

# GR\_GERICHTE U 2021 31 vom 10. November 2021

GR Gerichte, 2021-11-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_U\\_2021\\_31](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_U_2021_31)

FR: GR\_GERICHTE U 2021 31 du 10 novembre 2021

IT: GR\_GERICHTE U 2021 31 del 10 novembre 2021

## Regeste

Aufenthaltsbewilligung | Fremdenpolizei

## Erwägungen

### E. 1

A.\_\_\_\_\_, portugiesischer Staatsangehöriger, verfügt über eine Aufenthaltbewilligung EU/EFTA mit Gültigkeitsdauer bis am 26. Februar 2024.

### E. 2

Am 3. Februar 2012 heiratete A.\_\_\_\_\_ die ebenfalls portugiesische Staatsangehörige B.\_\_\_\_\_.

### E. 3

Am 21. Februar 2017 wurde A.\_\_\_\_\_ vom Regionalgericht C.\_\_\_\_\_ wegen mehrfacher Vergewaltigung gemäss Art. 190 Abs. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs (StGB; SR 311.0) sowie der versuchten Vergewaltigung nach Art. 190 Abs. 1 i. V. m. Art. 22 Abs. 1 StGB gegenüber seiner Ehefrau mit einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten verurteilt. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren aufgeschoben. Das Kantonsgericht lehnte die dagegen erhobene Berufung mit Urteil vom 15. August 2019 ab.

### E. 4

Die Ehe zwischen A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ wurde mit Entscheid des Regionalgerichts C.\_\_\_\_\_ vom 10. Oktober 2018 geschieden. Ihr gemeinsamer Sohn, D.\_\_\_\_\_, geboren am 20. Februar 2012, wurde unter die gemeinsame elterliche Sorge gestellt. Die Obhut über den Sohn hat die Mutter. Mutter und Sohn verfügen über eine Niederlassungsbewilligung.

#### E. 4.1

Eine strafrechtliche Landesverweisung i. S. v. Art. 66a ff. des Schweizerischen Strafgesetzbuchs (StGB; SR 311.0) ist nur bei Delikten möglich, die nach dem 1. Oktober 2016 begangen wurden (BGE 146 II 1 E.2.1.2). Vorliegend wurde das Delikt in der Nacht vom 29. auf den 30. August 2015 begangen (Bg-act. I 9 S. 14), wo die Migrationsbehörden für den Widerruf der Aufenthaltbewilligung zuständig bleiben.

#### E. 4.2

Laut Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG; SR 142.20) gilt dieses Gesetz, soweit keine anderen Bestimmungen auf nationaler oder internationaler Ebene (Völkerrecht/bilaterale oder multilaterale Staatsverträge) zur Anwendung kommen. Der Beschwerdeführer ist portugiesischer Staatsangehöriger und seit 2008 im Besitze einer

Aufenthaltsbewilligung für die Schweiz. Nebst dem nationalen Ausländer- und Integrationsgesetz gilt es hier daher auch noch das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA; SR 0.142.112.681) zu berücksichtigen. Als EU-Angehöriger hat der Beschwerdeführer grundsätzlich einen Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung (Art. 4

- 6 - FZA sowie Art. 6 Anhang I FZA). Sie kann nicht verlängert bzw. widerrufen werden, wenn unter anderem die ausländische Person zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe, d. h. zu einer solchen von mehr als einem Jahr, verurteilt worden ist (Art. 33 Abs. 3 und Art. 62 Abs. 1 lit. b AIG; BGE 139 I 31 E.2.1). Der genannte Widerrufsgrund bildet zudem Voraussetzung für den Widerruf oder die Nichtverlängerung von EU/EFTA-Bewilligungen (vgl. Art. 2 Abs. 2 AIG; Art. 23 Abs. 1 der Verordnung vom 22. Mai 2002 über die Einführung des freien Personenverkehrs [VEP; SR 142.203]), wobei zusätzlich jedoch die Vorgaben von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA zu beachten sind. Gemäss dieser Bestimmung dürfen die durch das Abkommen gewährten Rechtsansprüche nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden. Nach Art. 3 der Richtlinie 64/221/EWG - auf welche Art. 5 Abs. 2 Anhang I FZA verweist - darf bei Massnahmen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit ausschliesslich das persönliche Verhalten der betreffenden Person ausschlaggebend sein; strafrechtliche Urteile allein können nicht ohne Weiteres diese Massnahmen begründen. Rechtsprechungsgemäss darf daher eine strafrechtliche Verurteilung nur insoweit als Anlass für eine Massnahme herangezogen werden, als die ihr zugrundeliegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt. Art. 5 Anhang I FZA steht somit Massnahmen entgegen, die (allein) aus generalpräventiven Gründen verfügt werden (zum Ganzen BGE 145 IV 364 E.3.5.2 m. H.). Eine strafrechtliche Verurteilung kann jedoch insofern zum Widerruf führen, wenn die ihr zugrundeliegenden Umstände ein persönliches Verhalten bei der betroffenen Person erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt (Urteil des Bundesgericht 2C\_3/2021 vom 23. März 2021 E.4.2). Insoweit kommt

- 7 - es wesentlich auf das Rückfallrisiko an (BGE 145 IV 364 E.3.5.2; Urteile des Bundesgerichts 2C\_3/2021 vom 23. März 2021 E.4.2 und 2C\_556/1010 vom 22. Januar 2021 E.2.3). Verlangt wird eine nach Art und Ausmass der möglichen Rechtsgüterverletzung zu differenzierende, hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass die ausländische Person auch künftig die öffentliche Sicherheit und Ordnung stören wird. Die Bejahung einer Rückfallgefahr setzt nicht voraus, dass eine Straftäterin bzw. ein Straftäter mit Sicherheit weiter delinquieren wird; ebenso wenig kann für die Verneinung einer Rückfallgefahr verlangt werden, dass überhaupt kein Restrisiko einer Straftat besteht (Urteile des Bundesgerichts 2C\_3/2021 vom 23. März 2021 E.4.2 und 2C\_765/2018 vom 21. September 2018 E.3.2.1). Je schwerer die befürchtete bzw. vernünftigerweise absehbare Verletzung wichtiger Rechtsgüter wiegt, umso weniger ist die Möglichkeit eines Rückfalls freizügigkeitsrechtlich hinzunehmen (BGE 139 II 121 E. 5.3; Urteil 2C\_765/2018 vom 21. September 2018 E. 3.2.1 m.H.). Als schwerwiegend gelten etwa Beeinträchtigungen der physischen, psychischen und sexuellen Integrität Dritter (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2C\_873/2020 vom 4. Februar 2021 E. 4.3; 2C\_634/2018 vom 5. Februar 2019 E. 4.1.2 m. H.).

### **E. 4.3**

Nicht bestritten ist vorliegend, dass der Beschwerdeführer den Widerrufsgrund nach Art. 62 Abs. 1 lit. b AIG erfüllt, nachdem er am 21. Februar 2017 wegen mehrfacher Vergewaltigung sowie der versuchten Vergewaltigung zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten verurteilt worden ist (Bg-act. I 9, S. 51).

### **E. 4.4**

Der Beschwerdeführer bringt vor, dass der Beschwerdegegner keine konkrete Beurteilung der Rückfallgefahr, sondern allein auf allgemeine Überlegungen abgestellt habe. Dadurch liege eine Verletzung der Begründungspflicht vor und der Beschwerdegegner handle willkürlich. So sei der Beschwerdeführer ein Ersttäter und nach der Tat nicht mehr straffällig geworden. Es bestehen auch keine konkreten Hinweise, dass bei ihm weitere Straftaten zu erwarten wären. Dazu kommt, dass ihm sein Arbeitgeber ein gutes Zeugnis ausstelle.

#### **E. 4.4.1**

Vorab ist zu prüfen, ob der beschwerdeführerische Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt wurde.

#### **E. 4.4.2**

Der durch Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV; SR 101) gewährleistete Anspruch auf rechtliches Gehör dient einerseits der Sachaufklärung und garantiert andererseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Parteien im Verfahren, soweit dies Einfluss auf ihre Rechtsstellung haben kann. Die Gehörsgarantie ist somit ein verfassungsmässig geschütztes Individualrecht, hat also den Charakter eines selbständigen Grundrechtes (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich 2020, Rz. 1003). Neben den sich aus Art. 29 Abs. 2 BV ergebenden Mindestgarantien finden für die kantonalen Behörden die im kantonalen Recht vorgesehenen Verfahrensvorschriften Anwendung. Der Anspruch der am Verfahren beteiligten Person auf Akteneinsicht wird in Art. 17 VRG statuiert. Das Einsichtsrecht erstreckt sich auf alle Akten, die geeignet sind, Grundlage der späteren Verfügung bzw. des späteren Entscheides in der betreffenden Sache zu bilden (BGE 132 V 387 E.3.1). Weiter garantiert Art. 22 Abs. 1 VRG die Begründungspflicht für kantonale Behörden. Der Sinn und Zweck der Begründungspflicht liegt darin, dass die betroffene Person wissen soll, warum eine Behörde entgegen ihrem Antrag entschieden hat. Die Begründung eines Entscheides muss deshalb so abgefasst sein, dass die betroffene Person ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl die betroffene Person wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheides ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sich ihr Entscheid stützt. Die Behörde darf sich jedoch auf die für den Entscheid wesentliche Gesichtspunkte beschränken, sie ist nicht verpflichtet, sich zu allen Rechtsvorbringen der Parteien zu äussern (zum Ganzen BGE 142 II 49 E.9.2; 141 III 28 E.3.2.4; 140 II 262 E.6.2).

#### **E. 4.4.3**

Vorliegend ist der Beschwerdegegner der sie treffenden Begründungspflicht in hinreichendem Masse nachgekommen: Die angefochtene Departementsverfügung vom 4. März 2021 ist vollständig, verständlich und hinreichend begründet, so dass sich der

Beschwerdeführer über alle relevanten Überlegungen des Beschwerdegegners im Klaren sein konnte (vgl. insb. Bf-act. 1 S. 9). Ob die Begründungen rechtlich zutreffend und haltbar sind, ist wiederum keine Frage des formellen Anspruches auf rechtliches Gehör, sondern der materiellen Beurteilung der Streitfrage.

#### **E. 4.5**

Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob der verfügte Widerruf den Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA genügt. Dem Urteil des Regionalgerichts C.\_\_\_\_\_ vom 21. Februar 2017 lag zusammengefasst folgender Sachverhalt zugrunde: Anfangs 2015 kam es zwischen den beiden Eheleuten zu einem grösseren Streit, in dessen Folge eröffnete die Ehefrau dem Beschwerdeführer, dass sie sich scheiden lassen wolle. Von diesem Zeitpunkt an schiefen die Eheleute in getrennten Schlafzimmern. In der Nacht vom 29. auf den 30. August 2015 entdeckte der Beschwerdeführer, dass die damalige Ehefrau eine Videodatei, auf der sie sich an ihren Geschlechtsteilen berührte, einem Bekannten geschickt hatte. Der Beschwerdeführer vergewaltigte sie in der Folge unter Anwendung von körperlichen Gewalt, Drohungen sowie Zufügen von Schmerzen. Das Institut für Rechtsmedizin stellte anlässlich der am 30. August 2015 durchgeführten Untersuchungen verschiedene Verletzungen im Gesicht und am Körper der damaligen Ehefrau fest und bewertete diese Befunde als Zeichen stumpfer Gewalteinwirkungen. Das Regionalgericht C.\_\_\_\_\_ bezeichnete das Verschulden des Beschwerdeführers nicht mehr als leicht, aber eher im unteren Bereich der möglichen Tat-

- 10 - varianten. Gemäss den Ausführungen des Regionalgerichts C.\_\_\_\_\_ habe der Beschwerdeführer aus Eifersucht und verletztem männlichen Stolz gehandelt, wobei es ihm vorrangig nicht um sexuelle Befriedigung, sondern um eine Machtdemonstration sowie Erniedrigung und Bestrafung seiner Ehefrau gegangen sein dürfte (zum Ganzen Bg-act. I 9 S. 42). Das Gericht gewährte dem Beschwerdeführer den bedingten Strafvollzug, da es ihm keine ungünstige Prognose stellte, respektive sich die Vermutungsumkehr zu Gunsten des bedingten Strafvollzugs verlagert habe (Bg-act. I 9 S. 43 f.). Mit der Tat hat der Beschwerdeführer mehrfach und in schwerer Weise die sexuelle Integrität der Ehefrau verletzt. Dazu kommt, dass er vor, während und nach der Vergewaltigung wiederholt Gewalt angewendet hat und somit auch physisch ihre Integrität beeinträchtigt hat. Ein solches Sexual- und Gewaltdelikt stellt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers eine schwere Verletzung grundlegender Rechtsgüter dar (vgl. BGE 139 II 121 E.6.3; Urteile des Bundesgerichts 2C\_45/2017 vom

#### **E. 5**

Nachdem das Amt für Migration (AFM) A.\_\_\_\_\_ das rechtliche Gehör erteilt hat, widerrief das AFM mit Verfügung vom 24. April 2020 seine Aufenthaltserlaubnis für A.\_\_\_\_\_ in der Schweiz. Begründend führte das AFM an, dass aufgrund der Schwere des begangenen Delikts und der Schwere der Rechtsverletzung die Anforderungen an die in Kauf zu nehmende Rückfallgefahr geringer und das öffentliche Interesse an der Entfernung des betroffenen Ausländers von der Schweiz erhöht seien. Die privaten Interessen von A.\_\_\_\_\_ am Verbleib in der Schweiz, insbesondere der Erhalt der

- 3 - Arbeitsstelle und der Kontakt zu seinem Sohn, würden diese erhöhten öffentlichen Interessen nicht aufzuwiegen vermögen.

#### **E. 5.1**

Hat die ausländische Person einen Widerrufsgrund gesetzt und stellt sie eine hinreichend schwere und gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit im Sinne von Art. 5 Anhang I FZA dar, ist schliesslich die Verhältnismässigkeit eines Widerrufs bzw. der Nichtverlängerung der Bewilligung zu prüfen (Art. 5 Abs. 2 BV; Art. 96 Abs. 1 AIG). Dies erfordert eine Interessensabwägung unter Berücksichtigung aller wesentlichen Umstände des Einzelfalls. Stellt der Widerruf oder die Nichtverlängerung der Bewilligung einen Eingriff in das durch Art. 8 Ziff. 1 der Europäischen Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101) geschützte Familienleben dar, ergibt sich die Notwendigkeit einer Interessensabwägung auch aus Art. 8 Ziff. 2 EMRK. Danach ist ein solcher Eingriff statthaft, wenn er gesetzlich vorgesehen ist und in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Recht und Freiheiten anderer notwendig ist. Ist es dieser Person ohne Schwierigkeiten möglich bzw. zumutbar, das Familienleben zusammen mit der von der Wegweisung betroffenen Person andernorts zu pflegen, liegt kein Eingriff in ein konventionsrechtlich geschütztes

- 13 - Rechtsgut vor (BGE 139 I 330 E.2.1 m. H.). Die Konvention verlangt insofern eine Abwägung der sich gegenüberstehenden privaten Interessen an der Bewilligungserteilung und den öffentlichen Interessen an deren Verweigerung, wobei Letztere in dem Sinn überwiegen müssen, dass sich der Eingriff als notwendig erweist (BGE 139 I 145 E.2.2; 135 I 153 E.2.2). Bei der Interessensabwägung sind namentlich die Schwere des Verschuldens, der Grad der Integration bzw. die Dauer der bisherigen Anwesenheit sowie die der betroffenen Person und ihrer Familie drohenden Nachteile zu beachten (BGE 139 I 31 E.2.3.3; 135 II 377 E.4.3). Bei der insofern gegebenenfalls gebotenen Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen berücksichtigt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) die gleichen Kriterien wie das Bundesgericht bei seiner Prüfung der Verhältnismässigkeit der aufenthaltsbeendenden Massnahme nach Art. 96 AIG (vgl. BGE 139 I 31 E.2.3.3; 139 I 145 E. 2.4; Urteil 2C\_609/2020 vom 1. Februar 2021 E.3.3). Auch aus der verfassungsrechtlichen Garantie der Achtung des Privat- und Familienlebens ergibt sich insoweit nichts anderes (vgl. Art. 13 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 36 BV sowie Urteil des Bundesgerichts 2C\_487/2020 vom 17. August 2020 E. 4).

## **E. 5.2**

Der Beschwerdeführer bringt vor, dass die vom Beschwerdegegner vorgenommene Interessensabwägung rechtlich nicht haltbar und der verfügte Widerruf deshalb nicht verhältnismässig sei. Im Wesentlichen begründet er dies damit, dass die Beziehung zwischen Vater und Sohn falsch beurteilt wurde. Dazu komme, dass seine Ex-Frau bereit sei, eine Erklärung abzugeben, wonach es für sie und ihren gemeinsamen Sohn katastrophal wäre, wenn der Beschwerdeführer das Land verlassen müsse. Endlich dürfe nicht ausser Acht gelassen werden, dass ein öffentliches Interesse daran bestehe, dass die Schulden in Höhe von CHF 80'000.-- bezahlt werden. Wenn der Beschwerdeführer des Landes verwiesen würde, könne er

- 14 - nur seinen eigenen Lebensunterhalt verdienen und gegebenenfalls für seinen Sohn aufkommen.

## **E. 5.3**

Der Beschwerdegegner hat in Abwägung der massgeblichen öffentlichen und privaten Interessen festgehalten, es bestehe bei häuslicher Gewalt in der Form eines solch schweren Sexual- und Gewaltdelikts, wie vorliegend durch den Beschwerdeführer begangen, ein hohes öffentliches Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers aus der Schweiz. Dieses öffentliche Interesse sei im konkreten Fall stärker zu gewichten, als das private Interesse des Beschwerdeführers am Verbleib in der Schweiz. Unter dem Gesichtspunkt des Anspruchs auf Familienleben nach Art. 8 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 BV hielt der Beschwerdegegner fest, dass auch unter der Annahme einer affektiv und wirtschaftlich engen Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und seinem Sohn, das öffentliche Interesse an der Wegweisung überwiegen.

#### **E. 5.4**

Das öffentliche Interesse am Widerruf der Aufenthaltsbewilligung ist sehr gewichtig, da es sich um ein schweres Sexual- und Gewaltdelikt handelt. Wie bereits oben anführt, sind die Tatumstände besonders verwerflich (vgl. E.4.5.). Aufgrund der nicht unwahrscheinlichen Gefahr erneuter Gewalttätigkeit besteht deshalb ein erhebliches öffentliches Interesse an der Beendigung des Aufenthalts des Beschwerdeführers. Das private Interesse des Beschwerdeführers besteht insbesondere in seiner Anwesenheit in der Schweiz von rund 13 Jahren und damit in einer gewissen beruflichen und familiären Integration in der Schweiz. Der Beschwerdeführer würde durch den Widerruf seine Stelle als Chauffeur in der Schweiz verlieren. Es ist jedoch denkbar, dass er in Portugal eine ähnliche Tätigkeit wiederaufnehmen kann, zumal er von 2001 bis 2008 bereits in Portugal als Chauffeur gearbeitet hat. Wenn der Beschwerdeführer anführt, dass der Beschwerdegegner die Schuldensituation in ihrer Beurtei-

- 15 - lung nicht berücksichtigt habe, ist ihm entgegenzuhalten, dass sich diese in der angefochtenen Departementsverfügung durchaus mit der Schuldensituation befasst hat (Bf-act. 1 S. 12). Ergänzend ist zu bemerken, dass der Beschwerdeführer mit hoher Wahrscheinlichkeit seine berufliche Tätigkeit als Chauffeur in Portugal wiederaufnehmen kann und so die grundsätzliche Möglichkeit besteht, dadurch seine Schulden tilgen zu können. Umgekehrt wäre ein weiterer Verbleib des Beschwerdeführers in der Schweiz auch keine Garantie dafür, dass er die aufgehäuften Schulden tatsächlich abzutragen vermag. Weiter zu berücksichtigen ist, dass der Beschwerdeführer mit 38 Jahren in die Schweiz kam. Er ist in Portugal aufgewachsen und hat dort gearbeitet (Bg-act. I 9 S. 2). Der Beschwerdeführer ist also nach wie vor mit Portugal vertraut, spricht die dortige Sprache und kennt die gesellschaftlichen und kulturellen Gegebenheiten. Dem Beschwerdeführer ist ausserdem ein hohes privates Interesse durch seine Beziehung zu seinem minderjährigen Sohn, welcher in der Schweiz bei seiner Mutter lebt, zuzugestehen. Was der Beschwerdeführer gegen die diesbezüglichen Ausführungen des Beschwerdegegners vorbringt, vermag diese jedoch nicht als rechtswidrig erscheinen lassen. Insbesondere hat der Beschwerdegegner, entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers, die Beziehung zwischen Sohn und Vater in der Interessensabwägung durchaus berücksichtigt, die öffentlichen Interessen an der Wegweisung überwiegen jedoch: Wie der Beschwerdegegner zu Recht angeführt hat, ist der Beschwerdeführer nicht obhutsberechtigt. Der nicht obhutsberechtigte ausländische Elternteil kann die familiäre Beziehung mit seinem Kind in der Regel – so oder anders – nur in einem beschränkten Rahmen leben, nämlich durch die Ausübung des ihm eingeräumten Rechts auf angemessenen persönlichen Verkehr bzw. den damit verbundenen Betreuungsanteilen. Hierfür ist nicht

erforderlich, dass der betroffene Elternteil sich dauerhaft im selben Land aufhält wie das Kind und dort über eine

- 16 - Anwesenheitsberechtigung verfügt. Der Beschwerdegegner verweist zu Recht auf die vorliegend einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Möglichkeit besteht, die Beziehung über moderne Kommunikationsmittel zu pflegen und die Besuchsrechte im Rahmen von Kurzaufenthalten vom Ausland her auszuüben (BGE 144 I 91 E.5.2.3; Urteil des Bundesgerichts 2C\_730/2018 vom 20. März 2019 E.3.2.3). Die Distanz zwischen der Schweiz und Portugal verunmöglicht nicht, den Kontakt des Vaters mit seinem Sohn zu wahren. Dem Beschwerdeführer ist deshalb zumutbar, die Beziehung zu seinem Sohn von Portugal aus zu pflegen. Zusammenfassend ergibt sich, dass vorliegend das Gewicht der öffentlichen Interessen, die privaten Interessen des Beschwerdeführers überwiegen. Der Widerruf der Aufenthaltsbewilligung ist somit zumutbar. 6. Aufgrund des Gesagten erweist sich der Widerruf der Aufenthaltsbewilligung als angemessen. Auch aus der Sicht des FZA lässt sich der Widerruf nicht beanstanden, weil der Beschwerdeführer wegen seines straffälligen Verhaltens eine hinreichend schwere und gegenwärtige Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit darstellt und dieser Gefahr im Rahmen des Verhältnismässigkeitsprinzips sowie der erforderlichen Interessensabwägung mit der streitigen ausländerrechtlichen Massnahme wirksam begegnet werden kann. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist daher abzuweisen.

## **E. 6**

Gegen diese Verfügung erhob A.\_\_\_\_\_ am 18. Mai 2020 Beschwerde beim Departement für Justiz, Sicherheit und Gesundheit (DJSG). Mit Departementsverfügung vom 4. März 2021 wies das DJSG die Beschwerde ab.

## **E. 7**

Gegen die soeben genannte Departementsverfügung erhob A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Beschwerdeführer) am 6. April 2021 verwaltungsgerichtliche Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden mit Antrag auf Aufhebung der Departementsverfügung vom 18. Mai 2021 und der dieser vorgelagerten Verfügung der Fremdenpolizei Graubünden vom 24. April 2020. In prozessualer Hinsicht stellte er den Antrag auf die Erteilung von aufschiebender Wirkung. Darüber hinaus stellte er ein Gesuch betreffend unentgeltlicher Rechtspflege mitsamt Rechtsverbeiständung. Zur Begründung führte er im Wesentlichen an, dass die von der Vorinstanz vorgenommene Interessensabwägung rechtlich nicht haltbar sei. So sei die Beziehung zwischen Vater und Sohn falsch beurteilt worden. Weiter sei die konkrete Gefährdung der Ordnung und der inneren und äusseren Sicherheit nicht analysiert worden, sondern einzig auf allgemeine Überlegungen abgestellt worden. Darüber hinaus verletzte der verfügte Widerruf das Verhältnismässigkeitsprinzip.

### **E. 7.1**

Bei diesem Prozessausgang wird der Beschwerdeführer grundsätzlich kostenpflichtig. Aufgrund vergleichbarer Fälle (so etwa die Urteile des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden U 2012 30 vom 19. Juni 2012 und U 2011 101 vom 21. Februar 2012) erhebt das Gericht vorliegend praxisgemäss eine Staatsgebühr von CHF 1'500.--. Der Beschwerdeführer hat allerdings um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbei-

- 17 - ständigung ersucht. Der Beschwerdegegner beantragt die Ablehnung des Gesuchs, da die Voraussetzungen dafür nicht erfüllt seien.

### **E. 7.2**

Gemäss Art. 29 Abs. 3 BV hat jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, sofern ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Nach Art. 76 Abs. 1 VRG kann die Behörde durch verfahrensleitende Verfügung oder mit dem Entscheid in der Hauptsache einer Partei die unentgeltliche Prozessführung bewilligen, wenn ihr Rechtsstreit nicht offensichtlich mutwillig oder von vornherein aussichtslos ist. Als aussichtslos gelten Verfahren, bei denen die Gewinnchancen beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahr und deshalb kaum mehr als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahr ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob die Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht allein deswegen anstrengen können, weil er nichts kostet (vgl. BGE 122 I 267 E.2b).

### **E. 7.3**

Nach Auffassung des Gerichts muss die im konkreten Fall zur Beurteilung gestellte Beschwerde zum Voraus als aussichtslos bezeichnet werden: Der Beschwerdeführer hat mit dem Sexual- und Gewaltdelikt unbestrittenmassen einen Widerrufsgrund gesetzt. Der Beschwerdegegner hat sich mit den Einwendungen des Beschwerdeführers in der Departementsverfügung vom 4. März 2021 einlässlich und umfassend auseinandergesetzt. Der Beschwerdeführer konnte in seiner Beschwerdeschrift vom 6. April 2021 offenkundig nichts Stichhaltiges vorzubringen, was ernsthaft gegen den Widerruf der Aufenthaltsbewilligung ins Feld hätte geführt werden können. Dazu kommt, dass der Beschwerdeführer in der Beschwerde vor dem Verwaltungsgericht im Vergleich zu der Beschwerde vor der Vor-

- 18 - instanz vom 18. Mai 2020 keine konkrete neue Einwände gegenüber dem vorinstanzlichem Verfahren anführte (Bg-act. II 2). Die Gewinnaussichten waren damit objektiv offensichtlich bedeutend geringer einzustufen als die Verlustgefahr. Der Beschwerdeführer konnte deshalb nicht ernsthaft mit einem Erfolg der Beschwerde gegen den Widerruf der Aufenthaltsbewilligung rechnen. Die Rechtswohlthat der unentgeltlichen Rechtspflege kann daher infolge Aussichtslosigkeit des Beschwerdeverfahrens nicht gewährt werden.

### **E. 7.4**

Bund, Kanton und Gemeinden sowie mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betrauten Organisationen steht in der Regel keine Parteientschädigung zu, wenn sie in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegen (Art. 78 Abs. 2 VRG). Im vorliegenden Fall ist kein Grund ersichtlich, der es rechtfertigt, von diesem Grundsatz abzuweichen. III. Demnach erkennt das Gericht:

### **E. 8**

In der Vernehmlassung vom 19. April 2021 schloss das DJSG (nachfolgend Beschwerdegegner) auf Abweisung der Beschwerde. Daneben sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren und das Gesuch betreffend unentgeltliche

Rechtspflege und Verbeiständung sei abzulehnen. Der Beschwerdegegner verwies primär auf die in der angefochtenen Verfügung angeführte Begründung. Weiter hielt sie an der Beurteilung fest, wonach der Beschwerdeführer einen Widerrufsgrund gesetzt

- 4 - habe und er eine hinreichend schwere gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit darstelle.

## **E. 9**

Der Beschwerdeführer reichte trotz der ihm eingeräumten Frist für eine freigestellte Stellungnahme keine Replik ein. Auf die Erwägungen in der angefochtenen Departementsverfügung vom 4. März 2021 sowie auf die weiteren Ausführungen der Parteien in ihren Rechtsschriften wird, soweit entscheiderelevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. II. Das Gericht zieht in Erwägung: 1. Gemäss Art. 49 Abs. 1 lit. c des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; BR 370.100) beurteilt das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden Beschwerden gegen Entscheide der kantonalen Departemente, soweit diese nicht nach kantonalem oder eidgenössischem Recht endgültig sind. Anfechtungsobjekt des vorliegenden Verfahrens bildet die Departementsverfügung vom 4. März 2021, mit welcher der Beschwerdegegner die Verfügung des Amtes für Migration und Zivilrecht Graubünden (AFM) vom 24. April 2020 betreffend Erlöschung der Aufenthaltsbewilligung (Ausweis B, EU/EFTA) bestätigt hat (beschwerdeführerische Akte [Bf-act.] 1 und beschwerdegegnerische Akte [bg-act.] I 16). Diese Departementsverfügung ist nicht endgültig, so dass sie ein taugliches Anfechtungsobjekt darstellt. Als Adressat der angefochtenen Verfügung ist der Beschwerdeführer berührt und weist ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung auf (Art. 50 VRG). Auf die zudem frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten.

- 5 - 2. Vorweg ist in verfahrensrechtlicher Hinsicht festzuhalten, dass mit dem Entscheid in der Hauptsache, der Entscheid um Gewährung der aufschiebenden Wirkung obsolet wird. 3. In materieller Hinsicht streitig und zu prüfen ist die Rechtmässigkeit der angefochtenen Departementsverfügung vom 4. März 2021. Dabei ist insbesondere die Frage zu beantworten, ob der Beschwerdegegner der vom AFM verfügte Widerruf der Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA zu Recht bestätigt hat.

## **E. 10**

August 2017 E.2.4 und 2C\_516/2014 vom 24. März 2015 E.4.1). Der Tathergang wiegt vorliegend besonders schwer: Insbesondere wurde die Penetration gewaltsam und gegen den expliziten Willen der Ehefrau vorgenommen. Zudem hat der Beschwerdeführer seine persönlichen Bedürfnisse, ausgelöst durch Wut und Eifersucht, rücksichtslos ausgeführt und ist auch nicht davon zurückgeschreckt, die Vergewaltigung mehrfach zu begehen. Die Art und Weise der begangenen schwerwiegenden Rechtgutverletzung lassen beim Beschwerdeführer ein persönliches Verhalten erkennen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellt. Nach der oben zitierten bundesgerichtlicheren Rechtsprechung kann ein vergangenes Verhalten eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellen. Die Argumentation des Beschwerdeführers, wonach er

- 11 - Ersttäter sei und seit der Tat nicht mehr straffällig geworden sei, vermag daran nichts zu ändern. Die Bejahung einer Rückfallgefahr setzt nicht voraus, dass der Beschwerdeführer mit Sicherheit weiter delinquirieren wird. Angesichts der Schwere der Tat muss ausländerrechtlich auch ein geringes Rückfallrisiko nicht hingenommen werden.

Dies gilt umso mehr, als einem Wohlverhalten unter dem Druck eines hängigen ausländerrechtlichen Verfahrens praxisgemäss nur untergeordnete Bedeutung zukommt, weil in dieser Zeit ein vorbildliches Verhalten erwartet wird und keine besondere Leistung darstellt (Urteil des Bundesgerichts 2C\_3/2021 vom 23. März 2021 E.5). Vorliegend ist deshalb nicht auszuschliessen, dass der Beschwerdeführer in einer ähnlichen Situation rückfällig wird und damit besteht ein tatsächlich vorhandenes Rückfallrisiko, welches das öffentliche Interesse nach Ordnung und Sicherheit tangiert. Es besteht deshalb eine nicht unwahrscheinliche Gefahr erneuter sexueller bzw. gewalttätiger Übergriffe durch den Beschwerdeführer, welche eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers hat sich der Beschwerdegegner keineswegs rein von generalpräventiven und allgemeinen Überlegungen leiten lassen, sondern - im Gegenteil - auf die konkrete Gefährdung der öffentlichen Sicherheit abgestellt, die vom Beschwerdeführer ausgeht (vgl. Bf-act. 1 S. 8 ff.). Dem Beschwerdegegner kann gefolgt werden, wenn sie damit argumentiert, dass die vom Strafgericht ausgesprochene bedingte Strafe die ausländerrechtliche Prognose nicht massgeblich beeinflussen könne. Das Ausländerrecht geht im Unterschied zum Strafrecht nicht von der Vermutung der günstigen Prognose aus (BGE 145 IV 364 E. 3.5.2; Urteil des Bundesgerichts 2C\_468/2019 vom 18. November 2019 E.4.2). Die Ausländerbehörde ist nicht an die Einschätzung der Strafbehörden hinsichtlich der Rückfallgefahr gebunden, da das Ausländerrecht zum Schutz der Gesellschaft hinsichtlich des noch hinnehmbaren - 12 - Risikos strengere Anforderungen stellt als das Strafrecht (BGE 140 I 145 E.4.3; Urteil des Bundesgerichts 2C\_468/2020 vom 27. August 2020 E.6.3). Aufgrund soeben Gesagtem durfte der Beschwerdegegner von einer hinreichend schweren und aktuellen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausgehen. Der Beschwerdegegner hat somit den ihr zustehenden Ermessensspielraum nicht überschritten und damit nicht willkürlich gehandelt. Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, der Beschwerdegegner habe die Rückfallgefahr falsch beurteilt, dringt dieser nicht durch.

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