

BVGer C-679/2011 vom 27. März 2012

Bundesverwaltungsgericht, 2012-03-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-679_2011

FR: TAF C-679/2011 du 27 mars 2012

IT: TAF C-679/2011 del 27 marzo 2012

Regeste

Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid des Kantons

Erwägungen

E. 1.1

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]). 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]).

E. 1.2

Das Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

E. 1.3

Nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens ist einzig der Arbeitgeber in Erscheinung getreten, die vorinstanzliche Verfügung vom 7. Dezember 2010 wurde einzig an ihn adressiert und ihm eröffnet. Während er auf eine Anfechtung verzichtete, legte der Beschwerdeführer als Arbeitnehmer Beschwerde gegen den vorinstanzlichen Entscheid ein (vgl. immerhin die [Unterstützungs-]Schreiben des Arbeitgebers, bspw. vom 17. Januar 2011 [Beschwerdebeilage 3] und vom 8. März 2011 [Beilage 11 zur Eingabe vom 11. März 2011], sowie die aus dessen Machtbereich stammenden, als Beweismittel beigebrachten Unterlagen, namentlich die Nachweise betreffend die Suchbemühungen [Beilagen 3 - 10 zu jener Eingabe]). Es erweist sich mithin als fraglich, ob der Beschwerdeführer als formell beschwert betrachtet werden kann. Im Zusammenhang mit dem arbeitsmarktlichen Vorentscheid im Hinblick auf die Zulassung einer Person aus dem EU-/EFTA-Raum zu einem Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit ist verfahrensbedingt in erster Linie der jeweilige Arbeitgeber involviert bzw. zur Teilnahme aufgerufen. Schon Art. 18 AuG sieht als Voraussetzung für eine Zulassung der ausländischen Person zur Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit (unter anderem) das Vorliegen eines "Gesuchs eines Arbeitgebers" vor (vgl. Bst. b). Sodann wird auf der Website des BFM bei den Informationen betreffend die Einreichung des Gesuchs (sowie namentlich die erforderlichen Unterlagen) und den Ablauf des Verfahrens ausschliesslich auf den Arbeitgeber Bezug

genommen (vgl. www.bfm.admin.ch > Themen > Arbeit/Arbeitsbewilligungen > Nicht-EU/EFTA-Angehörige und dort insbesondere die Rubriken "Grundlagen zur Arbeitsmarktzulassung von ausländischen Personen", "Verfahrensablauf" und "Gesuchseinreichung"). Der Arbeitnehmer findet dabei lediglich insoweit Erwähnung, als vorgesehen ist, dass das BFM seinen Entscheid neben dem "Gesuchsteller" bzw. Arbeitgeber auch ihm eröffnet (was in casu offenbar unterblieben ist). Unter diesen Umständen erscheint nachvollziehbar, dass der Beschwerdeführer aufgrund der Ausgestaltung dieses Verfahrens und der dem Internet zu entnehmenden Informationen keine Veranlassung sah, sich neben dem ohnehin beteiligten Arbeitgeber in das vorinstanzliche Verfahren einzuschalten. Zwar erscheint eine Teilnahme des Arbeitnehmers auch aufgrund der Internet-Informationen nicht explizit ausgeschlossen, doch vermitteln diese zumindest den Eindruck, eine solche sei zu diesem Zeitpunkt nicht vorgesehen bzw. gar nicht möglich. Zumal vor diesem Hintergrund musste der Beschwerdeführer jedenfalls nicht damit rechnen, eine Nichtbeteiligung könnte die Verwirkung seines Rechts auf Beschwerdeerhebung zur Folge haben (vgl. zum Ganzen Alfred Kölz/Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 542; Isabelle Häner, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG]*, Zürich/St. Gallen 2008, N 6 und 8 zu Art. 48 sowie insb. BGE 133 II 181 E. 3.2 S. 187 mit Hinweisen). Dem Beschwerdeführer darf die unterlassene Beteiligung in casu daher nicht zum Nachteil gereichen. Die Beschwerdelegitimation des Beschwerdeführers ist daher zu bejahen.

E. 1.4

Den Gegenstand des Beschwerdeverfahrens bildet das durch die Verfügung geregelte Rechtsverhältnis, soweit dieses angefochten wird. Dabei bildet die Verfügung bzw. der Entscheid der Vorinstanz den Rahmen, welcher den möglichen Umfang des Streitgegenstandes begrenzt. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens kann grundsätzlich nur sein, was Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens war oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen (Kölz/Häner, a.a.O., Rz. 404). Vorliegend geht es um ein Zustimmungsverfahren nach Art. 99 AuG i.V.m. Art. 85 Abs. 2 und Art. 83 Abs. 1 Bst. a VZAE. Den Streitgegenstand bildet damit einzig der Entscheid der Vorinstanz betreffend die Zustimmung zum positiven arbeitsmarktlichen Vorentscheid des Kantons (welcher gemäss Art. 83 Abs. 1 Bst. a die Zulassungsvoraussetzungen nach Art. 18 - 25 AuG zu prüfen hatte und diese als erfüllt erachtete; vgl. in diesem Zusammenhang Ziff. 1.3.1.1. gegen Ende und 4.6 der Weisungen des BFM zum Ausländerbereich vom 30. September 2011 [nachfolgend: Weisungen; abrufbar unter: www.bfm.admin.ch > Dokumentation > Rechtliche Grundlagen > Weisungen und Kreisschreiben > I. Ausländerbereich] sowie Martin Nyffenegger, in: Martina Caroni/Thomas Gächter/Daniela Thurnherr [Hrsg.], *Stämpflis Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG]*, Bern 2010, N 15 f. zu Art. 99). Entgegen der Meinung des Beschwerdeführers betrifft dieses Verfahren nicht eine Abweichung von den Zulassungsvoraussetzungen nach Art. 30 AuG. Auch die Vorinstanz verkennt dies, soweit sie sich vernehmlassungsweise zum entsprechenden Beschwerdevorbringen äussert. In den in Art. 30 AuG genannten Konstellationen ist (gleichviel, ob es um Aufenthalte ohne oder mit Erwerbstätigkeit geht) kein arbeitsmarktlicher Vorentscheid erforderlich, da vom Erfordernis, die Zulassungsvoraussetzungen zu erfüllen, eben gerade dispensiert werden soll. Zwar ist das BFM auch in diesen Fällen zuständig (vgl. Art. 40 Abs. 1 AuG); über die Frage, ob die Voraussetzungen für die Annahme einer solchen Konstellation vorliegen, befindet es jedoch

im Rahmen eines Verfahrens betreffend Zustimmung zum Aufenthalt (vgl. bereits erwähnte Ziff. 1.3.1.1 der Weisungen). Die Frage der Zulassung wegen Vorliegens eines wichtigen öffentlichen Interesses nach Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG (vgl. Beschwerdeschrift S. 23 f.) kann daher nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sein. Folglich ist auf die Rechtsmitteleingabe vom 21. Januar 2011 lediglich insofern einzutreten, als die Frage des arbeitsmarktlichen Vorentscheids tangiert ist.

E. 2

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 Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. BVGE 2011/1 E. 2, BVGE 2007/41 E. 2).

E. 3

Der Beschwerdeführer untersteht als serbischer Staatsangehöriger weder dem Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, SR 0.142.112.681) noch dem Abkommen vom 21. Juni 2001 zur Änderung des Übereinkommens vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA-Übereinkommen, SR 0.632.31). Seine Zulassung als sogenannter Drittstaatsangehöriger zum schweizerischen Arbeitsmarkt richtet sich deshalb nach dem AuG und seinen Ausführungsverordnungen, insbesondere der VZAE.

E. 4.1

Gemäss Art. 99 AuG legt der Bundesrat fest, in welchen Fällen Kurzaufenthalts-, Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligungen sowie kantonale arbeitsmarktliche Vorentscheide dem BFM zur Zustimmung zu unterbreiten sind. Dieses kann die Zustimmung verweigern oder den kantonalen Entscheid einschränken.

E. 4.2

Vor der Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung (Art. 32 AuG) oder einer Aufenthaltsbewilligung (Art. 33 AuG) mit Erwerbstätigkeit sind die arbeitsmarktlichen Vorentscheide im Sinne von Art. 83 VZAE der Vorinstanz zur Zustimmung zu unterbreiten (Art. 85 Abs. 2 VZAE). Damit war auch der Vorentscheid der kantonalen Arbeitsmarktbehörde vom 29. Juli 2010 zustimmungsbedürftig. Das BFM kann die Zustimmung aus den in Art. 86 VZAE genannten Gründen verweigern. Es befindet über das Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen in Ausübung einer originären Sachentscheidungskompetenz des Bundes ohne Bindung an die Beurteilung durch die kantonalen Behörden (vgl. BGE 127 II 49 E. 3a S. 51 f. und BGE 120 Ib 6 E. 3b f. S. 11 f.; ferner Entscheide des Eidgenössischen und Justiz- und Polizeidepartements [EJPD], publiziert in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 70.23, 67.62 und 66.66).

E. 4.3

Gemäss Art. 18 AuG können Ausländerinnen und Ausländer zur Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit zugelassen werden, wenn dies dem gesamtwirtschaftlichen Interesse entspricht (Bst. a), das Gesuch eines Arbeitgebers vorliegt (Bst. b) und die Voraussetzungen nach den Art. 20 - 25 AuG erfüllt sind (Bst. c). Zu beachten gilt es in diesem Zusammenhang die Begrenzungsmaßnahmen (Art. 20 AuG), die Bestimmungen zum Vorrang (Art. 21 AuG), die Lohn- und Arbeitsbedingungen (Art. 22 AuG), die persönlichen Voraussetzungen (Art. 23 AuG) sowie das Erfordernis einer bedarfsgerechten Wohnung (Art. 24 AuG).

E. 4.4

Art. 21 AuG regelt den Vorrang von inländischen Arbeitskräften und solchen aus dem EU/EFTA-Raum. Nach Abs. 1 dieses Artikels können Drittstaatsangehörige zum schweizerischen Arbeitsmarkt nur dann zugelassen werden, wenn nachgewiesen wird, dass keine dafür geeigneten Erwerbstätigen aus der Schweiz oder einem EU/EFTA-Staat, mit welchem ein Freizügigkeitsabkommen abgeschlossen wurde, gefunden werden können. Für Ausländerinnen und Ausländer mit Schweizer Hochschulabschluss gilt seit dem 1. Januar 2011 eine spezielle Regelung (Art. 21 Abs. 3 AuG [zum Ganzen vgl. AS 2010 5957]). Eine Anstellung ist ferner nur möglich, wenn gleichzeitig die orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden (Art. 22 AuG).

E. 4.5

Kurzaufenthalts- und Aufenthaltsbewilligungen an Drittstaatsangehörige können sodann nur Führungskräften, Spezialistinnen und Spezialisten und anderen qualifizierten Arbeitskräften erteilt werden (Art. 23 Abs. 1 AuG). Zusätzlich müssen die berufliche Qualifikation, die berufliche und soziale Anpassungsfähigkeit, die Sprachkenntnisse und das Alter eine nachhaltige Integration in den schweizerischen Arbeitsmarkt und das gesellschaftliche Umfeld erwarten lassen (Art. 23 Abs. 2 AuG). Das duale System zugunsten von Schweizerinnen und Schweizern sowie Angehörigen der EU/EFTA-Staaten wird durch die Ausnahmegründe von Art. 23 Abs. 3 AuG durchbrochen und zwar wenn einer der folgenden Tatbestände erfüllt ist: Die Drittstaatsangehörigen sind Investorinnen und Investoren sowie Unternehmerinnen und Unternehmer, die Arbeitsplätze erhalten oder neue schaffen (Bst. a); es handelt sich um anerkannte Personen aus Wissenschaft, Kultur und Sport (Bst. b); Personen mit besonderen beruflichen Kenntnissen oder Fähigkeiten, sofern für deren Zulassung ein Bedarf ausgewiesen ist (Bst. c); Personen im Rahmen des Kadertransfers von international tätigen Unternehmen (Bst. d) oder schliesslich Personen, deren Tätigkeit in der Schweiz im Rahmen von wirtschaftlich bedeutenden internationalen Geschäftsbeziehungen unerlässlich ist (Bst. e).

