



## Urteil vom 8. Dezember 2015

---

Besetzung

Richterin Ruth Beutler (Vorsitz),  
Richterin Jenny de Coulon Scuntaro,  
Richter Antonio Imoberdorf,  
Gerichtsschreiberin Barbara Kradolfer.

---

Parteien

1. **FC ST. GALLEN AG**,  
2. **X.**\_\_\_\_\_,  
beide vertreten durch lic. iur. Thomas Stadelmann,  
Rechtsanwalt,  
Beschwerdeführende,

gegen

**Staatssekretariat für Migration SEM**, Quellenweg 6,  
3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Zustimmung zum Vorentscheid der kantonalen Arbeitsmarkt-  
behörde.

**Sachverhalt:****A.**

Die Beschwerdeführerin 1 ersuchte am 12. Februar 2015 beim Migrationsamt St. Gallen um Ausstellung einer "L-Bewilligung" (Kurzaufenthalt) für den Beschwerdeführer 2, den sie "als Profifussballer für die 1. Mannschaft" verpflichtet habe.

**B.**

Mit Verfügung vom 18. Februar 2015 erliess das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons St. Gallen (AWA) einen positiven arbeitsmarktlichen Vorentscheid (Dispositiv Ziff. 1). Die Bewilligung wurde auf 12 Monate befristet (Dispositiv Ziff. 2) und die Tätigkeit des Beschwerdeführers 2 auf Einsätze in der Super- bzw. der Challenge League beschränkt (Dispositiv Ziff. 3). Der Entscheid erfolgte unter Vorbehalt der Zustimmung durch das SEM und der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung durch das kantonale Migrationsamt (Dispositiv Ziff. 4).

**C.**

Am 24. Februar 2015 erteilte die Vorinstanz ihre Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid des AWA. Sie befristete diese auf 12 Monate und stellte sie unter den Vorbehalt der Erteilung der notwendigen Aufenthaltsbewilligung durch die kantonale Migrationsbehörde. Die Verfügung enthält den Hinweis, dass die Bewilligung ausschliesslich für den vorübergehenden Aufenthalt und für die Erwerbstätigkeit als "Sportprofessional NLA/NLB" gelte.

**D.**

Am 4. März 2015 reichten die Beschwerdeführenden beim Volkswirtschaftsdepartement des Kantons St. Gallen Rekurs gegen die Verfügung des AWA vom 18. Februar 2015 ein. Am 12. März 2015 wurde dieses Verfahren auf Gesuch hin bis zur Rechtskraft des Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts betreffend Zustimmung sistiert (Beschwerdebeilage 10).

**E.**

Mit Beschwerde vom 26. März 2015 stellen die Beschwerdeführenden beim Bundesverwaltungsgericht das folgende Rechtsbegehren:

"Die Verfügung des Staatssekretariats für Migration SEM vom 24. Februar 2015 sei insoweit aufzuheben und/bzw. abzuändern, als darin eine Tätigkeit von Herrn X. \_\_\_\_\_ [...] als Profifussballer in der Promotion League ausgeschlossen wird."

**F.**

Mit Zwischenverfügung vom 9. April 2015 wurden die Beschwerdeführenden u.a. eingeladen, sich zur Frage des rechtlich schützenswerten Interesses an der Anfechtung einer den Antrag der kantonalen Behörde vollumfänglich gutheissenden Verfügung zu äussern. Dieser Aufforderung kamen die Beschwerdeführenden mit Eingabe vom 9. Januar (recte: Juni) 2015 nach.

**G.**

Am 13. August 2015 beantragt die Vorinstanz, es sei auf die Beschwerde nicht einzutreten, allenfalls sei sie abzuweisen.

**H.**

Mit Eingabe vom 30. Oktober 2015 nahmen die Beschwerdeführenden zur Vernehmlassung der Vorinstanz Stellung.

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

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

**1.1.** Verfügungen des SEM über die Verweigerung der Zustimmung zum kantonalen arbeitsmarktlichen Vorentscheid sind mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (Art. 31 ff. VGG u. Art. 5 VwVG).

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

**1.3.** Gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde legitimiert, wer am Verfahren vor der Vorinstanz 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).

**1.4.** Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der vorliegenden Angelegenheit endgültig (vgl. Art. 83 Bst. c Ziff. 2 BGG).

**2.**

Dem vorliegenden Beschwerdeverfahren liegt eine Verfügung zugrunde,

mit der die Vorinstanz ihre Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid des AWA erteilt hat, mithin eine *positive Verfügung*. Es stellt sich somit die Frage nach der Beschwerdelegitimation.

### 3.

**3.1.** Adressatin der angefochtenen Verfügung ist die Beschwerdeführerin 1. In diesem Sinne hat sie am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen. Allerdings wird davon ausgegangen, dass die blosser Teilnahme unter dem Aspekt der sog. formellen Beschwerde nach Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG zwar notwendig, aber nicht hinreichend für die Beschwerdebefugnis ist. Vielmehr muss die Beschwerde führende Partei mit ihren Anträgen ganz oder teilweise unterlegen sein (KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, Rz. 940; ISABELLE HÄNER, *Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, 2000, Rz. 331; MARANTELLI-SONANINI/HUBER, in: *Praxiskommentar VwVG*, 2009, Nr. 22 zu Art. 48).

**3.2.** Der Beschwerdeführer 2 ist nicht Adressat der vorinstanzlichen Verfügung und hat sich auch sonst in keiner Weise tatsächlich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt bzw. beteiligen können. Ob er in seiner Eigenschaft als betroffener Arbeitnehmer zur Beschwerde legitimiert wäre (vgl. etwa Urteil des BVerfG C-679/2011 vom 27. März 2012 E. 1.3 m.H.), kann vorliegend jedoch offen bleiben, da die Beschwerdelegitimation, wie nachfolgend zu zeigen ist, aus anderen Gründen ohnehin zu verneinen ist.

### 4.

Gegenstand des vorliegenden Zustimmungsverfahrens ist der arbeitsmarktliche Vorentscheid der kantonalen Arbeitsmarktbehörde, welcher der Vorinstanz gemäss Art. 99 AuG i.V.m. Art. 85 Abs. 2 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) in der bis zum 31. August 2015 geltenden Fassung (AS 2007 5497) zur Zustimmung vorzulegen war. Auch die seit 1. September 2015 in Kraft stehende Fassung sieht dieses Erfordernis vor. Eine Konstellation, wie sie das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Zustimmung in Aufenthaltsverfahren als unzulässig beurteilt hat, liegt nicht vor (vgl. BGE 141 II 169). Gemäss Art. 99 AuG kann die Vorinstanz die Zustimmung verweigern oder den kantonalen Entscheid einschränken (vgl. auch Art. 86 Abs. 1 VZAE). Sie kann jedoch nicht über den ihr vorgelegten Entscheid hinausgehen.

**5.**

**5.1.** Streitgegenstand eines Beschwerdeverfahrens kann nur sein, was Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens war oder hätte sein sollen. Demzufolge kann der Streitgegenstand im Beschwerdeverfahren ohne weiteres eingeschränkt werden. Über das von der Vorinstanz effektiv Beurteilte kann die Beschwerdeinstanz nur hinausgehen, wenn die Vorinstanz zu Unrecht über einen Teil des Streitgegenstandes nicht entschieden hat (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 687).

**5.2.** Die Beschwerdeführenden haben in der Beschwerdeschrift den Streitgegenstand auf den in der angefochtenen Verfügung enthaltenen Hinweis beschränkt, wonach der Beschwerdeführer 2 nur in den beiden obersten Ligen des Schweizer Fussballverbands, d.h. in der Super League bzw. der Challenge League eingesetzt werden dürfe (vgl. Antrag 1, Ziff. 13 und Ziff. 15 der Beschwerdeschrift). Mit der Beschwerde angestrebt wird die Möglichkeit von Einsätzen des Beschwerdeführers 2 auch in der drittobersten Liga, der Promotion League. In Frage steht somit lediglich, ob die Vorinstanz verpflichtet gewesen wäre, die Einsatzmöglichkeit des Beschwerdeführers 2 in der Promotion League zu prüfen.

**5.3.** Die Beschwerdeführenden machen in diesem Zusammenhang geltend, mit dem Gesuch um Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung sei um Bewilligung der Tätigkeit des Beschwerdeführers 2 als Fussballspieler bei der Beschwerdeführerin 1 ersucht worden. Die Ausführungen der Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung erweckten hingegen den Eindruck, es sei lediglich um eine Tätigkeit bzw. um Einsätze in der Super League oder Challenge League ersucht worden. Diese Auffassung widerspreche den Angaben auf dem Gesuchsformular und sei deshalb aktenwidrig. Da die Beschwerdeführerin 1 neben der in der Super League spielenden 1. Mannschaft u.a. über eine in der Promotion League spielende 2. Mannschaft verfüge, seien Einsätze in der 2. Mannschaft offensichtlich mitgemeint gewesen.

**5.4.** Diesen Ausführungen der Beschwerdeführenden kann nicht gefolgt werden. Die Einschränkung des Tätigkeitsgebiets des Beschwerdeführers 2 auf die beiden obersten Ligen des Schweizerischen Fussballverbands wurde bereits im kantonalen arbeitsmarktlichen Vorentscheid unmissverständlich vorgenommen (Dispositiv Ziff. 3). Eine allfällige Tätigkeit des Beschwerdeführers 2 in der drittobersten Liga, der Promotion League, war nicht Thema der Verfügung des AWA.

**5.5.** Auch kann der Vorinstanz nicht vorgeworfen werden, es sei aufgrund der Akten offensichtlich gewesen, dass das AWA es unterlassen hätte, über Einsätze in der Promotion League zu befinden. Zwar ist den Beschwerdeführenden zuzustimmen, dass die Angaben im Gesuchsformular (Beschwerdebeilage 13 bzw. Akten SEM p. 10 f.) keinen Schluss auf das konkret vorgesehene Einsatzgebiet des Beschwerdeführers 2 zulassen. Klarheit bringt jedoch das Begleitschreiben der Beschwerdeführerin 1 vom 12. Februar 2015 (Akten SEM p. 9), welches das Gesuchsformular ("Formular B1") ausdrücklich als Beilage aufführt und somit als integrierender Bestandteil des Gesuchs anzusehen ist. Darin wird ausgeführt, der Beschwerdeführer 2 sei "für die 1. Mannschaft verpflichtet" worden. Diese spielt zur Zeit in der Super League. Darüber hinaus deuten diverse Bestimmungen im Arbeitsvertrag (Beschwerdebeilage 7, Akten SEM p. 13 ff.) auf Einsätze in den beiden obersten Ligen hin, wie die Vorinstanz zu Recht in ihrer Vernehmlassung vom 13. August 2015 ausführt (vgl. S. 2 Ziff. 2.1). Vor diesem Hintergrund erscheinen die von den Beschwerdeführenden aufgeführten Bestimmungen des Arbeitsvertrages, die auch Einsätze ausserhalb der beiden obersten Ligen nicht ausschliessen (vgl. Eingabe vom 30. Oktober 2015 Ziff. 10) keineswegs offensichtlich. Hinzu kommt, dass das AWA seine Verfügung offensichtlich in Kenntnis der Weisungen AuG des SEM erlassen hat, nach deren Ziffer 4.7.11.2.1 Bewilligungen ohnehin nur für die beiden obersten Ligen erteilt werden ([www.sem.admin.ch](http://www.sem.admin.ch) > Publikationen & Service > Weisungen und Kreisschreiben > I. Ausländerbereich). Es liegen somit keine offensichtlichen Hinweise auf eine mögliche Unvollständigkeit des Entscheides des AWA bezüglich Einsätzen auch in der drittobersten Liga vor.

**5.6.** Die von den Beschwerdeführenden beabsichtigte Ausweitung der Beschäftigungsmöglichkeit auf die Promotion League müsste nach dem Gesagten zunächst Gegenstand eines zur Zustimmung unterbreiteten arbeitsmarktlichen Vorentscheides sein, bevor die Vorinstanz sich dazu äussern könnte und die Frage in einem allfälligen nachfolgenden Beschwerdeverfahren durch das Bundesverwaltungsgericht zu beurteilen wäre. Ob das AWA seinen arbeitsmarktlichen Vorentscheid zu Unrecht auf die Tätigkeit in den beiden obersten Ligen beschränkt hat, ist deshalb zunächst in einem gegen diesen Vorentscheid gerichteten (kantonalen) Rechtsmittelverfahren zu beurteilen. Ein solches wurde bereits eingeleitet (Sachverhalt Bst. D).

## **6.**

**6.1.** Die Beschwerdeführenden machen im Weiteren geltend, die Vorinstanz habe in der angefochtenen Verfügung selbständige Bedingungen,

d.h. solche, die materiell über die vom AWA formulierten hinausgingen, aufgeführt. Allein gegen diese richte sich die Beschwerde (vgl. Eingabe vom 9. Juni 2015 Ziff. 3/d und 6 ff.). Die Beschwerdeführenden versuchen damit, die "Bedingung" bezüglich der Tätigkeit ausschliesslich in den beiden obersten Ligen des Schweizer Fussballverbands als Streitgegenstand festzulegen (vgl. Sachverhalt Bst. E, E. 5.2). Die diesbezüglichen Ausführungen sind jedoch unbehelflich. Inwiefern die Formulierung in der vorinstanzlichen Verfügung ("Sportprofessional NLA/NLB Fussball") über diejenige im Entscheid des AWA ("Profifussballer der Super- oder Challenge League") hinausgehen soll, ist nicht ersichtlich und wird von den Beschwerdeführenden auch nicht dargelegt. Entgegen ihrer Auffassung ist die entsprechende Bemerkung in der vorinstanzlichen Verfügung rein deklaratorischer Natur und ohne selbständige Bedeutung; sie verdeutlicht lediglich die Tragweite des zur Zustimmung unterbreiteten Vorentscheids.

**6.2.** Verfahrensökonomische Gründe, wie sie von den Beschwerdeführenden in Ziff. 19 ff. ihrer Stellungnahme vom 9. Juni 2015 dargelegt werden, sind nicht geeignet, die grundsätzlichen Erwägungen bezüglich des Streitgegenstandes in Frage zu stellen. Zwar hat die kantonale Beschwerdeinstanz gemäss dem eingereichten Entscheid vom 21. Januar 2015 ([...], Beschwerdebeilage 11) bereits in einem analogen Fall entschieden, die Einschränkung der Bewilligung auf die beiden obersten Ligen sei nicht gerechtfertigt (E. 3.2). Dieser Entscheid kann jedoch nicht beigezogen werden, um die Regeln bezüglich des Streitgegenstandes zu umgehen. Zudem hat die Vorinstanz gemäss Eintrag im Zentralen Migrationsinformationssystem (Zemis) die anschliessend beantragte Zustimmung mit Entscheid vom 20. April 2015 verweigert. Dieser Entscheid ist, soweit ersichtlich, unangefochten in Rechtskraft erwachsen. Dass die kantonale Rekursinstanz im vorliegenden Fall zum gleichen Ergebnis kommt wie im oben erwähnten Fall, erscheint zwar möglich, angesichts des anschliessenden negativen Entscheids im Zustimmungsverfahren jedoch keineswegs zwingend. Zudem sind die konkreten Umstände der beiden Fälle sehr verschieden. Es handelt sich somit keineswegs um einen Leerlauf, wenn zunächst im kantonalen Verfahren über allfällige Einsätze in der Promotion League entschieden wird, zumal jeder Fall von allen zuständigen Instanzen individuell und unter Einhaltung der einschlägigen Verfahrensregeln zu beurteilen ist.

## **7.**

**7.1.** Es ist somit festzuhalten, dass die angefochtene Verfügung in dieser Hinsicht nicht zu beanstanden ist. Die Vorinstanz durfte aufgrund der Akten davon ausgehen, dass das AWA entsprechend den ursprünglich gestellten

Anträgen entschieden hat. Sie hat dem ihr unterbreiteten Antrag vollumfänglich zugestimmt, ohne im Bereich des Streitgegenstandes des vorliegenden Verfahrens zusätzliche Auflagen oder Bedingungen zu formulieren. Die Beurteilung der Frage, ob die Einschränkung der Tätigkeit des Beschwerdeführers 2 auf die Super League und Challenge League zu Recht erfolgt ist, würde demnach zu einer *unzulässigen* Ausweitung des Streitgegenstandes auf Beschwerdeebene führen, da die Vorinstanz weder verpflichtet war noch die Befugnis hatte, sich mit dieser Frage zu befassen. Es fehlt daher an der Voraussetzung gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG, wonach zur Beschwerde nur legitimiert ist, wer mit seinen Anträgen ganz oder teilweise unterlegen ist (vgl. E. 3.1).

**7.2.** Hieraus ergibt sich, dass es auch an einem schutzwürdigen Interesse gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG an der beantragten Änderung der angefochtenen Verfügung fehlt, da sich ein solches nur im Rahmen des zulässigen Streitgegenstandes manifestieren kann. In dieser Hinsicht sei noch darauf hingewiesen, dass es fraglich erscheint, ob die anderen Voraussetzungen für den Verzicht auf ein aktuelles schutzwürdiges Interesse zu bejahen wären (die aufgeworfenen Fragen können sich jederzeit wieder stellen, es besteht ein öffentliches Interesse an deren Beantwortung und sie könnten kaum je rechtzeitig gerichtlich beurteilt werden. Vgl. z.B. HÄNER, a.a.O., Rz. 682). Auch kann mit Blick auf die Rechtsweggarantie (vgl. Art. 29a BV) angesichts des hängigen kantonalen Rechtsmittelverfahrens auch nicht geltend gemacht werden, es bestünde kein anderes wirksames Verfahren, um diese Frage beurteilen zu lassen (vgl. BVGE 2013/33 E. 1.4 m.H.).

## **8.**

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Beschwerdeführenden durch die angefochtene Verfügung nicht im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG formell beschwert sind (vgl. E. 3.1). Es fehlt ihnen somit an der Legitimation, Beschwerde zu führen. Auf ihre Rechtsmitteleingabe ist deshalb nicht einzutreten. Folglich ist auf die Rügen der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (vgl. Art. 29 Abs. 2 BV bzw. Art. 29 ff. VwVG) sowie des Verhältnismässigkeitsprinzips (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV) nicht weiter einzugehen, da sie Teil der materiellen Beurteilung wären.

## **9.**

Bei diesem Ausgang sind die Verfahrenskosten den Beschwerdeführenden aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 800.- werden den Beschwerdeführenden auferlegt. Sie werden dem einbezahlten Kostenvorschuss entnommen. Der Differenzbetrag von Fr. 1'200.- wird zurückerstattet.

**3.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführenden (Einschreiben; Beilage: Formular Zahlungsadresse)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Beilagen: Vorakten sowie Stellungnahme der Beschwerdeführenden vom 30. Oktober 2015 [act 18])
- das Volkswirtschaftsdepartement des Kantons St. Gallen, Generalsekretariat (ad Ref-Nr. [...])

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Ruth Beutler

Barbara Kradolfer

Versand: