

(Entscheid des Bundesrates vom 13. April 1994)

Art. 8 Abs. 2 Bst. a BVO. Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung (in casu im Bereich der Oper).

Qualifizierte Arbeitskraft.

Im Gegensatz zu anderen Berufsbranchen stehen in künstlerischen Berufen erst kurze Berufserfahrung und jugendliches Alter des Bewerbers seiner Anerkennung als qualifizierte Arbeitskraft nicht entgegen.

Vorliegen besonderer Gründe.

- Aus Gründen der rechtsgleichen Behandlung rechtfertigen sämtliche Spitzenpositionen im Bereich der Oper, des Balletts und des Orchesters - somit auch die Stellung des Solohornisten - eine Ausnahmegewilligung. Solch eine liberale Bewilligungspraxis steht in keinerlei Widerspruch zu den Zielsetzungen der BVO.

- Die Gewährung von Ausnahmegewilligungen für die künstlerisch bedeutendsten Stellen im Bereich des Orchesters führt nicht zu einer Rechtsungleichheit bezüglich der Ausländerzulassung im Bereich der Wirtschaft. Bei der Zulassung ausländischer Arbeitskräfte zum schweizerischen Arbeitsmarkt muss jeder Arbeitssektor gesondert betrachtet werden und verlangt nach einer eigenen Praxis, die seine speziellen Bedürfnisse berücksichtigt.

Art. 8 al. 2 let. a OLE. Conditions requises pour l'octroi d'une autorisation exceptionnelle (en l'espèce, dans le domaine de l'opéra).

Personnel qualifié.

Contrairement à d'autres branches, l'expérience professionnelle de courte durée et le jeune âge du candidat n'empêchent pas d'être reconnu comme personnel qualifié dans les professions artistiques.

Existence de motifs particuliers.

- L'égalité de traitement justifie l'octroi d'une autorisation exceptionnelle pour tous les postes les plus élevés dans le domaine de l'opéra, du ballet et de l'orchestre - par conséquent aussi pour un cornettiste soliste. Une pratique aussi libérale n'est aucunement contraire aux buts de l'OLE.

- L'octroi d'autorisations exceptionnelles pour les postes les plus importants du point de vue artistique dans un orchestre n'entraîne pas une inégalité de traitement par rapport à l'admission d'étrangers dans le secteur de l'économie. Lors de l'admission de personnel étranger dans le marché du travail suisse, chaque secteur doit être examiné séparément et requiert la mise en place d'une pratique particulière qui tient compte de ses besoins spécifiques.

Art. 8 cpv. 2 lett. a OLS. Condizioni per la concessione di un permesso eccezionale (in casu nell'ambito dell'opera).

Manodopera qualificata.

Contrariamente ad altri settori professionali, nell'ambito delle professioni artistiche la limitata esperienza lavorativa e la giovane età del candidato non ne impediscono il riconoscimento quale manodopera qualificata.

Motivi speciali.

- Per motivi di parità di trattamento tutte le posizioni più importanti nell'ambito dell'opera, del balletto e dell'orchestra - compresa quindi anche la posizione di cornista solista - giustificano un'autorizzazione eccezionale. Una simile prassi d'autorizzazione liberale non è in contraddizione con gli scopi dell'OLS.

- La concessione di permessi eccezionali per i posti artisticamente più importanti nell'ambito di un'orchestra non comporta una disparità di trattamento rispetto all'ammissione di stranieri nell'ambito dell'economia. Nell'ammissione di manodopera straniera al mercato del lavoro svizzero ogni settore lavorativo deve essere analizzato singolarmente e richiede una propria prassi che tenga conto delle sue esigenze speciali.

I

A. Nachdem im Frühling 1992 die Stelle eines Ersten Hornisten des Zürcher Opernorchesters vakant wurde, führte das Opernhaus Zürich zu deren Neubesetzung zwei Probespiele durch, die am 4. Juni 1992 und am 3. Oktober 1992 stattfanden. Die Stelle des Solohorns war dabei mehrmals in den Fachzeitschriften «Presto» und «Das Orchester» ausgeschrieben worden. Nach dem zweiten Probespiel entschied die Jury, die Stelle dem Ungarn X anzubieten.

B. Mit Verfügung vom 29. Dezember 1992 wies das Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (BIGA) das ihm durch das Städtische Arbeitsamt Zürich überwiesene Gesuch des Opernhauses um Erteilung einer Jahresaufenthaltsbewilligung an X ab. Das BIGA erachtete die Voraussetzungen zur Erteilung einer Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung an den Musiker zulasten des Bundeskontingentes für Jahresaufenthalter als nicht erfüllt. Da X weder Angehöriger eines Staates des Europäischen Gemeinschaft (EG) noch Angehöriger eines Staates der Europäischen Freihandels-Assoziation (EFTA) sei und auch nicht aus einem der übrigen traditionellen Rekrutierungsgebiete stamme, müsse das Gesuch abgewiesen werden. Besondere Gründe, die eine Ausnahme rechtfertigten, seien auch nicht ersichtlich. Im weiteren führte das BIGA aus, dass vorliegend ein fähiger Kandidat aus dem EG-Raum zur Verfügung gestanden hätte, der gemäss der V vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO, SR 823.21) gegenüber dem ungarischen Kandidaten Vorrang genieesse.

C. Am 30. Dezember 1992 reichte das Opernhaus ein Wiedererwägungsgesuch beim BIGA ein. Das Opernhaus hob darin hervor, dass vielleicht zehn erstklassige Hornisten auf der Welt zu finden seien; X sei einer von ihnen. Aus dem Probespiel sei er klar als Erster hervorgegangen, wobei keiner der anderen Bewerber an seiner Stelle genommen worden wäre. Das Opernhaus betonte, dass der an zweiter Stelle eingestufte Bewerber Y aus dem EG-Raum zwar ein relativ solider, guter Hornist sei, dass er

aber den Anforderungen an die Position eines Ersten Hornisten im Orchester des Opernhauses Zürich keinesfalls genüge. Auch im Fall des Nichtakzeptierens von X hätte Y die Stelle unter keinen Umständen bekommen.

Das BIGA lehnte das Wiedererwägungsgesuch am 2. Februar 1993 ab, da dieses keine neuen Tatsachen enthalte.

D. Gegen diese Abweisung des Wiedererwägungsgesuchs legte das Opernhaus Zürich am 26. Februar 1993 beim Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement (EVD) Beschwerde ein.

Es führte an, dass das Horn zu den am schwierigsten zu spielenden Instrumenten überhaupt gehöre. Ein Erster Hornist sei in jedem Orchester so exponiert wie beispielsweise ein Erster Flötist, Fagottist, Klarinettist usw. oder ein Konzertmeister.

In der Beilage übermittelte das Opernhaus die Stellungnahmen bekannter Dirigenten: Georg Solti, Christoph von Dohnanyi, Rafael Frühbeck de Burgos, Nikolaus Harnoncourt, Riccardo Chailly. Diese Dirigenten bestätigten in ihren Schreiben, dass die Position des Ersten Hornisten in jedem Orchester äusserst wichtig sei und entsprechend schwer zu besetzen. Der Erste Hornist sei wie alle Bläser-Solisten (Trompeter, Oboisten, Klarinettisten usw.) oft sehr exponiert. Seine Stelle müsse daher mit einem ausgezeichneten Musiker besetzt werden; nur so könne die Qualität eines Orchesters gewahrt oder verbessert werden. Diejenigen Dirigenten, die mit X gearbeitet hatten, bestätigten, dass er ein exzellenter Erster Hornist sei und dieser anspruchsvollen Position genüge.

Am 13. März 1993 äusserte sich auch der Schweizerische Musikerverband in der Beschwerdeangelegenheit. Der Schweizerische Musikerverband sei an allen Probespielen des Orchesters der Oper Zürich mit Stimmrecht vertreten, so auch beim in Frage stehenden Probespiel. Der Vertreter des Verbandes habe sich dabei überzeugen können, dass von den Kandidaten einzig X den Anforderungen an eine Soloposition Horn gewachsen war.

E. Das BIGA äusserte sich in seiner Vernehmlassung vom 31. März 1993 ablehnend zur Verwaltungsbeschwerde. Es hielt an seiner Auffassung fest, dass der Kandidat Y, der zusammen mit X in die dritte Runde gekommen sei, aufgrund der Probespielergebnisse als absolut valabler Bewerber gelte.

Die Begabung von X werde vom BIGA nicht angezweifelt; sowohl seine Ausbildung als auch die Referenzen namhafter Dirigenten würden auf seine Fähigkeiten schliessen lassen. X sei als 25jähriger Musiker allerdings noch sehr jung und verfüge nur über wenig Orchestererfahrung. Seine Ausbildung als Solohornist habe er erst 1992 beendet; insofern erstaune die Aussage des Opernhauses, X gehöre bereits zu den zehn weltbesten Hornisten.

Im weiteren führte das BIGA aus, dass gemäss Art. 8 BVO eine solide musikalische Ausbildung nicht genüge, damit Musikerinnen und Musiker aus nicht traditionellen Rekrutierungsgebieten in der Schweiz eine Arbeitsbewilligung erhielten. Zusätzlich müssten besondere Gründe gegeben sein, die eine Ausnahme rechtfertigen könnten. Die Besetzung der Stelle eines Ersten Hornisten stelle ebensowenig wie diejenige eines Ersten Flötisten, Fagottisten, Klarinettisten einen solchen besonderen Grund im Sinne von Art. 8 Abs. 2 Bst. a BVO dar. Eine Ausnahme bilde die Stelle des Konzertmeisters, dem als Gesamtleiter des Orchesters nach dem Dirigenten die wichtigste Aufgabe obliege.

F. In seinem Entscheid vom 2. Juni 1993 äusserte sich das EVD wie folgt.

Das Opernhaus Zürich sei seiner Pflicht, eine fähige Arbeitskraft aus der Schweiz zu finden, durch Ausschreibung der vakanten Stelle in zwei Fachblättern nachgekommen. Zudem seien als Ausscheidungsverfahren zwei Probespiele durchgeführt worden, wobei am ersten Probespiel fünf und am zweiten kein Schweizer Bewerber teilnahm. Das EVD bemängelte indessen, dass das Opernhaus Zürich den Nachweis schuldig geblieben sei, warum keiner der einheimischen Kandidaten fähig sein solle, die Stelle zu besetzen. Im weiteren hätte der entsprechende Nachweis auch im Fall der aus Deutschland und England stammenden Teilnehmer erbracht werden müssen, da diese beiden zu den aussichtsreichsten Kandidaten des zweiten Probespiels zählten.

Im weiteren führte das EVD aus, dass, selbst wenn alle Voraussetzungen erfüllt wären, immer noch zu prüfen sei, ob für X eine Ausnahme verfügt werden könne, da Ungarn weder EFTA- noch EG-Mitglied sei. Das BIGA würde dort Ausnahmen machen, wo einerseits eine ausgewiesene, mehrjährige Berufserfahrung und -ausbildung für eine besondere Qualifikation des Bewerbers spreche und andererseits die zu besetzende Stelle stark von dessen Persönlichkeit abhängige. So würden etwa Tänzerinnen und Tänzer oder Sängerinnen und Sänger eher eine Ausnahmebewilligung erhalten, weil bei ihnen die Person sehr entscheidend sei. Allgemein gelte jedoch der Grundsatz, dass der Beruf allein nicht als besonderer Grund für eine Ausnahme ausreiche.

Das EVD kam zum Schluss, dass das BIGA zu Recht eine Jahresaufenthaltsbewilligung verweigert habe, und lehnte die Beschwerde ab.

G. Gegen diesen Entscheid des EVD erhob das Opernhaus Zürich am 30. Juni 1993 Beschwerde beim Bundesrat.

Dem Argument des EVD, es sei nicht der Nachweis erbracht worden, warum weder ein einheimischer Bewerber noch die zwei aus Deutschland und England stammenden Teilnehmer, die mit X in die dritte Runde des Probespiels gekommen seien, zur Besetzung der vakanten Stelle fähig sein sollten, hielt das Opernhaus entgegen, dass es keine eindeutigen, objektiven Massstäbe gäbe, nach denen künstlerische Qualität bemessen werden könne. Nur künstlerisch begabte Personen, deren eigene Persönlichkeit, Begabung und Ausbildung das Urteil beeinflussten, könnten künstlerische Leistungen beurteilen.

Zum Probespielverfahren hielt das Opernhaus fest, dass absichtlich mehrere Kandidaten in die dritte Runde gewählt würden, damit bei jeder Darbietung genügend Vergleichsmöglichkeiten bestünden. Das bedeute indessen nicht, dass die ebenfalls in die dritte Runde gelangten Kandidaten als akzeptable Alternative zum Gewinner des Probespiels anzusehen seien.

Im weiteren verwarf das Opernhaus das Argument des BIGA, X verfüge nicht über genügend Berufserfahrung. Bei künstlerischen Berufen sei einzig die Begabung entscheidend, die vom Alter und von der Berufserfahrung völlig unabhängig sei. Das jugendliche Alter von X sei vielmehr ein Vorteil, da - ähnlich wie bei Sportlern und Tänzern - bei Musikern mit dem Alter die Präzision der Muskel-Feinmotorik abnehme und gerade bei Bläsern ein erheblicher Leistungsabfall sehr wahrscheinlich sei.

Was die beruflichen Qualifikationen von X angehe, so sei seine Mitgliedschaft bei der Jungen Deutschen Philharmonie für Kenner der Orchesterszene schon Beweis genug für sein Können. Dieses Jugendorchester ziehe die besten jungen Musiker aus ganz Europa an und sei, neben dem Chamber Orchestra of Europe, der wichtigste Pool für erstklassigen Orchesternachwuchs.

Bessere Bläsersolisten würden sich nur noch in den grossen Spitzenorchestern finden.

H. In seiner Vernehmlassung vom 16. August 1993 beantragte das EVD die Abweisung der Beschwerde. In der Beilage übermittelte das EVD die von ihm eingeholte Stellungnahme des BIGA vom 12. August 1993.

In dieser Stellungnahme betonte das BIGA, dass es entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin keine Beurteilung der künstlerischen Fähigkeiten von X vorgenommen und dessen ausserordentliche Begabungen nie angezweifelt habe. Im übrigen habe es die Ergebnisse der Probespiele durchaus ernst genommen. Aus diesen Ergebnissen gehe aber hervor, dass Y ebenfalls als valabler Kandidat gelte. Auch ihm sei eine gewisse Begabung attestiert worden. Zudem habe die Probespielkommission X nicht einstimmig gewählt. Das BIGA zog daraus den Schluss, dass für gewisse Mitglieder der Jury auch eine andere Wahl vertretbar gewesen wäre.

Im weiteren führte das BIGA aus, dass sehr viele gut qualifizierte Talente im Kunst- und insbesondere im Musik- und Schauspielbereich aus den ehemaligen Ostblock-Staaten stammten und sich um Engagements im Westen bemühten. Die Berücksichtigung der schweizerischen Kulturszene sowie die Öffnung der Schweiz gegenüber den EFTA- und EG-Staaten erforderten deshalb eine Abgrenzung gegenüber Angehörigen aus nicht traditionellen Rekrutierungsgebieten.

Das BIGA beantragte die Abweisung der Beschwerde.

I. Auf Nachfrage der Instruktionsbehörde nahm das BIGA am 27. September 1993 Stellung zu seiner unterschiedlichen Praxis bei der Erteilung von Ausnahmegewilligungen und verdeutlichte, warum Konzertmeister sowie Tänzer und Sänger privilegiert behandelt würden.

Der Grund für die bevorzugte Behandlung des Dirigenten und Konzertmeisters gegenüber den Orchesterinstrumentalisten liege in ihrer Funktion und Verantwortung im Rahmen des Orchesters. Sowohl der Dirigent als auch der Konzertmeister bekleideten eine bedeutungsvollere Stelle als die Musikerinnen und Musiker, weil ihnen die musikalische Leitung und personelle Führung des gesamten Orchesters obliege. Diese verantwortungsvolle Tätigkeit rechtfertige die Anerkennung eines besonderen Grades bei Gesuchen von Dirigenten und Konzertmeistern aus nicht traditionellen Rekrutierungsgebieten. Nach Auffassung des BIGA würde eine weitere Abgrenzung nach unten seine Praxis unverhältnismässig erschweren oder kaum mehr vollziehbar im Sinne der BVO machen.

Die liberalere Bewilligungspraxis bei Sängerinnen und Sängern und Tänzerinnen und Tänzern begründete das BIGA damit, dass Oper und Ballett sehr stark von der Eignung der Künstler für gewisse Aufführungen lebten, sprich Ausbildung, Alter, Aussehen, persönliche Ausstrahlung und anderes. Aufgrund dieser engen Bindung der Künstler an eine bestimmte Rolle erscheine eine etwas grosszügigere Praxis als angezeigt.

J. Am 1. November 1993 äusserte sich das Opernhaus zu den Stellungnahmen des EVD und des BIGA.

Nach Ansicht des Opernhauses ist die Praxis des BIGA, nur dem Konzertmeister eine Ausnahmestellung zu gewähren, absolut unhaltbar. Folgende Orchesterpositionen seien mindestens ebenso wichtig und im übrigen einem Corps de ballet-Tänzer gleichzusetzen:

Konzertmeister und Stellvertreter

Stimmführer 2. Geigen

Bratschen

Cello

1. Flöte, 1. Oboe, 1. Horn, 1. Fagott, 1. Klarinette, 1. Trompete, 1. Posaune.

Von diesen Positionen sei das erste Horn gemeinsam mit der ersten Flöte und der ersten Oboe die exponierteste und heikelste.

Die Aussage des BIGA, Y sei ebenfalls ein valabler Kandidat, zeuge von einer krassen Unkenntnis der Probespielbedingungen. In allen Probespielen würden immer verschiedene Kandidaten in die dritte Runde kommen, ohne dass es sich dabei stets um akzeptable Kandidaten handeln müsse. Nach der dritten Runde seien sich alle Juroren einig gewesen, dass nur X für die Stelle in Frage komme oder aber ein neues Probespiel veranstaltet werden müsse.

In der Zwischenzeit habe X sein Können unter Beweis gestellt und gezeigt, dass das Opernhaus Zürich keinen besseren Hornisten hätte finden können.

...

K. Mit Schreiben vom 2. Dezember 1993 äusserte sich das BIGA nochmals zur Beschwerdesache.

Es wies darauf hin, dass die arbeitsmarktpolitischen Kriterien der BVO auch für die Beschäftigungsverhältnisse im Künstlerbereich Geltung hätten und sich zugegebenermassen nicht unbedingt mit den Interessen der Kunst deckten. Doch seien auch andere Bereiche von diesem in der BVO angelegten Spannungsverhältnis betroffen.

Nach dem Vorschlag des Opernhauses müssten für zwölf Orchesterpositionen Ausnahmegewilligungen erteilt werden, da diese der Stellung des Dirigenten und des Konzertmeisters gleichwertig seien. Würde man dem Vorschlag folgen, so bedeutete dies eine Rechtsungleichheit gegenüber der Praxis in der Wirtschaft, wo zum Teil ebenfalls vitale Interessen eines Unternehmens betroffen seien.

...

1. (Formelles)

2. Gemäss den Bestimmungen des BG vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, SR 142.20) ist der Bundesrat befugt, Massnahmen zur Begrenzung der Zahl der erwerbstätigen Ausländerinnen und Ausländer zu treffen (Art. 18 Abs. 4 und Art. 25 Abs. 1 ANAG). Von dieser Befugnis hat der Bundesrat mit dem Erlass der BVO Gebrauch gemacht.

Die BVO bezweckt ein ausgewogenes Verhältnis zwischen dem Bestand der schweizerischen und dem 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). In diesem Sinn legt der Bundesrat periodisch Höchstzahlen für Jahresaufenthalter fest, die erstmals zur Erwerbstätigkeit in die Schweiz einreisen oder erstmals eine Erwerbstätigkeit aufnehmen (Art. 12 Abs. 1 Bst. a BVO). Diese Höchstzahlen werden auf den Bund und die Kantone aufgeteilt (Art. 12 Abs. 3 BVO). Für die Zeitspanne vom 1. November 1992 bis 31. Oktober 1993 betrug die Höchstzahl für den Bund 5000 Einheiten (AS 1992 II 2042). Jahresbewilligungen zulasten dieser Höchstzahl können vom BIGA nur in bestimmten, in der BVO geregelten Fällen erteilt werden, so beispielsweise an Künstlerinnen und Künstler (Musiker, Schauspieler, Artisten usw.) mit Jahresengagement (Art. 15 Abs. 2 Bst. h BVO).

Die BVO wurde am 16. Oktober 1991 in wichtigen Punkten abgeändert.

Eine der wichtigsten Neuerungen ist die Einführung eines Modells der drei Kreise. Nach diesem Modell werden ausländische Staaten unterteilt in solche, denen gegenüber die Freizügigkeit des Personenverkehrs realisiert wird, und andere, denen gegenüber weiterhin eine Politik der Zulassungsbegrenzung beibehalten wird. In einem innersten Kreis, der auf die Staaten der EG und der EFTA beschränkt ist, soll der Personenverkehr schrittweise von den ausländerpolitischen und arbeitsmarktlichen Beschränkungen befreit werden. Zum mittleren Kreis gehören insbesondere die USA und Kanada. In diesen Ländern soll eine begrenzte Rekrutierung möglich sein. Wie im Bericht des Bundesrates zur Ausländer- und Flüchtlingspolitik (BBl 1991 III 302) festgehalten ist, ist die Aufnahme weiterer Staaten - vor allem Mittel- und Osteuropas - in den mittleren Kreis in den kommenden Jahren möglich. Im äussersten Kreis befinden sich alle übrigen Staaten. In diesen Ländern kann grundsätzlich nicht rekrutiert werden, wobei jedoch Ausnahmen möglich sind. Angehörige von Staaten des äussersten Kreises sollen demnach eine Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung in der Schweiz nur in Ausnahmefällen erhalten.

Nach dem erwähnten Bericht des Bundesrates dient dieses 3-Kreise-Modell der Realisierung einer europakonformen Ausländerpolitik. Zentrales Anliegen sei die Einbettung der Schweiz in ihr europäisches Umfeld. Dies bedinge eine schrittweise Öffnung und schliesslich die Freizügigkeit gegenüber den Staaten der EG und der EFTA; erst anschliessend sei über eine Öffnung gegenüber anderen Staaten zu diskutieren.

Die Zulassung von ausländischen Arbeitskräften auf den schweizerischen Arbeitsmarkt ist allerdings erst dann möglich, wenn der Arbeitgeber keine einheimische Arbeitskraft findet, die gewillt und fähig ist, die Arbeit zu den orts- und berufsüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen zu leisten (Art. 7 Abs. 1 BVO). Der Arbeitgeber muss nachweisen können, dass er alle zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, um eine Arbeitskraft auf dem inländischen Arbeitsmarkt zu finden (Art. 7 Abs. 4 Bst. a BVO). Steht keine fähige Arbeitskraft aus der Schweiz zur Verfügung, und will der Arbeitgeber einen Ausländer oder eine Ausländerin einstellen, dann ist nach der Prioritätenordnung der Rekrutierung vorzugehen, wie sie in Art. 8 BVO statuiert ist. Nach dieser Prioritätenordnung werden Bewilligungen zur erstmaligen Erwerbstätigkeit in erster Linie Angehörigen aus Staaten der EG und der EFTA erteilt und in zweiter Linie Angehörigen aus Staaten der übrigen traditionellen Rekrutierungsgebiete (Art. 8 Abs. 1 BVO). Angehörige aus nicht traditionellen Rekrutierungsländern dürfen im Gegensatz dazu in der Schweiz grundsätzlich keine Erwerbstätigkeit aufnehmen. Ausnahmen von diesem Grundsatz sind dann möglich, wenn es sich um qualifizierte Arbeitskräfte handelt und besondere Gründe eine Ausnahme rechtfertigen (Art. 8 Abs. 2 Bst. a BVO).

3. Auf den vorliegenden Fall bezogen ergibt sich folgende Situation.

Das Opernhaus hat die Stelle des Ersten Hornisten nach Durchführung des zweiten Probespiels dem Ungarn X angeboten. Vorerst stellt sich die Frage, ob dabei das Prinzip des Vorrangs der inländischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer respektiert worden ist, das heisst, ob nicht ein fähiger einheimischer Kandidat für die Stelle in Frage gekommen wäre (Art. 7 BVO).

Die Vorinstanz anerkennt, dass das Opernhaus Zürich alle zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, um eine einheimische Arbeitskraft zu finden, indem die vakante Stelle des Ersten Hornisten mehrmals in einem in- und ausländischen Fachblatt ausgeschrieben wurde.

Für das erste Probespiel vom 4. Juni 1992 gingen 33 Anmeldungen ein. Fünf der Anmeldungen stammten von Bewerbern aus der Schweiz, die alle an das Probespiel eingeladen wurden.

Wie aus den Unterlagen zum Probespiel hervorgeht, haben vier der Schweizer Kandidaten in der ersten Runde null Punkte erhalten und der fünfte zwei Punkte. Zu der zweiten Runde des Probespiels wurde keiner der Schweizer zugelassen.

Für das zweite Probespiel, das am 3. Oktober 1992 durchgeführt wurde, gingen ausschliesslich Anmeldungen ausländischer Kandidaten ein. Aus der Schweiz hatte sich kein Bewerber gemeldet.

Nach Auffassung des EVD ist nicht in befriedigender Weise dargelegt worden, warum keiner der angetretenen Schweizer fähig sein solle, die Stelle des Ersten Hornisten zu besetzen. Das Opernhaus habe sich auf die Aussage beschränkt, dass die Schweizer Bewerber den Anforderungen der Probespielkommission nicht genügt hätten.

Dieser Ansicht des EVD kann sich der Bundesrat nicht anschliessen. Aus den Unterlagen zum ersten Probespiel geht klar hervor, dass keiner der Schweizer Bewerber auch nur als so fähig beurteilt wurde, um in die zweite Runde zu gelangen. Aus welchen Gründen genau die Jury zu diesem Schluss gekommen ist, das kann von der Arbeitsmarktbehörde nicht nachgeprüft werden. Diese hält denn auch selber fest, dass praxisgemäss die Probespielergebnisse den Beweis für die Befähigung eines Musikers oder einer Musikerin erbringen und dass es nicht ihre Sache sei, deren fachliche Fähigkeiten anlässlich eines Probespiels zu beurteilen. Die Behörde stütze sich bei ihrem Entscheid auf Unterlagen der Gesuchsteller.

Der Entscheid, ob eine künstlerische Leistung den Anforderungen eines bestimmten Orchesters genügt, muss also den zuständigen Musikfachleuten vorbehalten bleiben. Im Unterschied zu anderen Berufen, wo aufgrund bisheriger Leistungen und Berufserfahrungen klar gesagt werden kann, ob ein einheimischer Bewerber den Anforderungen an eine Stelle genügt, sind im

Bereich der künstlerischen Berufe andere Massstäbe anzulegen. Hier zählen in erster Linie das persönliche Talent, die Begabung des einzelnen. Die Beurteilung dieses Talents, das in der künstlerischen Darbietung im Rahmen des Probespiels zum Ausdruck kommt, kann nur von den künstlerisch Verantwortlichen vorgenommen werden. Ausserdem muss sich die Spieltechnik des Musikers in diejenige des Gesamtorchesters einfügen und mit ihr harmonisieren, was ebenfalls nur von den Juroren bewertet werden kann.

Kommt die Jury nun nach Durchführung des Probespiels übereinstimmend zum Schluss, dass keiner der einheimischen Kandidaten die künstlerischen Voraussetzungen erfülle und folglich für die Stelle in Frage komme, so kann diese Beurteilung auch von der Arbeitsmarktbehörde nicht in Zweifel gezogen werden. Eine Überprüfung der «Richtigkeit» dieser Entscheidung wäre denn auch praktisch nicht durchführbar. Hier muss der Beurteilungskraft der Jury vertraut werden.

Die Arbeitsmarktbehörde muss sich - wie sie selber ausgeführt hat - an den Probespielergebnissen orientieren. Im ersten Probespiel hat die Jury keinen der einheimischen und ausländischen Kandidaten als für genügend erachtet. Für das zweite Probespiel, das bis zur dritten Runde durchgeführt worden ist und in dem die Jury verschiedene Bewerber beurteilt und ihre Wahl getroffen hat, hat sich kein einheimischer Bewerber gemeldet. Folglich war für die Stelle des Ersten Hornisten am Opernhaus Zürich kein fähiger einheimischer Arbeitnehmer zu finden; das Prinzip des Vorrangs der inländischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wurde also nicht verletzt.

4. Steht fest, dass die vakante Stelle einem ausländischen Arbeitnehmer angeboten werden kann, so stellt sich als nächstes die Frage nach der Prioritätenordnung der Rekrutierung.

Findet sich für eine Stelle keine fähige Arbeitskraft aus der Schweiz, was vorliegend der Fall ist, so ist nach den Rekrutierungsprioritäten vorzugehen, wie sie in Art. 8 BVO festgehalten sind. Danach werden Aufenthaltsbewilligungen in erster Linie an Angehörige der EG/EFTA-Staaten erteilt und in zweiter Linie an Angehörige aus Staaten der übrigen traditionellen Rekrutierungsgebiete. Ungarn zählt zu den Ländern, die als nicht traditionelle Rekrutierungsgebiete gelten. Angehörige aus diesen Staaten erhalten grundsätzlich keine Aufenthaltsbewilligungen. Ausnahmen sind dann möglich, wenn es sich um qualifizierte Arbeitskräfte handelt und besondere Gründe vorliegen.

Vorliegend ergibt sich folgende Situation. Ist der Bewerber Y als valabler Kandidat für die Stelle des Solohornisten anzusehen, wie es der Meinung der Vorinstanz entspricht, so geniesst er als EG-Bürger Priorität vor dem ungarischen Bewerber. Ist dies hingegen nicht der Fall, und ist Y als fähiger Bewerber auszuschliessen, so muss anschliessend geprüft werden, ob die erforderlichen Voraussetzungen für eine Ausnahmbewilligung an X gegeben sind.

Um die Frage nach der Fähigkeit des Kandidaten Y, die Stelle des Ersten Hornisten im Opernorchester Zürich zu besetzen, beantworten zu können, ist von den Probespielunterlagen auszugehen.

Das entscheidende zweite Probespiel fand am 3. Oktober 1992 statt. Die Jury setzte sich dabei einerseits aus den acht Mitgliedern der Probespielkommission und andererseits aus 16 Orchestermmitgliedern zusammen. Gemäss Probespielordnung vom 28. Juni 1985 sind für die Wahl eines Kandidaten ausschliesslich die Stimmen der Probespielkommission massgebend - die Orchestermmitglieder haben lediglich beratende Funktion. Damit ein Kandidat gewählt und ihm die Stelle angeboten werden kann, muss laut Probespielordnung eine Dreiviertelmehrheit innerhalb der Probespielkommission erreicht werden. Zudem steht dem musikalischen Oberleiter die Möglichkeit offen, gegen die Wahl eines Kandidaten sein Veto einzulegen.

Aus den Probespielunterlagen geht hervor, dass von den acht am Probespiel teilnehmenden Kandidaten vier in die zweite Runde zugelassen wurden: Y, X aus Ungarn, ein Holländer und ein Deutscher. In der ersten Runde hatte Y 19 Punkte erzielt, X 22, der Holländer 11 und der Deutsche 10.

In der zweiten Runde erhielt Y 20 Punkte, der Ungar 23, der Holländer 7 und der Deutsche 16 Punkte. Y, der Ungar und der Deutsche wurden zur dritten Runde des Probespiels zugelassen.

Aus den kurzen Notizen zur dritten Probespielrunde geht hervor, dass die Mitglieder der Probespielkommission, deren Stimme für die Wahl entscheidend ist, sich ganz überwiegend zugunsten des Ungarn ausgesprochen haben ...

Sechs der acht Mitglieder der Probespielkommission haben für X gestimmt, womit die erforderliche qualifizierte Mehrheit erreicht wurde. Kein einziger der Juroren hat sich indessen für Y ausgesprochen ... Fasst man die Stimmenverteilung zusammen, so kommt man auf 6:2 Stimmen für X und 0:8 Stimmen für Y. Dieses Resultat ist eindeutig und lässt keinen Interpretationsspielraum mehr zu.

Die Argumentation des BIGA, Y sei auch als «absolut valabler Kandidat» anzusehen, da er in der zweiten Runde nur drei Punkte weniger erzielt habe als der Ungar, ist nicht haltbar. In der zweiten Runde verteilten die Mitglieder der Probespielkommission und die Orchestermmitglieder jeweils mehreren Kandidaten Punkte. Der daraus resultierende Punktestand kann somit nicht als Endresultat gewertet werden. Das BIGA hat insofern recht, als Y zweifellos eine gewisse Begabung hat, was vom Opernhaus Zürich auch bestätigt worden ist. In seiner Argumentation stützt sich das BIGA aber ausschliesslich auf den Punktestand nach der zweiten Runde und erklärt Y als annehmbaren Kandidaten; dessen Leistung im entscheidenden dritten Durchgang berücksichtigt es dabei nicht. In dieser dritten Runde, in denen die Bewerber Orchesterpassagen spielen mussten, hatte jedes Mitglied der Probespielkommission nur noch eine Stimme zu vergeben, was zu dem eindeutigen Resultat führte, dass nur X für die Stelle in Frage komme. Entgegen der vom BIGA geäusserten Auffassung kam für keines der Jurymitglieder eine andere Wahl in Frage.

Das BIGA lehnt die Begründung des Opernhauses ab, dass mehrere Kandidaten nur zu Vergleichszwecken in die letzte entscheidende Runde gelangt seien. Nicht akzeptable Kandidatinnen und Kandidaten würden schon gar nicht an ein Probespiel eingeladen und könnten noch viel weniger zwei Probespielrunden bestehen.

Dieser Auffassung kann sich der Bundesrat nicht anschliessen. Die Tatsache, dass gewisse Bewerber sehr wohl zwei Probespielrunden bestehen und doch nicht als akzeptable Kandidaten gelten müssen, zeigt sich am Beispiel des deutschen Bewerbers. Auch das BIGA ist nicht der Ansicht, dass dieser ein valabler Kandidat ist, obwohl er in die dritte Runde zugelassen wurde. Im übrigen überzeugt die Argumentation des Opernhauses, dass mehrere Kandidaten in die dritte Runde kommen, damit die Probespielkommission Vergleichsmöglichkeiten hat. Es ist verständlich, dass die Kommission, bevor sie ihre endgültige Wahl trifft, mehrere Kandidaten anhören möchte, um den unmittelbaren Vergleich über deren künstlerische Fähigkeiten zu haben und

um sich des Talents des Gewinners völlig sicher zu sein.

Im vorliegenden Fall wäre wohl anders zu entscheiden, wenn Y und X in der dritten, entscheidenden Runde ähnlich gut abgeschnitten hätten. Die Tatsache aber, dass Y keine einzige Stimme der Probespielkommission erhalten hat und der musikalische Oberleiter sein Veto gegen dessen Wahl eingelegt hätte, lässt keinen anderen Schluss zu, als dass Y als nicht akzeptabler Kandidat anzusehen ist.

X arbeitet nun seit geraumer Zeit im Orchester des Opernhauses Zürich. Nach Aussage der Beschwerdeführerin hat er sich ausgezeichnet bewährt, und es wäre kein besserer Hornist zu finden gewesen. Dieser Umstand bestärkt den Bundesrat in seiner Auffassung, dass X die richtige Wahl für die Stelle des Ersten Hornisten gewesen ist.

5. Bis anhin ist festgestellt worden, dass für die Stelle des Solohornisten des Opernorchesters Zürich kein fähiger Kandidat weder aus der Schweiz noch aus einem EG/EFTA-Land zur Verfügung stand. Als nächstes gilt es die Frage zu beantworten, ob X eine Ausnahmegewilligung im Sinne von Art. 8 Abs. 2 Bst. a BVO erteilt werden kann.

5.1. Zuerst ist zu prüfen, ob X als qualifizierte Arbeitskraft anzusehen ist.

(Lebenslauf)

Das BIGA zieht die Begabung von X grundsätzlich nicht in Zweifel, ist jedoch der Ansicht, dass sein junges Alter und die geringe Orchestererfahrung seine Qualifikation minderten.

Das BIGA vertritt sicher zu Recht die Auffassung, dass X noch nicht über allzu grosse Orchestererfahrung verfüge. Doch stellt sich die Frage, ob langjährige Erfahrung Voraussetzung ist, damit ein Künstler als qualifizierte Arbeitskraft betrachtet werden kann.

Im Gegensatz zu anderen Branchen bietet eine ausgedehnte Berufserfahrung im künstlerischen Bereich keine Gewähr für grossartige Leistungen und kann somit auch nicht als unabdingbare Voraussetzung für die Qualifikation angesehen werden. Berufserfahrung kann die individuelle Begabung eines Künstlers sicherlich noch verstärken - diese ist jedoch unabhängig davon schon vorhanden oder nicht. Dass ein Künstler zudem nicht schon in fortgeschrittenem Alter sein muss, um grosse künstlerische Leistungen zu erbringen, wird durch die vielen jungen Begabungen gerade im Musikbereich verdeutlicht. Alter und Berufserfahrung können in anderen Berufen die entscheidenden Gradmesser für die Qualifikation einer Person sein, nicht jedoch im künstlerischen Bereich, wo es einzig auf das Talent des Künstlers ankommt. Insofern stehen also weder die eher geringe Berufserfahrung von X noch sein jugendliches Alter seiner Anerkennung als qualifizierte Arbeitskraft entgegen. Für seine ausserordentlichen Fähigkeiten spricht vielmehr, dass drei berühmte Dirigenten, die mit X gearbeitet haben, ihn als «ausgezeichneten Ersten Hornisten» bezeichnen und ihm alle Voraussetzungen attestieren, die für diese anspruchsvolle Position unerlässlich sind.

Somit kann der Auffassung des BIGA, dass an der Qualifikation von X gewisse Abstriche vorzunehmen seien und er folglich nicht als qualifizierte Arbeitskraft im Sinne von Art. 8 Abs. 2 Bst. a BVO gelte, nicht gefolgt werden.

5.2. Im folgenden ist zu prüfen, ob die «besonderen Gründe» gegeben sind, die nach Art. 8 Abs. 2 Bst. a BVO eine Ausnahme rechtfertigen.

Nach der Praxis des BIGA reicht eine solide musikalische Ausbildung alleine nicht aus, damit Musikerinnen und Musiker aus einem nicht traditionellen Rekrutierungsgebiet eine Aufenthaltsbewilligung erhalten. Zusätzlich müssten besondere Gründe vorliegen, welche eine Ausnahme rechtfertigen könnten. Diese Gründe würden aber nur mit grosser Zurückhaltung angenommen.

Gemäss BIGA-Praxis stellt die Besetzung der Position eines Ersten Hornisten - im Gegensatz zum Dirigenten und zum Konzertmeister - keinen solchen Ausnahmegrund dar.

Nach der Praxis des BIGA liegen also bei Gesuchen von Musikerinnen und Musikern aus nicht traditionellen Rekrutierungsgebieten, die keine Dirigenten- und Konzertmeisterstellung innehaben, a priori nie besondere Gründe im Sinne der BVO vor. Diese haben somit von vornherein keine Aussicht auf eine Aufenthaltsbewilligung.

Von besonderem Interesse ist die Abgrenzung, die das BIGA gegenüber gewissen anderen Berufsgattungen im Bereich der Oper, des Orchesters und Balletts vornimmt. Diese Privilegierungen werden im folgenden unter dem Aspekt der rechtsgleichen Behandlung näher betrachtet.

a. Das BIGA begründet die privilegierte Behandlung von Dirigent und Konzertmeister damit, dass diese eine bedeutungsvollere Stelle bekleiden würden als die Orchestermmitglieder. Ihnen obliege die musikalische Leitung und personelle Führung des gesamten Orchesters. Sie ermöglichten es den einzelnen Musikerinnen und Musikern, ihre Fähigkeiten mehr oder weniger zur Entfaltung zu bringen, und bürgten somit für die Qualität des Orchesters. Das erste Horn sei zwar unbestrittenermassen ein wichtiges Instrument innerhalb des Orchesters, doch würde dies auch für alle anderen ersten Instrumente und sogar für die entsprechenden Zweitbesetzungen gelten. Es sei kaum durchführbar, unter den Musikerinnen und Musikern eine Auswahl zu treffen und gewisse Positionen herauszusuchen, die das Erteilen einer Ausnahmegewilligung rechtfertigten.

Nach Auffassung des Opernhauses ist es hingegen unhaltbar, nur dem Konzertmeister eine Ausnahmestellung zu gewähren, da andere Orchesterpositionen mindestens ebenso wichtig seien. Entgegen der Aussage des BIGA hat das Opernhaus indessen nie die Meinung vertreten, dass gewisse Orchesterpositionen der Position eines Dirigenten gleichwertig seien. Es hat sich nur auf die Stellung des Konzertmeisters bezogen und dabei von den verschiedenen Orchesterpositionen das erste Horn zusammen mit der ersten Flöte und der ersten Oboe als die exponiertesten und heikelsten bezeichnet.

Es ist unbestritten, dass der Dirigent eines Orchesters eine herausragende Position innehat. Er ist der Leiter des Orchesters, der die Aufführung im Rhythmus, Tempo, Lautstärke, Agogik, Vortragsart und Charakter prägt. Seine Stellung ist von einzigartiger künstlerischer Bedeutung.

Entgegen den Ausführungen des BIGA kann die Position des Dirigenten nicht mit derjenigen des Konzertmeisters auf dieselbe

Stufe gestellt werden. Der Konzertmeister ist Teil des Orchesters und wie alle anderen Orchestermitglieder dem Dirigenten untergeordnet. Die Frage ist somit nicht, warum der Dirigent bevorzugt behandelt wird, sondern vielmehr, wie die unterschiedliche Behandlung des Konzertmeisters im Vergleich zu den übrigen Orchestermitgliedern gerechtfertigt werden kann.

Der Konzertmeister vertritt das Orchester in seinen künstlerischen Belangen und muss sich der Zusammenarbeit zwischen Dirigent und Orchester widmen; er ist der Vermittler zwischen ihnen (vgl. Del Mar Norman, *Anatomy of the orchestra*, London 1981, S. 34). Es gehört zu seinen Aufgaben, das Einstimmen zu leiten, die Streicher anzuführen, die Violinsoli auszuführen und gelegentlich bei Proben die Vertretung des Dirigenten zu übernehmen (vgl. *Handbuch des Musiktheaters*, Freiburg im Breisgau 1992, S. 832).

Innerhalb des Orchesters kommt dem Konzertmeister sicherlich eine Sonderrolle zu, obwohl - entgegen der Auffassung des BIGA - nicht davon gesprochen werden kann, dass ihm die musikalische Leitung des gesamten Orchesters obliegt. Trotz Anerkennung seiner Sonderrolle stellt sich aber die Frage, inwiefern dem Konzertmeister im Vergleich zu den übrigen Orchestermitgliedern, in casu dem Ersten Hornisten, eine künstlerisch herausgehobene Stellung und Verantwortung zukommt. Nur die grössere künstlerische Bedeutung der Konzertmeisterposition würde eine Ungleichbehandlung des Ersten Hornisten rechtfertigen.

Nach Auffassung von Strasser (Strasser Otto, *Sechse is - Wie ein Orchester musiziert und funktioniert*, Wien 1981, S. 30) bekleiden neben dem Konzertmeister auch die Bläser- und Streichersolisten Spitzenpositionen. Diese müssten daher, um die Qualität des Orchesters zu sichern, mit «allerersten Kräften» besetzt werden. Erste Hornisten würden den «wahrscheinlich exponiertesten Platz im Orchester» innehaben (a.a.O., S. 118). Auch in den Stellungnahmen der Dirigenten Solti, von Dohnanyi, Frühbeck de Burgos, Harnoncourt und Chailly wird hervorgehoben, wie anspruchsvoll und bedeutend die Position des Ersten Hornisten sei und welch exponierte Stellung diesem innerhalb des Orchesters zukomme.

Aufgrund dieser Aussagen gelangt der Bundesrat zur Überzeugung, dass innerhalb des Orchesters der Konzertmeister wie auch der Erste Hornist Spitzenpositionen einnehmen. Ein wesentlicher Unterschied ihrer künstlerischen Bedeutung, der eine Ungleichbehandlung rechtfertigen würde, ist nicht auszumachen. Den Konzertmeister einzig aufgrund seiner Sonderrolle privilegiert zu behandeln und anderen Positionen, die künstlerisch ebenso bedeutend sind, diese Privilegierung von vornherein zu verweigern, verstösst gegen das Gleichheitsgebot.

Dieses in Art. 4 der Bundesverfassung verankerte Gebot gilt gleichermaßen für Rechtsetzung wie Rechtsanwendung. In der Rechtsanwendung wird das Gleichheitsgebot verletzt, wenn zwei gleiche tatsächliche Situationen ohne sachlichen Grund unterschiedlich beurteilt werden (BGE 107 Ia 228 mit Hinweis auf frühere Rechtsprechung; vgl. auch Häfliger Arthur, *Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich*, Bern 1985, S. 70, und Müller Jörg Paul, *Kommentar BV*, Art. 4, Rz. 36).

Im vorliegenden Fall ist kein sachlicher Grund für die unterschiedliche Behandlung des Konzertmeisters und des Ersten Hornisten bei der Erteilung von Ausnahmegewilligungen ersichtlich. Die Praxis des BIGA, die Trennlinie für Ausnahmegewilligungen kategorisch zwischen dem Konzertmeister und den übrigen Orchestermitgliedern zu ziehen, ist somit nicht haltbar. Auch innerhalb des Orchesters sind gewisse Differenzierungen vorzunehmen, die der unterschiedlichen künstlerischen Bedeutung der einzelnen Positionen Rechnung tragen.

Die rechtsungleiche Behandlung des Konzertmeisters und des Ersten Hornisten wird auch durch das Argument des BIGA, dass eine Ausnahmeregelung für Orchestermitglieder seine Praxis unverhältnismässig erschweren würde, nicht gerechtfertigt. Das Interesse an einer differenzierten Lösung überwiegt hier gegenüber einer schematisierten Regelung, die zwar möglicherweise für die rechtsanwendenden Behörden einfacher, dafür im Einzelfall aber weniger gerecht ist.

...

b. Nach der Praxis des BIGA werden Sänger und Sängerinnen sowie Tänzer und Tänzerinnen aus nicht traditionellen Rekrutierungsgebieten beim Erteilen von Ausnahmegewilligungen im Vergleich zu Musikern und Musikerinnen privilegiert behandelt. Diese grosszügigere Bewilligungspraxis wird damit begründet, dass in der Oper und im Ballett die Persönlichkeit der Bewerber für eine zu besetzende Stelle von grosser Bedeutung sei und eine enge Bindung der Künstler an die jeweilige Rolle bestehe. Es gehe somit nicht nur um die Qualifikation und die Stellung im Ensemble.

Dieser Auffassung des BIGA ist grösstenteils zu folgen. Es ist im Grundsatz unbestritten, dass in diesem Punkt zwischen Musikerinnen und Musikern einerseits und Sängerinnen und Sängern sowie Tänzerinnen und Tänzern andererseits ein Unterschied besteht. Wer im Orchestergraben sitzt, bei dem zählt einzig die künstlerische Leistung und nicht etwa sein Aussehen oder seine persönliche Ausstrahlung. Im Opernbetrieb, im Gegensatz zum Konzertwesen, steht das Geschehen auf der Bühne im Vordergrund; dabei darf aber nicht vergessen werden, dass das Orchester keineswegs eine reine Begleitfunktion ausübt, sondern dass die Qualität einer Aufführung auch entscheidend von seiner Leistung abhängt.

Bei Opernsängerinnen und -sängern ist - neben der gesanglichen Begabung - ihr Charisma, ihre Persönlichkeit von grosser Bedeutung für die Idealbesetzung einer Rolle und somit für den Erfolg einer Aufführung. Dies gilt nicht nur für die Hauptsolistinnen und -solisten, sondern ebenfalls für die Besetzungen der Nebenrollen.

Auch die herausragende Bedeutung der Ballettsolistinnen und -solisten steht ausser Frage. Diese müssen nebst ihrem künstlerischen Talent noch ein gewisses Aussehen und eine bestimmte Ausstrahlung mit sich bringen, für die zu besetzende Rolle also die persönliche Eignung aufweisen. Bei den Mitgliedern des Ballettensembles indessen kann diese enge Bindung der Künstler und Künstlerinnen an ihre Rolle nicht mehr vorbehaltlos bejaht werden. Die Mitglieder des Corps de ballet stellen die Gesamttruppe von Tänzerinnen und Tänzern dar, die keine solistischen Aufgaben erfüllen. Sie besetzen keine Einzelrollen, sondern treten als Ensemble in Erscheinung. Auch wenn unbestritten ist, dass sie über grosse tänzerische Begabung verfügen müssen, so kann doch in Zweifel gezogen werden, dass ihre Persönlichkeit oder ihr Aussehen für die Besetzung der Rollen ausschlaggebend ist. Was im übrigen die künstlerische Bedeutung ihrer Position angeht, so ist ein Vergleich mit der Stellung der Orchestersolistinnen und -solisten in jedem Fall zulässig. Je nach Aufführung kommt einem Ersten Hornisten oder einer Ersten Flötistin dieselbe Wichtigkeit zu wie einem Mitglied des Corps de ballet, womöglich steht deren Darbietung sogar noch mehr im Vordergrund als diejenige eines Mitglieds des Ballettensembles.

Für die Differenzierung, die das BIGA hier zwischen Mitgliedern des Ballettensembles und Orchestersolistinnen und -solisten vornimmt, sind keine sachlichen Gründe ersichtlich. Diese Ungleichbehandlung wird der künstlerischen Bedeutung der Positionen

der Orchestersolistinnen und -solisten nicht gerecht und erscheint aus diesem Grund nicht haltbar.

c. Zusammenfassend lässt sich zur Bewilligungspraxis des BIGA bei Sängerinnen und Sängern, Tänzerinnen und Tänzern und Musikerinnen und Musikern folgendes festhalten.

Das BIGA anerkennt, dass im Bereich der Oper, des Balletts und des Orchesters Spitzenpositionen eine Ausnahmegewilligung rechtfertigen. Es schränkt seine Praxis sodann aber bei Spitzenpositionen des Orchesters ein, ohne dass sachliche Gründe dafür bestünden. Es muss betont werden, dass hier nur von den künstlerisch bedeutendsten Stellen die Rede ist und bei weitem nicht von allen Positionen eines Orchesters. Im übrigen ist solch eine extensive Bewilligungspraxis auch von der Beschwerdeführerin nie verlangt worden. Mit anderen Worten: Sieht die Arbeitsmarktkommission vor, dass die Spitzenpositionen, die künstlerisch anspruchsvollsten Stellen im Bereich der Oper, des Balletts und des Orchesters eine Ausnahmeregelung im Sinn von Art. 8 Abs. 2 Bst. a BVO rechtfertigen, so muss diese Praxis nach dem Gleichheitsgebot für alle Spitzenpositionen gelten, somit auch für die Position des Solohornisten.

Solch eine liberalere Bewilligungspraxis steht in keinerlei Widerspruch zu den Zielsetzungen der BVO. Es steht ausser Zweifel, wie das BIGA richtig bemerkt hat, dass sich die BVO auch auf die Beschäftigungsverhältnisse im Kunstbereich erstreckt. Auch in diesem Bereich haben die arbeitsmarktpolitischen Kriterien der BVO Geltung. Es kann aber nicht Sinn der BVO sein, dass international renommierte kulturelle Institutionen wie das Opernhaus Zürich auf qualifizierte Musikerinnen und Musiker für Spitzenpositionen verzichten und dadurch einen unermesslichen Verlust an künstlerischer Qualität in Kauf nehmen müssen. Die BVO will vielmehr ermöglichen, dass für anspruchsvolle Positionen, für die sich kein geeigneter einheimischer Bewerber und auch kein fähiger Bewerber aus den EG/EFTA-Staaten oder den anderen traditionellen Rekrutierungsgebieten findet, hochqualifizierte Fachleute auch aus nicht traditionellen Rekrutierungsgebieten angeworben werden können. Dadurch sollen nicht zu verantwortende Leistungseinbußen verhindert werden - nicht nur im Bereich der Kunst, aber auch dort. Unser Land braucht weiterhin ausländische Arbeitskräfte, damit die Vorteile und die Attraktivität des Wirtschaftsstandortes Schweiz gewahrt werden können. Dazu gehört ebenfalls ein anspruchsvolles, qualitativ hochstehendes Kulturleben. Die BVO darf in diesem Sinn - entgegen der Auffassung der Arbeitsmarkt-

behörde - nicht als Mittel eingesetzt werden, um hochtalentierten Musikerinnen und Musikern aus Osteuropa a priori den Zugang zum schweizerischen Arbeitsmarkt zu verwehren.

6. Das BIGA vertritt in seinem Schreiben vom 2. Dezember 1993 die Auffassung, dass eine extensive Bewilligungspraxis im Künstlerbereich eine Rechtsungleichheit gegenüber der Praxis in der Wirtschaft bedeuten würde. Im Hinblick auf die Rechtsgleichheit mit der Ausländerzulassung in anderen Branchen sei es gerechtfertigt, nicht alle Orchesterpositionen als derart wichtig anzuerkennen, dass sie eine Ausnahme nach Art. 8 BVO zu begründen vermöchten.

Diese Argumentation des BIGA überzeugt nicht. Das BIGA übersieht dabei, dass bei der Zulassung ausländischer Arbeitskräfte zum schweizerischen Arbeitsmarkt nicht die eine Branche mit der anderen verglichen werden kann, unbesehen um die spezielle Problematik, die sich in jedem einzelnen Arbeitssektor stellt. Jede Branche muss gesondert, für sich allein, betrachtet werden und verlangt nach einer eigenen, ihre speziellen Bedürfnisse berücksichtigenden Praxis. Ist es möglich, in dem einen Bereich mit wenigen Ausnahmegewilligungen auszukommen, so kann dies nicht als Massstab für alle anderen Branchen genommen werden. Insofern kann auch nicht davon gesprochen werden, dass die Gewährung von Ausnahmegewilligungen für Spitzenpositionen eines Orchesters zu einer Rechtsungleichheit bezüglich der Ausländerzulassung im Bereich der Wirtschaft führen würde.

Die Vorgehensweise, jeden Arbeitssektor für sich alleine zu betrachten und eine auf ihn zugeschnittene Praxis zu entwickeln, verstösst in keiner Weise gegen das Gleichheitsgebot, ganz im Gegenteil: diese Praxis folgt dem Grundsatz, wonach Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln ist (vgl. BGE 94 I 654). Vorliegend galt es also nur zu prüfen, ob der Gleichheitsgrundsatz bezüglich der Gewährung von Ausnahmegewilligungen innerhalb des Bereiches der Oper, des Balletts und des Orchesters respektiert worden ist.

Dokumente des Bundesrates