

# **BVGer C-4813/2013 vom 27. Juni 2014**

Bundesverwaltungsgericht, 2014-06-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-4813\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-4813_2013)

FR: TAF C-4813/2013 du 27 juin 2014

IT: TAF C-4813/2013 del 27 giugno 2014

## **Regeste**

Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid des Kantons

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Verfügungen des BFM betreffend Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 31, Art. 32 sowie Art. 33 Bst. d VGG). Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ist endgültig (Art. 1 Abs. 2 VGG i.V.m. Art. 83 Bst. c Ziff. 2 und 5 BGG).

### **E. 1.2**

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

### **E. 1.3**

Im Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind grundsätzlich nur Rechtsverhältnisse zu prüfen, zu denen die Vorinstanz verbindlich - in Form einer Verfügung - Stellung genommen hat bzw. hätte nehmen müssen. Insoweit bildet die Verfügung die äussere Grenze des zulässigen Streitgegenstandes (BGE 136 II 457 E. 4.2 S. 462 f., BVGE 2010/5 E. 2, je mit Hinweisen; vgl. auch Rhinow et al., Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl. 2010, Rz. 985 ff.). Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet ausschliesslich die Zustimmung der Vorinstanz zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid in einem ausländerrechtlichen Bewilligungsverfahren (vgl. dazu Ziff. 5.2 hiernach). Soweit die Beschwerdeführerin um Zustimmung zur Aufenthaltsbewilligung ersucht oder wegen Vorliegens eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalles ("durch die Nichterteilung einer Aufenthaltsbewilligung müsste A. \_\_\_\_\_ innert kürzester Zeit ein zweites Mal seinen Lebensmittelpunkt in ein anderes Land und in einen anderen Kulturkreis verlegen") eine Abweichung von den Zulassungsvoraussetzungen nach Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG geltend macht, erweist sich die Beschwerde als unzulässig (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-679/2011 vom 27. März 2012 E. 1.4).

### **E. 1.4**

Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin 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).

### **E. 2**

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder

unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes und - sofern nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat - die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet im Beschwerdeverfahren das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG an die Begründung der Begehren nicht gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend ist grundsätzlich die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. BVGE 2013/33 E. 2 mit Hinweisen).

### **E. 3**

Das Bundesverwaltungsgericht hat den während des Rechtsmittelverfahrens gestellten Beweisantrag (Zeugeneinvernahme) mit Zwischenverfügung vom 2. Oktober 2013 abgewiesen (siehe Sachverhalt Bst. H vorstehend). Die Beschwerdeführerin erhielt indes Gelegenheit, schriftliche Stellungnahmen der betreffenden Personen einzureichen, was sie auch getan hat (zum fehlenden Anspruch auf persönliche Anhörung vgl. BGE 134 I 140 E. 5.3 S. 148; zur antizipierten Beweiswürdigung siehe Art. 33 Abs. 1 VwVG und BGE 136 I 229 E. 5.3 S. 236 f. mit Hinweisen; zur Subsidiarität der Zeugeneinvernahme: BGE 130 II 169 E. 2.3.3 S. 173 mit Hinweisen, Urteil des Bundesgerichts 1C\_292/2010 vom 5. August 2010 E. 3.2). Der entscheidungswesentliche Sachverhalt erschliesst sich denn, wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird, in genügender Weise aus den Akten.

### **E. 4**

Als serbischer Staatsangehöriger untersteht A. \_\_\_\_\_ weder dem Freizügigkeitsabkommen (FZA, 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 Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201).

### **E. 5.1**

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

### **E. 5.2**

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 21. Juni 2013 zustimmungsbedürftig. Das BFM kann die Zustimmung aus den in Art. 86 VZAE genannten Gründen verweigern. Es befindet über das Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen in Ausübung einer originären Sachentscheidungskompetenz des Bundes ohne Bindung an die Beurteilung durch die kantonalen Behörden (vgl. BGE 127 II 49 E. 3a S. 51 f. und BGE 120 Ib 6 E. 3 S. 11 f.; ferner BVGE 2011/1 E. 5.2 sowie Entscheide des Eidgenössischen und Justiz- und Polizeidepartements [EJPD], publiziert in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB])

70.23, 67.62 und 66.66).

### **E. 5.3**

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 sind 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). Die genannten Kriterien (gesamtwirtschaftliches Interesse, Vorliegen eines Gesuchs eines Arbeitgebers und Voraussetzungen nach den Art. 20-25 AuG) müssen - wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 30. September 2013 zutreffend festhält - kumulativ erfüllt sein. Ist eine der Voraussetzungen nicht erfüllt, kann dem Gesuch nicht zugestimmt werden.

### **E. 6.1**

Strittig ist vorliegend einzig, ob A. \_\_\_\_\_ die persönlichen Voraussetzungen gemäss Art. 23 AuG für die Zulassung zu einem Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit erfüllt oder nicht. Danach können Kurzaufenthalts- und Aufenthaltsbewilligungen zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, Specialistinnen und Spezialisten und anderen qualifizierten Arbeitskräften erteilt werden (Art. 23 Abs. 1 AuG). Bei der Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen müssen zusätzlich 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). Für die Berufssportler, deren Zulassung jeweils in Abweichung bzw. Konkretisierung von Art. 23 Abs. 1 und 2 AuG erfolgt, wird in Bezug auf deren spezifische persönliche Voraussetzungen praxisgemäss auf die Sportlerweisungen (Ziff. 4.7.11.2.2 der Weisungen AuG) abgestellt. Demnach werden Berufssportlerinnen und Berufssportler grundsätzlich nur zugelassen, wenn sie eine mehrjährige solide Wettkampferfahrung auf internationalem Niveau (mindestens dreijährige Erfahrung in einer der obersten Ligen) vorweisen können. Nach Gesprächen zwischen dem BFM und der Swiss Football League im Dezember 2006 und März 2007 sind diese Zulassungskriterien für junge Fussballspieler im Alter zwischen 18 und 21 Jahren insofern konkretisiert worden, als dass diese in den letzten drei Jahren aktiv Fussball gespielt und mindestens während eines Jahres an professionellen nationalen Meisterschaften auf höchstem Niveau (erste Mannschaft) mit regelmässigen Einsätzen teilgenommen haben müssen. Damit wurde dem Umstand Rechnung getragen, dass junge Talente die gemäss Sportlerweisungen minimale Berufs- resp. Wettkampferfahrung von drei Jahren in den obersten Ligen oftmals nicht vorweisen können (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-4642/2007 vom 7. Dezember 2007 E. 4.2 und E. 5.3).

### **E. 6.2**

Der Sinn und Zweck der Sportlerweisungen besteht darin, Art. 23 AuG für den Bereich des Sports zu konkretisieren. Die Richtlinien streben einerseits ein gewisses Gleichgewicht zwischen den Sportarten an, andererseits sind sie im Kontext der übrigen Sektoren des Arbeitsmarkts zu erblicken und zu werten. Wie in anderen Bereichen sollen auch im Sport mit den Ausnahmen von den üblichen Rekrutierungsprioritäten primär hoch qualifizierte

Personen bzw. eigentliche Spezialisten erfasst werden. In den meisten Berufsbranchen wird dieses Ziel in der Regel über den Nachweis einer abgeschlossenen Fachausbildung und einer gewissen Berufserfahrung erreicht. Da im Bereich des Spitzensports ein eigentlicher Fähigkeitsausweis nicht erhältlich ist, rechtfertigt es sich, für die Beurteilung der besonderen Befähigung eines Sportlers einzig auf dessen ausgewiesene Berufs- bzw. Wettkampferfahrung auf einem gewissen Leistungsniveau abzustellen. Vor diesem Hintergrund präsentiert sich das in den Sportlerweisungen allgemein aufgestellte und nach Gesprächen mit der Swiss Football League für junge Fussballspieler konkretisierte Erfordernis einer bestimmten Berufspraxis (mindestens drei Jahre Wettkampferfahrung auf höchstem Niveau bzw. Aktivfussball während drei Jahren und mindestens ein Jahr Wettkampferfahrung auf höchstem Niveau) als durchaus taugliches und auch in zeitlicher Hinsicht im Vergleich zu anderen Branchen nicht zu beanstandendes Zulassungskriterium (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-4642/2007 vom 7. Dezember 2007 E. 5.4). Es bedarf dabei keiner besonderen Erwähnung, dass die geforderte Wettkampferfahrung nur durch eine regelmässige Teilnahme an professionellen nationalen Meisterschaften zu erfüllen ist, wobei praxisgemäss Spieleinsätze in der ersten Mannschaft eines Vereins in der ersten oder zweiten Profiligen eines Landes ausreichen (vgl. u.a. Ziff. 2 des Schreibens des BFM vom 5. August 2013 an die Beschwerdeführerin, wonach Einsätze als Profifussballspieler in einer zweithöchsten Liga als Berufspraxis grundsätzlich angerechnet werden können). Bloss Einsätze im leistungsmässig um einiges tiefer einzustufenden Juniorenbereich genügen dafür nicht. Dies gilt umso mehr für Länderspieleinsätze in nationalen Juniorenauswahlen, zumal diese nicht regelmässig stattfinden und somit einem Spieler nicht die erforderliche Spielpraxis verschaffen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-4642/2007 vom 7. Dezember 2007 E. 5.4 in fine).

### **E. 6.3**

Wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht, handelt es sich bei diesen Weisungen zwar nur um eine "verwaltungsinterne Dienstanweisung". Die Hauptfunktion solcher Verwaltungsweisungen besteht jedoch darin, eine einheitliche und rechtsgleiche Handhabung des Verwaltungsrechts sicherzustellen, indem sie Leitlinien und Gesichtspunkte zur Konkretisierung des Verwaltungsermessens festlegen, wobei Verwaltungsgerichte in der Regel nicht an solche Weisungen gebunden sind. Freilich pflegt eine Beschwerdebehörde 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 Bestimmungen zulässt (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-4642/2007 vom 7. Dezember 2007 E. 5.1 mit Hinweisen; vgl. auch Peter Uebersax in: Uebersax et al. [Hrsg.], Ausländerrecht, 2009, Rz. 7.109, S. 253). Eine solche Zurückhaltung rechtfertigt sich umso mehr, wenn die Weisungen - wie auch im vorliegenden Fall - unter Mitwirkung der interessierten Fachverbände verfasst wurden und deshalb für sich die Vermutung eines sachgerechten und ausgewogenen Interessenausgleichs beanspruchen können.

### **E. 7.1**

A.\_\_\_\_\_ kam bis zum 1. Juli 2013 - mit Ausnahme von zwei Einsätzen im Jahre 2012 in der Superliga Serbiens (in der ersten Mannschaft von Roter Stern Belgrad) - nur in Juniorenmannschaften auf nationaler Ebene (bei Roter Stern Belgrad) bzw. internationaler Ebene (U16-, U17-, U18- und U19-Nationalmannschaft) zum Einsatz. Mit diesem

Leistungsausweis erfüllt er weder die Zulassungsvoraussetzungen gemäss Sportlerweisungen noch die für junge Fussballspieler konkretisierte Praxis (vgl. E. 6.1 vorstehend). Es fehlt - in Anbetracht von insgesamt nur 12 Einsätzen in den jeweiligen Juniorennationalmannschaften zwischen 2011 und 2013 - einerseits an der regelmässigen Spielpraxis, andererseits aber auch an den erforderlichen, regelmässigen Einsätzen in offiziellen Ligaspielen in der ersten Mannschaft von Roter Stern Belgrad. Insofern ist der vorliegende Fall durchaus vergleichbar mit demjenigen, der dem bereits mehrfachen zitierten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-4642/2007 zugrunde lag. In jenem Fall handelte es sich um ein aussergewöhnliches Fussballtalent aus Gambia, der an der U17-Weltmeisterschaft 2005 in Peru zwei Tore schoss und sogar zu 23 Einsätzen in den Juniorennationalmannschaften von Gambia gekommen war.

### **E. 7.2**

Die Beschwerdeführerin hält der fehlenden Wettkampferfahrung als Qualitätserfordernis gemäss Sportlerweisungen entgegen, dass die notwendigen Fähigkeiten, die A. \_\_\_\_\_ als Spezialist im Sinne von Art. 23 AuG ausweisen würden, auch mit anderen belegbaren und objektiven Fakten erbracht werden könnten. In casu seien dies nebst den bereits erwähnten Einsätzen in den jeweiligen Juniorennationalmannschaften insbesondere der Abschluss eines Profivertrages als jüngster Spieler der Geschichte von Roter Stern Belgrad, der erstmalige Einsatz in der ersten Mannschaft von Roter Stern Belgrad mit 17 Jahren, das Interesse anderer Topvereine Europas, die Höhe der an seinen früheren Verein geleisteten Ausbildungsentschädigung, die Höhe des mit der Beschwerdeführerin vereinbarten Einstieghohnes und der Entscheid der Swiss Football League (SFL) vom 26. Juni 2013 über die Qualifikation von A. \_\_\_\_\_ für die erste Mannschaft der Beschwerdeführerin.

### **E. 7.3**

Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten, angeblich objektiven Fakten bezüglich der Qualitäten von A. \_\_\_\_\_ belegen - wie bereits von der Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung ausgeführt - bestenfalls, dass es sich bei ihm um ein vielversprechendes Talent handelt, welches sein Können und seine Begabung bis jetzt lediglich im Juniorenbereich gezeigt hat. Damit hat er zwar ein allenfalls vorhandenes Leistungspotenzial für die Zukunft angedeutet, aber noch nicht eine qualifizierte Arbeitskraft mit der notwendigen Erfahrung in einer Aktivmannschaft in einer der obersten Ligen eines Landes belegt (vgl. dazu auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C 4642/2007 vom 7. Dezember 2007 E. 6.2).

#### **E. 7.3.1**

An dieser Beurteilung vermögen sowohl das Interesse anderer Topvereine Europas an einer Verpflichtung (u.a. Ajax Amsterdam) als auch sein Debüt in der ersten Mannschaft von Roter Stern Belgrad mit 17 Jahren nichts zu ändern. In diesem Zusammenhang sind die Ausführungen der Beschwerdeführerin über Roter Stern Belgrad als "Topverein" von Europa zu relativieren. Die besten Zeiten dieses Vereins, als er im damaligen Jugoslawien serienweise Landesmeister wurde und 1991 den Europapokal der Landesmeister (Vorläufer der Champions League) sowie den Weltpokal gewann, sind längst vorbei (zuletzt wurde er 2007 serbischer Landesmeister). So belegte Roter Stern Belgrad in der Klub-Koeffizienten-Rangliste der UEFA der Saison 2012/13 noch den 167. Rang aller Fussballvereine Europas (2013/14: 174). Im Vergleich dazu klassierte sich der beste Fussballverein Serbiens (Partizan Belgrad) im selben Zeitraum auf Platz 104 und die

Beschwerdeführerin auf Platz 35 (vgl. <http://de.uefa.com/memberassociations/uefarankings/club>, abgerufen am 26. Mai 2014).

### **E. 7.3.2**

Ferner können aus der Höhe der Ausbildungsentschädigung bzw. der diesbezüglichen Einteilung Serbiens in der Kategorie II durch die FIFA keine direkten Rückschlüsse auf die fussballerischen Qualitäten von A.\_\_\_\_\_ geschlossen werden, zumal diese Einteilung viel zu schematisch ist und offensichtlich die individuellen Fähigkeiten der betroffenen Spieler nicht berücksichtigt. Was die Höhe des Einstiegslohn betrifft, so liegt er mit Fr. 8'000.- zwar über dem für solche Spieler herausgebildeten Referenzlohn von brutto Fr. 5'000.- im Monat. Zu bedenken gilt es allerdings, dass es sich dabei um den minimalen Referenzlohn bezüglich der Zulassung für die Saison 2007/2008 handelte (vgl. Schreiben des BFM an die Swiss Football League vom 16. Mai 2007). Andererseits geht es beim minimalen Referenzlohn um die Lohn- und Arbeitsbedingungen als eine der Voraussetzungen für die Zulassung zum Arbeitsmarkt und nicht um einen Parameter für die fussballerische Qualität des betreffenden Spielers. Im Übrigen zeigt gerade die von der Beschwerdeführerin vorgenommene Lohnabstufung im vorliegenden Fall (jeweilige Erhöhung des Bruttolohnes abhängig von der Absolvierung einer bestimmten Anzahl Pflichtspiele in der Vorsaison), dass auch die Beschwerdeführerin bezüglich Qualitätserfordernisses eines Fussballspielers in erster Linie die Wettkampfpraxis und nicht das in casu zweifellos vorhandene Talent berücksichtigt (vgl. Anhang 3 des Arbeitsvertrages vom 19. Februar 2013).

### **E. 7.3.3**

Gar nichts zu ihren Gunsten ableiten kann die Beschwerdeführerin vom Entscheid der Swiss Football League vom 26. Juni 2013 über die Qualifikation von A.\_\_\_\_\_ für die erste Mannschaft des FCB. Bei diesem Entscheid geht es um die Spielberechtigung, welche gewisse Formalien wie einen durch die FIFA ausgestellten internationalen Freigabeschein und einen schriftlichen Arbeitsvertrag voraussetzt. Spezielle berufliche Fähigkeiten sind mit diesem Entscheid nicht verbunden (vgl. Art. 1 ff. des Reglements über die Qualifikation der SFL-Spieler, 11.2013, abgerufen am 26. Mai 2014 unter [www.sfl.ch](http://www.sfl.ch) > Reglemente).

### **E. 7.4**

A.\_\_\_\_\_ absolvierte nach seiner Einreise in die Schweiz bereits einige Vorbereitungsspiele in der ersten Mannschaft des FCB. Ferner wurde er - nach Erlass einer vorsorglichen Massnahme (Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid für die Dauer des Beschwerdeverfahrens) - ab Ende September 2013 in der U21-Mannschaft des FCB eingesetzt (vgl. die diesbezüglichen Kurzmatchberichte auf [www.fcb.ch](http://www.fcb.ch), letztmals abgerufen am 26. Mai 2014). Entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin in ihrer Rechtsmitteleingabe stellen die in den Vorbereitungsspielen gezeigten Leistungen keinen rechtsgenügenden Nachweis für die gemäss den Sportlerweisungen erforderliche Qualität (Wettkampferfahrung auf hohem Niveau) dar. Dasselbe gilt für die Spiele in der U21-Mannschaft (1. Liga Promotion). A.\_\_\_\_\_ wurde vom 26. Juni 2013 bis 10. Juli 2013 in fünf Vorbereitungsspielen der ersten Mannschaft des FCB (darunter auch in zwei Spielen im Rahmen des Uhrencups in Grenchen) teilweise eingesetzt (meist nur je eine Halbzeit). Im Spiel gegen Fortuna Düsseldorf schoss er am 5. Juli 2013 ein Tor. Dabei handelte es sich jedoch nicht um Pflichtspiele. Zudem waren die gegnerischen Mannschaften - mit Ausnahme von Borussia Dortmund und Roter Stern Belgrad -

zweitklassig (Leipzig, Unterhaching und Düsseldorf). Bis zum 10. Mai 2014, als er wegen einer Innenbandverletzung ausgewechselt wurde, absolvierte er zwölf Pflichtspiele in der U21-Mannschaft des FCB (davon nur drei über die vollen 90 Minuten) und zwei Spiele in der U19-Mannschaft des FCB in der UEFA Youth League (UYL). Auch diese Einsätze - obwohl mehr oder weniger regelmässig - erfüllen die Anforderungen der Sportlerweisungen nicht (Einsätze in Junioren- bzw. Nachwuchsmannschaften; bei der 1. Liga Promotion handelt es sich nicht um die erste oder zweite Profiligena des Landes). Im Übrigen ist er gemäss den allgemein zugänglichen Matchberichten bei diesen Pflichtspielen - mit Ausnahme seines ersten Einsatzes (vgl. Bericht der Basler Zeitung vom 30. September 2013, S. 29) nicht durch aussergewöhnliche Qualitäten aufgefallen (kein Torerfolg und keine Torvorlage). Für einen offensiven Mittelfeldspieler, der sich gemäss Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 8. Juli 2013 u.a. durch eine hervorragende Technik, durch Torgefahr und ein Auge für den besser postierten Mitspieler auszeichnen soll, ist dies eine nüchterne Bilanz, zumal es um Einsätze in der dritthöchsten Spielklasse eines Landes ging.

#### **E. 7.5**

Im Weiteren verlangt die Beschwerdeführerin, es müsse zwingend berücksichtigt werden, dass A.\_\_\_\_\_ die erforderliche Wettkampferfahrung gemäss Sportlerweisungen aufgrund seiner Zwangsversetzung in die Jugendmannschaft von Roter Stern Belgrad nicht erreicht habe. Diese Argumentation geht jedoch an der Sache vorbei, weil (selbst- oder drittverschuldete) Gründe, die eine zu Recht verlangte Qualifikation eines ausländischen Arbeitnehmers verhindert haben, die Qualifikation als solche nicht zu ersetzen vermögen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C 4642/2007 vom 7. Dezember 2007 E. 4.3 und 6.2, wo eine Kumulation von unglücklichen Umständen [u.a. auch eine Verletzung] es dem betreffenden Spieler verunmöglicht hat, die erforderlichen Spiele in der obersten Landesliga zu absolvieren). Insofern ist der vorliegende Fall mit dem Fall, der dem Urteil vom Dezember 2007 zugrunde lag ohne weiteres vergleichbar. Im Übrigen kann aufgrund der Aktenlage Roter Stern Belgrad nicht mit bestimmter Sicherheit vorgeworfen werden, den Spieler im Sinne einer "Strafe" deshalb in die Jugendmannschaft versetzt zu haben, um ein Engagement bei einem anderen Verein in der Schweiz oder sonst in Europa zu verhindern. Viel naheliegender ist es, dass die Versetzung erfolgte, weil der Verein keinen Nutzen bzw. Sinn mehr darin sah, den Spieler fussballerisch weiter zu entwickeln und ihn im Hinblick auf die Zukunft (für ein eingespieltes Team) in der ersten Mannschaft einzusetzen, nachdem dieser bekannt gegeben hatte, den am 30. Juni 2013 auslaufenden Vertrag nicht mehr zu verlängern. Eine in diesem Zusammenhang erfolgte Nichtberücksichtigung für weitere Spiele in einer ersten Mannschaft gehört ebenso zum Berufsrisiko wie eine Verletzung.

#### **E. 8.1**

Der Beschwerdeführer macht überdies geltend, die Vorinstanz habe das Rechtsgleichheitsgebot verletzt, indem sie bei angeblich vergleichbaren Fällen (u.a. ein vom HC Davos verpflichteter kanadischer Eishockeyspieler und zwei vom FCB unter Vertrag genommene Fussballspieler aus Südamerika) die Zustimmung unter Missachtung der erforderlichen Wettkampferfahrung gemäss den Sportlerweisungen erteilt habe.

#### **E. 8.2**

Ein Verstoß gegen das in Art. 8 BV verankerte Gebot der rechtsgleichen Behandlung liegt dann vor, wenn die Behörde bei vergleichbaren Sachverhalten das Recht ungleich anwendet und dafür keine sachlichen Gründe vorliegen (Rainer J. Schweizer, in Ehrenzeller et al.

[Hrsg.], BV Kommentar, 2. Aufl. 2008, N 20 ff. zu Art. 8). Dies ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung insbesondere dann der Fall, wenn Unterscheidungen nicht getroffen werden, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen oder wenn zwei gleiche tatsächliche Situationen ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandelt werden (BGE 125 I 166 E. 2a, 125 II 326 E. 10b, je mit Hinweisen; BGE 129 I 1 E. 3).

### **E. 8.3.1**

Im Jahre 2006 verpflichtete die Beschwerdeführerin einen 18-jährigen brasilianischen Fussballspieler, der zuvor während mehrerer Saisons in 30 Pflichtspielen einer ersten Mannschaft in einer brasilianischen Regionalmeisterschaft (Campeonato Paranaense) eingesetzt worden war. Die Vorinstanz ging bei der entsprechenden Zulassung gestützt auf die Angaben der Beschwerdeführerin (vgl. den bei der kantonalen Arbeitsmarktbehörde eingereichten Anhang zum Gesuch vom 7. September 2006) davon aus, dass diese Pflichtspiele in der 1. Liga der nationalen Meisterschaft in Brasilien absolviert wurden, womit die gemäss Sportlerweisungen erforderlichen Voraussetzungen erfüllt waren (vgl. E. 6.1 f. vorstehend). Sollte es sich jedoch bei der brasilianischen Regionalmeisterschaft nicht um die zweithöchste Profiligena des Landes handeln, kann sich die Beschwerdeführerin in Bezug auf A. \_\_\_\_\_ trotzdem nicht auf das Gebot der rechtsgleichen Behandlung berufen, weil dann die entsprechende Zulassung des brasilianischen Spielers - gestützt auf unkorrekte Angaben der Beschwerdeführerin - zu Unrecht erfolgte (kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht).

### **E. 8.3.2**

Ebenfalls im Jahre 2006 nahm die Beschwerdeführerin einen 18-jährigen ecuadorianischen Fussballspieler unter Vertrag, der von 2003 bis 2006 als Stammspieler in der ersten Mannschaft eines Klubs in der zweithöchsten Profiligena des Landes nahezu alle Pflichtspiele bestritten hatte. Auch hatte er zu jenem Zeitpunkt bereits zwei Länderspiele in der A-Nationalmannschaft absolviert. Die anschliessende Zulassung dieses Spielers erfolgte somit unter Beachtung der erforderlichen Wettkampferfahrung gemäss den Sportlerweisungen.

### **E. 8.3.3**

Im August 2013 verpflichtete der HC Davos einen 21-jährigen kanadischen Eishockeyspieler, der eine fünfjährige Erfahrung mit regelmässigen Einsätzen (rund 60 Einsätze pro Jahr) in der Ontario Hockey League (OHL) vorzuweisen hatte. Während die Vorinstanz ausführt, dass die OHL den Status einer Profiligena besitze, bestreitet dies die Beschwerdeführerin und macht geltend, es handle sich um eine Juniorenliga, wo die Spieler lediglich Kost und Logis sowie ein Taschengeld erhalten würden. Unabhängig davon, ob es sich bei der OHL um eine Profiligena handelt oder nicht, versties die Vorinstanz in Bezug auf A. \_\_\_\_\_ auch in diesem Fall nicht gegen das Gebot der rechtsgleichen Behandlung. Die Zulassung des kanadischen Eishockeyspielers erfolgte nämlich auch gestützt auf die Bestimmungen des Memorandums of Understanding (MoU) zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung von Kanada über die Rechtsstellung der Angehörigen des einen Staates im jeweiligen anderen Staat vom 1. Mai 2003 (BBl 2003 S. 5303 ff). Danach können unter anderem Spitzensportler auch dann um eine Aufenthaltsbewilligung ersuchen, wenn sie das von der schweizerischen Ausländergesetzgebung geforderte Kriterium der guten Qualifikation (in casu die gemäss Sportlerweisung erforderliche Wettkampferfahrung in einer der höchsten Profiligena eines

Landes) in bestimmten Fällen nicht erfüllen (vgl. Bst. B Ziff. II MoU). Die Beschwerdeführerin wendet zwar ein, ein in einer Juniorenliga spielender Eishockeyspieler könne nicht als Spitzensportler angesehen werden. Wenn jedoch ein Spieler - obwohl er nicht in einer eigentlichen Profiligena mit entsprechend (hohem) Gehalt tätig ist - den Sport mit einer solchen Intensität ausübt, dass er nebenbei keinem anderen Beruf nachgehen kann, handelt es sich fraglos um einen Spitzen- und nicht um einen Breitensportler. Die Zulassung des vom HC Davos verpflichteten Eishockeyspielers erfolgte demnach gestützt auf eine rechtliche Grundlage, die für einen serbischen Sportler nicht herangezogen werden kann.

#### **E. 8.4**

Die Beschwerdeführerin bringt unter Hinweis auf die Stellungnahme des Agenten/Beraters von A. \_\_\_\_\_ ausserdem vor, dass das ausschliessliche Abstellen auf die Wettkampferfahrung in einer höchsten Landesliga bei der Beurteilung, ob ein Berufsfussballspieler die persönlichen Voraussetzungen gemäss Art. 23 Abs. 1 AuG erfülle, zu absurden Ergebnissen führen könne. So wäre sogar ein Weltklassefussballspieler wie Lionel Messi nicht zum schweizerischen Arbeitsmarkt zugelassen worden, einzig weil dieser bis zu seinem 18. Geburtstag nicht regelmässig in einer höchsten Landesliga zum Einsatz gekommen sei.

##### **E. 8.4.1**

Der argentinische Fussballspieler Lionel Messi gelangte im Alter von 13 Jahren zusammen mit seinen Eltern und drei Geschwistern nach Spanien, um der argentinischen Wirtschaftskrise zu entkommen und die weitere Behandlung seiner Wachstumsstörung zu ermöglichen, deren Kosten sich auf etwa 900 Dollar pro Monat beliefen. Der FC Barcelona zahlte ihm (mit 13 Jahren!) ein Einstiegsgehalt von 600 Euro im Monat und übernahm die Therapiekosten. Mit 17 Jahren debütierte er in der ersten Mannschaft des FC Barcelona und absolvierte in der Saison 2004/05 sieben Spiele in der Primera División, wobei er ein Tor schoss. Kurz nach seinem 18. Geburtstag, im September 2005, erhielt Lionel Messi die spanische Staatsbürgerschaft (vgl. [http://de.wikipedia.org/wiki/Lionel\\_Messi](http://de.wikipedia.org/wiki/Lionel_Messi), abgerufen am 27. Mai 2014).

##### **E. 8.4.2**

Abgesehen davon, dass die Verpflichtung eines Fussballtalents, das im Hinblick auf eine vielversprechende Zukunft von einem absoluten Topverein Europas unter Vertrag genommen worden ist, durch einen Schweizer Fussballclub auf absehbare Zeit ohnehin nicht möglich sein wird, ist gerade dieses Beispiel nicht geeignet, die angebliche Absurdität der den Spielerweisungen zugrunde liegenden Beurteilungskriterien aufzuzeigen. Denn als es nach Erreichen des 18. Altersjahres im September 2005 um die Vertragsverlängerung ging, besass Lionel Messi die spanische Staatsangehörigkeit, weshalb für ihn im Falle einer Verpflichtung durch einen Schweizer Fussballclub die einschränkenden Zulassungsbestimmungen des AuG gar nicht anwendbar gewesen wären (vgl. E. 4 vorstehend). Im Übrigen wird nicht behauptet, dass die Wettkampferfahrung gemäss Sportlerweisungen als Qualitätserfordernis bei jungen Berufssportlern in jedem Fall zur Zulassung derjenigen Profis führt, die sich dann später auch immer bewähren bzw. durchsetzen werden. Die Wahrscheinlichkeit, dass sich Spieler mit Wettkampferfahrung auf hohem Niveau später bewähren, ist aber mit Sicherheit höher als bei einem Jungprofi, der noch keine regelmässigen Pflichtspiele bei der Elite absolviert hat und von den Medien oder von Spieleragenten aufgrund von Einsätzen in Juniorenmannschaften als

vielversprechendes Talent bezeichnet wird. Hinzu kommt, dass die Zulassung gemäss den Sportlerweisungen, die zudem unter Mitwirkung der interessierten Fachverbände erstellt wurden, eher eine einheitliche und rechtsgleiche Handhabung gewährleistet als nach den von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Parametern.

### **E. 9.1**

Soweit sich die Beschwerdeführerin bezüglich der Zulassung von A.\_\_\_\_\_ auf ein gesamtwirtschaftliches Interesse beruft ("Verpflichtung hochgradig talentierter Spieler liegt im Gesamtinteresse des Schweizer Fussballs"), ist einerseits darauf hinzuweisen, dass das gesamtwirtschaftliche Interesse (vgl. Art. 20 Abs. 3 in fine AuG) für sich allein für die Zulassung zum schweizerischen Arbeitsmarkt nicht ausreicht (vgl. E. 5.3 vorstehend). Andererseits wird dem Gesamtinteresse des Schweizer Fussballs, junge Fussballspieler ausserhalb des EU/EFTA-Raums gemäss den konkretisierten Sportlerweisungen (vgl. E. 6.1 vorvorstehend) zu rekrutieren, bereits in genügender Weise entsprochen. Gerade die Beschwerdeführerin hat in jüngster Vergangenheit mit der Verpflichtung junger Fussballspieler auf der Grundlage der von ihr kritisierten Sportlerweisungen bewiesen, wie erfolgreich ein Schweizer Fussballclub (in sportlicher und wirtschaftlicher Hinsicht) mit oder trotz dieser Regelung sein kann. So verpflichtete der FCB im Sommer 2012 den jungen ägyptischen Fussballspieler, Mohamed Salah, für Fr. 2'000'000.- und transferierte ihn im Januar 2014 für Fr. 20'000'000.- an den FC Chelsea London (vgl. Bericht in der Basler Zeitung vom 30. Januar 2014 S. 40).

### **E. 9.2**

Entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin kann A.\_\_\_\_\_ schliesslich auch nicht gestützt auf Art. 23 Abs. 3 Bst. b AuG als "anerkannte Person aus Wissenschaft, Kultur und Sport" von den persönlichen Voraussetzungen des Art. 23 Abs. 1 und 2 AuG dispensiert werden. Bereits der Begriff anerkannte Person weist darauf hin, dass damit nur jemand gemeint sein kann, der sich durch eine herausragende Stellung innerhalb der internationalen Sportszene ausgezeichnet hat, was für A.\_\_\_\_\_ mit Sicherheit nicht zutrifft (vgl. dazu auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-7286/2008 vom 9. Mai 2011 E. 6.3, wo es um die Zulassung einer ausgewiesenen Musikerin und Solistin aus Russland ging). Insbesondere ist jemand nicht schon dann eine anerkannte Person im Sinne von Art. 23 Abs. 3 Bst. b AuG, wenn - wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht - ein junger Fussballspieler das Interesse von anderen europäischen Spitzenvereinen auf sich zieht und bei seiner Verpflichtung eine grosse Medienresonanz hervorruft. Eine Zulassung nach Art. 23 Abs. 3 wäre allenfalls möglich bei international ausgerichteten Nichtregierungsorganisationen im Bereich des Sports, die eine ausgewogene geografische Vertretung ihrer Mitglieder und den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern gewährleisten müssen (vgl. Botschaft zum AuG vom 8. März 2002, BBl 2002 S. 3784). Auch diese Voraussetzung erfüllt A.\_\_\_\_\_ nicht.

### **E. 9.3**

Dass dem FCB mit der Nichtzulassung von A.\_\_\_\_\_ ein Schaden entsteht und sich die Nichtzulassung für die Karriere von A.\_\_\_\_\_ nachteilig auswirkt, hat die Beschwerdeführerin im Übrigen weitgehend selbst zu verantworten. Sie hätte bereits zum Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen bzw. der Vertragsunterzeichnung im Februar 2013 eine entsprechende Abklärung bei der Vorinstanz vornehmen können. Auch ist nicht ersichtlich, weshalb sie mit der Einreichung des Gesuchs bei der zuständigen kantonalen

Arbeitsmarktbehörde bis zum 18. Juni 2013 zuwartete, die Ausbildungsentschädigung noch vor Ablauf des Vertrages von A.\_\_\_\_\_ bei Roter Stern Belgrad überwies und ihn noch vor Erlass der angefochtenen Verfügung, ja sogar vor Vertragsbeginn (1. Juli 2013) in die Schweiz kommen liess und bereits in Vorbereitungsspielen einsetzte. Für all dies hat die Beschwerdeführerin das alleinige Risiko zu tragen. Immerhin besteht die Möglichkeit, falls es aufgrund des vorliegenden Urteils nicht zur sofortigen Auflösung des Vertrages seitens des Spielers kommt, A.\_\_\_\_\_ während der bis 31. August 2014 laufenden Sommertransferperiode an einen ausländischen Verein auszuleihen.

#### **E. 10**

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass A.\_\_\_\_\_ die persönlichen Voraussetzungen des Art. 23 Abs. 1 i.V. mit Abs. 3 AuG nicht erfüllt. Die angefochtene Verfügung stellt keine Verletzung des Bundesrechts (auch keine Ermessensunterschreitung) dar und stellt den rechtserheblichen Sachverhalt richtig und vollständig fest; sie ist auch angemessen (vgl. Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist daher abzuweisen, soweit auf die Begehren der Beschwerdeführerin einzutreten ist (s. vorne E. 1.3). Damit ist die mit Zwischenverfügung vom 16. September 2013 angeordnete vorsorgliche Massnahme (Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid für die Dauer des Beschwerdeverfahrens) gegenstandslos geworden.

#### **E. 11**

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die unterliegende Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Verfahrenskosten sind auf Fr. 1'500.- festzusetzen (vgl. Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Dispositiv

Seite 20

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