



Abteilung VI
F-488/2021

Urteil vom 27. Juni 2022

Besetzung

Richterin Susanne Genner (Vorsitz),
Richterin Regula Schenker Senn,
Richter Yannick Antoniazza-Hafner,
Gerichtsschreiber Rudolf Grun.

Parteien

A. _____,
vertreten durch Marc Spescha, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Verweigerung der Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung aus der Schweiz.

Sachverhalt:**A.**

Am 7. September 2011 und 10. Oktober 2012 bewilligte das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich (AWA) die Gesuche der B. _____ mit Hauptsitz in Indien um Zulassung der Beschwerdeführerin (geb. 1976, indische Staatsangehörige) zur unselbständigen Erwerbstätigkeit als Projektingenieurin bei der C. _____ im Rahmen zweier je auf zwölf Monate befristeter Kurzaufenthalte. Einen weiteren arbeitsmarktlichen Vorentscheid erliess das AWA nach Einholung der Zustimmung des SEM, worauf der Beschwerdeführerin am 9. Oktober 2013 eine Aufenthaltsbewilligung erteilt wurde, die nach entsprechenden arbeitsmarktlichen Vorentscheiden jeweils verlängert wurde, letztmals mit Gültigkeit bis am 8. Oktober 2017.

B.

Am 2. August 2017 zeigte das Migrationsamt des Kantons Zürich (nachfolgend: Migrationsamt) der Beschwerdeführerin den Verfall ihrer Aufenthaltsbewilligung an, worauf diese am 14. September 2017 um deren Verlängerung ersuchte und als (neue) Arbeitgeberin die D. _____ in Zürich angab. Gleichentags ersuchten auch ihr Ehemann und der gemeinsame Sohn um Verlängerung ihrer Aufenthaltsbewilligungen.

C.

Mit Verfügung vom 8. Januar 2018 wies das AWA das Gesuch der D. _____ um Bewilligung des Stellenwechsels der Beschwerdeführerin ab. Den dagegen erhobenen Rekurs wies die Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich am 13. August 2018 ab. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich wies sodann mit Urteil vom 20. Februar 2019 die dagegen erhobene Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

D.

Mit Verfügung vom 15. Februar 2019 wies das Migrationsamt die Gesuche der Beschwerdeführerin, ihres Ehemannes und ihres Sohnes um Verlängerung ihrer Aufenthaltsbewilligungen ab. Ein dagegen erhobener Rekurs wies die Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich ab. Mit Urteil vom 17. Juni 2020 hiess das kantonale Verwaltungsgericht eine gegen diesen Rekursentscheid gerichtete Beschwerde gut und lud das Migrationsamt ein, die Aufenthaltsbewilligungen zu verlängern. In der Folge unterbreitete das Migrationsamt das Gesuch der Beschwerdeführerin um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung am 4. August 2020 dem SEM zur Zustimmung.

E.

Mit Schreiben vom 13. August 2020 teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit, sie erwäge, der kantonalen Aufenthaltsregelung die Zustimmung zu verweigern, und gewährte ihr dazu das rechtliche Gehör.

F.

Die Beschwerdeführerin machte von ihrem Recht auf Stellungnahme mit Eingabe vom 2. Oktober 2020 Gebrauch.

G.

Mit Verfügung vom 23. Dezember 2020 verweigerte die Vorinstanz die Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung und wies die Beschwerdeführerin – unter Ansetzung einer Ausreisfrist von drei Monaten ab Rechtskraft dieser Verfügung – aus der Schweiz weg.

H.

Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Rechtsmitteleingabe vom 29. Januar 2021 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Feststellung, dass die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung der Zustimmung der Vorinstanz nicht bedürfe bzw. diese nicht ermächtigt sei, die kantonale Bewilligungserteilung von ihrer Zustimmung abhängig zu machen. Eventualiter sei die Verfügung aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, der Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung zuzustimmen. Im Sinne einer vorsorglichen Massnahme sei sie – die Beschwerdeführerin – ferner als berechtigt zu erklären, während des hängigen Beschwerdeverfahrens einer Erwerbstätigkeit nachzugehen.

I.

Mit Zwischenverfügung vom 10. Februar 2021 trat das Bundesverwaltungsgericht auf den Antrag in der Beschwerde um Anordnung einer vorsorglichen Massnahme (Erlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit während des Beschwerdeverfahrens) mangels sachlicher und funktioneller Zuständigkeit des Gerichts nicht ein.

J.

In ihrer Vernehmlassung vom 8. April 2021 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

K.

In ihrer Replik vom 20. Mai 2021 hielt die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen und deren Begründung fest.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Verfügungen des SEM betreffend die Zustimmung zur Erteilung bzw. Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung sind mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (Art. 112 Abs. 1 AIG i.V.m. Art. 31 ff. VGG).

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

1.3 Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin, die ein schutzwürdiges Interesse an der Änderung oder Aufhebung der angefochtenen Verfügung hat, zur Erhebung der Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen (Rechtsmittelfrist [Art. 50 Abs. 1 VwVG], Form der Beschwerde [Art. 52 VwVG] und Bezahlung des Kostenvorschusses [Art. 63 Abs. 4 VwVG]) sind erfüllt. Auf die Beschwerde ist einzutreten, wobei festzuhalten ist, dass das Feststellungsbegehren (Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Zustimmungsverfahrens) das gleiche Ziel verfolgt wie das Eventualbegehren (die Vorinstanz sei anzuweisen, der Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung zuzustimmen) und insofern keine eigenständige Bedeutung besitzt.

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 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 nicht an die Begründung der Begehren gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend ist die Sachlage zum Zeitpunkt des Entscheids (BGE 139 II 534 E. 5.4.1; BVGE 2014/1 E. 2).

3.

Gemäss Art. 40 AIG sind die Kantone für die Erteilung und Verlängerung von ausländerrechtlichen Bewilligungen zuständig. Vorbehalten bleibt die Zuständigkeit des SEM für das Zustimmungsverfahren (Art. 99 AIG i.V.m. Art. 85 f. der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE; SR 142.201] und Art. 2 ff. der Verordnung des

EJPD vom 13. August 2015 über die dem Zustimmungsverfahren unterliegenden ausländerrechtlichen Bewilligungen und Vorentscheide [SR 142.201.1]).

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin bestreitet vorab, dass die Vorinstanz ein Zustimmungsverfahren hätte durchführen dürfen, und macht insbesondere unter Hinweis auf ein Urteil des Bundesgerichts vom 30. März 2015 (BGE 141 II 169) geltend, Art. 99 AIG biete dazu keine hinreichende gesetzliche Grundlage, schon gar nicht gegenüber kantonalen Rechtsmittelentscheiden. Selbst wenn man jedoch in dem seit 1. Juli 2019 in Kraft getretenen revidierten Art. 99 AIG eine hinreichende gesetzliche Grundlage für die Eröffnung eines Zustimmungsverfahrens in einem Fall wie dem vorliegenden erblicken könnte, wäre der Artikel auf die in Frage stehende Bewilligungserteilung nicht anwendbar, da die beantragte Bewilligung von der kantonalen Migrationsbehörde am 15. Februar 2019 verweigert worden sei. Für die Frage, ob das SEM die Bewilligungserteilung nach einem späteren verwaltungsrechtlichen Urteil von seiner Zustimmung abhängig machen könnte, sei dabei die Rechtslage zum Zeitpunkt der migrationsrechtlichen Verfügung massgeblich.

4.2 In BGE 141 II 169 setzte sich das Bundesgericht unter anderem mit der Frage auseinander, ob das SEM einer Bewilligung seine Zustimmung verweigern dürfe, nachdem eine kantonale Rechtsmittelinstanz deren Erteilung angeordnet hatte (E. 4.4). Es stellte dabei eine Verletzung des Legalitätsprinzips durch die vormaligen Art. 85 Abs. 1 Bst. a und b VZAE (in der bis zum 31. August 2015 geltenden Fassung) fest und führte aus, diese Bestimmungen würden keine Grundlage für die Verweigerung der Zustimmung durch das SEM bilden, wenn ein Rechtsmittelentscheid des Kantons vorliegt. Es kam – in Änderung der Rechtsprechung – zum Schluss, "dass ein Zustimmungsverfahren nach dem Erlass eines kantonalen Rechtsmittelentscheids dort nicht angestrengt werden kann, wo es dem Staatssekretariat offensteht, selbst Beschwerde zu führen; in solchen Fällen wäre gestützt auf die Kompetenzordnung die Erhebung einer Behördenbeschwerde die richtige Vorgehensweise (Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG)" (E. 4.4.3). Mit Blick darauf, dass eine Behördenbeschwerde nur im Zusammenhang mit Bewilligungen angestrengt werden kann, auf welche ein Anspruch besteht, erläuterte das Bundesgericht, auf welche Weise das SEM seine Aufsichtsfunktion auch in Bezug auf Bewilligungen, auf die kein Anspruch besteht, ausüben könnte (E. 4.4.4). In Reaktion auf diese Recht-

sprechung passte der Bundesrat (nunmehr unter Einhaltung der Delegationsgrundsätze) Art. 85 VZAE an (Inkrafttreten am 1. September 2015; AS 2015 2739), wobei er in Abs. 1 die Zuständigkeitsbereiche des SEM umschrieb und in Abs. 2 seine (durch Art. 99 AIG in der ursprünglichen, bis am 31. Mai 2019 geltenden Fassung verliehene) Kompetenz zur Festlegung der zustimmungspflichtigen Bewilligungen an das EJPD weiterdelegierte (Subdelegation). Dies änderte jedoch nichts an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach bei Vorliegen eines kantonalen Rechtsmittelentscheids das SEM kein Zustimmungsverfahren durchführen durfte, wenn ihm die Möglichkeit einer Behördenbeschwerde offenstand (auch nicht gemäss Art. 85 Abs. 3 VZAE [vgl. Urteil des BVGer F-3976/2019 vom 20. Januar 2021 E. 3.4 m.w.H]). Dazu bedurfte es einer Gesetzesänderung, was mit der Einführung von Art. 99 Abs. 2 AIG am 1. Juni 2019 verwirklicht wurde (vgl. auch die Botschaft vom 2. März 2018 zur Revision des AuG [Verfahrensnormen und Informationssysteme], BBl 2018 2685, in welcher der Bundesrat "die Situation nach der neuen Rechtsprechung im Hinblick auf den Auftrag an das SEM, eine kohärente Ausländerpolitik sicherzustellen und die Umsetzung des Ausländergesetzes durch die Kantone zu überwachen", als "nicht zufriedenstellend" bezeichnete [BBl 2018 1704]). Nicht zufriedenstellend war nach Ansicht des Gesetzgebers die Rechtslage, wonach kantonale Beschwerdeentscheide nicht in allen Fällen dem Zustimmungsverfahren unterlagen. Der neue Art. 99 Abs. 2 AIG sieht vor, dass das SEM die Zustimmung zum Entscheid einer kantonalen Verwaltungsbehörde *oder einer kantonalen Beschwerdeinstanz* verweigern oder diesen Entscheid befristen oder an Bedingungen und Auflagen knüpfen kann. Daraus erhellt, dass die Rechtsprechung gemäss BGE 141 II 169, wonach das Zustimmungsverfahren nicht zulässig war, wenn dem SEM die Behördenbeschwerde offenstand, nur bis zur Inkraftsetzung von Art. 99 Abs. 2 AIG Gültigkeit hatte (vgl. auch Urteil des BGer 2C_361/2018 vom 21. Januar 2019 E. 2.1). Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist für die Anwendung der neuen Regel nicht der Zeitpunkt der Verfügung des Migrationsamts massgeblich, sondern der Zeitpunkt des kantonalen Beschwerdeentscheids (vgl. Urteil des BVGer F-3976/2019 vom 20. Januar 2021 E. 3.7.4). Das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich datiert vom 17. Juni 2020. Da Art. 99 Abs. 2 AIG seit dem 1. Juni 2019 in Kraft steht, unterliegt das kantonale Gerichtsurteil – sofern der streitige Entscheid unter Art. 85 VZAE fällt – der Zustimmung des SEM.

4.3 Im vorliegenden Fall geht es – anders als beim oben zitierten Bundesgerichtsurteil – um die Zustimmung zu einer Bewilligung, auf die kein An-

spruch besteht, weshalb das SEM von der Behördenbeschwerde gar keinen Gebrauch machen konnte. Hinzu kommt, dass gemäss Art. 99 Abs. 2 AIG nun im Gesetz ausdrücklich festgelegt ist, dass das SEM auch dann seine Zustimmung verweigern kann, wenn eine kantonale Rekursinstanz einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde sich bereits geäussert hat (vgl. auch BBI 2018 1739). Dass in Bezug auf die Beschwerdeführerin – wie von ihr geltend gemacht – die Voraussetzungen für ein Zustimmungsverfahren bei der Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung gemäss Art 86 Abs. 2 Bst. c VZAE nicht gegeben seien, ist unerheblich, weil die kantonale Ausländerbehörde dem SEM für die Überprüfung der bundesrechtlichen Voraussetzungen einen kantonalen Entscheid auch unabhängig von den in Art. 86 Abs. 2 VZAE aufgelisteten Sachverhalten und Bedingungen zur Zustimmung unterbreiten kann (vgl. Art. 85 Abs. 3 VZAE). Entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin ist ferner für das Zustimmungsverfahren die Rechtslage im Zeitpunkt des Urteils des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich (17. Juni 2020) und nicht diejenige vom 15. Februar 2019 (Verweigerung der Bewilligung durch das kantonale Migrationsamt) massgebend (Urteil F-3976/2019 E. 3.7.4). Denn erst mit dem Urteil des Verwaltungsgerichts stellte sich die Frage der Zustimmung bzw. konnte ein Zustimmungsverfahren eröffnet werden. Für die Zustimmung von negativen Verfügungen gibt es keine gesetzliche Grundlage, weshalb es keinen Sinn machen würde, für die Anwendbarkeit des massgebenden Rechts auf den Zeitpunkt der (negativen) kantonalen Verfügung abzustellen.

4.4 Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass die Vorinstanz gestützt auf den am 1. Juni 2019 in Kraft getretenen Art. 99 Abs. 2 AIG i.V.m. Art. 85 Abs. 3 VZAE zu Recht ein Zustimmungsverfahren durchgeführt hat.

5.

Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin die materiellen Voraussetzungen für die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung erfüllt bzw. die Vorinstanz die Zustimmung zur Verlängerung wegen fehlender Voraussetzungen verweigern durfte.

6.

6.1 Gemäss Art. 26 AIG können Ausländerinnen und Ausländer zur Erbringung einer vorübergehenden, grenzüberschreitenden Dienstleistung nur zugelassen werden, wenn ihre Tätigkeit dem gesamtwirtschaftlichen Interesse entspricht, wobei die Voraussetzungen nach den Artikeln 20 (Begrenzungsmaßnahmen), 22 (Lohn- und Arbeitsbedingungen) und 23 AIG (Persönliche Voraussetzungen) sinngemäss gelten.

6.2 Nach Art. 32 Abs. 1 AIG wird die Kurzaufenthaltsbewilligung für befristete Aufenthalte mit einer Dauer von mehr als einem Jahr erteilt. Sie wird für einen bestimmten Aufenthaltswitzweck erteilt und kann mit weiteren Bedingungen verbunden werden (Art 32 Abs. 2 AIG). Ferner kann sie bis zu zwei Jahren verlängert werden, wobei ein Stellenwechsel nur aus wichtigen Gründen möglich ist (Art. 32. Abs. 3 AIG). Die Kurzaufenthaltsbewilligung kann nur nach einem angemessenen Unterbruch des Aufenthalts in der Schweiz erneut erteilt werden (Art. 32 Abs.4 AIG).

6.3 Gemäss Art. 33 Abs. 1 AIG wird die Aufenthaltsbewilligung für die Aufenthalte mit einer Dauer von mehr als einem Jahr erteilt. Sie wird ebenfalls für einen bestimmten Aufenthaltswitzweck erteilt und kann mit weiteren Bedingungen verbunden werden (Art. 33 Abs. 2 AIG). Sie ist befristet und kann verlängert werden, wenn keine Widerrufungsgründe nach Art. 62 Abs. 1 vorliegen (Art. 33 Abs. 3 AIG).

6.4 Art. 38 Abs. 2 AIG sieht vor, dass Personen mit einer Aufenthaltsbewilligung, die zur selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit zugelassen sind, ihre Tätigkeit in der ganzen Schweiz ausüben und die Stelle ohne weitere Bewilligung wechseln können.

7.

Die ursprüngliche Kurzaufenthaltsbewilligung zur Erwerbstätigkeit wurde der Beschwerdeführerin für eine grenzüberschreitende Dienstleistung gestützt auf Art. 26 AIG i.V.m. Art. 3 VZAE erteilt. Nach Ablauf von zwei Jahren wurde der weitere Einsatz mit einer Aufenthaltsbewilligung geregelt, weil Kurzaufenthaltsbewilligungen nur bis zu zwei Jahren verlängert werden können (Art. 32 Abs. 3 AIG).

7.1 Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, dass der Aufenthaltswitzweck auch mit der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung unverändert geblieben sei, d.h. für einen zeitlich befristeten Einsatz zur Weiterführung des laufenden Projekts. Mit Beendigung der Entsendung über die B._____, Indien, sei der vorgesehene Aufenthaltswitzweck der Beschwerdeführerin erfüllt gewesen. Der Wechsel zu einem Schweizer Arbeitgeber stelle eine Änderung des Aufenthaltswitzwecks dar, welcher einer Bewilligung durch das zuständige Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich bedürfe. Dabei müssten auch die ordentlichen Zulassungsvoraussetzungen zum Arbeitsmarkt, namentlich der Inländervorrang gemäss Art. 21 AIG erfüllt sein. Den kantonalen Akten zufolge sei jedoch der Inländervorrang bei der Neu-

anstellung durch die D. _____ nicht beachtet worden. Entgegen den Ausführungen des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich stehe diese Praxis nicht im Widerspruch zu Art. 38 Abs. 2 AIG. Die vom Gesetzgeber beabsichtigte berufliche Mobilität, welche mitunter eine administrative Entlastung für Arbeitgeber und Behörden mit sich bringen soll, könne sich nur auf Personen beziehen, die im Besitze einer Aufenthaltsbewilligung seien, welche für eine lokale Anstellung unter Einhaltung aller gesetzlich kumulativ vorgeschriebener Zulassungskriterien erteilt worden sei. Bei grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringungen stehe nicht der subjektive Wunsch der ausländischen Person, dauerhaft in die Schweiz zu migrieren, im Mittelpunkt, sondern die Erfüllung eines Auftrags oder Projektes zwischen zwei Parteien bzw. Unternehmen. Aufgrund der weiteren spezifischen Eigenschaften einer grenzüberschreitenden Dienstleistung (befristete Zulassung ohne Prüfung des Inländervorrangs, ausländischer Arbeitgeber und daher kein Stellenantritt in der Schweiz) könne nicht von einem subjektiven Recht auf Aufenthalt ausgegangen werden, welches dem Inhaber der Aufenthaltsbewilligung sämtliche damit verbundenen Rechte einräume.

7.2 Die Beschwerdeführerin führt dagegen in ihrer Rechtsmitteleingabe an, den SEM-Weisungen für Projektmitarbeitende sei zu entnehmen, dass deren Beschäftigung *über Jahre hinweg* zumindest atypisch, wenn nicht systemwidrig sei. Für Projektmitarbeitende sei nämlich typisch, dass sie an einem Projekt beschäftigt seien, das als "befristetes" Vorhaben gelte. Bei voraussehbar längerdauernden Projekten oder ausserordentlichen Aufgaben würden primär Kurzaufenthaltsbewilligungen nach Art. 19 Abs. 1 VZAE erteilt. Bei nachweislich verlängerten Projekten könne im Anschluss an eine Kurzaufenthaltsbewilligung auch eine Bewilligung nach Art. 20 Abs. 1 VZAE *geprüft* werden. Gemäss Rundschreiben des damaligen Bundesamtes für Migration (BFM; heute: SEM) vom 22. Dezember 2009 betreffend Projektmitarbeitende sollten entsprechende Bewilligungen jedoch nur *in Einzelfällen* bei Vorliegen *besonderer Umstände* erteilt werden. Daraus folge, dass ursprünglich als Entsandte auf den schweizerischen Arbeitsmarkt gelangte Personen, die wie die Beschwerdeführerin im Verfügungszeitpunkt über acht Jahre in der Schweiz gelebt hätten und deren Kurzaufenthaltsbewilligung kontingentsbelastet in eine Aufenthaltsbewilligung umgewandelt worden sei, nicht weiterhin als "vorübergehend" anwesende Dienstleistungserbringer behandelt werden könnten und sollten. Sachgerecht sei vielmehr, sie als "normale" Aufenthaltsberechtigte zu behandeln, sodass sie ohne weitere Bewilligung die Stelle wechseln könnten, wie sich

dies auch aus dem Ausländerausweis ergebe, da dort keine einschränken- den Bedingungen erwähnt gewesen seien, welche Art. 38 Abs. 2 AIG aus- ser Kraft gesetzt hätten.

Zur Frage der Bewilligungspflicht eines Stellenwechsels sei des Weiteren ein Telefongespräch des Vertreters der Beschwerdeführerin mit dem Chef des Rechtsdienstes des damaligen BFM aktenkundig, das im Zusammen- hang mit fünf ähnlich gelagerten Fällen geführt worden sei. Zwar sei ihm damals vom BFM empfohlen worden, mit dem AWA für eine einvernehmli- che Lösung das Gespräch zu suchen. Bezüglich der geltend gemachten auflagenfreien Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen an ursprünglich ent- sandte Erwerbstätige habe der Chef des Rechtsdienstes indes eingeräumt, die Berufung auf Treu und Glauben sei naheliegend. Fraglich sei überdies, ob die erwähnte Bindung an einen Arbeitgeber im Einzelfall arbeitsmarkt- lich zulässig und sinnvoll sei. Auch sei es wenig sinnvoll, die berufliche Mo- bilität zu verwehren, wenn es sich hierbei um nachgefragte qualifizierte Ar- beitskräfte handle, die dem gesamtwirtschaftlichen Interesse der Schweiz förderlich seien. Für eine Bewilligung auf Dauer inklusive Stellenwechsel spreche ferner die Anrechnung an das Kontingent bei der Umwandlung der Kurzaufenthaltsbewilligung in eine Aufenthaltsbewilligung. Die Praxis des AWA sei noch problematischer, wenn ein Familiennachzug erfolgt sei und die Angehörigen gesetzesgemäss bewilligungsfrei auf dem Arbeitsmarkt zugelassen worden seien.

Insofern der Gesetzgeber in Art. 38 Abs. 2 AIG die Wertentscheidung ge- troffen habe, dass Aufenthaltsberechtigte, die zur Erwerbstätigkeit zuge- lassen seien, die Stelle ohne weitere Bewilligung wechseln könnten, gelte diese Bestimmung für die Frage des Stellenwechsels als *lex specialis*. Hierbei sei nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber der Verwaltung mit Art. 33 Abs. 2 AIG das Recht habe einräumen wollen, im Widerspruch hierzu über Jahre hinaus eine aufenthaltsberechtigte Arbeitnehmende an den Arbeitgeber zu binden und den Stellenwechsel zu verbieten. Nebst die- sen grundsätzlichen Erwägungen zum Verhältnis von Art. 38 Abs. 2 AIG zu Art. 33 Abs. 2 AIG sei zudem von Belang, dass die dem Ausländerausweis zu entnehmenden Informationen vertrauensbegründend seien. Ein Arbeit- geber erfülle seine Sorgfaltspflicht gemäss Art. 91 AIG, wenn er vor dem Stellenantritt der Ausländerin sich "durch Einsicht in den Ausweis *oder* durch Nachfrage bei den zuständigen Behörden" vergewissere, dass die Berechtigung zur Erwerbstätigkeit in der Schweiz bestehe. Aus dieser For- mulierung ergebe sich klar, dass der Ausländerausweis vertrauensbegrün- dend sei und ein Arbeitgeber sich auf die dort enthaltenen Angaben verlas- sen dürfe. Folglich spreche auch dies klar gegen eine Bewilligungspflicht

des Stellenwechsels von Aufenthaltsberechtigten, bei denen gemäss Ausländerausweis nur die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit bewilligungspflichtig sei.

7.3 In ihrer Vernehmlassung wendet die Vorinstanz u.a. ein, dass es sich bei den früheren Aussagen des Chefs des Rechtsdienstes um eine allgemeine rechtliche Einschätzung handle, die im Lichte der damaligen Praxis zu verstehen sei. Daraus könnten keine Schlüsse mit Bezug auf das vorliegende Verfahren gezogen werden. Ferner bestreitet die Vorinstanz mit Hinweis auf die Erwägungen des Verwaltungsgerichts Zürich im Urteil vom 20. Februar 2019 (S. 12 f.), dass die dem Ausländerausweis zu entnehmenden Informationen vertrauensbegründend seien. Die Berufung auf den Vertrauensschutz falle für die Arbeitgeberin (D. _____) schon aus zeitlicher Perspektive, nämlich aufgrund des Ablaufs der Ereignisse, ausser Betracht (Aufforderung zur Einreichung eines Gesuchs zum Stellenantritt durch das kantonale Migrationsamt am 19. September 2017, Datierung des ersten Arbeitsvertrages am 4. Oktober 2017, Festlegung des Stellenantritts auf den 9. Oktober 2017).

7.4 Replikweise bringt die Beschwerdeführerin insbesondere vor, es sei nicht ersichtlich, dass die Einschätzung des Chefs des Rechtsdienstes der Vorinstanz nur im Lichte der damaligen Praxis gelten sollte. Namentlich sei nicht einzusehen, dass die auflagenfreie Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen an ursprünglich entsandte Erwerbstätige heute auf der Basis der geltenden Rechtslage anders zu beurteilen wären bzw. eine Berufung auf Treu und Glauben nicht statthaft sein sollte. Im Übrigen hält sie daran fest, dass die dem Ausländerausweis zu entnehmenden Informationen vertrauensbegründend seien, zumal sich dieselbe Abteilung des kantonalen Verwaltungsgerichts im Urteil vom 17. Juni 2020 von ihrer ursprünglichen Auffassung im Urteil vom 20. Februar 2019 distanziert habe. Die Migrationsbehörde sei auf das zu behaften, was im Ausweis zum Ausdruck komme. Ausserdem sei die Zustimmungsverweigerung mit Blick auf die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin vor bald zehn Jahren in die Schweiz gelangt sei, sich seither hier ununterbrochen rechtmässig aufhalte – ebenso wie ihr nachgezogener Ehemann und ihr nachgezogener Sohn – als unverhältnismässig zu qualifizieren.

8.

8.1 Entgegen den Ausführungen des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich und der Beschwerdeführerin ist Art. 38 AIG nicht auf entsandte Arbeit-

nehmer/innen zugeschnitten. Die Vorinstanz hat die ratio dieser Bestimmung korrekt dargelegt, weshalb die entsprechenden Erwägungen vollumfänglich zu bestätigen sind (vgl. auch E. 7.1). Es gibt keine Anzeichen dafür, dass Art. 38 Abs. 2 zweiter Satz AIG eine lex specialis für die Frage des Stellenwechsels ist. Zwar trifft es zu, dass durch diese Bestimmung Personen mit einer Aufenthaltsbewilligung eine möglichst grosse geografische und berufliche Mobilität ermöglicht werden soll (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBl 2002 3751). Die Botschaft hält dazu aber explizit fest, dass Personen mit einer Aufenthaltsbewilligung von dieser Mobilität erst nach Überwindung der strengen Zulassungsbedingungen Gebrauch machen können. Der Wechsel der Arbeitgeberin hat in casu eine Änderung des Aufenthaltszwecks zur Folge, da die Beschwerdeführerin nun nicht mehr gestützt auf Art. 26 AIG zugelassen wäre, sondern gestützt auf Art. 23 AIG. Für diesen neuen Aufenthaltszweck ist eine neue Bewilligung erforderlich (Art. 54 VZAE). Bei der Erteilung dieser Bewilligung sind die Voraussetzungen gemäss Art. 20–25 AIG, namentlich der Inländervorrang gemäss Art. 21 AIG zu prüfen.

8.2 Die Beschwerdeführerin beruft sich ferner auf den Grundsatz von Treu und Glauben. Nach Erteilung der Aufenthaltsbewilligung habe sie auf die Angaben auf dem Ausländerausweis vertrauen dürfen, und aufgrund ihrer langjährigen Aufenthaltsdauer insgesamt und des bewilligten Nachzuges ihres Ehemannes und ihres Sohnes habe sie davon ausgehen dürfen, die Stelle ohne weitere Bewilligung wechseln zu können.

8.2.1 Der in Art. 9 BV verankerte Grundsatz von Treu und Glauben verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder in anderes, bestimmte Erwartungen begründetes Verhalten der Behörden. Er soll verhindern, dass Private infolge ihres Vertrauens in das Verhalten der Behörden einen Nachteil erleiden. Die Bindung einer Behörde an die Vertrauensgrundlage bedeutet, dass Auskünfte und Zusagen trotz ihrer Unrichtigkeit verbindlich werden, dass Verfügungen nicht zurückgenommen oder widerrufen werden können, dass eine Praxisänderung unterbleiben muss oder einer gesetzeswidrigen Verordnung Verbindlichkeit zukommt. Auf Vertrauensschutz kann sich allerdings nur berufen, wer von der Vertrauensgrundlage Kenntnis hatte und ihre allfällige Fehlerhaftigkeit nicht kannte und auch nicht hätte kennen sollen. Vertrauensschutz kann ausserdem in der Regel nur geltend machen, wer gestützt auf sein Vertrauen eine Disposition getätigt hat, die ohne Nachteil nicht wieder rückgängig gemacht werden kann (vgl. BGE 141 I 161 E. 3.1).

8.2.2 Die Beschwerdeführerin wurde im Jahr 2011 von der B. _____ zwecks temporären Arbeitseinsatzes für die C. _____ aus Indien nach Zürich entsandt. Ihr wurde von der Arbeitgeberin eine voraussichtliche Einsatzdauer von zwölf Monaten zugesagt, wobei eine Überprüfung zwecks Verlängerung oder Verkürzung explizit vorbehalten wurde. Die B. _____ verpflichtete die Beschwerdeführerin, nach Abschluss der Beendigung ihres Auftrags unverzüglich nach Indien zurückzukehren. Die AWA entsprach dem Gesuch um Arbeitsbewilligung und in der entsprechenden Verfügung wurde festgehalten, dass es sich dabei um eine Projektmitarbeit handle und im Sinne einer Auflage bzw. Bedingung nach Art. 83 Abs. 3 VZAE weder ein Stellen- noch ein Projektwechsel gestattet sei. Dieselbe Bedingung brachte das AWA explizit auch bei der Verlängerung zwölf Monate später an. In den beiden Kurzaufenthaltsbewilligungen vom 19. Oktober 2011 und vom 1. November 2012 wurde festgehalten, dass der Stellen- und Berufswechsel bewilligungspflichtig seien. Mit Verfügung vom 3. Oktober 2013 erteilte das AWA nach Zustimmung durch das damalige BFM eine zwölfmonatige Arbeitsbewilligung vor dem Hintergrund einer Umwandlung der Zulassung zum Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit vom Kontingent für Kurzaufenthaltsbewilligungen zu jenem für Aufenthaltsbewilligung. Sowohl das BFM als auch das AWA hielten fest, dass die Arbeitsbewilligung lediglich für die Weiterführung des Projekts gelte. Das AWA hielt in seiner Arbeitsbewilligung wiederum explizit fest, dass weder ein Stellen- noch ein Projektwechsel gestattet sei. Auch die weiteren drei arbeitsmarktlichen Vorentscheide für die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung enthielten dieselben Bedingungen. In der letztmalig am 13. Oktober 2016 erteilten Arbeitsbewilligung wurde zudem festgehalten, dass keine weitere Verlängerung der Projektmitarbeit möglich sei.

8.2.3 Die Beschwerdeführerin wusste somit von Anfang an, dass ihr Einsatz befristet ist. Zudem wurde in den migrationsrechtlichen Verfügungen jeweils klar auf die jeweiligen arbeitsmarktlichen Bedingungen verwiesen. Dass dies – im Gegensatz zu den Kurzaufenthaltsbewilligungen – nicht auf dem Ausweis der Aufenthaltsbewilligung selbst vermerkt bzw. dort lediglich vermerkt wurde, nur noch eine selbständige Erwerbstätigkeit sei bewilligungspflichtig, vermag daran so wenig zu ändern wie die lange Entsendedauer, die fortgeschrittene Integration und der Familiennachzug. Dass sich die Beschwerdeführerin nicht auf einen bewilligungsfreien Stellenwechsel und somit auf den Vertrauensschutz berufen kann, ergibt sich im Übrigen schon aus dem Schreiben des Migrationsamts vom 19. September 2017,

in dem von der D. _____ die Bewilligung zum Stellenantritt bzw. ein Gesuch um Bewilligung der Beschäftigung der Beschwerdeführerin verlangt wurde.

8.2.4 Nichts zu ihren Gunsten abzuleiten vermag die Beschwerdeführerin auch aus einem Telefongespräch ihres Rechtsvertreters mit dem Chef des Rechtsdienstes des damaligen BFM im Zusammenhang mit fünf angeblich gleich gelagerten Fällen zur Frage der Bewilligungspflicht eines Stellenwechsels. Einerseits bezog sich das Gespräch nicht auf den vorliegenden Fall, weshalb nicht ersichtlich ist, inwiefern sich die Beschwerdeführerin diesbezüglich auf den Grundsatz von Treu und Glauben berufen könnte. Andererseits kann sie sich nur auf das Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 8 Abs. 1 BV berufen, wenn die Vorinstanz in gleich gelagerten Fällen anders als im vorliegenden Fall entschieden hat, was jedoch nicht geltend gemacht wird. Ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht besteht im Übrigen ohnehin nicht, es sei denn, die entscheidende Behörde weiche in ständiger Praxis vom Gesetz ab und gebe zu erkennen, auch in Zukunft nicht gesetzeskonform entscheiden zu wollen (BGE 139 II 49 E. 7.1). Auch dies trifft in casu nicht zu.

9.

9.1 Die Vorinstanz prüfte im vorliegenden Zustimmungsverfahren lediglich, ob die Zulassungsvoraussetzungen gemäss Art. 20–25 AIG für die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung erfüllt sind. Nicht geprüft und beurteilt hat sie hingegen, ob die Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung nicht aus einem anderen Grund bzw. gestützt auf eine andere gesetzliche Grundlage erteilt werden könnte.

9.2 Bereits im Urteil vom 17. Juni 2020 hielt das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich fest, dass sich die Beschwerdeführerin und ihre Familienangehörigen (Ehemann und Sohn) seit rund achteinhalb Jahren in der Schweiz aufhalten würden. Beschwerdeführerin und Ehemann seien beruflich und sprachlich gut integriert. Der Sohn sei als Neunjähriger in die Schweiz gereist und habe hier die prägenden Jugendjahre verbracht. In der Schule habe er sehr gute Leistungen erbracht. Hinzu komme, dass der Erwerb von Wohneigentum für eine Verwurzelung der Beschwerdeführerin und ihrer Familienangehörigen in der Schweiz spreche. Obwohl das Migrationsamt im Nachgang zum Urteil des Verwaltungsgerichts die Angelegenheit dem SEM nicht unter dem Aspekt eines möglichen Härtefalls unterbreitete, hätte dieses die Zustimmung zur Verlängerung bzw. Erteilung der Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 30 Abs. 1 Bst. b AIG prüfen

müssen (Rechtsanwendung von Amtes wegen, vgl. Urteil des BGer 2C_800/2019 vom 7. Februar 2020 E. 3.4.5, mutatis mutandis). Indem die Vorinstanz dies unterliess und die Beschwerdeführerin aus der Schweiz wegwies, hat sie Bundesrecht verletzt (Art. 49 Bst. a VwVG).

9.3 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung ist in Anwendung von Art. 61 Abs. 1 in fine VwVG aufzuheben und die Sache ist im Sinne der Erwägungen zur erneuten Beurteilung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird vorab zu prüfen haben, ob der Ehemann und der Sohn der Beschwerdeführerin, welche im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich (dessen Urteil vom 17. Juni 2020 der Zustimmung unterliegt) Parteistellung hatten, in das Zustimmungsverfahren einzubeziehen sind.

10.

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten aufzuerlegen und der am 8. März 2021 geleistete Kostenvorschuss ist zurückzuerstatten (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Der Beschwerdeführerin ist für die durch die anwaltliche Vertretung erwachsenen notwendigen Kosten zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung in gerichtlich festzusetzender Höhe zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Mangels Kostennote ist die Höhe der Parteientschädigung aufgrund der Akten festzulegen. Die Beschwerdeführerin ist mit ihren Begehren grösstenteils nicht durchgedrungen; einen Eventualantrag auf Rückweisung hat sie nicht gestellt. Mit Blick auf den aktenkundigen Aufwand und die Komplexität des Falls sowie in Anwendung der gesetzlichen Bemessungskriterien von Art. 8 ff. VGKE erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 1'800.- als angemessen. Darin ist der Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE eingeschlossen.

11.

Dieses Urteil ist endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 2 BGG).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Verfügung vom 23. Dezember 2020 wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur erneuten Beurteilung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss im Gegenwert von Fr. 1'200.- wird zurückerstattet.

3.

Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht mit Fr. 1'800.- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz und die kantonale Migrationsbehörde.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Susanne Genner

Rudolf Grun

Versand: