Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung III
C-679/2011

Urteil vom 27. März 2012

Besetzung

Richterin Ruth Beutler (Vorsitz),
Richterin Elena Avenati-Carpani, Richter Antonio Imoberdorf,
Gerichtsschreiberin Viviane Eggenberger.

Parteien

X._____,
vertreten durch Prof. Dr. iur. Tomas Poledna, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Verweigerung der Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid.

Sachverhalt:

A.
Die A._____ (nachfolgend: Arbeitgeber) betreiben in der Gemeinde Lugano Heime für Betagte, darunter das B._____

Am 19. Juli 2010 stellte der Arbeitgeber bei der hierfür zuständigen kantonalen Arbeitsmarktbehörde, dem Ufficio della migrazione, Mercato del lavoro, ein Gesuch um Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung an den serbischen Staatsangehörigen X._____ (geb. 1967) im Hinblick auf die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit als Pflegefachkraft im B._____.

B.
Das Ufficio della migrazione, Mercato del lavoro, erachtete die arbeitsmarktlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer auf 12 Monate befristeten Kurzaufenthaltsbewilligung nach Art. 32 des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20) als erfüllt und fällte entsprechend am 29. Juli 2010 einen positiven arbeitsmarktlichen Vorentscheid. Diesbezüglich unterbreitete es dem BFM gleichentags einen Antrag auf Zustimmung.

C.
Im Rahmen eines darauffolgenden E-Mail-Verkehrs zwischen dem Direktor der A._____, der kantonalen Arbeitsmarktbehörde und dem BFM setzte sich Ersterer stark für die Anstellung des Beschwerdeführers ein. Er hob dabei zum einen die Besonderheit der zu besetzenden Stelle, zum anderen dessen ausgezeichnete Qualifikationen und hervorragende Eignung für diese Aufgaben hervor und betonte mehrfach die Notwendigkeit der Anstellung. In diesem Rahmen wurden dem BFM seitens des Arbeitgebers mehrere Beilagen zugestellt (insbesondere die Stellenausschreibung vom 27. Januar 2010, ein standardisierter Tätigkeitsbeschrieb betreffend das bei den A._____ angestellte Krankenpflegepersonal sowie ein Schreiben der Gemeinde Lugano vom 14. Mai 2010 an den Beschwerdeführer betreffend die ihrerseits am 12. Mai 2010 beschlossene, jedoch unter dem Vorbehalt der "Erteilung einer Arbeitsbewilligung" stehende Anstellung).

D.
Mit Schreiben vom 18. Oktober 2010 teilte das BFM dem Arbeitgeber mit, es beabsichtige, die Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid der kantonalen Behörde zu verweigern. Es verwies darauf, dass gemäss

dem Ausländergesetz, der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) und seinen Weisungen zum Ausländerbereich auf dem Gebiet der Krankenpflege lediglich Operationspflegefachkräfte zu einem Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit zugelassen werden könnten. Im Hinblick auf den in Aussicht genommenen Entscheid gewährte das BFM dem Arbeitgeber das rechtliche Gehör.

E.

Im Rahmen einer Stellungnahme vom 10. November 2010 verwies der Arbeitgeber auf den – notorischen – Arbeitskräftemangel im Gesundheitswesen und insbesondere im Bereich der (Betagten-)Pflege. Im Kanton Tessin würden die sprachlichen Anforderungen die ohnehin erheblichen Rekrutierungsschwierigkeiten zusätzlich verschärfen. Im Betagtenheim B._____, in welchem der Beschwerdeführer eingesetzt werden solle, sei der Aufbau einer eigenen Hämodialyse-Abteilung geplant, was schweizweit eine Premiere darstelle. Damit solle die Behandlung von Patientinnen und Patienten mit Niereninsuffizienz im Heim selbst sichergestellt werden können, was auch – in Form einer Entlastung – den Akutspitälern zugutekomme. Diese Bestrebungen erfolgten im Rahmen einer neuen Strategie des Bundes und des Kantons Tessin, die medizinische Versorgung in der Langzeitpflege zu verstärken. Der Beschwerdeführer erweise sich als für die zu besetzende Stelle (als einziger unter den 44 Bewerberinnen und Bewerbern) hervorragend qualifiziert. Er verfüge über eine insgesamt zehnjährige Berufserfahrung im Bereich der Notfallmedizin, eine Spezialisierung und fünfjährige Berufserfahrung im Bereich der Bluttransfusion sowie eine gleich lange im Bereich der Orthopädie/Traumatologie (mit speziell geriatrischer/gerontologischer Ausrichtung). Ausserdem sei er seit 2006 in Italien am renommierten Spital von Piacenza tätig und daher sowohl mit dem westeuropäischen Gesundheitswesen bestens vertraut als auch perfekt Italienisch sprechend. Die Anforderungen gemäss den Weisungen des BFM an eine Pflegefachkraft im Bereich der Operations- oder Intensivpflege erfülle er zwar nicht; doch sei er hochqualifiziert in den vorliegend einzig relevanten Bereichen.

F.

Mit Verfügung vom 7. Dezember 2010 verweigerte die Vorinstanz die Zustimmung zum (auf die Art. 18 – 24 und Art. 30 Abs. 1 Bst. f – j AuG und Art. 19 Abs. 1 VZAE gestützten) arbeitsmarktlichen Vorentscheid der kantonalen Behörde. Zur Begründung führte sie aus, gemäss den Bestimmungen des Ausländergesetzes und der VZAE sowie Ziff. 4.7.8.2 ihrer

Weisungen zum Ausländerbereich sei auf dem Gebiet der Krankenpflege einzig die Zulassung von Operationspflegefachkräften möglich. Der Beschwerdeführer sei diplomierter Krankenpfleger, verfüge jedoch nicht über eine Zusatzausbildung in Operationspflege, weshalb sich die Voraussetzungen für die Zulassung zu einem Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit als nicht erfüllt erwiesen.

G.

Mit Rechtsmitteleingabe vom 21. Januar 2011 hat der Beschwerdeführer beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen diese Verfügung erhoben und ihre Aufhebung sowie sinngemäss die Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid beantragt. Zunächst legt er dar, dass er ungeachtet des Umstands, dass die Verfügung lediglich an den Arbeitgeber adressiert worden sei, zu deren Anfechtung legitimiert sei. Er habe keine Möglichkeit zur Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren erhalten, weshalb auch die formelle Beschwer als gegeben zu betrachten sei. In materieller Hinsicht verweist er allgemein auf den im Gesundheitswesen schweizweit herrschenden Mangel an qualifizierten Arbeitskräften. Der Umstand, dass sich die Lage im EU-/EFTA-Raum gleich präsentiere, mache eine Rekrutierung von Personal aus dem übrigen Ausland erforderlich. Im Tessin stelle sich das Problem aufgrund der sprachlichen Anforderungen noch verschärft dar. Das in der B._____ geplante Hämodialysezentrum, welches zum einen zu einer Verbesserung der Dienstleistung an den Patientinnen und Patienten und zum anderen zu einer Entlastung der übrigen kantonalen Gesundheitseinrichtungen führen solle, erfordere die Anstellung von Krankenpflegern mit besonderen medizinischen Kenntnissen namentlich im Bereich der Bluttransfusion. Hinsichtlich der Zulassungsvoraussetzung des Vorrangs nach Art. 21 AuG im Speziellen führt er aus, auf die Stellenausschreibung im – online zugänglichen – kantonalen Amtsblatt, in diversen Tageszeitungen und im Internet hin seien 44 Bewerbungsdossiers eingegangen. Im Auswahlverfahren habe er sich jedoch als Einziger als dem Anforderungsprofil vollkommen entsprechend erwiesen. Dies zum einen aufgrund seiner hervorragenden Italienischkenntnisse, zum anderen aufgrund seiner Spezialisierung, seiner Kenntnisse und langjährigen Berufserfahrung in den relevanten Bereichen. Damit erwiesen sich auch die persönlichen Voraussetzungen nach Art. 23 Abs. 1 AuG als erfüllt. Er sei als Spezialist oder zumindest als "qualifizierte Arbeitskraft" im Sinne dieser Bestimmung zu bezeichnen. Sollte man zu einer anderen Einschätzung kommen, müsste seine Zulassung in Abweichung von den Voraussetzungen nach Art. 23 Abs. 1 und 2 AuG gestützt auf Art. 29 (recte: Art. 23) Abs. 3 Bst. c AuG erfolgen, da er

über "besondere berufliche Kenntnisse oder Fähigkeiten" verfüge und seitens des Kantons Tessin wie der Stadt Lugano hinsichtlich seiner Zulassung klar ein Bedarf gegeben sei. Im Übrigen bestehe ein eminentes öffentliches Interesse an seiner Anstellung, so dass ihm – sollten die Voraussetzungen von Art. 18 – 24 AuG als nicht erfüllt betrachtet werden – eine Aufenthaltsbewilligung in Abweichung von den Zulassungsvoraussetzungen gestützt auf Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG zu erteilen wäre. Bezüglich der Berufung der Vorinstanz auf die Weisungen sei festzuhalten, dass im Bereich des Gesundheitswesens zusätzliche Voraussetzungen lediglich für Operationspflegefachkräfte vorgesehen seien (eine Zusatzausbildung im Bereich der Operationspflege), nicht jedoch bei der "gewöhnlichen" Krankenpflege, um welche es vorliegend gehe. Bei der geltenden Regelung bestehe keine – ausfüllungsbedürftige – Lücke, es handle sich vielmehr um ein qualifiziertes Schweigen. In diesem Bereich sei ein Arbeitnehmer daher zu einem Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit zuzulassen, sofern er die in den Art. 18 – 24 AuG vorgesehenen allgemeinen Voraussetzungen erfülle. Das Vorgehen der Vorinstanz, für andere Kategorien von Krankenpflegepersonal darüber hinausgehende bzw. zusätzliche Voraussetzungen vorzusehen, erweise sich als bundesrechtswidrig.

H.

Auf Aufforderung des Bundesverwaltungsgerichts hin reichte der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 11. März 2011 insbesondere Nachweise betreffend die seitens des Arbeitgebers unternommenen Suchbemühungen im Hinblick auf die Besetzung der Stelle ein. Ergänzend führt er insbesondere aus, das Stelleninserat sei ab dem 5. Februar 2010 in mehreren italienischsprachigen Tageszeitungen geschaltet gewesen sowie auf den entsprechenden Internet-Sites über einen Monat hinweg abrufbar geblieben. Auch im – ebenfalls online einsehbaren – kantonalen Amtsblatt sei das entsprechende Inserat erschienen. Diese Zeitungen und Websites würden regelmässig auch von in Italien ansässigen Personen gelesen bzw. aufgerufen. Auf diesem Weg sei denn auch er selber auf die entsprechende Ausschreibung bzw. Stelle aufmerksam geworden. Am 4. Februar 2010 sei auch auf den Anschlagbrettern der Stadt ein entsprechender Aushang gemacht worden. Darüber hinaus hätten Kontakte mit der kantonalen Berufsbildungsdirektion sowie mit der Stadt Lugano und einem Fachnetzwerk stattgefunden. Trotz dieser intensiven Suchbemühungen, sei es nicht gelungen, für die Stelle eine hinreichend qualifizierte inländische Person bzw. eine solche aus dem EU-/EFTA-Raum zu finden. Namentlich aufgrund ungenügender Sprachkenntnisse (hinreichende Italienischkenntnisse seien unabdingbar) seien Kandidaturen gescheitert.

Unerlässlich seien ebenso Kenntnisse und Berufserfahrung auf dem Gebiet der Bluttransfusion. Am 12. Mai 2010 sei die Verfügung betreffend seine provisorische Anstellung erlassen worden. Der Arbeitgeber habe im Hinblick auf die Besetzung der Stelle mit einer Person aus einem Vorrang geniessenden Gebiet in zeitlicher wie inhaltlicher Hinsicht zweckmässige Suchbemühungen unternommen. Die Voraussetzung des Vorrangs nach Art. 21 AuG sei folglich erfüllt.

I.

In ihrer Vernehmlassung vom 2. Mai 2011 spricht sich die Vorinstanz unter Erläuterung der bereits erwähnten Gründe für die Abweisung der Beschwerde aus. Ergänzend hebt sie den ihr zustehenden weiten Ermessensspielraum hervor. Sie habe dabei auf die Einhaltung der Gesetzesbestimmungen, der Weisungen und der Praxis zu achten. Ihre Weisungen im Ausländerbereich legten für verschiedene Wirtschaftszweige, Berufe und Aufgaben besondere Anforderungen an den Arbeitnehmer fest, auch im Bereich des Gesundheitswesens. Diese Beschränkung diene nicht nur der Begrenzung der Zahl der Zulassungen, sondern der Sicherstellung einer schweizweit einheitlichen Praxis im fraglichen Bereich. Auf dem Gebiet der Pflege sei die Zulassung auf Fachkräfte mit Zusatzausbildung im Operationsbereich begrenzt; andere Pflegefachkräfte könnten nicht zu einem Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit zugelassen werden. Diese Weisungen seien unter Mitwirkung von Mitarbeitenden der Bundesverwaltung und der Kantone sowie von Repräsentanten der massgeblichen Interessenverbände zustande gekommen. Die geltende Regelung trage folglich den Interessen der beteiligten Kreise angemessen Rechnung und beruhe auf einer eingehenden Analyse des Gesundheitssektors. Der Beschwerdeführer verfüge zwar über eine Spezialisierung, jedoch fehle es ihm an der erforderlichen Zusatzausbildung im Bereich der Operationspflege. Bei den "wichtigen öffentlichen Interessen" gemäss Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG handle es sich sodann um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Bei der Erteilung einer Bewilligung unter Abweichung von den Zulassungsvoraussetzungen sei jedoch – angesichts des Ausnahmecharakters dieser Bestimmung – Zurückhaltung geboten und die Voraussetzungen zur Anerkennung einer solchen Ausnahme seien restriktiv zu handhaben. Vom Vorliegen eines solchen "wichtigen öffentlichen Interesses" im Sinne von Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG und Art. 32 Abs. 1 VZAE könne hier nicht ausgegangen werden.

J.

Im Rahmen der Replik vom 1. Juni 2011 hält der Beschwerdeführer an

seinen Anträgen fest, wobei er der Vorinstanz unter Verweis auf Art. 86 Abs. 2 Bst. a VZAE insbesondere eine Ermessensüberschreitung vorhält. Die Voraussetzungen für die Zulassung seien vorliegend offenkundig erfüllt. Zudem verstosse ihr Entscheid gegen Sinn und Zweck der schweizerischen Ausländerpolitik. Das öffentliche Interesse an einer zureichenden Gesundheitsversorgung in der Schweiz sei nicht hinreichend gewichtet worden. Das BFM stütze seinen ablehnenden Entscheid nicht auf das AuG und die VZAE, sondern ausschliesslich auf die Weisungen. Diese stellten jedoch Verwaltungsweisungen dar, denen kein Gesetzescharakter zukomme. Sie dürften keine über das Gesetz hinausgehenden Zulassungsvoraussetzungen schaffen, was jedoch im Bereich der Krankenpflege der Fall sei. Die im Gesundheitsbereich bestehenden Regelungen bezögen sich auf mit der vorliegenden keineswegs vergleichbare Konstellationen, weshalb er einzig die von AuG und VZAE vorgesehenen Zulassungsvoraussetzungen zu erfüllen habe. Bezüglich des von ihm geltend gemachten wichtigen öffentlichen Interesses an seiner Anstellung nach Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG reicht er insbesondere ein Schreiben des Vorstehers des kantonalen Departements für Gesundheit und Soziales vom 27. Mai 2011 zu den Akten.

K.
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 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]).

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).

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 Inter-

net 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.

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.

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).

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.

4.

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.

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 Sachentscheidskompetenz 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).

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).

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 wer-

den 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).

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).

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 Strukturerhaltung 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 ausgeglichenen 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.).

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 unschätzba-

re 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.

7.

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 blosse 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).

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.

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).

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 kan-

tonalen 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 sociosanitaria, 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 blosse 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.

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 Zeit-

punkt 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.

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.

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.

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)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 1'200.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Sie werden mit dem am 7. März 2011 in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

3.
Dieses Urteil geht an:

– den Beschwerdeführer (Einschreiben)
– die Vorinstanz (Akten Ref-Nr […] retour)
– das Ufficio della migrazione, Mercato del lavoro, des Kantons Tessin (in Kopie)

Die vorsitzende Richterin:	Die Gerichtsschreiberin:
Ruth Beutler	Viviane Eggenberger

Versand: