

1. § 114 Satz 2 VwGO lässt eine erstmalige Ermessensausübung im Verwaltungsprozess auch dann nicht zu, wenn erst im Verwaltungsprozess die Ausübung des Ermessens erforderlich wird.
2. Auch europäisches Recht gebietet nicht die Möglichkeit der erstmaligen Ermessensbetätigung im Verwaltungsprozess hinsichtlich der Ausweisung eines Flüchtlings.
3. Eine Ausweisung, die nach § 25 Abs. 2 AufenthG einen Anspruch eines Flüchtlings auf Erteilung eines Aufenthaltstitels ausschließen soll, muss den Anforderungen des Art. 24 Abs. 1 oder des Art. 21 Abs. 3 der Richtlinie 2004/38/EG (Qualifikations-Richtlinie) entsprechen.
4. Der Ausschlussgrund der zwingenden Gründe der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung in Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG (Qualifikations-Richtlinie) stellt nicht substantiell geringere Anforderungen an den Ausschlussgrund als der gleichlautende Ausweisungsgrund nach Art. 28 Abs. 3 der Richtlinie 2004/38/EG (Unionsbürger-Richtlinie).
5. Art. 24 Abs. 1 und Art. 21 Abs. 3 der Richtlinie 2004/38/EG erlauben allein spezialpräventive Erwägungen, nicht aber generalpräventive Ausweisungsziele.
6. Entscheidungserheblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der materiellen Rechtmäßigkeit einer Abschiebungsandrohung ist - wenn diese der Vollziehung einer Ausweisung dient - der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung.

(Amtliche Leitsätze)

8 K 734/08

Verwaltungsgericht Münster

Urteil 26.05.2009

T e n o r :

Die Ausweisungsverfügung des Beklagten vom 13. Februar 2008 wird aufgehoben.

Der Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger zuvor Sicherheit in dieser Höhe leistet.

Die Berufung und die Sprungrevision werden zugelassen.

T a t b e s t a n d

Der Kläger wurde am 0.0.1970 im Irak geboren und ist irakischer Staatsangehöriger jezidischen Glaubens. Er reiste am 27. August 2002 in das Bundesgebiet ein und betrieb erfolglos ein Asylverfahren unter Aliaspersonalien.

Am 5. April 2005 offenbarte der Kläger dem Beklagten seine Identität, am 2. Juni 2005 legte er einen irakischen Pass vor. Am 8. Dezember 2005 heiratete er eine ukrainische Staatsangehörige, die in Deutschland über eine Niederlassungserlaubnis verfügt.

Der Beklagte erteilte dem Kläger am 2. März 2006 eine bis zum 2. Juni 2006 gültige Aufenthaltserlaubnis nach § 30 AufenthG. Einen bisher nicht beschiedenen Antrag auf Erteilung einer neuen Aufenthaltserlaubnis stellte der Kläger am 17. März 2009.

Seit dem 14. Mai 2006 befindet sich der Kläger in Untersuchungs- bzw. Strafhaft. Das Amtsgericht Osnabrück sprach den Kläger mit Urteil vom 3. November 2006 der Vergewaltigung schuldig und verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten. Dem lag zu Grunde, dass der Kläger am ... ein 15-jähriges Mädchen ... vergewaltigt hatte. Auf die Berufung des Klägers änderte das Landgericht Osnabrück die Strafzumessung durch rechtskräftiges Urteil vom 31. Mai 2007 in eine Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten.

Mit am 15. Februar 2008 zugestellter Ausweisungsverfügung vom 13. Februar 2008 wies der Beklagte den Kläger unbefristet aus und drohte ihm die Abschiebung in den Irak an. Der Beklagte führte an, die Ausweisung erfolge nach § 53 Nr. 1 AufenthG auf Grund des rechtskräftigen Strafurteils. Besonderen Ausweisungsschutz genieße der Kläger nicht, so dass er zwingend auszuweisen sei. Dies sei auch in Ansehung der Ehe des Klägers verhältnismäßig, denn die kinderlose Ehe habe vor der Verhaftung des Klägers erst seit fünf Monaten bestanden; der Ehefrau sei ein Leben im Irak zumutbar.

Mit Beschluss vom 11. Dezember 2008 lehnte die Strafvollstreckungskammer des Landgerichts Osnabrück eine Aussetzung des nach Verbüßung von zwei Dritteln der Freiheitsstrafe verbleibenden Strafrests zur Bewährung (§ 57 Abs. 1 StGB) ab. Der Kläger habe seine Straftat bisher nicht aufgearbeitet, wie der Leiter der JVA Groß-Hesepe und die Staatsanwaltschaft nachvollziehbar dargelegt hätten. Der Leiter der JVA hatte in seiner Stellungnahme unter dem 15. Juli 2008 angegeben, der Kläger werde von seiner Ehefrau regelmäßig besucht. Vollzugliche Probleme seien nicht aufgetreten. Die Gefährdungsprognose falle aber negativ aus. Wegen der fehlenden Aufarbeitung der Ursachen der Straffälligkeit könne keine günstige Sozialprognose gestellt werden. Eine vorzeitige Entlassung werde nicht befürwortet. Auf Ersuchen der Strafvollstreckungskammer hatte der Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie Dr. med. F. unter dem 3. November 2008 ein Prognosegutachten erstattet, dem unter anderem eine Exploration und Untersuchung des Klägers vom 10. Oktober 2008 zu Grunde lag. Zusammenfassend kam der Gutachter zu dem Schluss, dass es zu einer Aufarbeitung der Vergewaltigung in keiner Weise gekommen sei, die

Prognose hinsichtlich weiterer Sexualstraftaten müsse "als Verhalten ungünstig" bewertet werden. Die durch die Tat zu Tage getretene Gefährlichkeit des Klägers sei nur in einem äußerst geringen Maße verringert worden.

Das Oberlandesgericht Oldenburg verwarf mit Beschluss vom 9. Januar 2009 die dagegen erhobene sofortige Beschwerde des Klägers als unbegründet. Auch wenn die Rückfallwahrscheinlichkeit nicht im oberen Bereich anzusiedeln sein möge, mache das gegebene Risiko einer erneuten Sexualstraftat eine bedingte Entlassung unverantwortbar.

Mit rechtskräftigem Beschluss vom 16. April 2009 lehnte die Strafvollstreckungskammer des Landgerichts Osnabrück eine Aussetzung des verbleibenden Strafrests zur Bewährung erneut ab. Es seien keine Anzeichen für eine Änderung der Sachlage zu Gunsten des Klägers seit dem Beschluss vom 11. Dezember 2008 erkennbar. Mit Schriftsatz vom 9. März 2009 hatte der Leiter der JVA Groß-Hesepe eine erneute Stellungnahme abgegeben. Der Kläger werde (weiterhin) von seiner Ehefrau regelmäßig besucht. Vollzugliche Probleme seien nicht aufgetreten, vollzugliche Lockerungen habe es nicht gegeben. Unter Bezugnahme auf das Gutachten des Dr. F. falle die Gefährdungsprognose negativ aus, wegen der fehlenden Aufarbeitung der Ursachen der Straffälligkeit könne keine günstige Sozialprognose gestellt werden.

Durch Urteil vom 26. September 2008 – 10 K 423/08.A – verpflichtete das Verwaltungsgericht Münster die Bundesrepublik Deutschland, festzustellen, dass in der Person des Klägers die Voraussetzungen des § 60 Abs. 1 AufenthG erfüllt sind. Es sei davon auszugehen, dass er als Jezide im Irak einer Gruppenverfolgung unterliege. Das Oberverwaltungsgericht für das Land NRW wies einen Antrag der Bundesrepublik Deutschland auf Zulassung der Berufung mit Beschluss vom 4. Dezember 2008 – 9 A 3013/08.A – zurück. Mit Bescheid vom 9. Dezember 2008 stellte das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (Bundesamt) fest, dass in der Person des Klägers die Voraussetzungen des § 60 Abs. 1 AufenthG hinsichtlich des Irak vorliegen.

Der Kläger hat am Montag, dem 17. März 2008, Klage erhoben.

Der Beklagte hat mit dem Gericht am 8. April 2009 zugegangenem Schriftsatz vom 3. April 2009 die Ausweisung des Klägers auf Grund dessen festgestellter Flüchtlingseigenschaft (§ 60 Abs. 1 AufenthG) und seiner ehelichen Lebensgemeinschaft in Deutschland auf § 55 AufenthG gestützt. Die Ausweisung verfolge mit dem Schutz der öffentlichen Sicherheit und der Verhütung von Straftaten ein legitimes Ziel und sei dafür geeignet, erforderlich und angemessen. Die öffentlichen Interessen überwögen das Recht des Klägers auf Privat- und Familienleben, weil seine

Gefährlichkeit laut der Stellungnahme der JVA vom 9. März 2009 nur in äußerst geringem Maße verringert worden sei. Auch wenn die gutachterliche Gesamtbewertung die Gefahr einer erneuten einschlägigen Straffälligkeit mittel- bis langfristig als eher günstig bis offen einschätze, sei die eheliche Situation des Klägers "mit einem größeren Dunkelfeld behaftet" und habe zum Tatzeitpunkt die situative Sexualstraftat nicht verhindert. Die Ausweisung sei spezial- und generalpräventiv begründet. Spezialpräventiv reiche angesichts der Schwere der Rechtsgutbeeinträchtigung durch eine Vergewaltigung eine entfernte Möglichkeit weiterer Straftaten bzw. dass sich eine Gefahr der Wiederholung nicht ausschließen lasse, was hier der Fall sei. Die Ausweisung könne auch eine generalpräventive Wirkung gegenüber anderen Ausländern haben. Solange der Kläger die Rechtsstellung eines Flüchtlings genieße, werde er nicht abgeschoben, sondern geduldet. Daher komme ein Verstoß gegen Art. 8 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) solange nicht in Betracht. Bei Aufhebung der Rechtsstellung und Fortbestand der Ehe sei der Ehefrau ein Leben mit dem Kläger im Irak zumutbar. Auch sei ein gemeinsames Eheleben in der Ukraine nicht ausgeschlossen. Spezial- und generalpräventive Auswirkungen der Ausweisung des Klägers seien auch ohne Aufenthaltsbeendigung auf Grund der Nichterteilung einer Aufenthaltserlaubnis und des Verweilens im Status der Duldung zu erwarten.

Der Kläger trägt vor, eine Abschiebung in den Irak sei rechtswidrig, weil ihm dort als Jezide politische Verfolgung drohe. Dies gelte auch für seine Ehefrau.

Der Kläger beantragt,

die Ausweisungsverfügung des Beklagten vom 13. Februar 2008 aufzuheben.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er trägt vor, die erstmalige Ermessensbetätigung im Prozess sei zulässig, da die Notwendigkeit sich erst im Laufe des Prozesses ergeben habe, als der Kläger die Flüchtlingseigenschaft erlangt habe.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakten 8 K 734/08 und 10 K 423/08.A, der Verwaltungsvorgänge des Beklagten und der beigezogenen Strafakten nebst Vollstreckungsheft und Gefangenepersonalakte ergänzend Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

I. Die zulässige Klage ist begründet.

Die Ordnungsverfügung des Beklagten vom 13. Februar 2008 ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

1. Die Ausweisung des Klägers ist materiell rechtswidrig.

Gemäß § 55 Abs. 1 und 2 Nr. 2 AufenthG kann ein Ausländer ausgewiesen werden, wenn er einen nicht nur vereinzelt oder geringfügigen Verstoß gegen Rechtsvorschriften begangen hat.

a) Eine zwingende Ausweisung des Klägers nach dem vom Beklagten ursprünglich als Ermächtigungsgrundlage herangezogenen § 53 Nr. 1 AufenthG kommt nicht mehr in Betracht.

Entscheidungserheblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der materiellen Rechtmäßigkeit der Ausweisung ist der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung (vgl. BVerwG, Urteil vom 15. November 2007 - 1 C 45.06 -, BVerwGE 130, 20 = InfAuslR 2008, 156 = DÖV 2008, 334 = www.bverwg.de, Rn. 14 ff.).

Zu diesem Zeitpunkt scheidet eine zwingende Ausweisung aus, weil der Kläger besonderen Ausweisungsschutz nach § 56 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG genießt. Denn er hat im Bundesgebiet die Rechtsstellung eines ausländischen Flüchtlings (§ 3 Abs. 4 AsylVfG) inne, weil das Bundesamt mit Bescheid vom 9. Dezember 2008 festgestellt hat, dass in der Person des Klägers die Voraussetzungen des § 60 Abs. 1 AufenthG in Bezug auf den Irak erfüllt sind (vgl. auch BVerwG, Urteil vom 8. Februar 2005 - 1 C 29.03 -, BVerwGE 122, 376 = NVwZ 2005, 1087 = juris, Rn. 15; BT-Drs. 16/5065, S. 187).

Gemäß § 56 Abs. 1 Satz 4 AufenthG wird ein Ausländer bei Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 53, 56 Abs. 1 Satz 1 AufenthG zwar in der Regel ausgewiesen.

Hinsichtlich des Klägers liegt ein solcher Regelfall jedoch nicht vor. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG), der die Kammer folgt, liegt ein Ausnahmefall von der Regelausweisung vor, wenn durch höherrangiges Recht oder Vorschriften der EMRK geschützte Belange des Ausländers eine Einzelfallwürdigung unter Berücksichtigung der Gesamtumstände

des Falles gebieten (vgl. BVerwG, Urteil vom 23. Oktober 2007 – 1 C 10.07 –, BVerwG 129, 367 = InfAuslR 2008, 116 = juris, Rn. 24 f.).

Dies ist hinsichtlich des Klägers aus doppeltem Grunde der Fall. Zum einen führt er ausweislich der Akten im Bundesgebiet eine eheliche Lebensgemeinschaft mit seiner über eine Niederlassungserlaubnis verfügenden Ehefrau, so dass der Schutzbereich des Grundrechts auf Ehe- und Familienleben (Art. 6 Abs. 1 GG, Art. 8 Abs. 1 EMRK) berührt ist. Zum anderen berührt die Ausweisung seine Rechtsstellung als Flüchtling nach Gemeinschaftsrecht in Form der Art. 9 ff., 24 der Richtlinie 2004/83/EG vom 29. April 2004 (sogenannte Qualifikationsrichtlinie, nachfolgend Richtlinie) sowie seine Rechtsstellung nach der Genfer Flüchtlingskonvention vom 28. Juli 1951 (GFK).

Folglich darf eine rechtmäßige Ausweisung des Klägers nur nach Ermessen (§ 55 AufenthG) erfolgen.

b) Der Kläger erfüllt den Tatbestand des § 55 Abs. 1 und 2 Nr. 2 AufenthG. Durch die abgeurteilte Vergewaltigung (§ 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB) hat er einen nicht nur vereinzelt oder geringfügigen Verstoß gegen Rechtsvorschriften begangen.

c) Der Beklagte hat aber nicht in der angefochtenen Verfügung, sondern erstmals mit Schriftsatz vom 3. April 2009 im gerichtlichen Verfahren auf § 55 Abs. 1 und 2 Nr. 2 AufenthG gestützte Ermessenserwägungen vorgenommen. Diese darf das erkennende Gericht nicht berücksichtigen.

aa) Die Zulässigkeit einer erstmaligen Ermessensausübung im Verwaltungsprozess ist an den materiellrechtlichen Vorgaben des jeweiligen Fachrechts, an dem Verwaltungsverfahrensrecht und an dem Verwaltungsprozessrecht zu prüfen (vgl. BVerwG, Urteil vom 5. Mai 1998 – 1 C 17.97 –, BVerwGE 106, 351).

Die materiellrechtlichen Vorgaben des AufenthG stehen einer erstmaligen Ermessensausübung im Verwaltungsprozess nicht entgegen. Vielmehr spricht die Tatsache, dass entscheidungserheblicher Zeitpunkt hinsichtlich der Rechtmäßigkeit einer Ausweisung der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung oder Entscheidung des Tatsachengerichts ist, dafür, dass gemäß dem AufenthG Ermessenserwägungen im Prozess zumindest ergänzt werden können (vgl. BVerwG, Urteil vom 15. November 2007 – 1 C 45.06 –, a.a.O., Rn. 21; Kraft, ZAR 2009, 41 (45 f.); zum AuslG s. BVerwG, Urteil vom 5. Mai 1998 – 1 C 17.97 –, BVerwGE 106, 351).

Auch das Verwaltungsverfahrensgesetz NRW, insbesondere dessen § 45 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, steht einer erstmaligen Ermessensausübung im Verwaltungsprozess nicht entgegen (vgl. auch zum VwVfG des Bundes BVerwG, Urteil vom 5. Mai 1998 – 1 C 17.97 –, BVerwGE 106, 351).

Aber nach der VwGO ist das erstmalige Ausübung des Ermessens im Verwaltungsprozess nicht zulässig.

Das BVerwG hat die Frage einer Zulässigkeit der erstmaligen Ermessensausübung im Prozess zwar im Urteil vom 15. November 2007 1 C 45.06 ausdrücklich offen gelassen (Rn. 21).

In dazu zeitnahen anderen Entscheidungen hat es jedoch eine erstmalige Ermessensausübung im Prozess ausdrücklich abgelehnt (vgl. Urteile vom 23. Oktober 2007 – 1 C 10.07 –, a.a.O., Rn. 30, und vom 5. September 2006 – 1 C 20.05 –, NVwZ 2007, 470 = AuAS 2007, 3; s. auch OVG Niedersachsen, Beschluss vom 23. März 2009 – 10 LA 438/08 –, juris, Rn. 10; VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 23. Juli 2008 – 11 S 2889/07 –, InfAuslR 2008, 429 = juris, Rn. 70).

§ 114 Satz 2 VwGO lässt nach seinem Wortlaut und Zweck eine erstmalige Ermessensausübung im Verwaltungsprozess nicht zu. Danach kann die Verwaltungsbehörde ihre Ermessenserwägungen hinsichtlich des Verwaltungsaktes im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nur ergänzen (vgl. BVerwG, Urteile vom 5. Mai 1998 – 1 C 17.97 –, BVerwGE 106, 351, vom 16. Juni 1997 – 3 C 22.96 –, BVerwGE 105, 55, und vom 7. Juli 1998 – 5 C 14.97 – BVerwGE 107, 164; Beschluss vom 14. Januar 1999 – 6 B 133.98 –, NJW 1999, 2912).

Dass § 114 VwGO im gerichtlichen Verfahren allein die Ergänzung von Ermessenserwägungen zulässt, folgt auch aus der Entstehungsgeschichte der Norm, wonach eine erstmalige Begründung der Ermessensentscheidung der Regelung des § 114 Satz 2 VwGO nicht unterfalle (vgl. BR-Drs. 30/96, S. 28).

Der VwGO kann nicht entnommen werden, dass jenseits ihres § 114 Satz 2 bzw. auf Grund einer entsprechenden Anwendung dieser Vorschrift die erstmalige Ermessensausübung im Verwaltungsprozess zulässig wäre.

Verfahrensökonomische Gesichtspunkte können eine andere Auslegung nicht rechtfertigen. Zwar hatte der Beklagte in der Zeit zwischen dem Erlass der angefochtenen Verfügung bis zu der Klageerhebung ersichtlich keinen Grund, trotz der – nur durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eingeschränkten – zwingenden Rechtsfolge des § 53 AufenthG ein durch diese Norm nicht einge-

räumtes Ermessen auszuüben. Denn hinsichtlich des Klägers ist die besonderen Ausweisungsschutz und damit eine Herabstufung zur Regelausweisung (§ 56 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5, Satz 4 AufenthG) begründende Flüchtlingseigenschaft erst nach der Klageerhebung festgestellt worden. Das bereits vorherige Bestehen der ehelichen Lebensgemeinschaft führte nicht auf besonderen Ausweisungsschutz. Allein die Tatsache, dass es im Falle einer Änderung der Sachlage nach Klageerhebung infolge des entscheidungserheblichen Zeitpunkts der letzten mündlichen Verhandlung erforderlich werden kann, erstmals im Prozess das Ermessen auszuüben und eine erstmalige Ermessensausübung im Prozess verfahrensökonomischer sein kann als eine (gerichtliche) Aufhebung der ursprünglichen Ausweisung, die Durchführung eines neuen Verwaltungsverfahrens und eine (eventuelle) Überprüfung einer etwaigen neuen Ausweisung in einem Folgeprozess (vgl. Kraft, ZAR 2009, 41 (45 f.)) kann von Gesetzes wegen nicht dazu führen, jenseits des vom Gesetzgeber zur Erleichterung des Nachschiebens von Gründen für erforderlich gehaltenen § 114 Satz 2 VwGO eine allgemeine Möglichkeit der erstmaligen Ermessensausübung im Prozess zu bejahen. Indem der Gesetzgeber mit Art. 1 Nr. 19 des 6. Gesetzes zur Änderung der VwGO § 114 Satz 2 VwGO eingefügt hat, hat er über das Ausmaß entschieden, in dem verfahrensökonomische Gesichtspunkte eine Ergänzung der behördlichen Ermessensentscheidung erlauben.

Im Übrigen liegen solche verfahrensökonomischen Gesichtspunkte auch nicht zwingend vor. Zwar kann eine Ausländerbehörde nicht erzwingen, dass ein Kläger hinsichtlich einer durch erstmalige Ermessensentscheidung geänderten Ausweisungsverfügung durch Erklärung der Klageänderung (§ 91 VwGO) die Voraussetzung für deren Einbeziehung in einen anhängigen Verwaltungsprozess schafft (vgl. auch BVerwG, Urteil vom 18. Mai 1990 – 8 C 48.88 –, BVerwGE 85, 163; Beschluss vom 19. August 1981 – 4 B 105.81 –, Buchholz 316 § 45 VwVfG Nr. 4 –; Rennert, in: Eyermann/Fröhler, VwGO, 12. Aufl. 2006, § 114 Rn. 90; Wolff, in: Posser/Wolff, VwGO, § 114 Rn. 47).

Die Verwaltungsgerichte sind aber in der Lage, verfahrensökonomische Gesichtspunkte zu berücksichtigen, indem sie eine gegen eine nachfolgende (Ermessens-)Ausweisung erhobene Klage zeitnah verhandeln und entscheiden.

Auch in der Literatur wird praktisch ausnahmslos eine Auslegung des § 114 Satz 2 VwGO dahingehend, dass dieser eine erstmalige Ermessensausübung im Prozess zuließe, abgelehnt (vgl. Kuntze, in: Bader u.a., VwGO, 3. Aufl. 2005, § 114 Rn. 55; Rennert, in: Eyermann/Fröhler, VwGO, 12. Aufl. 2006, § 114 Rn. 88; Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 114 Rn. 50; Schwarz, in: Handkommentar Verwaltungsrecht, § 114 VwGO Rn. 85; Wolff, in: Posser/Wolff,

VwGO, § 114 Rn. 41 bis 43; ders., in: Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl., § 114 Rn. 207 f.; dies in gewisser Weise in Frage stellend Kraft, ZAR 2009, 41 (45 f.)).

Die Urteile des BVerwG vom 3. August 2004 - 1 C 30.02 (www.bverwg.de = BVerwGE 121, 297 = InfAuslR 2005, 18) und 1 C 29.02. (www.bverwg.de = BVerwGE 121, 315 = InfAuslR 2005, 26) führen zu keinem anderen Ergebnis. Das BVerwG hat zwar in diesen Entscheidungen ausgeführt, dass nach Aufgabe seiner vorherigen ständigen Rechtsprechung und seiner Vorgabe neuer Maßstäbe für die Ausweisung freizügigkeitsberechtigter Unionsbürger und assoziationsberechtigter türkischer Staatsangehöriger während eines Übergangszeitraums den Ausländerbehörden Gelegenheit zur vollständigen Nachholung der Ermessensentscheidung zu geben sei, wenn die Ausweisung eines freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers oder eines assoziationsberechtigten türkischen Staatsangehörigen als Ist- oder Regelausweisung ohne Ermessensausübung verfügt worden war. Diese Rechtsprechung ist aber nicht auf die Ausweisung eines anderen, drittstaatsangehörigen Ausländers zu erstrecken (ebenso BayVGH, Urteil vom 24. Oktober 2008 10 B 08.492, juris).

Die dort angesprochene Ausnahme ist nicht auf den hier betroffenen Ausweisungsfall übertragbar. Zwar besteht auch nach der durch das Urteil des BVerwG vom 15. November 2007 erfolgten Änderung der Rechtsprechung ein vergleichbares Übergangsproblem. Die vom BVerwG vorgenommene erweiternde Auslegung des § 114 Satz 2 VwGO war aber in seinen Urteilen vom 3. August 2004 dem Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts, das sich aus der präzisierten Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) ergab (EuGH, Urteil vom 29. April 2004 - C-482/01 und C-493/01 - Orfanopoulos und Oliveri, Slg. 2004, I-5257 = DVBl. 2004, 876 = curia.europa.eu), geschuldet. Verallgemeinerungsfähig ist diese Ausnahme nicht (so ausdrücklich für ein Rücknahmeermessen BVerwG, Urteil vom 23. Oktober 2007 1 C 10.07, www.bverwg.de, Rn. 30 = InfAuslR 2008, 116 = ZAR 2008, 140; Urteil vom 5. September 2006 1 C 20.05, www.bverwg.de = ZAR 2007, 66 = NVwZ 2007, 470 = AuAS 2007, 3).

Es liegt in dem hier betroffenen Zusammenhang kein Fall vor, in dem es zur Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts geboten wäre, dem Beklagten eine solche erstmalige Ermessensausübung durch eine erweiternde Auslegung des § 114 Satz 2 VwGO zu erlauben.

Die Ausweisungsverfügung des Beklagten am 13. Februar 2008 erging zwar auch zu einem Zeitpunkt, zu dem ihm die Rechtsprechungsänderung des BVerwG zur Abgrenzung von Regel- und Ausnahmefall im Sinne des § 54 AufenthG durch das Urteil vom 23. Oktober 2007 – 1 C 10.07 – noch nicht bekannt gewesen sein mag. Auch ist die streitgegenständliche Klage weniger als fünf

Monate nach dieser Rechtsprechungsänderung erhoben worden. Der streitgegenständliche Sachverhalt verbietet jedoch aus mehreren Gründe die Einräumung der Möglichkeit einer erstmaligen Ermessensausübung im Prozess.

Erstens fehlt es an einer für die Rechtsprechungsänderung des BVerwG zur Abgrenzung von Regel- und Ausnahmefall in § 54 AufenthG zu Grunde liegenden Änderung bzw. Präzisierung der Rechtsprechung des EuGH, wie sie den Urteilen des BVerwG vom 3. August 2004 zu Grunde lag. Vielmehr hat das BVerwG auf die in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) und des BVerfG "erkennbar gewachsene Bedeutung des Rechts auf Achtung des Privatlebens" abgestellt, welche Gemeinschaftsrecht jedenfalls nicht unmittelbar betrifft (vgl. Urteil vom 23. Oktober 2007 – 1 C 10.07 –, a.a.O., Rn. 24 f.; s. auch BayVGh, Urteil vom 24. Oktober 2008 – 10 B 08.492 –, juris).

Zweitens hat das BVerwG in diesem Urteil trotz dieser Rechtsprechungsänderung eine erneute Setzung einer Übergangsfrist für eine erstmalige Ermessensausübung der Ausländerbehörden im Prozess abgelehnt (vgl. Urteil vom 23. Oktober 2007 – 1 C 10.07 –, Rn. 30; s. auch Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 22. April 2009 – 7 A 11361/08 –, juris, Rn. 24 f.).

Drittens ist nicht durch Gemeinschaftsrecht geboten, eine erstmalige Ermessensausübung im Prozess zuzulassen. Es existiert kein gemeinschaftlicher (Verfahrens-)Rechtssatz des Inhalts, dass im Falle der Übernahme individualrechtsschützender (europarechtlicher) Vorgaben entgegen dem nationalen Prozessrecht den staatlichen Behörden für einen Übergangszeitraum im Prozess die erstmalige Ermessensausübung (hinsichtlich einer Ausweisung) zu ermöglichen, wenn die Ermessensausübung einen Eingriff in subjektive Rechte Einzelner bezweckt. Die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts wird nicht beeinträchtigt, wenn eine Ausweisung durch ein Verwaltungsgericht aufgehoben wird, weil eine Ermessensausübung nicht zulässig ist. Die Richtlinie des Rates 2005/85/EG vom 1. Dezember 2005 schafft nach ihrem Titel und ihrem Art. 1 nur Mindestnormen für das Verfahren betreffend die Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft, nicht aber Regelungen hinsichtlich der Frage, unter Anwendung welchen Verfahrensrechts Flüchtlinge ausgewiesen werden dürfen bzw. ihnen eine Aufenthaltserlaubnis verweigert werden darf bzw. muss.

Im Gemeinschaftsrecht gilt bei Nichtvorliegen gemeinschaftsrechtlicher Verfahrensnormen der Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Ausgestaltung ihrer verwaltungsbehördlichen und verwaltungsprozessualen Verfahren. Allerdings dürfen diese innerstaatlichen Normen bei Anwendung auf gemeinschaftsrechtliche Sachverhalte nicht ungünstiger

sein als diejenigen, die gleichartige Sachverhalte innerstaatlicher Art regeln (Äquivalenzprinzip), und sie dürfen die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsprinzip) (vgl. EuGH, Urteil vom 19. September 2006, Rs. C-392/04 und C-422/04, i-21 Germany GmbH und Arcor AG & Co. KG, Slg. 2006, I-8559 = curia.europa.eu, Rn. 57).

Diese Grenzen werden hier durch eine Ablehnung der erstmaligen Ermessensausübung im Prozess eingehalten. Im Falle des über ein gemeinschaftsrechtliches Flüchtlingsrecht (Art. 13 der Richtlinie) verfügenden Klägers würde durch Zulassung einer erstmaligen Ermessensausübung im Prozess eine Schlechterstellung gegenüber vergleichbaren Sachverhalten innerstaatlicher Art begründen. Denn im Falle der Ausweisung eines Asylberechtigten (Art. 16a GG) scheidet eine erstmalige Ermessensausübung im Prozess nach nationalem Recht aus. Da sich die Rechtsstellung des Asylberechtigten allein nach nationalem Recht richtet, gebietet Gemeinschaftsrecht nichts anderes. Die Grenzen des § 114 Satz 2 VwGO gehen hier also zu Lasten des Beklagten. Die Rechte eines anerkannten Flüchtlings (Art. 13 der Richtlinie) werden durch § 114 Satz 2 VwGO nicht beeinträchtigt, sondern gestärkt.

bb) Im Übrigen ist die im Schriftsatz vom 3. April 2009 enthaltene Ermessensausübung des Beklagten materiell rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten.

Zwar ist diese Ermessensausübung trotz der Bezugnahme des Beklagten auf Möglichkeiten einer Abschiebung des Klägers dahingehend auszulegen, dass eine Aufenthaltsbeendigung während der Innehabung der Flüchtlingseigenschaft und damit auf absehbare Zeit nicht beabsichtigt ist. Die Ausweisung soll nur dem Zweck dienen, einen Anspruch des Klägers auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis auszuschließen. Dieser Zweck kann eine Ausweisung rechtfertigen (vgl. zum AuslG 1990 auch BVerwG, Urteil vom 31. August 2004 – 1 C 25.03 –, BVerwGE 121, 356).

Die Ausweisung des Klägers ist aber nicht geeignet, einen Anspruch des Klägers auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis auszuschließen.

(1) Der Kläger hat als anerkannter Flüchtling dem Grunde nach einen solchen Anspruch nach §§ 25 Abs. 2 Satz 1, 5 Abs. 3 Satz 1 AufenthG. Um diesen auszuschließen, muss der Beklagte schon nach nationalem Recht gemäß § 25 Abs. 2 Satz 2, Abs. 1 Satz 2 AufenthG eine Ausweisung aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung erlassen. Angesichts der Ausführungen des Beklagten in dem Schriftsatz vom 3. April 2009, dass nach einer Vergewaltigung eine lediglich entfernte Möglichkeit der Wiederholung bzw. die fehlende Möglichkeit der

Ausschließung einer Wiederholung als spezialpräventiver Ausweisungsanlass reiche, bestehen bereits Zweifel, ob der Beklagte die Anforderungen schwerwiegender Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Sinne des § 25 Abs. 2 Satz 2, Abs. 1 Satz 2, § 56 Abs. 1 Satz 2 und 3 AufenthG erkannt bzw. zutreffend beachtet hat.

Die Ermessensausübung ist jedenfalls rechtswidrig, weil der Beklagte die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben außer Acht gelassen hat. Eine Ausweisung, die wie hier dem Zweck dient, einen Anspruch eines anerkannten Flüchtlings auf Erteilung eines Aufenthaltstitels auszuschließen, muss den Anforderungen des Art. 24 Abs. 1 bzw. des Art. 21 Abs. 3 der Richtlinie 2004/83/EG entsprechen. Dies ist hier nicht der Fall, so dass die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 2 AufenthG bisher nicht ausgeschlossen ist.

Nach Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie stellen die Mitgliedstaaten sobald wie möglich nach Zuerkennung des Flüchtlingsstatus unbeschadet des Art. 21 Abs. 3 der Richtlinie einen Aufenthaltstitel aus, es sei denn, zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung stehen dem entgegen.

Ein Aufenthaltstitel in diesem Sinne ist nur ein Titel im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 2 AufenthG, denn er muss nach Art. 2 lit. j) der Richtlinie den Aufenthalt gestatten. Eine Duldung nach § 60a Abs. 2 AufenthG, auf die der Kläger im Falle der rechtmäßigen Ausweisung gemäß § 25 Abs. 2 Satz 2, Abs. 1 Satz 2 AufenthG verwiesen ist, gestattet den Aufenthalt nicht.

Zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung gemäß Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie liegen hinsichtlich des Klägers nicht vor. Was unter ihnen zu verstehen ist, wird in der Richtlinie nicht näher definiert. Während der Schutz der öffentlichen Sicherheit nur die innere oder äußere Sicherheit des Staates betreffen dürfte (vgl. zu dem Art. 30 EG entsprechenden Art. 36 EWGV EuGH, Urteile vom 10. Juli 1984, Rs. 72/83, Campus Oil, Slg. 1984, 2727, Rn. 33 f., vom 4. Oktober 1991, C-367/89, Richardt, Slg. 1991, I-4621 Rn. 22 f., und vom 17. Oktober 1995, C-70/94, Werner, Slg. 1995, I-3189 Rn. 24 bis 27), unterfällt der Schutz vor Straftaten der öffentlichen Ordnung (vgl. EuGH, Urteil vom 29. April 2004, C-482/01 und C-493/01, Orfanopoulos und Oliveri, a.a.O., Rn. 62 f.).

Hinsichtlich des Klägers muss in Ansehung seiner Straftat und der nachvollziehbaren Darlegungen der Strafvollstreckungskammer zwar von einer gewissen Gefahr der Wiederholung von Taten gegen die sexuelle Selbstbestimmung ausgegangen werden. Diese begründet aber keine zwingenden Gründe der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung im Sinne des Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie.

Zur Auslegung dieser Vorschrift kann auf Art. 28 Abs. 3 der ebenfalls am 29. April 2004 verabschiedeten Richtlinie 2004/38/EG, der sogenannten Freizügigkeits- bzw. Unionsbürger-Richtlinie, zurückgegriffen werden (a. A. Hailbronner, Ausländerrecht, A1 § 25 Rn. 27).

Danach darf gegen einen Unionsbürger, der seinen Aufenthalt in den letzten zehn Jahren im Aufnahmemitgliedstaat gehabt hat, eine Ausweisung nur aus zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit, die von den Mitgliedstaaten festgelegt werden, verfügt werden. Diese Vorschrift enthält die dritte und höchste Stufe des gemeinschaftsrechtlichen Ausweisungsschutzes und geht über den in Art. 28 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG enthaltenen Schutz der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, welche über ein Daueraufenthaltsrecht (nach mindestens fünfjährigem rechtmäßigem Aufenthalt) verfügen, deutlich hinaus. In Art. 28 Abs. 2 der Richtlinie der zweiten Stufe werden vom Wortlaut her wie in § 25 Abs. 2 Satz 2, Abs. 1 Satz 2 AufenthG nur schwerwiegende Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorausgesetzt.

Angesichts der Schutzniveaus, dass die Richtlinie 2004/83/EG für Flüchtlinge unter Beachtung der GFK vorsieht, kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Richtliniengesetzgeber mit dem Ausschlussgrund der zwingenden Gründe der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung in Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie 2004/83/EG andere bzw. substantiell geringere Anforderungen an den Ausschlussgrund stellen wollte, als an den gleichlautenden Ausweisungsgrund nach Art. 28 Abs. 3 der am selben Tage beschlossenen Richtlinie 2004/38/EG.

Der Bundesgesetzgeber bestimmt in dem zur Umsetzung des Art. 28 Abs. 3 der Richtlinie 2004/38/EG erlassenen § 6 Abs. 5 Satz 3 FreizügG/EU, dass zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit nur dann vorliegen, wenn wegen einer oder mehrerer vorsätzlicher Straftaten eine rechtskräftige Verurteilung zu einer Freiheits- oder Jugendstrafe von mindestens fünf Jahren vorliegt oder bei der letzten rechtskräftigen Verurteilung Sicherungsverwahrung angeordnet wurde, wenn die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland betroffen ist oder von dem Betroffenen eine terroristische Gefahr ausgeht. All dies ist hinsichtlich des Klägers nicht der Fall, insbesondere erreicht seine rechtskräftige Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten ersichtlich nicht die gesetzliche Grenze von fünf Jahren.

Zudem ist die Ermessensausübung des Beklagten richtlinien- und damit rechtswidrig, weil er nicht nur Gründe der Spezial-, sondern auch der Generalprävention herangezogen hat. Der Wortlaut und der Sinn und Zweck des Vorbehalts der zwingenden Gründe der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung in Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie 2004/83/EG erlaubt allein spezialpräventive

Erwägungen, nicht aber generalpräventive Ziele. Die Vorschrift weist eine Parallele auf zu den nun in Art. 27 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2004/38/EG kodifizierten gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen bei der Ausweisung freizügigkeitsberechtigter Unionsbürger und Assoziationsberechtigter (vgl. dazu EuGH, Urteil vom 29. April 2004 - C-482/01 und C-493/01 (Orfanopoulos und Oliveri), DVBl. 2004, 876; BVerwG, Urteile vom 3. August 2004 – 1 C 29.02 und 1 C 30.02 –, BVerwGE 121, 315, und BVerwGE 121, 297) und ist dementsprechend auszu-legen. Mit gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen ist es unvereinbar, die Ausweisung auf andere als in der persönlichen Gefährlichkeit des Ausländers liegende generalpräventive Erwägungen zu stützen (ebenso zu Art. 14 ARB 1/80 BVerwG, Urteil vom 13. September 2005 – 1 C 7.04 –, BVerwGE 124, 217 = InfAuslR 2006, 110 (113) = juris, Rn. 23).

Ob danach eine Ermessensausübung bereits dann rechtswidrig ist, wenn neben selbständig tragen- den spezialpräventiven Erwägungen davon getrennt auch generalpräventive Gründe angeführt werden (so wohl BVerwG, Urteile vom 13. September 2005 – 1 C 7.04 –, a.a.O., und vom 3. August 2004 – 1 C 30.02 –, a.a.O., Rn. 24 f.), ist hier unerheblich. Denn der Beklagte hat in der mündlichen Verhandlung klargestellt, dass er die Ermessensausübung nicht alternativ, sondern kumulativ auf das Vorliegen spezial- und generalpräventiver Gründe gestützt hat.

Der in Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie bezeichnete Art. 21 Abs. 3 der Richtlinie begründet kein anderes Ergebnis.

Es wird die Ansicht geäußert, Flüchtlingen dürfe nach Art. 24 Abs. 1 ein Aufenthaltstitel nur aus zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung verweigert werden, ohne dass eine alternativ auf Art. 21 Abs. 3 und 2 der Richtlinie gestützte Ablehnungsmöglichkeit erwähnt wird (vgl. BVerwG, Urteil vom 24. Juni 2008 - 10 C 43.07 –, BVerwGE 131, 198 = InfAuslR 2008, 474 = NVwZ 2008, 1241 = juris, Rn. 13; Hailbronner, Ausländerrecht, A1 § 25 Rn. 27; Fränkel, HK-AuslR, § 25 AufenthG Rn. 6).

Demgegenüber geht der nationale Gesetzgeber von der Möglichkeit einer Ablehnung nach Art. 21 Abs. 2 der Richtlinie aus (vgl. zu § 34 AsylVfG BT-Drs. 16/5065, S. 426).

Es spricht viel dafür, dass einem anerkannten Flüchtling die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis auch nach Maßgabe des Art. 21 Abs. 3 und 2 verweigert werden darf, weil Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie die Ausstellung eines Aufenthaltstitels nur "unbeschadet des Artikel 21 Absatz 3" gebietet. Der deutsche Wortlaut lässt zwar keine eindeutige Auslegung zu, da der Begriff "unbeschadet" sowohl im Sinne von "ohne Rücksicht auf, ungeachtet, trotz", als auch im Sinne

von "ohne Schaden, ohne Nachteil für, im Einklang mit" benutzt werden kann. Aber der Wortlaut und Sinn des Art. 21 Abs. 3 der Richtlinie spricht dafür, dass er den Mitgliedstaaten unabhängig von den zwingend zur Titelausschließung führenden zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung die Möglichkeit einräumt, die Verlängerung bzw. Erteilung eines Aufenthaltstitels abzulehnen. Dass "unbeschadet" in Art. 24 Abs. 1 im Sinne von "ohne Schaden, ohne Nachteil für, im Einklang mit" Art. 21 Abs. 3 bedeuten soll, legt auch die entsprechende Verwendung des Begriffs "unbeschadet" in Art. 5 Abs. 3, Art. 14 Abs. 2 und Art. 19 Abs. 4 der Richtlinie nahe. Schließlich sprechen für eine Anwendbarkeit des Art. 21 Abs. 3 als weitere Ablehnungsnorm die englische und die französische Fassung des Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie. Dort heißt es, ein Aufenthaltstitel sei auszustellen, "unless compelling reasons of national security or public order otherwise require, and without prejudice to Article 21(3)". Dass damit vorgegeben ist, dass auch nach Art. 21 Abs. 3 ein Titel verweigert werden kann, ergibt sich aus der gleichartigen Verwendung in Art. 20 Abs. 1: "This Chapter shall be without prejudice to the rights laid down in the Geneva Convention." Dadurch wird klargestellt, dass die in der GFK festgeschriebenen Rechte nicht eingeschränkt werden. Dies ist in der deutschen Fassung des Art. 20 Abs. 1 folgendermaßen formuliert: "Die Bestimmungen dieses Kapitels berühren nicht die in der Genfer Flüchtlingskonvention verankerten Rechte." In der französischen Fassung der Art. 20 Abs. 1 und Art. 24 Abs. 1 findet sich die gleich lautende, Unberührtheit des Bezugsobjekts ausdrückende Formulierung "sans préjudice".

Wenn Art. 21 Abs. 3 und 2 der Richtlinie danach anwendbar ist, liegen jedenfalls dessen Voraussetzungen nicht vor. Wie Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie erlaubt die Vorschrift eine Ablehnung eines Aufenthaltstitels nur aus spezialpräventiven Gründen. Nach Art. 21 Abs. 3 der Richtlinie können die Mitgliedstaaten die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gegenüber einem Flüchtling ablehnen, wenn Art. 21 Abs. 2 auf die betreffende Person Anwendung findet. Dieser setzt entweder stichhaltige Gründe für die Annahme voraus, dass er, der Flüchtling, eine Gefahr für die Sicherheit des Mitgliedstaats darstellt (Art. 21 Abs. 2 lit. a) oder dass er eine Gefahr für die Allgemeinheit des Mitgliedstaats darstellt, weil er wegen einer besonders schweren Straftat rechtskräftig verurteilt wurde (Art. 21 Abs. 2 lit. b). Dies verbietet eine Berücksichtigung generalpräventiver Zwecke, wie sie der Beklagte vorgenommen hat. Nach ihrem Wortlaut sind die Tatbestände des Art. 21 Abs. 3 und 2 der Richtlinie allein auf den Flüchtling, nicht auf Dritte bezogen. Eine solche Auslegung entspricht auch den gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen,

vgl. dazu BVerwG, Urteil vom 13. September 2005 – 1 C 7.04 –, a.a.O..

(2) Die Ausweisung des Beklagten könnte zwar im Ansatz geeignet sein, einen Anspruch des Klägers auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 30 AufenthG zu sperren (§ 11 Abs. 1 Satz 2 AufenthG), weil insoweit weder Verfassungsrecht noch Gemeinschaftsrecht entgegenstehen. Infolge seines Anspruchs aus § 25 Abs. 2 AufenthG ist eine solche Eignung im Ergebnis jedoch nicht gegeben.

Nach der Rechtsprechung des BVerwG zum AuslG 1990 (vgl. Urteil vom 31. August 2004 – 1 C 25.03 –, a.a.O.) kann eine Ausweisung ihren ordnungsrechtlichen Zweck unter generalpräventiven Gesichtspunkten auch dann erreichen, wenn sie nicht zu einer Abschiebung des Ausländers in sein Heimatland, sondern "nur" zu einer Verschlechterung seiner aufenthaltsrechtlichen Position im Bundesgebiet führt. Die Sperre einer Aufenthaltserlaubnis nach § 30 AufenthG führt aber nicht zu einer Verschlechterung der Position des Klägers, so dass die Ausweisung insgesamt ungeeignet ist.

Die Sperrwirkung des § 11 Abs. 1 Satz 2 AufenthG greift nämlich nicht gegenüber einem Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis als Flüchtling. Als anerkannter Flüchtling hat der Kläger grundsätzlich einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 2 Satz 1 AufenthG. Gemäß § 25 Abs. 2 Satz 2, Abs. 1 Satz 2 AufenthG hindert nur eine Ausweisung aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung diesen Anspruch (vgl. auch Burr, in Gemeinschaftskommentar zum AufenthG, II-§ 25 Rn. 18; Hailbronner, Ausländerrecht, A1 § 25 Rn. 29 ff.; Renner, Ausländerrecht, 8. Aufl., § 25 AufenthG Rn. 15 bis 18).

Da die angefochtene Ausweisung einen Anspruch des Klägers nach § 25 Abs. 2 Satz 1 AufenthG nicht auszuschließen vermag, könnte der Beklagte mit der Ausweisung nicht bewirken, dass dem Kläger ausschließlich eine Duldung erteilt werden muss. Auch räumt die Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 2 Satz 1 AufenthG auf Grund der allgemeinen Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit (§ 4 Abs. 2, § 25 Abs. 2 Satz 2, Abs. 1 Satz 4 AufenthG), der dreijährigen Dauer (§ 26 Abs. 1 Satz 2 AufenthG) und der Aussicht auf eine daran anschließende Niederlassungserlaubnis (§ 26 Abs. 3 AufenthG) gegenüber einer Aufenthaltserlaubnis nach § 30 AufenthG weitergehende Rechte ein. Auch in Ansehung der systematischen Unterschiede zwischen Aufenthaltstiteln des 5. bzw. 6. Abschnitts des 2. Kapitels des AufenthG (vgl. BVerwG, Urteile vom 4. September 2007 – 1 C 43.06 –, BVerwGE 129, 226, und vom 27. Januar 2009 – 1 C 40.07 –, juris, Rn. 8), ist eine Rechtfertigung für die Ausweisung daher nicht gegeben. Zudem sind für andere Ausländer, hinsichtlich derer der Beklagte mit der Ausweisung des Klägers generalpräventive Zwecke erreichen möchte, keine den Kläger betreffenden ausländerrechtlichen

Konsequenzen erkennbar, wenn diesem eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 2 Satz 1 AufenthG erteilt werden muss.

2. Die angefochtene Abschiebungsandrohung ist materiell rechtswidrig.

Zwar war sie bei Erlass der angefochtenen Verfügung am 13. Februar 2008 rechtmäßig. Entscheidungserheblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der materiellen Rechtmäßigkeit einer Abschiebungsandrohung ist aber – jedenfalls wenn diese der Vollziehung einer Ausweisung dient – der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung (vgl. BVerwG, Urteil vom 13. Januar 2009 – 1 C 2.08 –, juris, Rn. 31; BayVGH, Beschluss vom 3. September 2008 – 19 B 07.2762 –, juris, Rn. 27, unter Hinweis auf BVerwG, Urteil vom 15. November 2007 – 1 C 45.06 –, a.a.O.).

Der Kläger ist zwar im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung unabhängig von der Rechtmäßigkeit bzw. Wirksamkeit der Ausweisung (vollziehbar) ausreisepflichtig (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 20. Februar 2009 – 18 A 2620/08 –, www.nrwe.de), weil er keinen Aufenthaltstitel besitzt (§ 50 Abs. 1, § 59 Abs. 1 AufenthG) und erst mehr als zweieinhalb Jahre nach Ablauf der Aufenthaltserlaubnis einen Antrag auf Erteilung einer neuen Aufenthaltserlaubnis gestellt hat (§ 58 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AufenthG) (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 28. Februar 2008 – 18 B 1607/07 –, www.nrwe.de).

Weil der Kläger aber durch den Bescheid des Bundesamtes vom 9. Dezember 2008 gemäß § 60 Abs. 1 AufenthG als Flüchtling anerkannt ist, ist die Abschiebungsandrohung rechtswidrig. Die Rechtswidrigkeit beschränkt sich nicht nur auf die Bestimmung des Zielstaats Irak 8vgl. zu § 60 Abs. 7 Satz 1 AufenthG BVerwG, Urteil vom 11. September 2007 – 10 C 8.07 –, BVerwGE 129, 251 = juris, Rn. 18 bis 259, sondern folgt aus § 60 Abs. 10 AufenthG.

Dieser setzt in Satz 1 für eine Abschiebungsandrohung voraus, dass ein Ausländer, bei dem die Voraussetzungen des § 60 Abs. 1 AufenthG vorliegen, abgeschoben werden soll 8vgl. auch Hailbronner, Ausländerrecht, A1 § 60 Rn. 2659.

Zwar liegen die Voraussetzungen des § 60 Abs. 1 AufenthG vor. Der Beklagte hat in seinem Schriftsatz vom 3. April 2009 aber klargestellt, dass der Kläger nicht abgeschoben werden soll, sondern dass die Ausweisung nur der Verhinderung eines Anspruchs auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis dienen soll. Folglich sind die Tatbestandsvoraussetzungen des § 60 Abs. 10 Satz 1 AufenthG nicht gegeben.

Darüber hinaus ist entgegen § 60 Abs. 10 Satz 2 AufenthG in der Abschiebungsandrohung nicht der Staat bezeichnet worden, in den der Ausländer nicht abgeschoben werden darf 8vgl. Hailbronner, Ausländerrecht, A1 § 60 Rn. 265; Möller/Stiegeler, in Hofmann/Hoffmann, HK-AuslR, § 60 Rn. 689.

Vielmehr ist der Irak gerade als Abschiebungszielstaat benannt. Daher ist die gesamte Abschiebungsandrohung rechtswidrig. Denn während in § 59 Abs. 3 Satz 2 AufenthG ein entsprechendes Gebot für die Bezeichnung eines Staates besteht, hinsichtlich dessen ein Abschiebungsverbot besteht, nach § 59 Abs. 3 Satz 3 AufenthG die Rechtmäßigkeit der Abschiebungsandrohung im Übrigen aber unberührt bleibt, wenn das Verwaltungsgericht das Vorliegen eines Abschiebungsverbotes feststellt, enthält § 60 Abs. 10 AufenthG eine solche geltungserhaltende Bestimmung nicht.

II. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO, der Ausspruch zur Vollstreckbarkeit auf § 167 VwGO i.V.m. § 708 Nr. 11, § 711 ZPO.

III. Die Berufung ist nach § 124a Abs. 1 Satz 1, § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO zuzulassen wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtsfrage, ob Ausländerbehörden im Falle einer Ausweisung, die bis zur Klageerhebung auch ohne Ermessensausübung rechtmäßig war, das Ermessen im Verwaltungsprozess erstmals ausüben dürfen, weil dies auf Grund einer während des Prozesses eintretenden Änderung der Sachlage erstmals erforderlich wird. Gleichfalls grundsätzliche Bedeutung hat die Auslegung der Art. 24 Abs. 1, Art. 21 Abs. 3 und 2 der Richtlinie 2004/83/EG.

Die Sprungrevision ist zuzulassen, weil zugleich die grundsätzliche Bedeutung im Sinne § 132 Abs. 2 Nr. 1, § 134 VwGO gegeben ist und sich die Rechtsfragen auf revisibles Recht erstrecken (§ 137 VwGO).