E. 5

Das Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 21 und Art. 23 AuG kann nicht leichthin angenommen werden, soll die Absicht des Gesetzgebers verwirklicht werden, die Zuwanderung aus dem Nicht-EU/EFTA-Raum restriktiv zu gestalten, konsequent einem längerfristigen gesamtwirtschaftlichen Interesse unterzuordnen und vermehrt an den übergeordneten integrations-, gesellschafts- und staatspolitischen Zielen zu orientieren. Damit einher geht das Bestreben, weder eine Strukturhaltung durch wenig qualifizierte Arbeitskräfte mit tiefen Löhnen zu fördern, noch Partikularinteressen innerhalb der Wirtschaft zu schützen. Die arbeitsmarktlich motivierte Zuwanderung aus dem Ausland soll vielmehr auf die langfristige Integration der Ausländerinnen und Ausländer auf dem

Arbeitsmarkt und in der Gesellschaft ausgerichtet sein und zu einer ausgeglichener Beschäftigung und einer Verbesserung der Struktur des Arbeitsmarktes führen, wie dies schon die per 1. Januar 2008 aufgehobene Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO, AS 1986 1791, zum vollständigen Quellennachweis vgl. Art. 91 Ziff. 5 VZAE) vorgesehen hatte (zum Ganzen vgl. Botschaft vom 8. März 2002 zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, in BBl 2002 3709, insb. Ziff. 1.2.3 S. 3724 ff.; zu den früheren materiellen Zulassungsvoraussetzungen, die sich von den heutigen in grundsätzlicher Hinsicht nicht unterscheiden, siehe ferner Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C 4349/2008 vom 3. April 2009 E. 6.1 mit weiteren Hinweisen). Obwohl die angefochtene Verfügung nicht explizit Bezug nimmt auf den sogenannten Inländervorrang nach Art. 21 AuG, war dem Beschwerdeführer doch klar, dass die Erfüllung der entsprechenden Voraussetzungen kumulatives Erfordernis für einen positiven Arbeitsmarktentscheid darstellt. Er hat denn auch auf Beschwerdeebene zu diesem Kriterium ausführlich Stellung genommen (vgl. Rechtsmitteleingabe vom 21. Januar 2011, S. 18 ff., sowie Eingabe vom 11. März 2011, die auf entsprechende Beweisanordnung des Gerichts hin eingereicht wurde; zu beiden Eingaben hat sich die Vorinstanz am 2. Mai 2011 vernehmen lassen und der Beschwerdeführer konnte hierzu replikweise Stellung nehmen [vgl. Replik vom 1. Juni 2011]). Der Anspruch auf rechtliches Gehör bleibt damit gewahrt, wenn die angefochtene Verfügung in den nachfolgenden Erwägungen ausschliesslich mit Blick auf die fehlenden Voraussetzungen gemäss Art. 21 AuG geschützt wird (Motivsubstitution, vgl. BGE 136 III 247 E. 4 S. 251 f.).

E. 6

Wie aus dem Sachverhalt (vgl. Bst. A) hervorgeht, betreibt der Arbeitgeber in der Stadt Lugano Pflegeheime für Betagte, darunter das B._____, in welchem er den Beschwerdeführer beschäftigen will. In sämtlichen Eingaben des Arbeitgebers im vorinstanzlichen Verfahren wie auch in denjenigen des Beschwerdeführers wird die Einzigartigkeit des geplanten Hämodialysezentrums, dessen Bedeutung im Rahmen der Umsetzung einer neuen Strategie des Bundes im Bereich der Langzeitpflege (Ausbau der medizinischen Versorgung in Pflegeheimen für Betagte und - damit einhergehend - Entlastung der Akutpflege) und das folglich erhebliche öffentliche Interesse des Kantons daran hervorgehoben (vgl. nur Beschwerdeschrift S. 10 f. und 17). Nach dem Dafürhalten des Arbeitgebers erweist sich der Beschwerdeführer als für die in Frage stehende Stelle als spezialisierter Krankenpfleger in der B._____ hervorragend qualifiziert, da er über eine entsprechende Spezialisierung sowie langjährige, für das Dialysezentrum unschätzbare bzw. unerlässliche Berufserfahrung verfüge (vgl. Begleitschreiben zum Gesuch vom 19. Juli 2010, Mail vom 17. September 2010, Stellungnahme vom 10. November 2010, sowie Beschwerdeschrift S. 11 f., 18, 20 f.). Den vorinstanzlichen Akten ist bezüglich des beruflichen Werdegangs des Beschwerdeführers zu entnehmen, dass dieser nach Abschluss der obligatorischen Schulbildung während vier Jahren in Belgrad eine Schule für Berufe im Gesundheitswesen besuchte, welche er im Jahre 1985 unter Erlangung eines Diploms als Pflegefachmann abschloss. Ab 1990 arbeitete er in der Notfall-Aufnahme des Universitätsspitals Belgrad, zunächst als Assistenz-Pfleger, von 1991 bis 2000 als Pflegefachmann (im Bereich der Inneren Medizin). Im Jahre 1996 bestand er das Staatsexamen als Pflegefachmann "allgemeine Abteilung". Im Juni 2000 schloss er eine einjährige, berufsbegleitende Zusatzausbildung im Bereich der Bluttransfusion ab. Anschliessend war er bis im Jahre 2006 im Transfusionszentrum einer Belgrader Klinik tätig. Im April 2004 wurde sein Berufsabschluss im Hinblick auf eine Berufsausübung als

Pflegefachmann in Italien anerkannt. Seit 2006 ist er als diplomierter Pflegefachmann (und Mitglied der italienischen Vereinigung für Pflegepersonal) in der geriatrisch/gerontologisch ausgerichteten Abteilung für Orthopädie/Traumatologie des Spitals Piacenza in Italien tätig.

E. 7.1

Der Beschwerdeführer geniesst als serbischer Staatsangehöriger keine Rekrutierungspriorität, was zur Folge hat, dass seine Zulassung erst möglich wäre, wenn für die Vakanz beim Arbeitgeber weder einheimische Erwerbstätige noch solche aus dem EU/EFTA-Raum rekrutiert werden könnten (siehe E. 4.4 hievor). Durch die prioritäre Ausschöpfung des inländischen Arbeitsmarktes soll die Einreise neuer ausländischer Arbeitskräfte auf das arbeitsmarktlich Notwendige beschränkt werden. Das Prinzip des Vorranges inländischer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach Art. 21 AuG ist in jedem Fall und unabhängig von der Wirtschafts- und Arbeitsmarktlage zu beachten. Hierbei müssen die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber belegen, dass sie trotz umfassender Suchbemühungen keine geeigneten Arbeitskräfte aus dem Inland oder einem EU/EFTA-Staat finden konnten; sie haben mit anderen Worten den Nachweis zu erbringen, die Stelle vergeblich über die branchenüblichen Rekrutierungskanäle - beispielsweise durch Inserate in der Fach- und Tagespresse oder mittels elektronischer Medien - ausgeschrieben zu haben. Wichtige Instrumente stellen auch die öffentliche und private Arbeitsvermittlung dar. Verlangt werden inhaltlich zweckmässige und echte Bemühungen über einen angemessenen Zeitraum hinweg, die Stelle mit Leuten aus den Vorrang genießenden Gebieten zu besetzen. Es reicht insbesondere nicht aus, wenn derartige Suchbemühungen als blosser Erforderniserbringung erfolgen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C 2216/2010 vom 12. August 2010 E. 7.3). Zudem dürfen Personen mit Vorrang nicht aufgrund fachlich nicht relevanter Kriterien praktisch ausgeschlossen werden. Als Beispiel genannt werden etwa für einen Tätigkeitsbereich nicht zwingend erforderliche Sprachkenntnisse oder Fachkenntnisse, die nur einen geringen Zusammenhang mit dem Tätigkeitsbereich haben (vgl. Ziff. 4.3.2 der Weisungen).

E. 7.2

Die Schreiben und E-Mails des Arbeitgebers im vorinstanzlichen Verfahren wie auch die Eingaben des Beschwerdeführers enthalten ausführliche Darlegungen betreffend den allgemeinen - notorischen - Mangel an qualifizierten Arbeitskräften im westeuropäischen und insbesondere auch im schweizerischen Gesundheitswesen. Diese Ausführungen mögen die tatsächlichen Verhältnisse in diesem Sektor zutreffend wiedergeben. Doch erweisen sie sich insoweit als unbehelflich, als dies den Arbeitgeber nicht von Suchbemühungen im konkreten Fall zu entbinden vermag. Ob diese vorliegend als hinreichend betrachtet werden können, wird im Folgenden zu untersuchen sein.

E. 7.2.1

Hinsichtlich der konkret getätigten Suchbemühungen enthält die Beschwerde kaum Angaben. Es wird in allgemeiner Weise vorgebracht, die Stadt Lugano habe im Rahmen des Projekts "nicht nur Krankenpfleger, sondern auch Angestellte mit besonderen medizinischen Kenntnissen, insbesondere bezüglich der Blutübertragung" gesucht; die "Publikationen seien im Amtsblatt, im Internet und in diversen Tageszeitungen" erfolgt (vgl. Beschwerde S. 11). Als Beilage wurde die Stellenausschreibung vom 27. Januar 2010 eingereicht (vgl. Beschwerdebeilage 21). Auf Aufforderung des Bundesverwaltungsgerichts hin, die getätigten Suchbemühungen zu belegen, reichte der Beschwerdeführer mit Eingabe

vom 11. März 2011 insbesondere Auszüge aus diversen Tageszeitungen zu den Akten (vgl. Beilagen 3 - 10).

E. 7.2.2

Den Ausführungen und beigebrachten Belegen ist Folgendes zu entnehmen: Die detaillierte Stellenbeschreibung ("capitolato di concorso"), welche das Anforderungsprofil und einen Tätigkeitsbeschrieb enthält, datiert vom 27. Januar 2010. Ab Anfang Februar 2010 wurde im kantonalen Amtsblatt und in diversen italienischsprachigen Tageszeitungen (samt den entsprechenden Websites) ein Stelleninserat geschaltet des Inhalts, für die A._____ würden (unter anderem) "einige Krankenpfleger" ("alcuni/e infermieri/e") gesucht. Im Internet blieb das Inserat (den Angaben des Arbeitgebers zufolge) während eines Monats einsehbar. Im Übrigen enthielt es lediglich einen Hinweis auf die (bei der Luganeser Gemeindekanzlei einsehbare) detaillierte Stellenbeschreibung und die Bewerbungsfrist (22. Februar 2010). Mit Schreiben der Gemeinde Lugano vom 14. Mai 2010 wurde dem Beschwerdeführer der vom 12. Mai 2010 datierende Beschluss mitgeteilt, ihn (unter dem Vorbehalt der "Erteilung einer Arbeitsbewilligung") als "infermiere (area di professionalità socio-sanitaria, paramedica, educativa)" anzustellen (vgl. Beschwerdebeilage 34). Hinweise darauf, dass bereits vor der Ausschreibung bzw. dem Rekrutierungsverfahren Kontakte zwischen dem Beschwerdeführer und dem Arbeitgeber bestanden haben könnten, sind aus den Akten nicht ersichtlich. Jedenfalls ging es Letzterem vorliegend offenkundig nicht darum, eine bereits für ihn tätige Arbeitskraft weiterbeschäftigen zu können. Diese zeitliche Abfolge erweist sich als nachvollziehbar und plausibel und lässt die Suchbemühungen insoweit als ernsthaft und nicht als blosser Erforderniserbringung erscheinen. Dass sich der Arbeitgeber damit grundsätzlich geeigneter Kanäle bediente, um auch vorrangig zu berücksichtigende Personen zu erreichen, zeigt sich insbesondere daran, dass sich unter den eingegangenen 44 Dossiers - den glaubhaften Ausführungen des Beschwerdeführers bzw. Arbeitgebers zufolge - 16 Bewerbungen von Schweizerinnen/Schweizern sowie 24 von EU-/EFTA-Staatsangehörigen (21 aus Italien, 2 aus Rumänien und eine aus Portugal) befanden (vgl. Beschwerdeschrift S. 11 sowie bspw. E-Mail-Nachricht des Direktors der A._____ an die kantonale Arbeitsmarktbehörde vom 17. September 2010). Die Suchbemühungen des Arbeitgebers erweisen sich mithin sowohl in zeitlicher Hinsicht wie auch in Bezug auf die Rekrutierungskanäle, deren er sich bedient hat, als zweckmässig und ernsthaft.

E. 7.2.3

Den Ausführungen des Beschwerdeführers wie denjenigen des Arbeitgebers im vorinstanzlichen Verfahren zufolge stellte sich jedoch im Rekrutierungsverfahren (in dessen Rahmen Ersterer offenbar zweimal zu Vorstellungsgesprächen eingeladen wurde) heraus, dass unter sämtlichen Bewerberinnen und Bewerbern einzig er über die geforderten fachlichen Qualifikationen und Sprachkenntnisse verfügt (vgl. bspw. Beschwerdeschrift S. 11 f., 18, 20 f.). Der Umstand, dass auf die Stellenausschreibung hin anscheinend nicht mehr valable Bewerbungen eingingen, ist jedoch möglicherweise auf folgende Ursache zurückzuführen. Zwischen der Stelle gemäss der detaillierten Stellenbeschreibung vom 27. Januar 2010 sowie dem geschalteten Inserat einerseits und gemäss den Angaben des Beschwerdeführers bzw. Arbeitgebers ab dem Zeitpunkt der Gesuchseinreichung andererseits zeigt sich eine eklatante Diskrepanz (insbesondere hinsichtlich Anforderungsprofil und Tätigkeitsbeschrieb): Im Stelleninserat bzw. in der Stellenbeschreibung werden die Aufgaben sowie die besonderen Qualifikationen, welche

der Arbeitgeber später bzw. ab dem Zeitpunkt der Gesuchseinreichung als für die Ausübung der fraglichen Funktion unabdingbar darstellte, mit keinem Wort erwähnt. Wie dargelegt wurden mit dem Inserat schlicht "alcuni/e infermieri/e" für die A._____ gesucht, mithin - sinngemäss - "beliebige" Krankenpflegefachkräfte. In der (präzisierenden) Stellenbeschreibung vom 27. Januar 2010 werden zunächst allgemeine Anforderungen (Schweizer Staatsbürgerschaft oder ausländische Person mit gültiger Arbeitsbewilligung, einwandfreier Leumund, gute körperliche Gesundheit und Eignung für die Aufgabe) formuliert. An spezifischen Anforderungen wird nur aufgeführt, dass die Kandidatinnen/Kandidaten im Besitz eines Diploms als Pflegefachkraft in der allgemeinen oder psychiatrischen Abteilung sein sowie ein Gespür für den Umgang mit älteren Menschen haben müssten. Daraus war einzig abzuleiten, dass ein Einsatz in einem Heim für betagte Personen vorgesehen war. Auch der Tätigkeitsbeschrieb war sehr allgemein gehalten und liess keineswegs auf einen besonders gearteten Einsatz (wie denjenigen in einer neuartigen Abteilung eines Pflegeheims) schliessen. Zwar enthält der Text den Hinweis, es könnten - je nach Funktion und Ausbildung der betreffenden Person - "weitere, spezifische technische Aufgaben vorgesehen" werden. Dabei handelt es sich jedoch nicht um eine vorausgesetzte Qualifikation und eine Konkretisierung erfolgt ebenfalls nicht. Somit ist festzuhalten, dass die für die fragliche Stelle - den eigenen Ausführungen des Arbeitgebers ab dem Zeitpunkt der Gesuchseinreichung zufolge - geradezu unabdingbaren Qualifikationen und Anforderungen weder im Inserat selbst, noch in der detaillierten Stellenbeschreibung auch nur erwähnt wurden. Spricht der Beschwerdeführer somit vom gesuchten Profil, von den gesuchten Spezialkenntnissen (bspw. Beschwerdeschrift S. 11, 21), so ist bei dieser Formulierung die Diskrepanz zwischen der Ausschreibung bzw. dem Inserat einerseits und den späteren Angaben betreffend die Tätigkeit und die dadurch bedingten Anforderungen andererseits im Auge zu behalten. Dass zum massgeblichen Zeitpunkt nach einem "Angestellten mit besonderen medizinischen Kenntnissen, insbesondere bezüglich der Blutübertragung, gesucht" worden sei, wie dies vom Beschwerdeführer vorgebracht wird (S. 19 f., vgl. auch Eingabe vom 11. März 2011 S. 7), trifft nach dem Gesagten schlicht nicht zu. Es verwundert nicht, dass sich Pflegefachkräfte mit besonderen Qualifikationen (wie sie für die fragliche Stelle wohl tatsächlich einzig in Frage kommen dürften) durch das geschaltete Inserat, welches den Eindruck erweckte, es werde (lediglich) eine "gewöhnliche" Pflegefachkraft gesucht, nicht angesprochen fühlten. Die Stelle konnte aufgrund dieser Ausschreibung für eine solche Person kaum attraktiv wirken. Geradezu erstaunlich erscheint daher, dass sich der Beschwerdeführer mit seinem ansprechenden beruflichen Werdegang und seinen Qualifikationen auf die Stelle bewarb. Zusammenfassend machen die vorstehenden Ausführungen deutlich, dass es dem Arbeitgeber zum für die Beurteilung der Suchbemühungen massgeblichen Zeitpunkt bzw. mit der Ausschreibung nicht darum gegangen sein kann, tatsächlich Kandidatinnen und Kandidaten mit dem später (ab der Einleitung des Gesuchsverfahrens) gezeichneten Profil anzusprechen. Es kann auf der Grundlage der unternommenen Suchbemühungen nicht als erwiesen gelten, dass keine für die Stelle geeigneten Kandidatinnen und Kandidaten aus den Vorrang geniessenden Gebieten gefunden werden konnten bzw. hätten gefunden werden können. Von in inhaltlicher Hinsicht zweckmässigen, ernsthaften Suchbemühungen im Hinblick auf die Besetzung der Stelle mit inländischen Arbeitskräften bzw. solchen aus dem EU-/EFTA-Raum kann daher nicht die Rede sein.

E. 7.3

Die Voraussetzung des Vorrangs nach Art. 21 AuG erweist sich folglich als nicht erfüllt. Eine Prüfung der weiteren Zulassungsvoraussetzungen (auch derjenigen der persönlichen Voraussetzungen nach Art. 23 AuG) erübrigt sich unter diesen Umständen.

E. 8

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Zulassungsvoraussetzungen nach Art. 18 - 24 AuG nicht erfüllt sind, weshalb die angefochtene Verfügung im Ergebnis zu Recht ergangen ist (vgl. Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist dementsprechend abzuweisen.

E. 9

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dem Beschwerdeführer die Kosten aufzuerlegen (vgl. 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]). (Dispositiv S. 20)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.