Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung III
C-7445/2007
{T 0/2}

Urteil vom 16. Januar 2009

Besetzung

Richterin Ruth Beutler (Vorsitz),
Richter Antonio Imoberdorf, Richter Andreas Trommer,
Gerichtsschreiber Daniel Grimm.

Parteien

H._____,
vertreten durch lic.iur. Marco Albrecht,
Advokaturbüro Albrecht & Riedo, Marktgasse 6,
4051 Basel,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Verweigerung der Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid.

Sachverhalt:

A.
Der türkische Staatsangehörige H._____ (geb. [...], nachfolgend Beschwerdeführer), der in seinem Heimatland ein Medizinstudium abgeschlossen hat, reiste im Frühjahr 1999 in die Schweiz ein und absolvierte ab dem 1. Mai 1999 an der Psychiatrischen Poliklinik des Universitätsspitals Basel als Postdoktorand eine Facharztweiterbildung in Psychiatrie und Psychotherapie, welche er 2005 abschloss. Im Februar 2005 erhielt er eine kontingentierte Kurzaufenthaltsbewilligung im Sinne von Art. 20 der Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO, AS 1986 1791), um als Assistenzarzt weiterhin an dieser Klinik tätig sein zu können. Die damalige Zustimmung durch die Vorinstanz war mit der Auflage verbunden, der Bewilligungsinhaber habe der kantonalen Arbeitsmarktbehörde nach Erhalt der Facharzturkunde in Psychiatrie und Psychotherapie eine entsprechende Kopie nachzureichen. Von anfangs Dezember 2005 an wurde der Beschwerdeführer spitalintern nebst seiner Assistenzarztanstellung zu 50 % als stellvertretender Oberarzt im Gutachtenbereich eingesetzt.

B.
Im Winter 2005/06 ersuchte das Universitätsspital Basel um eine vorzeitige Umwandlung der Kurzaufenthaltsbewilligung in eine Jahresaufenthaltsbewilligung nach Art. 14 BVO. Dieses Gesuch wurde vom BFM anfangs Januar 2006 unter Verweis auf die bis dahin nicht erfüllte Bewilligungsauflage (Zustellung der Facharzturkunde) und die Verlängerungsmöglichkeit der bestehenden Kurzaufenthaltsbewilligung um ein Jahr als gegenstandslos abgeschrieben. Aufgrund einer internen Regelung des Universitätsspitals Basel, wonach ein Arzt dort während maximal sieben Jahren in derselben Stellung tätig sein kann, endete das diesbezügliche Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer per Ende April 2007.

C.
Mit Eingabe vom 4. April 2007 gelangte der Rechtsvertreter an die Migrationsbehörde des Kantons Basel-Stadt und beantragte, seinem Mandanten und dessen Familie eine Jahresaufenthaltsbewilligung zu erteilen, damit der Beschwerdeführer eine Stelle als Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie in der Gemeinschaftspraxis „P._____“ in Basel antreten könne. Am 13. April 2007 reichte er ein entsprechen-

des, von Dr. med. N._____ von der „P._____“ unterzeichnetes Gesuch um Bewilligung zur Beschäftigung einer ausländischen Arbeitskraft nach. Das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Basel-Stadt erachtete die Voraussetzungen für die Erteilung einer Jahresaufenthaltsbewilligung zu Lasten des kantonalen Kontingents als erfüllt und unterbreitete dem BFM am 17. April 2007 einen Antrag auf Zustimmung zu seinem arbeitsmarktlichen Vorentscheid.

Nach einer ersten negativen Stellungnahme der Vorinstanz legte der Parteivertreter am 16. Mai 2007 weitere Unterlagen ins Recht und ersuchte nochmals um Gutheissung des Beschäftigungsgesuches. Mit Stellungnahme vom 29. Mai 2007 bzw. 21. Juni 2007 hielten die Parteien an ihrem jeweiligen Standpunkt fest. Am 20. August 2007 verlangte der Rechtsvertreter daraufhin den Erlass einer beschwerdefähigen Verfügung.

D.
Mit Verfügung vom 5. Oktober 2007 verweigerte die Vorinstanz die Zustimmung zum kantonalen Vorentscheid vom 17. April 2007 über die Bewilligung einer Erwerbstätigkeit. Zur Begründung führte sie aus, wenn auf dem Schweizer Arbeitsmarkt keine entsprechende Arbeitskraft gefunden werden könne, so bestehe die Möglichkeit, die benötigte Person im Ausland zu rekrutieren. Dabei gelte es den Vorrang inländischer Arbeitnehmer (Art. 7 BVO), die Lohn- und Arbeitsbedingungen (Art. 9 BVO) sowie die Rekrutierungsprioritäten (Art. 8 BVO) zu beachten. In erster Linie seien hierbei Angehörige aus Staaten der EU und der EFTA zu berücksichtigen. Ausnahmen seien möglich, wenn es sich um qualifizierte Arbeitskräfte handle und besondere Gründe vorlägen. Als gut qualifizierte Arbeitskräfte gälten in erster Linie Personen mit Hochschul- oder Fachhochschulabschluss sowie mehrjähriger Berufserfahrung. Der Beschwerdeführer sei zwar im Februar 2005 zur Erwerbstätigkeit zugelassen worden, jedoch mit der Auflage, nach Erhalt der Facharzturkunde eine Kopie davon nachzureichen. Da er über kein in der Schweiz anerkanntes Arztdiplom verfüge, sei er nicht als qualifiziert im Sinne von Art. 8 Abs. 3 Bst. a BVO zu betrachten. Anders als früher handle es sich nunmehr um eine Anstellung bei einer Ärztin in einer privaten Praxis. Nach den Weisungen und Erläuterungen über Einreise, Aufenthalt und Arbeitsmarkt (ANAG-Weisungen) sei eine Anstellung aber nur in einem öffentlichen Spital oder einer Privatklinik möglich. Die Muttersprache des Beschwerdeführers (türkisch) könne des Weiteren nicht als besonderer Grund im Sinne der BVO gelten.

Die Suchbemühungen, die erst im Nachhinein erfolgt seien und sich auf die Schweiz beschränkt hätten, erwiesen sich zudem als ungenügend. Schliesslich bestünden Unklarheiten hinsichtlich der Arbeitsbedingungen, liefe die Ausgestaltung des vorliegenden Arbeitsverhältnisses doch auf eine faktische Selbständigkeit hinaus.

E.

Mit Rechtsmitteleingabe vom 2. November 2007 ersucht der Beschwerdeführer beim Bundesverwaltungsgericht um die Aufhebung der angefochtenen Verfügung sowie um die Erteilung der Bewilligung einer Erwerbstätigkeit für seinen Mandanten. Im Wesentlichen lässt er vorbringen, dass die Anstellung einer Arbeitskraft des Medizinalbereichs aus einem Nicht-EU/EFTA-Staat in einer privaten Praxis nicht möglich sei, möge zwar den ANAG-Weisungen entsprechen, diese seien indessen nicht im strikten Sinne verbindlich, da sie keine Gesetzeskraft entfalteten und somit auch nicht eigentliches Bundesrecht darstellten. Die Feststellung, dass der Beschwerdeführer über kein in der Schweiz anerkanntes Arztdiplom verfüge, sei nicht korrekt. Die Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte (FMH) habe mit Schreiben vom 30. März 2006 dargelegt, dass der vom Gesuchsteller erlangte Facharzttitel äquivalent zum FMH-Facharzttitel sei. Nur schon die Tatsache, dass er über sieben Jahre lang als Assistenz- und Oberarzt am Universitätsspital Basel tätig gewesen sei, zeige, dass sein in der Türkei erlangtes Arztdiplom hierzulande anerkannt werde, weshalb es sich bei ihm sehr wohl um eine qualifizierte Arbeitskraft handle. Dies werde vom Kantonsärztlichen Dienst Basel-Stadt bestätigt, der eine entsprechende Berufsausübungsbewilligung als unselbständiger Arzt für das Kantonsgebiet erteilt habe. Da die türkischsprechende Klientel einen wesentlichen Teil des Patientenstammes der „P._____“ ausmache, seien Kenntnisse der türkischen Sprache und Kultur für eine Anstellung in der Gemeinschaftspraxis von ausschlaggebender Bedeutung. Genau diese Fähigkeiten seien es, welche den Beschwerdeführer von einem Psychiater nicht-türkischer Herkunft unterschieden; er sei zurzeit die einzige Fachkraft in der Region Basel, welche dem Anforderungsprofil der „P._____“ entspreche. Eine psychiatrische Behandlung sei erwiesenermassen meist nur in der Muttersprache der Patientinnen und Patienten möglich und effektiv. Eine Beschränkung der Rekrutierungsbemühungen auf die Schweiz habe man vorgenommen, weil die Arbeitgeberin nach einem türkisch und deutsch sprechenden Psychiater suche, der bereits mit den Abläufen der Schweizer Behörden vertraut sei. Weitere Suchbemühungen, die viel Zeit und Geld be-

