

# **BVGer F-3190/2022 vom 12. Januar 2024**

Bundesverwaltungsgericht, 2024-01-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_F-3190\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_F-3190_2022)

FR: TAF F-3190/2022 du 12 janvier 2024

IT: TAF F-3190/2022 del 12 gennaio 2024

## **Regeste**

Zustimmung zur Aufenthaltsbewilligung (Übriges)

## **Erwägungen**

### **E. 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).

### **E. 1.2**

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

### **E. 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] und Form der Beschwerde [Art. 52 Abs. 1 VwVG] sind erfüllt. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 2**

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes und 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).

### **E. 3**

Auf die Prüfung der in der Beschwerde erhobenen formellen Rüge (willkürliche Sachverhaltserhebung) kann angesichts der nachfolgenden Ausführungen verzichtet werden.

### **E. 4**

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]).

### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführerin bestreitet vorab, dass die Vorinstanz ein Zustimmungsverfahren hätte durchführen dürfen, und macht geltend, Art. 99 AIG würde dazu keine hinreichende gesetzliche Grundlage bieten. Die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 VZAE durch die Vorinstanz sei unrichtig und verletze Art. 40 Abs. 1 AIG, greife ohne gesetzliche Grundlage in kantonale Kompetenzen ein, vergreife sich am Instanzenzug des kantonalen Verwaltungsverfahrens und verstosse gegen Art. 3 und 29a BV. Art. 85 Abs. 3 VZAE liege schliesslich ausserhalb des Delegationsrahmens von Art. 99 Abs. 1 AIG.

### **E. 5.2**

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 Rechtsprechung 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). Für die Anwendung der neuen Regel ist der Zeitpunkt des kantonalen Beschwerdeentscheids massgebend (vgl. Urteil des BVGer F-3976/2019 vom 20. Januar 2021 E. 3.7.4). Das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich datiert vom 19. Januar 2022. Da Art. 99 Abs. 2 AIG seit dem 1. Juni 2019 in Kraft steht, unterliegt das kantonale Gerichtsurteil der Zustimmung des SEM.

### **E. 5.3**

Wie das Bundesgericht im zitierten Urteil bereits festgehalten hat, steht dem Bund gemäss Art. 121 Abs. 1 BV die umfassende Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Ausländerrechts zu. Aufgrund des in Art. 46 Abs. 1 BV enthaltenen Grundsatzes, dass die Kantone das Bundesrecht nach Massgabe von Verfassung und Gesetz umsetzen, hat der Bundesgesetzgeber zu bestimmen, inwieweit die Kantone auf dem Gebiet des Ausländerrechts mit dem Vollzug des Bundesrechts betraut werden (Art. 164 Abs. 1 lit. f BV). Dies wird in Art. 40 AIG umgesetzt, der festhält, dass die kantonal zuständige Behörde die Bewilligungen unter Vorbehalt der Zustimmung des SEM in den dafür vorbehaltenen Fällen erteilt (vgl. BGE 141 II 169 E. 4). Es ist folglich nicht erkennbar, worin eine Verletzung von Art. 40 AIG liegen sollte, verweist diese Bestimmung doch explizit auf das Zustimmungsverfahren gemäss Art. 99 AIG. Aus dem Gesagten folgt, dass auch keine Verletzung der kantonalen Souveränität (Art. 3 BV) vorliegt. Worin eine Verletzung der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) bestehen soll, legt der Beschwerdeführer nicht dar und ist auch nicht ersichtlich. Im vorliegenden Fall geht es - anders als beim oben zitierten Bundesgerichtsurteil - um die Zustimmung zu einer Bewilligung, auf die kein Anspruch besteht, weshalb das SEM von der Behördenbeschwerde gar keinen Gebrauch machen konnte. Hinzu kommt, dass gemäss Art. 99 Abs. 2 AIG im Gesetz ausdrücklich festgelegt ist, dass das SEM auch dann seine Zustimmung verweigern kann, wenn bereits ein Entscheid einer kantonalen Rechtsmittelinstanz vorliegt (vgl. auch BBl 2018 1739; auf Ausführungen zur Frage der Verfassungsmässigkeit von Art. 99 Abs. 2 AIG kann hier angesichts des Anwendungsgebots von Art. 190 BV verzichtet werden [vgl. BVGE 2020 VII/2 E. 4.3.5]; zur kritischen Auseinandersetzung mit Art. 99 Abs. 2 AIG vgl. Urteil des BVGer F-3045/2016 vom 25. Juli 2018 E. 3.2.6, nicht publiziert in: BVGE 2018 VII/4). Dies widerspiegelt Art. 85 Abs. 3 VZAE, der festhält, die kantonalen Migrationsbehörden könnten dem SEM für die Überprüfung der bundesrechtlichen Voraussetzungen einen kantonalen Entscheid zur Zustimmung unterbreiten (vgl. zum Ganzen auch Urteil des BGer 2C\_800/2019 vom 7. Februar 2020 E. 3.4.4; vgl. ferner Urteil des BVGer F-1486/2021 vom 12. September 2022 E. 3.2, bestätigt durch Urteil des BGer 2C\_828/2022 vom 1. Juni 2023 E. 4.3). Art. 85 Abs. 3 VZAE findet somit seine Grundlage in Art. 99 AIG.

### **E. 5.4**

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 ein Zustimmungsverfahren durchführen durfte.

### **E. 6.1**

Nach Art. 32 Abs. 1 AIG wird die Kurzaufenthaltsbewilligung für befristete Aufenthalte mit einer Dauer von bis zu 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).

### **E. 6.2**

Gemäss Art. 33 Abs. 1 AIG wird die Aufenthaltsbewilligung für 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). Bei der Erteilung und der Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung wird bei der Festlegung der Gültigkeitsdauer die Integration der betreffenden Person berücksichtigt (Art. 33 Abs. 4 AIG). 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. Gemäss Art. 40 Abs. 1 AIG werden die Bewilligungen nach den Artikeln 32-35 AIG und 37-39 AIG von den Kantonen erteilt. Vorbehalten bleibt die Zuständigkeit des Bundes im Rahmen von Begrenzungsmaßnahmen (Art. 20 AIG) sowie für Abweichungen von den Zulassungsvoraussetzungen (Art. 30 AIG) und das Zustimmungsverfahren (Art. 99 AIG).

### **E. 7.1**

Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, Hausangestellte, welche mit Haushaltsaufgaben und/oder mit der Kinderbetreuung beauftragt seien, würden im Sinne von Art. 23 Abs. 3 AIG als qualifiziert gelten, wenn sie bereits vorher bei derjenigen Familie in einem ordentlichen Arbeitsverhältnis von mindestens zwei Jahren angestellt gewesen seien, welche sich vorübergehend oder definitiv in der Schweiz niederlässt. Die Erteilung von Bewilligungen zur Erwerbstätigkeit an Hausangestellte aus Nicht-EU/EFTA-Staaten werde unter grosszügiger Auslegung der Zulassungsvoraussetzungen des AIG, im Sinne einer Ausnahmezulassung und einem arbeitsmarktlichen Bedarf entsprechend, ermöglicht. Für Hausangestellte würden in erster Linie Kurzaufenthaltsbewilligungen gemäss Art. 19 Abs. 1 VZAE erteilt. In begründeten Ausnahmefällen könne eine Umwandlung in eine Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 20 Abs. 1 VZAE erwogen werden. In diesem Fall werde die Bewilligung an das Arbeitsverhältnis gebunden. Der Stellenwechsel sei aufgrund der Ausnahmezulassung nicht erlaubt. Die Beschwerdeführerin sei in Abweichung des Vorrangs und in Anwendung von Art. 23 Abs. 3 AIG aufgrund ihrer besonderen Kenntnisse/Fähigkeiten erleichtert zugelassen worden. Da es sich bei der Zulassung als Hausangestellte um eine Ausnahmezulassung gestützt auf Art. 23 Abs. 3 AIG handle, und durch die vorgängige Anstellung der Familie B. \_\_\_\_\_ auch der Vorrang nach Art. 21 AIG entfalle, sei die Bindung an den Arbeitgeber als Bedingung im Sinne von Art. 33 Abs. 2 AIG zwingend notwendig und somit die Einschränkung des Stellenwechsels mit Art. 38 Abs. 2 AIG vereinbar. Wenn Hausangestellte, die ausnahmsweise zugelassen worden seien, die Stelle frei wechseln würden, dürfte das SEM diese nicht mehr zulassen, da sie die Zulassungsvoraussetzungen von Art. 18 bis 26 AIG nicht erfüllen würden. Ihre Qualifikation ergebe sich einzig aus der vorgängigen Anstellung bei der gesuchstellenden

Familie. Art. 38 Abs. 2 AIG gelte nicht absolut und könne durch eine Bedingung nach Art. 33 Abs. 2 AIG aufgehoben werden. Das vom Gesetzgeber geforderte berechnete öffentliche Interesse für eine Einschränkung der beruflichen Mobilität liege dann vor, wenn die Zulassung in Abweichung von den allgemeinen Zulassungsvoraussetzungen erfolgt sei. Ein kurzfristiger Wechsel zu einer anderen (nicht hochqualifizierten) Tätigkeit würde zu einer Umgehung der allgemeinen Zulassungsvoraussetzungen führen. Vorliegend sei die Erteilung der Bewilligung an den Aufenthaltszweck gebunden und es sei bei der Erteilung der Kurzaufenthaltsbewilligung und bei deren Umwandlung in eine Aufenthaltsbewilligung mitgeteilt worden, dass ein Funktions- und Stellenwechsel nicht gestattet sei. Ferner sei festgehalten worden, dass die Bewilligung widerrufen werden könne, wenn die Bedingungen nicht mehr erfüllt seien. Somit habe die Beschwerdeführerin die Zulassungsbedingungen für ihren Aufenthalt in der Schweiz gekannt. Sie habe seit Beginn ihrer Anstellung in der Schweiz gewusst, dass ihre Bewilligung mit Bindung an den Arbeitgeber ausgestellt worden sei und somit bei einem Wechsel der Arbeitsstelle nicht automatisch eine Verlängerung der Bewilligung erfolgen würde. Die «Zustimmung zum Wechsel der Arbeitsstelle» - so die Vorinstanz weiter - sei folglich zu verweigern und diese Verweigerung sei verhältnismässig. Die Beschwerdeführerin halte sich zum Verfügungszeitpunkt seit über sechs Jahren in der Schweiz auf. Es würden sich keine Anhaltspunkte ergeben, wonach sie überdurchschnittlich integriert sei und daraus eine ausserordentlich enge Beziehung zur Schweiz abzuleiten wäre. Das öffentliche Interesse an der Durchsetzung des objektiven Rechts überwiege die privaten Interessen der Beschwerdeführerin klar. Entsprechend sei die Beschwerdeführerin aus der Schweiz wegzuweisen.

## **E. 7.2**

Die Beschwerdeführerin führt dagegen an, eine Aufenthaltsbewilligung könne nur unter den Voraussetzungen gemäss Art. 18 bis 26 AIG erteilt werden. Die Kurzaufenthaltsbewilligung gemäss Art. 32 AIG sei für einen zeitlich begrenzten Aufenthalt von zwei Jahren vorgesehen. Entsprechend lasse sie sich nicht einfach in eine Aufenthaltsbewilligung umwandeln, es sei denn, sämtliche Voraussetzungen für deren Erteilung seien erfüllt. Alles andere, so auch Ausnahmefälle einzig im Interesse einzelner Arbeitgeber, stelle eine offensichtlich rechtswidrige Umgehung von Art. 32 Abs. 3 AIG dar. Damit werde die gesetzliche Ordnung ausgehöhlt, indem Arbeitgebern in gewissen Branchen ermöglicht werde, den Kurzaufenthaltsstatus ihrer Arbeitnehmer zu perpetuieren. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz werde der Inländervorrang durch die Umgehung von Art. 32 Abs. 3 AIG ausgehebelt. Dieser lasse sich nur ernsthaft durchsetzen, wenn die Grenzen zwischen Aufenthaltsbewilligung und Kurzaufenthaltsbewilligung klar seien und vor Bewilligungserteilung geprüft werde, ob die Voraussetzungen für die jeweilige Bewilligungsform erfüllt seien. Gerade Arbeitskräfte in der Haushaltshilfe würden durch die zeitliche Schranke der Kurzaufenthaltsbewilligung davor geschützt werden, das ohnehin einseitige Verhältnis zwischen schweizerischem Arbeitgeber und ausländischer Arbeitnehmerin über Jahre zu einem totalen Abhängigkeitsverhältnis werden zu lassen. Würde es nach der Vorinstanz gehen, könnte ein Arbeitgeber die ausländische Haushälterin auch nach 30 Jahren Arbeitsverhältnis innert eines Monats vor die Tür und gleich auch noch ausser Landes spedieren. Würde das Ende des Arbeitsverhältnisses einen Widerrufsgrund darstellen, wäre selbst nach Erteilung der Aufenthaltsbewilligung der Aufenthalt der Arbeitnehmerin in der Schweiz der Willkür des Arbeitgebers unterworfen. Das amtlich geförderte Machtgefälle zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer verletze Art. 4 EMRK.

Die Perpetuierung der Kurzaufenthaltsbewilligung verletze ihre Wirtschaftsfreiheit und persönliche Freiheit. Die Vorinstanz habe das rechtskräftige Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich vom 19. Januar 2022 übergangen und ver falle damit in Willkür, zumal sie ihr -der Beschwerdeführerin - vorwerfe, sie habe sich nicht betreffend ihre Integration in der Schweiz geäußert. Ein Blick in das erwähnte Urteil hätte genügt. Gemäss ihren eigenen Weisungen lege sich die Vorinstanz eine gewisse Zurückhaltung im Umgang mit kantonalen Entscheiden auf und wolle nicht ohne wichtige Gründe in das kantonale Ermessen eingreifen. Eine Auseinandersetzung mit den gerichtlich festgestellten Integrationsleistungen unterlasse sie jedoch gänzlich. Mit dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich könne davon ausgegangen werden, dass sie - die Beschwerdeführerin - keinen Widerrufsgrund gesetzt und sich genügend integriert habe. Dagegen sei kein massgebendes öffentliches Fernhalteinteresse ersichtlich; dieses erschöpfe sich vielmehr in der Durchsetzung einer restriktiven Einwanderungspolitik.

### **E. 7.3**

Die Vorinstanz entgegnet in ihrer Vernehmlassung, die Einschränkung der beruflichen Mobilität bei der Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen an Hausangestellte er gebe sich daraus, dass es sich um eine erleichterte Zulassung einer Person mit besonderen beruflichen Kenntnissen (Art. 23 Abs. 3 AIG) in Abweichung des Vorrangs (Art. 21 AIG) handle. Es bestehe ein berechtigtes öffentliches Interesse an der Einschränkung der beruflichen Mobilität dieser Personen. Eine Verletzung von Art. 4 EMRK liege nicht vor und könne nicht aus dem Subordinationsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer abgeleitet werden. Die vom Zürcher Verwaltungsgericht festgestellte genügende Integration dürfe angezweifelt werden.

### **E. 7.4**

In ihrer Replik führt die Beschwerdeführerin an, die Einschränkung der beruflichen Mobilität sei nicht geeignet, den Inländervorrang zu gewährleisten. Denn gemäss Art 21 Abs. 2 AIG würden Personen mit Aufenthaltsbewilligung, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt seien, als inländische Arbeitnehmerinnen gelten. Im Bereich der Haushaltshilfen gebe es keine gesetzliche Grundlage, über die Schranken der Kurzaufenthaltsbewilligung hinaus Ausnahmen zum Inländervorrang zu bemühen. Ein gesamtwirtschaftliches Interesse hierfür sei nicht ersichtlich. Die in dieser Branche tätigen Personen würden üblicherweise keine beruflichen Kenntnisse aufweisen, für deren Zulassung ein langfristiger Bedarf im Rahmen einer Aufenthaltsbewilligung gegeben wäre. Es handle sich vielmehr überwiegend um Personen ohne branchenspezifische berufliche Ausbildung, welche durch schweizerische Arbeitgeber ins Land geholt würden, weil sie günstiger seien als entsprechende inländische Arbeitnehmer. Die Vorinstanz höhle nicht nur das Institut der Kurzaufenthaltsbewilligung aus, sondern auch den Inländervorrang. Sie - Beschwerdeführerin - verfüge seit Januar 2018 über eine Aufenthaltsbewilligung. Ab diesem Zeitpunkt gelte sie gemäss Art. 21 Abs. 2 AIG als inländische Arbeitnehmerin. Das SEM könne sich nach Treu und Glauben nicht plötzlich auf den Inländervorrang berufen, nachdem sie diesen vor über vier Jahren für die damaligen Arbeitgeber der Beschwerdeführerin ignoriert habe. Aus Sicht der Vorinstanz sei es unproblematisch, dass die Kündigung des Arbeitgebers zum Verlust der Aufenthaltsberechtigung führe und gleichzeitig sämtliche Korrespondenz der Migrations- und Arbeitsmarktbehörden über denselben Arbeitgeber laufen würden. Das sei aus Sicht von Art. 7 BV, Art. 10 Abs. 2 BV sowie Art. 29 Abs. 1 BV unhaltbar und vergleichbar mit dem Kafala-System in einigen

Golfstaaten.

## **E. 8**

In Frage steht vorliegend, ob das SEM seine Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung der Beschwerdeführerin verweigern durfte, mit der Begründung, ein Stellenwechsel sei mit deren Aufenthaltsbewilligung nicht vereinbar.

### **E. 8.1**

Vorab gilt es festzuhalten, dass - anders als im von den Parteien zitierten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts F-488/2021 vom 27. Juni 2022 - es sich nicht um eine Zulassung für grenzüberschreitende Dienstleistungen gemäss Art. 26 AIG handelt und der Wechsel des Arbeitgebers vorliegend keine Änderung des Aufenthaltszwecks zur Folge hat, da die Beschwerdeführerin in beiden Fällen gestützt auf Art. 18 AIG zugelassen wäre. Entsprechend ist keine neue Bewilligung im Sinne von Art. 54 VZAE erforderlich, weshalb eine Verweigerung der Zustimmung gestützt auf Art. 86 Abs. 2 Bst. c Ziff. 4 VZAE ausser Betracht fällt. Zu prüfen ist nachfolgend, ob die Vorinstanz ihre Zustimmung gestützt auf Art. 86 Abs. 2 Bst. c Ziff. 3 VZAE i.V.m. Art. 62 Abs. 1 Bst. d AIG verweigern durfte.

### **E. 8.2**

Das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich (AWA) erteilte - nach vorgängiger Zustimmung des SEM am 29. September 2017 - am 10. Oktober 2017 in seinem arbeitsmarktrechtlichen Vorentscheid die arbeitsmarktrechtliche Bewilligung und hielt darin - gleich wie das SEM - fest, der Stellen- und Funktionswechsel sei nicht gestattet, der Aufenthaltszweck der Beschwerdeführerin sei bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Familie B. \_\_\_\_\_ erfüllt und sie müsse (diesfalls) die Schweiz verlassen. Am 12. Oktober 2017 hiess das Migrationsamt das Gesuch um Umwandlung der Kurzaufenthaltsbewilligung in eine Aufenthaltsbewilligung der Beschwerdeführerin gut und verwies auf die vom AWA definierten Bedingungen. Das Migrationsamt hielt in den nachfolgenden Verfügungen, mit welchen es die Aufenthaltsbewilligung verlängerte, jeweils fest, diese würden nur zur Ausübung der darin bezeichneten Tätigkeit berechtigen. Dabei wurde die Berufsbezeichnung «Hauswirtschaftliche Angestellte» und die Adresse der Familie B. \_\_\_\_\_ vermerkt.

### **E. 8.3**

Sämtliche der erwähnten Verfügungen - und damit auch die darin enthaltenen Bedingungen - blieben von der Beschwerdeführerin unangefochten und sind somit in Rechtskraft erwachsen. Entsprechend war die Aufenthaltsbewilligung der Beschwerdeführerin an ihre Anstellung bei der Familie B. \_\_\_\_\_ gebunden. Nach Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses mit der Familie B. \_\_\_\_\_ erfüllte die Beschwerdeführerin die Bedingungen ihrer Aufenthaltsbewilligung nicht mehr. Folglich durfte das SEM seine Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 86 Abs. 2 Bst. c Ziff. 3 VZAE i.V.m. Art. 62 Abs. 1 Bst. d AIG verweigern. Anders verhielte es sich, wenn sich die jeweiligen Verfügungen des Migrationsamtes infolge Unzulässigkeit der Bedingung als nichtig erweisen würden, was nachfolgend zu prüfen ist.

### **E. 9.1**

Fehlerhafte Entscheide sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nichtig, wenn der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer ist, wenn er sich als offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar erweist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der

Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Inhaltliche Mängel einer Entscheidung führen nur ausnahmsweise zur Nichtigkeit. Als Nichtigkeitsgründe fallen vorab funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht. Die Nichtigkeit eines Entscheids ist jederzeit und von sämtlichen rechtsanwendenden Behörden von Amtes wegen zu beachten (BGE 144 IV 362 E. 1.4.3).

### **E. 9.2**

Unbestritten ist vorliegend, dass das Migrationsamt für die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung beziehungsweise deren Verlängerung zuständig war (Art. 40 Abs. 1 AIG). Zu prüfen ist hingegen, ob ein inhaltlicher Mangel - aufgrund der Knüpfung der Aufenthaltsbewilligung an die Anstellung bei der Familie B. \_\_\_\_\_ - vorliegt, der zur Nichtigkeit der Verfügungen des Migrationsamtes führt.

### **E. 9.3**

Aus den Bestimmungen des AIG zur Kurzaufenthalts- und zur Aufenthaltsbewilligung folgt, dass ein Stellenwechsel bei Vorliegen einer Aufenthaltsbewilligung ohne weitere Bewilligung möglich ist, bei einer Kurzaufenthaltsbewilligung ein solcher jedoch eine Ausnahme darstellen und nur unter sehr restriktiven Bedingungen bewilligt werden soll. Entsprechend wird in der Lehre festgehalten, die Aufenthaltsbewilligung stelle eine Bewilligung dar, «welche - im Unterschied zur Kurzaufenthaltsbewilligung - das Recht auf freie berufliche Mobilität geradezu wesensmässig in sich trägt. (...) Eine Beschränkung des Stellenwechsels mittels einer entsprechenden Bedingung (Verbleib beim ursprünglichen Arbeitgeber) würde somit eine gesetzliche Vorgabe verletzen und wäre in diesem Sinne unzulässig (...)» (Peter Bolzli, in: Marc Spescha [Hrsg.], Migrationsrecht Kommentar, 5. Aufl. 2019, Art. 33 AIG N. 6; derselbe Autor schliesst jedoch in einer jüngeren Publikation eine Bewilligungspflicht des Stellenwechsels nicht aus [Bolzli/Rudin/Gretler, Migrationsrecht, 2022, Rz. 4.11]). Marc Spescha sieht in Art. 38 Abs. 2 AIG eine lex specialis zu Art. 33 Abs. 2 AIG mit der Konsequenz, dass der bewilligungsfreie Stellenwechsel für Erwerbstätige mit Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 38 Abs. 2 AIG eine allfällige Bedingung nach Art. 33 Abs. 2 AIG derogiere. Dabei weist er darauf hin, dass mit der Einführung von Art. 38 Abs. 2 AIG die berufliche Mobilität im Vergleich zu früherem Recht erleichtert werden sollte (Marc Spescha, in: Marc Spescha [Hrsg.], Migrationsrecht Kommentar, 5. Aufl. 2019, Art. 30 AIG N. 26). Das Bundesverwaltungsgericht hielt dagegen in seinem Urteil F-488/2021 vom 27. Juni 2022 in E. 8.1 fest, es bestünden keine Anzeichen dafür, dass Art. 38 Abs. 2 zweiter Satz AIG eine lex specialis für die Frage des Stellenwechsels sei. In der Botschaft vom 8. März 2002 zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer wird festgehalten, Personen mit Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung würden eine möglichst grosse geografische und berufliche Mobilität erhalten, hätten unter anderem Anspruch auf Stellenwechsel und könnten einer Erwerbstätigkeit in der ganzen Schweiz ohne zusätzliche Bewilligung nachgehen. Eine Einschränkung der Mobilität solle nur noch zum Schutz berechtigter öffentlicher Interessen möglich sein (BBl 2002 3709 ff., 3751). Was unter dem Begriff «berechtigter öffentlicher Interessen» zu verstehen ist, wird jedoch nicht erläutert. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hielt - in Änderung seiner Rechtsprechung (vgl. hierzu bspw. VB.2018.00582 vom 20. Februar 2019) - im Grundsatzentscheid VB.2020.00118 vom 17. Juni 2020 mit Verweis auf die vom Gesetzgeber gewünschte möglichst grosse geografische und berufliche Mobilität von Personen mit einer Aufenthaltsbewilligung fest, dass Art. 38 Abs. 2 AIG einer Bedingung, welche den freien

Stellenwechsel einer über eine Aufenthaltsbewilligung verfügenden Person verhindere beziehungsweise von einem arbeitsmarktlichen Vorentscheid abhängig mache, entgegenstehe. Art. 38 Abs. 2 AIG sei so zu verstehen, dass die gemäss Art. 32 Abs. 2 AIG möglichen «weiteren Bedingungen» eingeschränkt würden, und zwar insofern, als sie den Stellenwechsel einer zur unselbständigen Erwerbstätigkeit zugelassenen Person betreffen würden. Derartige Beschränkungen seien nur bei einer Kurzaufenthaltsbewilligung zulässig (E. 3.3.1). In der Folge bestätigte das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich diese Rechtsprechung mit Urteil VB.2020.00466 vom 24. September 2020 und im die Beschwerdeführerin betreffenden Urteil VB.2021.00824 vom 19. Januar 2022.

#### **E. 9.4**

Aus dem Gesagten folgt, dass die Frage, ob im Rahmen einer Aufenthaltsbewilligung der Stellenwechsel mittels einer entsprechenden Bedingung eingeschränkt werden kann, umstritten beziehungsweise die Rechtslage diesbezüglich nicht klar ist. Entsprechend liegt kein schwerer inhaltlicher Mangel der Verfügungen des Migrationsamtes vor, welcher zu deren Nichtigkeit führen könnte. Dies gilt im Übrigen analog auch für die Verfügung des SEM vom 29. September 2017, mit welcher dieses seine Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid samt Bedingungen erteilte (vgl. E. 8.2 hiavor).

#### **E. 10.1**

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 aus einem anderen Grund beziehungsweise gestützt auf eine andere gesetzliche Grundlage erteilt werden könnte.

#### **E. 10.2**

Bereits im Urteil vom 19. Januar 2022 hielt das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich fest, dass die Beschwerdeführerin sich seit rund sechs Jahren in der Schweiz aufhalte und sowohl beruflich als auch gesellschaftlich integriert sei. 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 beziehungsweise 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; vgl. auch Urteil des BVGer F-488/2021 E. 9.2). Indem die Vorinstanz dies unterlassen und die Beschwerdeführerin aus der Schweiz weggewiesen hat, hat sie Bundesrecht verletzt (Art. 49 Bst. a VwVG).

#### **E. 11**

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.

#### **E. 12**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin ist für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten eine angemessene Parteientschädigung zu Lasten der Vorinstanz

zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin reichte am 22. Februar 2023 eine Aufstellung seiner Kosten ein, in welcher er einen Zeitaufwand von 24.35 Stunden à Fr. 320.- (insgesamt Fr. 8'392.- inkl. MwSt.) ausweist. Der geltend gemachte zeitliche Aufwand erweist sich unter Berücksichtigung der massgebenden Bemessungsfaktoren (Art. 9-13 VGKE) und der Entschädigungspraxis in vergleichbaren Fällen (gleiche Schwierigkeit der Streitsache in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht, ähnlicher Umfang und vergleichbare Notwendigkeit der Eingaben), auch unter Berücksichtigung der erhöhten rechtlichen Komplexität der Streitsache, als überhöht. Für das Verfassen der Beschwerdeschrift von acht Seiten veranschlagt der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin einen Zeitaufwand von insgesamt 9 Stunden und 42 Minuten und für das Verfassen der Replik von sechs Seiten einen Zeitaufwand von 10 Stunden und 48 Minuten. Angemessen erscheint für das Verfassen der Beschwerdeschrift ein zeitlicher Aufwand von 8 Stunden, für die Ausarbeitung der Replik ein zeitlicher Aufwand von 6 Stunden. Dies ergibt unter Berücksichtigung der übrigen aufgeführten Leistungen einen zeitlichen Aufwand von insgesamt 17 Stunden und 51 Minuten. Die Höhe der Entschädigung ist somit auf insgesamt Fr. 6'151.80 (17 Stunden und 51 Minuten à Fr. 320.- zzgl. MwSt. 7.7%) festzusetzen.

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