



Urteil vom 13. September 2018

Besetzung

Richter Antonio Imoberdorf (Vorsitz),
Richter Martin Kayser, Richterin Jenny de Coulon Scuntaro,
Gerichtsschreiberin Susanne Stockmeyer.

Parteien

Z. _____,
vertreten durch
Guido Ehrler, Advokaturbüro Roulet, Ehrler & Gessler,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Verweigerung der Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA und Wegweisung.

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer (deutscher Staatsangehöriger) wurde 1960 in Zürich geboren. Er besuchte die hiesigen Grundschulen und absolvierte eine Lehre als Koch. Nachdem er hier einige Zeit erwerbstätig gewesen war, verliess er im Jahr 1984 die Schweiz. Bis zum Jahr 1991 lebte er in den USA. In den Jahren 1991 bis 2004 hielt er sich in Deutschland auf. Am 1. Oktober 2004 reiste er erneut in die Schweiz ein. Im gleichen Jahr liess er sich von seiner damaligen Ehefrau scheiden. Die gemeinsame Tochter (geb. 1992) lebt in Deutschland (Akten der IV-Stelle Basel Stadt [IV-act.] 3).

B.

Das Migrationsamt des Kantons Basel-Stadt erteilte dem Beschwerdeführer als deutschem Staatsangehörigen bis zum Jahr 2006 jeweils Kurzaufenthaltsbewilligungen. Im gleichen Jahr stellte ihm das kantonale Migrationsamt rückwirkend ab 2004 eine 5-jährige Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA aus.

C.

In der Zeit vom August 2004 bis Februar 2007 bestritt der Beschwerdeführer diverse Arbeitseinsätze. Ab Januar 2007 wurde er von der Sozialhilfe finanziell unterstützt (Schreiben der Sozialhilfe der Stadt Basel vom 25. November 2008 [IV-act. 6]). Am 11. April 2007 meldete er sich beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) Basel Stadt an, wo er sich für eine Erwerbstätigkeit in einem Umfang von 100% zur Verfügung stellte. Am 16. Juli 2007 erfolgte alsdann die dortige Abmeldung (Akten der Vorinstanz [SEM act.] 6/75).

D.

Der Beschwerdeführer befand sich aufgrund seiner Suchtkrankheit seit dem 30. Mai 2007 bis zum 13. Januar 2013 in einer ambulanten Behandlung. Am 6. August 2014 wurde die Behandlung fortgesetzt. Seit dem 15. Juli 2014 befindet er sich in stationärer Langzeittherapie (SEM act. 1/41 und 1/37).

E.

Am 24. November 2008, meldete er sich bei der Invalidenversicherung zum Leistungsbezug an. Nachdem Abklärungen ergeben hatten, dass er seit dem Juli 2007 ununterbrochen und in erheblichem Ausmass arbeitsunfähig sei, sprach ihm die IV-Stelle des Kantons Basel-Stadt mit Verfügung vom

19. April 2011 eine ganze IV-Rente mit Wirkung ab 1. Juli 2008 zu (IV-act. 3/8 und SEM act. 1/17 ff.). Die Deutsche Rentenversicherung teilte ihm mit Rentenbescheid vom 28. Mai 2015 mit, ab dem 1. Juli 2015 erhalte er monatlich einen Betrag von EUR 309.29 (SEM act. 1/30 ff.). Seit dem Juni 2015 erhält er überdies Ergänzungsleistungen zur AHV/IV (Verfügung des Amts für Sozialbeiträge des Kantons Basel-Stadt vom 26. Mai 2015 [SEM act. 1/22 ff.]).

F.

Am 1. September 2009 wurde die Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA des Beschwerdeführers durch die kantonale Behörde um weitere fünf Jahre (bis zum 30. September 2014) verlängert. Ein erneutes Gesuch um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung vom 30. September 2014 lehnte das kantonale Migrationsamt am 27. November 2014 ab, da er nicht mehr über die Arbeitnehmereigenschaft verfüge (SEM act. 1/55 ff.). Am 23. Juni 2015 unterbreitete das kantonale Migrationsamt dem SEM das Gesuch zur Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung im Rahmen des Verbleibeberechts gestützt auf Art. 4 Anhang I des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA, SR 0.142.112.681). Der Beschwerdeführer sei als Arbeitnehmer dauernd arbeitsunfähig geworden und habe sich zuletzt während mehr als zwei Jahren ständig in der Schweiz aufgehalten (SEM act. 1/56 ff.).

G.

Mit Verfügung vom 10. März 2016 verweigerte die Vorinstanz die Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung und wies den Beschwerdeführer aus der Schweiz weg. Mit dem Vollzug wurde das Migrationsamt des Kantons Basel-Stadt beauftragt (SEM act. 11/89-98). Die Vorinstanz führte im Wesentlichen aus, es müsse insgesamt von einer rein marginalen, sporadischen Erwerbstätigkeit ausgegangen werden, welche unter Berücksichtigung der konkreten Umstände die FZA-Arbeitnehmereigenschaft im Zeitpunkt der festgestellten Arbeitsunfähigkeit nicht mehr zu begründen vermöge. Auch die Voraussetzungen für eine Aufenthaltsregelung als Erwerbstätiger nach Art. 24 Abs. 1 Bst. a Anhang 1 FZA und Art. 16 der Verordnung vom 22. Mai 2002 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 [Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs, VEP, SR 142.203] seien

nicht erfüllt, da die finanziellen Mittel nicht ausreichend seien. Der Gesuchsteller sei auf Ergänzungsleistungen angewiesen. Des Weiteren liege kein Härtefall im Sinne von Art. 20 VEP vor, welche eine ermessensweise Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA begründen würde. Die Voraussetzungen für eine Abweichung von den Zulassungsvoraussetzungen gemäss Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG seien ebenfalls nicht erfüllt.

H.

Mit Rechtsmitteleingabe vom 14. April 2016 beantragt der Beschwerdeführer die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung vom 10. März 2016; die Vorinstanz sei anzuweisen, dem Antrag des Kantons Basel-Stadt vom 23. Juni 2015 zuzustimmen. Eventualiter sei Ziffer 2 der vorinstanzlichen Verfügung (Wegweisung) in jedem Fall aufzuheben. Es sei festzustellen, dass der Kanton Basel-Stadt zur Anordnung der Wegweisung zuständig sei. In Aufhebung von Ziffer 2 Satz 2 und Ziffer 3 der Verfügung des SEM vom 10. März 2016 sei der Beschwerdeführer in der Schweiz vorläufig aufzunehmen. In formeller Hinsicht wurde beantragt, es sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege sowie die Rechtsverteidigung zu gewähren. Zur Begründung wurde im Wesentlichen geltend gemacht, eine Gesamtbetrachtung zeige, dass die Arbeitnehmereigenschaft des Beschwerdeführers von 2004 bis zum Eintritt der Arbeitsunfähigkeit per Juli 2007 gegeben sei (Akten des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer act.] 1).

I.

Am 31. Mai 2016 forderte das Bundesverwaltungsgericht die Akten der IV-Stelle Basel-Stadt an. Eine zuvor eingeholte Zustimmungserklärung des Beschwerdeführers lag dem Schreiben bei (BVGer act. 7). Die entsprechenden Akten wurden dem Bundesverwaltungsgericht am 6. Juni 2016 zugestellt (BVGer act. 9).

J.

Mit Zwischenverfügung vom 9. Juni 2016 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege samt Verbeiständung gut (BVGer act. 10).

K.

In ihrer Vernehmlassung vom 29. Juni 2016 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde (BVGer act. 11).

L.

Der Beschwerdeführer hielt in seiner Replik vom 14. September 2016 an den gestellten Anträgen fest (BVGer act. 15).

M.

Am 15. Mai 2018 wurden die Akten des Migrationsamtes des Kantons Basel-Stadt angefordert (BVGer act. 18).

N.

Auf den weiteren Akteninhalt wird, soweit rechtserheblich, in den Erwägungen eingegangen.

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

1.1 Vom SEM erlassene Verfügungen betreffend Verweigerung der Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung und Anordnung der Wegweisung sind mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (vgl. Art. 31 ff. VGG i.V.m. Art. 5 VwVG).

1.2 Das Rechtsmittelverfahren richtet sich nach dem VwVG soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (vgl. Art. 37 VGG).

1.3 Als Adressat der Verfügung ist der Beschwerdeführer zu deren Anfechtung legitimiert (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt (vgl. Art. 50 und 52 VwVG).

2.

Mit Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes sowie die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Gericht wendet das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist nicht an die Begründung der Begehren gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Massgebend ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheids (vgl. BVGE 2014/1 E. 2 m.H.).

3.

Gemäss Art. 40 AuG sind die Kantone für die Erteilung und Verlängerung von Bewilligungen zuständig. Vorbehalten bleibt die Zuständigkeit des SEM für das Zustimmungsverfahren (vgl. Art. 99 AuG i.V.m. Art. 85 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]). Vorliegend hat das kantonale Migrationsamt seinen Entscheid korrekterweise der Vorinstanz zur Zustimmung vorgelegt (vgl. dazu BGE 141 II 169 E. 4.2.1, 4.3.2 und 6.1 sowie Art. 85 VZAE). Das SEM kann dabei die Zustimmung ohne Bindung an die Beurteilung durch den Kanton verweigern oder mit Bedingungen verbinden (vgl. Art. 86 Abs. 1 VZAE).

4.

Der Beschwerdeführer gehört als deutscher Staatsangehöriger einer Vertragspartei des Freizügigkeitsabkommens (FZA) an. Gemäss Art. 2 Abs. 2 AuG ist daher das ordentliche Ausländerrecht – bestehend aus dem AuG und seinen Ausführungsverordnungen – nur soweit anwendbar, als das FZA keine abweichenden Bestimmungen enthält oder die Bestimmungen des ordentlichen Ausländerrechts günstiger sind.

5.

5.1 Staatsangehörige einer Vertragspartei, welche mit dem Arbeitgeber des Aufnahmestaates ein Arbeitsverhältnis von mindestens einem Jahr eingegangen sind, haben Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung mit einer Gültigkeitsdauer von fünf Jahren. Die Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA wird automatisch verlängert, sofern die Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt sind. Ist der Bewilligungsinhaber bei der ersten Verlängerung seit mehr als zwölf aufeinanderfolgenden Monaten unfreiwillig arbeitslos, kann die Gültigkeitsdauer beschränkt werden (Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA). Nach Art. 6 Abs. 6 Anhang I FZA darf einer arbeitnehmenden Person eine gültige Aufenthaltsbewilligung nicht allein deshalb entzogen werden, weil sie infolge von Krankheit oder Unfall vorübergehend arbeitsunfähig oder unfreiwillig arbeitslos geworden ist, falls das zuständige Arbeitsamt dies ordnungsgemäss bestätigt. Der Unterbruch der Erwerbstätigkeit infolge Krankheit oder Unfall, die von der zuständigen Behörde bestätigte Zeit unfreiwilliger Arbeitslosigkeit und der unfreiwillige Erwerbsunterbruch von unselbständig Erwerbstätigen gelten dabei als Beschäftigungszeiten (Art. 4 Abs. 2 Anhang I FZA i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 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 Mitgliedstaates zu verbleiben [KommV 1251/70], ABI. L 142 vom 30.6.1970 S. 24; vgl. dazu BGE 141 II 1 E. 2.2.1 m.H.). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann eine arbeitnehmende Person ihren freizügigkeitsrechtlichen Status als unselbständig erwerbstätige Person hingegen verlieren, wenn sie *freiwillig* arbeitslos geworden ist, aufgrund ihres Verhaltens feststeht, dass keinerlei ernsthafte Aussichten (mehr) darauf bestehen, dass sie in absehbarer Zeit eine andere Arbeit finden wird oder ihr Verhalten gesamthaft als rechtsmissbräuchlich bezeichnet werden muss, da sie ihre Bewilligung bspw. gestützt auf eine fiktive bzw. zeitlich kurze Erwerbstätigkeit einzig zum Zweck erworben hat, von günstigeren Sozialleistungen als im Heimat- oder einem anderen Vertragsstaat zu profitieren (BGE 141 II 1 E. 2.2.1 sowie Urteil des BGer 2C_1034/2016 vom 13. November 2017 E. 2.1 je m.w.H.).

5.2 Art. 4 Abs. 1 Anhang I FZA i. V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. b erster Teil KommV 1251/70 sieht weiter vor, dass ein Staatsangehöriger einer Vertragspartei sowie dessen Familienangehörigen nach Beendigung einer Erwerbstätigkeit ein Verbleibrecht im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei haben, wenn dieser infolge dauernder Arbeitsunfähigkeit eine Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis aufgibt und er sich mindestens zwei Jahre im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaates ständig aufgehalten hat. Das Verbleiberecht setzt dabei keine Mindestbeschäftigungsdauer voraus. Es genügt, wenn der Wanderarbeitnehmer die Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis bei Eintritt dauernder Arbeitsunfähigkeit hat. Erforderlich ist jedoch, dass der Status als Wanderarbeitnehmer gerade aufgrund der Arbeitsunfähigkeit aufgegeben wurde (BGE 144 II 121 E. 3.2 und E. 3.5.3).

6.

Gemäss der Verfügung der IV-Stelle Basel-Stadt vom 19. April 2011 ist der Beschwerdeführer seit dem Juli 2007 (Beginn der gesetzlichen einjährigen Wartezeit) ununterbrochen und in erheblichem Ausmass arbeitsunfähig. Ab dem 1. Juli 2008 verfügte er über einen Anspruch auf eine ganze Rente (SEM act. 1/11-12). Wie bereits die Vorinstanz geltend macht, hat der Beschwerdeführer seinen Status als Arbeitnehmer verloren und kann damit zweifellos keinen freizügigkeitsrechtlichen Anwesenheitsanspruch als *Erwerbstätiger* mehr daraus ableiten (vgl. Verfügung des SEM vom 10. März 2016). Dies wird vom Beschwerdeführer auch nicht geltend gemacht, hingegen beruft er sich auf ein Verbleiberecht nach Art. 4 Abs. 1 Anhang I FZA. Ob ein solches besteht, gilt es nachfolgend zu prüfen.

7.

7.1 Die Vorinstanz vertritt in ihrem Entscheid vom 10. März 2016 die Ansicht, die Voraussetzungen für ein Verbleiberecht gestützt auf das FZA seien vorliegend nicht erfüllt. Der Beschwerdeführer habe im Juli 2007 die Arbeitnehmereigenschaft nicht mehr besessen, bzw. erweise sich die Berufung darauf als rechtsmissbräuchlich. Im Wesentlichen begründet sie dies mit dem Umstand, dass der Beschwerdeführer anlässlich seines Aufenthalts in der Schweiz bis zur Arbeitsunfähigkeit per 1. Juli 2007 nur sporadisch und in bescheidenem Umfang erwerbstätig gewesen sei. Gemäss der Verfügung der IV-Stelle hätte eine männliche Hilfskraft im Jahr 2008 ein durchschnittliches Jahreseinkommen von Fr. 59'979.- erzielen können. Der Beschwerdeführer sei bei seinem Einkommen von August 2004 bis Juni 2007 von Total Fr. 28'783.- einer durchschnittlichen Erwerbstätigkeit von rund 16.5% nachgegangen. Es müsse von einer rein marginalen, sporadischen Erwerbstätigkeit ausgegangen werden, welche unter Berücksichtigung der konkreten Umstände die FZA-Arbeitnehmereigenschaft im Zeitpunkt der festgestellten Arbeitsunfähigkeit nicht mehr zu begründen vermöge. Es sei nicht dargetan worden, dass sich der Beschwerdeführer während seines Aufenthalts hierzulande konkret und ernsthaft um ein regelmässiges Erwerbseinkommen bemüht habe. Es sei angesichts seiner beruflichen Erfahrung auch nicht nachvollziehbar, weshalb er im breiten Segment der Gastronomie oder der Hilfsarbeit keine regelmässiger Arbeit und ein erhöhtes Arbeitspensum hätte erreichen können, sofern er dies wirklich gewollt und entsprechende ernsthafte Bemühungen unternommen hätte. So habe er zwar von August 2006 bis Dezember 2006 nochmals gearbeitet, indessen habe er von Januar 2007 bis Juli 2007 (abgesehen von Fr. 585.- im Monat Februar) wiederum kein Erwerbseinkommen mehr erzielt. Demgegenüber habe er sich erst im April 2007 beim RAV angemeldet und vorher auf die entsprechende professionelle Unterstützung bei der Arbeitssuche verzichtet.

7.2 Die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des FZA setzt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung voraus, dass der unselbständig erwerbstätige Vertragsausländer während einer bestimmten Zeit Leistungen für eine andere Person nach deren Weisungen erbringen muss und als Gegenleistung hierfür eine Vergütung erhält. Es kommt grundsätzlich weder auf den zeitlichen Umfang der Aktivität noch auf die Höhe des Lohnes oder die Produktivität der betroffenen Person an. Erforderlich ist jedoch quantitativ wie qualitativ eine echte und tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit. Ob eine solche besteht, muss sich auf objektive Kriterien stützen und in einer

Gesamtbewertung allen Umständen Rechnung tragen, welche die Art der Tätigkeit und des fraglichen Arbeitsverhältnisses betreffen. Es ist dabei auch zu berücksichtigen, ob die erbrachten Leistungen auf dem allgemeinen Beschäftigungsmarkt als üblich gelten können (BGE 141 II 1 E. 2.2.3. und E. 2.2.4. m.w.H.; vgl. auch 2C_750/2015 vom 14. März 2016 E. 3.3.). Der Umstand, dass der Betroffene im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses nur sehr wenige Stunden gearbeitet oder nur ein geringes Einkommen erzielt hat, kann ein Anhaltspunkt dafür sein, dass die ausgeübten Tätigkeiten nur untergeordnet und unwesentlich sind (BGE 131 II 339 E. 3.4).

7.3 Nachdem das Migrationsamt des Kantons Basel-Stadt dem Beschwerdeführer vorerst lediglich Kurzaufenthaltsbewilligungen ausgestellt hatte, erhielt er im Jahr 2006 rückwirkend per 2004 eine 5-jährige Aufenthaltsbewilligung zwecks unselbständiger Erwerbstätigkeit EU/EFTA. Am 1. September 2009 wurde die Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA des Beschwerdeführers durch die kantonale Behörde um weitere fünf Jahre (bis zum 30. September 2014) verlängert. Bereits davor, am 24. November 2008, meldete sich der Beschwerdeführer bei der zuständigen IV-Stelle (IV-act. 3 und act. 14) an. Ein erneutes Gesuch um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung vom 30. September 2014 lehnte das kantonale Migrationsamt am 27. November 2014 ab, da er nicht mehr über die Arbeitnehmereigenschaft verfüge (SEM act. 1/55 ff.). Am 23. Juni 2015 unterbreitete es dem SEM das Gesuch zur Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung im Rahmen des Verbleiberechts gestützt auf Art. 4 Anhang 1 FZA.

7.4 Gemäss den Ausführungen in der Beschwerdeschrift präjudiziere die Ausstellung einer rückwirkend per 2004 geltenden Aufenthaltsbewilligung (Geltungsdauer 5 Jahre) die Frage, ob der Beschwerdeführer damals die Arbeitnehmereigenschaft innehatte. Das SEM widerrufe im Ergebnis diese Bewilligung, indem es nun im Zustimmungsverfahren geltend mache, der Beschwerdeführer sei in Wahrheit gar nie Arbeitnehmer im Sinne des FZA gewesen. Die Voraussetzungen von Art. 5 Anhang I FZA zum Widerruf einer Bewilligung EU/EFTA würden jedoch in keiner Weise vorliegen. Habe das kantonale Migrationsamt im Jahre 2006 die Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA erteilt, sei das für das vorliegende Verfahren bindend (vgl. Beschwerde Pkt. 14).

7.5 Bei dieser Argumentation verkennt der Beschwerdeführer, dass aus dem blossen Umstand, dass ihm zur fraglichen Zeit eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA erteilt wurde, sich nicht bereits ableiten lässt, die Arbeit-

nehmereigenschaft sei damals gegeben gewesen. Die Verfügung der kantonalen Migrationsbehörde in Bezug auf die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA ist lediglich deklaratorischer Natur. Dementsprechend ist die dem Beschwerdeführer damals zugesprochene Arbeitnehmereigenschaft im vorliegenden Verfahren einer Überprüfung zugänglich (vgl. dazu ausführlich Urteil des BGer 2C_567/2017 vom 5. März 2018 E. 4.5).

7.6 Der Beschwerdeführer leistete seit seiner Einreise in die Schweiz im Jahr 2004 verschiedene Arbeitseinsätze. Gemäss den vorinstanzlichen Akten hat das SEM das kantonale Migrationsamt um Vornahme zusätzlicher Abklärungen in Bezug auf die jeweiligen Arbeitsstellen ersucht. Einem Schreiben des Amtes für Beistandschaften und Erwachsenenschutz vom 23. Juli 2015 ist dabei zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer keine genauen Angaben mehr zur konkreten Ausgestaltung der einzelnen Arbeitsverhältnisse machen könne (SEM act. 3/65-66). Mit Schreiben vom 24. Dezember 2015 teilte die Ausgleichskasse Basel-Stadt der Vorinstanz überdies mit, in der Zeitspanne von 2004 bis 2007 seien in Bezug auf den Beschwerdeführer keine Zahlungen der Arbeitslosenversicherung verbucht (SEM act. 10/88).

Aus dem Auszug aus dem individuellen Konto der Ausgleichskasse Basel-Stadt ergeben sich die jährlichen Erwerbseinkommen und die entsprechenden Beitragsmonate des Beschwerdeführers wie folgt: 2004: Fr. 10'528.- (August – Dezember), 2005: Fr. 1'368.- (August) und 2006: Fr. 4'774.- (Januar – Mai [vgl. IV-act. 12/4-5]). Vom 1. August 2006 bis 28. Februar 2007 arbeitete er überdies im X._____, wo er als Serviceaushilfe auf Abruf tätig war. Sein Stundenlohn betrug Fr. 21.50. Insgesamt verdiente er dort Fr. 12'113.-. Das Arbeitsverhältnis wurde wegen Umstrukturierung durch den Arbeitgeber aufgelöst (vgl. IV-act. 7). Am 11. April 2007 meldete er sich beim RAV an, wo er sich für eine Erwerbstätigkeit in einem Umfang von 100% zur Verfügung stellte. Am 16. Juli 2007 erfolgte die Abmeldung beim RAV (SEM act. 6/75). Ab dem Januar 2007 wurde der Beschwerdeführer von der Sozialhilfe unterstützt (IV-act. 6). Aufgrund seiner Suchtkrankheit befand er sich überdies vom 30. Mai 2007 bis zum 13. Januar 2013 in einer ambulanten Behandlung. Am 6. August 2007 wurde die Behandlung fortgesetzt (SEM act. 1/41 und 1/37).

7.7 Wie oben dargelegt, ging der Beschwerdeführer vom August 2004 bis Dezember 2004 einer Erwerbstätigkeit nach. Konkrete Angaben zum Arbeitsvertrag und der Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses sind den Akten nicht zu entnehmen und können auch vom Beschwerdeführer nicht

mehr erhältlich gemacht werden (vgl. E. 7.6). Die Frage, ob er damals die Arbeitnehmereigenschaft innehatte, kann jedoch offen gelassen werden, ist doch davon auszugehen, dass er diese im Jahr 2005 verloren hat. In diesem Jahr war er lediglich im Monat August erwerbstätig. Die freiwillige Arbeitslosigkeit kann – wie dargelegt – dazu führen, dass eine arbeitnehmende Person ihren freizügigkeitsrechtlichen Status als unselbständig erwerbstätige Person verliert (vgl. E. 5.1 in fine). Der Beschwerdeführer macht denn auch nicht geltend, unfreiwillig arbeitslos geworden zu sein. Auch eine entsprechende Bestätigung des zuständigen Arbeitsamts findet sich nicht in den Akten. Hingegen führt er zu Recht aus (Beschwerde Pkt. 17), dass eine einmal untergegangene Arbeitnehmereigenschaft auch wieder aufleben könne. In diesem Sinne vertritt er die Ansicht, dass er zumindest per 31. Dezember 2006 Arbeitnehmer im Sinne des FZA gewesen sei.

7.8 Wie es der Beschwerdeführer darlegt (vgl. Beschwerde Pkt. 17), ist damit zu prüfen, ob in casu die Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit ab dem Jahr 2006 geeignet ist, die Arbeitnehmereigenschaft wieder aufleben zu lassen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann selbst eine vorübergehende bzw. zeitlich beschränkte Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit dazu führen, den freizügigkeitsrechtlichen Status als unselbständig erwerbstätige Person mit den damit verbundenen Rechten fortbestehen und allenfalls wieder aufleben zu lassen (BGE 141 II 1 E. 3.2.1).

7.9 Der Beschwerdeführer arbeitete von Januar 2006 bis Mai 2006 bei der Firma A._____ und verdiente dort während dieser Zeit insgesamt Fr. 4'774.-. Den Akten ist zu entnehmen, dass er dort einen Stundenlohn von Fr. 22.- erhielt (IV-Act. 3). Weitere Angaben oder Belege finden sich wiederum nicht in den Akten. Aufgrund seines geringfügigen durchschnittlichen monatlichen Einkommens von Fr. 954.80 und des entsprechend geringen Arbeitspensums, welches er durchschnittlich pro Monat aufwies, kann hingegen nicht davon ausgegangen werden, es liege eine echte und tatsächliche Beschäftigung im Sinne des FZA vor (vgl. dazu Urteile des BGer 2C_1137/2014 vom 6. August 2015 E. 4.3 und 4.4 sowie 2C_761/2015 vom 21. April 2016 E. 4.2.2).

7.10 Vom 9. August 2006 bis 28. Februar 2007 war der Beschwerdeführer im X._____ tätig. Dort verdiente er im August Fr. 3'132.30, im September Fr. 2'697.65, im Oktober Fr. 2'608.25, im November Fr. 2'376.05, im Dezember Fr. 714.30, im Januar Fr. 0.00 und im Februar Fr. 585.90. Er generierte damit während seines 7-monatigen Einsatzes einen durchschnittli-

chen Arbeitslohn von Fr. 1'730.40 und arbeitete im Durchschnitt 73 Stunden pro Monat (vgl. IV-act. 7). Es handelte sich dabei um ein Arbeitsverhältnis auf Abruf zu einem Stundenlohn von Fr. 21.50. Ein garantierter Mindestarbeitseinsatz war dabei nicht vorgesehen; er arbeitete nur bei Bedarf. Die geleisteten Arbeitseinsätze ermöglichten dem Beschwerdeführer somit kein stabiles und regelmässiges Einkommen. Im Januar und Februar des Jahres 2007 verdiente er sogar lediglich Fr. 585.90. Ab dem 1. Januar 2007 bezog er denn auch Leistungen der Sozialhilfe (IV-act. 6). Unter Berücksichtigung sämtlicher dargelegter Umstände (Arbeitseinsätze nur auf Abruf ohne vereinbarten Mindestarbeitseinsatz und sehr unregelmässige monatliche Einkommen) kann vorliegend nicht von einer echten und tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit im Sinne des FZA ausgegangen werden (vgl. dazu auch Urteil des BGer 2C_98/2015 vom 3. Juni 2016 E. 6.2). Nichts daran ändert dabei der Umstand, dass das Arbeitsverhältnis durch den Arbeitgeber aufgelöst wurde (IV-act. 7). Die Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit im Jahr 2006 ist somit nicht geeignet, den freizügigkeitsrechtlichen Status des Beschwerdeführers als unselbständig erwerbstätige Person aufleben zu lassen. Unbehelflich ist damit auch, dass er sich vom 11. April 2007 bis 16. Juli 2007 beim RAV Basel-Stadt angemeldet hat und sich dort für eine Erwerbstätigkeit von 100% zur Verfügung stellte.

7.11 Mit diesen Ausführungen kann sich der Beschwerdeführer nicht auf ein Verbleibrecht im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Anhang I FZA berufen. Dieses setzt bei Eintritt der Arbeitsunfähigkeit eine vorgängige Arbeitnehmereigenschaft voraus, welche – wie dargelegt wurde – vorliegend gerade nicht gegeben ist. Unbeachtlich ist dabei, dass die IV-Stelle den Beschwerdeführer als Erwerbstätigen einstuft (vgl. Beschwerde Pkt. 15), stellt doch das FZA auf die Arbeitnehmereigenschaft einer Person ab, wobei die freizügigkeitsrechtliche Auslegung dieses Begriffs – in Anlehnung an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) – eigene Kriterien vorsieht (vgl. dazu bspw. BGE 140 II 460 E. 4.1).

7.12 Der Beschwerdeführer verfügt überdies trotz IV-Rente nicht über hinreichende finanzielle Mittel, um als Nichterwerbstätiger in der Schweiz zu bleiben. Somit entfallen auch die entsprechenden freizügigkeitsrechtlichen Aufenthaltsansprüche (Art. 24 Abs. 1 Bst. a Anhang 1 FZA und Art. 16 VEP). Mit diesen Ausführungen hat der Beschwerdeführer gestützt auf das FZA kein Aufenthaltsrecht mehr in der Schweiz.

8.

Es bleibt zu prüfen, ob das AuG dem Beschwerdeführer einen Aufenthaltsanspruch zu vermitteln vermag. Die Vorinstanz hat in diesem Zusammenhang zu Recht geprüft, ob die Voraussetzungen für die Zustimmung zur Erteilung einer Härtefallbewilligung im Sinne von Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG gegeben sind.

8.1 Nach dem Wortlaut von Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG kann von den Zulassungsvoraussetzungen abgewichen werden, um schwerwiegenden persönlichen Härtefällen oder wichtigen öffentlichen Interessen Rechnung zu tragen. Gemäss Art. 31 Abs. 1 VZAE sind bei der Beurteilung eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalles insbesondere die Integration des Gesuchstellers (Bst. a), die Respektierung der Rechtsordnung (Bst. b), seine Familienverhältnisse (Bst. c), die finanziellen Verhältnisse sowie der Wille zur Teilhabe am Wirtschaftsleben und zum Erwerb von Bildung (Bst. d), die Dauer der Anwesenheit in der Schweiz (Bst. e), der Gesundheitszustand (Bst. f) und die Möglichkeit für eine Wiedereingliederung im Herkunftsland (Bst. g) zu berücksichtigen. Schon aufgrund der Stellung des Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG im Gesetz (unter Abschnitt "Abweichung von den Zulassungsvoraussetzungen"), seiner Formulierung und den vom Bundesgericht in der Rechtsprechung zum entsprechenden Art. 13 Bst. f der Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO, AS 1986 1791) genannten und jetzt in Art. 31 Abs. 1 VZAE aufgeführten Kriterien, die allerdings weder einen abschliessenden Katalog darstellen noch kumulativ erfüllt sein müssen, ergibt sich, dass dieser Bestimmung Ausnahmecharakter zukommt und dass die Voraussetzungen zur Anerkennung eines Härtefalles restriktiv zu handhaben sind. Die betroffene Person muss sich in einer persönlichen Notlage befinden.

8.2 Bei der Beurteilung eines Härtefalles müssen sämtliche Umstände des jeweiligen Einzelfalles berücksichtigt werden. Die Anerkennung als Härtefall setzt nicht zwingend voraus, dass die Anwesenheit in der Schweiz das einzige Mittel zur Verhinderung einer persönlichen Notlage darstellt. Auf der anderen Seite reichen eine lang dauernde Anwesenheit und eine fortgeschrittene soziale und berufliche Integration sowie klagloses Verhalten für sich alleine nicht aus, um einen schwerwiegenden persönlichen Härtefall zu begründen. Vielmehr wird vorausgesetzt, dass die ausländische Person so enge Beziehungen zur Schweiz unterhält, dass von ihr nicht verlangt werden kann, in einem anderen Land, insbesondere in ihrem Heimatstaat zu leben. Berufliche, freundschaftliche und nachbarschaftliche Beziehungen, welche die betroffene Person während ihres Aufenthaltes in der

Schweiz knüpfen konnte, genügen normalerweise nicht für eine Abweichung von den Zulassungsvoraussetzungen (vgl. insbesondere BGE 130 II 39 E. 3 S. 41 f. und BVGE 2007/45 E. 4.2, je m.H.). Zu beachten gilt es ferner, dass im Zusammenhang mit dem schwerwiegenden persönlichen Härtefall ausschliesslich humanitäre Gesichtspunkte ausschlaggebend sind, wobei der Schwerpunkt auf der *Verankerung in der Schweiz* liegt. Im Rahmen einer Gesamtschau sind jedoch seit jeher auch der Gesundheitszustand einer Person sowie die Möglichkeiten einer Wiedereingliederung im Herkunftsland mitzuberücksichtigen (vgl. Art. 31 Abs. 1 Bst. f und g VZAE). Diese Prüfung kann nicht losgelöst von den persönlichen, familiären und ökonomischen Schwierigkeiten erfolgen, denen eine ausländische Person in ihrem Heimatland ausgesetzt wäre (vgl. BGE 123 II 125 E. 3 S. 128). Daraus ergibt sich eine gewisse Überschneidung von Gründen, die für die Beurteilung der Vollziehbarkeit einer verfügten Wegweisung von Bedeutung sind (vgl. Art. 83 AuG), und solchen, die einen Härtefall (mit)begründen können. Das ist nicht zu vermeiden und in Kauf zu nehmen (vgl. Urteil des BVGer C-3887/2009 vom 30. Mai 2012 E. 4.3 m.H.).

9.

9.1 Der Beschwerde (Pkt. 30 ebenda) ist zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer nach einer Periode der Obdachlosigkeit am 14. Juli 2015 im B. _____ in eine spezialisierte Unterkunft für obdachlose, drogenabhängige, oft „therapieresistent“ genannte Männer und Frauen untergebracht worden sei. Gemäss der Darstellung des Heimes sei die Drogenfreiheit dort nicht die oberste Priorität des Konzeptes, sondern die konkrete Auseinandersetzung mit der individuellen Persönlichkeit und dem sozialen Umfeld. Gemäss Bericht des Wohnheims zufolge würde der Beschwerdeführer ohne Unterstützung weder selbständig eine sinnvolle Beschäftigung für den Tag finden, noch sich regelmässig eine Mahlzeit zubereiten bzw. sich beschaffen können. Die Situation habe sich gemäss Bericht vom 12. Februar 2016 nicht verbessert, sondern verschlimmert, da er noch unter der Ungewissheit seines Aufenthaltsstatus leide. Es stehe fest, dass er ohne Unterbringung in einem entsprechenden spezialisierten Heim einer existenziellen Notlage ausgesetzt wäre.

9.2 Gemäss Art. 31 Abs. 1 Bst. f VZAE stellt der Gesundheitszustand ein Kriterium dar, das – in Verbindung mit anderen Elementen – grundsätzlich zur Anerkennung eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls führen kann. Voraussetzung ist, dass der Betroffene an einer ernsthaften gesundheitlichen Beeinträchtigung leidet, die während einer langen Zeitspanne

dauernde ärztliche Behandlung oder punktuelle medizinische Notfallmassnahmen notwendig macht, welche im Herkunftsland *nicht* erhältlich sind, so dass eine Ausreise aus der Schweiz die Gefahr schwerwiegender Folgen für seine Gesundheit nach sich zieht. Die Tatsache allein, dass die medizinische Versorgung in der Schweiz höheren Standards entspricht, ist dagegen nicht relevant (BGE 128 II 200 E. 5.3 S. 209).

9.2.1 Einem Bericht zum Behandlungsverlauf für stationäre Suchttherapie vom 12. Februar 2016 ist zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer im Juli/August 2015 in eine Wohnung ohne Mitbewohner habe umziehen können. Der Beschwerdeführer blicke auf eine langjährige Drogenkarriere zurück. Das Ziel „sinnvolle Tagesstruktur“ und die damit verbundene Selbständigkeit sei noch nicht erreicht worden. Er sei nicht fähig, ohne Unterstützung und Begleitung seinen Alltag zu meistern. Er brauche den sozialen Austausch im Team und mit den anderen Bewohnern sowie klare Strukturen und Abmachungen. Das Wohnheim könne ihm diese Abmachungen geben (Beschwerdebeilagen 19 und 20).

9.2.2 Zwar kann, wie bereits ausgeführt, das Kriterium des Gesundheitszustands allein nicht zur Annahme eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls führen. Auch ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, in Deutschland bestünden adäquate Behandlungsmöglichkeiten. Unbehelflich ist dabei das Vorbringen – wie beschwerdeweise geltend gemacht (Pkt. 31) – dass sich die deutsche Drogenpolitik von der schweizerischen unterscheidet und nicht der gleiche Behandlungsansatz in Bezug auf die Drogensucht vorliegt. Nicht in Abrede gestellt wird hingegen – was sich auch aus den in den IV-Akten enthaltenen medizinischen Berichten ohne Weiteres ergibt –, dass der Beschwerdeführer aufgrund seines Gesundheitszustands auf Kontinuität und Stabilität in seiner Lebensführung angewiesen ist.

9.3 Vorliegend gilt es überdies zu beachten, dass der Beschwerdeführer in Zürich geboren wurde und mit 6 Jahren mit seinen Eltern nach Basel gezogen ist. Er hat hier eine Kochlehre absolviert und war bis zu seiner Ausreise aus der Schweiz im Jahr 1984 mehrere Jahre als Koch in diversen Gaststätten in Basel tätig (SEM act. 6/81, Beschwerde Pkt. 6). Im Jahre 1984 verliess er die Schweiz und weilte insgesamt rund 20 Jahre im Ausland. Davon hielt er sich 13 Jahre in Deutschland auf. Im Jahr 2004 kehrte er zurück in die Schweiz an seinen früheren Wohnort Basel, wo er bis heute lebt. Insgesamt hat der Beschwerdeführer somit rund 38 Jahre seines Lebens in der Schweiz verbracht. Er hat in Basel seine prägenden

Jahre als Jugendlicher und junger Erwachsener erlebt und hier seine Schulzeit und Ausbildung absolviert. Es ist selbstredend, dass dies bereits für eine gewisse Verankerung des Beschwerdeführers in hiesige Verhältnisse spricht. Demgegenüber lebte er lediglich 13 Jahre in Deutschland. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich denn auch, in casu weniger hohe Anforderungen an das Vorliegen besonderer Umstände wie etwa eine überdurchschnittliche Integration oder andere Faktoren zu stellen (Urteil des BVGer C-7476/2014 vom 27. Januar 2016 E. 5.7.3 in fine m.H.).

9.4 Der Beschwerdeführer ist klarerweise der deutschen Sprache mächtig und spricht auch Schweizerdeutsch (vgl. Bericht Bereich Gesundheitsdienste vom 12. Februar 2016 [Beschwerdebeilage Nr. 19]). Zu Gute gehalten werden muss ihm auch, dass er die schweizerische Rechtsordnung stets respektiert hat bzw. nichts Gegenteiliges aus den Akten ersichtlich ist. In finanzieller Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass er eine IV-Rente bezieht und auf Ergänzungsleistungen angewiesen ist. Er weist zwar noch Betreibungen über Fr 10'000.- und zwei offene Verlustscheine über Fr. 305.55 und Fr. 1'770.55 (Beilage Nr. 1 der Replik) auf, in der Verfügung der Vorinstanz vom 10. März 2016 wurden demgegenüber Betreibungen in der Höhe von Fr. 3'641.35 und offene Verlustscheine in der Höhe von Fr. 25'201.70 aufgeführt. Zum sozialen Umfeld des Beschwerdeführers ist wenig bekannt; bezüglich seines sozialen Engagements ist aber positiv hervorzuheben, dass er mehrere Jahre hinweg regelmässig in der D. _____ in der Küche mitgeholfen hat (IV-act. 9). Seine berufliche Integration kann hingegen nicht als ausserordentlich bezeichnet werden. In Deutschland verfügt er noch über eine Tochter, zu der er aber gemäss eigenen Aussagen keinen Kontakt mehr habe (Beschwerde Pkt. 6).

9.5 In Anbetracht einer Gesamtwürdigung kann aufgrund des sehr langen, nunmehr 38-jährigen Aufenthalts des Beschwerdeführers in der Schweiz und der sich daraus ergebenden geringeren Anforderungen an das Vorliegen besonderer Umstände, seines guten Leumunds, den im Rahmen seiner Möglichkeiten getätigten Integrationsleistungen und aufgrund seines Gesundheitszustands vorliegend davon ausgegangen werden, dass die Voraussetzungen für die Annahme eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalles im Sinne von Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG als erfüllt zu betrachten sind.

9.6 Damit verletzt die Vorinstanz mit der angefochtenen Verfügung Bundesrecht (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist daher im obgenannten Sinne

gutzuheissen. Damit erübrigt es sich, auf die weiteren Vorbringen des Beschwerdeführers einzugehen.

10.

10.1 Dem Beschwerdeführer wurde mit Zwischenverfügung vom 9. Juni 2016 die unentgeltliche Rechtspflege gewährt, welche die Befreiung von den Verfahrenskosten und die Bestellung von Rechtsanwalt Guido Ehrler zum unentgeltlichen Rechtsvertreter umfasste. Mit dem Obsiegen des Beschwerdeführers ist die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gegenstandslos geworden.

10.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dem Beschwerdeführer keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG), und es ist ihm für die ihm erwachsenen notwendigen Kosten zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung zuzusprechen. Das Gericht setzt die Parteientschädigung aufgrund der Kostennote fest (Art. 14 Abs. 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der Rechtsvertreter reichte mit Replik vom 14. September 2016 eine solche ein. Er stellt darin für Honorar und Auslagen eine Entschädigung von insgesamt Fr. 3'894.80 (inkl. MWST) in Rechnung. In Anbetracht der Notwendigkeit der Ausführungen, des Schwierigkeitsgrades der Streitsache in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht, der aktenkundigen Bemühungen sowie der Bandbreite der bislang ausgerichteten Entschädigungen für vergleichbare Fälle ist der Gesamtaufwand nach Massgabe der einschlägigen Bestimmungen auf Fr. 2'800.- festzusetzen (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE). Diese Entschädigung geht zu Lasten der Vorinstanz (vgl. Art. 64 Abs. 2 VwVG).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen und der Bewilligung nach Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG wird – unter Abweichung von den Zulassungsvoraussetzungen – die Zustimmung erteilt.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht mit Fr. 2'800.- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. [...] retour)
- das Migrationsamt des Kantons Basel-Stadt

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Antonio Imoberdorf

Susanne Stockmeyer

Rechtsmittelbelehrung:

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

Versand: