

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.97 vom 2. Dezember 2021

BS Appellationsgericht, 2021-12-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2021.97

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.97 du 2 décembre 2021

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.97 del 2 dicembre 2021

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des Rekurses ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Regierungspräsidenten vom 5. Mai 2021 sowie aus § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100) in Verbindung mit § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100). Für das Verfahren gelten die Bestimmungen des VRPG. Zum Entscheid ist nach § 88 Abs. 2 und § 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) das Dreiergericht berufen. Die Rekurrentin ist als Adressatin des angefochtenen Entscheids von diesem unmittelbar berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung. Sie ist somit gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert. Der vorliegende Rekurs wurde den Voraussetzungen von § 46 Abs. 1 und 2 OG respektive § 16 Abs. 1 und Abs. 2 VRPG entsprechend rechtzeitig angemeldet und begründet. Auf den Rekurs ist einzutreten.

E. 1.2

1.2.1 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 einen 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 (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) und damit im Ergebnis sein eigenes Ermessen an Stelle desjenigen der zuständigen Verwaltungsbehörde zu setzen. 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 vorherrschen (vgl. BGE 127 II 60 E. 1b S. 63; BGer 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, VGE VD.2013.85 vom 16. Oktober 2013 E. 1). Noven sind deshalb in diesem Fall zulässig, obwohl das Verwaltungsgericht nach kantonalem Recht grundsätzlich bloss eine nachträgliche Verwaltungskontrolle ausübt (vgl. zum Ganzen VGE VD.2017.290 vom 15. Januar 2019 E. 1.3).

1.2.2 Im verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahren gilt das Rügeprinzip. Das Gericht prüft einen angefochtenen Entscheid gestützt auf die Begründungsobliegenheit gemäss § 16 Abs. 2 Satz 1 VRPG nicht von sich aus unter allen in Frage kommenden Aspekten, sondern untersucht nur die rechtzeitig vorgebrachten konkreten Beanstandungen. Die rekurrierende Partei hat ihren Standpunkt substantiiert vorzutragen und sich mit den Erwägungen im angefochtenen Entscheid auseinanderzusetzen (Wullschleger/Schröder, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, in: BJM 2005 S. 277, 305; Stamm, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 477, 504; VGE VD.2020.75 vom 15. Oktober 2020 E. 1.2.2, VGE VD.2018.140 vom 8. Mai 2019 E. 1.3, VD.2016.66 vom 20. Juni 2016 E. 1.3).

E. 2

2.1 Wie das JSD zutreffend erwog (vgl. angefochtener Entscheid, E. 2 S. 3), gilt das nationale Migrationsrecht für den Aufenthalt der Rekurrentin als spanische Staatsangehörige nur soweit, als das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft sowie ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen [FZA], SR 0.142.112.681) keine abweichende Bestimmung enthält. Zudem kommt es zur Anwendung, wenn es eine vorteilhaftere Regelung für die Rechtsstellung der Rekurrentin enthält (VGE VD.2020.76 vom 16. September 2020 E. 2.1).

2.2 Das vorliegend als nationales Migrationsrecht anwendbare Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) wurde am 16. Dezember 2016 revidiert und in Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (AIG, SR 142.20) umbenannt. Nachdem einige geänderte Bestimmungen bereits am 1. Januar respektive am 1. Juli 2018 in Kraft getreten waren, traten die übrigen geänderten Bestimmungen einschliesslich des geänderten Titels am 1. Januar 2019 in Kraft. Für das massgebende Recht ist auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem die Rekurrentin um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA für Personen ohne Erwerbstätigkeit ersucht hat (Art. 126 Abs. 1 AuG respektive AIG). Vorliegend ersuchte die Rekurrentin am 9. Dezember 2018 um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA für Personen ohne Erwerbstätigkeit (vgl. Vorakten des Migrationsamtes). Daher kämen vorliegend nur die am 1. Januar und am 1. Juli 2018 in Kraft getretenen Änderungen gemäss Beschluss vom 16. Dezember 2016 zur Anwendung. Diese haben für die Beurteilung des Gesuchs aber keine Relevanz (vgl. insbesondere auch Art. 61a Abs. 5 AIG). Aus diesem Grund wird im Folgenden entsprechend den Erwägungen der Vorinstanz auch weiterhin der bisherige Titel des Gesetzes (AuG; vgl. VGEVD.2019.18 vom 22. Juli 2019 E. 2.1) verwendet sowie die Verordnung über die Zulassung, Aufenthalt und Erwerb vom 24. Oktober 2007 (VZAE, SR 142.201) in der bis dahin geltenden Fassung angewendet. Revidierte Verfahrensbestimmungen, welche gemäss Art. 126 Abs. 2 AuG respektive AIG sofort anzuwenden sind (VGE VD.2020.75 vom 15. Oktober 2020 E. 1.5.3, VD.2019.64 vom 19. August 2019 E. 1.4, VD.2019.18 vom 22. Juli 2019 E. 2.1 und VD.2019.75 vom 26. Juni 2019 E. 1.4; vgl. BGE 136 II 187 E. 3.1 S. 189; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Bern 2014, § 24 N 20), stehen im vorliegenden Urteil nicht zur Diskussion.

E. 3

Nicht mehr strittig ist, dass die Rekurrentin sich nicht mehr auf einen Aufenthaltsanspruch als unselbständig erwerbstätige Arbeitnehmerin gemäss Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA berufen kann. Es kann auf die diesbezüglichen, nicht bestrittenen Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. angefochtener Entscheid, E. 4 S. 4 f.).

E. 4

Strittig und zu prüfen ist zunächst, ob sich die Rekurrentin für ihren weiteren Aufenthalt auf ein Verbleiberecht nach Beendigung ihrer Erwerbstätigkeit berufen kann.

4.1 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 (VGE VD.2018.204 vom 14. April 2019 E. 2.1.1; vgl. BGE 144 II 121 E. 3.2 S. 125). Gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. b der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 haben Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die infolge dauernder Arbeitsunfähigkeit eine Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis aufgeben, ein Verbleiberecht, wenn sie sich seit mindestens zwei Jahren im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats ständig aufgehalten haben. 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 oder Arbeitnehmerin gewesen ist und die Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis aufgrund der Arbeitsunfähigkeit aufgegeben hat (BGer 2C_108/2020 vom 10. Juli 2020 E. 3.3 mit Hinweis auf BGE 141 II 1 E. 4.3.2 S. 13; VGE VD.2019.234 vom 21. Mai 2021 E. 4.1). Eine Mindestbeschäftigungsdauer setzt Art. 2 Abs. 1 lit. b der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 nicht voraus (VGE VD.2018.204 vom 14. April 2019 E. 2.1.1; vgl. 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.). Die arbeitnehmende Person muss im Zeitpunkt des Eintritts der dauernden Arbeitsunfähigkeit die freizügigkeitsrechtliche Arbeitnehmereigenschaft gehabt haben und diese wegen der dauernden Arbeitsunfähigkeit verloren haben (BGer 2C_755/2019 vom 6. Februar 2020 E. 4.1). 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 (vgl. 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.; VGE VD.2019.234 vom 21. Mai 2021 E. 4.1; vgl. ferner Schnell, Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Schweiz, Diss. Zürich 2010, S. 160).

4.2 Die Vorinstanz hat mit dem angefochtenen Entscheid (E. 13 S. 10 f.) erwogen, dass die Rekurrentin gemäss der Verfügung der IV-Stelle Basel-Stadt (nachfolgend: IV-Stelle) vom 5. November 2015 seit Oktober 2010 ununterbrochen und in erheblichem Ausmass arbeitsunfähig gewesen sei. Daraus ergebe sich, dass die Arbeitsunfähigkeit erst weit nach Wegfall der Arbeitnehmereigenschaft der Rekurrentin eingetreten sei. Dabei sei

unerheblich, ob die Rekurrentin gemäss ihrer Behauptung bis Dezember 2009 in einem Arbeitsverhältnis mit der Firma B_____ AG gestanden habe oder dieses gemäss der Aktenlage bloss bis Ende Oktober 2009 gedauert habe. Die Arbeitsunfähigkeit sei daher in einem Zeitpunkt eingetreten, in welchem die Rekurrentin auch nach eigenen Angaben nicht mehr Arbeitnehmerin im Sinne des Freizügigkeitsabkommen gewesen sei. Sie habe daher die Voraussetzungen des Verbleiberechts gemäss Art. 4 Anhang I FZA zu keinem Zeitpunkt erfüllt.

4.3 Dem hält die Rekurrentin entgegen, dass die Firma B_____ AG mit Fragebogen vom 11. Juli 2012 bestätigt habe, dass ihr Arbeitsverhältnis bis zum 31. Dezember 2009 gedauert habe. Sie habe bis im Dezember 2009 noch Lohn erhalten und der letzte Arbeitstag sei der 31. Oktober 2009 gewesen. Noch am 28. September 2009 habe die Arbeitgeberin ein Verlängerungsgesuch für die Aufenthaltsbewilligung der Rekurrentin gestellt. Es sei offensichtlich ein längerfristiges Arbeitsverhältnis gewollt gewesen. Rechtsprechungsgemäss komme dem Entscheid über die Statusfrage mit der Rentenverfügung der IV eine grosse Bedeutung für die Frage der Arbeitnehmereigenschaft zu (BGE 2C_1102/2013, E. 4.4). Mit ihrem Entscheid vom 30. Oktober 2015 habe die IV-Stelle ihren IV-Grad im reinen Einkommensvergleich ermittelt und sie als Erwerbstätige eingestuft. Dies sei ein weiteres Indiz für das Bestehen der Arbeitnehmereigenschaft bis Dezember 2009. Demgegenüber sei aber die Feststellung der Vorinstanz, wonach sie erst ab Oktober 2010 arbeitsunfähig geworden sei, durch nichts belegt. Sie habe selber im Rahmen der Haushaltsabklärung der IV im September 2012 zu Protokoll gegeben, ihre Kniebeschwerden hätten 2009/2010 begonnen, als sie sich letztmals um Stellen beworben habe. Am 27. Juni 2012 sei sie durch [] rückwirkend per 1. Januar 2010 vollständig arbeitsunfähig geschrieben worden. Es liege ein beweiskräftiges Arztzeugnis vor, wonach sie «nahtlos an die Beendigung der Stelle bei der Firma B_____ AG arbeitsunfähig geworden» sei. Der IV-Gutachter Dr. [...] habe in seinem Gutachten vom 6. Juli 2015 ein progredientes entzündliches Geschehen beschrieben, bei dem nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Krankheit bereits 2010 bestanden habe. Somit stehe fest, dass die Krankheit aufgetreten sei, als sie «durch ihre Tätigkeit bei der Firma B_____ AG die Arbeitnehmereigenschaft noch besessen» habe. Ihre Aufenthaltsbewilligung sei deshalb gestützt auf Art. 4 Anhang I FZA zu verlängern.

E. 4.4

4.4.1 Wie den Akten des Migrationsamts entnommen werden kann, hat die Rekurrentin noch in Beantwortung der Fragen des Migrationsamts im Zusammenhang mit der ausstehenden Verlängerung ihrer Aufenthaltsbewilligung vom 14. Februar 2013 nach dem Grund der Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses angegeben, es habe sich um «temporäre Arbeit» bei der Firma B_____ AG gehandelt. Gemäss dem Arbeitszeugnis der B_____ AG vom 9. August 2010 ist die Rekurrentin bis zum 31. Oktober 2009 in deren Unternehmen tätig gewesen. Gemäss einer Arbeitsbestätigung vom 17. Februar 2015 ist «das Arbeitsverhältnis [] per 31. Oktober 2009» aufgelöst worden. Ein Kündigungsschreiben der Arbeitgeberin hat die Rekurrentin nicht eingereicht, da ein solches nicht existiere. Mit Schreiben vom 15. Mai 2015 machte sie aber geltend, dass ihr Arbeitgeber mit ihrer Leistung zufrieden gewesen sei. Sie habe aber wegen vermehrter gesundheitlicher Probleme die Leistung nicht mehr voll erbringen können. In der Annahme, dass es sich um vorübergehende Knieprobleme handle, habe sie die Arbeitsstelle gekündigt. Von 2009 bis 2011 habe sie «wegen gesundheitlicher Probleme (Knie)» nicht arbeiten können. Gegenüber dem

IV-Gutachter gab sie an, von April bis Juni 2009 im C_____ als Reinigerin für die Firma B_____ AG gearbeitet zu haben, danach aber keinen ausserhüslichen Tätigkeiten mehr nachgegangen zu sein (Gutachten Dr. [...] vom 6. Juli 2015, S. 17 f., IV-Akten, S. 322 f.). In der IV-Akte findet sich der Fragebogen für Arbeitgebende, mit welchem als Beginn des Arbeitsverhältnisses der 3. März 2009 und als Ende der 31. Dezember 2009 angegeben worden ist. Antworten auf die Frage, wer das Arbeitsverhältnis aus welchen Gründen aufgelöst hat, fehlen. Als letzter effektiver Arbeitstag wird der 31. Oktober 2009 angegeben (IV-Akte S. 529 ff.). Lohnzahlungen erfolgten in den Monaten April und Mai sowie Oktober und Dezember 2009 (IV-Akte S. 531).

Daraus ergibt sich, dass die Rekurrentin offensichtlich letztmals im Oktober 2009 stundenweise gearbeitet hat. Ob das darüber hinaus bestehende Abrechnungsverhältnis mit der Firma B_____ AG nach den bereits zuvor mehrmonatigen Beschäftigungslücken deren Arbeitnehmerstatus bis Ende 2009 hat fortbestehen lassen, erscheint fraglich, kann aber vorliegend offenbleiben.

4.4.2 Mit dem Operationsbericht des [...] vom 5. September 2011 ist festgestellt worden, dass die Rekurrentin «seit ca. 1 ½ Jahren an rapid progredienten Gonarthritiseschwerden beidseits mit rasanter Entwicklung einer ausgeprägten Gonarthrose rechts» leide (vgl. auch Bericht [...] vom 23. August 2011, IV-Akte S. 420 f.). Im Operationsbericht vom 5. Januar 2011, zu der am 15. Dezember 2010 am [...] vorgenommenen Kniearthroskopie mit Biopsie-Entnahme und Spülung rechts, ist die Rede davon, dass sich die Rekurrentin «mit persistierenden Beschwerden über mehrere Monate und Arbeitsunfähigkeit» vorgestellt habe (IV-Akte S. 422). Der IV-Akte kann dazu entnommen werden, dass sich die Rekurrentin am 23. Juli 2010 notfallmässig im Behandlungszentrum Bewegungsapparat der Universität Basel mit einem Erguss im Bereich des Kniegelenks rechts vorgestellt hat. Nach einer Punktierung zeigte sie sich «nahezu beschwerdefrei» und ohne Therapiewunsch (IV-Akte S. 435 f.). Es folgten weitere Besuche in der Sprechstunde, die Diagnose einer Inflammation und Irritation der Patellasehne ohne ausgeprägte Arthrose (Bericht vom 29. September 2010, IV-Akte S. 433 f.) und persistierender Schmerzen (Bericht vom 23. November 2010, IV-Akte S. 432). Darauf wurde mit MRI ein chronischer Kniegelenkserguss rechts mit Verdacht auf aktivierter Arthrose respektive rheumatoide Arthritis festgestellt (Berichte vom 11. und 13. Januar 2011, IV-Akte S. 428 ff.). In der IV-Akte finden sich zudem ärztliche Zeugnisse von Dr. [...] vom 22. März 2012 und 27. August 2013, welcher die Meldung zur Früherfassung veranlasst hat, mit dem er bestätigt, dass die Rekurrentin wegen Krankheit seit 2010 respektive seit dem 25. Oktober 2010 in seiner Behandlung stehe respektive gestanden sei, und seit dem 25. Oktober 2020 voraussichtlich dauernd arbeitsunfähig sei (IV-Akte S. 561 ff., 475 ff.). Mit Arztbericht vom 9. August 2012 berichtete er, dass die Rekurrentin über chronische Schmerzen und Schwellung des rechten Knies nach einer Kniedistorsion geklagt habe und seit Sommer 2010 im [...] in Behandlung gewesen sei. Er gab eine vollständige Arbeitsunfähigkeit seit Juni 2010 an (IV-Akte S. 502 ff.). Auch die Behandlung bei Dr. [...] begann am 17. Juni 2010 (IV-Akte S. 481 ff.). Eine vollständige Arbeitsunfähigkeit attestierte dieser Arzt mit Bericht vom 12. Dezember 2014 der Rekurrentin ab September 2010 (IV-Akte S. 443 ff.). Mit Berichten vom 27. Juni 2012 und 12. August 2013 teilte das [...] der IV-Stelle mit, dass die Rekurrentin dort seit dem 24. Januar 2011 in ambulanter Behandlung stehe. Sie leide «ca. seit Anfang 2010» an «Schmerzen in beiden Knien mit Schwellung» und «zunehmend[er] Immobilität». Es bestehe seit dem 1. Januar 2010 respektive seit 2010 eine

100 %ige Arbeitsunfähigkeit (IV-Akte S. 524 f., S 470 ff.). Auch in der Anmeldung bei der IV-Stelle vom 15. Mai 2012 nannte die Rekurrentin das Jahr 2010 auf die Frage nach dem Beginn ihrer Arbeitsunfähigkeit (IV-Akte S. 548 ff.). Mit seinem rheumatologischen Gutachten vom 6. Juli 2015 (Gutachten S. 26, IV-Akten, S. 331 f.) sah sich der Gutachter Dr. [...] ausserstande, den Krankheitsverlauf über fünf Jahre zu rekonstruieren, nachdem erste hausärztliche «AUF-Schreibungen» bis ins Jahr 2010 datierten. Auf deren Grundlage ging er aufgrund des rasch progredienten Gelenkbefalles und der raschen Destruktion davon aus, dass «diese AUF-Schreibung in der bisherigen Tätigkeit sicher seit 2010 gerechtfertigt» sei. Mit der Rentenverfügung vom 5. November 2015 hat die IV-Stelle schliesslich festgestellt, dass die Rekurrentin gemäss ihren Abklärungen seit Oktober 2010 ununterbrochen und in erheblichem Ausmass arbeitsunfähig geworden sei.

Entgegen der Auffassung der Rekurrentin können auch den Unterlagen der IV-Stelle keine Anhaltspunkte entnommen werden, dass die Arbeitsunfähigkeit der Rekurrentin bereits im Jahr 2009 somit während des Bestandes ihres Arbeitsverhältnisses eingetreten ist, sie also im Zeitpunkt des Eintritts der dauernden Arbeitsunfähigkeit Arbeitnehmerin im freizügigkeitsrechtlichen Sinne gewesen ist und sie ihre Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis aufgrund der Arbeitsunfähigkeit aufgegeben hat. Wollte man entgegen dieses Aktenstandes einen früheren Zeitpunkt des Eintritts der Arbeitsunfähigkeit postulieren, so müsste auch geprüft werden, ob diese nicht schon vor ihrer Einreise in die Schweiz im Februar 2009 bestanden hat, hat sie hier doch nur noch kurze, stundenweise Einsätze geleistet, die einer weitgehenden, vorbestandenen Einschränkung ihrer Arbeitsunfähigkeit nicht entgegenstünden.

4.4.3 Es kann daher offenbleiben, ob die Rekurrentin sich überhaupt aufgrund eines im Jahr 2009 eingetretenen Sachverhalts auf ein Verbleiberecht in der Schweiz berufen kann, nachdem sie aufgrund der rechtskräftig gewordenen Verfügung vom 18. Juni 2015 betreffend Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung (vgl. dazu auch den Nichteintretensentscheid des JSD vom 10. Juli 2015 wegen verspäteter Rekursanmeldung) die Schweiz am 14. November 2015 verlassen und sich somit nicht mehr auf ein freizügigkeitsrechtliches Verbleiberecht berufen hat.

4.5 Daraus folgt, dass die Rekurrentin sich nicht auf ein Verbleiberecht gemäss Art. 7 lit. c FZA in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 Anhang I FZA berufen kann.

E. 5

Verneint hat die Vorinstanz auch einen freizügigkeitsrechtlichen Anspruch zum Aufenthalt ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit gemäss Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA.

5.1 Die Vorinstanz erwog dazu, dass gemäss dieser Bestimmung eine Person, welche die Staatsangehörigkeit einer Vertragspartei besitze und keine Erwerbstätigkeit im Aufenthaltsstaat ausübe, subsidiär eine Aufenthaltserlaubnis mit einer Gültigkeitsdauer von zwei oder fünf Jahren erhalte, sofern sie den zuständigen nationalen Behörden den Nachweis dafür erbringe, dass sie für sich selbst und gegebenenfalls auch für ihre Familienangehörigen über ausreichende finanzielle Mittel verfüge (Art. 24 Abs. 8 Anhang I FZA). Soweit diese Voraussetzungen nicht mehr erfüllt würden, könne die Aufenthaltserlaubnis EU/EFTA gestützt auf Art. 23 Abs. 1 der Verordnung über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (VEP, SR 142.203) widerrufen

werden. Gemäss den Akten sei die Rekurrentin seit Oktober 2010 ununterbrochen und in erheblichem Ausmass arbeitsunfähig und erhalte deshalb seit dem 1. November 2012 gemäss Verfügung der IV-Stelle vom 5. November 2015 eine volle IV-Rente, welche per 1. August 2019 auf eine Dreiviertelrente von gegenwärtig CHF 309.■ pro Monat herabgesetzt worden sei. Hinzu komme seit dem 1. August 2018 eine Hilflosenentschädigung in der Höhe von gegenwärtig CHF 474.■ pro Monat (vgl. Verfügung der IV-Stelle vom 9. März 2020). Ergänzend hierzu erhalte die Rekurrentin vom Amt für Sozialbeiträge Ergänzungsleistungen von monatlich CHF 2■412.■ sowie Beihilfe von monatlich CHF 84.■ (Stand: Juli 2020; vgl. E-Mail des Amtes für Sozialbeiträge vom 10. Dezember 2020). Für rentenberechtigte EU- und EFTA-Angehörige sowie ihre Familienangehörigen seien die finanziellen Mittel gemäss Art. 16 Abs. 2 VEP aber nur dann ausreichend, wenn sie den Betrag überstiegen, der schweizerische Antragstellende und allenfalls ihre Familienangehörige zum Bezug von Ergänzungsleistungen nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (Art. 2 ff. ELG, SR 831.30) berechtigen (vgl. auch Weisungen und Erläuterungen zur VEP des Staatssekretariats für Migration [SEM; Stand: April 2020] Ziff. 8.2.3). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sei die Aufenthaltsregelung nach Art. 24 Anhang I FZA für nicht erwerbstätige Personen von ausreichenden finanziellen Mitteln abhängig, so dass die öffentlichen Finanzen des Aufenthaltsstaates nicht belastet würden (BGE 135 II 265 E. 3.7 S. 272). Ergänzungsleistungen würden als beitragsunabhängige Sonderleistungen nach dem Wohnsitzprinzip allen im Land wohnhaften Personen ausgerichtet. Die Regelung über die Wohnsitznahme nicht erwerbstätiger Personen solle demgegenüber gewährleisten, dass es nicht zu einer ungebührlichen Belastung der öffentlichen Finanzen des Aufnahmestaates komme, weshalb sie zur Sozialhilfe im Sinne von Art. 24 Abs. 1 lit. a Anhang I FZA und der Richtlinie 90/364/EWG gerechnet werden müssten. Daher könnten aufenthaltsbeendende Massnahmen eingeleitet werden, wenn Ergänzungsleistungen tatsächlich in Anspruch genommen würden, obwohl diese Leistungen zur sozialen Sicherheit gehörten und nicht Sozialleistungen im Sinne von Art. 4 Abs. 4 der Verordnung Nr. 1408/71 seien (vgl. BGE 135 II 265 E. 3.7 S. 272, m.w.H.). Aufgrund des monatlichen Bezugs von Ergänzungsleistungen im Umfang von CHF 2■412.■ sowie Beihilfen von CHF 84.■ erfülle die Rekurrentin die Voraussetzung der ausreichenden finanziellen Mittel nicht. Darin liege auch keine Verletzung des Diskriminierungsverbots gemäss Art. 8 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV, SR 101) wie die Rekurrentin geltend mache, werde ihr die Aufenthaltsbewilligung als Nichterwerbstätige doch nicht aufgrund ihrer Behinderung, sondern wegen ihrer fehlenden ausreichenden Mittel gemäss Art. 24 Abs. 1 lit. a Anhang I FZA verweigert. Personen, welche aufgrund der gleichen gesundheitlichen Einschränkungen wie die Rekurrentin über eine genügend hohe IV-Rente oder andere finanzielle Mittel zur Sicherung der Lebenshaltungskosten verfügten, werde die Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA für Personen ohne Erwerbstätigkeit ohne Weiteres erteilt. Die Rekurrentin habe indes zwischen ihrer Einreise 1991 und der Arbeitsunfähigkeit ab Oktober 2010 nie relevante Erwerbseinkommen respektive nur Minimaleinkommen zwischen einigen hundert Franken im Jahr bis hin zu maximal niedrigen vierstelligen Beträgen erzielt (vgl. IV-Akten, S. 95). Dementsprechend tief sei ihre IV-Rente. Zudem verfüge sie offenbar über kein Vermögen. Kriterium für die Bewilligungserteilung sei somit allein der Umstand, ob eine ansprechende Person mit oder ohne Behinderung über ausreichende finanzielle Mittel verfüge. Die Rekurrentin erfülle die Voraussetzungen für

die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA aufgrund des Fehlens von ausreichenden finanziellen Mitteln daher nicht.

5.2 Mit ihrem Rekurs hält die Rekurrentin an ihrem Standpunkt fest, dass ihre Behinderung als Teil ihrer körperlichen Integrität dem Schutzbereich von Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) unterstehe. Art. 5 Abs. 2 des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (BRK, SR 0.109) verbiete wie Art. 8 Abs. 2 BV jede Diskriminierung aufgrund einer Behinderung. Menschenrechtlich sei das Diskriminierungsverbot in Art. 14 EMRK verankert. Art. 6 BRK verpflichte die Staaten weiter, die Situation von Frauen mit Behinderungen besonders zu berücksichtigen und alle geeigneten Massnahmen zu treffen, um zu garantieren, dass sie die im Übereinkommen genannten Menschenrechte und Grundfreiheiten ausüben und geniessen könnten. Die Rekurrentin geniesse als behinderte Frau somit besonderen Schutz. Der Anspruch auf Ergänzungsleistungen knüpfe unmittelbar an eine Invalidität respektive einen dauerhaften Gesundheitsschaden an. Nur Personen mit Leistungen der AHV oder IV seien berechtigt, Ergänzungsleistungen zu beziehen (vgl. Art. 4 Abs. 1 lit a - d und Abs. 2 ELG). Die Rekurrentin beziehe aufgrund ihrer Behinderung Ergänzungsleistungen. Diese seien dazu bestimmt, die fehlende wirtschaftliche Selbstversorgungskapazität von Behinderten auszugleichen. Indem sie allein wegen dem Bezug von Ergänzungsleistungen keine Aufenthaltsbewilligung als Nichterwerbstätige erhalte, liege eine gemäss Art. 8 Abs. 2 BV respektive Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK verbotene Diskriminierung vor. Weiter hätten Menschen mit Behinderung gemäss Art. 19 BRK die gleichen Wahlmöglichkeiten wie andere Menschen, in der Gemeinschaft zu leben. Mit der angefochtenen Massnahme werde sie wegen der mit der Behinderung verbundenen fehlenden Eigenversorgungskapazität aus der Gemeinschaft der hier lebenden Menschen ausgegrenzt. Da 77 % aller IV-Bezügerinnen auch Ergänzungsleistungen bezögen und sie damit deutlich stärker als übrige Personen mit bestehender Eigenversorgungskapazität oder behinderte Männer von der Nichtzulassung betroffen seien, stelle die Verweigerung einer Bewilligung für Nichterwerbstätige an EL-Bezügerinnen zumindest eine indirekte Diskriminierung dar. Der Einwand der Vorinstanz, die Bewilligungsverweigerung knüpfe nicht an der Behinderung, sondern diskriminierungsfrei an fehlenden finanziellen Mitteln an, sei nicht begründet. Hinzu komme, dass die Nichterteilung der Aufenthaltsbewilligung in doppelter Weise gegen das Diskriminierungsverbot von Art. 2 FZA verstosse. Der Bezug von Ergänzungsleistungen stelle für Aufenthaltsberechtigte mit einem Titel ausserhalb des Abkommens keinen Widerrufsgrund dar. Zudem sei ausserhalb des Abkommens der Bezug von Sozialhilfe nur dann ein Widerrufsgrund, wenn er verschuldetermassen erfolge und zunächst eine Verwarnung erfolgt sei. Die Rekurrentin beziehe unverschuldeterweise Ergänzungsleistungen und sei auch nie verwarnt worden.

E. 5.3

5.3.1 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 verbundenen 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.2019.110 vom 28. April 2020 E. 4.2.1; VD.2017.260 vom 11. Juni 2018 E. 3.2.1).

5.3.2 Vorliegend knüpft die Verweigerung des Aufenthaltsanspruchs als Nichterwerbstätige nicht direkt an die Behinderung selber an, ist doch der Bezug von Ergänzungsleistungen weder zwingende Folge einer Behinderung, wenn der Rentenanspruch einer behinderten Person den entsprechenden Bedarf deckt, noch notwendigerweise mit einer Behinderung verbunden, wie der Bezug von Ergänzungsleistungen von Altersrentnerinnen und Rentner belegt. Es wird ihr daher der Aufenthalt nicht aufgrund ihrer Behinderung, sondern wegen ihrer 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.

E. 6

6.1 Weiter beruft sich die Rekurrentin auf einen Bewilligungsanspruch nach Art. 8 EMRK. Sie bezieht sich dabei auf einen «weiten, flexiblen und inhaltlich nicht genau umrissenen Familienbegriff» und ein tatsächlich gelebtes, de facto bestehendes Familienleben. Es stehe fest, dass sie unter «einer schweren entzündlichen Behinderung» leide, die chronische Schmerzen verursache sowie ihre Bewegungsfähigkeit und den manuellen Gebrauch der Hände einschränke. Sie sei nach den massgebenden Feststellungen der IV-Stelle nicht in der Lage, selbstständig zu leben. Bei der Körperpflege und beim Anziehen der Kleider und Schuhe sei sie auf die Hilfe von Dritten angewiesen. Diese Dritthilfe werde ihr neben der Spitex, welche die Wohnung reinige, von ihrer Schwester D_____ geleistet. Mindestens einmal in der Woche koche auch ihr Sohn E_____ für sie, der auch den Einkauf besorge und jeweils eine grosse Menge von Nahrungsmitteln bereitstelle. Zur Sicherung ihrer Existenz sei sie folglich von der Pflege ihres Sohnes und ihrer Schwester, welche beide über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht in der Schweiz verfügten, abhängig. Aufgrund dieses Abhängigkeitsverhältnisses liege ein materielles Familienleben vor, weshalb der Schutzbereich von Art. 8 EMKR eröffnet sei. Die Ausreise nach Spanien sei ihr nicht zumutbar. Die Wegweisung führe zur Familientrennung, was nur unter den Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt sei. Für einen solchen Eingriff in das Familienleben fehle die gesetzliche Grundlage. Der Bezug von Ergänzungsleistungen begründe in menschenrechtlicher Hinsicht auch kein öffentliches Interesse. Schliesslich sei mangels gesetzlicher Grundlage und fehlendem öffentlichen Interesse der Eingriff in das Familienleben unzulässig.

6.2 Der Schutz des Familienlebens im Sinne von Art. 8 Ziff. 1 EMRK bezieht sich in erster Linie auf die sogenannte Kernfamilie, also die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren

minderjährigen Kindern, und nur ausnahmsweise auf andere familiäre Beziehungen (BGE 135 I 143 E. 1.3.2 S. 146; VGE VD.2017.105 vom 18. Januar 2018 E. 4.1, VD.2017.88 vom 27. September 2017 E. 3.2.2, VD.2017.57 vom 2. Mai 2017 E. 3.5.1). Die Beziehung zwischen Eltern und ihren erwachsenen Kindern stellt aber nur dann ein geschütztes Familienleben nach Art. 8 Ziff. 1 EMRK dar, wenn ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis besteht, das über die normalen affektiven Bindungen hinausgeht (BGE 137 I 154 E. 3.4.2 S. 159; VGE VD.2017.88 vom 27. September 2017 E. 3.2.2, VD.2016.96 vom 5. November 2016 E. 4.4.1). Das gleiche gilt für Art. 13 Abs. 1 BV (VGE VD.2017.88 vom 27. September 2017 E. 3.2.2, VD.2016.96 vom 5. November 2016 E. 4.4.1; Breitenmoser, in: Ehrenzeller et al. [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Auflage 2014, Art. 13 N 34). Der Anwendungsbereich von Art. 8 Ziff. 1 EMRK ist berührt, wenn eine staatliche Entfernungs- oder Fernhaltungsmassnahme eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung einer in der Schweiz gefestigt anwesenheitsberechtigten Person beeinträchtigt, ohne dass es dieser möglich respektive zumutbar wäre, das entsprechende Familienleben andernorts zu pflegen (BGer 2C_599/2017 vom 25. Juni 2018 E. 3.1; VGE VD.2018.223 vom 24. Oktober 2019 E. 2.2; jeweils mit Hinweisen). Dabei verschaffen Art. 8 EMRK und Art. 13 BV praxisgemäss keinen vorbehaltlosen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt respektive auf Wahl des von den Betroffenen gewünschten Wohnorts für die Familie. Ein staatlicher Eingriff liegt regelmässig nicht vor, wenn den Familienangehörigen zugemutet werden kann, ihr gemeinsames Leben im Ausland zu führen, denn Art. 8 EMRK statuiert keinen Anspruch auf Aufenthalt in einem Konventionsstaat. Es ergibt sich aus dieser Bestimmung weder ein Recht auf Einreise noch auf Wahl des für das Familienleben am geeignetsten erscheinenden Orts (BGE 135 I 153 E. 2.1 S. 154 f.; VGE VD.2018.223 vom 24. Oktober 2019 E. 2.2; jeweils mit Hinweisen).

E. 6.3

6.3.1 Im Zusammenhang mit ihrer Behauptung, wonach eine Ausreise nach Spanien für sie unzumutbar sei, wirft die Rekurrentin der Vorinstanz eine ungenügende Sachverhaltsabklärung vor und macht eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes geltend. Sie rügt die Feststellung der Vorinstanz, dass sie sich in den letzten drei Jahren in Spanien aufgehalten habe, was trotz ihrer Invalidität möglich gewesen sei und wo sie von ihrer Tochter unterstützt werden könne.

Aufgrund der IV-Akten stehe fest, dass sie wegen ihren Erkrankungen verschiedene Hilfsmittel wie orthopädische Schuhe, Badebrett, Toilettensitzerhöhung und Greifhilfen benötige. Ebenso stehe gemäss dem angefochtenen Entscheid fest, dass sie Hilfe beim An- und Ausziehen der Kleider und der orthopädischen Schuhe benötige, sowie bei der Körperpflege unterstützt werde. Es sei ihr daher aufgrund ihrer Pflegebedürftigkeit mit Verfügung vom 9. März 2020 eine Hilfloosenentschädigung leichten Grades zugesprochen worden. Die nötige Hilfe werde ihr durch die Haushaltsspitex, ihre Schwester und ihren Sohn gewährt. Sie sei aufgrund ihrer schweren entzündlichen Erkrankung und ihrer Pflegebedürftigkeit eine vulnerable Person (vgl. Richtlinien des SEM zu vulnerablen Personen, Handbuch Asyl, Ziff. 3.2.2.2), weshalb die wegweisende Behörde aufgrund des prozessualen Gehalts von Art. 3 EMRK zur Sicherstellung verpflichtet sei, dass sie im Zielstaat die nötige Hilfe erhalten kann. Dabei sei die Schwelle für die Bejahung eines «arguable claim» generell relativ tief (VGE VD.2016.148 vom 24. Juli 2017 E. 3.3.1.). Mit den Feststellungen der IV-Stelle sei der Nachweis eines «arguable claim» erbracht, weshalb

eine vertiefte amtliche Untersuchung durchgeführt werden müsse und es den Behörden obliege, sämtliche Zweifel auszuräumen, dass keine unmenschliche Behandlung eintritt, wenn die Wegweisung vollzogen werde (vgl. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte [EGMR] Saadi vs. Italie, No. 37201/16, § 129). Das «chronisch unterfinanzierte Gesundheitssystem in Spanien» stehe «wegen der Pandemie vor einem Kollaps». Gemäss Amnesty International sei in Spanien unter den aktuellen Verhältnissen «das Recht eines jeden Menschen auf den Genuss des höchsten erreichbaren Standards verletzt». In den Regionen Madrid, Castilla-La Mancha und Katalonien hätten seit Juli 2020 über 60 medizinische Zentren und 449 Konsultatorien wegen Personalmangels zumindest im Präsenzbetrieb geschlossen werden müssen. Diese Defizite in der Gesundheitsversorgung hätten gravierende Konsequenzen zum Zugang zum Gesundheitssystem und dem Recht auf Gesundheitsversorgung. Betroffen seien vor allem vulnerable Personen, davon seien Frauen mit einem Anteil von 75 % überproportional vertreten. Die Behauptung der Vorinstanz, Spanien verfüge «notorisch» über ein funktionierendes Gesundheitswesen, sei widerlegt.

6.3.2 Darin kann der Rekurrentin nicht gefolgt werden. Zwar gilt im ausländerrechtlichen Verfahren wie allgemein in der Verwaltungsrechtspflege der Untersuchungsgrundsatz (BGer 2C_165/2018 vom 19. September 2018 E. 2.2.1, 2C_58/2017 vom 23. Juni 2017 E. 2.2.1). Dieser wird aber durch die Mitwirkungspflicht der Betroffenen relativiert: So sind Ausländerinnen und Ausländer sowie an Verfahren gemäss AuG respektive AIG beteiligte Dritte gemäss Art. 90 AuG verpflichtet, an der Feststellung des für die Anwendung des Gesetzes massgebenden Sachverhalts mitzuwirken. Sie müssen namentlich zutreffende und vollständige Angaben über die für die Regelung des Aufenthalts wesentlichen Tatsachen machen (vgl. BGE 132 II 113 E. 3.2 S. 115, mit Hinweisen; VGE VD.2012.102 vom 4. April 2013 E. 2.2, VD.2019.235 vom 19. Mai 2020 E. 2.5.2). Falls bestimmte Tatsachen für die Behörden nicht oder nur schwer zugänglich sind, ergeben sich Mitwirkungspflichten auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben. Die Parteien sind dann verpflichtet, bei der Sachverhaltsabklärung durch Auskunftserteilung oder Beibringen der Beweismittel mitzuwirken.

Entgegen der Auffassung der Rekurrentin kann nicht von einer Unzumutbarkeit einer Wegweisung gesprochen werden, wenn im Herkunftsland nicht «das erreichbare Höchstmass an körperlicher und geistiger Gesundheit» gewährleistet wird. Aufgrund gesundheitlicher Probleme darf nur dann auf die Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs geschlossen werden, wenn eine notwendige medizinische Behandlung im Heimatland fehlt und die Rückkehr zu einer raschen und lebensgefährlichen Beeinträchtigung des Gesundheitszustands führen würde (vgl. BGE 137 II 305 E. 4.3 S. 311 f.; BGer 2C_1128/2012 vom 3. Juni 2013 E. 2.4.1; VGE VD.2021.82 vom 4. August 2021 E. 4.1, VD.2016.239 vom 5. Januar 2017 E. 2.1.2.1, VD.2013.156 vom 22. Dezember 2014 E. 4.2). Das Bundesgericht lässt eine medizinische Notlage dann als wichtigen persönlichen Grund für einen Verbleib in der Schweiz gelten, sofern die gesundheitliche Beeinträchtigung eine längere oder dringliche Behandlung erfordert, die im Heimatland nicht sichergestellt ist respektive sofern ein Abbruch der nur in der Schweiz erhältlichen medizinischen Behandlung zu einer erheblichen Verschlechterung des Gesundheitszustands führen würde (BGer 2C_316/2011 vom 17. Oktober 2011 E. 3.3, 2C_216/2009 vom 20. August 2009 E. 4.2; BGE 128 II 200 E. 5.3 S. 209; BVGer C-188/2014 vom 15. März 2016 E. 6.3.4.1; VGE VD.2021.82 vom 4. August 2021 E. 4.1). Medizinische Gründe können eine Abschiebung oder Wegweisung zwar als unmenschliche Behandlung

im Sinne von Art. 3 EMRK erscheinen lassen, wenn die ungenügende Möglichkeit der Weiterbehandlung eine drastische und lebensbedrohende Verschlechterung des Gesundheitszustandes nach sich zieht (vgl. BGer 2C_396/2014 vom 27. März 2015 E. 4.5, mit weiteren Hinweisen). Hierfür bestehen jedoch relativ hohe Schwellen, da es nach der Rechtsprechung des EGMR dabei nicht unmittelbar um Handlungen oder Unterlassungen staatlicher oder privater Akteure geht, sondern ein natürlicher Prozess (Krankheit) zu den entsprechenden Konsequenzen (Tod, Verschlechterung des Gesundheitszustands usw.) führt (BGer 2C_721/2014 vom 15. Januar 2015 E. 3.2.2, m.H. auf EGMR N. gegen Vereinigtes Königreich vom 27. Mai 2008 [Grosse Kammer; Nr. 26565/05]; Hugi Yar, Von Trennungen, Härtefällen und Delikten ■ Ausländerrechtliches rund um die Ehe- und Familiengemeinschaft, in: Achermann et al. [Hrsg.], Jahrbuch für Migrationsrecht 2012/2013, S. 91, m.w.H.; De Weck, Das Rückschiebungsverbot aus medizinischen Gründen nach Art. 3 EMRK, in: Jusletter vom 18. März 2013 Rz. 26 ff.).

Die Rekurrentin lebte nach dem Auftreten ihrer in der Schweiz behandelten gesundheitlichen Beeinträchtigungen von November 2015 bis August 2018 in Spanien. Sie legt nicht dar, welche genauen von ihr damals erhaltenen oder heute notwendig gewordenen Hilfen in Spanien konkret nicht erbracht werden können, obwohl sie gemäss den Feststellungen der IV-Stelle bereits damals auf lebenspraktische Begleitung im Umfang von mehr als zwei Stunden pro Woche angewiesen war (vgl. HE-Verfügung vom 9. März 2020, IV-Akten, S. 78 f.). Sie zeigt auch nicht konkret auf, inwiefern in Spanien drohende Pflegedefizite zu einer raschen und lebensgefährlichen Beeinträchtigung ihres Gesundheitszustands führen oder sonst eine unmenschliche Behandlung begründen könnten. Sie macht allein geltend, in Spanien keine Sozialleistungen, keine Medikamente und auch keine Hilfsmittel erhalten zu haben. Zudem habe es keine Spitex gegeben. Für diese Behauptung fehlen aber beweismässige Anhaltspunkte. Der von der Rekurrentin ins Recht gelegte Bericht von Amnesty International belegt zwar insbesondere auch vor dem Hintergrund der Covid-19-Pandemie gewisse Engpässe in der spanischen Gesundheitsversorgung. Solche sind aber auch in der Schweiz aufgetreten. Der blosse Umstand, dass das Gesundheits- oder Sozialversicherungswesen in einem anderen Staat nicht mit jenem in der Schweiz vergleichbar ist und die hiesige medizinische Versorgung einer ausländischen Person einem höheren Standard entspricht, hat jedoch nicht bereits die Unzumutbarkeit einer Rückkehr in die früheren Verhältnisse zur Folge (VGE VD.2021.82 vom 4. August 2021 E. 4.4.6, m.H. auf BGer 2C_833/2011 vom 6. Juni 2012 E. 3.3.2; BGE 128 II 200 E. 5.3 S. 209). Sicherlich wird eine Rückkehr nicht einfach, jedoch ist eine solche auch nicht unzumutbar. Letztlich stünde die Rekurrentin in Spanien auch nicht anders da als die meisten ihrer Landsleute, die an den gleichen Beschwerden leiden und dennoch kein Anwesenheitsrecht in der Schweiz verlangen können. Zudem verfügt die Rekurrentin über eine exportierbare schweizerische Invalidenrente, womit sie in Spanien möglicherweise bessergestellt ist als andere Pflegebedürftige dort (vgl. Verfügung des Migrationsamtes vom 7. November 2019 Ziff. 4.2). Vor diesem Hintergrund bestand auch kein «arguable claim» bezüglich einer Verletzung von Art. 3 EMRK, welche aufgrund des prozessualen Gehalts dieser Bestimmung weitergehende Abklärungen der medizinischen Betreuungsmöglichkeiten in Spanien durch die Vorinstanz erforderlich gemacht hätte. Vielmehr durfte die Vorinstanz, wie sie mit ihrer Vernehmlassung geltend macht, von einer Rückkehr in ein sogenanntes «Erste Welt Land» Europas mit einem hohen Lebensstandard und genügender Gesundheitsversorgung ausgehen.

6.4 Ist aber eine Rückkehr nach Spanien aufgrund der dortigen Pflegemöglichkeiten nicht unzumutbar, so ist zu prüfen, ob eine solche aufgrund der hiesigen Pflegesituation unter Einzug von Familienmitgliedern vor dem Hintergrund ihres Anspruchs auf Familienleben ausscheiden muss. Zu prüfen ist dabei auch, ob zwischen der Rekurrentin und ihren hier lebenden Angehörigen, welche über eine gefestigte Anwesenheitsberechtigung verfügen, ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis besteht.

Wie der Verfügung der IV-Stelle vom 9. März 2020 betreffend Zusprache einer Hilflosenentschädigung (IV-Akten, S. 78 f.) entnommen werden kann, ist die Rekurrentin seit Juni 2017 auf lebenspraktische Begleitung weit über zwei Stunden pro Woche angewiesen, weshalb ihr ab der Einreise in die Schweiz eine Hilflosenentschädigung leichten Grades zugesprochen worden ist. Offensichtlich ist die Möglichkeit oder der Wille der in der Schweiz lebenden Angehörigen der Rekurrenten, die Rekurrentin im Sinne eines echten Abhängigkeitsverhältnisses mit hoher affektiver Bindung zu betreuen, begrenzt. Nur so kann erklärt werden, dass die Erwachsenenschutzbehörde mit Entscheid vom 16. Juli 2020 für die Rekurrentin eine Beistandschaft hat errichten müssen, welche die Rekurrentin im Rahmen einer Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung in allen Lebensbereichen von der Wohnsituation über ihre gesundheitliche Versorgung und ihrem sozialen Umfeld bis hin zu ihren finanziellen und administrativen Belangen zu betreuen hat (IV-Akten, S. 36). Die eingesetzte Beiständin gab denn auch mit Schreiben vom 2. Dezember 2020 im vorinstanzlichen Verfahren an, dass die «sehr hilfsbedürftige» Rekurrentin aufgrund ihrer entzündlichen Erkrankungen mit schweren Einschränkungen ihres Bewegungsapparats auf vielfältige Unterstützung im Alltag angewiesen sei. Sie benötige tägliche Spitexhilfe, werde von [] unterstützt, durch sie begleitet und wo nötig vertreten. Hinweise auf Unterstützungs- und Betreuungsleistungen der hier lebenden Angehörigen werden von der Beiständin nicht genannt, obwohl sie sich andererseits eingehend zu dem nach Angaben der Rekurrentin fehlenden familiären Helfernetz in Spanien äusserte. Dem Abklärungsbericht der IV-Stelle zur Hilfslosigkeit der Rekurrentin vom 13. November 2019 (IV-Akten, S. 131 ff.) kann zudem entnommen werden, dass die Rekurrentin allein lebt. Sie bedürfe bei der Kleidung, beim Aufstehen und Abliegen, beim Essen, bei der Körperpflege, mit Ausnahme des Kämmens, oder bei der Verrichtung der Notdurft keiner Hilfe. Sie könne sich sowohl zu Hause wie auch im Freien und mit dem Tram selbständig bewegen. Hilfe erhalte die Rekurrentin in der Schweiz beim Duschen und Haarewaschen von ihrer Schwester, während dies in Spanien ihre Tochter übernommen habe. Ihr Sohn koche für sie einmal pro Woche grosse Mengen auf Vorrat und kaufe für sie ein, da sie nur kleine und leichte Einkäufe in ihrem Rucksack transportieren könne. Dieser verrichte auch administrative Belange. Solche werden nun aber offensichtlich von der Beiständin gemäss ihrem Auftrag im Entscheid der Erwachsenenschutzbehörde vom 16. Juli 2020 erledigt. Daraus folgt insgesamt, dass kein den Schutzbereich von Art. 8 EMRK öffnendes Abhängigkeitsverhältnis der Rekurrentin zu ihrer Schwester und ihrem Sohn, welche beide hier leben, besteht.

E. 7

7.1 Insgesamt besteht daher ein privates Interesse der Rekurrentin am Erhalt ihres in der Schweiz etablierten Helfersystems und am weiteren Kontakt mit ihrem Sohn und ihrer Schwester. Aufgrund ihrer körperlichen Einschränkungen ist eine Rückkehr nach Spanien und die dortige Reintegration nach drei Jahren Aufenthalt in der Schweiz mit Schwierigkeiten verbunden. Dass sie dabei aber auf keinerlei Hilfe ihrer dort lebenden

Tochter zählen könnte, ist nicht belegt. Auch wenn diese sie aufgrund ihres Studiums nicht betreuen kann, ist nicht ersichtlich, warum sie von ihr keine Hilfe bei der erneuten Etablierung eines Helfernetzes in Spanien soll erhalten können. Zu beachten ist weiter, dass ihr aktueller, seit August 2018 währender Aufenthalt in der Schweiz nach ihrer zuvor erfolgten Rückkehr in ihre Heimat kurz dauert, auch wenn ihr früherer hiesiger Aufenthalt bei der Interessenabwägung nicht ausser Acht gelassen werden darf.

7.2 Diesem Interesse der Rekurrentin steht neben dem öffentlichen Interesse an der Durchsetzung einer restriktiven Einwanderungspolitik (BGE 135 I 153 E. 2.2.1 S. 156) das öffentliche Interesse an der Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung aufgrund ihrer Abhängigkeit vom Bezug von Ergänzungsleistungen gegenüber (BGer 2C_163/2020 vom 14. Mai 2020 E. 5.4). Ergänzungsleistungen stellen keine Sozialhilfe dar, deren Bezug nach Art. 62 Abs. 1 lit. e AIG einen Grund zum Widerruf der Aufenthaltsbewilligung bildet (BGer 2C_13/2019 vom 31. Oktober 2019 E. 3.1.1). Vorliegend geht es aber auch nicht um den Widerruf einer bestehenden Aufenthaltsbewilligung, sondern um die Begründung des Aufenthalts in der Schweiz. Ein entsprechender Anspruch besteht nach der dargestellten Rechtslage im Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens nur, wenn eine Person keine Ergänzungsleistungen bezieht. Im Übrigen besteht landesrechtlich gar kein Anspruch auf Einreise als nichterwerbstätige Person. Eine solche setzt ebenfalls die Verfügung über die notwendigen Mittel voraus (vgl. Art. 28 lit. c AIG). Es besteht daher auch beim Bezug von Ergänzungsleistungen ein öffentliches Interesse an der Vermeidung der Belastung der öffentlichen Hand (BGer 2C_297/2020 vom 18. Februar 2021 E. 6.1, 2C_83/2018 vom 1. Februar 2019 E. 4.2.4). Dieses Interesse wiegt aufgrund des Umfangs der monatlichen Ergänzungsleistungen und Beihilfen von CHF 2'496.■ und des Alters der heute 56-jährigen Rekurrentin nicht gering.

8. Insgesamt steht der Rekurrentin somit kein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zu. Die Wegweisung erscheint nach dem Gesagten auch in Anwendung von Art. 96 Abs. 1 AuG verhältnismässig und liegt unter den gegebenen Umständen im öffentlichen Interesse und ist zumutbar. Daraus folgt die Abweisung des Rekurses in der Sache.

E. 9

9.1 Mit ihrem Rekurs rügt die Rekurrentin aber auch den vorinstanzlichen Kostenentscheid, mit welchem ihr Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege im verwaltungsinternen Rekursverfahren abgewiesen worden ist und ihr die Kosten des Verfahrens mit einer reduzierten Spruchgebühr von CHF 400.■ auferlegt worden sind. Zur Begründung ihres Kostenentscheids hat die Vorinstanz die prozessuale Bedürftigkeit der Rekurrentin zwar anerkannt, ihren Rekurs aber als aussichtslos bezeichnet. Sie verfüge offensichtlich nicht über ausreichende Mittel zum Aufenthalt in der Schweiz, beziehe sich zur Begründung eines Aufenthaltsanspruchs auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) zu einer für die Schweiz nicht verbindlichen Richtlinie der EU und leite ihn auch sonst aus rechtlichen Argumentation ab, welche jeder Grundlage entbehren.

9.2 Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege wird in erster Linie durch das kantonale Prozessrecht geregelt. Daneben besteht er auch unmittelbar aufgrund von Art. 29 Abs. 3 BV. Das basel-städtische Verwaltungsrecht enthält in § 11 des Gesetzes über die Verwaltungsgebühren (VGG, SG 153.800) und in §§ 15 ff. der Verordnung zum Gesetz

über die Verwaltungsgebühren (VGV, SG 153.810) Bestimmungen zur unentgeltlichen Rechtspflege. Diese Regelungen gehen indessen nicht über die verfassungsrechtliche Minimalgarantie von Art. 29 Abs. 3 BV hinaus (VGE 642/2003 vom 4. August 2003 E. 3a [publiziert in: BJM 2005 S. 100 ff.]). Aus diesem Grund kann ohne weiteres auf die verfassungsrechtlichen Minimalansprüche abgestellt werden (VGE VD.2020.144 vom 5. Januar 2021 E. 4.1, VD.2019.26 vom 6. Mai 2019 E. 2.1.2, VD.2017.191 vom 23. September 2017 E. 2.2; Schwank, Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 435 ff., 472).

Gemäss Art. 29 Abs. 3 BV hat die bedürftige Partei in einem für sie nicht aussichtslosen Verfahren Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand. Als aussichtslos sind Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde (BGE 139 III 396 E. 1.2 S. 397, 138 III 217 E. 2.2.4 S. 218 und 133 III 614 E. 5 S. 616; VGE VD.2016.237 vom 22. Februar 2017 E. 2.1.2 und VD.2015.136 vom 22. Oktober 2015 E. 3.2). Für die Beurteilung der Erfolgsaussichten im Rechtsmittelverfahren ist unter anderem die Ausgangslage im Einzelfall zu berücksichtigen, namentlich hinsichtlich der vorhandenen Akten, der Argumentation in der Rechtsmittelschrift, der angefochtenen Verfügung und soweit bereits vorhanden in der Rechtsmittelantwort. Die Erfolgsaussichten sind insbesondere dann zu bejahen, wenn die gesuchstellende Person ihre Behauptungen mit plausibel erscheinenden Beweisofferten untermauert. In Bezug auf sich stellende komplexe Rechtsfragen ist die Nichtaussichtslosigkeit etwa dann anzunehmen, wenn diese unbeantwortet, offen oder umstritten sind und der entscheidenden Instanz ein Ermessensspielraum zusteht (BGE 124 I 304 E. 4 S. 308 f.; VGE VD.2020.141 vom 4. Januar 2021 E. 5.2, VD.2019.213 vom 22. Januar 2020 E. 2.2.3 und VD.2018.126 vom 14. April 2019 E. 2.1.3.1; Kayser/Altmann, in: Auer et al. [Hrsg.], VwVG Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2019, Art. 65 N 35).

9.3 Auch wenn der Vorinstanz im Ergebnis in der Sache zu folgen ist, so kann der Rekurs aufgrund der gesamten Umstände des Einzelfalls und der Bedeutung der Sache für die Rekurrentin nach dem Gesagten nicht als aussichtslos bezeichnet werden. Daraus folgt, dass der Rekurrentin auch im vorinstanzlichen Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen ist. Die Rekurrentin liess für das verwaltungsinterne Rekursverfahren eine Honorarnote ihres Vertreters (act. 10) einreichen, mit welcher sie einen Aufwand von 12.08 Stunden à CHF 200.■ sowie Auslagen im Betrag von CHF 95.■ und mithin ein Honorar von CHF 2'511.■, inklusive Auslagen und zuzüglich Mehrwertsteuer von CHF 193.35 geltend machte. Dieses Honorar übersteigt den Rahmen von § 13 Abs. 1 in Verbindung mit § 11 lit. a VGV, gemäss dem «in besonderen Fällen» eine Parteientschädigung bis CHF 1'750.■ ausgerichtet werden kann. Auf diesen Betrag ist auch das Honorar des unentgeltlichen Vertreters der Rekurrentin festzusetzen.

10. Aufgrund dieses Ausgangs des Verfahrens, bei welchem die Rekurrentin nur bezüglich des Kostenentscheids im vorinstanzlichen Verfahren obsiegt, hat sie die Kosten des vorliegenden Verfahrens zu tragen. Die Gebühr von CHF 1'200.■ geht aber aufgrund der

Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu Lasten der Gerichtskasse. Zudem ist dem unentgeltlichen Vertreter der Rekurrentin ein Honorar aus der Gerichtskasse auszurichten. Mit seiner Honorarnote (act. 9) stellt er für das verwaltungsgerichtliche Verfahren einen Aufwand von 18.83 Stunden à CHF 250.■ sowie Auslagen im Betrag von CHF 70.35 und mithin ein Honorar von CHF 4'778.70, inklusive Auslagen und zuzüglich Mehrwertsteuer von CHF 367.95, in Rechnung. Dabei macht er einen Aufwand bis zur Ausfertigung der Rekursbegründung von 15 Stunden und 20 Minuten geltend. Vergleicht man die Rekursbegründung im vorinstanzlichen Verfahren mit jener im verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahren, so fällt deren in vielen Teilen weitgehende Identität auf (vgl. Ziff. II A 6-11 sowie Ziff. II B 1, 5, 10, 11-15, 17 f.). In weiteren Teilen wird die bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgetragene rechtliche Argumentation erneut aufgenommen und teilweise weitergeführt (vgl. Ziff. II B 16 ff.). Vor diesem Hintergrund lässt sich der vom spezialisierten Vertreter geltend gemachte Aufwand nicht nachvollziehen. Insgesamt erscheint mit den weiteren, geltend gemachten Bemühungen daher ein Aufwand von insgesamt 12 Stunden angemessen. Mit den geltend gemachten Auslagen und unter Berücksichtigung des massgeblichen Stundenansatzes von CHF 200.■ ist dem Vertreter daher ein Honorar von CHF 2'400.■, zuzüglich Auslagen von CHF 70.35 und 7,7 % Mehrwertsteuer von CHF 190.20, aus der Gerichtskasse zuzusprechen.

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