anspruchten, erschienen unzumutbar. Durch die vorliegende Zustimmungsverweigerung würde die „P._____“ eine grosse Einbusse erleiden, verlöre sie doch viele türkische Patienten. Entgegen der Annahme des BFM stünde der Beschwerdeführer gemäss Arbeitsvertrag vom 1. Juni 2007 im Übrigen in einem Anstellungsverhältnis und er erhielte ein monatliches Bruttoeinkommen von Fr. 9'000.-.
Dazu reichte der Parteivertreter 22 Unterstützungsschreiben von Medizinern verschiedener Fachgebiete aus der Region Basel ein.

F.
In ihrer Vernehmlassung vom 27. März 2008 spricht sich die Vorinstanz unter Erläuterung der bisher genannten Gründe für die Abweisung der Beschwerde aus und hebt hervor, dass die Auflage der im Jahre 2005 erteilten Bewilligung nicht erfüllt worden sei, die Arbeitgeberin keine echten Suchbemühungen glaubhaft gemacht habe und de facto eine selbständige Erwerbstätigkeit anstatt eines echten Anstellungsverhältnisses vorliege.

G.
Replikweise hält der Rechtsvertreter am 5. Mai 2008 am eingereichten Rechtsmittel sowie den Begehren fest. Der Replik legte er u.a. eine Stellungnahme von Dr. med. N._____ vom 2. Mai 2008 und einen Lohnausweis seines Mandanten für das Jahr 2007 (1. Juni bis 31. Dezember) bei.

H.
Am 19. Juni 2008 reichte der Parteivertreter eine Beschwerdeergänzung mit einem Schreiben der Schweizerischen Gesellschaft für Verhaltens- und Kognitive Therapie (SGVT) und einem Zertifikat nach, welches bescheinigt, dass der Beschwerdeführer zur Führung des Titels „Verhaltenstherapeut SGVT“ berechtigt ist.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
1.1 Verfügungen des BFM betreffend Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwal-

tungsgericht (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.Vm. Art. 83 Bst. c Ziff. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

1.2 Das Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz keine abweichenden Bestimmungen aufstellt (Art. 37 VGG).

1.3 Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist ausschliesslich die Zustimmung der Vorinstanz zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid in einem ausländerrechtlichen Bewilligungsverfahren (vgl. dazu Ziff. 5.1 und 5.2). Soweit der Rechtsvertreter über die Erteilung der Zustimmung hinaus darum ersucht, seinem Mandanten die Bewilligung einer Erwerbstätigkeit zu erteilen, ist sein Rechtsmittel deshalb unzulässig.

1.4 Der Beschwerdeführer ist als Adressat der angefochtenen Verfügung zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist im oben dargelegten Umfang einzutreten (Art. 49 ff. VwVG).

2.
Am 1. Januar 2008 traten das neue Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) sowie die dazugehörigen Ausführungsverordnungen in Kraft (unter anderem die Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]). Auf Gesuche, die vor dem Inkrafttreten des AuG eingereicht wurden, wie dies vorliegend der Fall ist, bleibt gemäss Art. 126 Abs. 1 AuG das alte Recht anwendbar. Einschlägig sind das Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121, zum vollständigen Quellennachweis vgl. Ziff. I des Anhangs zum AuG) und die BVO (zum vollständigen Quellennachweis vgl. Art. 91 Ziff. 5 VZAE).

3.
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 – soweit 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. E. 1.2 des in BGE 129 II 215 teilweise publizierten Urteils 2A.451/2002 vom 28. März 2003), wobei in der vorliegenden Streitsache gemäss übergangsrechtlicher Ordnung im AuG, wie eben dargetan, das alte Recht anwendbar bleibt.

4.

Der Beschwerdeführer untersteht als türkischer 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 uneingeschränkt nach dem ANAG und der BVO (Art. 1 ANAG und Art. 2 BVO). Die Behörde entscheidet somit, im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der Verträge mit dem Ausland, nach freiem Ermessen über die Bewilligung von Aufenthalt oder Niederlassung (Art. 4 ANAG).

5.

5.1 Art. 7 BVO regelt den „Vorrang der inländischen Arbeitnehmer“. Nach dessen Abs. 1 bis 3 können Drittstaatsangehörige zum schweizerischen Arbeitsmarkt nur zugelassen werden, wenn auf diesem keine geeignete Arbeitskraft zu finden ist, die gewillt und fähig wäre, die Arbeit zu den orts- und berufsüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen zu leisten. Der Arbeitgeber hat dafür den Nachweis zu erbringen (Art. 7 Abs. 4 BVO). Vorbehalten sind die Ausnahmetatbestände von Art. 7 Abs. 5 bis 6 BVO. Unter der Überschrift "Prioritäten für die Rekrutierung" errichtet Art. 8 Abs. 1 BVO ein analoges System zugunsten von Angehörigen der EU/EFTA-Staaten. Durchbrochen wird es durch die Ausnahmetatbestände von Art. 8 Abs. 2 und 3 BVO. Die Zulassung von Drittstaatsangehörigen ist somit erst möglich, wenn nicht nur keine ge-

eigneten einheimischen Arbeitskräfte rekrutiert werden können, sondern auch keine geeigneten Arbeitskräfte aus dem EU/EFTA-Raum zur Verfügung stehen. Vorbehalten bleiben die jeweiligen Ausnahmetatbestände.

5.2 Ob die Bestimmungen über den Inländervorrang (Art. 7 BVO) und den Vorrang von Angehörigen von Mitgliedstaaten der EU und EFTA (Art. 8 BVO) die Zulassung eines Drittstaatsangehörigen zum schweizerischen Arbeitsmarkt erlauben, darüber entscheidet die kantonale Arbeitsmarktbehörde im Rahmen eines Vorentscheides zu Handen des kantonalen Bewilligungsverfahrens. Der Vorentscheid zu Bewilligungen, die zu Lasten der kantonalen Höchstzahlen gehen (Kontingentsbewilligungen), ist alsdann dem BFM zur Zustimmung zu unterbreiten (Art. 42 Abs. 1 und 5 BVO i.V.m. Art. 51 Abs. 1 in fine BVO). Das BFM befindet über das Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen in Ausübung einer originären Sachentscheidskompetenz des Bundes ohne Bindung an die Beurteilung durch die kantonalen Behörden (vgl. BGE 127 ll 49 E. 3a S. 51 f., BGE 120 lb 6 E. 3 S. 11 f., ferner Entscheide des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements [EJPD], publiziert in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 70.23, 67.62 oder 66.66).

5.3 Gemäss Art. 8 Abs. 1 BVO werden Bewilligungen zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit in erster Linie den Angehörigen der EU-Mitgliedstaaten nach dem Freizügigkeitsabkommen und den Angehörigen der EFTA-Mitgliedstaaten nach dem EFTA-Übereinkommen erteilt. Vorbehalten bleiben nach Art. 8 Abs. 2 BVO hochqualifizierte Personen, die um eine Bewilligung für eine zeitlich begrenzte Tätigkeit gemäss den von der Schweiz abgeschlossenen Wirtschafts- und Handelsvereinbarungen nachsuchen. Weitere Ausnahmen von Absatz 1 können nach Art. 8 Abs. 3 BVO von den Arbeitsmarktbehörden im Rahmen des Vorentscheids zu Bewilligungen verfügt werden, wenn einer der folgenden Tatbestände erfüllt ist: Der Drittstaatsangehörige ist eine qualifizierte Arbeitskraft und besondere Gründe rechtfertigen eine Ausnahme (Bst. a), oder beim Drittstaatsangehörigen handelt es sich um eine Person, die im Rahmen von schweizerischen Hilfs- und Entwicklungsprojekten über die wirtschaftliche oder technische Zusammenarbeit ein Weiterbildungsprogramm absolviert (Bst. b), oder der Drittstaatsangehörige gehört der Personenkategorie der Künstler, Artisten und Cabaret-Tänzerinnen an, die sich innerhalb eines Kalenderjahres insgesamt längstens acht Monate in der Schweiz aufhalten (Bst. c).

6.

6.1 In der vorliegenden Streitsache fällt als Ausnahmetatbestand allein Art. 8 Abs. 3 Bst. a BVO in Betracht, der eine Ausnahme von den Rekrutierungsprioritäten zu Gunsten qualifizierter Arbeitskräfte zulässt, wenn besondere Gründe dies rechtfertigen. Beide Kriterien – die fachliche Qualifikation und die besonderen Gründe – müssen kumulativ erfüllt sein (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-4642/2007 vom 7. Dezember 2007 E. 3.3 mit weiteren Hinweisen). Ihr Vorliegen kann nicht leichthin angenommen werden, soll die Absicht des Verordnungsgebers verwirklicht werden, die Zuwanderung aus dem Nicht-EU/EFTA-Raum restriktiv zu gestalten, konsequent dem volkswirtschaftlichen Gesamtinteresse unterzuordnen und vermehrt an den übergeordneten integrations- und staatspolitischen Zielen auszurichten (zum Ganzen vgl. die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-8763/2007 vom 28. Mai 2008 E. 6, C-5287/2007 vom 10. März 2008 E. 6 oder C-1224/2006 vom 16. November 2007 E. 5.3; ferner Ziffer 432.32 der per Ende 2007 aufgehobenen ANAG-Weisungen).

6.2 Der Beschwerdeführer wurde im Frühjahr 1999 ursprünglich als Postdoktorand in der Schweiz zugelassen. In dieser Funktion hat er sich an der Psychiatrischen Poliklinik des Universitätsspitals Basel in den Bereichen Psychiatrie und Psychotherapie zum Facharzt ausbilden lassen. Im Rahmen dieser Weiterbildung wurden ihm seitens der Klinik verschiedene Aufgaben übertragen (vgl. das Schreiben des Universitätsspitals Basel vom 21. Februar 2005 oder das Zwischenzeugnis vom 25. Januar 2007), die damalige Anwesenheit beruhte indessen auf privilegierten Zulassungskriterien (vgl. Art. 13 Bst. l BVO). Da die Höchstdauer für den Status des Postdoktoranden sechs Jahre beträgt (siehe Ziff. 433.52 der ANAG-Weisungen), hätte die Aufenthaltsbewilligung im Jahre 2005 nicht mehr verlängert werden dürfen. Weil der Beschwerdeführer die Schweizer Facharztprüfung laut der eben erwähnten Stellungnahme der Klinik vom 21. Februar 2005 aber im Vorjahr (2004) bestanden hatte und der kantonalen Arbeitsmarktbehörde in Aussicht gestellt worden war, der betreffende Mitarbeiter werde seine Facharzturkunde FMH in nächster Zeit erhalten, stimmte die Vorinstanz stattdessen der vom Universitätsspital Basel beantragten kontingentierten Kurzaufenthaltsbewilligung (Art. 20 BVO) als Assistenzarzt zu. Die Bewilligung wurde jedoch mit der Auflage verbunden, der kantonalen Arbeitsmarktbehörde sei eine Kopie dieser Facharzturkunde nachzusenden. Im Zusammenhang mit einem Gesuch um vorzeitige Umwandlung der Kurz- in eine Jahresaufenthaltsbewilligung forderte

das BFM die kantonale Arbeitsmarktbehörde im Januar 2006 nochmals explizit auf, dem Universitätsspital Basel besagte Bewilligungsauflage in Erinnerung zu rufen; ohne Vorlage der Facharzturkunde sei eine Verlängerung der Kurzaufenthaltsbewilligung bis 2007 nicht möglich. Die Beteiligten mussten sich folglich der Bedeutung der Auflage und der Folgen im Falle von deren Nichterfüllung bewusst sein. Nachträglich stellte sich heraus, dass der Beschwerdeführer den Facharzttitel FMH vorderhand nicht erwerben kann, da sein in der Türkei erworbenes Arztdiplom vom Bundesamt für Gesundheit (BAG) gar nicht anerkannt wird. Wie sich dem Sachverhalt entnehmen lässt, wurde die Kurzaufenthaltsbewilligung im Frühjahr 2006 gleichwohl um ein weiteres Jahr verlängert. Vor dem Hintergrund dieses mehrfachen Entgegenkommens scheint es angezeigt, ein besonderes Augenmerk darauf zu richten, Handlungen zu verhindern, die in irgendeiner Weise auf eine Umgehung der ordentlichen ausländerrechtlichen Vorschriften hinauslaufen könnten. Andernfalls würde dem Schaffen vollendeter Tatsachen Vorschub geleistet (siehe dazu Art. 4 Abs. 1 und 2 sowie Art. 8 Abs. 2 der Vollziehungsverordnung vom 1. März 1949 zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer [ANAV], AS 1949 228, zum vollständigen Quellennachweis vgl. Art. 91 Ziff. 1 VZAE). Bei dieser Ausgangslage rechtfertigt es sich, die möglichen Ausnahmegründe nach Art. 8 Abs. 3 Bst. a BVO eng auszulegen.

7.

Vorliegend geht es um die Zustimmung zu einer Jahresbewilligung (faktisch einer Nachfolgebewilligung zu den früher erteilten Bewilligungen), mit welcher sich der Beschwerdeführer fortan in der Gemeinschaftspraxis „P._____“ in Basel als Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie betätigen möchte. Die Vorinstanz hegt Zweifel, ob es sich hierbei um ein echtes Anstellungsverhältnis handelt. Die mit der Replik nachgereichten Unterlagen (Lohnausweis, Stellungnahme von Dr. med. N._____ vom 2. Mai 2008, Erläuterungen der „Fachgruppe Psychiatrie und Psychotherapie sowie Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie Basel-Stadt“ vom 3. Mai 2008 zum Psychotherapieverzeichnis) sprechen jedoch für eine unselbständige Erwerbstätigkeit, weswegen die diesbezüglichen Unklarheiten (ausser Vorbehalten hinsichtlich der getroffenen Regelung der Arbeitnehmerhaftung) nun ausgeräumt scheinen (zur Bedeutung der Unterscheidung von selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit siehe das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1229/2006 vom 6. Juni 2007 E. 4.6 mit Hinweisen).

7.1 Gemäss der ausländerrechtlichen Praxis, wie sie in den ANAG-Weisungen zum Ausdruck kommt (zur Bedeutung der ANAG-Weisungen vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgericht C-4642/2007 vom 7. Dezember 2007 E. 5.1), kann die Qualifikation je nach Beruf oder Spezialisierung auf verschiedenen Stufen erfolgt sein: Universitätsabschluss, Fachhochschuldiplom, besondere fachliche Ausbildung mit mehrjähriger Berufserfahrung, Beruf mit Zusatzausbildung, oder sonstwie erfolgte Aneignung ausserordentlicher, unerlässlicher Spezialkenntnisse in spezifischen Bereichen. Das Vorliegen der erforderlichen Qualifikation kann bei der arbeitsmarktlichen Prüfung auch von der Funktion der ausländischen Arbeitskraft abgeleitet werden, wie z.B. bei Firmengründern oder Unternehmensleitern von arbeitsmarktlich bedeutenden Betrieben (Ziff. 432.32 der ANAG-Weisungen).

7.2 Die Vorinstanz hält den Beschwerdeführer für nicht qualifiziert im Sinne von Art. 8 Abs. Bst. a BVO, weil ihm für die in der Schweiz absolvierte Zusatzausbildung in Psychiatrie und Psychotherapie kein entsprechender Facharzttitel FMH erteilt wird. Dies hängt damit zusammen, dass der Betroffene sein Medizinstudium nicht in der Schweiz oder einem EU/EFTA-Land abgeschlossen hat, er mit anderen Worten weder über ein eidgenössisches Arztdiplom noch ein vom BAG anerkanntes ausländisches Arztdiplom verfügt. Dem hält der Rechtsvertreter das Schreiben der FMH vom 30. März 2006 und die dazugehörige Äquivalenzbestätigung gleichen Datums entgegen. Demnach hat sein Mandant hinsichtlich Dauer und Gliederung die reglementarischen Bedingungen der Weiterbildung zum Facharzttitel für Psychiatrie und Psychotherapie erfüllt. Die Äquivalenzbestätigung tritt an Stelle der Diplomurkunde für den eidgenössischen Weiterbildungstitel, den die FMH wie angetönt nur Inhaberinnen und Inhabern des eidgenössischen Arztdiploms bzw. eines anerkannten ausländischen Arztdiploms ausstellt. In der Zwischenzeit hat der Beschwerdeführer zudem den Titel „Verhaltenstherapeut SGVT“ erworben (vgl. Schreiben der SGVT vom 23. Mai 2008 und Zertifikat vom 21. Mai 2008). Der Kantonsärztliche Dienst Basel-Stadt wäre gemäss Mitteilung vom 13. März 2007 sodann bereit, ihm die Berufsausübungsbewilligung für eine unselbständige Erwerbstätigkeit in der „P._____“ im Sinne einer Ausnahme und unpräjudiziell zu erteilen. Aktenkundig ist schliesslich die reichhaltige Berufserfahrung, welche sich der Verfügungsadressat während seiner siebenjährigen Tätigkeit am Universitätsspital Basel, zuletzt unter anderem als stellvertretender Oberarzt im Gutachtenbereich, angeeignet hat (siehe Schreiben der Klinik vom 21. Februar 2005 oder Zwischen-

zeugnis vom 25. Januar 2007). Damit zeichnet sich der Beschwerdeführer auf dem Gebiet der Psychiatrie und der Psychotherapie zweifellos durch einen hohen Ausbildungsstand aus. Ob die gemäss den FMH-Richtlinien absolvierte Weiterbildung und die einschlägige Berufserfahrung das fehlende Diplom über die abgeschlossene Spezialausbildung zu ersetzen vermögen, braucht allerdings nicht abschliessend beantwortet zu werden. Selbst wenn der Beschwerdeführer die von Art. 8 Abs. 3 Bst. a BVO geforderte Qualifikation für die zu besetzende Stelle erfüllte, muss noch geprüft werden, wie es mit den anderen Voraussetzungen einer Ausnahme von den Rekrutierungsprioritäten bestellt ist, nämlich den besonderen Gründen (Art. 8 Abs. 3 Bst. a BVO) und – unter den konkreten Begebenheiten – vor allem den hinreichenden Suchbemühungen auf dem Arbeitsmarkt der Schweiz sowie der EU und der EFTA (Art. 7 Abs. 1 und 4, Art. 8 Abs. 1 BVO).

8.

8.1 Der Beschwerdeführer geniesst keine Rekrutierungspriorität, was zur Folge hat, dass für die Vakanz in der Gemeinschaftspraxis „P._____“ in erster Linie einheimische Arbeitskräfte oder solche aus einem EU/EFTA-Staat zu rekrutieren sind (siehe E. 5.1 hievor). Dass es besagtem Grundsatz auch vorliegend Rechnung zu tragen gilt, wird auf Beschwerdeebene denn nicht bestritten. Ein Ausnahmetatbestand, der vom Erfordernis von Suchbemühungen in den fraglichen Ländern dispensieren würde, ist nicht gegeben (zu den besonderen Gründen im Sinne von Art. 8 Abs. 3 Bst. a BVO im Einzelnen vgl. Ziffer 432.32 der ANAG-Weisungen oder Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-8763/2007 vom 28. Mai 2008 E. 7.1 und C-1224/2006 vom 16. November 2007 E. 5.3). Im Gegenteil hält die ganz konkret auf Ärztinnen und Ärzte der Schulmedizin im Spital- und Klinikbereich Bezug nehmende ANAG-Weisung 491.21 ausdrücklich fest, es sei grundsätzlich der Nachweis von erfolglosen Rekrutierungsbemühungen im Inland und im EU/EFTA-Raum zu erbringen.

8.2 Die Einreichung des Beschäftigungsgesuches für die jetzige Anstellung erfolgte im April 2007. Den Migrationsbehörden wurde der Beschwerdeführer ohne vorgängige Suchbemühungen als Wunschkandidat präsentiert. Erst nach Beanstandung durch das BFM sah sich die Arbeitgeberin veranlasst, in der einmal pro Woche erscheinenden „Schweizerischen Ärztezeitung“ viermal ein Stelleninserat zu publizieren. Dies geschah ab dem 27. Juni 2007. Das Inserat wurde vom 12. Juni 2007 an zudem während vier Wochen auf dem Internetportal

www.fmhjob.ch aufgeschaltet (vgl. die entsprechende Auftragsbestätigung vom 12. Juni 2007). Anderweitige Bemühungen hat die Arbeitgeberin nicht unternommen (zu den Anforderungen an Rekrutierungsbemühungen vgl. ebenfalls VPB 67.62 E. 14.1 oder VPB 66.66 E. 13.2). Aufgrund des Anforderungsprofils kämen für die bestehende Vakanz im Falle längerer erfolgloser Bemühungen im Inland aber auch der türkischen Sprache mächtige Fachkräfte aus den Ländern der EU und der EFTA in Betracht; so bilden Türken bzw. Personen mit türkischem Migrationshintergrund in Deutschland beispielsweise die grösste Zuwanderungsgruppe. Grosse türkische Bevölkerungsanteile gibt es ebenfalls in Frankreich, Österreich und den Niederlanden. Eine zu starke Gewichtung des Aspekts der Kommunkationsmöglichkeit in der Muttersprache von Patientinnen und Patienten widerspräche allerdings den verstärkten Bestrebungen des Gesetzgebers zur Förderung der Integration der ausländischen Wohnbevölkerung (vgl. die bis zum 31. Dezember 2007 gültig gewesene Verordnung vom 13. September 2000 über die Integration von Ausländerinnen und Ausländern [AS 2000 2281, 2005 4769]; für die Zeit nach dem 1. Januar 2008 siehe Art. 4 AuG oder die Verordnung vom 24. Oktober 2007 über die Integration von Ausländerinnen und Ausländern [VintA, SR 142.205]). Kenntnisse des Gesundheitswesens des Kantons Basel-Stadt wiederum können nicht als prägendes Merkmal der zu besetzenden Stelle und vor allem nicht als dem gängigen Berufsbild entsprechende Anforderung angesehen werden. Deren Fehlen rechtfertigt daher keine räumliche Beschränkung der Suchbemühungen. Der in diesem Zusammenhang erhobene Einwand, Ausschreibungen im Internet seien weltweit abrufbar, greift nur schon deshalb zu kurz, weil www.fmhjob.ch klar auf die Schweiz positioniert ist und das fragliche Stelleninserat auf diesem Portal gerade mal vier Wochen zugänglich war. Die aktenkundigen Rekrutierungsanstrengungen erweisen sich bei reellen Anforderungen demnach sowohl in zeitlicher wie räumlicher Hinsicht als unzureichend. Die Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid scheitert somit an den Erfordernissen von Art. 7 BVO. Dass der Beschwerdeführer sich von seinem Werdegang und von seinen Sprachkenntnissen her bestens in die Gemeinschaftspraxis „P._____“ einfügte, soll nicht in Abrede gestellt werden, ist jedoch für die Beurteilung der Streitsache nicht erheblich.

8.3 Zu ergänzen wäre, dass auch die betrieblichen Voraussetzungen gemäss Ziffer 491.21 der ANAG-Weisungen nicht erfüllt sind, erfolgte die Anstellung des Beschwerdeführers doch in einer privaten Praxis

und nicht wie für solche Ausnahmen verlangt in einer öffentlichen Klinik, einem öffentlichen Spital oder einer Privatklinik (letzteres überdies nur mit Zustimmung der kantonalen Gesundheitsdirektion). Wohl wird in der Rechtsmitteleingabe vom 2. November 2007 angedeutet, Weisungen komme keine Gesetzeskraft zu; dieser Einwand wird aber in keiner Weise substantiiert. Der Rechtsvertreter hätte diesfalls aufzuzeigen, dass die angewendeten Weisungen nicht dem Willen des Gesetz- oder Verordnungsgebers entsprechen. Die ANAG-Weisungen wurden nach vorgängiger Konsultation der zuständigen kantonalen Behörden und der betroffenen Branchenverbände erlassen und bis zu deren Ablösung per Ende 2007 fortlaufend angepasst (vgl. hierzu das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1229/2006 vom 6. Juni 2007 E. 5.3). Zwar sind Verwaltungsgerichte nicht an Verwaltungsweisungen gebunden. Freilich pflegt eine Rechtsmittelinstanz selbst im Rahmen einer Angemessenheitskontrolle nicht ohne Not von der Ermessenswaltung der Vorinstanz abzuweichen, zumal wenn eine Verwaltungsweisung vorliegt, welche das Ermessen konkretisiert und eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulässt (Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 41 Rz. 12 ff.; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 123 ff.; BGE 126 V 421 E. 5a S. 427, BGE 130 V 163 E. 4.3.1 S. 171 f.). Eine solche Zurückhaltung rechtfertigt sich umso mehr, wenn die Weisungen – wie vorliegend geschehen – unter Mitwirkung der interessierten Fachverbände verfasst wurden und deshalb für sich die Vermutung eines sachgerechten und ausgewogenen Interessenausgleichs beanspruchen können (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-8763/2007 vom 28. Mai 2008 E. 8.2).

8.4 Als unbeachtlich erweist sich schliesslich der Verweis auf den Gesundheitszustandes des Sohnes des Beschwerdeführers und die familiäre Situation schlechthin, wäre darüber doch unter einem anderen Aspekt sowie in einem anderen Verfahren zu befinden.

9.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung zu Recht ergangen ist (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

10.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dem Beschwerdeführer die Kosten aufzuerlegen (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]).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 800.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Sie werden mit dem am 8. Februar 2008 geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 800.- verrechnet.

3.
Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. [...] und [...] retour)
- das Sicherheitsdepartement des Kantons Basel-Stadt, Migrationsamt

Die vorsitzende Richterin: Der Gerichtsschreiber:

Ruth Beutler Daniel Grimm

Versand: