Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
YVES BOT
vom 6. März 2012 [1]

**Rechtssache C-348/09**

**P. I.**
**gegen**
**Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid**

(Vorabentscheidungsersuchen des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen [Deutschland])

„Richtlinie 2004/38/EG — Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten — Schutz vor Ausweisung — Begriffe ‚öffentliche Ordnung' und ‚öffentliche Sicherheit' — Begriff ‚zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit' — Strafrechtliche Verurteilung wegen sexuellen Missbrauchs eines Kindes unter 14 Jahren, sexueller Nötigung und Vergewaltigung"

1. Mit dem vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen bittet das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen den Gerichtshof, im Licht des Urteils vom 23. November 2010, Tsakouridis [2], die Voraussetzungen für die Gewährung des Ausweisungsschutzes nach Art. 28 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 2004/38/EG [3] zu präzisieren.

2. Diese Vorschrift sieht vor, dass gegen einen Unionsbürger, der seinen Aufenthalt in den letzten zehn Jahren im Aufnahmemitgliedstaat gehabt hat, eine Ausweisung nur aus zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit verfügt werden darf.

3. Der Gerichtshof wird um Entscheidung darüber gebeten, ob die genannte Vorschrift dahin auszulegen ist, dass sexueller Missbrauch eines Kindes unter 14 Jahren, sexuelle Nötigung und Vergewaltigung unter den Begriff der zwingenden Gründe der öffentlichen Sicherheit fallen. Nachdem der Gerichtshof im Urteil Tsakouridis anerkannt hat, dass die Bekämpfung des bandenmäßig organisierten Handels mit Betäubungsmitteln unter diesen Ausdruck fallen kann, geht es hier konkret um die Frage, ob eine Einzeltat wie im Ausgangsverfahren die Tat von Herrn I., nämlich sexueller Missbrauch eines Kindes unter 14 Jahren, sexuelle Nötigung und Vergewaltigung, auch unter diesen Ausdruck fallen kann.

4. In den vorliegenden Schlussanträgen werde ich erläutern, warum Art. 28 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 2004/38 meines Erachtens dahin auszulegen ist, dass sexueller Missbrauch eines Kindes unter 14 Jahren, sexuelle Nötigung und Vergewaltigung nicht unter den Begriff der zwingenden Gründe der öffentlichen Sicherheit fallen, wenn diese Handlungen die Ruhe und die physische Sicherheit der Bevölkerung insgesamt oder eines großen Teils derselben nicht unmittelbar bedrohen.

1 — Originalsprache: Französisch.

2 — C-145/09, Slg. 2010, I-11979.

3 — Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG (ABl. L 158, S. 77, berichtigt im ABl. L 229, S. 35).

5. Dann werde ich aufzeigen, warum meines Erachtens Art. 28 Abs. 2 und 3 dieser Richtlinie dahin auszulegen ist, dass sich ein Unionsbürger nicht auf einen verstärkten Ausweisungsschutz nach dieser Bestimmung berufen kann, wenn nachgewiesen ist, dass er dieses Recht aus einem gesetzwidrigen Verhalten herleitet, das eine schwere Störung der öffentlichen Ordnung des Aufnahmemitgliedstaats darstellt.

## I – Rechtlicher Rahmen

### A – *Richtlinie 2004/38*

6. Vor dem Inkrafttreten der Richtlinie 2004/38 gab es mehrere Richtlinien und Verordnungen zur Freizügigkeit und zum Aufenthaltsrecht europäischer Staatsangehöriger. Mit der Richtlinie wurde das Unionsrecht in diesem Bereich zusammengefasst und vereinfacht.

7. Mit ihr wird nämlich die Verpflichtung der Unionsbürger, sich eine Aufenthaltskarte zu beschaffen, beseitigt, ein Recht der Unionsbürger auf Daueraufenthalt eingeführt und die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, den Aufenthalt von Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten in ihrem Gebiet zu beschränken, eingeschränkt.

8. Insbesondere schützt die Richtlinie 2004/38 in Anlehnung an die in der Rechtsprechung des Gerichtshofs entwickelten Kriterien die Unionsbürger vor Ausweisung.

9. Dabei dürfen die Mitgliedstaaten nach Art. 27 Abs. 1 der Richtlinie das Freizügigkeits- und Aufenthaltsrechtsrecht der Unionsbürger aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit beschränken, wobei diese Gründe nicht zu wirtschaftlichen Zwecken geltend gemacht werden dürfen.

10. Art. 27 Abs. 2 der Richtlinie sieht vor, dass bei Maßnahmen aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren ist[4] und ausschließlich das persönliche Verhalten des von der Ausweisungsverfügung Betroffenen ausschlaggebend sein darf[5]. Strafrechtliche Verurteilungen allein können diese Maßnahmen nicht ohne Weiteres begründen. Zudem muss das persönliche Verhalten eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr darstellen, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt[6].

11. Art. 28 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 2004/38, der den Schutz vor Ausweisung betrifft, lautet:

„Gegen Unionsbürger darf eine Ausweisung nicht verfügt werden, es sei denn, die Entscheidung beruht auf zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit, die von den Mitgliedstaaten festgelegt wurden, wenn sie

a) ihren Aufenthalt in den letzten zehn Jahren im Aufnahmemitgliedstaat gehabt haben …“

### B – *Deutsches Recht*

12. Mit dem Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern vom 30. Juli 2004[7] wurden die Bestimmungen der Richtlinie 2004/38 in das deutsche Recht umgesetzt. § 6 Abs. 1 FreizügG/EU sieht vor, dass der Verlust des Rechts eines Unionsbürgers auf Einreise und Aufenthalt in Deutschland nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit festgestellt werden kann. Nach

4 — Vgl. Urteil vom 18. Mai 1982, Adoui und Cornuaille (115/81 und 116/81, Slg. 1982, 1665).

5 — Vgl. Urteil vom 26. Februar 1975, Bonsignore (67/74, Slg. 1975, 297).

6 — Vgl. Urteil vom 27. Oktober 1977, Bouchereau (30/77, Slg. 1977, 1999).

7 — BGBl. 2004 I S. 1950, in der durch das Gesetz zur Änderung des Bundespolizeigesetzes und anderer Gesetze vom 26. Februar 2008 (BGBl. 2008 I S. 215) geänderten Fassung (im Folgenden: FreizügG/EU).

§ 6 Abs. 2 FreizügG/EU dürfen dabei im Bundeszentralregister noch nicht getilgte strafrechtliche Verurteilungen insoweit berücksichtigt werden, als die ihnen zugrunde liegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt. Es muss eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegen, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.

13. Nach § 6 Abs. 3 FreizügG/EU sind bei einer Entscheidung über eine Ausweisung insbesondere die Dauer des Aufenthalts des Betroffenen in Deutschland, sein Alter, sein Gesundheitszustand, seine familiäre und wirtschaftliche Lage, seine soziale und kulturelle Integration in Deutschland und das Ausmaß seiner Bindungen zum Herkunftsstaat zu berücksichtigen.

14. Gemäß § 6 Abs. 4 FreizügG/EU darf eine Feststellung des Verlusts des Rechts auf Einreise und Aufenthalt in Deutschland nach Erwerb eines Daueraufenthaltsrechts nur aus schwerwiegenden Gründen getroffen werden.

15. Nach § 6 Abs. 5 FreizügG/EU darf eine Feststellung nach § 6 Abs. 1 bei Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen, die ihren Aufenthalt in den letzten zehn Jahren im Bundesgebiet hatten, nur aus zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit getroffen werden. Für Minderjährige gilt dies nicht, wenn der Verlust des Aufenthaltsrechts zum Wohl des Kindes notwendig ist. Zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit können nur dann vorliegen, wenn der Betroffene wegen einer oder mehrerer vorsätzlicher Straftaten rechtskräftig zu einer Freiheits- oder Jugendstrafe von mindestens fünf Jahren verurteilt oder bei der letzten rechtskräftigen Verurteilung Sicherungsverwahrung angeordnet wurde, wenn die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland betroffen ist oder wenn vom Betroffenen eine terroristische Gefahr ausgeht.

## II – Ausgangsverfahren und Vorlagefrage

16. Herr I., ein italienischer Staatsangehöriger, wurde am 3. September 1965 in Licata (Italien) geboren. Er lebt seit 1987 in Deutschland. Seine Aufenthaltserlaubnis wurde im April 1987 erteilt und regelmäßig verlängert. Er ist ledig und kinderlos. Er hat keine Schul- oder Berufsausbildung abgeschlossen und war in Deutschland nur zeitweise als ungelernter Arbeiter erwerbstätig. Vor seiner Verhaftung arbeitete er als Hilfe seiner ehemaligen Lebensgefährtin, die Reinigungskraft ist. Herr I. hat fünf Geschwister, von denen einige in Deutschland und andere in Italien leben. Seine Mutter lebt seit seiner Inhaftierung teils in Deutschland und teils in Italien.

17. Am 16. Mai 2006 wurde Herr I. vom Landgericht Köln wegen sexuellen Missbrauchs eines Kindes unter 14 Jahren, sexueller Nötigung und Vergewaltigung zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren und sechs Monaten verurteilt. Dieses Urteil wurde am 28. Oktober 2006 rechtskräftig. Die Taten fanden in den Jahren 1990 bis 2001 statt. Das Opfer, die Tochter der ehemaligen Lebensgefährtin von Herrn I., war zu Beginn der Taten acht Jahre alt. Das vorlegende Gericht führt aus, dass Herr I. sie von 1992 an regelmäßig, fast wöchentlich, zum Geschlechtsverkehr oder zu anderen sexuellen Handlungen gezwungen und ihr u. a. gedroht habe, ihre Mutter oder ihren Bruder zu töten.

18. Herr I. befindet sich seit dem 10. Januar 2006 in Haft, die voraussichtlich am 9. Juli 2013 enden wird.

19. Mit Bescheid vom 6. Mai 2008 stellte die Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid den Verlust des Rechts auf Einreise und Aufenthalt von Herrn I. gemäß § 6 Abs. 1 FreizügG/EU fest und begründete dies damit, dass er aufgrund seiner Verurteilung die Voraussetzungen von § 6 Abs. 5 FreizügG/EU erfülle und dass er außerdem mit erheblicher Energie gehandelt und seinem Opfer durch den jahrelangen Missbrauch unendliches Leid angetan habe. Die Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid ist außerdem der Ansicht, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass er erneut straffällig werde, da er sein Opfer über einen langen Zeitraum regelmäßig vergewaltigt und sexuell

genötigt habe und bis heute kein Unrechtsbewusstsein zeige. Nach Mitteilung der Justizvollzugsanstalt sehe sich Herr I. als eigentliches Opfer und sei bis heute nicht bereit, den massiven Unrechtsgehalt seiner Taten einzusehen. Die Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid ordnete die sofortige Vollziehbarkeit des Bescheids vom 6. Mai 2008 an und drohte Herrn I. die Abschiebung nach Italien an.

20. Am 12. Juni 2008 erhob Herr I. Klage gegen diese Entscheidung und trug zur Begründung vor, es lägen keine zwingenden Gründe der öffentlichen Sicherheit vor, um den Verlust seines Rechts auf Einreise und Aufenthalt feststellen zu können.

21. Mit Gerichtsbescheid vom 14. Juli 2008 wies das Verwaltungsgericht diese Klage ab, weil zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit vorlägen und die Verurteilung von Herrn I. ein persönliches Verhalten zeige, das eine gegenwärtige, tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung eines Grundinteresses der Gesellschaft, nämlich den Schutz von Mädchen und Frauen vor sexuellen Übergriffen und Vergewaltigungen, befürchten lasse.

22. Herr I. legte gegen dieses Urteil Berufung zum Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen ein, das das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt hat:

Erfasst der Begriff der zwingenden Gründe der öffentlichen Sicherheit gemäß Art. 28 Abs. 3 der Richtlinie 2004/38 lediglich Gefährdungen der inneren und äußeren Sicherheit des Staates im Sinne des Bestands des Staates mit seinen Einrichtungen und seinen wichtigen öffentlichen Diensten, des Überlebens der Bevölkerung sowie der auswärtigen Beziehungen und des friedlichen Zusammenlebens der Völker?

## III – Würdigung

23. Mit seiner Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob sexueller Missbrauch eines Kindes unter 14 Jahren, sexuelle Nötigung und Vergewaltigung im Rahmen des familiären Zusammenlebens zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit darstellen, die die Ausweisung eines Unionsbürgers, der sich seit mehr als zehn Jahren im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufhält, rechtfertigen können.

24. Nachfolgend werde ich in einem ersten Schritt darlegen, warum ich der Meinung bin, dass eine Straftat, wie sie von Herrn I. begangen wurde, nicht unter den Begriff „zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit“ im Sinne von Art. 28 Abs. 3 der Richtlinie 2004/38 fällt. In einem zweiten Schritt werde ich erläutern, warum Herr I. sich meines Erachtens gleichwohl nicht auf den verstärkten Schutz, den diese Vorschrift und Art. 28 Abs. 2 der Richtlinie gewähren, berufen kann.

### A – *Zum Begriff der zwingenden Gründe der öffentlichen Sicherheit*

25. In seinem Urteil Tsakouridis hat der Gerichtshof entschieden, dass Art. 28 Abs. 3 der Richtlinie 2004/38 dahin auszulegen sei, dass die Bekämpfung der mit dem bandenmäßigen Handel mit Betäubungsmitteln verbundenen Kriminalität unter den Ausdruck „zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit“ fallen könne, mit denen eine Ausweisungsmaßnahme in Bezug auf einen Unionsbürger, der seinen Aufenthalt in den letzten zehn Jahren im Aufnahmemitgliedstaat gehabt habe, gerechtfertigt werden könne.

26. Er hat zunächst darauf hingewiesen, dass der bandenmäßige Handel mit Betäubungsmitteln eine diffuse Kriminalität darstelle, die mit beeindruckenden wirtschaftlichen und operativen Mitteln ausgestattet sei und sehr häufig über internationale Verbindungen verfüge[8]. In Anbetracht der verheerenden Auswirkungen der mit diesem Handel verbundenen Kriminalität heiße es im ersten

8 — Vgl. Randnr. 46.

Erwägungsgrund des Rahmenbeschlusses 2004/757/JI[9], dass der illegale Drogenhandel eine Bedrohung der Gesundheit, Sicherheit und Lebensqualität der Bürger der Union sowie der legalen Wirtschaftstätigkeit, der Stabilität und der Sicherheit der Mitgliedstaaten darstelle[10]. Der Gerichtshof hat dann im Anschluss an die Feststellung, dass die Rauschgiftsucht ein großes Übel für den Einzelnen und eine soziale und wirtschaftliche Gefahr für die Menschheit sei, erläutert, dass ein solcher Handel ein Maß an Intensität erreichen könnte, durch das die Ruhe und die physische Sicherheit der Bevölkerung insgesamt oder eines großen Teils derselben unmittelbar bedroht würden[11].

27. Nunmehr stellt sich die Frage, ob eine Straftat wie die von Herrn I. begangene, nämlich sexueller Missbrauch eines Kindes unter 14 Jahren, sexuelle Nötigung und Vergewaltigung im Rahmen der Familie, ebenfalls unter den Begriff der zwingenden Gründe der öffentlichen Sicherheit fallen kann, obwohl es sich um eine Einzeltat handelt, die unabhängig von einer Beteiligung des Täters an irgendeinem Netzwerk begangen wurde.

28. Zwar stellen der sexuelle Missbrauch eines Kindes unter 14 Jahren, sexuelle Nötigung und Vergewaltigung unbestreitbar eine besonders schwere Verletzung eines grundlegenden gesellschaftlichen Wertes dar, doch bin ich nicht der Meinung, dass eine solche Handlung unter den Begriff „öffentliche Sicherheit“ im Sinne von Art. 28 Abs. 3 der Richtlinie 2004/38 fällt.

29. Insoweit erscheint es mir hilfreich, an die Philosophie der Richtlinie 2004/38 zu erinnern, wobei es hier darum geht, ihre Begriffe der Realität und der Besonderheit des Strafrechts gegenüberzustellen.

30. Ziel dieser Richtlinie ist es, das Grundrecht jedes Unionsbürgers, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zu erleichtern. Dieses Grundrecht folgt aus der Unionsbürgerschaft und wird mit den in der Richtlinie vorgesehenen Grenzen und Beschränkungen ausgeübt[12].

31. Da sich von der Aufenthaltsdauer auf die Integration eines Unionsbürgers im Aufnahmemitgliedstaat schließen lässt, sieht die Richtlinie 2004/38 vor, dass ein Recht auf Daueraufenthalt in diesem Staat nach einem ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren erworben wird[13].

32. Dieses Recht auf Daueraufenthalt gewährt dem Berechtigten Schutz vor Ausweisungsmaßnahmen, die nur aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit gegen ihn ergriffen werden dürfen[14].

33. Eine längere Aufenthaltsdauer von mindestens zehn Jahren verleiht dem betreffenden Unionsbürger einen stärkeren Schutz gegenüber den gleichen Maßnahmen, die dann nur aus zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit getroffen werden dürfen[15]. Schon der Unterschied zwischen den Begriffen „schwerwiegende Gründe“ und „zwingende Gründe“ erscheint als deutlicher Anhaltspunkt für den Willen des Unionsgesetzgebers[16].

9 — Rahmenbeschluss des Rates vom 25. Oktober 2004 zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des illegalen Drogenhandels (ABl. L 335, S. 8).

10 — Urteil Tsakouridis (Randnr. 46).

11 — A. a. O. (Randnr. 47).

12 — Urteil vom 21. Dezember 2011, Ziolkowski und Szeja (C-424/10 und C-425/10, Slg. 2011, I-14035, Randnr. 35 und die dort angeführte Rechtsprechung).

13 — Vgl. Art. 16 Abs. 1 der Richtlinie.

14 — Vgl. Art. 28 Abs. 2 der Richtlinie.

15 — Vgl. Art. 28 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 2004/38.

16 — Urteil Tsakouridis (Randnr. 40).

34. Noch deutlicher zeigt ein Vergleich der Abs. 2 und 3 von Art. 28 der Richtlinie 2004/38, dass diese nach ihrem Wortlaut klar zwischen den Begriffen der öffentlichen Ordnung und der öffentlichen Sicherheit unterscheiden, wobei der letztgenannte Begriff gegenüber dem erstgenannten schwerer wiegt, da es darum geht, den einem Unionsbürger gewährten verstärkten Schutz zu versagen.

35. Wendet man die beiden Begriffe im Bereich des Strafrechts an, so entsprechen sie unterschiedlichen kriminologischen Realitäten.

36. Durch das Strafrecht legt jeder Mitgliedstaat den Rahmen seiner öffentlichen Ordnung fest, da er die Verhaltensweisen definiert, die er unter Androhung von Strafe verbietet. Es ist insoweit offensichtlich, dass alle strafrechtlichen Regeln in dem Sinne zur öffentlichen Ordnung gehören, dass sie naturgemäß zwingendes Recht darstellen und durch den individuellen Willen nicht abbedungen werden können. Sie sind gerade dazu gedacht, dem individuellen Willen entgegenzutreten, soweit dieser Folgen hätte, die als schädigend für die gesellschaftlichen Werte angesehen werden.

37. Die Verletzung dieser Regeln führt somit zu einer Störung der öffentlichen Ordnung des Mitgliedstaats, einer Störung, die je nach Art der begangenen Handlung mehr oder weniger schwer wiegt, wobei sich die Störung der öffentlichen Ordnung normalerweise im Schweregrad der Strafe widerspiegelt, die der nationale Gesetzgeber als Sanktion für das verbotene Verhalten vorgesehen hat. Ihren Ausdruck, und gegebenenfalls ihre Gewichtung, findet diese Wertung in jedem Einzelfall in der tatsächlich verhängten Strafe, die anhand der dem konkreten Fall eigenen Umstände den Grad der tatsächlich verursachten Störung erkennen lässt.

38. Die Bezugnahme auf den Begriff der öffentlichen Sicherheit folgt offensichtlich nicht automatisch aus der bloßen Tatsache, dass eine Zuwiderhandlung begangen wurde, sondern aus einem Verhalten, das sowohl dem Grundsatz nach als auch hinsichtlich seiner Folgen, die über den individuellen Schaden für das oder die Opfer hinausgehen, einen besonders schwerwiegenden Verstoß darstellt. Die beiden Begriffe sind somit nicht identisch, und während jedes Verhalten, das eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit schafft, definitionsgemäß die öffentliche Ordnung stört, gilt dies nicht umgekehrt, auch wenn die begangene Tat, sobald sie bekannt wird, in der öffentlichen Meinung Empfindungen auslösen kann, in denen sich die durch den Verstoß verursachte Störung widerspiegelt.

39. Es ist in diesem Stadium wichtig, klarzustellen, dass die Frage, ob ein Straftäter durch sein Verhalten eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstellt, somit nicht nur von der Schwere der begangenen Straftat abhängt, für die die verwirkte oder verhängte Strafe einen Anhaltspunkt darstellt, sondern vor allem von ihrer Art.

40. In diesem Stadium einer allgemeinen Würdigung ist die Berücksichtigung des Rückfallrisikos als solche nicht entscheidend. Bei welcher Straftat besteht denn kein Rückfallrisiko? Eine Straftat ohne Rückfallrisiko gibt es nicht. Auch ist im Hinblick auf die Gefahr für die öffentliche Sicherheit die eigentliche Natur dieser Gefahr zu berücksichtigen. Schafft die Natur des Verhaltens eine Gefahr, die so geartet ist, dass zwingende Ausweisungsgründe vorliegen, um sie abzuwenden, sind die Voraussetzungen von Art. 28 Abs. 3 der Richtlinie 2004/38 erfüllt. Die Wahrscheinlichkeit eines Rückfalls kann sicherlich vom Richter oder von der zuständigen Behörde berücksichtigt werden, allerdings, um zusätzlich zu oder in Abwägung mit den anderen Voraussetzungen oder Merkmalen aus der Richtlinie oder der Rechtsprechung zu beurteilen, ob die Ausweisung tatsächlich vorzunehmen ist[17].

41. Welche strafrechtlich relevanten Verhaltensweisen können somit eine solche Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstellen? Der Gerichtshof hat dazu im Urteil Tsakouridis eine Definition gegeben.

17 — A. a. O. (Randnrn. 49 bis 53).

42. Wie wir in Nr. 26 der vorliegenden Schlussanträge gesehen haben, war der Gerichtshof der Ansicht, dass der bandenmäßige Handel mit Betäubungsmitteln eine diffuse Kriminalität darstelle und ein Maß an Intensität erreichen könnte, durch das die Ruhe und die physische Sicherheit der Bevölkerung insgesamt oder eines großen Teils derselben unmittelbar bedroht würden.

43. Fallen die von Herrn I. begangenen Handlungen unter diese Definition, die der Gerichtshof gegeben hat? So sehr man auch geneigt sein könnte, dies aufgrund der Missbilligung und des Abscheus, den die begangenen Taten aus ethischer Sicht spontan hervorrufen, zu bejahen, scheint mir die rechtliche Würdigung doch eine negative Antwort zu erfordern.

44. Es erscheint nämlich insbesondere aus kriminologischer Sicht unbestreitbar, dass ein derartiges Verhalten, das sich ausschließlich im familiären Rahmen abspielt, nicht dem Verhalten von „Seriensexualstraftätern“ [18] gleichgestellt werden kann. Herr I. stellt zwar zweifellos eine Gefahr im familiären Bereich dar, doch ist durch die Art der begangenen Straftat nicht erwiesen, dass er – wie es in Randnr. 46 des Urteils Tsakouridis heißt – eine Bedrohung für die Sicherheit der Unionsbürger darstellt. So abstoßend der Akt des Inzests auch ist, scheint er mir im Hinblick auf die öffentliche Sicherheit nicht zu einer Gefahr der vom Gerichtshof in diesem Urteil definierten Art zu führen.

45. Würde man anders entscheiden, so würde dies darauf hinauslaufen, dass allein die objektive Schwere einer Straftat, die sich nach ihrer – verwirkten oder verhängten – Strafe bemisst, eine potenzielle Rechtfertigung einer Ausweisungsmaßnahme aus zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit darstellt.

46. Dieser Ansatz ist jedoch meines Erachtens nicht mit der Philosophie der Richtlinie 2004/38 zu vereinbaren. Im Übrigen erfordert die Schaffung eines gemeinsamen Lebensraums und Raums der Freizügigkeit, dass im globalen Interesse dieses gemeinsamen Raums, d. h. des sozialen Zusammenhalts der Union, das Phänomen der Kriminalität berücksichtigt wird, und sei es auch zur Entwicklung gemeinsamer Mittel, um ihm vorzubeugen und es zu bekämpfen. Dies ist meines Erachtens Aufgabe und Ambition des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Er kann nicht auf der Grundlage errichtet werden, dass jeder Delinquent, der eine harte Strafe bekommt, allein deshalb in sein Heimatland zurückgeschickt wird. Dies ist meines Erachtens auch der Standpunkt, der in der Richtlinie zum Ausdruck kommt, und zwar in den Vorsichtsmaßnahmen, die die Mitgliedstaaten treffen müssen, bevor sie eine Ausweisung vornehmen [19].

47. Man könnte der Ansicht sein, dass die Anwesenheit von Herrn I. im Aufnahmemitgliedstaat die Voraussetzungen für einen Rückfall gegenüber dem Opfer seiner früheren Taten schafft und dass seine Ausweisung daher zum Schutz des Opfers geboten ist. Eine solche Möglichkeit, die nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, könnte nur in einem den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts betreffenden Rechtstext im Rahmen von Kontrollmaßnahmen nach einer Verurteilung vorgesehen sein, deren Rechtsgrundlage sich außerhalb der Richtlinie 2004/38 befinden müsste. Da dieser Punkt nicht Gegenstand der streitigen Erörterung war, werde ich ihn hier nicht behandeln, denn andernfalls bedürfte es meines Erachtens einer nochmaligen Erörterung.

48. Zu prüfen ist dagegen die von den Beteiligten erörterte Frage, ob Herrn I. der verstärkte Schutz nach Art. 28 der Richtlinie 2004/38 zu gewähren ist.

18 — Kategorie von besonders gefährlichen Kriminellen, für die Verhaltensweisen, wie sie in den Rechtssachen Dutroux und Fourniret ans Licht gekommen sind, charakteristisch sind.

19 — Vgl. insbesondere Art. 27 Abs. 2 der Richtlinie.

B – *Zur Gewährung des verstärkten Schutzes nach Art. 28 Abs. 2 und 3 der Richtlinie 2004/38*

49. Im Einklang mit der niederländischen Regierung [20] bin ich der Ansicht, dass Art. 28 Abs. 3 der Richtlinie 2004/38 nicht auf den Fall von Herrn I. anwendbar ist, da sein Verhalten und die Art und Weise, in der die Taten begangen wurden, zeigen, dass er nicht wirklich integriert war und deshalb nicht in den Genuss des verstärkten Schutzes kommen kann, den diese Vorschrift vorsieht.

50. Insoweit erscheint mir die Parallele, die die niederländische Regierung zur Rechtssache Kol [21] zieht, einschlägig, da der Gerichtshof in diesem ganz anderen Fall anerkannt hat, dass ein betrügerisches Verhalten dem Täter das Recht auf eine Aufenthaltserlaubnis nehmen konnte.

51. Der Gerichtshof sieht es im Urteil Kol als ausgeschlossen an, dass die Ausübung einer Beschäftigung im Rahmen einer aufgrund einer Täuschung, die zu einer Verurteilung geführt hat, erteilten Aufenthaltserlaubnis Rechte für den türkischen Arbeitnehmer entstehen lassen oder bei ihm ein berechtigtes Vertrauen begründen kann [22].

52. Meines Erachtens ist diese Argumentation auf die vorliegende Rechtssache übertragbar.

53. Aus dem 23. Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/38 geht nämlich hervor, dass die Ausweisung von Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit Personen, die ihre Rechte und Freiheiten aus dem Vertrag in Anspruch genommen haben und in den Aufnahmemitgliedstaat *vollständig integriert* [23] sind, sehr schaden kann [24].

54. Aus diesem Grund wird mit der Richtlinie, wie in ihrem 24. Erwägungsgrund zum Ausdruck kommt, eine auf das Maß der Integration des Unionsbürgers im Aufnahmemitgliedstaat gestützte Regelung zum Schutz vor Ausweisungsmaßnahmen geschaffen, so dass dieser Schutz umso stärker ist, je besser der Unionsbürger und seine Familienangehörigen in den Aufnahmemitgliedstaat integriert sind [25].

55. Wie wir gesehen haben, stellt Art. 28 Abs. 3 der Richtlinie 2004/38 den höchsten Grad des Schutzes vor Ausweisung dar sowie den bedeutendsten, weil er den Unionsbürgern zugutekommt, die ihren Aufenthalt in den letzten zehn Jahren vor der Ausweisungsmaßnahme im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats hatten.

56. Diese Bestimmung enthält, wie mir scheint, eine einfache Vermutung der Integration, die hier durch den Sachverhalt selbst widerlegt wird.

57. Der Unionsgesetzgeber ist nämlich von dem Grundsatz ausgegangen, dass die Dauer des Aufenthalts Aufschluss über eine gewisse Integration in den Aufnahmemitgliedstaat gibt [26]. Nach einem Zeitraum von zehn Jahren, die im Hoheitsgebiet dieses Staats verbracht wurden, wird vermutet, dass zwischen dem Unionsbürger, der von seiner Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat, und dem genannten Staat so enge Bindungen bestehen, dass sie diesem Bürger das Gefühl geben können, Teil der Gesellschaft des betreffenden Staates zu sein, wobei dies, wie bereits ausgeführt, zum sozialen Zusammenhalt, einem grundlegenden Ziel der Union, beitragen soll [27].

20 — Vgl. Nrn. 37 f. ihrer Erklärungen.

21 — Urteil vom 5. Juni 1997 (C-285/95, Slg. 1997, I-3069).

22 — Randnr. 28.

23 — Hervorhebung nur hier.

24 — Urteil Tsakouridis (Randnr. 24).

25 — A. a. O. (Randnr. 25).

26 — Vgl. den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (KOM[2001] 257 endg.).

27 — Vgl. den 17. Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/38.

58. In der vorliegenden Rechtssache ist es meines Erachtens unbestreitbar, dass Herr I., wenn die Taten, berücksichtigt man ihren Zeitpunkt, schon von Anfang ihrer Begehung an bekannt gewesen wären, strafrechtlich verfolgt, verurteilt und gegebenenfalls ausgewiesen worden wäre, ohne dass er sich auf den Schutz von Art. 28 Abs. 3 der Richtlinie 2004/38 hätte berufen können.

59. Herr I. hat nämlich bereits im dritten Jahr seines Aufenthalts, also vor einem rechtmäßigen Aufenthalt von fünf Jahren, von dem das Recht auf Daueraufenthalt abhängt, begonnen, das minderjährige Kind seiner Lebensgefährtin zu missbrauchen, und dies bis zum Jahr 2001 fortgesetzt, d. h. in den letzten zehn Jahren vor der gegen ihn ergangenen Ausweisungsverfügung [28].

60. Die Integration eines Unionsbürgers beruht zwar tatsächlich auf räumlichen und zeitlichen Umständen, aber auch auf qualitativen Faktoren [29]. Es erscheint mir aber evident, dass das Verhalten von Herrn I., das eine schwerwiegende Störung der öffentlichen Ordnung darstellt, vom völligen Fehlen eines Willens zeugt, sich in die Gesellschaft zu integrieren, in der er sich befindet und von deren grundlegenden Werten er einige über Jahre hinweg derart nachdrücklich missachtet hat. Er beruft sich heute auf Konsequenzen aus dem Erreichen einer Aufenthaltsdauer von zehn Jahren, die nicht unterbrochen wurde, weil sein Verhalten aufgrund der körperlichen und seelischen Gewalt, die er in verabscheuungswürdiger Weise jahrelang gegen das Opfer angewandt hat, unentdeckt blieb.

61. Eine strafbare Situation wie diese kann nicht mit der Scheinbegründung, dass sie lange Zeit angedauert habe, ein Recht entstehen lassen. Im Übrigen sieht die Richtlinie 2004/38 in Art. 35 selbst vor, dass die Mitgliedstaaten die Maßnahmen erlassen können, die notwendig sind, um die durch sie verliehenen Rechte im Fall von Rechtsmissbrauch oder Betrug zu verweigern, aufzuheben oder zu widerrufen. Hier hat der Gerichtshof die Konsequenzen aus einem solchen Betrug zu ziehen.

62. Würde man zulassen, dass Herr I. aus seinem strafbaren Verhalten das Recht auf den verstärkten Schutz nach Art. 28 Abs. 2 und 3 der Richtlinie herleiten kann, würden meines Erachtens die Werte verletzt, auf denen die Unionsbürgerschaft beruht.

63. Dessen ungeachtet müssen Herrn I. natürlich die Rechtsgarantien nach Art. 28 Abs. 1 der genannten Richtlinie und nach den in der Rechtsprechung des Gerichtshofs aufgestellten Grundsätzen zur Gewährleistung der Grundrechte gewährt werden, auf die im Urteil Tsakouridis, insbesondere in dessen Randnr. 52, hingewiesen wird.

64. Nach alledem bin ich der Ansicht, dass Art. 28 Abs. 2 und 3 der Richtlinie 2004/38 dahin auszulegen ist, dass ein Unionsbürger sich nicht auf das Recht auf einen verstärkten Ausweisungsschutz nach dieser Bestimmung berufen kann, wenn erwiesen ist, dass er dieses Recht aus einem gesetzwidrigen Verhalten herleitet, das eine schwerwiegende Störung der öffentlichen Ordnung des Aufnahmemitgliedstaats darstellt.

## IV – Ergebnis

65. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, dem Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen wie folgt zu antworten:

Art. 28 Abs. 3 der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG ist dahin auszulegen, dass der

28 — Vgl. Randnrn. 31 und 32 des Vorlagebeschlusses.

29 — Vgl. Urteil vom 21. Juli 2011, Dias (C-325/09, Slg. 2011, I-6387, Randnr. 64).

sexuelle Missbrauch eines Kindes unter 14 Jahren, die sexuelle Nötigung und die Vergewaltigung nicht unter den Begriff „zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit“ fallen, wenn diese Handlungen die Ruhe und die physische Sicherheit der Bevölkerung insgesamt oder eines großen Teils derselben nicht unmittelbar bedrohen.

Art. 28 Abs. 2 und 3 der Richtlinie 2004/38 ist dahin auszulegen, dass ein Unionsbürger sich nicht auf das Recht auf einen verstärkten Ausweisungsschutz nach dieser Bestimmung berufen kann, wenn erwiesen ist, dass er dieses Recht aus einem gesetzwidrigen Verhalten herleitet, das eine schwerwiegende Störung der öffentlichen Ordnung des Aufnahmemitgliedstaats darstellt.