Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung VI
F-7291/2016

Urteil vom 15. Dezember 2017

Besetzung

Richter Andreas Trommer (Vorsitz),
Richter Gregor Chatton,
Richter Yannick Antoniazza-Hafner,
Gerichtsschreiber Julius Longauer.

Parteien

A._____,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rahel Scholl, Rechtsanwältin,

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.
Die Beschwerdeführerin, eine 1984 geborene ghanaische Staatsangehörige, heiratete am 26. Juli 2011 in Ghana den 20 Jahre älteren, in der Schweiz niederlassungsberechtigten Landsmann B._____. Am 20. Juni 2012 reiste sie in die Schweiz ein und erhielt im Kanton Zürich eine Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib beim Ehemann. Die Aufenthaltsbewilligung wurde letztmals mit Wirkung bis 19. Juni 2015 verlängert.

B.
Nachdem die kantonale Migrationsbehörde gestützt auf eine Reihe von Indizien zur Überzeugung gelangt war, dass die Beschwerdeführerin und ihr Ehemann eine Scheinehe eigegangen waren, verfügte sie am 17. Juni 2015 die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung der Beschwerdeführerin aus der Schweiz (Akten der Vorinstanz [SEM-act.] 3/46). Eine dagegen eingereichte Beschwerde wies die Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich am 8. Dezember 2015 ab (SEM-act. 3/41).

Das nachfolgend angerufene Verwaltungsgericht des Kantons Zürich bekundete in seinem Urteil vom 19. Juli 2016 erhebliche Zweifel am Vorliegen einer Scheinehe. Es hiess daher die Beschwerde (teilweise) gut und wies die kantonale Migrationsbehörde an, die Aufenthaltsbewilligung der Beschwerdeführerin zu verlängern (SEM-act. 2/23). Dem Urteil ist die abweichende Meinung des Gerichtsschreibers angefügt, der im Gegensatz zum Gericht von einem klaren Fall einer Scheinehe ausging.

C.
Am 26. August 2016 gelangte die kantonale Migrationsbehörde an die Vorinstanz, bezeichnete das Urteil des Verwaltungsgerichts als „krassen“ Fehlentscheid und ersuchte um Prüfung einer Behördenbeschwerde an das Bundesgericht (SEM-act. 3/47).

D.
Mit Schreiben vom 7. September 2016 teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit, dass die kantonale Migrationsbehörde die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung zur Zustimmung unterbreitet habe und dass erwogen werde, die Zustimmung wegen Vorliegens einer Scheinehe zu verweigern und die Wegweisung aus der Schweiz anzuordnen. Der Beschwerdeführerin wurde Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben (SEM-act. 6/87).

E.
Mit Eingabe vom 4. Oktober 2016 gelangte die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin an die Vorinstanz und beantragte, die Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung zu erteilen (SEM-act. 8/94). Sie verwies auf das Urteil des Verwaltungsgerichts, das korrekt sei und anerkannt werden müsse. Im Übrigen hätten sich weitere Sachverhaltsentwicklungen ergeben, die gegen das Vorliegen einer Scheinehe sprächen, nämlich die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin am 23. August 2016, d.h. einige Tage vor Erhalt des verwaltungsgerichtlichen Urteils, wegen häuslicher Gewalt in ein Zürcher Frauenhaus geflüchtet sei, sowie der Umstand, dass das Strafverfahren gegen die Beschwerdeführerin wegen Widerhandlung gegen das AuG eingestellt worden sei. Auch die Staatsanwaltschaft sei somit nicht vom Vorliegen einer Scheinehe ausgegangen.

F.
Mit Verfügung vom 31. Oktober 2016 verweigerte die Vorinstanz die Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung und wies die Beschwerdeführerin aus der Schweiz weg (SEM-act. 10/101).

In einem ersten Schritt bejaht die Vorinstanz ihre Zuständigkeit, ein Zustimmungsverfahren durchzuführen, auch wenn – wie im vorliegenden Fall geschehen – eine kantonale Rechtsmittelinstanz gestützt auf Art. 43 Abs. 1 AuG die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung angeordnet habe, zumal mit der Zustimmungsverordnung des EJPD vom 13. August 2015 über die dem Zustimmungsverfahren unterliegenden ausländerrechtlichen Bewilligungen und Vorentscheide (Zustimmungsverordnung; SR 142.201.1) die notwendige gesetzliche Grundlage geschaffen worden sei. In einem zweiten Schritt gelangt die Vorinstanz nach eingehender Prüfung zum Schluss, dass der Rechtsmissbrauchstatbestand der Scheinehe vorliege, was gemäss Art. 51 Abs. 2 Bst. a AuG (SR 142.20) zum Erlöschen des Anspruchs auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung nach Art. 43 Abs. 1 AuG führe. Alternativ erblickt die Vorinstanz im Verhalten der Beschwerdeführerin eine Täuschungshandlung nach Art. 62 Abs. 1 Bst. a AuG, die gemäss Art. 51 Abs. 2 Bst. b AuG ebenfalls das Erlöschen des Verlängerungsanspruchs zur Folge habe. Die Rechtsfolge des Erlöschens stehe auch im Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns. Die Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung sei folglich zu verweigern. In einem letzten Schritt prüft und bejaht die Vorinstanz die Vollziehbarkeit der Wegweisung der Beschwerdeführerin als gesetzlicher Regelfolge des Verlustes eines Aufenthaltsrechts, weshalb die Anordnung einer vorläufigen Aufnahme ausser Frage stehe.

G.
Mit Rechtsmitteleingabe vom 24. November 2016 (Akten des BVGer [Rek-act.] 1) lässt die Beschwerdeführerin beantragen, die vorgenannte Verfügung sei aufzuheben, und es sei der Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung durch den Kanton Zürich die Zustimmung zu erteilen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersuchte sie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege in Gestalt einer Befreiung von den Verfahrenskosten und der Bestellung ihrer Rechtsvertreterin zur unentgeltlichen Rechtsbeiständin.

Zur Begründung hält die Rechtsvertreterin daran fest, dass zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Ehemann keine Scheinehe bestanden habe, und ergänzt, dass der Beschwerdeführerin auch kein täuschendes Verhalten vorgeworfen werden könne. Erst im August 2016 sei es zu unüberwindbaren Differenzen zwischen den Ehegatten gekommen, die in ein Eheschutzverfahren gemündet hätten. Der Erlöschensgrund des Art. 51 AuG liege daher nicht vor. Da sich die Beschwerdeführerin zudem gut in die hiesigen Verhältnisse integriert habe, habe sie gestützt auf Art. 50 AuG einen eheunabhängigen Anspruch auf Verlängerung ihrer Aufenthaltsbewilligung. Schliesslich beanstandet die Rechtsvertreterin, dass die Verweigerung der Zustimmung nicht verhältnismässig sei. Die Beschwerdeführerin habe sich in der Schweiz – wie bereits erwähnt – gut integriert, sei gesundheitlich angeschlagen und ihre Wiedereingliederung in Ghana stark gefährdet.

H.
Mit Zwischenverfügung vom 19. Januar 2017 wurde der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtspflege gewährt (Rek-act. 4). Sie wurde von der Pflicht zur Bezahlung von Verfahrenskosten befreit, und es wurde ihr in der Person ihrer Rechtsvertreterin eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.

I.
Mit Vernehmlassung vom 26. Januar 2017 hält die Vorinstanz an der angefochtenen Verfügung fest und beantragt die Abweisung der Beschwerde (Rek-act. 6).

Auf entsprechenden Hinweis des Bundesverwaltungsgerichts hin räumte die Vorinstanz ein, dass ihr die Sache von der kantonalen Migrationsbehörde zur Prüfung eines Weiterzugs des verwaltungsgerichtlichen Urteils an das Bundesgericht unterbreitet worden war. Allein ein Weiterzug an das Bundesgericht setze einen Anspruch auf Erteilung der Bewilligung voraus,

der im Falle einer Scheinehe oder einer Täuschung der Behörden nicht bestehe. Daher sei nur die Durchführung eines Zustimmungsverfahrens möglich gewesen.

Aber auch dann, wenn nicht von einer Scheinehe auszugehen wäre, würde ein allfälliger Entscheid über die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 50 AuG eine Abweichung von den Zulassungsvoraussetzungen im Sinne von Art. 30 AuG darstellen, zumal die Beschwerdeführerin die ordentlichen Zulassungsvoraussetzungen nach Art. 18 bis 24 AuG nicht erfülle. Der Entscheid über eine Abweichung von den Zulassungsvoraussetzungen liege jedoch nach Art. 40 AuG in der abschliessenden Zuständigkeit des SEM. Gemäss ständiger Praxis übe das SEM seine Zuständigkeit auch in diesen Fällen im Rahmen des Zustimmungsverfahrens aus.

J.
Die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin hält in ihrer Replik vom 2. März 2017 an den gestellten Anträgen fest (Rek-act. 8).

Ergänzend bzw. abweichend wird beanstandet, dass hinsichtlich des Sachverhalts, von dem das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich ausgegangen sei – Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung während des Bestands einer ehelichen Gemeinschaft gestützt auf Art. 43 Abs. 1 AuG –, in der Zustimmungsverordnung des EJPD keine rechtliche Grundlage für die Durchführung eines Zustimmungsverfahrens zu finden sei. Die Vorinstanz hätte zwingend die Behördenbeschwerde an das Bundesgericht ergreifen müssen. Nun sei es zwischen der Ausfällung des verwaltungsgerichtlichen Urteils und dessen Eröffnung tatsächlich zur Trennung der Ehegatten gekommen. Dieser neue Sachverhalt werde in Art. 4 Bst. d Zustimmungsverordnung geregelt. Dies habe zur Folge, dass nun die Vorinstanz eine rechtliche Grundlage habe, um die Zustimmung zu erteilen bzw. zu verweigern. Jedoch habe weder die kantonale Migrationsbehörde noch die Vorinstanz die Voraussetzungen des Art. 50 AuG geprüft. Das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin werde daher verletzt.

K.
Auf den weiteren Akteninhalt wird, soweit erheblich, in den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Verfügungen des SEM betreffend Zustimmung zur Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 112 Abs. 1 AuG i.V.m. Art. 31 ff. VGG).

1.2 Gemäss Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (vgl. auch Art. 2 Abs. 4 VwVG).

1.3 Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 49 ff. VwVG).

2.

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und – soweit nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet im Beschwerdeverfahren das Recht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG an die Begründung der Begehren nicht gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. BVGE 2014/1 E. 2 m.H.).

3.

3.1 Gemäss Art. 40 AuG sind die Kantone zuständig für die Erteilung und Verlängerung von Bewilligungen. Vorbehalten ist u.a. die Zuständigkeit des Bundes im Zustimmungsverfahren nach Art. 99 AuG. Nach der letzteren Bestimmung legt der Bundesrat fest, in welchen Fällen Kurzaufenthalts-, Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligungen (sowie kantonale arbeitsmarktliche Vorentscheide) dem SEM zur Zustimmung zu unterbreiten sind. Das SEM kann die Zustimmung verweigern oder den kantonalen Entscheid einschränken. Aus der Ermächtigung des Art. 99 AuG resultiert Art. 85 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201), der als Folge einer Rechtsprechungsänderung des Bundesgerichts auf den 1. September 2015 eine neue Fassung erhielt. Darauf ist nachfolgend einzugehen.

3.2 Soweit für die vorliegende Streitsache von Bedeutung enthielt Art. 85 VZAE in seiner ursprünglichen, bis 31. August 2015 geltenden Fassung (nachfolgend: alt Art. 85 VZAE, AS 2007 5497) die folgende Regelung: Absatz 1 bestimmte, dass das SEM (unter anderem) zuständig ist für die Zustimmung zur Erteilung der Kurzaufenthalts-, Aufenthalts-, oder Niederlassungsbewilligung sowie zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn es (das SEM) ein Zustimmungsverfahren zur Koordination der Praxis im Rahmen des Gesetzesvollzugs für bestimmte Personen- und Gesuchskategorien als notwendig erachtet (Bst. a) oder wenn es die Unterbreitung zur Zustimmung in einem Einzelfall verlangt (Bst. b). Nach Absatz 3 konnte die kantonale Migrationsbehörde dem SEM zudem einen kantonalen Entscheid für die Überprüfung der bundesrechtlichen Voraussetzungen zur Zustimmung unterbreiten. Die Umschreibung der zustimmungspflichtigen Fallkategorien gemäss alt Art. 85 Abs. 1 Bst. a VZAE nahm das SEM in seinen Weisungen vor.

3.3 Das dargestellte Regelungsgefüge wurde vom Bundesgericht in seiner langjährigen, ständigen Rechtsprechung ohne Einschränkungen als ausreichende gesetzliche Grundlage für die Durchführung eines Zustimmungsverfahrens durch das SEM betrachtet. Ohne Bedeutung war, ob die Bewilligung durch eine kantonale Migrationsbehörde im Rahmen des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens erteilt, oder ob die Erteilung der Bewilligung nach Inanspruchnahme des Rechtsmittelwegs durch eine kantonale Rechtsmittelinstanz angeordnet wurde. Falls dem SEM eine Behördenbeschwerde gegen den kantonalen Rechtsmittelentscheid offenstand, so überliess es die Rechtsprechung dem SEM, ob es von dieser Möglichkeit Gebrauch machte oder aber ein Zustimmungsverfahren durchführte (vgl. zum Ganzen die ausführlichen Belege zur bisherigen Rechtsprechung in BGE 141 II 169 E. 4.4.3 und 4.4.5).

3.4 Mit Grundsatzurteil vom 30. März 2015 (BGE 141 II 169) änderte das Bundesgericht seine Rechtsprechung in mehrfacher Hinsicht:

3.4.1 Neu sollte die bisherige Regelung nur noch genügen, wenn keine kantonale Rechtsmittelinstanz verbindlich die Erteilung einer Bewilligung angeordnet hatte. In diesen Fällen wird die bisherige Regelung durch die Zuständigkeiten des SEM im Rahmen der Zusammenarbeit mit den kantonalen Migrationsbehörden und kraft seiner spezifischen Aufsicht im Ausländerrecht gedeckt (BGE 141 II 169 E. 4.3). Liegt dagegen ein solcher kantonaler Rechtsmittelentscheid bereits vor, fehlt dem Zustimmungsverfahren die gesetzliche Grundlage. Denn der Bundesrat nahm mit alt Art. 85

Abs. 1 Bst. a VZAE ohne formell-gesetzliche Ermächtigung und daher unzulässigerweise eine Subdelegation von Rechtsetzungsbefugnissen an ein Bundesamt vor (vgl. Art. 48 Abs. 2 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21.03.1997 [RVOG, SR 172.010]) und kam im Übrigen seiner sich aus Art. 99 AuG ergebenden Pflicht nicht nach, auf Verordnungsebene die zustimmungspflichtigen Fallkategorien inhaltlich und in vorhersehbarer Weise zu umschreiben (BGE 141 II 169 E. 4.4.1 und 4.4.2). Es liegt auf der Hand, dass am selben Mangel (fehlende inhaltliche Bestimmtheit, mangelnde Vorhersehbarkeit) auch alt Art. 85 Abs. 3 VZAE krankte und dessen Geltung sich daher auf Situationen gegenseitiger Amtshilfe im Verfahren auf Erlass einer erstinstanzlichen Verfügung beschränkte (Urteil des BGer 2C_634/2014 vom 24.04.2015 E. 3.1 in fine).

3.4.2 Des Weiteren schrieb das Bundesgericht im zitierten Grundsatzurteil erstmals und in Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung den Vorrang der Behördenbeschwerde gegenüber dem Zustimmungsverfahren fest. Ein Zustimmungsverfahren ist deshalb ausgeschlossen, wenn gegen den kantonalen Rechtsmittelentscheid die Behördenbeschwerde ergriffen werden kann (BGE 141 II 169 E. 4.4.3). Ist dagegen eine Behördenbeschwerde gegen einen kantonalen Rechtsmittelentscheid nicht gegeben, weil es nicht um eine anspruchsgelenkte Bewilligung geht (vgl. Art. 83 Bst. c Ziff. 2 BGG), soll die Durchführung eines Zustimmungsverfahrens auch weiterhin möglich sein. Voraussetzung ist jedoch, dass der Bundesrat eine den Delegationsgrundsätzen genügende Verordnung erlässt. Mit dieser Neuausrichtung seiner Rechtsprechung beabsichtigte das Bundesgericht, eine Praxis zu beenden, die unbefriedigend war, weil sie dem SEM die Möglichkeit gab, die Zustimmung zu einer Bewilligung zu verweigern, deren Erteilung von einer kantonalen Rechtsmittelinstanz angeordnet wurde, obwohl dem SEM eine Behördenbeschwerde offenstand. Dadurch konnte es zu teilweise überlangen Verfahren kommen. Gleichzeitig sollte die Gefahr widersprüchlicher Entscheide gleichrangiger Justizbehörden minimiert werden, die sich verwirklicht, wenn ein kantonales Gericht die Erteilung der Bewilligung anordnet und das Bundesverwaltungsgericht später die zustimmungsverweigernde Verfügung des SEM schützt (BGE 141 II 169 E. 4.4.4, ferner das bereits erwähnte Urteil des BGer 2C_634/2014 vom 24.04.2015 E. 3.2; vgl. dazu auch RAHEL DIETHELM, Das Bundesgericht ändert seine Rechtsprechung zur Zulässigkeit des Zustimmungsverfahrens im Ausländerrecht, Rz. 17 m.H., in: dRSK, publiziert am 19.06.2015).

3.5 Der Bundesrat nahm die Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Anlass, das bisherige System durch eine Neufassung von

Art. 85 VZAE per 1. September 2015 zu ändern. Er nahm in Art. 85 Abs. 2 VZAE eine durch Art. 48 Abs. 1 RVOG gedeckte und daher zulässige Subdelegation von Rechtssetzungsbefugnissen an ein Departement vor, indem er das EJPD beauftragte, die zustimmungspflichtigen Fallkategorien in einer Verordnung zu definieren. Dieser Verpflichtung kam das EJPD mit der zeitgleichen Inkraftsetzung der Zustimmungsverordnung nach. Die Regelung von Art. 85 Abs. 1 Bst. b VZAE, die das SEM ermächtigte, eine Bewilligungssache im Einzelfall zur Zustimmung an sich zu ziehen, wurde vom Bundesrat ersatzlos gestrichen. Diese Möglichkeit ist neu in den Weisungen des SEM zum AuG geregelt und besteht nur solange, als kein kantonaler Rechtsmittelentscheid vorliegt (vgl. Ziff. 1.3.1.2.3 der Weisungen AuG des SEM vom Oktober 2013, Stand 03.07.2017, online abrufbar: <www.sem.admin.ch> Publikationen & Service > Weisungen und Kreisschreiben > I. Ausländerbereich > 1 Verfahren und Zuständigkeit, abgerufen am 24.10.2017). Ansonsten wiederholt Art. 85 VZAE die bisherige Rechtslage: Gemäss Absatz 1 ist nach wie vor das SEM zur Zustimmungserteilung zuständig und die kantonale Migrationsbehörde kann gemäss Absatz 3 dem SEM kantonale Entscheide für die Überprüfung der bundesrechtlichen Voraussetzungen zur Zustimmung unterbreiten. Die letztere Möglichkeit besteht jedoch gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung zur inhaltlich gleichen Vorgängerregelung nur, wenn in der Sache kein kantonaler Rechtsmittelentscheid ergangen ist.

4.

4.1 Der angefochtenen Verfügung lag das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 19. Juli 2016 zugrunde, mit dem die kantonale Migrationsbehörde angewiesen wurde, die Aufenthaltsbewilligung der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 43 Abs. 1 AuG zu verlängern. Es tat dies, weil es die Auffassung der kantonalen Migrationsbehörde und der Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich verwarf, wonach die Beschwerdeführerin und ihr Ehemann eine Scheinehe führten und ihr Rechtsanspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, den ihr Art. 43 Abs. 1 AuG infolge ihrer Ehe mit einem niedergelassenen Ausländer vermittelt, demzufolge kraft Art. 51 Abs. 2 Bst. a AuG erloschen sei. Die Vorinstanz, der das verwaltungsgerichtliche Urteil von der kantonalen Migrationsbehörde zur Prüfung eines Weiterzugs an das Bundesgericht übermittelt wurde, ging im Gegensatz zum Verwaltungsgericht vom Vorliegen einer Scheinehe aus bzw. von einer Täuschung der Bewilligungsbehörden in einem wesentlichen Punkt (Erlöschensgrund nach Art. 51 Abs. 2 Bst. b AuG i.V.m. Art. 62 Abs. 1 Bst. a AuG), verzichtete jedoch auf eine Behördenbeschwerde an das Bundesgericht. Stattdessen zog sie die Bewilligungssache an sich und

verweigerte ihre Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung der Beschwerdeführerin durch den Kanton Zürich.

4.2 Die Vorinstanz ist der Auffassung, dass eine Verlängerung der Bewilligung der Beschwerdeführerin der Zustimmungspflicht unterliegt, und verortet die vom Bundesgericht für den Fall eines positiven kantonalen Rechtsmittelentscheids geforderte, den Delegationsgrundsätzen genügende rechtliche Grundlage in der Zustimmungsverordnung des EJPD. Dieser Auffassung muss entschieden widersprochen werden. In der gesamten Zustimmungsverordnung ist keine Bestimmung enthalten, die verlangen würde, dass eine Aufenthaltsbewilligung, die gestützt auf Art. 43 Abs. 1 AuG erteilt oder verlängert wird, in einer Konstellation wie der vorliegenden dem SEM zur Zustimmung unterbreitet werden müsste. Es ist denn auch bezeichnend, dass sich die Vorinstanz unspezifisch auf die Zustimmungsverordnung als solche beruft, ohne die aus ihrer Sicht einschlägige Verordnungsbestimmung zu benennen. Da zudem ein kantonaler Rechtsmittelentscheid vorliegt, kann weder das SEM die Bewilligungssache kraft seiner spezifischen Kompetenz als Aufsichtsbehörde zur Zustimmung an sich ziehen, wie es seine Weisungen vorsehen (vgl. oben E. 3.5), noch kann die kantonale Migrationsbehörde die Angelegenheit dem SEM gestützt auf Art. 85 Abs. 3 VZAE für die Überprüfung der bundesrechtlichen Voraussetzungen zur Zustimmung unterbreiten (was im Übrigen gar nicht geschah). Schon von daher erweist sich das von der Vorinstanz durchgeführte Zustimmungsverfahren als bundesrechtswidrig.

4.3 Doch selbst wenn der Zustimmungsverordnung eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Durchführung eines Zustimmungsverfahrens entnommen werden könnte, stünde ihm aus den nachfolgend aufgeführten Gründen der Vorrang der Behördenbeschwerde entgegen.

4.3.1 Zum einen irrt die Vorinstanz, wenn sie argumentiert, sie habe gegen das Urteil des kantonalen Verwaltungsgerichts nicht Behördenbeschwerde führen können, weil zum Gegenstand einer solchen gemäss Art. 83 Bst. c Ziff. 2 BGG nur Bewilligungen gemacht werden, auf die ein Anspruch besteht, der sich aus Art. 43 Abs. 1 AuG ergebende Bewilligungsanspruch der Beschwerdeführerin jedoch infolge Scheinehe bzw. rechtserheblicher Täuschung der Behörden erloschen sei (vgl. Art. 51 Abs. 2 Bst. a AuG bzw. Art. 51 Abs. 2 Bst. b AuG i.V.m. Art. 62 Abs. 1 Bst. a AuG). Die Vorinstanz übersieht, dass ihr nach höchstrichterlicher Rechtsprechung eine Behördenbeschwerde nicht nur zusteht, wenn ein Anspruch auf die fragliche Bewilli-

gung gegeben ist, sondern auch dann, wenn gerade die Frage nach Bestehen oder Nichtbestehen des Anspruchs auf eine Bewilligung den Streitgegenstand bildet (BGE 141 II 169 E. 4.4.4). Das SEM kann daher im Rahmen einer Behördenbeschwerde auch geltend machen, dass die kantonale Rechtsmittelinstanz das Vorliegen eines Rechtsanspruches auf die streitige Bewilligung in Verletzung von Bundesrecht bejaht habe (BGE 130 II 137 E. 1.2), beispielsweise weil sie, wie von der Vorinstanz in der vorliegenden Streitsache angenommen, zu Unrecht eine Scheinehe bzw. eine rechtserhebliche Täuschung der Behörden verneint hat. Die Möglichkeit einer Behördenbeschwerde stand der Vorinstanz daher ohne Zweifel offen.

4.3.2 Zum anderen beschränken sich die durch das bundesgerichtliche Grundsatzurteil veranlassten Rechtsänderungen darauf, durch Neufassung von Art. 85 AuG und Einführung einer Zustimmungsverordnung des EJPD eine die Delegationsgrundsätze wahrende gesetzliche Grundlage für das Zustimmungsverfahren zu schaffen. Die Frage, ob das SEM trotz gegebener Behördenbeschwerde ein Zustimmungsverfahren durchführen kann, wurde nicht geregelt. Eine entsprechende Befugnis besteht daher nicht (Urteil des BVGer F-6323/2017 vom 19.05.2017 E. 3.2.6 und 3.3). Im Übrigen geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass ein Wahlrecht des SEM zwischen der Behördenbeschwerde und dem Zustimmungsverfahren wegen ihrer Auswirkungen nicht auf Verordnungsebene eingeführt werden kann, sondern – vorbehältlich seiner grundsätzlichen Verfassungsmässigkeit – einer formell-gesetzlichen Grundlage bedarf. Das scheint trotz teilweise unklarer Formulierung auch die Auffassung des Bundesgerichts zu sein (vgl. BGE 141 II 169 E. 4.4.4; vgl. dazu auch DIETHELM, a.a.O, Rz. 18), und davon geht offensichtlich auch die Vorinstanz aus, wie dem laufenden Gesetzgebungsprojekt „Anpassung des Ausländergesetzes (AuG): Verfahrensnormen und Informationssystem“ zu entnehmen ist (vgl. Art. 99 Abs. 1 AuG gemäss Vorentwurf sowie Ziff. 1.2.1 des erläuternden Berichts, online abrufbar: <www.sem.admin.ch> Aktuell > Laufende Gesetzgebungsprojekte > Anpassung des Ausländergesetzes (AuG): Verfahrensnormen und Informationssysteme, abgerufen am 25.10.2017).

4.4 An der Unzulässigkeit des von der Vorinstanz durchgeführten Zustimmungsverfahrens, die sich aus den vorstehenden Erwägungen ergibt, ändert nichts, dass die Beschwerdeführerin nach eigenen Angaben im August 2016, zwischen der Ausfällung des verwaltungsgerichtlichen Urteils und seiner Eröffnung, den ehelichen Haushalt infolge ehelicher Gewalt verliess, sich in ein Frauenhaus flüchtete, und seither von ihrem Ehemann getrennt

lebt, sodass sich nunmehr die Frage einer Verlängerung ihrer Aufenthaltsbewilligung nach Aufgabe der ehelichen Gemeinschaft gestützt auf Art. 50 AuG stellt. Zwar unterliegt gemäss Art. 4 Bst. c Zustimmungsverordnung die in Art. 50 AuG geregelte Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung nach Auflösung der ehelichen Gemeinschaft oder nach dem Tod des schweizerischen oder ausländischen Ehegatten der Zustimmung des SEM, falls die ausländische Person nicht aus einem Mitgliedstaat der EU oder der EFTA stammt. Allerdings war die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 50 AuG nicht Gegenstand des kantonalen Bewilligungsverfahrens und konnte daher auch nicht Gegenstand eines Zustimmungsverfahrens vor der Vorinstanz sein. Es wird Sache der kantonalen Migrationsbehörde sein, diese Frage im Rahmen einer weiteren Verlängerung ihrer Aufenthaltsbewilligung zu prüfen. Gegebenenfalls wird das SEM die Gelegenheit haben, sich im Rahmen eines Zustimmungsverfahrens zum Vorliegen der bundesrechtlichen Voraussetzungen zu äussern.

In letzterem Zusammenhang gilt es jedoch zu beachten, dass ein kantonaler Rechtsmittelentscheid, der gestützt auf Art. 50 AuG die Verlängerung einer Bewilligung verbindlich anordnet, der Behördenbeschwerde unterliegt und das SEM daher nach geltendem Recht kein Zustimmungsverfahren durchführen kann (vgl. oben und das zitierte Urteil des BVGer F-6323/2016 vom 19.05.2017 E. 3.2.6 und 3.3). Die entgegenstehende Auffassung der Vorinstanz kann nicht geteilt werden. Wohl trifft es zu, dass die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 50 VwVG in Abweichung von den ordentlichen Zulassungsvoraussetzungen gemäss Art. 18 bis 29 AuG erfolgt, und dass Fallkonstellationen des Art. 30 AuG, die gemäss Art. 5 Zustimmungsverordnung der Zustimmungspflicht unterliegen, unabhängig davon dem SEM zur Zustimmung unterbreitet werden müssen, ob ein positiver kantonaler Rechtsmittelentscheid vorliegt und ob ein Anspruch auf eine ausländerrechtliche Regelung besteht (Urteil des BGer 2C_739/2016 vom 31.01.2017 E. 4.1.2). Die Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 50 AuG, der im Gegensatz zu Art. 30 AuG einen Rechtsanspruch vermittelt, gehört jedoch nicht zu den in Art. 30 AuG abschliessend aufgezählten Fallkonstellationen. Dabei ist ohne Belang, dass ein Lebenssachverhalt, der als nachehelicher Härtefall im Sinne von Art. 50 Abs. 1 Bst. b AuG zu qualifizieren ist, möglicherweise auch die Voraussetzungen von Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG an einen schwerwiegenden persönlichen Härtefall erfüllt.

5.
Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz die Bewilligungssache der Beschwerdeführerin zu Unrecht an sich zog und ein Zustimmungsverfahren durchführte. Die angefochtene Verfügung erweist sich somit als bundesrechtswidrig (Art. 49 VwVG) und ist als solche in Gutheissung der Beschwerde ersatzlos aufzuheben.

6.
Der Beschwerdeführerin wurde mit Zwischenverfügung vom 19. Januar 2017 die unentgeltliche Rechtspflege gewährt, welche die Befreiung von den Verfahrenskosten und die Bestellung von Rechtsanwältin Rahel Scholl zur unentgeltlichen Rechtsvertreterin umfasste. Mit dem Obsiegen der Beschwerdeführerin ist die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gegenstandslos geworden. Dieser Verfahrensausgang hat zur Folge, dass keinem der Verfahrensbeteiligten Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG), und der Beschwerdeführerin zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung für die ihr entstandenen notwendigen Kosten zuzusprechen ist (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG, Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Höhe der Parteientschädigung ist in Beachtung des aktenkundigen Aufwands sowie der Komplexität des Falles und in Anwendung der gesetzlichen Bemessungskriterien von Art. 8 ff. VGKE auf Fr. 2‘000.- festzusetzen. In diesem Betrag ist der Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE eingeschlossen.

Dispositiv S. 14

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen, und die Verfügung des SEM vom 31. Oktober 2016 wird ersatzlos aufgehoben.

2.
Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

3.
Die Vorinstanz wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 2‘000.- auszurichten.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (…)
– die Vorinstanz (…)
– die Migrationsbehörde des Kantons Zürich

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Andreas Trommer	Julius Longauer

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: