

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.203 vom 7. Juli 2022

BS Appellationsgericht, 2022-07-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2021.203

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.203 du 7 juillet 2022

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.203 del 7 luglio 2022

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses folgt aus dem Überweisungsbeschluss des Regierungspräsidenten vom 8. September 2021 sowie § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100) in Verbindung mit § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100). Zuständig ist gemäss § 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) das Dreiergericht. Für das Verfahren gelten die Bestimmungen des VRPG.

1.2 Der Rekurrent ist als Adressat des angefochtenen Entscheids von diesem unmittelbar berührt und hat demnach ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung. Er ist deshalb gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert. Auf seinen den Voraussetzungen von § 46 Abs. 1 und 2 OG bzw. § 16 Abs. 1 und Abs. 2 VRPG entsprechend frist- und formgerecht erhobenen Rekurs ist somit einzutreten.

1.3 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG. Demnach hat das Verwaltungsgericht zu prüfen, ob die Vorinstanz den Tatbestand unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt, öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet oder von dem ihr zustehenden Ermessen unzulässigen Gebrauch gemacht hat. Darüber hinaus ist das Verwaltungsgericht mangels einer entsprechenden gesetzlichen Vorschrift im Ausländerrecht nicht befugt, über die Angemessenheit der angefochtenen Verfügung zu entscheiden und damit im Ergebnis sein eigenes Ermessen an Stelle desjenigen der zuständigen Verwaltungsbehörde zu setzen (VGE VD.2016.207 vom 21. Juni 2017 E. 1.2, VD.2015.135 vom 8. Juni 2016 E. 1.2, VD.2012.243 vom 21. Mai 2013 E. 1.2). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und in Anwendung von Art. 110 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG, SR 173.110) sind bei der Prüfung der materiellen Rechtmässigkeit eines ausländerrechtlichen Entscheids durch das kantonale Gericht die tatsächlichen Verhältnisse massgebend, wie sie im Zeitpunkt des Gerichtsentscheids herrschen (vgl. BGE 127 II 60 E. 1b S. 63; BGer 2C_1034/2016 vom 13. November 2017 E. 4.2, 2C_728/2014 vom 3. Juni 2015 E. 2.2.3, 2C_42/2011 vom 23. August 2012 E. 5.3; VGE VD.2017.183 vom 17. Oktober 2017 E. 1.2, VD.2015.240 vom 19. September 2016 E. 1.2, VD.2015.151 vom 24. Februar 2016 E. 1, VD.2013.85 vom 16. Oktober 2013 E. 1).

1.4 Das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) ist am 16. Dezember 2016 revidiert worden. Dabei ist es in Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (AIG, SR 142.20) umbenannt worden. Nachdem einige geänderte Bestimmungen bereits am 1. Januar 2018 und am 1. Juli 2018 in Kraft getreten waren, sind die übrigen geänderten Bestimmungen einschliesslich des geänderten Titels am 1. Januar 2019 in Kraft getreten. Wie das JSD zutreffend erwogen hat, bestimmt

sich das vor diesem Hintergrund intertemporal anwendbare materielle Recht nach Art. 126 Abs. 1 AuG bzw. AIG (vgl. BGer 2C_64/2019 vom 18. Dezember 2019 E. 1.3, 2C_212/2019 vom 12. September 2019 E. 4.1 und 2C_167/2018 vom 9. August 2018 E. 2; VGE VD.2019.201 vom 9. Dezember 2019 E. 1.5, VD.2018.223 vom 24. Oktober 2019 E. 1.3 und VD.2018.21 vom 25. September 2019 E. 1.4). Danach ist das bisherige materielle Recht auf alle Verfahren anwendbar, die erstinstanzlich vor Inkrafttreten des neuen Rechts auf Gesuch hin oder von Amtes wegen eingeleitet worden sind (BGer 2C_130/2010 vom 25. Juni 2010 E. 1.2, 2C_663/2009 vom 23. Februar 2010 E. 1 und 2C_745/2008 vom 24. Februar 2009 E. 1.2.3; VGE VD.2010.39 vom 28. April 2011 E. 2.1, VD.2010.199 vom 19. April 2011 E. 2 und VD.2010.189 vom 9. Februar 2011 E. 2.1 [alle zum Inkrafttreten des AuG]). Wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat, erging die angefochtene Verfügung vom 23. Juni 2016 vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts, weshalb das AuG und die Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerb (VZAE, SR. 142.201) in der bis dahin geltenden Fassung zur Anwendung gelangen.

1.5 Wie das JSD weiter zutreffend erwogen hat, gilt das Ausländergesetz für den Aufenthalt des Rekurrenten als portugiesischen Staatsangehörigen nur insoweit, als das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA, SR 0.142.112.681) keine abweichende Bestimmung enthält. Das AuG kommt nur zur Anwendung, wenn es eine vorteilhaftere Regelung für die Rechtsstellung des Rekurrenten enthält.

E. 2

Soweit ersichtlich, stellt sich der Rekurrent zu Recht nicht mehr auf den Standpunkt, einen Aufenthaltsanspruch als unselbständiger Arbeitnehmer gemäss Art. 6 Anhang I FZA zu haben. Strittig ist dagegen das vom Rekurrenten unter Bezugnahme auf eine in der Vergangenheit behauptete Arbeitnehmereigenschaft geltend gemachte Verbleiberecht gemäss Art. 4 Anhang I FZA.

2.1 Gemäss Art. 7 lit. c FZA in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 Anhang I FZA haben die Staatsangehörigen einer Vertragspartei und ihre Familienangehörigen nach Beendigung ihrer Erwerbstätigkeit ein Recht auf Verbleib im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei. Diesbezüglich nimmt Art. 4 Abs. 2 Anhang I FZA auf die Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 und auf die Richtlinie 75/34/EWG Bezug. Gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. b der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 hat ein Arbeitnehmer, der infolge dauernder Arbeitsunfähigkeit eine Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis aufgibt, ein Verbleiberecht, wenn er sich seit mindestens zwei Jahren im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats ständig aufgehalten hat. Die Voraussetzung einer bestimmten Dauer des ständigen Aufenthalts entfällt, wenn die dauernde Arbeitsunfähigkeit durch einen Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit eintritt, auf Grund derer ein Anspruch auf eine Rente entsteht, die ganz oder teilweise zu Lasten eines Trägers dieses Mitgliedstaats geht (BGE 147 II 35 E. 3.2 S. 38). Das Verbleiberecht infolge Arbeitsunfähigkeit setzt voraus, dass die ausländische Person im Zeitpunkt des Eintritts der dauernden Arbeitsunfähigkeit im freizügigkeitsrechtlichen Sinne Arbeitnehmer gewesen ist und sie die Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis aufgrund der Arbeitsunfähigkeit aufgegeben hat (BGE 147 II 35 E. 3.3 S. 38, mit Hinweis auf BGE 141 II 1 E. 4.3.2 S. 13). Eine Mindestbeschäftigungsdauer setzt Art. 2 Abs. 1 lit. b der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 nicht voraus (BGE 144 II 121 E. 3.2 S. 125 und E. 3.5.3 S. 127 f.; BGer 2C_1034/2016 vom 13. November 2017 E. 4.2 f.). Gemäss Art. 4 Abs. 2 der

Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 gelten die vom zuständigen Arbeitsamt ordnungsgemäss bestätigten Zeiten unfreiwilliger Arbeitslosigkeit und die Abwesenheiten infolge Krankheit oder Unfall als Beschäftigungszeiten. Daraus scheint das Bundesgericht zu schliessen, dass eine arbeitnehmende Person ihre freizügigkeitsrechtliche Arbeitnehmereigenschaft alleine dadurch, dass sie ihre Erwerbstätigkeit infolge Krankheit oder Unfall unterbricht, nicht verliert (so in BGE 144 II 121 E. 3.1 S. 124 f. sowie 141 II 1 E. 2.1.2 S. 3 f. und E. 2.2.1 S. 4 f.).

2.2 Für die Erfüllung des freizügigkeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs kommt es grundsätzlich weder auf den zeitlichen Umfang der Aktivität der arbeitsleistenden Person noch auf die Höhe des Lohnes oder die Produktivität der betroffenen Person an (Urteile des EuGH vom 3. Juni 1986 C-139/85 Kempf, Slg. 1986 1741 Rn. 14, vom 26. Februar 1992 C-3/90 Bernini, Slg. 1992 I-1071 Rn. 16). Erforderlich ist aber quantitativ wie qualitativ eine echte und tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit (Urteil des EuGH vom 31. Mai 1989 C-244/87 Betray, Slg. 1989 1621 Rn. 13). Die Beurteilung, ob eine solche besteht, muss sich auf objektive Kriterien stützen und ■ in einer Gesamtbewertung ■ allen Umständen Rechnung tragen, welche die Art der Tätigkeit und des fraglichen Arbeitsverhältnisses betreffen (Urteil des EuGH vom 4. Februar 2010 C-14/09 Genc, Slg. 2010 I-931 Rn. 26). Es ist dabei auch zu berücksichtigen, ob die erbrachten Leistungen auf dem allgemeinen Beschäftigungsmarkt als üblich gelten können (vgl. Urteile des EuGH Betray, a.a.O., Rn. 17, vom 7. September 2004 C-456/02 Trojani, Slg. 2004 I-7573 Rn. 24; BGE 141 II 1 E. 2.2.4 S. 6). Im Zuge dieser Gesamtschau können einzelne Merkmale wie die Dauer, das Pensum oder die Entlohnung einer Beschäftigung durchaus deren Echtheit und Wirtschaftlichkeit in Frage stellen. Dies ergibt sich aus dem der Arbeitnehmerfreizügigkeit im Allgemeinen zu Grunde liegenden Gedanken, dass Personen, die sich auf diese Grundfreiheit berufen, eigentlich über ausreichende finanzielle Mittel verfügen sollten, um wenigstens ihre eigenen Bedürfnisse finanziell abzudecken. Ein aufgrund des geringen Pensums oder der niedrigen Entlohnung marginaler Nebenerwerb, der sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellt, vermag die an den freizügigkeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff gestellten Anforderungen nicht zu erfüllen (BGer 2C_750/2015 vom 14. März 2016 E. 4.1, unter anderem mit Hinweis auf das Urteil des EuGH vom 28. Februar 2013 C-544/11 Petersen, Rn. 30 sowie BGE 131 II 339 E. 2.4 S. 347; BGer 2C_1137/2014 vom 6. August 2015 E. 3.2 und 4.3 f., 2C_761 vom 21. April 2016 E. 4.2.2, 2C_669/2015 vom 30. März 2016 E. 5.3.2 und 2C_669/2015 vom 30. März 2016 E. 5.3.2; vgl. auch Weisungen und Erläuterungen des Staatssekretariats für Migration [SEM] zur Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs [VEP-Weisungen], Ziff. 4.2.3). Auch nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung reicht eine Teilzeitarbeit mit einem monatlichen Einkommen von CHF 600.■ bis 800.■ zur Begründung der Arbeitnehmereigenschaft nicht aus (BGer 2C_1137/2014 vom 6. August 2015 E. 4.4.).

2.3 Bezogen auf den vorliegenden Sachverhalt hat die Vorinstanz festgestellt, aus dem im IV-Verfahren erstellten polydisziplinären Gutachten der D_____ vom 4. November 2020 ergebe sich, dass beim Rekurrenten seit dem Beginn seiner Berufsausbildung eine volle Erwerbsunfähigkeit bestehe. Daraus folge, dass der Rekurrent niemals eine Arbeitnehmereigenschaft gemäss FZA habe begründen können. Dies bestätige auch der beigezogene Auszug aus dem individuellen Konto des Rekurrenten, aus welchem dessen geleistete Arbeitstätigkeiten in der Schweiz ersichtlich würden. Nachdem er im Januar 2003 nach einem mehrjährigen Aufenthalt in Portugal wieder in die Schweiz eingereist sei, habe

er in den Folgejahren lediglich wenige, temporäre Arbeitsstellen innegehabt, welche entweder von vorneherein auf wenige Wochen bzw. Monate befristet gewesen seien oder welche er rückblickend aufgrund seiner Einschränkung nach wenigen Tagen wieder verloren habe. Auch im Juli 2009, als ihm der Bereich BdM eine Aufenthaltsbewilligung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit erteilt habe, habe er über keine auf mindestens zwölf Monate befristete oder gar unbefristete Arbeitsstelle verfügt. Zwar lasse sich dem Auszug aus dem individuellen Konto entnehmen, dass er von Januar bis Dezember 2009 bei der E___ AG ein Einkommen erzielt habe. Das aus diesem Arbeitsverhältnis resultierende Jahreseinkommen habe jedoch lediglich CHF 13.█ betragen, weshalb ohne Zweifel davon auszugehen sei, dass er nicht tatsächlich eine Tätigkeit bei der E___ AG ausgeübt habe. Schliesslich habe auch die Tätigkeit beim Restaurant C___ keine Arbeitnehmereigenschaft begründet. Er habe dort lediglich mit einem Arbeitspensum von 10% (ca. fünf Stunden pro Woche) gearbeitet und dabei nur einen monatlichen Bruttolohn von CHF 450.█ erwirtschaftet. Dieses geringe Pensum und die entsprechend niedrige Entlohnung sei dabei nicht im Ansatz ausreichend gewesen, um die finanziellen Bedürfnisse des Rekurrenten abzudecken, weshalb die genannte Tätigkeit keine Arbeitnehmereigenschaft habe zu begründen vermögen.

2.4 Demgegenüber macht der Rekurrent geltend, das wesentliche Merkmal eines Arbeitsverhältnisses bestehe gemäss ständiger Rechtsprechung des EuGH darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen Anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Der Arbeitnehmerbegriff werde weit ausgelegt, um den Schutzbereich dieser Grundfreiheit möglichst vielen Personen zugutekommen zu lassen. Es sei daher nicht zulässig, ihm in einer rückblickenden Betrachtung die Arbeitnehmereigenschaft einzig infolge der festgestellten Arbeitsunfähigkeit abzuspochen, zumal eine nachträglich festgestellte Arbeitsunfähigkeit für die Arbeitnehmereigenschaft nach dem FZA kein geeignetes und von der Rechtsprechung verwendetes Anknüpfungskriterium darstelle. Er habe sich bereits im August 2016 zum Leistungsbezug bei der Invalidenversicherung angemeldet. Nachdem die IV-Stelle noch im November 2017 einen Leistungsanspruch verneint habe, sei ihm erst nach fast fünf Jahre dauernder Abklärung der volle

Rentenanspruch zuerkannt worden. Die retrospektive Betrachtungsweise der Vorinstanz stehe daher im Widerspruch zur weiten Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs des EuGH und des Bundesgerichts. Seine berufliche Laufbahn könne aufgrund der Erkenntnis aus den invalidenrechtlichen Verfahren gut nachvollzogen werden. Er sei trotz seinen gesundheitlichen Beeinträchtigungen während seines langjährigen Aufenthalts in der Schweiz immer wieder arbeitstätig gewesen. Bei seiner Tätigkeit als Küchenhilfe im Restaurant C___ habe er monatlich etwa 20 Stunden gearbeitet und sei von seinen Vorgesetzten je nach Bedarf und abhängig von den Reservationen für den Abwasch aufgeboten worden. Es habe sich daher um eine echte und tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit gehandelt, zumal es in Bezug auf den Arbeitnehmerstatus nach der Rechtsprechung weder auf den zeitlichen Umfang der Arbeitstätigkeit noch die Höhe des Lohnes oder die Produktivität der betroffenen Person ankomme. Daher habe er jedenfalls im Zeitraum von September 2015 bis Juli 2016 den Arbeitnehmerstatus erfüllt. Deren Beendigung sei offensichtlich durch seine vorbestehende, dauerhafte Arbeitsunfähigkeit und die damit verbundenen Einschränkungen bedingt. Dies gelte auch für seine früheren Arbeitstätigkeiten. Er erfülle daher alle Voraussetzungen für ein Verbleiberecht gemäss Art.

4 Anhang I FZA in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 lit. b der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70.

2.5 Darin kann dem Rekurrenten nicht gefolgt werden. Es kann dabei offenbleiben, ob die Ausübung einer Erwerbstätigkeit trotz einer retrospektiv festgestellten, vorbestandenem vollumfänglichen Arbeitsunfähigkeit einen freizügigkeitsrechtlichen Arbeitnehmerstatus zu begründen vermag. Massgebend ist vielmehr die Frage, ob der Rekurrent seit seiner letzten Einreise in die Schweiz im Jahre 2007 eine Erwerbstätigkeit ausgeübt hat, welche als quantitativ und qualitativ echte und tatsächliche Tätigkeit eine Arbeitnehmereigenschaft des Rekurrenten im freizügigkeitsrechtlichen Sinne hätte begründen können. Im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit hat das Bundesgericht unter Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH festgehalten, dass bei der Beurteilung der Frage, ob es sich um eine tatsächliche und echte Tätigkeit handelt, die Unregelmässigkeit und die beschränkte Dauer der tatsächlich erbrachten Leistungen zu berücksichtigen sind. Der Umstand, dass der Betroffene im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses nur sehr wenige Stunden gearbeitet oder nur ein geringes Einkommen erzielt hat, kann ein Anhaltspunkt dafür sein, dass die ausgeübten Tätigkeiten nur untergeordnet und unwesentlich sind (BGer 2C_750/2015 vom 14. März 2016 E. 4.1, mit Hinweis auf BGE 131 II 339 E. 3.4 S. 347, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des EuGH; BGer 2C_1061/2013 vom 14. Juli 2015 E. 4.2.2, 2C_1137/2014 vom 6. August 2015 E. 3.3).

Gemäss dem Auszug aus dem individuellen Konto des Rekurrenten bei der Ausgleichskasse Basel-Stadt hat der Rekurrent nach Ablauf der vorausgesetzten Aufenthaltsdauer von mindestens zwei Jahren gemäss Art. 4 Abs. 2 Anhang I FZA und Art. 2 Abs. 1 lit. b der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 im Juli 2009 bei einem Einsatz über eine Personalvermittlungsfirma ein Einkommen von CHF 1'972.■ erzielt. Der Rekurrent arbeitete über die F____ AG vom 13. September bis zum 12. Oktober 2010 als Bauarbeiter C und vom 13. Oktober bis zum 19. November 2010 als Bauarbeiter B und erzielte ein Einkommen von CHF 14'230.■. Im Jahre 2011 hat er in den Monaten Oktober und November eine Tätigkeit über die Firma G____ mit einem Einkommen von CHF 1'446.■ und im Jahre 2012 zwei Einsätze mit einem Erwerb von insgesamt CHF 4'290.■ absolviert. In den Jahren 2013 und 2014 findet sich je ein Eintrag mit einem Einkommen CHF 809.■ bzw. CHF 1'485.■. Vom 6. Januar bis zum 27. März 2015 arbeitete er auf Vermittlung über das AIZ im Rahmen einer von der Sozialhilfe finanzierten Massnahme als Küchenmitarbeiter bei H____ im Restaurant [...]. Schliesslich war er vom 1. September 2015 bis zum 30. Juli 2016 als Küchenaushilfe im Umfang von 5 Stunden pro Woche auf Abruf bei C____ tätig (vgl. psychiatrisch-psychotherapeutisches Gutachten I____ vom 19. April 2017, S. 4 ff.). Daraus wird deutlich, dass der Rekurrent jeweils bloss kurzzeitige Arbeitseinsätze mit einem Einkommen hat leisten können, das weit entfernt von einer Sicherung der eigenen Existenzgrundlage liegt. Es ist ihm ■ wohl aufgrund seiner retrospektiv festgestellten Arbeitsunfähigkeit ■ offensichtlich nicht gelungen, sich in den ersten Arbeitsmarkt zu integrieren. Der Einsatz im Restaurant [...] erfolgte zudem im Rahmen eines Arbeitsintegrationsprojekts auf dem sekundären Arbeitsmarkt und konnte daher keine Arbeitnehmereigenschaft begründen (vgl. VGE VD.2020.206 vom 7. Juli 2021 E. 2.3 f.). Auch die Anstellung bei C____ stellt aufgrund des zeitlich beschränkten, auf Abruf erfolgenden Umfangs von bloss 5 Stunden pro Woche und des monatlichen Einkommens von bloss CHF 450.■ keine quantitativ wie qualitativ echte und tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit dar, welche die Arbeitnehmereigenschaft des Rekurrenten hätte begründen können. Sie war offensichtlich nicht geeignet, ihm ausreichende finanzielle

Mittel zu verschaffen, um seinen finanziellen Existenzbedarf auch nur annähernd abzudecken (vgl. VGE VD.2021.137 vom 21. Dezember 2021 E. 2.4).

2.6 Nichts abzuleiten vermag der Rekurrent auch aus seiner Rüge, dass ihm im Jahr 2009 aufgrund eines unbefristeten Arbeitsvertrages eine fünfjährige Aufenthaltsbewilligung hätte erteilt werden müssen, welche sich aufgrund seiner Anmeldung beim AIZ im Jahr 2014 automatisch um weitere fünf Jahre verlängert hätte. Der Rekurrent macht geltend, die Aufenthaltsbewilligung hätte ihm in Anwendung von Art. 6 Abs. 6 Anhang I FZA aufgrund seiner Erwerbslosigkeit nicht entzogen werden dürfen. Wie die Vorinstanz mit ihrer Vernehmlassung aber dargelegt hat, hatte der Rekurrent im Jahr 2009 gar keine unbefristete oder längerfristige Anstellung inne. Der Rekurrent belegt eine solche auch nicht und anerkennt den entsprechenden Sachverhaltreplicando. Gleichzeitig macht er aber geltend, dass er am 1. September 2014 bei der J____ AG in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis gestanden sei und bei der Aufenthaltsüberprüfung auf seine Anmeldung beim AIZ hätte abgestellt werden müssen, weshalb ihm Arbeitnehmereigenschaft zugekommen sei. Auch daraus kann der Rekurrent aber nichts zu seinen Gunsten ableiten. Bei der J____ AG hat der Rekurrent unbestrittenermassen nur fünf Tage gearbeitet. Die Beschäftigung des Rekurrenten über das AIZ im zweiten Arbeitsmarkt vermag keine Arbeitnehmereigenschaft zu begründen (vgl. VGE VD.2020.206 vom 7. Juli 2021 E.

E. 2.3

f.). Daraus folgt, dass der Rekurrent nicht aufgrund seiner Arbeitsunfähigkeit eine Arbeitsstelle verloren hat, welche seine Arbeitnehmereigenschaft begründet hätte. Er kann daher auch daraus nichts zur Begründung eines Verbleiberechts gemäss Art. 4 Anhang I FZA in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 lit. b der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 ableiten.

E. 3

Weiter macht der Rekurrent ein freizügigkeitsrechtliches Verbleiberecht gemäss Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA geltend. Die Vorinstanz hat einen solchen Anspruch verneint.

3.1 Nach Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA erhält eine Person, die die Staatsangehörigkeit einer Vertragspartei besitzt und keine Erwerbstätigkeit im Aufenthaltsstaat ausübt und dort kein Aufenthaltsrecht auf Grund anderer Bestimmungen des FZA hat, eine Aufenthaltserlaubnis mit einer Gültigkeitsdauer von mindestens fünf Jahren, sofern sie den zuständigen nationalen Behörden den Nachweis dafür erbringt, dass sie für sich selbst und ihre Familienangehörigen über ausreichende finanzielle Mittel verfügt, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfe in Anspruch nehmen müssen (lit. a) und über einen Krankenversicherungsschutz verfügt, der sämtliche Risiken abdeckt (lit. b). Die finanziellen Mittel gelten gemäss Art. 24 Abs. 2 Anhang I FZA als ausreichend, wenn sie den Betrag übersteigen, unterhalb dessen die eigenen Staatsangehörigen auf Grund ihrer persönlichen Situation und gegebenenfalls derjenigen ihrer Familienangehörigen Anspruch auf Fürsorgeleistungen haben. Gemäss Art. 16 Abs. 1 der Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs (VEP, SR 142.203) sind die finanziellen Mittel von EU- und EFTA-Angehörigen sowie ihren Familienangehörigen grundsätzlich ausreichend, wenn sie die Fürsorgeleistungen übersteigen, die einem schweizerischen Antragsteller oder einer schweizerischen Antragstellerin und allenfalls seinen oder ihren Familienangehörigen aufgrund der persönlichen Situation nach Massgabe der Richtlinien für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe (SKOS-Richtlinien) gewährt werden. Für rentenberechtigte EU- und EFTA-Angehörige sowie ihre Familienangehörigen sind die finanziellen Mittel

gemäss Art. 16 Abs. 2 VEP aber nur ausreichend, wenn sie den Betrag übersteigen, der einen schweizerischen Antragsteller oder eine schweizerische Antragstellerin und allenfalls seine oder ihre Familienangehörigen zum Bezug von Ergänzungsleistungen nach dem Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG, SR 831.30) berechtigt. Da sich der Rekurrent neben dem Erhalt seiner monatlichen IV-Rente in der Höhe von CHF 1'593.■ unbestrittenermassen zum Bezug von Ergänzungsleistungen angemeldet hat, schloss die Vorinstanz, dass er nicht über ausreichende finanzielle Mittel verfügt und daher kein Verbleiberecht gemäss Art. 24 Abs. 1 lit. a Anhang I FZA geltend machen kann.

3.2 In der Verweigerung eines Verbleiberechts gemäss Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA sieht der Rekurrent eine nach Art. 8 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV, SR 101) und Art. 5 Abs. 2 des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Behindertenrechtskonvention, [BRK, SR 0.109]) verbotene Diskriminierung aufgrund einer Behinderung. Weiter verweist er auf das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 2 FZA und Art. 14 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101). Zur Begründung macht er geltend, der Anspruch auf Ergänzungsleistungen sei unmittelbar mit der Invalidität bzw. dem dadurch ausgewiesenen dauerhaften Gesundheitsschaden verbunden. Nur Personen mit Leistungen der AHV oder IV seien gemäss Art. 4 Abs. 1 lit a-d und 2 ELG berechtigt, Ergänzungsleistungen zu beziehen. Diese seien dazu bestimmt, die fehlende wirtschaftliche Selbstversorgungskapazität von Behinderten auszugleichen. Indem dem Rekurrenten einzig wegen der Anmeldung zum Bezug von Ergänzungsleistungen die Aufenthaltsbewilligung als Nichterwerbstätiger versagt werde, liege eine Diskriminierung im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV, Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK sowie Art. 2 FZA vor. Mit der Verpflichtung des Gesetzgebers zur Ergreifung von Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen von Behinderten gemäss Art. 8 Abs. 4 BV sei die staatliche Verpflichtung zum Schutz von behinderten Menschen vor Diskriminierungen verankert worden. Das Erfordernis der ausreichenden finanziellen Mittel sei diskriminierend ausgestaltet, da von ihm Bezügerinnen und Bezüger von ganzen Invalidenrenten besonders betroffen seien. Es stelle zumindest eine indirekte Diskriminierung dar. Er sei seit Beginn der Berufsbildung invalid. Es liege auf der Hand, dass er deshalb bloss ein geringes Einkommen erzielt habe, Beitragslücken aufweise und daher keine IV-Maximalrente erhalte. Wenn nur beitragsfinanzierte Leistungen der Sozialen Sicherheit ausreichende Mittel darstellten, werde er ein weiteres Mal diskriminiert. Die Vorinstanz habe daher mit dem Schluss, dass er nicht über die erforderlichen Mittel verfüge, um einen Anspruch auf Bewilligungserteilung als Nichterwerbstätiger zu haben, gegen Art. 8 Abs. 2 BV, Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK sowie Art. 2 FZA verstossen.

3.3 Darin kann dem Rekurrenten nicht gefolgt werden.

3.3.1 Ergänzungsleistungen zählen zwar weder im schweizerischen Ausländerrecht noch gemäss der Regelung der Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit der Vertragsparteien des FZA (vgl. Art. 8 und Anhang II FZA) zur Sozialhilfe. Die ökonomischen Aufenthaltsvoraussetzungen gemäss Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA sollen aber gewährleisten, dass die öffentlichen Finanzen des Aufnahmestaats nicht über Gebühr belastet werden. Dieser Regelungszweck würde systematisch verfehlt, wenn Ergänzungsleistungen als beitragsunabhängige Sonderleistungen, die wesensgemäss die öffentlichen Finanzen belasten, nicht zur Sozialhilfe im Sinn von Art. 24 Abs. 1 lit. a

Anhang I FZA gerechnet würden. Der Begriff der Sozialhilfe im Sinne dieser Bestimmung ist daher weit auszulegen und umfasst auch beitragsunabhängige Leistungen zur Existenzsicherung wie die Ergänzungsleistungen (zum Ganzen: Epiney/Affolter, Das Institutionelle Abkommen ■ unter besonderer Berücksichtigung der Unionsbürgerrichtlinie, in: Achermann et al. [Hrsg.], Jahrbuch für Migrationsrecht 2018/2019, Bern 2019, S. 63 Fn. 55). Ergänzungsleistungen müssen deshalb aufenthaltsrechtlich mit der Sozialhilfe gemäss Art. 24 Abs. 1 lit. a FZA gleichgesetzt werden, wobei aufenthaltsbeendende Massnahmen lediglich eingeleitet werden können, wenn sie tatsächlich in Anspruch genommen werden. Das Bundesgericht hat denn auch wiederholt festgestellt, dass Ergänzungsleistungen unter den Begriff der Sozialhilfe nach Art. 24 Abs. 1 lit. a Anhang I FZA fielen und deren Bezug somit unabhängig davon, ob sie zu einer ausländischen oder inländischen Invalidenrente träten, einer Berufung auf diese Bestimmung entgegenstünde (BGE 135 II 265 E. 3.7 S. 272 f., bestätigt in BGer 2C_218/2020 vom 15. Juni 2020 E. 4.2 und 2C_131/2020 vom 4. Mai 2020 E. 4.3 i.f.; VGE VD.2021.137 vom 21. Dezember 2021, VD.2020.140 vom 19. Oktober 2020 E. 2.8, VD.2020.76 vom 16. September 2020 E. 2.4.3).

3.3.2 Entgegen der Auffassung des Rekurrenten begründet diese gesetzliche Regelung keine unzulässige Diskriminierung. Gemäss Art. 8 Abs. 2 BV darf niemand wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung diskriminiert werden. Verboten ist eine sachlich nicht begründete Anknüpfung an das verpönte Merkmal der Behinderung, namentlich eine mit dieser verbundene Benachteiligung, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung zu gelten hat (BGE 139 I 169 E. 7.2 S. 174 f., 138 I 305 E. 3.3 S. 316 f., 135 I 49 E. 1 S. 53 f., 134 I 105 E. 5 S. 108). Das Diskriminierungsverbot verlangt, dass ungleiche Behandlungen einer besonders qualifizierten Begründungspflicht unterstehen (BGE 136 I 121 E. 5.2 S. 127, 135 I 49 E. 4.1 S. 53, 129 I 392 E. 3.2.2 S. 397). Art. 8 Abs. 2 BV verbietet nicht nur die direkte, sondern auch die indirekte Diskriminierung. Letztere ist dann gegeben, wenn eine Regelung, die keine offensichtliche Benachteiligung von spezifisch gegen Diskriminierung geschützter Gruppen enthält, in ihren tatsächlichen Auswirkungen Angehörige einer solchen Gruppe besonders stark benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründet wäre (BGE 139 I 292 E. 8.2.1 S. 303, 138 I 305 E. 3.3 S. 316 f., 136 I 297 E. 7.1 S. 306, 135 I 49 E. 4.1 S. 53 f.; VGE VD.2021.97 vom 2. Dezember 2021 E. 5.3.1, VD.2019.110 vom 28. April 2020 E. 4.2.1, VD.2017.260 vom 11. Juni 2018 E. 3.2.1).

3.3.3 Vorliegend knüpft die Verweigerung des Aufenthaltsanspruchs als Nichterwerbstätiger nicht direkt an die Behinderung selber an, ist doch der Bezug von Ergänzungsleistungen weder zwingende Folge einer Behinderung, wenn der Rentenanspruch einer behinderten Person oder ihre sonstigen finanziellen Mittel den entsprechenden Bedarf decken, noch notwendigerweise mit einer Behinderung verbunden, wie der Bezug von Ergänzungsleistungen von Altersrentnerinnen und -rentner belegt. Es wird dem Rekurrenten daher der Aufenthalt nicht aufgrund seiner Behinderung, sondern wegen seiner unzureichenden Mittel zum erwerbslosen Aufenthalt in der Schweiz verweigert, weshalb auch kein Verstoss gegen die BRK vorliegt (vgl. BGer 2C_875/2016 vom 10. Oktober 2016 E. 3.4.2). Auch eine indirekte Diskriminierung ist nicht erkennbar. Mindestens soweit eine den Leistungen der Sozialhilfe entsprechende Eigenversorgungskapazität vorausgesetzt wird, sind erwerbslose Personen ohne Rentenanspruch in gleicher Weise von der Regelung betroffen wie Rentnerinnen und Rentner. Es kann daher nicht davon gesprochen werden,

dass Rentnerinnen und Rentner insoweit von der Regelung in Art. 24 Anhang I FZA in Verbindung mit Art. 16 VEP besonders stark benachteiligt würden (VGE VD.2021.97 vom 2. Dezember 2021 E. 5.3.2). Invalidenrentnerinnen und -rentner mit einer hinreichenden Erwerbsbiographie können sich zudem auf das Verbleiberecht gemäss Art. 4 Anhang I FZA in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 lit. b der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 stützen.

3.3.4 Auch eine Verletzung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung gemäss Art. 2 FZA liegt nicht vor. Danach dürfen Staatsangehörige einer Vertragspartei jenes Abkommens nicht auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert werden. Art. 2 FZA verbietet bloss Diskriminierungen wegen der Staatsangehörigkeit, soweit die Situation dieser Staatsangehörigen in den sachlichen Anwendungsbereich der Bestimmungen der Anhänge I bis III dieses Abkommens fällt (BGE 146 II 89 E. 4.8 S. 94; BGer 2C_150/2016 vom 22. Mai 2017 E. 4.2.3; Urteil des EuGH vom 15. Juli 2010 C-70/09 Hengartner und Gasser, Slg. 2010 I-7233, Rn. 39). Vorliegend knüpft die Verweigerung des Aufenthaltsanspruchs als Nichterwerbstätiger weder an die eingeschränkte Arbeitsfähigkeit noch an die Staatsangehörigkeit des Rekurrenten an, ist doch der Bezug von Ergänzungsleistungen weder zwingende Folge einer gesundheitsbedingten Einschränkung der Arbeitsfähigkeit, wenn der Rentenanspruch und das weiterhin erzielbare Invalideneinkommen einer behinderten Person ihren Bedarf deckt, noch steht er in Zusammenhang mit der Staatsangehörigkeit des Rekurrenten (VGE VD.2021.137 vom 21. Dezember 2021 E. 4.3.2).

E. 4

Zu prüfen ist daher mit der Vorinstanz, ob dem Rekurrenten zum Verbleib in der Schweiz eine Härtefallbewilligung zu erteilen ist.

4.1 Gemäss Art. 20 der hier massgebenden VEP können Aufenthaltsbewilligungen EU/EFTA für den Fall, dass die Voraussetzungen für eine Zulassung zu einem Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit nach dem Freizügigkeitsabkommen oder dem EFTA-Übereinkommen nicht erfüllt sind, erteilt werden, wenn wichtige Gründe es gebieten. Wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat, handelt es sich dabei analog zur allgemeinen Härtefallregelung nach Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG um einen Ermessensentscheid, auf deren Erteilung gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich kein Anspruch besteht (BGE 145 I 308 E. 3.3.1 S. 312, 137 II 345 E. 3.2.1 S. 348; BGer 2C_48/2018 vom 5. September 2018 E. 1, 2C_195/2014 vom 12. Januar 2015 E. 1.2, 2C_873/2013 vom 25. März 2014 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 140 II 289). Die Behörde hat ihr Ermessen rechtsgleich, willkürfrei und verhältnismässig auszuüben (VGE VD.2021.39 vom 22. Dezember 2021 E. 4.1.1, VD.2020.96 vom 3. Februar 2021 E. 2.2, VD.2020.153 vom 9. September 2020 E. 2.2, VD.2017.88 vom 27. September 2017 E. 5.1; Good/Bosshard, in: Caroni et al. [Hrsg.], Handkommentar AuG, Bern 2010, Art. 30 N 2; Spescha, in: Spescha et al. [Hrsg.], Kommentar Migrationsrecht, 5. Auflage, Zürich 2019, Art. 30 AIG N 1). Bei der Beurteilung des Vorliegens wichtiger Gründe respektive eines Härtefalls kann dabei auf die Prüfungskriterien gemäss Art. 31 Abs. 1 VZAE zurückgegriffen werden. Zu berücksichtigen sind danach insbesondere die Integration der gesuchstellenden Person (lit. a), deren Respektierung der Rechtsordnung (lit. b), deren Familienverhältnisse (lit. c), die finanziellen Verhältnisse sowie der Wille zur Teilnabe am Wirtschaftsleben und zum Erwerb von Bildung (lit. d), die Dauer der Anwesenheit in der Schweiz (lit. e), der Gesundheitszustand (lit. f) sowie die Möglichkeiten für eine Wiedereingliederung im Herkunftsstaat (lit. g). Mit den Erwägungen der Vorinstanz ist

diesbezüglich eine Gesamtbeurteilung unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des jeweiligen Einzelfalles vorzunehmen. Ein Härtefall im Sinn von Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn sich die betreffende ausländische Person in einer persönlichen Notlage befindet bzw. ihre Lebens- und Existenzbedingungen, gemessen am durchschnittlichen Schicksal von ausländischen Personen in einer vergleichbaren Situation, in gesteigertem Mass in Frage gestellt sind und die Verweigerung einer Ausnahme für sie schwere Nachteile zur Folge hätte (vgl. BVGer F-6775/2017 vom 10. Mai 2019 E. 6.2 f., F-2355/2018 vom 19. Februar 2020 E. 6.3 ff.). Aufgrund dieses Ausnahmecharakters dürfen die Ausländerbehörden die Voraussetzungen zur Anerkennung eines Härtefalls in Anbetracht des öffentlichen Interesses an einer restriktiven Einwanderungspolitik streng handhaben (vgl. BGE 137 II 345 E. 3.2.1 S. 348; Urteil des Verwaltungsgerichts Bern 100.2017.174U vom 28. März 2018).

4.2 Bezogen auf den vorliegenden Sachverhalt hat die Vorinstanz erwogen, dass der Rekurrent 1992 im Alter von fast 15 Jahren das erste Mal in die Schweiz eingereist, hier für fünf Jahre verblieben und darauf wieder für sechs Jahre nach Portugal zurückgekehrt sei. 2003 sei er erneut in die Schweiz eingereist, in den Folgejahren aber regelmässig für mehrmonatige Aufenthalte nach Portugal zurückgekehrt, wofür er sich jeweils in der Schweiz abgemeldet habe (1. Juli 2004 bis 29. August 2004, vom 1. März 2005 bis 19. Mai 2005, vom 19. Mai 2006 bis 2. April 2007). Erst seit dem 3. April 2007 sei er seit insgesamt 14 Jahren dauerhaft und ununterbrochen in der Schweiz angemeldet, was einer langen Aufenthaltsdauer entspreche. Seit dem 1. Oktober 2008 werde er praktisch durchgehend von der Sozialhilfe Basel-Stadt mit einem aktuell offenen Sozialhilfesaldo per 2. Juli 2021 von CHF 243'643.20 unterstützt. Trotz seiner langen Aufenthaltsdauer habe er sich nicht wesentlich in der Schweiz integriert. Aufgrund seiner schlechten Deutschkenntnisse könne er sprachlich als nicht genügend integriert betrachtet werden, auch wenn sein nicht ausreichender Spracherwerb zweifellos auch durch seine Einschränkung mitbedingt sei. Auch die bisher fehlende berufliche und wirtschaftliche Integration sei ihm aufgrund seiner zwischenzeitlich diagnostizierten Einschränkung zwar nicht vorwerfbar. Zudem seien die trotz seiner Einschränkung getätigten Arbeitsbemühungen zu würdigen. Dennoch sei die unverschuldete fehlende sprachliche, berufliche sowie wirtschaftliche Integration im Rahmen der vorliegenden Prüfung als Sachumstand, welcher gegen das Vorliegen eines Härtefalles spreche, zu würdigen. Der Rekurrent verfüge gemäss den beigezogenen IV-Akten nicht über weitgehende private Beziehungen in der Schweiz und könne deshalb auch im privaten Bereich nicht als ausserordentlich in die hiesigen Verhältnisse integriert betrachtet werden. So befinde er sich nicht in einer Partnerschaft, habe keine Kinder und verfüge scheinbar nur über oberflächliche kollegiale Beziehungen. Seinen Alltag scheine er in der Regel alleine zu verbringen und Bekannte nur abends oder an den Wochenenden zu treffen. Auch wenn die wenigen Kontakte und die damit mangelnde Integration in Zusammenhang mit der intellektuellen Beeinträchtigung des Rekurrenten zu sehen seien (vgl. psychiatrischer Teil des Gutachtens vom 8. Oktober 2020, Ziff. 7.4, S. 13 f.) und dem Rekurrenten damit nicht vorgeworfen werden könnten, so spreche die unzureichende Integration dennoch gegen das Vorliegen eines Härtefalles. Eine Rückkehr in sein Heimatland sei ihm zumutbar, da sie nicht mit der Aufgabe eines weitreichenden Beziehungsnetzes verbunden sei. Auch die familiären Beziehungen zu seinen in der Schweiz lebenden Verwandten schienen nicht von grosser Intensität zu sein. Obwohl er einen sehr guten Kontakt zum Vater und seinen zwei Brüdern geltend gemacht habe, habe er bei seiner Begutachtung durch das D_____ bezüglich der Kontakthäufigkeit nur

gelegentliche Nachtessen genannt (vgl. polydisziplinäres Gutachten der D_____ vom 4. November 2020, Ziff. 3.2.1, S. 18). Schon bei der Begutachtung durch die I_____ am 13. April 2017 habe er angegeben, dass er den Vater nur ein bis zweimal im Monat sehe, dies da er den Vater ansonsten dazu verleiten würde, zu viel Alkohol zu trinken (vgl. psychiatrisch-psychotherapeutisches Gutachten der I_____ vom 19. April 2017, S. 11). Auch zu den Brüdern pflege er wenig Kontakt, da die beiden Drogen konsumieren würden und auch gewalttätig seien (vgl. Bericht von Dr. med. K_____ vom 28. Dezember 2016, S. 4; psychiatrisch-psychotherapeutisches Gutachten der I_____ vom 19. April 2017, S. 11). Seine Mutter sei nach einer zweijährigen, versuchsweisen Rückkehr am 1. September 2018 endgültig nach Portugal zurückgekehrt (vgl. Schreiben von L_____ an den Bereich BdM vom 8. Januar 2016). Eine Unterstützung des Rekurrenten im Alltag durch die hier ansässigen Familienmitglieder könne somit nicht ausgemacht werden.

Auch wenn es sich bei seinen beiden Verurteilungen (Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt vom 22. November 2011 wegen Störung der Nachtruhe am 18. August 2010 mit einer Busse von CHF 100.■ und Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt vom 15. Januar 2021 wegen eines geringfügigen Diebstahls mit einer Busse von CHF 150.■) lediglich um Bagatelldelikte handle, sei dennoch festzustellen, dass er sich während seines Aufenthaltes in der Schweiz nicht vollständig tadellos verhalten habe.

Der Gesundheitszustand der betroffenen Person könne im Zusammenwirken mit anderen Elementen dann zur Anerkennung eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls führen, wenn sie an einer ernsthaften gesundheitlichen Beeinträchtigung leide, die während einer langen Zeitspanne dauernde ärztliche Behandlung oder punktuelle medizinische Notfallmassnahmen notwendig mache, welche im Herkunftsland nicht erhältlich seien, so dass eine Ausreise aus der Schweiz die Gefahr schwerwiegender Folgen für seine Gesundheit nach sich ziehe. Für sich irrelevant sei dagegen die Tatsache, dass die medizinische Versorgung in der Schweiz höheren Standards als im Heimatland entspreche. Beim Rekurrenten seien gemäss dem polydisziplinären Gutachten der D_____ vom 4. November 2020 eine leichte intellektuelle Beeinträchtigung DSM 5 (F70) und infolge dessen Analphabetismus sowie ein Alkoholabhängigkeitssyndrom ICD-10 F10.26 mit Auswirkung auf seine Arbeitsfähigkeit diagnostiziert worden. Ohne Relevanz für seine Arbeitsfähigkeit seien ein chronisch rezidivierendes, unspezifisches thorakolumbovertebragenes Schmerzsyndrom mit einemmyofaszialem Reizzustand sowie vier weitere Nebendiagnosen festgestellt worden. Die beiden erstgenannten Diagnosen bedürften keiner medizinischen Behandlung. Der Rekurrent konsultiere zwar einen Psychiater, wobei es aber um alltagspraktische Hilfestellungen gehe. Von einer psychiatrischen oder psychotherapeutischen Begleitung seien nur wenig Verbesserungsmöglichkeiten zu erwarten (vgl. psychiatrisches Teilgutachten vom 8. Oktober 2020, Ziff. 7.2, S. 13). Selbst eine damit zu bewirkende Reduktion des konsumierten Alkohols sei für die nächste Zeit überwiegend unwahrscheinlich (vgl. psychiatrisches Teilgutachten vom 8. Oktober 2020, Ziff. 8, S. 14). Auch wenn man diese psychiatrische oder psychotherapeutische Begleitung dennoch als notwendig erachten sollte, so sei sie im EU-Land Portugal mit einem vergleichbaren Gesundheitssystem wie in der Schweiz möglich. Schliesslich sei der Rekurrent gemäss seinen Aussagen bereits im Grundschulalter aufgrund von Aggressionen und Gewalttätigkeiten in Portugal psychiatrisch abgeklärt und in ein spezielles Internat eingewiesen worden (vgl. psychiatrisch-psychotherapeutisches Gutachten der I_____ vom 19. April 2017, S. 10). Seine

Einschränkung habe somit bereits bei der erstmaligen Einreise in die Schweiz im Jahr 1992 bestanden. Die bereits damals bekannte kognitive Beeinträchtigung des Rekurrenten könne daher für sich alleine ohnehin keinen Härtefall begründen. Es liege auch keine in internistischer Hinsicht ernsthafte Beeinträchtigung vor, welche über einen langen Zeitraum eine Behandlung erforderlich machen würde. Die Nachkontrolle der teilweise erhöhten Leber- und Cholesterinwerte sowie der Blutdruckwerte und die Durchführung einer Abdominal-Bildgebung sei auch in der Heimat des Rekurrenten durchführbar.

Soweit der Rekurrent geltend mache, auf externe Hilfe seiner hier ansässigen Familie und seines Freundeskreises angewiesen zu sein, stellt sich die Vorinstanz auf den Standpunkt, dass ihm diese entgegen seiner Behauptung auch in Portugal zukommen könne. So sei seine Mutter am 1. September 2018 endgültig nach Portugal zurückgekehrt. Auch wenn sie unter einer Beeinträchtigung in Form von Zwängen leiden solle, so sei nicht ersichtlich, weshalb sie den Rekurrenten bei einer Rückkehr nach Portugal nicht soll unterstützen können und wollen. Zudem verfüge er gemäss den IV-Akten auch über weitere Verwandte in Portugal.

Schliesslich kam die Vorinstanz mit Bezug auf die Wiedereingliederungsmöglichkeiten in der Heimat des Rekurrenten aufgrund seiner Biographie und des Umstands, dass er bis 2017 jährlich nach Portugal gereist sei und die Sozialhilfe Basel-Stadt zudem den Verdacht gehegt habe, dass er sich tatsächlich häufiger in Portugal aufgehalten habe (vgl. E-Mail der Sozialhilfe an das JSD vom 5. Februar 2018), zum Schluss, dass der Rekurrent nach wie vor mit den sozialen und kulturellen Gepflogenheiten in Portugal äusserst vertraut sei und über eine enge Beziehung zu seinem Heimatland verfüge. Demgegenüber sei er in der Schweiz nicht in einem solchen Mass integriert, dass eine Rückkehr nach Portugal und eine dortige Wiedereingliederung mit grossen Schwierigkeiten verbunden wäre. Sie berücksichtigte, dass die ausserordentliche IV-Rente des Rekurrenten nicht nach Portugal exportierbar sei, da er vor dem Eintritt des Versicherungsfalles nicht erwerbstätig gewesen sei. Trotz dieses Umstandes sei eine Wiedereingliederung in Portugal aber möglich, werde er in Portugal doch die Ausrichtung einer IV-Rente durch den portugiesischen Versicherungsträger oder alternativ die Ausrichtung eines sozialen Eingliederungseinkommens (Rendimento Social de Inserção, RSI) beantragen können. Dabei dürfte es sich zwar lediglich um geringe Einkommensbeträge handeln, welche es ihm nicht ermöglichen würden, seine lebensnotwendigen Bedürfnisse vollständig zu decken. Er könne in Portugal aber auf die breite Unterstützung seiner Familie und insbesondere seiner Mutter zählen, bei der er (zumindest vorerst) werde wohnen können. Die Mutter sei zwar offenbar arbeitslos, werde jedoch monatlich mit CHF 800.─ von ihrem in der Schweiz lebenden Ehemann unterstützt (vgl. Schreiben von M_____ an das Migrationsamt vom 28. Mai 2019). Der Nationale Gesundheitsdienst, welcher allgemeine Gesundheitsversorgungsleistungen anbiete, stehe allen portugiesischen Staatsangehörigen im Allgemeinen kostenlos zur Verfügung. Schliesslich unterstütze auch sein Vater den Rekurrenten und seine Brüder trotz seiner eigenen Verschuldung offenbar teilweise auch finanziell. Der hiesige Bezug einer ausserordentlichen IV-Rente, welche nicht nach Portugal exportiert werde, verankere den Rekurrenten vor diesem Hintergrund nicht in solchem Ausmass in der Schweiz, dass ihm eine Rückkehr nach Portugal nicht zumutbar wäre. Die aufgezeigten familiären Verbindungen, welche dem Rekurrenten in Portugal bereits früher materielle Unterstützung gewährten (insbesondere eine Unterkunft) und dies mit Sicherheit auch erneut tun würden, sprächen gegen das Vorliegen von fehlenden Wiedereingliederungsmöglichkeiten des Rekurrenten in Portugal, welche einen Härtefall begründen würden. Daraus schloss die

Vorinstanz, dass kein Härtefall im Sinne von Art. 20 VEP vorliege.

4.3 Dem hält der Rekurrent insbesondere seinen langen Aufenthalt in der Schweiz entgegen. Er bezieht sich dabei auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach es bei einem rechtmässigen Aufenthalts von zehn Jahren für dessen Beendigung aufgrund des Schutzes des Privatlebens gemäss Art. 8 Abs. 1 EMRK besonderer Gründe bedürfe. Der Rekurrent sei unter Würdigung seiner Fähigkeiten in sprachlicher, beruflicher, wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht ausreichend integriert und von seiner hier ansässigen Familie abhängig.

4.3.1 Nachdem es das Bundesgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung abgelehnt hat, allein aus einer bestimmten Aufenthaltsdauer einen Bewilligungsanspruch abzuleiten und hierfür vielmehr besonders intensive, über eine normale Integration hinausgehende private Bindungen gesellschaftlicher oder beruflicher Natur bzw. entsprechende vertiefte soziale Beziehungen zum ausserfamiliären bzw. ausserhäuslichen Bereich verlangt hat (BGE 144 I 266 E. 3.4 S. 273; BGer 2C_789/2017 vom 7. März 2018 E. 1.2.2, mit Hinweis auf BGE 130 II 281 E. 3.2.1 S. 286 sowie 126 II 425 E. 4c/aa S. 432; VGE VD.2018.23 vom 26. Mai 2018 E. 3.3.4), erwog es im Zusammenhang mit dem ■ ausserhalb des kombinierten Schutzbereichs von Privat- und Familienleben gewährleisteten ■ Recht auf Privatleben nunmehr, es könne nach einer rechtmässigen Aufenthaltsdauer von rund zehn Jahren regelmässig von so engen sozialen Beziehungen zur Schweiz ausgegangen werden, dass es für eine Aufenthaltsbeendigung besonderer Gründe bedürfe. Allerdings könne es sich im Einzelfall anders verhalten und die Integration zu wünschen übrig lassen (vgl. BGE 144 I 266 E. 3.9 S. 277■279, mit Hinweisen). Die Zumutbarkeit der Rückkehr ist für sich genommen kein Grund, das Aufenthaltsrecht zu entziehen, ebenso wenig das öffentliche Interesse an einer Steuerung der Zuwanderung (BGE 144 I 266 E. 4.3 S. 279 f.).

4.3.2 Nach früheren Aufenthalten in der Schweiz hält sich der Rekurrent hier seit April 2007 auf. Er weilt damit seit bald 15 Jahren in der Schweiz. Bis zur angefochtenen Verfügung des Bereichs BdM vom 23. Juni 2016, mit welcher er aus der Schweiz weggewiesen worden ist, dauerte der Aufenthalt gut neun Jahre. Unklar erscheint dabei, wie die Dauer des rechtmässigen Aufenthalts zu berechnen ist. Während das Bundesgericht die rechtmässige Aufenthaltsdauer bisweilen auf den Zeitraum bis zum letzten, aufenthaltsbeendenden Entscheid im Kanton bezogen hat (vgl. BGer 2C_911/2020 vom 15. März 2021 E. 4.3.1: «... lebte im Zeitpunkt des angefochtenen Urteils seit 15 Jahren hier», vgl. auch BGer 2C_990/2018 vom 27. September 2019 E. 2.3), erwog es an anderer Stelle, dass der Aufenthalt ab dem Widerruf der Aufenthaltsdauer durch das Migrationsamt nur noch prozessual bedingt gewesen sei und bezog die danach erfolgte Aufenthaltsdauer nicht mehr in die Fristberechnung ein (BGer 2C_495/2020 vom 28. September 2020 E. 7.3). Wie es sich damit verhält, kann letztlich offen bleiben, da ■ wie sogleich auszuführen sein wird ■ für den vorliegenden Fall festgestellt wird, dass in casu ein ■ ausserordentlich langer ■ sechsjähriger verfahrensbedingter Aufenthalt nicht ausser Acht bleiben kann.

4.3.3 Die Vorinstanz prüfte die Härtefallkriterien im angefochtenen Entscheid zwar umfassend und detailliert (vgl. E. 4.2 hiervor). Dabei wurde jedoch der spezifischen Situation des Rekurrenten, welche sich insbesondere aus den Abklärungen der IV-Stelle ergeben, zu wenig Rechnung getragen. Im polydisziplinären Gutachten im Rahmen der IV-Abklärung wurde dem Rekurrenten eine leichte intellektuelle Beeinträchtigung DSM 5 (F70) und infolge dessen Analphabetismus sowie ein Alkoholabhängigkeitssyndrom ICD-10 F10.26 mit Auswirkung auf seine Arbeitsfähigkeit diagnostiziert. Mit Verfügung vom 15. März 2021 sprach die IV-Stelle Basel-Stadt dem Rekurrenten ab dem 1. Februar

2017 eine ganze, ausserordentliche Rente der IV zu.

Die Vorinstanz hielt fest, dass die Einschränkung des Rekurrenten bereits bei der ersten Einreise in die Schweiz bestanden habe (angefochtener Entscheid E. 20). Sie geht zwar darauf ein, dass das «nicht ausreichende Erlernen der deutschen Sprache zweifellos auch durch seine Einschränkung mitbedingt» sei. Auch die bisher fehlende berufliche und wirtschaftliche Integration sei dem Rekurrenten aufgrund seiner zwischenzeitlich diagnostizierten Einschränkung zwar nicht vorwerfbar und es gelte auch zu würdigen, dass dieser trotz seiner Einschränkung Arbeitsbemühungen getätigt habe sowie im Rahmen seiner Möglichkeiten wiederholt versucht habe, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Dennoch sei diese unverschuldete fehlende sprachliche, berufliche sowie wirtschaftliche Integration im Rahmen der vorliegenden Prüfung als Sachumstand, welcher gegen das Vorliegen eines Härtefalles spricht, zu würdigen (angefochtener Entscheid E. 16). Wie sogleich aufzuzeigen sein wird, sind sämtliche Integrationskriterien nach Art. 31 Abs. 1 VZAE sowie Art. 58a Abs. 1 AIG durch die Einschränkung des Rekurrenten zu seinen Ungunsten und unverschuldet beeinflusst. Bei der Härtefallprüfung im angefochtenen Entscheid wird der Rekurrent (indirekt) diskriminiert, da dort Massstäbe angelegt werden, die er aufgrund seiner Prädisposition nicht erfüllen kann.

4.3.4 Bei einem schwerwiegenden persönlichen Härtefall sind insbesondere die Kriterien nach Art. 31 Abs. 1 VZAE zu berücksichtigen (vgl. E. 4.1 hiervor). Dabei berücksichtigt die zuständige Behörde gemäss Art. 58a Abs. 1 AIG bei der Beurteilung der Integration die Beachtung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (lit. a), die Respektierung der Werte der Bundesverfassung (lit. b), die Sprachkompetenzen (lit. c) und die Teilnahme am Wirtschaftsleben oder am Erwerb von Bildung (lit. d). Gemäss Art. 58a Abs. 2 AIG ist der Situation von Personen, welche die Integrationskriterien «Sprachkompetenzen» und «Teilnahme am Wirtschaftsleben oder am Erwerb von Bildung» aufgrund einer Behinderung oder Krankheit oder anderen gewichtigen Umständen nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen erfüllen können, angemessen Rechnung zu tragen. Auch wenn vorliegender Fall unter altem Recht beurteilt wird, können zur Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe neue gesetzliche Konkretisierungen (in casu Art. 58a Abs. 2 AIG) berücksichtigt werden (BGer 2C_653/2021 vom 4. Februar 2022 E. 3, mit weiteren Hinweisen). Nach Speschadürfte der Widerruf der Bewilligung bei Personen, die bereits längere Zeit in der Schweiz gelebt haben, ohne Ergänzungsleistungen beansprucht zu haben, in der Regel unverhältnismässig sein. Jedenfalls sei auch in solchen Konstellationen eine Verhältnismässigkeitsprüfung unabdingbar und vom Widerruf der Bewilligung abzusehen, wenn aufgrund der Anwesenheitsdauer der Betroffenen, allfälliger familiärer Bindungen in der Schweiz sowie ihrer Lebensperspektiven im Heimatland und mangels Vorwerfbarkeit der Beanspruchung von Ergänzungsleistungen die erzwungene Ausreise unzumutbar erscheine. Die entsprechende Konstellation verwirkliche die «wichtigen Gründe» im Sinne von Art. 20 VEP (Spescha, in Spescha et al. [Hrsg.], Kommentar Migrationsrecht, Art. 24 FZA N 9).

4.3.4.1 Liegen Gründe für den Sozialhilfebezug vor, die gemäss Art. 58a Abs. 2 AIG bei der Integrationsbeurteilung keinen Vorwurf rechtfertigen, können sie auch den Widerruf der Aufenthaltsbewilligung (nach Art. 62 AIG) nicht rechtfertigen (Spescha et al., Handbuch zum Migrationsrecht, Zürich 2020, 4. Auflage, S. 330). Der Rekurrent wurde durch die Sozialhilfe in Zeiten unterstützt, in denen er kein Anstellungsverhältnis nachweisen konnte. Aus den Akten ersichtlich wird, dass er sich immer wieder bemüht hat, eine Stelle zu finden

und er nach eigenen Angaben alles angenommen hat, das ihm angeboten wurde. Seit der Verfügung der IV-Stelle vom 15. März 2021 und den damit einhergehenden Abklärungen muss davon ausgegangen werden, dass bei ihm ein Fall von Frühinvalidität infolge Minderintelligenz vorlag, der schon in jüngeren Jahren zu einer IV-Anmeldung hätte führen müssen. Die Defizite des Rekurrenten blieben dementsprechend von den verschiedenen Behörden über die Jahre auch nicht unbemerkt (vgl. bspw. E-Mail AIZ an Bereich BdM vom 15. Oktober 2016 «eingeschränkt durch Analphabetismus und Minderintelligenz», act 8 3/6; E-Mail Sozialhilfe an Bereich BdM vom 7. Juli 2021, Eintrag 25.06.2009 «Herr A_____ wirkt etwas zurückgeblieben und hilflos», Eintrag 17.09.2009 «Ich muss an dieser Stelle anmerken, dass Herr A_____ aus meiner Sicht geistig zurückgeblieben ist. Er versteht nicht nur aufgrund der Sprache viele Dinge falsch.», act. 8 5/6). In Bezug auf die finanziellen Verhältnisse des Rekurrenten ist somit festzuhalten, dass wer aus subjektiven oder objektiven Gründen daran gehindert war, ein Erwerbseinkommen zu erzielen, nicht «bestraft» werden soll, wenn er Bemühungen nachweisen kann, eine Arbeit zu finden oder seine Erwerbchancen zu verbessern, etwa durch Besuch eines Deutschkurses. Gemäss Art. 31 Abs. 5 VZAE ist denn auch ausdrücklich zugunsten eines Gesuchstellers zu berücksichtigen, wenn er «aufgrund des Alters [oder] des Gesundheitszustandes []» keine Erwerbstätigkeit ausüben konnte (Spescha et al., Handbuch zum Migrationsrecht, Zürich 2020, 4. Auflage, S. 306). Seit Durchführung der IV-Verfahrens ist klar, dass der Rekurrent nie erwerbsfähig sein konnte, weshalb dies nun nicht mehr zu seinen Lasten ausgelegt werden kann. Der Rekurrent würde heute mit dem Ergebnis des angefochtenen Entscheids dafür «bestraft», dass er nicht früher bei der IV angemeldet wurde. Eigentlich wäre zu erwarten gewesen, dass ihn seine Eltern entsprechend anmelden würden (sei es bei der IV in der Schweiz oder in Portugal), da sie seine Defizite wohl schon in jungen Jahren erkannt haben. Jedoch gab es sicherlich sprachliche Hindernisse und das schweizerische Sozialversicherungssystem war der Familie bei ihrer Einreise nicht bekannt. Jedenfalls ist aus heutiger Sicht klar, dass der Rekurrent aufgrund seiner Defizite nie eine ausreichende Eigenversorgungskapazität erreichen konnte und deshalb Sozialhilfe in Anspruch nehmen musste, weshalb der Sozialhilfebezug unverschuldet erscheint und den Widerruf der Aufenthaltsbewilligung nicht rechtfertigen kann.

4.3.4.2 Was die sprachlichen Fähigkeiten des Rekurrenten angeht, so erschliesst sich aus den Akten, dass er sich mündlich wohl auf Deutsch verständigen kann und auch vieles versteht (vgl. bspw. Schreiben des Rek. vom 20. Dezember 2008, act. 8 3/6; Anfrage betr. Fürsorgeunterstützung von Bereich BdM an WSU vom 24. April 2012 «befriedigende sprachliche Integration, act. 8 3/6; Schreiben des Rek. vom 21. Mai 2012, act. 8 3/6; etc.). Bei schriftlichen Angelegenheiten braucht er Unterstützung. Wie aus dem Arztbericht von Dr. med. K_____ vom 21. Oktober 2019 folgt, gelangte der Rekurrent mit Post, die er nicht lesen konnte, jeweils an seinen Therapeuten (IV-CD, act. 8/12, S.220). In diesem Sinne äussert sich auch der aktuelle Bericht des behandelnden Arztes für Psychiatrie und Psychotherapie: Der Rekurrent nehme «zum Beispiel Termine bei [ihm] wahr, um sich Briefe erklären zu lassen» (ärztliche Bestätigung des Dr. med. N_____ vom 11. Oktober 2021, Beilage 2 zur Rekursbegründung). Aus den Erkenntnissen der IV-Abklärung kann geschlossen werden, dass die mangelhafte sprachliche Integration mit der diagnostizierten Minderintelligenz und dem daraus folgenden Analphabetismus zusammenhängt.

4.3.4.3 Dementsprechend erleidet der Rekurrent bei der Prüfung der Kriterien nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bezüglich des Anspruches auf eine Bewilligung nach

langer Aufenthaltsdauer Nachteile aufgrund seiner Einschränkung. Mit Ausnahme seiner Familie vermag der Rekurrent keine eigenen Sozialkontakte zu substantiieren. Bei der polydisziplinären Begutachtung durch die D_____ vom 4. November 2020 gab der Rekurrent an, vor der Corona-Krise viele Kontakte gehabt zu haben. Heute treffe er sich manchmal mit Kollegen zum Bier, Hobbies habe er keine, Freizeitbeschäftigungen kaum (S. 17 ff., 26; IV-CD, act. 8/12, S. 84 f.). Zu erwähnen ist zwar, dass gewisse Integrationsbemühungen in sozialer Hinsicht aus den Akten ersichtlich sind. So hat sich der Rekurrent gemäss eigenen Angaben in der Freiwilligenarbeit engagiert und war im Jahr 2014 beim Quartiertreffpunkt [...] in Basel als Küchenhilfe tätig (vgl. Verlängerungsgesuch vom 27. Mai 2014, act).

E. 8

3/6). Seit der Rückkehr der Mutter nach Portugal scheint sich die Sachlage geändert zu haben, obwohl wie erwähnt aktenkundig ist, dass sie einerseits psychisch nicht stabil zu sein scheint und andererseits den Rekurrenten finanziell nicht unterstützen können. Es wäre nicht verhältnismässig, wenn der Rekurrent aus der Schweiz weggewiesen wird und die erwähnten Folgen zu tragen hätte, (nur) weil sich die Mutter entschieden hat, nach Portugal zurückzukehren.

4.4 Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung sind die öffentlichen Interessen sowie die persönlichen Verhältnisse und die Integration einer ausländischen Person gegeneinander abzuwägen. Insgesamt hat der Rekurrent zur weiteren Kontaktpflege mit seinem Vater und seinen Brüdern einerseits und vor allem aufgrund der ungewissen finanziellen Absicherung bei einer Rückkehr in seine Heimat ein erhebliches Interesse an einem weiteren Aufenthalt in der Schweiz. Diesem privaten Interesse des Rekurrenten steht das öffentliche Interesse an der Vermeidung der Belastung der öffentlichen Hand durch Ausrichtung von beitragsunabhängigen Ergänzungsleistungen (vgl. BGer 2C_937/2020 vom 18. Februar 2021 E. 6.1, 2C_83/2018 vom 1. Februar 2019 E. 4.2.4) entgegen. Vorliegend ist im Rahmen der Härtefallprüfung der Schutz des Privatlebens tangiert, da die mangelnde beruflich-wirtschaftliche, soziale und sprachliche Integration des heute 45-jährigen Rekurrenten, der sich seit 15 Jahren in der Schweiz aufhält, auf gesundheitliche und intellektuelle Defizite zurückzuführen ist. Wären diese Einschränkungen, die erst mit den IV-Abklärungen erkannt wurden, nicht gegeben, erschiene die vorinstanzliche Schlussfolgerung, es fehle trotz des langen Aufenthalts an einer unter dem Aspekt des Schutzes des Privatlebens schützenswerten Rechtsposition, ohne Weiteres zutreffend. Es ist jedoch wie oben ausgeführt soweit ersichtlich weitestgehend seiner gesundheitlichen Situation zuzuschreiben, dass der Rekurrent nicht in der Lage war, sich im Lauf der Jahre ergebenden Integrationsmöglichkeiten zu nutzen. Eine Person, die sich in der gleichen Lage wie der Rekurrent befunden hätte, und die nicht unter den Einschränkungen des Rekurrenten leidet, hätte in der Regel von der Integrationsvermutung bei über zehnjähriger Anwesenheitsdauer profitiert. Es liegt hier jedoch kein vergleichbarer Fall vor, in dem die Integration im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung «zu wünschen übriglässt» (vgl. BGE 144 I 266 E. 3.9 S. 278 unten). Unter diesen Umständen ist der angefochtene Entscheid rechtsfehlerhaft. In der spezifischen Situation des Rekurrenten liegen wichtige Gründe im Sinne von Art. 20 VEP, wonach eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA zu erteilen ist.

5.

Gemäss Art. 99 Abs. 1 AIG legt der Bundesrat fest, in welchen Fällen dem SEM Aufenthaltsbewilligungen zur Zustimmung zu unterbreiten sind. Gemäss Art. 85 Abs. 2 VZAE legt das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) in einer Verordnung fest, in welchen Fällen die Aufenthaltsbewilligung dem Zustimmungsverfahren unterliegt. Gemäss Art. 5 lit. d der Verordnung des EJPD über die dem Zustimmungsverfahren unterliegenden ausländerrechtlichen Bewilligungen und Vorentscheide (SR 142.201.1) ist die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung bei einem schwerwiegenden persönlichen Härtefall nach Art. 31 VZAE dem SEM zur Zustimmung zu unterbreiten. Gemäss Art. 99 Abs. 2 AIG kann das SEM die Zustimmung zum Entscheid einer kantonalen Verwaltungsbehörde oder einer kantonalen Beschwerdeinstanz verweigern oder diesen Entscheid befristen oder an Bedingungen und Auflagen knüpfen. Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung in einem dem Zustimmungsverfahren unterliegenden Fall auch dann dem SEM zur Zustimmung zu unterbreiten ist, wenn sie von einem kantonalen Gericht angeordnet worden ist (vgl. Botschaft zur Revision des Ausländergesetzes [AuG] [Verfahrensnormen und Informationssysteme] vom 2. März 2018, in: BBl 2018 S. 1685 ff., 1703 und 1739). Im vorliegenden Fall geht es um die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung bei einem schwerwiegenden persönlichen Härtefall. Das Migrationsamt hat die Verlängerung deshalb dem SEM zur Zustimmung zu unterbreiten. Der Ausweis darf erst ausgestellt werden, wenn die Zustimmung des SEM vorliegt (Art. 86 Abs. 5 VZAE).

6.

6.1 Aus diesen Erwägungen folgt, dass der Rekurs gutzuheissen ist und der angefochtene Entscheid des Justiz- und Sicherheitsdepartements vom 16. August 2021 sowie die Verfügung des Bereichs Bevölkerungsdienste und Migration vom 23. Juni 2016 aufgehoben werden.

6.2 Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind in Anwendung von § 6 und § 7 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsgebühren (VGG, SG 153.800) sowie § 30 Abs. 1 VRPG für das verwaltungsinterne und das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren keine Verfahrenskosten zu erheben und hat das JSD der Rekurrentin für das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen. Für das verwaltungsinterne Verfahren wird nach erfolgter Entschädigung des Vertreters des unentgeltlich prozessierenden Rekurrenten kein entsprechender Antrag gestellt, weshalb darauf nicht näher einzugehen ist. Aufgrund der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im vorliegenden Verfahren steht die Forderung auf die Parteientschädigung dem unentgeltlichen Rechtsvertreter zu. Das JSD hat die Parteientschädigung deshalb direkt dem unentgeltlichen Rechtsbeistand zu zahlen (vgl. BGer 5A_754/2013 vom 4. Februar 2014 E. 5; VGE VD.2018.158 vom 30. Juni 2020 E. 2.5; AGE ZB.2018.20 vom 14. September 2018 E. 4.2 und ZB.2016.39 vom 20. Juli 2017 E. 9.3.2). Mit seiner Honorarnote vom 21. Februar 2021 (act. 11) macht O_____ für das verwaltungsgerichtliche Verfahren einen Aufwand von 14.5 Stunden geltend. Dieser Aufwand erscheint angemessen. Es ergibt sich zum Überwälzungstarif von CHF 250.■ pro Stunde ein Honorar von CHF 3'625.■. Mit den geltend gemachten Auslagen von CHF 67.55 resultiert eine Parteientschädigung von CHF 3'692.55 zuzüglich Mehrwertsteuer.

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