

JAAC 66.66

Auszug aus einem Entscheid des Eidgenössischen
Justiz- und Polizeidepartements vom 27. Februar 2002

Art. 8 al. 3 let. a OLE. Refus d'approbation d'une autorisation de séjour à des personnes ne provenant pas d'un pays de recrutement traditionnel pour une activité dans le domaine des soins médicaux.

Qualification du personnel.

Notion de personnel qualifié au sens de l'art. 8 al. 3 let. a OLE (consid. 12).

Existence de motifs particuliers.

- L'obtention d'une autorisation de séjour en qualité de stagiaire ne fonde aucun droit à l'octroi ultérieur d'un droit de présence (consid. 13.1).

- Aptitudes requises et démarches exigées en vue du recrutement de personnel spécialisé dans le domaine des professions médicales (consid. 13.2).

- Admission: pratique des autorités fédérales dans le domaine de la santé (consid. 14.1).

- Exceptions à la priorité de recrutement dans des domaines particuliers. Exigence d'un diplôme dans une discipline spécialisée (consid. 14.2 et 15).

Art. 8 Abs. 3 Bst. a BVO. Verweigerung der Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an Personen aus nichttraditionellen Rekrutierungsgebieten im Krankenpflegebereich.

Qualifiziertheit der Arbeitskraft.

Begriff der qualifizierten Arbeitskraft gemäss Art. 8 Abs. 3 Bst. a BVO (E. 12).

Vorliegen besonderer Gründe.

- Aus einem Stagiaireaufenthalt lassen sich keine Ansprüche auf die Erteilung eines späteren Anwesenheitsrechts ableiten (E. 13.1).

- Anforderungsprofil und Rekrutierungsbemühungen bei Spezialfunktionen in der Krankenpflege (E. 13.2).

- Zulassungspraxis der Bundesbehörden im Gesundheitswesen (E. 14.1).

- Ausnahmen von den Rekrutierungsprioritäten in einzelnen Fachgebieten. Erfordernis eines Diploms in einer Spezialdisziplin (E. 14.2 u. 15).

Art. 8 cpv. 3 lett. a OLS. Rifiuto dell'approvazione al rilascio di un permesso di soggiorno a persone provenienti da un paese di reclutamento non tradizionale per un'attività nel settore delle cure mediche.

Qualificazione del personale.

Nozione di manodopera qualificata ai sensi dell'art. 8 cpv. 3 lett. a OLS (consid. 12).

Presenza di motivi particolari.

- Il rilascio di un permesso di soggiorno in qualità di tirocinante non comporta un diritto ad un ulteriore rilascio di un diritto di presenza (consid. 13.1).

- I requisiti posti in merito alle necessarie capacità professionali ed alle ricerche effettuate in vista del reclutamento di manodopera specializzata nel settore delle professioni mediche (consid. 13.2).

- Ammissione: la prassi delle autorità federali in ambito sanitario (consid. 14.1).

- Eccezioni alle priorità di reclutamento in particolari rami professionali. Esigenza di un diploma in un settore specializzato (consid. 14.2 e 15).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

Die aus der Slowakei stammende Y erhielt im November 1999 im Rahmen des Abkommens über den Austausch von Stagiaries zwischen der Schweiz und der Slowakischen Republik Gelegenheit, in einem im Kanton Zürich gelegenen Spital (fortan: Klinik) ein 18-monatiges Praktikum zu absolvieren. Der Stellenantritt erfolgte per 1. Januar 2000. Am 23. Mai 2001 stellte die Klinik für Y ein Gesuch um Umwandlung der Stagiaire-Bewilligung (L-Bewilligung) in eine Jahresbewilligung, weil sie beabsichtigte, die junge

Frau als Krankenschwester in der neurologischen Rehabilitation einzusetzen. Nachdem das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich sich am 26. Juni 2001 mit der Erteilung einer entsprechenden Bewilligung zu Lasten des kantonalen Kontingents bereit erklärt und das Migrationsamt des Kantons Zürich ergänzende Abklärungen vorgenommen hatte, wurden die Gesuchsunterlagen am 7. August 2001 mit dem Antrag auf Zustimmung dem Bundesamt für Ausländerfragen (BFA) unterbreitet. Dieses verweigerte mit Verfügung vom 12. September 2001 die Zustimmung zur Erteilung einer Jahresaufenthaltsbewilligung und wies Y an, die Schweiz bis zum 25. Oktober 2001 zu verlassen.

Gegen diese Zustimmungsverweigerung legten sowohl die Klinik als auch Y Rechtsmittel ein. Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD; hiernach: das Departement) weist die Verwaltungsbeschwerden ab.

Aus den Erwägungen:

(...)

6.1. Verfügungen des BFA betreffend Zustimmung zur Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung können beim EJPD angefochten werden; dieses entscheidet endgültig (Art. 20 Abs. 1 Bst. a und Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer [ANAG], SR 142.20 sowie Art. 53 Abs. 2 der Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer [BVO], SR 823.21 in Verbindung mit Art. 100 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 und 4 des Bundesrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1943 [OG], SR 173.110).

6.2. Die beschwerdeführende Klinik ist als Arbeitgeberin von Y durch die angefochtene Verfügung berührt; sie hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung (vgl. auch Art. 20 Abs. 2 ANAG sowie Art. 53 Abs. 4 BVO). Dasselbe gilt bezüglich Y. Ihre an das BFA gerichtete Eingabe vom 13. Oktober 2001 wurde innert der 30-tägigen Rechtsmittelfrist eingereicht. Als Verfügungsadressatin ist sie folglich ebenfalls beschwerdelegitimiert.

7.1. Die Behörde entscheidet, im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der Verträge mit dem Ausland, nach freiem Ermessen über die Bewilligung von Aufenthalt oder Niederlassung (Art. 4 ANAG).

Die kantonalen Fremdenpolizeibehörden sind zuständig für die Erteilung und Verlängerung von Bewilligungen. Erwerbstätigen Ausländerinnen und Ausländern erteilen sie Bewilligungen erst nach dem Vorentscheid oder der Stellungnahme der Arbeitsmarktbehörde. Vorbehalten bleibt die Zustimmung des BFA (Art. 51 BVO).

7.2. Die fremdenpolizeiliche Bewilligung zur Anwesenheit mit Erwerbstätigkeit kann nicht durch die Bewilligung einer anderen Behörde ersetzt werden. Deshalb sind gewerbe- und gesundheitspolizeiliche Bewilligungen und ähnliche Ermächtigungen zur Berufsausübung an Ausländerinnen und Ausländer nur zu erteilen, wenn eine entsprechende fremdenpolizeiliche Bewilligung vorliegt, oder aber nur unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der fremdenpolizeilichen Bewilligung (Art. 4 Abs. 1 der Vollziehungsverordnung vom 1. März 1949 zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer [ANAV], SR 142.201).

Berufliche Fähigkeitsausweise (Lehrabschlussdiplome, Meisterdiplome, Hochschuldiplome usw.) berechtigen für sich allein die Ausländerin oder den Ausländer nicht zur Berufsausübung (Art. 4 Abs. 2 ANAV).

Bei der Beurteilung von Bewilligungsgesuchen sind die geistigen und wirtschaftlichen Interessen des Landes, der Grad der Überfremdung und die Lage des Arbeitsmarktes zu berücksichtigen (Art. 8 Abs. 1 ANAV). Das freie Ermessen der Behörden im Entscheid über Aufenthalt und Niederlassung (...) kann nicht beeinträchtigt werden durch Vorkehren wie Heirat, Liegenschaftserwerb, Wohnungsmiete, Abschluss eines Dienstvertrages, Geschäftsgründung oder -beteiligung usw. (Art. 8 Abs. 2 ANAV).

8. Die Ausländerin, die keine Bewilligung besitzt, kann jederzeit zur Ausreise aus der Schweiz verhalten werden. Die Ausländerin ist ferner zur Ausreise verpflichtet, wenn ihr eine Bewilligung oder die Verlängerung einer solchen verweigert und wenn die Bewilligung widerrufen oder ihr gemäss Art. 8 Abs. 2 ANAG entzogen wird. Die Behörde setzt in diesen Fällen den Tag fest, an dem die Aufenthaltsberechtigung aufhört (Ausreisefrist). Ist die Behörde eine kantonale, so hat die Ausländerin aus dem Kanton, ist sie eine eidgenössische, so hat sie aus der Schweiz auszureisen (Art. 12 Abs. 1 und 3 ANAG).

9.1. Das BFA ist zuständig für die Zustimmung zu erstmaligen Aufenthaltsbewilligungen und zu Verlängerungen, wenn die Koordination der Praxis im Rahmen des Gesetzesvollzugs die Zustimmung für bestimmte Gruppen von Ausländern verlangt und wenn das Bundesamt die Unterbreitung zur Zustimmung im Einzelfall verlangt (Art. 1 Abs. 1 Bst. a und c der Verordnung vom 20. April 1983 über die Zuständigkeit der Fremdenpolizeibehörden, SR 142.202). Gestützt auf diese Zuständigkeitsordnung fällt es in die Sachentscheidungskompetenz des BFA, über die im vorliegenden Fall erforderliche Zustimmung der von den zuständigen Behörden des Kantons Zürich in Aussicht gestellten Aufenthaltsbewilligung zu befinden. Zu prüfen ist daher vornehmlich, ob die Zustimmung zu Recht verweigert wurde.

9.2. Für Y ist die angefochtene Verfügung vor allem deshalb nicht ohne weiteres nachvollziehbar, weil das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich das Gesuch um Weiterarbeit Ende Juni 2001 bewilligt und sie selber in der Folge entsprechend disponiert habe.

Wie unter E. 9.1 angetönt, ist die bundesstaatliche Kompetenzordnung in diesem Bereich aufgrund der verfassungsrechtlichen wie der gesetzlichen Regelung (vgl. dazu Art. 121 der Schweizerischen Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV], SR 101 sowie Art. 18 Abs. 3 ANAG) vom Grundsatz gekennzeichnet, dass die Kantone zwar befugt sind, Bewilligungen in eigener Zuständigkeit zu verweigern, dass aber bei Gutheissung eines Gesuches um Aufenthalt oder Niederlassung in der Regel zusätzlich die Zustimmung des Bundes erforderlich ist (vgl. BGE 127 II 49 E. 3a, BGE 120 Ib 6 ff., insbesondere 10 f. und BGE 118 Ib 88 E. 3c). Im Falle erwerbstätiger Ausländerinnen und Ausländer aus nichttraditionellen Rekrutierungsgebieten (was bei Y zutrifft) gilt dies sogar für alle Aufenthaltsbewilligungen unabhängig von der Aufenthaltsdauer. Das Zustimmungserfordernis des BFA ist somit Ausdruck einer dem Bund zustehenden, originären Sachentscheidungskompetenz (BGE 120 Ib 12). In diesem Kontext und Rahmen ist die Haltung der kantonalen Arbeitsmarktbehörde zu erblicken und zu gewichten. Dabei darf die

Vorinstanz durchaus abweichende Auffassungen vertreten und Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen anders interpretieren. Allerdings wäre, um allfälligen Missverständnissen oder falschen Hoffnungen vorzubeugen wünschenswert, wenn die zuständigen kantonalen Stellen einen Gesuchsteller oder eine Gesuchstellerin rechtzeitig auf die geltende Zuständigkeitsordnung aufmerksam machten respektive die Tragweite und Bedeutung der Art. 7 und 8 BVO in adäquater Form kommunizierten. Zu beachten wären sodann die Art. 4 Abs. 1 und 2 ANAV sowie Art. 8 Abs. 2 ANAV. Bedauerlicherweise enthielten weder der Vorentscheid des Amtes für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich vom 26. Juni 2001 noch die anschliessende Verfügung zum Stellenantritt des Migrationsamtes des Kantons Zürich (damals: Fremdenpolizei des Kantons Zürich) vom 29. Juni 2001 entsprechende Hinweise.

9.3. Gemäss Art. 25 Abs. 1 ANAG ist der Bundesrat befugt, Massnahmen zur Begrenzung der erwerbstätigen Ausländerinnen und Ausländer zu treffen. Von der ihm eingeräumten Befugnis hat der Bundesrat mit dem Erlass der bereits zitierten BVO Gebrauch gemacht. Diese bezweckt ein ausgewogenes Verhältnis zwischen dem Bestand der schweizerischen und der ausländischen Wohnbevölkerung, die Schaffung günstiger Rahmenbedingungen für die Eingliederung der hier wohnenden und arbeitenden Ausländerinnen und Ausländer, die Verbesserung der Arbeitsmarktstruktur und eine möglichst ausgeglichene Beschäftigung (Art. 1 BVO). Gemäss Art. 2 BVO gilt diese Verordnung unter anderem für Ausländerinnen und Ausländer, die in der Schweiz erwerbstätig sein möchten, aber keine Niederlassungsbewilligung besitzen. Demzufolge ist die BVO grundsätzlich auch auf Y anwendbar.

10. Eine Bewilligung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit kann Angehörigen von Staaten der Europäischen Freihandels-Assoziation (EFTA) und der Europäischen Union (EU) erteilt werden (Art. 8 Abs. 1 BVO). Die Arbeitsmarktbehörden können im Vorentscheid zu Bewilligungen (Art. 42 BVO) Ausnahmen von Art. 8 Abs. 1 BVO verfügen, wenn es sich um qualifizierte Arbeitskräfte handelt und besondere Gründe eine Ausnahme rechtfertigen (Art. 8 Abs. 3 Bst. a BVO). Dabei müssten die beiden genannten Kriterien kumulativ erfüllt sein (vgl. zum Ganzen [VPB 59.17](#)). Die Slowakei ist weder Mitglied der EU noch der EFTA. Für Y ist daher eine Ausnahme im Sinne von Art. 8 Abs. 3 Bst. a BVO notwendige Voraussetzung der Bewilligungserteilung.

11. Nebst den bereits angesprochenen Kritikpunkten (siehe E. 9.2) wendet die Klinik ein, bei der Klinik (...) handle es sich um einen Betrieb von grosser regionaler Bedeutung. Besonders für das Gebiet der Neurorehabilitation würden spezialisierte Fachkräfte gebraucht. Die Klinik bilde das Pflegepersonal intern und extern aus. Y habe die Chance zur Weiterbildung erhalten, weil sie bereits gute Deutschkenntnisse mitgebracht habe, über eine rasche Auffassungsgabe verfüge und sehr an besagtem Fachgebiet interessiert sei. Die Mitarbeiterin stehe nun mitten in der Weiterbildung zur spezialisierten Krankenschwester in Neurorehabilitationspflege. Es wäre, so die Klinik, ausserordentlich schade, Y zum jetzigen Zeitpunkt aus ihrem Tätigkeitsfeld herauszunehmen, zumal sie ihre Ausbildung in der Heimat nicht fortsetzen und somit nicht nutzbringend anwenden könne. Die Klinik bekunde grosse Schwierigkeiten, auf dem Arbeitsmarkt geeignetes Fachpersonal zu finden. Dies sei mit ein Grund, weshalb interessierte und begabte Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von der Klinik unter hoher Kostenfolge

selbst weitergebildet würden. In der Replik sowie der ergänzenden Eingabe vom 14. Januar 2002 hebt die gesuchstellende Klinik nochmals hervor, Y werde in einer spezialisierten Funktion in der Klinik tätig sein. Die Rehabilitationspflege habe in den vergangenen Jahren eine ausserordentliche Entwicklung genommen. Die Anforderungen an das Krankenpflegepersonal in diesem Bereich hätten eine Komplexität erreicht, die eine deutliche Abgrenzung von der allgemeinen Krankenpflege erforderlich machte. Auf dem schweizerischen Stellenmarkt herrsche ein eklatanter Mangel an geeigneten Bewerberinnen und Bewerbern für dieses Spezialgebiet. Die Rekrutierung werde immer aufwändiger und schwieriger. Y habe sich auf dem Spezialgebiet der Neurorehabilitation intensiv aus- und weiterbilden lassen, so dass sie zu einer unentbehrlichen Fachkraft geworden sei. Ihr Ausscheiden aus dem Team würde in der Klinik eine grosse Lücke hinterlassen, die nur mit enormem Aufwand zu schliessen wäre.

Y bringt - aus ihrem Blickwinkel - ähnliche Gründe wie ihre Arbeitgeberin vor. Sie habe sich seit Arbeitsbeginn ein breites und fundiertes Fachwissen aneignen können und einige Berufserfahrung gesammelt, was ihr ein selbständiges und kompetentes Arbeiten im Betrieb ermögliche. In der Eingabe vom 13. Februar 2002 ergänzte Y, aufgrund der Umstrukturierung des Spitals und des Mangels an Fachkräften im Bereich der Neurorehabilitation habe ihr die Klinik mitgeteilt, man möchte sie behalten. Sie habe dieses Angebot angenommen. Ihr Ziel sei es nunmehr, eine Weiterbildung im Bereich der Höheren Fachausbildung «Rehabilitation» anzustreben. Die Klinik würde sie bei diesem Vorhaben unterstützen.

12. Y ist laut den eingereichten Unterlagen diplomierte Krankenschwester für allgemeine Krankenpflege. Ihr slowakisches Diplom wurde vom Schweizerischen Roten Kreuz (SRK) am 22. Mai 2001, nach einer erfolgreich bestandenem Prüfung, anerkannt. Für die Klinik war sie - als «Krankenschwester AKP» - ab Januar 2000 während 18 Monaten als Stagiaire zugelassen. Weil die Klinik in der Neurorehabilitation Personalmangel beklagte, gelangte Y auf diesem Gebiet in der Folge in den Genuss von internen wie externen Aus-, Weiter- und Fortbildungen. Gemäss Rechtsmitteleingabe vom 28. September 2001 hat die Mitarbeiterin zwischenzeitlich den ersten Teil des «Bobath-Grundkurses» (ein interdisziplinäres Basiskonzept der Klinik) sowie den «FOT-Kurs» absolviert. Laut dem Empfehlungsschreiben vom 24. September 2001 der Leiterin «Pflege Neurologische und muskuloskeletale Rehabilitation» sowie der Eingabe des ärztlichen Direktors der Klinik vom 14. Januar 2002 soll sich Y als eine der tragenden Mitarbeiterinnen der Station profiliert haben und zu einer unentbehrlichen Fachkraft geworden sein.

Den Ausführungen der Vorinstanz lässt sich nicht unmittelbar entnehmen, ob sie Y als qualifizierte Arbeitskraft im Sinne von Art. 8 Abs. 3 Bst. a BVO betrachtet. Die Qualifikationen müssen sich auf ganz bestimmte Anforderungsebenen und Bereiche (Berufsgattungen) beziehen und können auf verschiedenen Stufen erfolgt sein (Universitätsabschluss, Fachhochschuldiplom, besondere fachliche Ausbildung mit mehrjähriger Berufserfahrung, unerlässliche Spezialkenntnisse in spezifischen Bereichen, etc.). Eine gerade sich bietende Gelegenheit oder allgemeine Rekrutierungsschwierigkeiten stellen für sich allein hingegen keinen hinreichenden Ausnahmegrund dar. Ob Y aufgrund ihrer Fachkompetenz und den guten Deutschkenntnissen wirklich tel quel als qualifizierte Arbeitskraft

im Sinne der obgenannten Verordnungsbestimmung angesehen werden kann - in ihrer Eingabe vom 13. Februar 2002 räumt sie ein, die Höhere Fachausbildung erst anzustreben und noch nicht abgeschlossen zu haben - sei dahingestellt. Zum einen erhellt die Umschreibung der in Frage stehenden Tätigkeit in der Klinik (in allen zur Verfügung stehenden Unterlagen wie beispielsweise dem Beschäftigungsgesuch ist durchwegs von einer Anstellung als «Krankenschwester AKP» die Rede), dass für die Vakanz jedenfalls theoretisch ein breiterer Personenkreis offen stünde, zum anderen ist der zweite Teiltatbestand von Art. 8 Abs. 3 Bst. a BVO, nämlich die «besonderen Gründe», nicht erfüllt.

13.1. Bei den hauptsächlichsten Einwendungen auf Beschwerdeebene (die für Y vorgesehene Stelle sei keine normale Krankenpflegestelle, die Ausbildung der Mitarbeiterin sei für die Arbeitgeberin mit erheblichen Kosten verbunden gewesen, ausgetrockneter Arbeitsmarkt, den Engpässen in der Rehabilitationspflege werde seitens des Schweizerischen Berufsverbandes der Krankenschwestern und Krankenpfleger (SBK) mit entsprechenden Weiterbildungslehrgängen inzwischen entgegengewirkt, Y würde in der Klinik eine grosse Lücke hinterlassen) ist zu prüfen, ob sie als besondere Gründe im Sinne von Art. 8 Abs. 3 Bst. a BVO gelten können.

Einleitend sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass die bisherige Anwesenheit von Y auf einem befristeten Sonderzweck basierte. Sie wurde seinerzeit - im Rahmen des Austausches von Stagiaires zwischen der Schweiz und der Slowakischen Republik - als Stagiaire zugelassen. Sowohl sie selber als auch die Klinik waren mithin von Anfang an über die zeitlichen Einschränkungen ihres Aufenthalts im Bilde, was Y in ihrer Eingabe vom 13. Februar 2002 bestätigte. Wie das BFA zutreffend festhält, lassen sich aus einem Stagiaireaufenthalt keinerlei Ansprüche auf die Erteilung eines Anwesenheitsrechts ableiten. Im Gegenteil gilt es an dieser Stelle klarzustellen, dass Y kraft des genannten Sonderzweckes damals leichter in den Genuss einer befristeten Aufenthaltbewilligung gelangte. Es entspricht denn auch nicht dem Sinn derartiger Bewilligungen, im Hinblick auf eine Jahresbewilligung nach Art. 14 BVO als Einstieg zu dienen (zum Ganzen vgl. die in E. 14.1 näher zu erläuternden arbeitsmarktlichen Weisungen des BFA). Dessen ungeachtet liess die Klinik ihre Angestellte im Bereich der Neurorehabilitation intern und extern ausbilden. Dies geschah, soweit aktenkundig, ohne dass bezüglich Weiterbeschäftigung nach Ablauf des 18-monatigen Aufenthalts irgendwelche Abklärungen in die Wege geleitet wurden. Aufgrund der konkreten Ausgestaltung der vorliegenden Stagiairebewilligung verblieb aber - bei realistischer Einschätzung der Situation - ein nicht unerhebliches Risiko, dass Y das Land nach erfüllttem Aufenthaltswitzweck ordnungsgemäss würde verlassen müssen. Aus dem Argument, ihre Aus- und Weiterbildung sei für die Klinik mit beträchtlichem Aufwand verbunden gewesen, lässt sich somit nichts zu Gunsten der gesuchstellenden Klinik ableiten, andernfalls dem Schaffen vollendeter Tatsachen Vorschub geleistet würde (siehe dazu Art. 4 Abs. 1 und 2 ANAV sowie Art. 8 Abs. 2 ANAV). Ähnliches gilt mit Blick auf die Aussage von Y, sie habe sich sehr schnell in der Schweiz eingelebt und ihren Lebensmittelpunkt

während des Stagiaireaufenthalts hierhin verlegt. Von dieser Ausgangslage, welche die auf Beschwerdeebene gehegten Erwartungen in ein etwas anderes Licht rückt, ist auch bei den nachfolgenden Erwägungen auszugehen.

13.2. Dass sich Y als diplomierte Krankenschwester für die Betreuung von Patientinnen und Patienten in der Klinik eignete, ist ebenso wenig in Abrede zu stellen wie der Umstand, dass sie aufgrund der zwischenzeitlich erhaltenen Ausbildung sowie gewissen fachlichen und charakterlichen Eigenschaften (organisatorisches Geschick, Sprachkenntnisse, hohe Motivation und Einsatzbereitschaft) in den Augen der Klinik eine ideale Besetzung darstellte. *In casu* geht es jedoch wie angetönt darum, dass die fragliche Tätigkeit - als Grundvoraussetzungen auszumachen sind anhand der Gesuchsunterlagen lediglich eine Ausbildung als diplomierte Krankenschwester und gute Deutschkenntnisse - rein grundsätzlich betrachtet auch von einheimischen Pflegerinnen, Pflegern und Krankenschwestern oder solchen aus den traditionellen Rekrutierungsgebieten verrichtet werden könnte. Zwar wird auf Beschwerdeebene verschiedentlich hervorgehoben, es gehe hier nicht um die Besetzung einer gewöhnlichen Krankenpflegestelle. Allerdings wurde Y «offiziell» einfach als «Krankenschwester AKP» beschäftigt. Sowohl im Beschäftigungsgesuch vom 23. Mai 2001 als auch im Vorentscheid des Amtes für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich vom 26. Juni 2001 und in der Verfügung zum Stellenantritt der kantonalen Fremdenpolizeibehörde vom 29. Juni 2001 ist nämlich stets von der ganzjährigen Anstellung als Krankenschwester die Rede. Die scheinbar von der Klinik mit der zu besetzenden Stelle verbundenen Vorstellungen bezüglich Anforderungsprofil wurden mithin, soweit ersichtlich, nie nach Aussen hin kommuniziert. Des Weiteren sind in dieser Richtung keine entsprechenden Rekrutierungsbemühungen belegt. Auch die aktuellen Stellenausschreibungen der Klinik im Internet ergeben kein anderes Bild. Der Einwand, Y würde als kompetente Fachpflegefrau in der Neurorehabilitation eingesetzt, kann daher nur in diesem Kontext mitberücksichtigt respektive mitgewürdigt werden, mit anderen Worten sind die prägenden Merkmale der Stelle nach wie vor von einem erweiterten Personenkreis erfüllbar, ein Personenkreis, der je nach den klinikinternen Bedürfnissen danach gegebenenfalls speziell geschult werden müsste, wie dies bei Y bekanntlich ebenfalls der Fall war. Anzumerken bliebe zudem, dass die ehemalige Stagiaire noch mitten in der (internen) Ausbildung steckt (was von beiden Beschwerdeführerinnen bestätigt wird) und folglich kaum von einer mehrjährigen Erfahrung auf diesem Spezialgebiet auszugehen ist. Schliesslich wird wie eben angetönt, nicht näher ausgeführt, inwiefern die Klinik versucht hat, die Stelle anderweitig zu besetzen. Vor diesem Hintergrund lässt sich die Zustimmungsverweigerung *prima vista* halten.

14.1. Im Hinblick auf die Ablösung des Drei-Kreise-Modells durch ein duales Rekrutierungssystem hat das BFA die neue Ausländerregelung im November 1998 in arbeitsmarktlichen Weisungen^[146] erläutert und die früheren Weisungen des Bundesamtes für Wirtschaft und Arbeit (BWA, heute Staatssekretariat für Wirtschaft [seco], ehemals Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit, [BIGA]) vom November 1990/93 sowie Dezember 1991 ergänzt beziehungsweise konkretisiert. Für diejenigen Branchen, in denen am häufigsten um Ausnahmen von den Rekrutierungsprioritäten ersucht wird, wurden nochmals explizit die besonderen Kriterien für eine Ausnahme

nach Art. 8 Abs. 3 BVO aufgelistet. Aufgrund der besagten arbeitsmarktlichen Weisungen fiele eine ausnahmsweise Zulassung von Personen ausserhalb des EU/EFTA-Raumes unter den vorliegenden Begebenheiten höchstens dann in Betracht, wenn im fraglichen Bereich eine prekäre gesamtschweizerische Arbeitsmarktsituation herrschte, mit der zusätzlichen Einschränkung, dass in den Ländern der EU und der EFTA (in diesem Berufsbereich) vergleichbare Verhältnisse feststellbar sein müssten.

Es ist nicht zu verhehlen, dass im Gesundheitswesen, insbesondere im Pflegebereich, personelle Engpässe bestehen. Die Vorinstanz und die betroffenen Verbände sind denn zwischenzeitlich daran, mit Blick auf die Rekrutierungsschwierigkeiten nach adäquaten Lösungen zu suchen. Laut Angaben der Klinik beabsichtigt der Schweizer Berufsverband der Krankenschwestern und Krankenpfleger (SBK) sodann, einen zweijährigen Weiterbildungslehrgang in Rehabilitationspflege zu lancieren, um dem Mangel an Personal in den Bereichen Pneumologie, Kardiologie und muskuloskelettaler Rehabilitation entgegenzuwirken. Es versteht sich allerdings von selbst, dass es aus Gründen der Rechtsgleichheit respektive des Gleichbehandlungsgebotes nicht angeht, die künftige Zulassungspraxis (in welche Richtung sie sich aufgrund der angetönten Kontakte auch entwickeln mag) im Einzelfall vorwegzunehmen oder zu präjudizieren. Dagegen spräche vorderhand auch die sonstige Entwicklung im Gesundheitswesen. Unter Hinweis auf Budgetrestriktionen und laufende Spitalplanungen - was in der Vergangenheit immer wieder zu Betriebsschliessungen oder -zusammenlegungen führte - heben denn die Weisungen für das Gesundheitswesen Art. 7 BVO (Vorrang der inländischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer) besonders hervor und postulieren explizit, die Prüfung eines Gesuches habe über den lokalen Arbeitsmarkt hinaus den regionalen und den gesamtschweizerischen Arbeitsmarkt einzubeziehen. Den zur Verfügung stehenden Unterlagen lässt sich daneben entnehmen, dass die geltend gemachten personellen Engpässe ebenfalls in strukturellen Problemen gründen (momentane Umstrukturierung der Ausbildung, hohe Arbeitsbelastung, Image der Pflegeberufe, usw.) und teilweise (bezüglich Ausbildung) eher vorübergehender Natur sein dürften. Immerhin hat die Vorinstanz versucht, den dringendsten Anliegen einzelner Fachgebiete Rechnung zu tragen. So wurden in einen Anhang zu den arbeitsmarktlichen Weisungen des BFA vom Dezember 1999 Ausnahmen für einzelne Spezialfunktionen aufgenommen, beispielsweise für Operationsschwestern und Radiologen. Wie aus der angefochtenen Verfügung hervorgeht, ist dies unter gewissen Voraussetzungen zwischenzeitlich auch in der Intensivpflege der Fall. Das BFA geht indessen bei Y, aufgrund der vorhandenen Ausbildungsnachweise, lediglich von einem Berufsabschluss in der allgemeinen Krankenpflege aus. Demnach fiele sie nicht unter den Ausnahmekatalog.

14.2. Wie unter E. 14.1 dargetan, hat das BFA - in Absprache mit den Branchenverbänden - für Spezialfunktionen eine zusätzliche Lockerung der Rekrutierungsprioritäten vorgenommen. Allerdings verlangt die Vorinstanz für die ausnahmsweise Zulassung von Personen ausserhalb des EU/EFTA-Raumes naheliegenderweise zwingend ein Diplom, das die verlangten besonderen Fertigkeiten belegt. Irgendwelche Fähigkeitsausweise oder Diplome, die auf eine Zusatz- oder Weiterbildung hindeuten würden,

wurden hier aber keine eingereicht. Die Klinik ihrerseits stellt sich in diesem Zusammenhang auf den Standpunkt, Y sei in der Klinik auf dem Gebiet der Neurorehabilitation intensiv aus- und weitergebildet und durch die praktische Tätigkeit zu einer Fachkraft beziehungsweise Spezialistin geworden.

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Zwar wird keineswegs in Abrede gestellt, dass sich eine «Krankenschwester AKP» auch ohne entsprechenden Fähigkeitsausweis, gewissermassen «on the job», spezielle Kenntnisse in der zeitgemässen Neurorehabilitation anzueignen vermag. Indessen würden sich aus der blossen Anknüpfung an die individuellen Berufskennntnisse der Arbeitskraft in der Praxis - wie gerade das vorliegende Beispiel offenbart - kaum mehr zu bewältigende Schwierigkeiten ergeben. Die Bewilligungsbehörden müssten nämlich letztlich in jedem einzelnen Fall untersuchen, ob die betreffende Person für eine bestimmte Stelle die erforderlichen spezifischen Kenntnisse mitbringt, was der Herausbildung von klar abgrenzbaren, in einer Vielzahl von Fällen anwendbaren Entscheidungsgrundlagen zuwiderliefe. *In casu* kommt hinzu, dass sich Y - wie mehrfach angetönt - noch mitten in der Phase der Weiterbildung befindet, sie mithin so oder so nicht imstande wäre, den geforderten Abschluss in einer Spezialdisziplin vorzuweisen. Nicht überprüft zu werden braucht bei dieser Sachlage die Frage, inwiefern die in der Rechtsmitteleingabe vom 28. September 2001 erwähnten Kurse («Bobath-Grundkurs» und «FOT-Kurs») überhaupt anerkannt sind. Arbeitszeugnisse oder Referenzen und Empfehlungsschreiben können deshalb für eine Ausnahme nicht genügen, sondern es ist am objektiven Kriterium des Erfordernisses eines Diploms in einer Spezialdisziplin festzuhalten. Ein Vorgehen nach den Vorstellungen der Klinik, das heisst ein blosses Abstellen auf die Berufserfahrung, liesse sich generell schwerlich mit den Geboten der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit vereinbaren, sondern würde zu einer unnötigen und nicht gewollten Rechtsunsicherheit führen. Ungeachtet der Referenzen, die Y seitens der Klinik zuteil werden, ist hier somit ein Abweichen von den üblichen Qualifikationsanforderungen in den genannten Spezialgebieten nicht angezeigt. Zu betonen wäre bei dieser Gelegenheit nochmals, dass die Beschäftigung von Y laut Gesuch um Umwandlung der Stagiaire- in eine Jahresbewilligung als diplomierte Krankenschwester vorgesehen ist. Dass sie schwergewichtig in der Neurorehabilitation eingesetzt werden soll, geht aus den massgebenden Unterlagen, wie an anderer Stelle erwähnt, nicht hervor. Ohne die grundsätzliche Eignung in Frage zu stellen, bringt die Wunschkandidatin der Klinik auf dem obgenannten Spezialgebiet darüber hinaus vergleichsweise wenig Erfahrung mit. Inklusive der Einarbeitungszeit war sie insgesamt während 18 Monaten in der Klinik tätig. Auch unter diesem Blickwinkel ist die Zustimmungsverweigerung nicht zu beanstanden.

15. Aufgrund des Gesagten (relativ weit gefasstes Anforderungsprofil; Y besitzt kein Zusatzdiplom auf dem in Frage stehenden Spezialgebiet, sondern befindet sich in Ausbildung; Sonderzweck des Stagiaireaufenthalts; nicht belegte Rekrutierungsbemühungen) ist ungeachtet der gehegten Bedenken von - behebbaren - Rekrutierungsschwierigkeiten auszugehen, die unter den aktuellen Begebenheiten keine Ausnahme von der restriktiven Zulassungspraxis zulassen. Bei reellen Anforderungen wäre es der Klinik demnach nach wie vor zumutbar, auf dem inländischen Arbeitsmarkt oder in einem EU- oder EFTA-Land eine Person für die zu besetzende Stelle

zu finden. Bei allem Verständnis für die vorgetragenen Anliegen geht es darum zu vermeiden, dass mittels Sonderlösungen die Anwendung der ausländerrechtlichen Vorschriften behindert und mögliche, nicht erwünschte Präjudizien geschaffen werden, wobei nochmals hervorzuheben ist, dass die bisherige Anwesenheit von Y auf befristeten Sonderzwecken (Stagiaireaufenthalt) basierte. Darüber hinaus können im zu beurteilenden Verfahren strukturelle Probleme des Gesundheitswesens nicht zum Tragen kommen. Dasselbe gilt bezüglich der Frage, ob die slowakische Krankenschwester ihr hierzulande angeeignetes Wissen in ihrem Heimatland nutzbringend einsetzen kann. Im umgekehrten Fall, das heisst bei einer längerfristigeren Anwesenheit in der Schweiz, entstünde allerdings die ebenfalls nicht erwünschte Gefahr des sogenannten «Brain-Drain». Nicht zuletzt verbietet die Nichtzustimmung der (laut Broschüre gut erreichbaren) Klinik nur, für die in Frage stehende Tätigkeit eine Person ausserhalb des EU- oder EFTA-Raumes anzustellen. Es widerspräche deshalb dem Sinn und Zweck von Art. 7 und 8 BVO, in derartigen Konstellationen Ausnahmen zuzulassen.

[146]^[146] Zu beziehen beim Bundesamt für Ausländer (BFA), Quellenweg 9/15, CH-3003 Bern-Wabern.

JAAC 66.66 - Auszug aus einem Entscheid des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 27. Februar 2002

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	2002
Année	
Anno	
Band	66
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 005 648

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.
Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.
Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.