe, berufliche Diplome und Zertifikate, etc.) haben die Beschwerdeführerinnen für die sieben Arbeitnehmerinnen in dieser Hinsicht jeweils die entsprechenden befristeten Arbeitsverträge für das Beschäftigungsjahr 2010 präsentiert. Nach Darstellung des Rechtsvertreters handelt es sich um provisorische Arbeitsverträge. Die definitiven Arbeitsverträge würden erst nach erfolgter Einreise der Betroffenen abgeschlossen, darin aber die im provisorischen Arbeitsvertrag festgelegten, von den Behörden bewilligten Anstellungsbedingungen unverändert übernommen. Soweit F._____ und G._____ betreffend, wurden auf Anordnung des BFM ferner Belege für die Anmeldung 2009 bei der Ausgleichs- und Pensionskasse sowie die Lohnauszahlungsbelege für die Periode August bis November 2009 nachgesandt. Nicht eingereicht worden sind hingegen (definitive) Arbeitsverträge mit vollständig aufgeführten Sozialversicherungsabzügen (siehe dazu auch E. 6.3.2 hiernach). Ferner haben sich die Beschwerdeführerinnen nicht klar schriftlich dazu geäussert, ob in der fraglichen Zeitspanne weitere zugelassene Drittstaatsangehörige zu weniger als monatlich Fr. 4'100.- beschäftigt wurden und wenn ja, unter welchen Anstellungsbedingungen. Schliesslich fehlen Belege für Nachzahlungen der Lohndifferenz (siehe dazu die diesbezügliche Aufforderung der Vorinstanz vom 21. Mai 2010).

6.3.1. Für die Beschäftigungsperiode 2010 liegen sieben "provisorische" Arbeitsverträge vor. Sie enthalten den Bruttolohn, konkret den Minimallohn nach kantonalem Normalarbeitsvertrag bei Vollzeitbeschäftigung. Ausser in zwei Fällen (F._____ und G._____) finden sich darin – in aufgeschlüsselter Form – zudem Angaben zu den Sozialversicherungsabzügen. Wird es vom Gesetz nicht anders bestimmt, so bedarf der Einzelarbeitsvertrag zu seiner Gültigkeit keiner besonderen Form (vgl. Art. 320 Abs. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR, SR 220]). Die ausländerrechtlichen Bestimmungen sehen für den Arbeitsvertrag ausser dem Erfordernis der Schriftlichkeit (vgl. Art. 22 Abs. 2 VZAE) keine bestimmte Form vor. Inhaltliche Schranken bilden die orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen, die einzuhalten sind (vgl. Art. 22 AuG und Art. 22 VZAE). Eine Vorschrift,

wonach die gesetzlichen Sozialversicherungsabzüge im Arbeitsvertrag separat auszuweisen sind, existiert im fraglichen Bereich nicht. Art und Höhe der Abzüge ergeben sich vielmehr aus der entsprechenden Gesetzgebung.

Anzumerken gilt es an dieser Stelle, dass das beco die Zulassungsvoraussetzungen (namentlich auch diejenigen von Art. 22 AuG) im Rahmen seiner Zuständigkeit geprüft und in sämtlichen Fällen als erfüllt betrachtet hat. Wohl ist das Bundesamt in Zustimmungsverfahren in Ausübung einer originären Sachentscheidskompetenz nicht an die Beurteilung durch die kantonalen Behörden gebunden (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2638/2010 vom 21. März 2011 E. 5.2 mit Hinweisen). Allerdings knüpfen die hier zur Anwendung gelangenden Bestimmungen bei der materiellen Prüfung von Beschäftigungsgesuchen als solchen, wie eben angetönt, nicht an zusätzliche Erfordernisse. Im Gegenteil hat das BFM in einem im Internet aufgeschalteten Merkblatt (abrufbar unter www.bfm.admin.ch/bfm/de/home/themen/arbeit/nicht-eu_efta-angehoerige/gesuchsunterlagen.html) ausdrücklich aufgelistet, welcher Unterlagen es mit Blick auf ein komplettes, überprüfbares Dossier bedarf. Unter der Rubrik "Lohn- und Arbeitsbedingungen" wird hierbei einzig ein mindestens von Arbeitgeberseite unterzeichneter Arbeitsvertrag als notwendig erachtet. Dieser erlangt durch das Einreichen bei der Arbeitsmarktbehörde nach Art. 342 Abs. 2 OR zivilrechtliche Geltung und er gilt gegenüber Behörden als verbindlich. Mehr darf vom Arbeitgeber für den Nachweis der Einhaltung von Art. 22 AuG i.V.m. Art. 22 Abs. 2 VZAE nicht verlangt werden (vgl. LISA OTT, in Caroni/Gächter/Thurnherr [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Art. 22 N 12 und 13). Insoweit besteht kein Zweifel, dass die sieben fraglichen, in ihrer Ausgestaltung verbindlichen Arbeitsverträge, die allesamt sowohl von der Arbeitgeberin als auch der Arbeitnehmerin unterzeichnet worden sind, besagten Anforderungen genügen. Unabhängig von der Nachkontrolle der 2009er-Bewilligungen (siehe nachfolgende E. 6.3.2) sind damit die konstitutiven Elemente der Beschäftigungsgesuche für das Jahr 2010 vorhanden und eine materielle Beurteilung der zu prüfenden Angelegenheit erscheint aufgrund der Aktenlage möglich bzw. wäre damals nicht ausgeschlossen gewesen (zum Ganzen vgl. KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 13 N 56 und 57). Dies gilt erst recht für die F._____ und G._____ betreffenden Dossiers, in denen das BFM auf zusätzliches Beweismaterial aus dem Vorjahr hätte zurückgreifen können.

6.3.2. Dem Sachverhalt kann entnommen werden, dass die Vorinstanz das Fällen eines materiellen Entscheides wiederholt von der Nachreichung zusätzlicher Beweismittel abhängig gemacht hat. Entgegen der Auffassung des Rechtsvertreters verhält es sich tatsächlich so, dass nicht alle der verlangten Unterlagen eingereicht worden sind (siehe E. 6.3 hiervor). Es ist unbestreitbar, dass dem BFM (u.a.) bei Bewilligungen zum Stellenwechsel von Personen mit Kurzaufenthaltsbewilligungen oder bei der Erneuerung solcher Bewilligungen eine Kontrolle obliegt, besteht doch in diesen Fällen eine nicht unerhebliche Umgehungsgefahr. Die zuständigen Behörden sind bei einer Missbrauchsvermutung folgerichtig in jedem Fall auch nachträglich zur Kontrolle der Löhne und der Arbeitsbedingungen befugt (zum Ganzen vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBl 2002 3781). In diesem Rahmen ist es durchaus erlaubt, in hängigen Zustimmungsverfahren Erfahrungen früherer Jahre miteinfliessen zu lassen.

Wie dargetan, sind die verlangten Unterlagen für einen Zustimmungsentscheid keineswegs unabdingbar. Falls ein Gesuchsteller auf behördliche Aufforderung hin sachbezogen reagiert, er die erwarteten Sachverhaltselemente aber nicht oder wie vorliegend nur teilweise liefert, ist die Sanktionierung der Verweigerung der Mitwirkungspflicht durch eine Nichteintretensverfügung normalerweise unzulässig (in diesem Sinne etwa Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 64.128 E. 4). Stattdessen bestehen valable Alternativen. So kann sich das beschriebene Verhalten bei der Beweiswürdigung zu Ungunsten der nicht kooperierenden Partei auswirken (Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 BZP). Ein solches Vorgehen ist namentlich bei Gesuchsverfahren angezeigt, in denen die Kooperation bei der Sachverhaltsfeststellung im eigenen Interesse der mitwirkungspflichtigen Partei liegen würde (vgl. AUER, Kommentar VwVG, a.a.O., Art. 13 N 27 oder KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 13 N 62 und 63). Gegebenenfalls führt dies dann zur (materiellen) Abweisung des gestellten Begehrens. Bezogen auf die vorliegende Konstellation hätte beispielsweise argumentiert werden können, die momentane Aktenlage biete keine Gewähr für die Einhaltung der Bedingungen gemäss Art. 22 AuG. Dies wäre umso eher möglich gewesen, als die Beschwerdeführerinnen sich bei der Anstellung im Jahre 2009 in zwei Fällen (F._____ und G._____) offenkundig nicht an die vereinbarten Lohn- und Arbeitsbedingungen (Bruttolohn von Fr. 4'100.-, Vollzeitbeschäftigung) gehalten haben.

6.3.3. Gegen den Erlass einer Nichteintretensverfügung sprechen sodann die Missverständnisse und Unklarheiten, welche zwischen den Parteien anscheinend aufgetaucht sind. So wird aus der vorinstanzlichen Aufforderung vom 21. Mai 2010 nicht ganz klar, ob das BFM mit den "Arbeitsverträgen mit vollständig aufgeführten Abzügen" nun die definitiven Arbeitsverträge aus dem Jahre 2009 oder die provisorischen Arbeitsverträge für 2010 (worin die fraglichen Abzüge aber mehrheitlich Aufnahme gefunden haben) meint. Obwohl Unterlagen für sämtliche sieben Arbeitnehmerinnen nachverlangt wurden, hat die Vorinstanz am 7. Juni 2010 zudem nur gerade in zwei Dossiers Akteneinsicht gewährt (vgl. die beiden Referenznummern auf dem erwähnten Schreiben). Davon ausgehend, dass nur bewusstes Verweigern mit einem Nichteintreten sanktioniert werden kann, bleibt für die Anwendung von Art. 13 Abs. 2 VwVG mithin kein Raum. Anstatt im Rahmen der Mitwirkungspflicht Belege für die Nachzahlung der Lohndifferenz zu fordern, hätte die Vorinstanz die in der Ausländergesetzgebung für die Ahndung von Verstössen gegen das AuG vorgesehenen Möglichkeiten ins Auge fassen können (vgl. Art. 118 Abs. 1 sowie Art. 122 AuG).

6.3.4. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass die herangezogenen Akten den Anschein eines Umgehunggeschäftes vermitteln. Einen wichtigen Anhaltspunkt hierfür liefert nur schon der Umstand, dass die Beschwerdeführerinnen die Anstellungsbedingungen in Bezug auf F._____ und G._____ nachträglich abänderten und die beiden Angestellten für einen Teil der Bewilligungsperiode 2009 in Teilzeit (mit einem entsprechend reduzierten Salär) beschäftigten, ohne dies den Behörden mitzuteilen. Dazu passt, dass sie Ende 2008 anlässlich der seitens des Bundesamtes angekündigten Erhöhung des Mindestlohnes von Fr. 3'600.- auf Fr. 4'100.- sichtlich Mühe bekundeten, die neuen Bedingungen für spezialisiertes Verkaufspersonal in Tourismuszentren zu akzeptieren. Die im Oktober/November 2008 zwischen den Arbeitgeberinnen und der Vorinstanz per E-Mail geführte Korrespondenz (vgl. act. 0 – 5 der vorinstanzlichen Akten) spricht für sich. Sodann fällt auf, dass die Beschwerdeführerinnen Unterlagen des Jahres 2009, soweit F._____ und G._____ betreffend, nur zögerlich und unvollständig edierten. Gar nichts bekannt ist bis heute über die Konditionen, zu denen die übrigen fünf Drittstaatsangehörigen in der fraglichen Zeitspanne hierzulande erwerbstätig waren. Mit Blick auf die Anwendbarkeit von Art. 13 Abs. 2 VwVG massgebend bleibt jedoch einzig, ob sich der Sachverhalt auch ohne die gewünschte Mitwirkung der Betroffenen ermitteln lässt, was aufgrund des Gesagten zu bejahen ist.

Die unter E. 6.3.2 aufgezeigten Möglichkeiten (Berücksichtigung bei der Beweiswürdigung, ev. Erlass eines negativen Entscheides) bieten hinreichend Gewähr für die Verhinderung von Missbräuchen. Hervorzuheben wäre an dieser Stelle nochmals, dass von der Möglichkeit des Nichteintretens im Sinne der vorgenannten Bestimmung als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsprinzips grundsätzlich nur als ultima ratio Gebrauch zu machen ist (vgl. AUER, Kommentar VwVG, a.a.O., Art. 13 N 24).

6.3.5. Schliesslich begründet die Vorinstanz ihr Vorgehen mit der Mitwirkungspflicht nach Art. 90 AuG. Mitwirkungspflichtig sind die Parteien gemäss Art. 13 Abs. 1 Bst. c VwVG auch insoweit, als ihnen nach einem anderen Bundesgesetz eine weitergehende Auskunfts- und Offenbarungspflicht obliegt. Zu vergegenwärtigen gilt es sich hierbei, dass Art. 13 VwVG die Nichteintretensmöglichkeit nur für die Fälle von Abs. 1 Bst. a und b vorsieht. In den Fällen von Art. 13 Abs. 1 Bst. c VwVG ist ein Nichteintreten derweil nur zulässig, wenn und insoweit der entsprechende Sacherlass dies anordnet (vgl. KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 13 N 60).

Die Mitwirkungspflicht ist für ausländerrechtliche Verfahren in Art. 90 AuG geregelt. Es handelt sich um eine bundesgesetzliche Regel, die nicht nur die allgemeinen Auskunfts- und Offenbarungspflichten, sondern auch die Mitwirkungspflichten nach Art. 13 VwVG in verschiedener Hinsicht erweitert. Konsequenzen für den Fall der Nichteinhaltung (analog Art. 13 Abs. 2 VwVG) werden in der fraglichen Bestimmung hingegen keine angedroht (zum Ganzen vgl. TARKAN GÖKSU, in Stämpflis Handkommentar zum AuG, a.a.O., Art. 90 N 2 ff.). Auch sonst finden sich weder im AuG noch in der VZAE Bestimmungen, die bei verletzter Mitwirkungspflicht den Erlass eines Nichteintretensentscheides vorsehen. Somit verbleibt dem BFM in Zustimmungsverfahren, wenn die Parteien nicht oder nur unzureichend mitwirken, nur mehr die Möglichkeit, die Zustimmung (materiell) zu verweigern oder den kantonalen Entscheid einzuschränken (vgl. Art. 99 AuG) bzw. die Zustimmung zu verweigern oder mit Bedingungen zu verbinden (Art. 86 VZAE). Dieses Vorgehen wird vor allem dann angezeigt sein, wenn die Zulassungsvoraussetzungen nicht erfüllt sind (Art. 86 Abs. 2 Bst. c Ziff. 2 VZAE) oder Widerrufsgründe nach Art. 62 AuG vorliegen (Art. 86 Abs. 2 Bst. c Ziff. 3 VZAE). Darüber ist hier aufgrund des Anfechtungsobjekts (siehe E. 3.2 hiervor) nicht zu befinden. Selbst nach Art. 122 AuG, der sich mit administrativen Sanktionen bei wiederholten Verstössen des

Arbeitgebers gegen dieses Gesetz befasst, darf das Bundesamt entsprechende Gesuche um Zulassung ausländischer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Vorliegen der Voraussetzungen höchstens abweisen oder nur teilweise bewilligen. Möglich sind, wenn die mit der Bewilligung verbundenen Bedingungen nicht eingehalten werden, ferner der Widerruf der erteilten Bewilligung (Art. 62 Abs. 1 Bst. a und d AuG), die Verhängung einer Busse (Art. 120 Abs. 1 Bst. d AuG) oder – bei Täuschung der Behörden – ein Vorgehen nach Art. 118 AuG. Die einzige Bestimmung, welche ganz konkret eine Verletzung der Mitwirkungspflicht sanktioniert, betrifft eine andere Konstellation, nämlich die Mitwirkungspflicht bei der Beschaffung der Ausweispapiere nach Art. 90 Bst. c AuG. Rechtsfolge wäre auch hier die Auferlegung einer Busse (Art. 120 Abs. 1 Bst. e AuG).

6.4. Alles in allem bieten unter den vorliegenden Begebenheiten weder das VwVG noch das AuG eine Handhabe für einen Verfahrensabschluss ohne materielle Prüfung. Die Vorinstanz wäre demnach verpflichtet gewesen, alle sieben Beschäftigungsgesuche für das Jahr 2010 im dargelegten Rahmen materiell zu prüfen oder zumindest pendent zu halten.

7.

7.1. Wegen Ablaufs der Saison 2010 ist eine materielle Prüfung der vorliegenden Gesuche ohne praktischen Nutzen. Die bisherigen Ausführungen verstehen sich daher als Hinweise für die Behandlung künftiger Gesuche. Anträge für Arbeitsbewilligungen sind von den Beschwerdeführerinnen denn inzwischen auch für die Saison 2011 eingereicht worden. Der Rechtsvertreter verlangt in der Beschwerdeschrift vom 30. Juli 2010 sinngemäss resp. vor dem Hintergrund der aufgezeigten Entwicklung nunmehr ausdrücklich (siehe Beschwerdeergänzung vom 20. April 2011) die Feststellung der Rechtsverweigerung.

7.2. Von Rechtsverweigerung spricht man, wenn eine Behörde sich weigert, eine Verfügung zu erlassen, obwohl sie dazu aufgrund der einschlägigen Rechtsnormen verpflichtet wäre. Verweigert eine Behörde verfügungsmässiges Handeln förmlich, indem sie beispielsweise einen Nichteintretensentscheid fällt, liegt hingegen keine Rechtsverweigerung vor. Vielmehr handelt es sich um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. c VwVG, die auf dem ordentlichen Rechtsmittelweg angefochten werden muss (vgl. etwa BVGE 2009/1 E. 3 oder BVGE 2008/15 E. 3.2;

ferner MÜLLER, Kommentar VwVG, a.a.O., Art. 46a N 4 und 5 und KÖLZ/HÄNER, a.a.O, Rz. 719 und 723). Eine solche Situation ist auch hier gegeben, hat das BFM am 1. Juli 2010 doch faktisch eine verbindliche Anordnung getroffen, welche von den Adressatinnen trotz Mängeln als negativer belastender Rechtsakt erkennbar war. Der Rüge der Rechtsverweigerung kann daher nicht Folge gegeben werden.

8.
Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 49 Bst. a VwV). Der Nichteintretensentscheid vom 1. Juli 2010 ist daher aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, künftige Beschäftigungsgesuche im Sinne der Erwägungen zu behandeln. Insoweit ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen. Abzuweisen ist sie, soweit der Ausstand des Dienstchefs des BFM (Rechtsbegehren 2) und die Feststellung der Rechtsverweigerung beantragt werden.

9.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die ermässigten Verfahrenskosten den Beschwerdeführerinnen aufzuerlegen und mit den in den jeweiligen Einzelverfahren geleisteten Kostenvorschüssen zu verrechnen (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1, Art. 2 und Art. 3 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Im Umfang ihres Obsiegens ist den Beschwerdeführerinnen eine gekürzte Parteientschädigung in gerichtlich festzusetzender Höhe zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. VGKE).

(Dispositiv Seite 24)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen und der angefochtene Entscheid vom 1. Juli 2010 aufgehoben.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 1'400.- werden den Beschwerdeführerinnen auferlegt und mit den am 25. August 2010 geleisteten Kostenvorschüssen von Fr. 2'100.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 700.- wird zurückerstattet.

3.
Den Beschwerdeführerinnen wird zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 600.- zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerinnen (Einschreiben; Beilage: Formular "Zahladresse")
– die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. ZEMIS […], […], […], […], […], […] und […] retour)
– beco, Berner Wirtschaft, Laupenstrasse 22, 3011 Bern (in Kopie)

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Antonio Imoberdorf	Daniel Grimm

Versand: