



**2C\_121/2022**

**Urteil vom 24. November 2022**

**II. öffentlich-rechtliche Abteilung**

**Besetzung**

Bundesrichterin Aubry Girardin, Präsidentin,  
Bundesrichter Donzallaz,  
Bundesrichterin Hänni,  
Bundesrichter Beusch,  
Bundesrichterin Ryter,  
Gerichtsschreiber Seiler.

**Verfahrensbeteiligte**

A.\_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführerin,  
vertreten durch Advokat Guido Ehrler,

gegen

Migrationsamt des Kantons Basel-Stadt, Spiegelgasse 12, 4051 Basel,  
Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Basel-Stadt, Spiegelgasse 6, 4001 Basel.

**Gegenstand**

Nichtverlängerung der Kurzaufenthaltsbewilligung, Nichterteilen einer Aufenthaltsbewilligung und  
Wegweisung,

Beschwerde gegen das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgericht,  
Dreiergericht, vom 2. Dezember 2021 (VD.2021.97).

**Sachverhalt:**

**A.**

A.\_\_\_\_\_, geb. 1965, ist spanische Staatsangehörige. Sie hielt sich im Rahmen eines Familiennachzugs von Dezember 1991 bis Mai 2008 in der Schweiz auf. Am 14. Februar 2009 reiste sie erneut in die Schweiz ein und erhielt eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA zur Erwerbstätigkeit aufgrund ihres Arbeitsverhältnisses mit der Firma B.\_\_\_\_\_ AG. Nach Beendigung dieses Arbeitsverhältnisses wurde ihr mit Verfügung vom 18. Juni 2015 durch das Migrationsamt des Kantons Basel-Stadt die Aufenthaltsbewilligung nicht verlängert und sie wurde aus der Schweiz weggewiesen. Diese Verfügung erwuchs in Rechtskraft und A.\_\_\_\_\_ verliess die Schweiz am 15. November 2015.

Am 2. August 2018 reiste A.\_\_\_\_\_ erneut in die Schweiz ein und erhielt eine Kurzaufenthaltsbewilligung EU/EFTA zur Stellensuche mit Gültigkeit bis zum 2. Februar 2019.

**B.**

In der Folge beantragte A.\_\_\_\_\_ am 9. Dezember 2018 die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA für Personen ohne Erwerbstätigkeit in der Schweiz. Das Migrationsamt des Kantons Basel-Stadt verweigerte mit Verfügung vom 7. November 2019 die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA für Personen ohne Erwerbstätigkeit sowie die Verlängerung der Kurzaufenthaltsbewilligung EU/EFTA und wies A.\_\_\_\_\_ aus der Schweiz weg. Der hiergegen erhobene Rekurs blieb ohne Erfolg (Rekursentscheid des

Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Basel-Stadt vom 27. Januar 2021). Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt hiess eine hiergegen erhobene Beschwerde teilweise gut, hob den Rekursentscheid im Kostenpunkt auf und gewährte A. \_\_\_\_\_ für das verwaltungsinterne Rekursverfahren die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung. Im Übrigen wies es die Beschwerde ab, wobei es der Beschwerdeführerin auch für das gerichtliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung gewährte (Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgericht vom 2. Dezember 2021).

### C.

A. \_\_\_\_\_ beantragt vor Bundesgericht mittels Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und - falls auf erstere nicht eingetreten werde - subsidiärer Verfassungsbeschwerde, das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 2. Dezember 2021 sei aufzuheben und das Migrationsamt des Kantons Basel-Stadt sei anzuweisen, ihr die Aufenthaltsbewilligung zu verlängern oder eine solche zu erteilen. Sodann beantragt sie unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung durch den Advokaten Guido Ehrler im bundesgerichtlichen Verfahren.

Das Gesuch um aufschiebende Wirkung, welches zeitgleich mit der Beschwerde einging, wurde am 2. Februar 2022 mittels Präsidialverfügung genehmigt.

Das Appellationsgericht und das Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Basel-Stadt schliessen mit Verweis auf das vorinstanzliche Urteil auf Abweisung der Beschwerde. Das Migrationsamt des Kantons Basel-Stadt sowie das Staatssekretariat für Migration lassen sich nicht vernehmen.

### Erwägungen:

#### 1.

**1.1.** Die fristgerecht (Art. 100 Abs. 1 BGG) eingereichte Eingabe betrifft eine Angelegenheit des öffentlichen Rechts (Art. 82 lit. a BGG) und richtet sich gegen das kantonal letztinstanzliche (Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG), verfahrensabschliessende (Art. 90 BGG) Urteil eines oberen Gerichts (Art. 86 Abs. 2 BGG). Die Beschwerdeführerin ist zur Beschwerde legitimiert (Art. 89 Abs. 1 BGG). Das Rechtsmittel ist als Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig, da sich die Beschwerdeführerin in vertretbarer Weise auf verschiedene im Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA; SR 0.142.112.681) geregelte Bewilligungsansprüche beruft (Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG e contrario). Ob die Voraussetzungen des Bewilligungsanspruchs vorliegen, ist nicht Gegenstand der Eintretensfrage, sondern der materiellen Beurteilung (vgl. **BGE 139 I 330** E. 1.1; **136 II 177** E. 1.1).

**1.2.** Da auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingetreten wird, ist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde unzulässig (Art. 113 BGG), zumal die unter dem Titel der subsidiären Verfassungsbeschwerde gerügten Rechtsverletzungen (Verletzung von Art. 8 und Art. 14 EMRK, Art. 8 Abs. 2 BV sowie von Art. 5 Abs. 2 Übereinkommen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen [UNO-Behindertenrechtskonvention, BRK; SR 0.109]) hier auch im Rahmen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geprüft werden können, sofern die Begründung den Anforderungen von Art. 106 Abs. 2 BGG entspricht (vgl. unten E. 2.2).

#### 2.

**2.1.** Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Eine Berichtigung oder Ergänzung der vorinstanzlichen Feststellungen ist von Amtes wegen (Art. 105 Abs. 2 BGG) oder auf Rüge hin (Art. 97 Abs. 1 BGG) möglich. Von den tatsächlichen Grundlagen des vorinstanzlichen Urteils weicht das Bundesgericht jedoch nur ab, wenn diese offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen und die Behebung des Mangels für den Verfahrensausgang zudem entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG; **BGE 142 I 135** E. 1.6). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet "willkürlich" (**BGE 140 III 115** E. 2). Eine entsprechende Rüge ist hinreichend zu substantzieren (Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. **BGE 147 I 73** E. 2.2).

**2.2.** Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es prüft jedoch unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) nur die geltend gemachten Rechtsverletzungen, sofern rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (**BGE 142 I 135** E. 1.5). In Bezug auf die Verletzung von Grundrechten gilt eine qualifizierte Rüge- und Substantzierungspflicht (Art. 106 Abs. 2 BGG; **BGE 147 I 73** E. 2.1).

#### 3.

Die Parteien sind sich einig, dass sich die Beschwerdeführerin infolge dauernder Arbeitsunfähigkeit nicht mehr auf einen Aufenthaltsanspruch als unselbständig erwerbstätige Arbeitnehmerin nach Art. 6 Abs. 1

Anhang I FZA berufen kann. Streitig ist vor Bundesgericht, ob der Beschwerdeführerin nach Beendigung ihrer Erwerbstätigkeit ein Verbleiberecht gemäss Art. 4 Abs. 1 Anhang I FZA zukommt. Die Beschwerdeführerin rügt in diesem Zusammenhang auch eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung sowie eine Verletzung des rechtlichen Gehörs.

**3.1.** Die Frage des Verbleiberechts war bereits Gegenstand der Verfügung des Migrationsamts vom 18. Juni 2015. Das Migrationsamt kam damals zum Schluss, dass eine 100-prozentige Arbeitsunfähigkeit erst ab dem 18. September 2012, und damit erst drei Jahre nach dem Ende der letzten Erwerbstätigkeit, mit einem Arztzeugnis belegt sei (Art. 105 Abs. 2 BGG).

**3.2.** Wenn ein Gesuch rechtskräftig abgewiesen wird, ist eine Verwaltungsbehörde nach der Rechtsprechung von Verfassungs (Art. 29 BV) wegen nur dann verpflichtet, auf ein neues Gesuch in derselben Sache einzutreten, wenn die Umstände sich seit dem ersten Entscheid wesentlich geändert haben oder wenn ein Revisionsgrund vorliegt, d.h. der Gesuchsteller erhebliche Tatsachen und Beweismittel namhaft macht, die ihm im früheren Verfahren nicht bekannt waren oder die schon damals geltend zu machen für ihn rechtlich oder tatsächlich unmöglich war oder keine Veranlassung bestand (**BGE 146 I 185** E. 4.1; **136 II 177** E. 2.2.1; Urteil 2C\_89/2022 vom 3. Mai 2022 E. 4.2 mit Hinweisen).

**3.3.** Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, dass sich die Verhältnisse seit der rechtskräftigen Verfügung des Migrationsamts mit Blick auf das Verbleiberecht nach Art. 4 Abs. 1 Anhang I FZA in relevanter Weise verändert hätten. Ein solches Vorbringen wäre ohnehin nicht zielführend, da die durch Art. 4 Abs. 1 Anhang I FZA garantierten Verbleiberechte nur durch Aufenthaltsunterbrechungen unberührt bleiben, die sechs aufeinanderfolgende Monate nicht überschreiten (Art. 4 Abs. 2 Anhang I FZA i.V.m. Art. 6 Abs. 2 der Verordnung [EWG] Nr. 1251/70 der Kommission vom 29. Juni 1970 über das Recht der Arbeitnehmer, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zu verbleiben, ABl. Nr. L 142 vom 30. Juni 1970; vgl. Urteil 2C\_471/2012 vom 18. Januar 2013 E. 4.4; implizit auch **BGE 140 II 460** E. 3.1).

**3.4.** Die Beschwerdeführerin ist jedoch der Ansicht, dass das Migrationsamt die Verfügung der IV-Stelle vom 30. Oktober 2015 hätte abwarten müssen. Damit macht sie sinngemäss geltend, diese Verfügung stelle einen Revisionsgrund dar. Gemäss den Feststellungen der Vorinstanz, die für das Bundesgericht verbindlich sind (Art. 105 Abs. 1 BGG), zumal sie entgegen der Beschwerdeführerin nicht als offensichtlich unrichtig erscheinen (Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG; vgl. oben E. 2.1), kann der IV-Akte nicht entnommen werden, dass die Arbeitsunfähigkeit bereits eingetreten war, als die Beschwerdeführerin den Arbeitnehmerstatus noch nicht verloren hatte. Im Gegenteil hat die IV-Stelle in ihrer Verfügung festgestellt, dass die Beschwerdeführerin (erst) seit Oktober 2010 ununterbrochen und in erheblichem Ausmass arbeitsunfähig geworden sei.

**3.5.** Ohne Belang ist im vorliegenden Kontext weiter, dass das Migrationsamt die Verfügung der IV-Stelle nicht abgewartet hatte, bevor es am 18. Juni 2015 über den Aufenthalt der Beschwerdeführerin entschied. Denn die Beschwerdeführerin hätte bereits mit ordentlichem Rechtsmittel verlangen können, dass das Ergebnis des IV-Verfahrens abgewartet werde.

**3.6.** Da offenkundig kein Revisionsgrund vorlag, hätten die kantonalen Instanzen das Gesuch der Beschwerdeführerin in Bezug auf das freizügigkeitsrechtliche Verbleiberecht gar nicht erst prüfen müssen. Dementsprechend lässt sich der Vorinstanz auch keine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) vorwerfen, weil sie angesichts der rechtskräftigen Verfügung des Migrationsamts vom 18. Juni 2015 und der seither nicht entscheidwesentlich veränderten Verhältnisse letztlich offengelassen hat, ob die Beschwerdeführerin sich überhaupt aufgrund eines im Jahr 2009 eingetretenen Sachverhalts auf ein Verbleiberecht in der Schweiz berufen könne.

#### **4.**

Die Beschwerdeführerin macht weiter einen Anspruch auf Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit nach Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA geltend.

**4.1.** Gemäss Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA hat eine Person, welche die Staatsangehörigkeit einer Vertragspartei des FZA besitzt und keine Erwerbstätigkeit im Aufenthaltsstaat ausübt, ein Anwesenheitsrecht unter der Voraussetzung, dass sie über ausreichende finanzielle Mittel verfügt, so dass sie nicht auf Sozialhilfe angewiesen und sie überdies krankenversichert ist. Ob die Person die erforderlichen finanziellen Mittel selbst verdient oder sie ihr von einem Dritten verschafft werden, spielt keine Rolle (**BGE 144 II 113** E. 4.1 und 4.3; **142 II 35** E. 5.1). Nicht als eigene Mittel gelten jedoch praxisgemäss allfällige Ergänzungsleistungen nach dem Bundesgesetz vom 6. Oktober 2006 über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG; SR 831.30), falls sie bei einer Erteilung bzw. Aufrechterhaltung des freizügigkeitsrechtlichen Anwesenheitsrechts für Nichterwerbstätige tatsächlich in Anspruch genommen werden (vgl. - auch zur Bedeutung von Art. 16 Abs. 2 der Verordnung vom 22. Mai 2002 über den freien Personenverkehr zwischen der Schweiz und der Europäischen Union und deren Mitgliedstaaten, zwischen der Schweiz und dem Vereinigten Königreich sowie unter den Mitgliedstaaten der

Europäischen Freihandelsassoziation [VFP; SR 142.203] - **BGE 135 II 265** E. 3.6; Urteile 2C\_914/2020 vom 11. März 2021 E. 5.10; 2C\_987/2019 vom 8. Juli 2020 E. 5.2.3; 2C\_243/2015 vom 2. November 2015 E. 3.4.2). Eine ausländische Person, die Ergänzungsleistungen oder Sozialhilfe bezieht, um ihre Lebenshaltungskosten zu decken, erhält Leistungen aus der sozialen Sicherheit. Aus dieser Optik ist es folgerichtig, Ergänzungsleistungen im Rahmen von Art. 24 Abs. 1 lit. a Anhang I FZA der Sozialhilfe gleichzustellen (Urteil 2C\_987/2019 vom 8. Juli 2020 E. 5.2.3).

**4.2.** Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin nicht über ausreichende eigene Mittel (einschliesslich Mittel von Drittpersonen) verfügt und sie auf Ergänzungsleistungen angewiesen ist, um sich selbst zu unterhalten, und sie deshalb die Voraussetzungen für einen Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit nach Art. 24 Anhang I FZA nicht erfüllt. Sie ist jedoch der Ansicht, dass es sie als behinderte Person diskriminiere und Art. 8 Abs. 2 BV, Art. 14 EMRK und Art. 5 BRK verletze, wenn der Aufenthalt in der Schweiz davon abhängig gemacht werde, dass sie keine Ergänzungsleistungen beziehe.

## 5.

**5.1.** Gemäss dem in Art. 8 Abs. 2 BV verankerten Diskriminierungsverbot darf niemand diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung. Das Diskriminierungsverbot schliesst die Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal jedoch nicht absolut aus. Eine solche begründet vielmehr den Verdacht einer unzulässigen Differenzierung, der durch eine qualifizierte Rechtfertigung umgestossen werden kann (**BGE 147 I 1** E. 5.2; **138 I 217** E. 3.3.3; **136 I 297** E. 7.1 mit Hinweisen). Die Hürde für die Rechtfertigung einer unter Art. 8 Abs. 2 BV fallenden Unterscheidung liegt dabei je nach dem verwendeten verpönten Merkmal höher oder tiefer, jedenfalls aber höher als bei einer einfachen Ungleichbehandlung nach Art. 8 Abs. 1 BV (**BGE 147 I 1** E. 5.2; **138 I 217** E. 3.3.5 mit Hinweis). Art. 8 Abs. 2 BV verbietet nicht nur die direkt an das Merkmal der Behinderung anknüpfende Ungleichbehandlung (sog. direkte Diskriminierung); verboten ist vielmehr auch die indirekte Diskriminierung. Eine indirekte Diskriminierung liegt vor, wenn eine Regelung, die an sich neutral formuliert ist, in ihren tatsächlichen Auswirkungen Angehörige einer spezifisch gegen Diskriminierung geschützten Personengruppe benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründet wäre (**BGE 141 I 241** E. 4.3.2; **135 I 49** E. 4.1; Urteil 2C\_26/2019 vom 22. Dezember 2021 E. 10.3.1 mit Hinweisen). Um in den Anwendungsbereich von Art. 8 Abs. 2 BV zu fallen, muss eine solche Benachteiligung jedoch signifikante Bedeutung erreichen, zumal das Verbot der indirekten Diskriminierung nur dazu dienen kann, die offenkundigsten negativen Auswirkungen einer staatlichen Regelung zu korrigieren (**BGE 142 V 316** E. 6.1.2; **138 I 265** E. 4.2.2; **138 I 205** E. 5.5; Urteil 2C\_26/2019 vom 22. Dezember 2021 E. 10.3.1 mit Hinweisen).

**5.2.** Art. 14 EMRK garantiert den Genuss der in der Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status. Das konventionsrechtliche Diskriminierungsverbot wirkt nicht absolut, sondern nur akzessorisch; es setzt voraus, dass der Anwendungsbereich eines der Artikel der Konvention oder ihrer Zusatzprotokolle eröffnet ist (**BGE 143 I 1** E. 5.5; Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte [EGMR] *Fábián gegen Ungarn* vom 5. September 2017, § 112). Zudem ist nicht jede Ungleichbehandlung unzulässig; von einer konventionswidrigen Diskriminierung ist vielmehr nur auszugehen, wenn andere Personen oder Personengruppen, die sich in einer vergleichbaren Situation befinden, besser behandelt werden, die Unterscheidung auf einem verpönten Merkmal beruht und sie nicht durch objektive und vernünftige Gründe gerechtfertigt ist, das heisst, sie kein legitimes Ziel verfolgt oder kein vernünftiges Verhältnis zwischen dem eingesetzten Mittel und dem angestrebten Ziel besteht (Urteile des EGMR *Ryser gegen Schweiz* vom 12. Januar 2021 § 46 f.; *Belli und Arquier-Martinez gegen Schweiz* vom 11. Dezember 2018 § 89 f.; *Fábián gegen Ungarn*, § 113 mit Hinweisen).

**5.3.** Gemäss Art. 5 Abs. 1 BRK anerkennt die Schweiz als Vertragsstaat der UNO-Behindertenrechtskonvention, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind, vom Gesetz gleich zu behandeln sind und ohne Diskriminierung Anspruch auf gleichen Schutz durch das Gesetz und gleiche Vorteile durch das Gesetz haben. Weiter hat sich die Schweiz gemäss Art. 5 Abs. 2 BRK verpflichtet, jede Diskriminierung aufgrund von Behinderung zu verbieten und Menschen mit Behinderungen gleichen und wirksamen rechtlichen Schutz vor Diskriminierung zu garantieren, gleichviel aus welchen Gründen. Diskriminierung aufgrund von Behinderung bedeutet nach Art. 2 BRK jede Unterscheidung, Ausschliessung oder Beschränkung aufgrund von Behinderung, die zum Ziel oder zur Folge hat, dass das auf die Gleichberechtigung mit anderen gegründete Anerkennen, Geniessen oder Ausüben aller Menschenrechte und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen, bürgerlichen oder jedem anderen Bereich beeinträchtigt oder vereitelt wird. Sie umfasst alle Formen der Diskriminierung, einschliesslich der Versagung angemessener Vorkehrungen. Nach Art. 18 BRK anerkennen die Vertragsstaaten ausserdem das gleiche Recht von Menschen mit Behinderungen auf Freizügigkeit, auf freie Wahl ihres Aufenthaltsorts und auf eine Staatsangehörigkeit.

**5.4.** Die Rechtsprechung hat den Diskriminierungsverboten der UNO-Behindertenrechtskonvention in einigen Urteilen direkte Anwendbarkeit zugesprochen (vgl. **BGE 145 I 142** E. 5.1 [Art. 24 Abs. 1 BRK]; Urteile 8C\_633/2021 vom 14. April 2022 E. 4.2 und 6.2.2; 8C\_390/2019 vom 20. September 2019 E. 6.3.2 [Art. 5 BRK]; Frage offen gelassen in den Urteilen 1C\_184/2018 vom 26. Juli 2018 E. 3.3; 5A\_228/2018 vom 30. April 2018 E. 4.2.3; 2C\_875/2016 vom 10. Oktober 2016 E. 3.4.2, in: ZBI 118/2017 S. 605). Ausserdem hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Tragweite dieser Bestimmungen nicht über Art. 8 Abs. 2 BV hinausgeht (Urteile 2C\_26/2019 vom 22. Dezember 2021 E. 10.4; 8C\_390/2019 vom 20. September 2019 E. 6.3.2; vgl. zur analogen Rechtslage in Deutschland Urteile des Bundessozialgerichts B 9 SB 1/18 R vom 24. Oktober 2019 Randnr. 26; B 1 KR 10/11 R vom 6. März 2012 Randnr. 29, in: BSGE 110, 194). Vorliegend verhält es sich nicht anders. Selbst bei unmittelbarer Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 2 BRK bedeutet eine Ungleichbehandlung von Menschen mit Behinderungen auch nach dieser Bestimmung dann keine unzulässige Diskriminierung, wenn dafür eine den Anforderungen von Art. 8 Abs. 2 BV und gegebenenfalls Art. 14 EMRK genügende, qualifizierte Rechtfertigung besteht (vgl. ähnlich Urteil des französischen Conseil d'État No. 383333 vom 20. Juni 2016 E. 11; ADRIANO PREVITALI, Chapitre 7: La Convention relative aux droits des personnes handicapées, in: Hertig Randall/Hottelier [Hrsg.], Introduction aux droits de l'homme, Genf/Zürich/Basel 2014, S. 370; ROBERT UERPMANN-WITZACK, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis des Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Archiv des Völkerrechts 54/2016 S. 181, S. 194 f.; wohl a.M. Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General comment No. 6 [2018] on equality and non-discrimination, 26. April 2018, Rz. 18 (a)).

Art. 24 Abs. 1 lit. a Anhang I FZA knüpft an die wirtschaftliche Selbsterhaltungsfähigkeit an und betrifft alle Personen, die ihren Lebensunterhalt nicht selbst bestreiten können, also im weiteren Sinne fürsorgeabhängig sind. Wenn Ergänzungsleistungen gleich wie die Sozialhilfe im engeren Sinn im Rahmen von Art. 24 Abs. 1 lit. a Anhang I FZA nicht zu den eigenen Mitteln der ausländischen Person gezählt werden und der Bezug solcher Leistungen ebenfalls zur Verweigerung oder zur Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung führt, liegt darin keine Ungleichbehandlung von Menschen mit Behinderungen. Denn dadurch werden Personen, die aufgrund ihrer Behinderung eine IV-Rente beziehen und zur Finanzierung ihres Lebensunterhalts Ergänzungsleistungen beanspruchen, unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Selbsterhaltungsfähigkeit und der drohenden Belastung der öffentlichen Finanzen des Aufnahmestaates nicht etwa schlechter, sondern gleich behandelt wie mittellose Personen, die keine AHV- oder IV-Rente beziehen und deswegen direkt Leistungen der Sozialhilfe beziehen müssen (vgl. **BGE 135 II 265** E. 3.7; Urteile 2C\_914/2020 vom 11. März 2021 E. 5.10; 2C\_987/2019 vom 8. Juli 2020 E. 5.2.3).

**5.5.** Wenn die Subsumtion von Ergänzungsleistungen unter den Begriff der Sozialhilfe gemäss Art. 24 Abs. 1 lit. a Anhang I FZA keine (direkte) Diskriminierung gemäss Art. 8 Abs. 2 BV bedeutet, bleibt zu prüfen, ob das Kriterium der wirtschaftlichen Selbsterhaltungsfähigkeit gesamthaft betrachtet zu einer (indirekten) Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen führt. Im Leiturteil **BGE 135 I 49** E. 6.1 hat das Bundesgericht dieses Kriterium im Kontext der Einbürgerung als potenziell diskriminierend betrachtet, weil dadurch Personen, die in ihren körperlichen, geistigen oder psychischen Fähigkeiten auf Dauer beeinträchtigt sind und für welche die Beeinträchtigung je nach ihrer Form schwerwiegende Auswirkungen auf elementare Aspekte der Lebensführung hat, wegen eines nicht selbstverschuldeten und nicht aufgebaren Merkmals in spezifischer Art betroffen sind und gegenüber "gesunden" Bewerbern in besonderer Weise benachteiligt und rechtsungleich behandelt werden (**BGE 135 I 49** E. 6.1; vgl. aber auch **BGE 126 II 377** E. 6c). Im vorliegenden Kontext verhält es sich nicht anders (vgl. DAVID HONGLER, Ergänzungsleistungen und der ausländerrechtliche Familiennachzug, Jusletter vom 10. Januar 2022, Rz. 35, der in der Anknüpfung an die wirtschaftliche Selbsterhaltungsfähigkeit sogar eine unmittelbare bzw. direkte Diskriminierung sieht). Falls für die Ungleichbehandlung eine qualifizierte respektive eine objektive und vernünftige Rechtfertigung besteht, wäre die Benachteiligung einer behinderten Person wie der Beschwerdeführerin in Bezug auf den Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit jedoch verfassungs- und völkerrechtlich hinzunehmen (Art. 8 Abs. 2 BV; Art. 14 EMRK; vgl. oben E. 5.1 und 5.2).

**5.5.1.** Gleich wie in **BGE 135 I 49** hat das Gemeinwesen auch im vorliegenden Fall ein legitimes Interesse daran, dass der öffentliche Haushalt nicht zusätzlich belastet wird. Im Unterschied zur Verweigerung der Einbürgerung, die in **BGE 135 I 49** zur Diskussion stand, ist die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung und die Wegweisung der Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall auch tatsächlich geeignet und erforderlich, um dieses Ziel zu erreichen. Denn die Beschwerdeführerin hätte in diesem Fall kein Recht, sich weiterhin in der Schweiz aufzuhalten und hier Ergänzungsleistungen zu beziehen (vgl. Art. 4 Abs. 1 ELG).

**5.5.2.** Zu berücksichtigen ist zugunsten der Beschwerdeführerin immerhin, dass ein Sohn und eine Schwester der Beschwerdeführerin sich in der Schweiz aufhalten und sich gemäss einem Abklärungsbericht der IV-Stelle (vgl. angefochtenes Urteil E. 6.4) an der Pflege der Beschwerdeführerin beteiligen, indem die Schwester der Beschwerdeführerin sie beim Duschen und Haarewaschen unterstütze, während ihr Sohn für sie einmal pro Woche grosse Mengen auf Vorrat koche sowie für sie einkaufe und sich um administrative Belange kümmere. Allerdings ergibt sich aus den für das Bundesgericht grundsätzlich verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz (Art. 105 Abs. 1 BGG) auch, dass eine Tochter der Beschwerdeführerin in Spanien lebt und sie zumindest beim Wiederaufbau eines Helfernetzes in Spanien unterstützen könnte.

Entgegen der Beschwerdeführerin bestehen auch keine ernsthaften Gründe für die Annahme, dass die gesundheitliche Versorgung in Spanien ungenügend und ihr die Rückreise aus diesem Grund unzumutbar sein könnte.

**5.6.** Zusammenfassend bestehen vorliegend qualifizierte respektive objektive und vernünftige Gründe dafür, der Beschwerdeführerin keine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen und sie aus der Schweiz wegzuweisen. Diese Massnahme erscheint als geeignetes und erforderliches Mittel, um das legitime Interesse des Gemeinwesens zu wahren, die Belastung des öffentlichen Haushalts möglichst gering zu halten. Selbst wenn die Beschwerdeführerin dadurch indirekt aufgrund ihrer Behinderung benachteiligt wird, liegt darin also noch keine unzulässige Diskriminierung. Die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung verletzt Art. 8 Abs. 2 BV, Art. 14 EMRK und Art. 5 Abs. 2 BRK, soweit diese Bestimmung überhaupt direkt anwendbar ist, nicht.

## 6.

Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, sie werde als EU-Staatsangehörige im Vergleich zu Drittstaatenangehörigen diskriminiert, da bei diesen der Bezug von Ergänzungsleistungen nicht zur Aufenthaltsbeendigung führe. Dadurch sei das allgemeine Diskriminierungsverbot von Art. 2 FZA verletzt. Dieses Vorbringen ist offensichtlich unbegründet.

**6.1.** Im Unterschied zu Angehörigen von Vertragsstaaten haben Drittstaatenangehörige grundsätzlich weder Anspruch auf die Ausstellung einer Kurzaufenthaltsbewilligung zur Stellensuche noch Anspruch auf eine Bewilligung eines Aufenthalts ohne Erwerbstätigkeit, selbst wenn sie die dafür erforderlichen finanziellen Mittel aufbringen. Wäre die Beschwerdeführerin also nicht Staatsangehörige eines Vertragsstaates, hätte sie von vornherein kaum Aussichten auf die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gehabt. Insofern ist ihre Situation also nicht mit derjenigen einer Drittstaatenangehörigen vergleichbar.

**6.2.** Zu widersprechen ist der Beschwerdeführerin zudem, soweit sie ihre Situation mit einem Widerruf einer bestehenden Aufenthaltsbewilligung vergleicht. Die Beschwerdeführerin verfügt über keine Aufenthaltsbewilligung, die widerrufen oder deren Verlängerung verweigert werden müsste. Die von der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang angerufene sogenannte Unionsbürgerrichtlinie (Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABl. L 158, 30. April 2004, S. 77 [RL 2004/38/EG]) ist, wie die Beschwerdeführerin selbst einräumt, für die Schweiz nicht einschlägig. Die Rechtsprechung des EuGH zu dieser Richtlinie ist für die Auslegung des FZA grundsätzlich nicht anwendbar (**BGE 147 II 1** E. 2.3). Dies gilt insbesondere für die Frage der Schädlichkeit von Sozialhilfeleistungen für das Aufenthaltsrecht ohne Erwerbstätigkeit gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38/EG, zumal diese Bestimmung - mit Ausnahme der deutschen Sprachfassung - weniger streng formuliert ist als Art. 24 Abs. 1 lit. a Anhang I FZA (vgl. dazu das von der Beschwerdeführerin zitierte Urteil des EuGH vom 19. September 2013 C-140/12 *Brey*, ECLI:EU:C:2013:565 Randnr. 72).

## 7.

Die Beschwerdeführerin beruft sich schliesslich auf ihr Recht auf Achtung des Familien- und des Privatlebens (Art. 8 EMRK).

**7.1.** Art. 8 Ziff. 1 EMRK garantiert grundsätzlich keinen Anspruch auf Aufenthalt in einem Konventionsstaat (**BGE 144 II 1** E. 6.1; **137 I 247** E. 4.1.1; Urteil des EGMR *Gezginci Cevdet gegen Schweiz* vom 9. Dezember 2010 § 54). Dennoch kann das in Art. 8 Ziff. 1 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens berührt sein, wenn einer ausländischen Person mit in der Schweiz aufenthaltsberechtigten Familienangehörigen das Zusammenleben verunmöglicht wird (**BGE 144 II 1** E. 6.1; **143 I 21** E. 5.1). Nach der Rechtsprechung bezieht sich der Schutz des Familienlebens nach Art. 8 Ziff. 1 EMRK in erster Linie auf die Kernfamilie (Ehegatten und minderjährige Kinder); andere familiäre Beziehungen, namentlich diejenigen zwischen Eltern und erwachsenen Kindern, stehen nur ausnahmsweise unter dem Schutz von Art. 8 EMRK, nämlich dann, wenn ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis besteht (**BGE 144 II 1** E. 6.1; **137 I 154** E. 3.4.2; Urteil des EGMR *Emonet und andere gegen Schweiz* vom 13. Dezember 2007 § 35).

**7.2.** Ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis kann sich unabhängig vom Alter namentlich aus besonderen Betreuungs- oder Pflegebedürfnissen wie bei körperlichen oder geistigen Behinderungen und schwerwiegenden Krankheiten ergeben (**BGE 120 Ib 257** E. 1e; **115 Ib 1** E. 2d). Nach der bundesgerichtlichen Praxis soll ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen Eltern und ihren erwachsenen Kindern indessen nicht leichthin angenommen werden. Allein das Vorliegen eines Pflege- und Betreuungsbedürfnisses genügt nicht; erforderlich ist zusätzlich, dass die betreffende Pflege- und Betreuungsleistung unabdingbar von (anwesenheitsberechtigten) Angehörigen erbracht werden muss (Urteile 2C\_779/2021 vom 9. Mai 2022 E. 3.2; 2C\_279/2021 vom 16. November 2021 E. 4.2; 2C\_396/2021

vom 27. Mai 2021 E. 3.3; 2C\_757/2019 vom 21. April 2020 E. 2.2.1; 2C\_401/2017 vom 26. März 2018 E. 5.3.1). Besteht kein derartiges Abhängigkeitsverhältnis, ergibt sich kein Bewilligungsanspruch gestützt auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK (Urteile 2C\_779/2021 vom 9. Mai 2022 E. 3.2; 2C\_339/2019 vom 14. November 2019 E. 3.5; 2C\_867/2016 vom 30. März 2017 E. 2.2). Ein über die Kernfamilie hinausgehender Aufenthaltsanspruch nach Art. 8 Ziff. 1 EMRK setzt grundsätzlich voraus, dass die verwandte, ausländische Person von der in der Schweiz fest anwesenheitsberechtigten Person abhängig bzw. pflegebedürftig ist und nicht umgekehrt (**BGE 120 Ib 257** E. 1d; Urteile 2C\_779/2021 vom 9. Mai 2022 E. 3.3; 2C\_269/2018 vom 23. April 2019 E. 4.3; 2C\_301/2016 vom 19. Juli 2017 E. 5.3).

**7.3.** Die Vorinstanz hat für das Bundesgericht verbindlich (Art. 105 Abs. 1 BGG) festgestellt, dass die Beschwerdeführerin auf vielfältige Unterstützung im Alltag angewiesen ist. Zu ihrer Unterstützung sei eine Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung errichtet worden, wobei die eingesetzte Beiständin die Beschwerdeführerin "in allen Lebensbereichen" betreue. Die Beschwerdeführerin lebe alleine und bedürfe bei der Kleidung, beim Aufstehen und Abliegen, beim Essen, bei der Körperpflege (mit Ausnahme des Kämmens) oder bei der Verrichtung der Notdurft keine Hilfe. Die Kapazität oder der Wille der in der Schweiz lebenden Angehörigen der Beschwerdeführerin, sie zu pflegen, seien begrenzt. Die Schwester der Beschwerdeführerin helfe ihr beim Duschen und Haarewaschen, der Sohn koche und kaufe für sie ein (vgl. auch oben E. 5.6.2). Auf der Basis dieser Feststellungen vermochte die Vorinstanz kein besonderes Abhängigkeitsverhältnis zu erkennen, das den Schutzbereich von Art. 8 EMRK eröffnen würde.

**7.4.** Die Beschwerdeführerin beanstandet an der Würdigung der Vorinstanz zunächst in formeller Hinsicht, dass die Vorinstanz die Schwester der Beschwerdeführerin nicht angehört habe. Diese antizipierte Beweiswürdigung sei willkürlich, zumal die Schwester weitere Aufschlüsse über das Abhängigkeitsverhältnis hätte vermitteln können. Allerdings behauptet die Beschwerdeführerin nicht, dass die Schwester mehr Betreuungsleistungen erbringen würde, als sie die Vorinstanz festgestellt hat, geschweige denn zeigt sie auf, worin diese zusätzlichen Betreuungsleistungen bestehen sollen. Damit gelingt es der Beschwerdeführerin nicht, die Feststellungen der Vorinstanz als willkürlich respektive offensichtlich unrichtig erscheinen zu lassen.

**7.5.** Auch die rechtliche Würdigung der Vorinstanz ist nicht zu beanstanden. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin hat sich das Bundesgericht schon zahlreiche Male zur erforderlichen Intensität des Abhängigkeitsverhältnisses geäussert (vgl. etwa Hinweise in E. 7.2). Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung erreichen die begrenzten Pflegeleistungen der Angehörigen der Beschwerdeführerin in der Tat nicht die erforderliche Intensität, um unter dem Titel des Familienlebens einen Anspruch auf Aufenthalt begründen zu können. Es ist auch nicht erkennbar, dass diese Leistungen gerade durch die Angehörigen in der Schweiz erbracht werden müssen und im Herkunftsland der Beschwerdeführerin keine Betreuungsalternativen bestehen. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin gestützt auf eine Kurzaufenthaltsbewilligung zur Stellensuche in die Schweiz eingereist ist, obschon sie schon vor der Einreise anerkanntermassen vollständig arbeitsunfähig gewesen war, und dadurch gewissermassen ein "fait accompli" geschaffen hat. Solche Verhaltensweisen würdigt das Bundesgericht regelmässig zum Nachteil der betreuungsbedürftigen Person (vgl. etwa Urteile 2C\_396/2021 vom 27. Mai 2021 E. 4.1; 2C\_867/2016 vom 30. März 2017 E. 2.4). Im Übrigen zeigt die im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot vorgenommene Interessenabwägung (vgl. oben E. 5.6.1 und 5.6.2), dass die Beendigung des Aufenthalts durch Nichterteilung der angebehrten Aufenthaltsbewilligung der Beschwerdeführerin in der Schweiz den Anforderungen von Art. 8 Ziff. 2 EMRK genügt und sie deshalb selbst dann noch mit dem Anspruch auf Achtung des Familienlebens vereinbar wäre, wenn der Schutzbereich dieses Grundrechts tatsächlich eröffnet wäre.

**7.6.** Kein Erfolg beschieden ist der Beschwerdeführerin schliesslich auch, soweit sie sich auf den Anspruch auf Achtung des Privatlebens beruft. Entgegen ihren Ausführungen ist die mit **BGE 144 I 266** begründete Rechtsprechung zum Recht auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK), wonach die Beendigung des Aufenthalts nach einer rechtmässigen Anwesenheit von zehn Jahren besonderer Gründe bedarf, in ihrem Fall nicht einschlägig. Denn diese Praxis gilt grundsätzlich nur bei der Beendigung bzw. Nichtverlängerung eines Aufenthaltsrechts, hingegen nicht bei der (Neu-) Begründung nach rechtskräftiger Beendigung eines solchen (Urteile 2C\_528/2021 vom 23. Juni 2022 E. 4.6, zur Publikation vorgesehen; 2C\_89/2022 vom 3. Mai 2022 E. 2.1; 2C\_141/2021 vom 13. April 2021 E. 2.4, je mit Hinweisen). Die Beschwerdeführerin ist nicht derart in die hiesige Gesellschaft integriert, als dass die Aufenthaltsbeendigung ungeachtet ihrer bewilligungsrechtlich prekären Situation den Schutzbereich des Anspruchs auf Achtung des Privatlebens berühren würde. Im Übrigen würden die öffentlichen Interessen an der Wegweisung die privaten Interessen am Verbleiben in der Schweiz ohnehin überwiegen (vgl. oben E. 5.6.1 und 5.6.2).

**8.** Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen. Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist nicht einzutreten. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege ist gutzuheissen, da ihre finanzielle Bedürftigkeit ausgewiesen ist und ihr Begehren nicht aussichtslos war (Art. 64 Abs. 1 BGG). Auf die Erhebung von Gerichtskosten ist deshalb zu verzichten und der Beschwerdeführerin ist antragsgemäss Advokat Guido Ehrler als Rechtsbeistand

beizugeben; ihm ist aus der Bundesgerichtskasse eine angemessene Vergütung zu entrichten. Der Kanton Basel-Stadt hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 68 Abs. 3 BGG).

### **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

- 1.**  
Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wird abgewiesen.
- 2.**  
Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde wird nicht eingetreten.
- 3.**  
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird gutgeheissen.
- 4.**  
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
- 5.**  
Advokat Guido Ehrler wird als unentgeltlicher Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin bestellt. Ihm wird für das bundesgerichtliche Verfahren aus der Bundesgerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 2'000.-- ausgerichtet.
- 6.**  
Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgericht und dem Staatssekretariat für Migration mitgeteilt.

Lausanne, 24. November 2022

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: F. Aubry Girardin

Der Gerichtsschreiber: Seiler