



Urteil vom 20. Januar 2021

Besetzung

Richterin Susanne Genner (Vorsitz),
Richter Yannick Antoniazza-Hafner,
Richterin Jenny de Coulon Scuntaro,
Gerichtsschreiberin Maria Wende.

Parteien

A. _____,
vertreten durch lic. iur. Liliane Blum, Advokatur Freystrasse,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Verweigerung der Zustimmung zur Erteilung der Aufenthalts-
bewilligung und Wegweisung.

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer (geb. [...] 1992), slowakischer Staatsangehöriger, reiste am 24. August 2016 in die Schweiz ein und ersuchte am nachfolgenden Tag um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA. Auf dem Gesuchsformular gab er an, dass keine Strafuntersuchung gegen ihn laufe und er nicht vorbestraft sei.

Der Beschwerdeführer war im Schengener Informationssystem (SIS) zur Verhaftung ausgeschrieben worden, weil er vom Kreisgericht Bratislava wegen Gefährdung durch HIV zu einer siebenjährigen Haftstrafe verurteilt worden war. Am 26. August 2016 wurde er von der Stadtpolizei B. _____ verhaftet und mit Haftanordnung vom 27. August 2016 vom Bundesamt für Justiz (BJ) in provisorische Auslieferungshaft versetzt. Am 31. August 2016 verfügte das BJ seine umgehende Entlassung, da fraglich sei, ob die ihm vorgeworfenen Taten nach schweizerischem Recht strafbar seien.

B.

Am 5. April 2017 wies das Migrationsamt des Kantons Zürich (nachfolgend Migrationsamt) das Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA infolge Straffälligkeit des Beschwerdeführers ab und wies ihn aus der Schweiz weg.

C.

Den dagegen erhobenen Rekurs hiess die Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich am 3. Juli 2017 gut, soweit er nicht gegenstandslos geworden war, und wies die Sache zur umfassenden Sachverhaltsabklärung sowie zum neuen Entscheid an das Migrationsamt zurück.

In der Zwischenzeit war der Beschwerdeführer auf Anordnung des BJ am 27. April 2017 erneut verhaftet und in Auslieferungshaft versetzt worden. Mit Entscheid des Bundesstrafgerichts vom 20. September 2017 wurde er gleichentags aus der Haft entlassen. Am 6. Februar 2018 teilte das BJ den slowakischen Behörden mit, dass ihr Gesuch um Auslieferung des Beschwerdeführers mangels der hierfür vorausgesetzten doppelten Strafbarkeit abgelehnt werde.

D.

Am 5. Juli 2018 wies das Migrationsamt das Gesuch um Erteilung einer

Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA beziehungsweise einer Kurzaufenthaltsbewilligung EU/EFTA des Beschwerdeführers erneut ab und wies ihn aus der Schweiz weg.

E.

Den dagegen erhobenen Rekurs hiess die Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich am 15. April 2019 gut, soweit er nicht gegenstandslos geworden war. Sie beauftragte das Migrationsamt, dem Beschwerdeführer unter Vorbehalt der Zustimmung des SEM eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA zu erteilen.

F.

Am 20. Mai 2019 unterbreitete das Migrationsamt das Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA der Vorinstanz zur Zustimmung.

G.

Am 24. Mai 2019 gewährte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör zur Absicht, die Zustimmung zum kantonalen Antrag zu verweigern. Von dieser Möglichkeit machte dieser mit Eingabe vom 13. Juni 2019 Gebrauch.

H.

Mit Verfügung vom 5. Juli 2019 verweigerte die Vorinstanz ihre Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung und wies den Beschwerdeführer aus der Schweiz weg.

I.

Dagegen erhob der Beschwerdeführer am 7. August 2019 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Durchführung des Zustimmungsverfahrens rechtswidrig sei. Eventualiter sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, die Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA zu erteilen. Ferner sei auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten. Eventualiter sei eine angemessene Frist zur Bezahlung eines Gerichtskostenvorschusses anzusetzen.

Auf die eingereichten Beweismittel ist – soweit erheblich – in den Erwägungen einzugehen.

J.

Mit Zwischenverfügung vom 15. August 2019 forderte das Bundesverwaltungsgericht den Beschwerdeführer (mangels Begründung des entsprechenden Begehrens) auf, einen Kostenvorschuss von Fr. 1'000.– zu leisten. Dieser wurde am 10. September 2019 bezahlt.

K.

In ihrer Vernehmlassung vom 30. September 2019 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

L.

In seiner Replik vom 27. November 2019 hielt der Beschwerdeführer an seinen Anträgen und deren Begründung fest.

Auf die eingereichten Beweismittel wird – soweit erheblich – in den Erwägungen eingegangen.

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

1.1 Verfügungen des SEM betreffend die Zustimmung zur Erteilung 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 Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat, der 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) im Hauptantrag aufgeht 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 grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt des Entscheids (BGE 139 II 534 E. 5.4.1; BVGE 2014/1 E. 2).

3.

3.1 Umstritten ist vorliegend, ob ein Zustimmungsverfahren im Sinne von Art. 99 Abs. 2 AIG (Inkrafttreten am 1. Juni 2019 [AS 2019 1413]) durchgeführt werden durfte, nachdem am 15. April 2019 ein kantonaler Rechtsmittelentscheid ergangen war, mit welchem das Migrationsamt beauftragt worden war, dem Beschwerdeführer unter Vorbehalt der Zustimmung des SEM eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA zu erteilen.

3.2 Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, das Zustimmungsverfahren sei gestützt auf Art. 99 Abs. 2 AIG i.V.m. Art. 85 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE; SR 142.201) sowie Art. 4 Bst. d und Art. 5 Bst. d Verordnung des EJPD vom 13. August 2015 über die dem Zustimmungsverfahren unterliegenden ausländerrechtlichen Bewilligungen und Vorentscheide (SR 142.201.1; nachfolgend EJPD-VO) zulässig. Zudem liege kein letztinstanzlicher kantonaler Entscheid vor, weshalb nicht von der vom Bundesgericht in BGE 141 II 169 kritisierten Doppelpurigkeit gesprochen werden könne.

In ihrer Vernehmlassung ergänzt die Vorinstanz, der Rekurs sei von der Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich nur unter dem Vorbehalt der Zustimmung des SEM gutgeheissen worden. Art. 3 der EJPD-VO stelle eine genügende Rechtsgrundlage für das Zustimmungsverfahren dar. Ferner sei Art. 99 Abs. 2 AIG bereits am 1. Juni 2019 in Kraft getreten.

3.3 Der Beschwerdeführer führt mit Hinweis auf BGE 141 II 169 an, das Zustimmungsverfahren sei rechtswidrig. Die Rekursabteilung (gemeint: Sicherheitsdirektion) des Kantons Zürich habe am 15. April 2019 angeordnet, dass ihm eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA erteilt werde. Da er gestützt auf das FZA (SR 0.142.112.681) einen Anspruch auf Bewilligungserteilung

habe, hätte die Vorinstanz eine Behördenbeschwerde gegen den kantonalen Entscheid einreichen können. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz komme es nicht darauf an, ob es sich beim kantonalen Rechtsmittelentscheid um einen letztinstanzlichen Entscheid handelt oder nicht. Entscheidend sei, ob die Bundesbehörde Kenntnis vom kantonalen Entscheid hatte, was vorliegend der Fall sei. Unerheblich sei, dass darin die Zustimmung der Vorinstanz vorbehalten worden sei. Zum Zeitpunkt des kantonalen Rekursentscheids sei Art. 99 Abs. 2 AIG nicht in Kraft gewesen, weshalb die Vorinstanz keine andere Wahl gehabt hätte, als den Beschwerdeweg zu beschreiten. Soweit sie ihren Entscheid auf Art. 85 VZAE stütze, stelle diese Bestimmung keine gültige gesetzliche Grundlage für die Zustimmungsverweigerung dar.

3.4 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 offen stand (auch nicht gemäss Art. 85 Abs. 3 VZAE [vgl. Urteile des BVGer F-3045/2016 vom 25. Juli 2018 E. 3.2.5; F-2321/2016 vom 8. Februar 2018 E. 4.2; F-7291/2016 vom 15. Dezember 2017 E. 4.3.2 und F-6323/2016 vom 19. Mai 2017 E. 3.2.6; vgl. ferner MARC SPESCHA, in: Migrationsrecht Kommentar, 5. Aufl. 2019, Art. 99 N. 2 ff. und PETER UEBERSAX/ALBERTO ACHERMANN, Bund und Kantone im Ausländerrecht, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2017/2018, S. 3-42]). 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], BBI 2018 2685 [nachfolgend: Botschaft], 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 [BBI 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 zu 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, 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).

3.5 Entgegen der Ansicht der Vorinstanz bedarf es zur Erhebung der Behördenbeschwerde gemäss der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung keines *letztinstanzlichen* kantonalen Entscheids. Die Formulierung, das SEM könne «insbesondere nach einem letztinstanzlichen kantonalen Bewilligungsentscheid (vgl. Art. 112 Abs. 4 BGG in Verbindung mit Art. 1 der Verordnung vom 8. November 2006 über die Eröffnung letztinstanzlicher kantonalen Entscheide in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten [SR 173.110.47]) Beschwerde gegen die Aufenthaltserlaubnis führen» (vgl. BGE 141 II 169 E. 4.3.1 am Ende; Urteil des BVGer F-6323/2016 vom 19. Mai 2017 E. 3.2.5) entspringt der Optik des Bundesgerichts, welches Beschwerden gegen kantonale Entscheide nur nach Ausschöpfung des Instanzenzugs behandeln darf (Art. 86 Abs. 1 Bst. d BGG). Gleichwohl kann sich das SEM unter der Voraussetzung, dass die Behördenbeschwerde an

das Bundesgericht zulässig ist, am kantonalen Beschwerdeverfahren beteiligen (BGE 141 II 169 E. 4.4.4).

Auf die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA besteht grundsätzlich ein Anspruch (Art. 4 FZA i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA), weshalb im vorliegenden Fall die Behördenbeschwerde grundsätzlich zulässig war (die Streitsache fällt nicht unter die Ausnahmebestimmung gemäss Art. 82 Bst. c Ziff. 2 BGG). Somit hätte das SEM gegen den Entscheid der Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich, mit welchem diese das kantonale Migrationsamt beauftragte, dem Beschwerdeführer unter Vorbehalt der Zustimmung des SEM eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA zu erteilen, Beschwerde führen können, zumal ihm der Entscheid der Sicherheitsdirektion mitgeteilt worden war. Darauf hat es jedoch verzichtet.

3.6 Wie in E. 3.4 dargelegt, bietet Art. 85 VZAE in dieser Konstellation keine Grundlage für die Durchführung eines Zustimmungsverfahrens. Damit bestand zum Zeitpunkt des kantonalen Rechtsmittelentscheids am 15. April 2019 keine gesetzliche Grundlage, um die Angelegenheit dem SEM zur Zustimmung zu unterbreiten. Diese Grundlage wurde mit Art. 99 Abs. 2 AIG geschaffen, welcher indessen erst am 1. Juni 2019, nach Erlass des kantonalen Rechtsmittelentscheids, in Kraft trat.

3.7 Es stellt sich die Frage, ob das SEM befugt war, einen vor der Rechtsänderung ergangenen kantonalen Beschwerdeentscheid dem Zustimmungsverfahren zu unterziehen.

3.7.1 Nach der Rechtsprechung sind neue Verfahrensvorschriften grundsätzlich mit dem Tag des Inkrafttretens sofort und in vollem Umfang anwendbar, es sei denn, das neue Recht kenne anderslautende Übergangsbestimmungen. Dieser intertemporalrechtliche Grundsatz kommt aber dort nicht zur Anwendung, wo hinsichtlich des verfahrensrechtlichen Systems zwischen altem und neuem Recht keine Kontinuität besteht und mit dem neuen Recht eine grundlegend neue Verfahrensordnung geschaffen worden ist (BGE 137 II 409 E. 7.4.5; 130 V 1 E. 3.2; 129 V 115 E. 2.2). Das Bundesgericht hat in Bezug auf die seit 1. September 2015 in Kraft stehenden Art. 85 Abs. 1 und 2 VZAE (Abs. 3 hat nur redaktionelle Änderungen erfahren) entschieden, dass damit keine neue Verfahrensordnung geschaffen worden sei; vielmehr sei dadurch die Praxis des SEM auf eine gesetzliche Grundlage gestellt worden (Urteil des BGer 2C_739/2016 vom 31. Januar 2017 E. 4.2.3). Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Rechtsprechung übernommen (vgl. Urteil des BVGer F-6072/2017 vom 4. Juli

2019 E. 4.3). Auch mit Art. 99 Abs. 2 AIG ist nicht eine grundlegend neue Verfahrensordnung geschaffen worden, so dass die Rechtsprechung davon ausgeht, dass Art. 99 Abs. 2 AIG «sofort und in vollem Umfang auf alle Verfahren – gleich welcher Stufe – » Anwendung findet (vgl. Urteil des BVGer F-5416/2016 vom 7. Juli 2020 E. 1.3). Art. 99 Abs. 2 AIG richtet sich jedoch ausschliesslich an das SEM, so dass eine Anwendung dieser prozessualen Regel auf Rechtsmittelstufe von vornherein ausgeschlossen ist. Die Rechtsmittelbehörden haben lediglich zu überprüfen, ob das SEM die Norm korrekt angewendet hat.

3.7.2 Die erwähnten Grundsätze dürfen gleichwohl nicht blind auf jede Konstellation übertragen werden. Wie alle Rechtsregeln sind auch sie anhand des konkreten Falls auf ihre Praxistauglichkeit und Konformität mit grundlegenden Rechtsprinzipien (Rechtssicherheit, Rechtsgleichheit, Willkürverbot) zu überprüfen und entsprechend anzuwenden. Im vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die «sofortige» Anwendung von Art. 99 Abs. 2 AIG zu einem in rechtlicher Hinsicht vertretbaren Resultat führen muss. Der Standpunkt des SEM, wonach es ab 1. Juni 2019 berechtigt gewesen sei, alle kantonalen Beschwerdeentscheide, gleich welchen Datums, dem Zustimmungsverfahren zu unterziehen, ist nicht vertretbar, wie die nachfolgenden Überlegungen zeigen werden.

3.7.3 Das Zustimmungsverfahren ist nicht an eine Frist gebunden, was übrigens in der Botschaft an der entsprechenden Stelle (BBI 2018 1703) als Vorteil dargestellt wird. Das SEM kann also frei entscheiden, wann es das Zustimmungsverfahren einleitet. Wenn es nun ab dem 1. Juni 2019 – im Gegensatz zu früher – berechtigt war, alle kantonalen Beschwerdeentscheide (also auch jene, die der Behördenbeschwerde unterlagen) dem Zustimmungsverfahren zu unterziehen, stellt sich die Frage, wie weit in die Vergangenheit diese Befugnis reichen soll. Im vorliegenden Fall datiert der kantonale Beschwerdeentscheid vom 15. April 2019. Würde man der Argumentation des SEM folgen, wären – rechtlich betrachtet – zeitlich unbeschränkt alle kantonalen Beschwerdeentscheide, welche vor der Rechtsänderung am 1. Juni 2019 gefällt wurden, dem Zustimmungsverfahren zugänglich. Es ergäbe sich keine auf einer rechtlichen Grundlage beruhende zeitliche Grenze für die neu geschaffene Zuständigkeit des SEM. Diese Grenze würde von Fall zu Fall variieren bzw. es würde von den konkreten Umständen abhängen, ob ein Zustimmungsverfahren durchgeführt wird. Es ist evident, dass eine rein faktisch bedingte zeitliche Grenze für die Zuständigkeit des SEM weder dem Grundsatz der Rechtssicherheit noch dem

Gebot einer rechtsgleichen und willkürfreien Rechtsanwendung zu genügen vermag.

Schliesslich stellt die Anwendung von Art. 99 Abs. 2 AIG auf einen Entscheid, der vor dessen Inkrafttreten ergangen ist, eine unzulässige Vorwirkung dar. Der positiven Vorwirkung stehen grundsätzlich die Rechtssicherheit und das berechnete Vertrauen der Beteiligten in die Weitergeltung des geltenden Rechts entgegen, wie es zum Zeitpunkt der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes (gemeint: Sachverhalts) noch in Kraft gewesen war (BGE 125 II 282 E. 4c; Urteil des BGer 1C_518/2016 vom 26. September 2017 E. 5.5). Die betroffene Person, welche einen positiven Beschwerdeentscheid erhalten hat, darf und muss davon ausgehen können, dass dieser Entscheid den in diesem Zeitpunkt geltenden Regeln unterliegt. Dies bedeutet im vorliegenden Fall, dass der Beschwerdeführer (zwar) damit rechnen musste, dass das SEM den Beschwerdeentscheid vom 15. April 2019 beim Verwaltungsgericht anfechten würde. Hingegen musste er nicht damit rechnen, dass der Entscheid einem Zustimmungsverfahren unterzogen würde, welches erst am 1. Juni 2019 eingeführt wurde.

3.7.4 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass es eines in zeitlicher Hinsicht objektiven Kriteriums bedarf für die Frage, welche kantonalen Beschwerdeentscheide das SEM einem Zustimmungsverfahren unterziehen durfte und welche (noch) nicht. Als Anknüpfungspunkt bietet sich das Datum des betreffenden kantonalen Beschwerdeentscheids an: Jene Entscheide, die vor der Rechtsänderung ergangen sind, unterliegen der alten Ordnung; jene, die nach der Rechtsänderung ergangen sind, unterliegen der neuen Ordnung. Diese Lösung widerspricht dem Grundsatz der «sofortigen» Anwendung des neuen Verfahrensrechts nicht; vielmehr stellt sie eine sachgerechte Auslegung des Begriffs «sofort» dar: Das SEM durfte ab dem 1. Juni 2019 alle kantonalen Beschwerdeentscheide, welche ab diesem Datum gefällt wurden, einem Zustimmungsverfahren unterziehen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im vorliegenden intertemporalrechtlichen Zusammenhang der Zeitpunkt des kantonalen Rechtsmittelentscheids massgeblich ist für die Frage, ob der Entscheid dem Zustimmungsverfahren unterliegt. Die Vorinstanz war folglich nicht zuständig für die Durchführung eines Zustimmungsverfahrens und hätte die Sache nicht an die Hand nehmen dürfen bzw. an den Kanton zurückweisen müssen. Aus diesem Grund ist nicht zu prüfen, ob die Vorinstanz ihren Entscheid korrekt begründet hat. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass auch der

Vorbehalt der Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich, wonach das SEM der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zuzustimmen habe, nichts am Vorgesagten ändert. Ein kantonaler Entscheid vermag selbstredend eine gesetzliche Grundlage nicht zu ersetzen.

4.

Nachfolgend ist zu prüfen, welche Konsequenz sich aus der fehlenden Zuständigkeit der Vorinstanz ergibt beziehungsweise ob die angefochtene Verfügung nichtig oder lediglich anfechtbar ist.

4.1 Fehlerhafte Entscheide sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nichtig, wenn der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer ist, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn zudem 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 von sämtlichen rechtsanwendenden Behörden jederzeit von Amtes wegen zu beachten (BGE 139 II 243 E. 11.2; 138 II 501 E. 3.1; Urteile des BGer 8C_533/2020 vom 25. November 2020 E. 7.2; 8C_7/2020 vom 3. November 2020 E. 6.2.3.2).

4.2 Im Urteil 2C_634/2014 vom 24. April 2015 erachtete das Bundesgericht eine Verfügung des SEM, mit welcher es entgegen BGE 141 II 169 und damit trotz fehlender Zuständigkeit seine Zustimmung zur Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung verweigerte, lediglich als anfechtbar. Zur Begründung führte es an, die Verfügung des SEM sei vor dem vorerwähnten Entscheid des Bundesgerichts ergangen, weshalb der ihr anhaftende Mangel nicht als offensichtlich bezeichnet werden könne. Zudem würde die Annahme der Nichtigkeit angesichts der Vielzahl vorinstanzlicher Entscheide, denen derselbe Mangel anhafte, die Rechtssicherheit ernsthaft gefährden (E. 4). Im vorliegenden Verfahren liegt zwar die umgekehrte Konstellation vor: Die Verfügung des SEM ist nach Änderung der Rechtsprechung ergangen. Dennoch kann die Unzulässigkeit des Zustimmungsverfahrens angesichts der in E. 3 erörterten intertemporalen Fragestellung nicht als leicht erkennbar bezeichnet werden. Es liegt somit keine Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung vor.

5.

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene

Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und die angefochtene Verfügung ist aufzuheben. Der Beschwerdeführer ist somit wieder in die Lage zum Zeitpunkt des Entscheids der Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich am 15. April 2019 zu versetzen, mit welchem das kantonale Migrationsamt mit der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung an den Beschwerdeführer beauftragt worden war. Die Vorinstanz wird somit die Akten an das kantonale Migrationsamt zurückzusenden haben, damit dieses dem Beschwerdeführer die Aufenthaltsbewilligung erteilen kann, unter Vorbehalt allfälliger Widerrufsgründe, welche nach dem kantonalen Rechtsmittelentscheid aufgetreten sein mögen.

6.

6.1 Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

6.2 Dem anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer ist angesichts seines Obsiegens in Anwendung von Art. 64 VwVG und Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) eine Entschädigung für die ihm notwendigerweise erwachsenen Parteikosten zuzusprechen. Die Rechtsvertretung reichte am 2. Dezember 2020 eine Kostennote ein, in welcher sie (für sich und ihre Stellvertretung) einen Zeitaufwand von insgesamt 20.2 Stunden, davon 11.25 Stunden à Fr. 220.– und 8.95 Stunden à Fr. 200.– (für ihre Stellvertretung), ausweist. Insgesamt macht sie einen Aufwand von Fr. 4'622.7.– geltend (inkl. MwSt. und Auslagen). Der geltend gemachte zeitliche Aufwand erweist sich als überhöht. Unter Berücksichtigung der massgebenden Bemessungsfaktoren (Art. 9–13 VGKE) und der Entschädigungspraxis in vergleichbaren Fällen ist die Parteientuschädigung auf Fr. 3'000.– (inkl. MwSt. und Auslagen) festzusetzen.

(Dispositiv nachfolgende Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Die Verfügung vom 5. Juli 2019 wird aufgehoben.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der bezahlte Kostenvorschuss im Betrag von Fr. 1'000.– wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet.

4.

Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.– auszurichten.

5.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde; Beilage: Formular Zahladresse)
- die Vorinstanz (gegen Empfangsbestätigung; Akten Ref-Nr. [...] retour)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Susanne Genner

Maria Wende

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG gegeben sind. Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: