

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.148 vom 19. Mai 2014

BS Appellationsgericht, 2014-05-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2016.148

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.148 du 19 mai 2014

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.148 del 19 maggio 2014

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidiatdepartements vom 21. Juli 2016 sowie aus § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100) in Verbindung mit § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100). Zuständig zur Beurteilung des Rekurses ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 i.V.m. § 88 Abs. 2 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]).

1.2 Angefochten ist ein Zwischenentscheid des JSD, mit dem dieses den Antrag auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme abgewiesen hat. Zwischenverfügungen unterliegen gemäss § 10 Abs. 2 VRPG nur dann selbständig der Beurteilung durch das Verwaltungsgericht, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können. Einen solchen Nachteil bewirken nach der Praxis des Verwaltungsgerichts unter anderem der Entzug oder die Verweigerung der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (vgl. VGE VD.2016.162 vom 12. August 2016 E. 1.2, VD.2014.124 vom 7. Juli 2014 E. 1.1). In Konstellationen, in denen (wie vorliegend) in der Hauptsache keine positive, sondern eine negative Verfügung angefochten ist, so dass sich nicht die Frage der aufschiebenden Wirkung, sondern diejenige nach dem Erlass einer vorsorglichen Massnahme stellt (vgl. hierzu E. 2.2), liegt ein entsprechender Nachteil in der Abweisung des Gesuchs, mit dem für die Dauer des verwaltungsinternen Rekursverfahrens um Bewilligung des Aufenthalts des Rekurrenten bzw. Aufschub des Vollzugs der in Wiedererwägung zu ziehenden Verfügung nachgesucht wird (vgl. VGE VD.2015.233 vom 29. Juni 2016 E. 1.2, VD.2015.2 vom 4. Februar 2015 E. 1.2, VD.2016.239 vom 5. Januar 2017 E. 1.2).

1.3 Der Rekurrent ist als Adressat des angefochtenen Entscheids von diesem unmittelbar berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung, weshalb er gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert ist. Auf den frist- und formgerecht erhobenen Rekurs ist somit einzutreten.

1.4 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich mangels ausdrücklicher spezialgesetzlicher Regelung nach § 8 VRPG. Demnach hat das Verwaltungsgericht zu prüfen, ob die Vorinstanz den Sachverhalt 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. Gemäss Art. 110 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG, SR 173.110) hat die unmittelbare richterliche Vorinstanz des Bundesgerichts oder ein vorgängig zuständiges Gericht den Sachverhalt frei zu prüfen. Daraus folgt, dass der Sachverhalt im gerichtlichen Verfahren zu erstellen ist, weshalb dem kantonalen Gericht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch neue

Tatsachen und Beweismittel unterbreitet werden können (BGE 135 II 369 E. 3.3 S. 374). Es ist somit auf die aktuellen Umstände und die Beweislage im Zeitpunkt des Entscheids des Verwaltungsgerichts abzustellen (VGE VD.2015.151 vom 24. Februar 2016 E. 1, VD.2013.214 vom 26. Mai 2016 E. 1.2, VD.2015.220 vom 2. Mai 2016 E. 1.2; vgl. auch BGer 2C_42/2011 vom 23. August 2012 E. 5.3).

E. 2

2.1 Wie erwähnt, bildet Streitgegenstand des Verfahrens in der Hauptsache die Frage der Wiedererwägung einer Wegweisungsverfügung. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die verfügende Behörde verpflichtet, sich mit einem (gegen die erstinstanzliche Verfügung gerichteten) Wiedererwägungsgesuch zu befassen, wenn sich entweder die Verhältnisse seit dem ersten Entscheid wesentlich geändert haben oder wenn der Gesuchsteller (im Sinne der klassischen Revisionsgründe) neue erhebliche Tatsachen und Beweismittel anführt, 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 136 II 177 E. 2.1 S. 181, 120 Ib 42 E. 2b S. 46 f.; vgl. zu dieser ■qualifizierten Wiedererwägung■ auch Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht, 3. Auflage, Basel 2014, N 648 ff.; Scherrer Reber, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 66 N 16). Zu beachten ist indessen, dass Vorbringen von völkerrechtlich relevanten Wegweisungshindernissen, zu denen unter anderem das aus Art. 3 EMRK abgeleitete menschenrechtliche Non-Refoulement-Gebot zählt, im Rahmen eines Wiedererwägungs- oder Revisionsverfahrens auch dann geprüft werden müssen, wenn die vorgenannten Voraussetzungen nicht erfüllt sind (vgl. den Grundsatzentscheid E MARK 1995 Nr. 9 E. 7a ff.; zur Geltung dieses Grundsatzes für alle landesrechtlichen Prozessvorschriften BVGE 2013/22 E. 5.4; zum Ganzen auch Reber, a.a.O., Art. 66 N 45, wonach entsprechende Vorbringen glaubhaft gemacht werden müssen).

2.2 Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet die Frage, ob es die Vorinstanz zu Recht abgelehnt hat, dem Rekurrenten für die Dauer des verwaltungsinternen Rekursverfahrens den prozessualen Aufenthalt zu gestatten. Dabei ist zunächst unstrittig, dass dem vom Rekurrenten gestellten Antrag in der zu beurteilenden Konstellation nicht durch Gewährung der aufschiebenden Wirkung entsprochen werden könnte, da diese nur bei positiven Verfügungen, wie sie etwa die ursprüngliche Wegweisungsverfügung darstellt, zum Tragen kommen kann (Seiler, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 55 N 21 ff.). Der vorliegend in der Hauptsache angefochtene Nichteintretensentscheid des Migrationsamtes stellt demgegenüber eine negative Verfügung dar, weshalb eine provisorische Änderung der Rechtslage lediglich durch ausdrückliche Anordnung einer vorsorglichen Massnahme erreicht werden kann, wobei Gegenstand derselben der vorsorgliche Aufschub der Vollstreckung des Entscheids, dessen Wiedererwägung beantragt wird, sein kann (Seiler, a.a.O., Art. 55 N 24 ff., 32; ders., a.a.O., Art. 56 N 20; vgl. auch VGE VD.2015.233 vom 29. Juni 2016 E. 2.2). Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist trotz fehlender ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage im gesamten kantonalen Verwaltungsverfahren zulässig (vgl. Schwank, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 458). Beim Entscheid über die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes sind irreparable Nachteile und präjudizierende Wirkungen soweit möglich zu vermeiden; das Ergebnis des

Hauptverfahrens soll nicht vorweggenommen, der durch den Sachentscheid zu regelnde Zustand also weder verunmöglicht noch unwiderruflich zementiert werden (so bezüglich der Frage der aufschiebenden Wirkung Seiler, a.a.O., Art. 55 N 97; vgl. spezifisch zu vorsorglichen Massnahmen BGE 130 II 149 E. 2.2 S. 155). Kriterien für die (aufgrund summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage erfolgende) Beurteilung der Frage, ob eine vorsorgliche Massnahme anzuordnen ist, sind grundsätzlich (in Übereinstimmung mit den Kriterien für Entzug oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung) neben dem Vorliegen eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils und zeitlicher Dringlichkeit eine Abwägung der entgegenstehenden öffentlichen und privaten Interessen unter Einschluss der Prüfung der Verhältnismässigkeit sowie gegebenenfalls die Hauptsachenprognose, sofern diese eindeutig ist (Seiler, a.a.O., Art. 56 N 26 ff., 70; ders., a.a.O. Art. 55 N 92 ff.; Schwank, a.a.O., S. 459; vgl. auch Kölz/Häner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Auflage, Zürich 2013, N 564 ff.; BGE 130 II 149 E. 2.2 S. 155; VGE VD.2016.58 vom 20. Juli 2016 E. 1.4). Steht allerdings wie vorliegend in der Hauptsache die Wiedererwägung einer rechtskräftig gewordenen Wegweisungsverfügung in Frage, so soll die vorsorgliche Massnahme nur angeordnet werden, wenn das Gesuch in der Hauptsache erhebliche Erfolgsaussichten hat, der Vollzug der Wegweisung einen erheblichen nicht wieder gutzumachenden Schaden mit sich bringen würde und der Rekurrent ein überwiegendes privates Interesse darzutun vermag (VGE VD.2015.233 vom 29. Juni 2016 E. 2.3.2, VD.2015.2 vom 4. Februar 2015 E. 2.2.1, VD.2016.239 vom 5. Januar 2017 E. 2.1.1).

E. 3

EMRK insbesondere darauf beruhte, dass die Krankheit des jeweiligen Beschwerdeführers sich noch nicht in einem fortgeschrittenen Stadium befand, die erforderliche Behandlung auch im Zielland grundsätzlich (wenn auch gegebenenfalls zu hohen Kosten) erhältlich war und der jeweilige Beschwerdeführer dort über ein gewisses soziales Netz verfügte (a.a.O. § 32 ff.). Auch wies der EGMR ausdrücklich auf die hohe Schwelle für die Annahme einer Verletzung von Art. 3 EMRK in Konstellationen aufenthaltsbeendender Massnahmen betreffend an einer Krankheit leidende Personen hin und hielt fest, dass sich eine Verletzung nicht aus dem alleinigen Umstand einer Reduktion der Lebenserwartung herleiten lasse (a.a.O. § 42 f.; vgl. ebenso *Tatar gegen Schweiz* vom 14. April 2015, [Nr. 65692/12], § 43, 47).

E. 3.2

3.2.1 Das in Art. 13 EMRK statuierte Recht auf wirksame Beschwerde ist als akzessorisches Recht ausgestaltet, das nur in Verbindung mit einer materiellen Garantie der EMRK oder eines Zusatzprotokolls geltend gemacht werden kann, wobei die Reichweite der Verpflichtung aus Art. 13 EMRK vom jeweiligen geltend gemachten materiellen Konventionsrecht abhängt (Grabenwarter/Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 6. Auflage, München 2016, § 24 N 184, 187). Dabei ist für die Anwendbarkeit der Garantie des Art. 13 EMRK nicht erforderlich, dass die Verletzung einer materiellen Garantie tatsächlich feststeht; umgekehrt begründet aber auch nicht jede geltend gemachte Konventionsverletzung die Anwendbarkeit von Art. 13 EMRK. Vielmehr muss die Verletzung einer materiellen Garantie mit einer gewissen Plausibilität dargelegt werden bzw. in vertretbarer Weise angenommen werden können (sog. **arguable claim**; Urteile des EGMR *Boyle und Rice gegen Grossbritannien* vom 27. April 1988, [Nr. 9659/82; 9658/82], § 52; *Powell und Rayner gegen Grossbritannien* vom 21. Februar 1990, [Nr.

9310/81], § 31; Bensaid gegen Grossbritannien vom 6. Februar 2001, [Nr. 44599/98], § 53 f.; vgl. zum Ganzen Grabenwarter/Pabel, a.a.O., § 24 N 193 f. [wonach eine nicht hinreichend substantiierte oder gar missbräuchliche Behauptung keinen Anlass zur Prüfung bietet]). Eine solche ■vertretbare Verletzungsbehauptung■ wird teilweise selbst dann als möglich erachtet, wenn eine Beschwerde als ■offensichtlich unbegründet■ im Sinne von Art. 35 Abs. 3 EMRK gilt (vgl. Urteile des EGMR Boyle und Rice gegen Grossbritannien vom 27. April 1988, [Nr. 9659/82; 9658/82], § 53 [vgl. aber auch § 54]; Powell und Rayner gegen Grossbritannien vom 21. Februar 1990, [Nr. 9310/81], § 32 [vgl. aber auch § 33]; vgl. hierzu Schweizer, in: Pabel/Schmahl [Hrsg.], Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Art. 13 N 21 [wo diese Möglichkeit mit der Unterscheidung zwischen einem ■prima facie case■ im Sinne der Schlüssigkeit eines Vorbringens und der Frage der Begründetheit einer Beschwerde erklärt wird, vgl. aber auch den Hinweis auf abweichende Entscheide in N 22]; Grabenwarter/Pabel, a.a.O., § 24 N 194). Sofern hinsichtlich der materiellen Garantie eine Verletzung von Art. 3 EMRK (vgl. hierzu näher E. 3.2.2) in vertretbarer Weise geltend gemacht wird, ergeben sich in Fällen betreffend aufenthaltsbeendende Massnahmen aus Art. 13 EMRK spezifische Anforderungen: So hat zum einen eine unabhängige, sorgfältige und hinreichend schnelle Prüfung der Behauptung, dass es für die Annahme eines tatsächlichen Risikos einer Verletzung von Art. 3 EMRK massgebliche Anhaltspunkte gebe, zu erfolgen; zum andern muss einem Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung zukommen (Urteile des EGMR De Souza Ribeiro gegen Frankreich vom 13. Dezember 2012, [Nr. 22689/07], § 82; M.S.S. gegen Belgien und Griechenland vom 21. Januar 2011, [Nr. 30696/09], § 293; Baysakov u.a. gegen Ukraine vom 18. Februar 2010, [Nr. 54131/08], § 71, 75; Gebremedhin [Gaberamadhien] gegen Frankreich vom 26. April 2007, [Nr. 25389/05], § 66; Jabari gegen Türkei vom 11. Juli 2000, [Nr. 40035/98], § 50; vgl. zum Ganzen Grabenwarter/Pabel, a.a.O., § 24 N 201). Diese von der Rechtsprechung statuierten Anforderungen an einen wirksamen Rechtsbehelf müssen auch auf Wiedererwägungsgesuche bzw. (jedenfalls bei fehlender Prüfung entsprechender Vorbringen durch die das Wiedererwägungsgesuch behandelnde Instanz) auf Rechtsmittel, die im Verfahren betreffend Wiedererwägung ergriffen werden, Anwendung finden. Denn insoweit die Wiedererwägung als wirksame Beschwerdemöglichkeit gilt, von der entsprechend für die Erschöpfung des nationalen Instanzenzugs Gebrauch zu machen ist (vgl. in diesem Sinn [für eine geltend gemachte Verletzung von Art. 3 EMRK aufgrund einer Wegweisung] den Entscheid der Europäischen Kommission für Menschenrechte [EKMR] S.T. gegen Schweiz vom 4. Dezember 1991, [Nr. 18079/91], E. 1 f., in: VPB 56 (1992) S. 446 ff.; vgl. hierzu auch Schweizer, a.a.O., Art. 13 N 107 Fn. 286), hat die Ausgestaltung dieses Rechtsschutzinstruments zwangsläufig die gleichen Garantien für dessen rechtliche und tatsächliche Wirksamkeit zu bieten (weshalb denn auch im genannten Entscheid gerade der Umstand, dass in entsprechenden Konstellationen gemäss konstanter Praxis der Vollzug des vom Wiedererwägungsgesuch betroffenen Wegweisungsentscheids ausgesetzt wurde, für die Qualifikation als wirksame Beschwerde ausschlaggebend war). An die Stelle der aufschiebenden Wirkung hat dabei nach dem in E. 2.2 Ausgeführten der Erlass einer entsprechenden vorsorglichen Massnahme zu treten.

3.2.2 Die vom Rekurrenten angerufene materielle Garantie von Art. 3 EMRK steht aufenthaltsbeendenden Massnahmen entgegen, wenn stichhaltige Gründe für die Annahme sprechen, dass für den Betroffenen in der Folge der Massnahme das reale Risiko einer Misshandlung besteht (Urteile des EGMR Soering gegen Grossbritannien vom 7. Juli 1989, [Nr. 14038/88], § 91; Cruz Varas gegen Schweden vom 20. März 1991, [Nr. 15576/89], § 69

f.;Chahal gegen Grossbritannien vom 15. November 1996, [Nr. 22414/93], § 74;Lorz/Sauer, Wann genau steht Art. 3 EMRK einer Auslieferung oder Ausweisung entgegen?, in: EuGRZ 2010, S. 389, 395 ff.;Grabenwarter/Pabel, a.a.O., § 20 N 78, 84). Dabei kann es eine Verletzung von Art. 3 EMRK darstellen, wenn eine aufenthaltsbeendende Massnahme unter den besonderen Gegebenheiten des Einzelfalls dazu führt, dass die Durchführung einer lebenswichtigen medizinischen Behandlung unmöglich ist (Grabenwarter/Pabel, a.a.O., § 20 N 82). So erkannte der EGMR im Urteil D. gegen Grossbritannien vom 2. Mai 1997, [Nr. 30240/96], auf eine Verletzung von Art. 3 EMRK im Falle eines an AIDS erkrankten Beschwerdeführers, der sich in einem fortgeschrittenen Stadium der Krankheit befand und auf Behandlung und Betreuung angewiesen war, zu denen er im Zielland keinen Zugang gehabt hätte (a.a.O. § 51 ff. [wobei die ■very exceptional circumstances■ des Falles betont wurden]). Keine Konventionsverletzung liegt demgegenüber vor, wenn der Zugang zu medizinischer Versorgung im Aufnahmestaat lediglich schwieriger, die Behandlung in der Wohngegend nicht erhältlich oder die Finanzierbarkeit für den Betroffenen gegebenenfalls problematisch ist (Grabenwarter/Pabel, a.a.O., § 20 N 82). Aus dem Urteil N. gegen Grossbritannien vom 27. Mai 2008, [Nr. 26565/05], in welchem der EGMR seine diesbezügliche Rechtsprechung zusammenfasste, geht hervor, dass die in anderen Fällen (wie auch im Urteil N. gegen Grossbritannien selbst) erfolgte Verneinung einer Verletzung von Art.

E. 3.3.1

3.3.1.1 Nach dem Gesagten erweist sich als entscheidend, ob sich der Rekurrent im Hauptsacheverfahren in vertretbarer Weise (also im Sinne eines ■arguable claim■) darauf beruft, eine Wegweisung nach Kamerun würde aufgrund seines Gesundheitszustandes eine Verletzung von Art. 3 EMRK darstellen (vgl. zu den entsprechenden Vorbringen im Hauptsacheverfahren Ziff. 10 ff. des Wiedererwägungsgesuches vom 22. Juni 2016 sowie Ziff. 17 ff. der Begründung des Rekurses an das JSD vom 6. Juli 2016). Dabei ist zu beachten, dass diese Frage nicht mit derjenigen des Vorliegens einer Verletzung von Art. 3 EMRK übereinstimmt. Entsprechend ist im Folgenden zu berücksichtigen, dass zwar die Schwelle für die Bejahung einer Verletzung von Art. 3 EMRK aufgrund des Gesundheitszustandes der von einer aufenthaltsbeendenden Massnahme betroffenen Person hoch angesetzt wird, dass aber die Schwelle für die Bejahung eines ■arguable claim■ generell relativ tief liegt.

Im Zeitpunkt, in welchem sich der Rekurrent in der Hauptsache erstmals auf Art. 3 EMRK berief, bestand gemäss den beiden damals aktuellen ärztlichen Berichten vom 20. Juni 2016 keine unmittelbare Therapiebedürftigkeit, wobei zugleich festgehalten wurde, die unheilbare und chronisch fortschreitende Krankheit des Rekurrenten (multiples Myelom) sei aktuell wieder progredient und eine erneute Behandlungsbedürftigkeit in spätestens 12 bis 24 Monaten erreicht. Dabei sei davon auszugehen, dass nur mit der neueren und neuesten Generation von Medikamenten der Krankheitsverlauf weiterhin günstig beeinflusst bzw. aufgehalten werden könne, während ohne erneute Therapie mit schweren Organschäden und baldigem Ableben des Patienten zu rechnen sei. Während ein vom SEM eingeholtes Medizinisches Consulting vom 27. Oktober 2015 zum Schluss gekommen war, die Behandlung eines multiplen Myeloms sei in Kamerun möglich, hielt der behandelnde Arzt der Abteilung Hämatologie des Universitätsspitals Basel in einem Schreiben an den früheren Rechtsvertreter des Rekurrenten vom 10. Mai 2016 fest, die im genannten medizinischen Consulting angeführten in Kamerun verfügbaren therapeutischen Optionen

stellten wirksame Therapien zur Erstbehandlung eines multiplen Myeloms dar; beim Rekurrenten sei jedoch eine entsprechende Diagnose im Jahr 2009 gestellt worden und sei es in der Folge zu diversen Behandlungen inkl. zweimaliger Hochdosischemotherapie (gemäss Diagnoseliste zum Ärztlichen Bericht vom 20. Juni 2014 in den Jahren 2009/2010 und 2013/2014) gekommen, weshalb davon auszugehen sei, dass die in Kamerun verfügbaren Behandlungsoptionen bei erneuter Therapiebedürftigkeit keinen oder nur einen sehr kurzfristigen Therapieeffekt aufweisen würden und nur mit der neuesten Generation von Medikamenten der Krankheitsverlauf nachhaltig beeinflusst werden könne. Erscheint es schon bei dieser Sachlage nicht von vornherein ausgeschlossen, dass sich der Rekurrent (insbesondere mit Blick auf die relativ präzise zeitliche Vorhersage des spätestmöglichen Eintritts der Behandlungsbedürftigkeit) in vertretbarer Weise auf die materielle Garantie von Art. 3 EMRK berufen könnte, so ergab sich vorliegend während laufendem Hauptsacheverfahren folgende Entwicklung des Gesundheitszustands des Rekurrenten: Gemäss Ambulanten Bericht vom 28. Juli 2016 war das Plasmazellmyelom nun doch eindeutig progredient, weshalb in Aussicht gestellt wurde, es werde eine Bestrahlung der frakturgefährdeten Areale indiziert sein; auch müsse eine erneute systemische Therapie evaluiert werden. Der Diagnoseliste zum Ambulanten Bericht vom 20. Oktober 2016 liess sich sodann eine Erhöhung des massgeblichen Indikators M-Gradient auf 31.9 g/l entnehmen. Im nach Hospitalisierung des Rekurrenten vom 29. März bis 6. April 2017 erstellten Austrittsbericht vom 18. April 2017, der eine weitere Erhöhung des M-Gradienten auf 55.6 g/l und den Befund Disseminierte osteolytische Metastasierung im Rahmen der Grunderkrankung, teils deutlich progredient. Zunehmende Osteolyse des Schenkelhalses links mit Frakturgefährdung dokumentiert, wird schliesslich festgehalten, die Dringlichkeit einer Myelomtherapie [] und dass die schwere Anämie und aktuelle Pneumonie in Zusammenhang mit der Grundkrankheit steht, sei dem Rekurrenten mehrfach erklärt worden; auch habe man ihm aufgrund der Osteolyse im Bereich des Schenkelhalses eine Stabilisierung nahegelegt. Hinsichtlich des weiteren Vorgehens werden die erneute Besprechung einer Chemotherapie sowie die Besprechung einer linksseitigen Schulterbestrahlung erwähnt. Damit ist aufgrund der aktuellsten medizinischen Unterlagen davon auszugehen, dass sich der Rekurrent mittlerweile klarerweise in einem fortgeschrittenen Stadium einer unheilbaren Krankheit, bei der von einer mittleren Lebenserwartung zwischen 4 und 6 Jahren ab erster Diagnose ausgegangen wird (vgl. <http://www.multiples-myelom.ch/de/content/was-ist-das-multiple-myelom-plasmozytom>, besucht am 18. Juli 2017), befindet und dass mittlerweile in objektiver Hinsicht von einer dringenden Therapiebedürftigkeit auszugehen ist. Zugleich wird mit dem eingereichten Schreiben des behandelnden Arztes vom 10. Mai 2016 in plausibler Weise dargetan, dass entgegen dem medizinischen Consulting vom 27. Oktober 2015 die im jetzigen Stadium der Krankheit des Rekurrenten erforderliche Therapie in Kamerun nicht erhältlich ist. Bezüglich des allfälligen Bestehens eines sozialen Netzes des Rekurrenten im Zielland lässt sich den Akten sodann nichts Näheres entnehmen, wobei sich aber jedenfalls seine Herkunftsfamilie auch in der Schweiz befindet. Unter diesen Umständen liegt auch im Lichte der strengen Voraussetzungen für die Annahme einer Verletzung von Art. 3 EMRK in entsprechenden Konstellationen (vgl. E. 3.2.2) grundsätzlich ein (vorliegend allein in Frage stehender) arguable claim einer entsprechenden Verletzung vor.

3.3.1.2 Fraglich ist allerdings, ob der Umstand, dass die medizinisch gebotenen Therapien derzeit vom Rekurrenten nicht in Anspruch genommen werden, zu einer abweichenden Einschätzung führen muss. Dies ist aus den folgenden Gründen zu verneinen: Zunächst

kann vorliegend trotz der aktuell fehlenden Therapiebereitschaft des Rekurrenten nicht von einer prinzipiellen und insofern unveränderlich erscheinenden Ablehnung schulmedizinisch indizierter Behandlungsansätze ausgegangen werden. So hält zwar bereits der Ambulante Bericht vom 28. Juli 2016 fest, eine Abklärung der Hüfte mittels konventionellem Röntgen sei vom Rekurrenten abgelehnt worden, während gemäss Ambulantem Bericht vom 20. Oktober 2016 in einem Gespräch mit dem Rekurrenten und dessen Angehörigen ■ein gewisses Interesse an der Therapie nach KR-D-Schema geweckt■ werden konnte, der Rekurrent sich jedoch zunächst mit einem neu gefundenen Hausarzt besprechen wollte. Ebenso hält der Austrittsbericht vom 18. April 2017 fest, das multiple Myelom werde ■aktuell auf Wunsch des Patienten nicht therapiert■ bzw. dieser habe ■jegliche myelomspezifische Therapie mehrfach ab[gelehnt] und würde gerne zu einem späteren Zeitpunkt auf eine Therapie zurückkommen■. Schliesslich machte der Rekurrent insbesondere in seiner Einvernahme vom 11. September 2015 Aussagen, wonach er eine weitere Behandlung ablehne und ■in zwei bis fünf Jahren in Ruhe sterben [möchte]■. Indessen hat sich der Rekurrent (wie vorstehend erwähnt) in der Vergangenheit mehrfach, unter anderem zweimal mit Hochdosischemotherapie, behandeln lassen. Davon ausgehend, dass ihm damit die massiven Nebenwirkungen der bisherigen Behandlungsansätze aus eigener Erfahrung bekannt sind, erscheint die von ihm anlässlich der Einvernahme vom 18. Mai 2016 im Verfahren betreffend Verlängerung der Ausschaffungshaft (AUS.2016.36) geäusserte Begründung, wonach er nicht mehr ins Spital gegangen sei, weil er Angst gehabt habe, nachvollziehbar. Ebenfalls nicht völlig unplausibel ist angesichts der Tragweite der entsprechenden Entscheidungen das in der letzten Eingabe enthaltene Vorbringen, wonach sich der Rekurrent mangels Aufenthaltssicherheit nicht auf die Behandlung einlassen könne. Schliesslich kann auch davon ausgegangen werden, dass der weitere Verlauf der Krankheit im Sinne einer nochmaligen deutlichen Verschlechterung des Gesundheitszustandes des Rekurrenten dessen Behandlungsbereitschaft (insbesondere mit Blick auf die Abwägung der Nebenwirkungen im Verhältnis zu den Leiden in unbehandeltem Zustand) erhöhen dürfte.

In diesem Zusammenhang ist nun zu berücksichtigen, dass die Prüfung des Vorbringens des Rekurrenten, wonach seine Wegweisung eine Verletzung von Art. 3 EMRK darstelle, in der Hauptsache im Zeitpunkt des entsprechenden Entscheids des JSD nach den dazumal aktuellen Umständen vorzunehmen sein wird (vgl. zum Abstellen auf die Umstände im Zeitpunkt der Prüfung jedenfalls bei noch nicht vollzogener Aufenthaltsbeendigung [aus Sicht des EGMR] Urteil des EGMRD. gegen Grossbritannien vom 2. Mai 1997, [Nr. 30240/96], § 50; Grabenwarter/Pabel, a.a.O., § 20 N 83). Mit Blick darauf, dass bei Vorliegen eines ■arguable claim■ und damit gegebener Anwendbarkeit von Art. 13 EMRK die Wirksamkeit des Rechtsschutzinstruments in der Hauptsacheverfahren sicherzustellen ist, erscheint es in der vorliegenden Konstellation problematisch, einen ■arguable claim■ gestützt auf eine in tatsächlicher Hinsicht vorläufige Einschätzung zu verneinen, obwohl für die Beurteilung des Vorbringens des Rekurrenten letztlich die Sachumstände im Zeitpunkt des Entscheids in der Hauptsache massgeblich sein werden. Zwar handelt es sich dabei strukturell um eine jedem Verfahren betreffend Anordnung vorsorglicher Massnahmen bei gleichzeitiger Anrufung einer materiellen Konventionsgarantie in der Hauptsache inhärente Problematik. Doch akzentuiert sich diese vorliegend insofern, als eine Veränderung des massgeblichen Aspekts der Therapiebereitschaft bis zum Abschluss des Verfahrens in der Hauptsache nicht lediglich als (immer denkbare) hypothetische Veränderung des zu beurteilenden

Sachverhalts erscheint. Vielmehr erweist sich ■ gerade mit Blick auf die nachvollziehbaren, aber nicht prinzipiellen Erwägungen folgenden Gründe einer aktuell gegenteiligen Entscheidung des Rekurrenten sowie die Absehbarkeit der für seine Therapiebereitschaft möglicherweise relevanten Verschlechterung des Gesundheitszustands ■ eine entsprechende Entwicklung als naheliegend, zumindest aber als plausibel (wobei diese Überlegung nicht mit der vom EGMR bei Prüfung des Vorliegens der Verletzung einer materiellen Konventionsgarantie abgelehnten Berücksichtigung spekulativer Entwicklungen nach Abschluss des gesamten Verfahrens gleichgesetzt werden kann). Damit aber kann unter den gegebenen Umständen die fehlende Behandlungsbereitschaft im Zeitpunkt des Entscheids über den Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht dazu führen, dass bezüglich des Vorbringens einer Verletzung von Art. 3 EMRK in der Hauptsache ein ■arguable claim■ verneint wird. Vielmehr lässt der Umstand, dass plausible Gründe für eine Veränderung des zentralen Elements der Therapiebereitschaft während der Dauer des Verfahrens in der Hauptsache bestehen, das entsprechende Vorbringen im Rahmen des Hauptsacheverfahrens nicht als missbräuchlich, sondern mit Blick auf den möglichen Ausgang dieses Verfahrens als vertretbare Verletzungsbehauptung erscheinen.

3.3.2 Ist demnach bezüglich der geltend gemachten Verletzung von Art. 3 EMRK von einem ■arguable claim■ auszugehen, so hat die damit einhergehende Anwendbarkeit von Art. 13 EMRK gemäss dem in E. 3.2.1 Ausgeführten zur Folge, dass zur Sicherstellung der Wirksamkeit des Rechtsbehelfs des Rekurrenten eine den prozessualen Aufenthalt gestattende vorsorgliche Massnahme zu erlassen ist, ohne dass insoweit noch eine Interessenabwägung bzw. eine Hauptsachenprognose im Sinne der in E. 2.2 genannten Voraussetzungen zu erfolgen hätte. Hervorzuheben ist im Übrigen, dass die Beurteilung der Frage, ob eine Verletzung von Art. 3 EMRK vorliegt, von der Frage des Vorliegens der Voraussetzungen einer qualifizierten Wiedererwägung unabhängig ist (vgl. hierzu in prozessualer Hinsicht bereits E. 2.1) und mit dieser inhaltlich nicht übereinstimmt. Nachdem sich das Migrationsamt in der Nichteintretensverfügung vom 28. Juni 2016 lediglich zur Frage des Bestehens eines ■Revisionsgrundes■ geäussert hat, ist eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Wegweisung des Rekurrenten angesichts der Vorbringen desselben zu seinem aktuellen Gesundheitszustand und zum aus medizinischer Sicht gebotenen therapeutischen Vorgehen eine Verletzung von Art. 3 EMRK darstelle, unterblieben. Entsprechend kann eine solche erstmals im verwaltungsinternen Rekursverfahren durch das JSD erfolgen, wobei das aus Art. 13 EMRK fliessende Erfordernis einer sorgfältigen Prüfung des Vorbringens nicht bereits aufgrund der hierzu im Rahmen des Zwischenentscheids vom 12. Juni 2016 ergangenen Ausführungen erfüllt ist. Denn insoweit hält das JSD ausdrücklich fest, dass (gemäss seiner Einschätzung) die ernsthafte und konkrete Gefahr einer gemäss Art. 3 EMRK verbotenen Behandlung nicht hinreichend substantiiert worden sei, ergebe sich aufgrund summarischer Prüfung (angefochtener Entscheid E. 5 ff.); eine solche stellt aber gerade keine sorgfältige Prüfung im Sinne von Art. 13 EMRK dar (vgl. hierzu BGer 2C_819/2016 vom 14. November 2016 E. 3).

3.3.3 Ergänzend ist schliesslich darauf hinzuweisen, dass sich der Erlass der beantragten vorsorglichen Massnahme auch insofern rechtfertigt, als im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes präjudizierende Wirkungen (auch soweit diese auf der Nichtanordnung entsprechender Massnahmen beruhen würden) zu vermeiden sind (vgl. bereits E. 2.2). Vorliegend käme nun dem Vollzug der Wegweisung während laufendem

verwaltungsinternem Rekursverfahren nicht lediglich insofern präjudizierende Wirkung zu, als damit eine allenfalls in der Wegweisung liegende Verletzung von Art. 3 EMRK vor sorgfältiger Prüfung des entsprechenden Vorbringens bereits erfolgen würde. Vielmehr ergäbe sich in der spezifisch zur Beurteilung stehenden Konstellation die zusätzliche Problematik, dass der Aspekt der Behandlungsbereitschaft des Rekurrenten für die im Hauptsacheverfahren vorzunehmende Prüfung des Vorliegens einer Verletzung von Art. 3 EMRK bedeutsam sein dürfte, dass aber bei Vollzug der Wegweisung während laufendem Hauptverfahren die Bereitschaft, im Zielland nicht erhältliche Therapiemöglichkeiten in Anspruch zu nehmen, gar nicht mehr unter Beweis gestellt werden könnte. In diesem Sinne würde die aktuell fehlende Behandlungsbereitschaft trotz derzeit noch nicht abgeschlossenem Hauptverfahren auch für das Hauptverfahren zementiert und damit (zumindest bezüglich der Frage des Vorliegens einer Verletzung von Art. 3 EMRK) dessen Ausgang präjudiziert, was nach dem Gesagten gerade zu vermeiden ist.

3.4 Zusammenfassend ergibt sich, dass der angefochtene Entscheid in Gutheissung des Rekurses aufzuheben und dem Rekurrenten im Sinne einer vorsorglichen Massnahme zu gestatten ist, den Ausgang des beim JSD hängigen Rekursverfahrens in der Schweiz abzuwarten.

E. 4

Bei diesem Verfahrensausgang sind für das verwaltungsgerichtliche Verfahren keine Kosten zu erheben. Aufgrund des Obsiegens des Rekurrenten ist die Vorinstanz zu verpflichten, diesem für das verwaltungsgerichtliche Verfahren eine angemessene Parteientschädigung auszurichten, wobei vollumfänglich auf die eingereichte Honorarnote vom 2. Mai 2017 abgestellt werden kann.

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