

Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen

Urteil vom 29.06.2010

T e n o r :

Das Verfahren wird eingestellt, soweit es von den Beteiligten übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt worden ist. Insoweit ist das angegriffene Urteil wirkungslos.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Die Kosten des für erledigt erklärten Teils des Verfahrens und des Berufungsverfahrens trägt der Beklagte.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

T a t b e s t a n d

Der am ... 1970 geborene Kläger ist irakischer Staatsangehöriger yezidischen Glaubens. Er reiste am 27. August 2002 vom Irak kommend in das Bundesgebiet ein. Unter Aliasnamen betrieb er erfolglos ein Asylverfahren. Nach Offenlegung seiner Identität und Vorlage eines irakischen Passes heiratete er am 8. Dezember 2005 eine ukrainische Staatsangehörige, die seit 1997 im Bundesgebiet lebt und seit August 2000 über eine Niederlassungserlaubnis verfügt. Er erhielt daraufhin am 2. März 2006 eine bis zum 2. Juni 2006 befristete Aufenthaltserlaubnis nach § 30 AufenthG.

Mit Urteil vom 3. November 2006 verurteilte das Amtsgericht P. (241 Ls (319 Js 20432/96) 231/06) den Kläger zu einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren und 9 Monaten. Nach den Feststellungen des Amtsgerichts hatte der Kläger am 14. Mai 2006 ein 15jähriges Mädchen im Keller eines Imbisses in P., in dem er beschäftigt war, vergewaltigt. Auf die Berufung des Klägers änderte das Landgericht P. die Strafzumessung und verurteilte den Kläger durch Urteil vom 31. Mai 2007 (21 Ns/319 Js 20432/06 - 5/07) rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren und 6 Monaten. Anträge des Klägers auf Aussetzung eines Strafrests zur Bewährung blieben mangels günstiger Sozialprognose erfolglos.

Mit Bescheid vom 13. Februar 2008 wies der Beklagte den Kläger aus dem Bundesgebiet aus und drohte ihm die Abschiebung in den Irak an. Zur Begründung führte er aus, die Ausweisung erfolge auf der Grundlage des § 53 Nr. 1 AufenthG wegen der rechtskräftigen Verurteilung des Klägers. Besonderen Ausweisungsschutz genieße der Kläger nicht, dieser sei zwingend auszuweisen.

Hiergegen hat der Kläger am 17. März 2008 (Montag) Klage erhoben.

Mit Urteil vom 26. September 2008 - 10 K 423/08.A - hat das Verwaltungsgericht N. auf einen Asylfolgeantrag des Klägers die Bundesrepublik Deutschland verpflichtet, festzustellen, dass in dessen Person die Voraussetzungen des § 60 Abs. 1 AufenthG erfüllt sind. Der Kläger unterliege als Yezide im Irak einer Gruppenverfolgung. Das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen hat einen Antrag der Bundesrepublik Deutschland auf Zulassung der Berufung mit Beschluss vom 4. Dezember 2008 - 9 A 3013/08.A - zurückgewiesen. Daraufhin hat das Bundesamt mit Bescheid vom 9. Dezember 2008 festgestellt, dass in der Person des Klägers die Voraussetzungen des § 60 Abs. 1 AufenthG hinsichtlich des Irak vorliegen.

Am 17. März 2009 hat der Kläger beim Beklagten die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis beantragt. Über diesen Antrag ist bislang nicht entschieden worden.

Infolge der Flüchtlingsanerkennung hat der Beklagte mit einem beim Verwaltungsgericht N1. am 8. April 2009 eingegangenen Schriftsatz die Ausweisung auf § 55 AufenthG gestützt und ausgeführt:

Er habe nunmehr wegen der Anerkennung des Klägers als Flüchtling im Sinne des § 60 Abs. 1 AufenthG über die Ausweisung nach Ermessen zu entscheiden. In dieser Sondersituation sei es ihm, dem Beklagten, nicht entgegenzuhalten, dass sich die Ermessenserwägungen auf Umstände bezögen, die erst nach Erlass der Ausweisungsverfügungen entstanden seien.

Die Ausweisung verfolge mit dem Schutz der öffentlichen Sicherheit und der Verhütung von Straftaten ein legitimes Ziel. Hierfür sei sie geeignet, erforderlich und angemessen. Die öffentlichen Interessen überwögen das Recht des Klägers auf Privat- und Familienleben, weil sich die Gefährlichkeit des Klägers ausweislich vorliegender Gutachten nur in äußerst geringem Maße verringert habe. Die Ausweisung sei unter Berücksichtigung der persönlichen Belange des Klägers aus spezial- und generalpräventiven Gründen gerechtfertigt. Solange der Kläger die Rechtsstellung eines Flüchtlings genieße, werde er nicht in den Irak abgeschoben, sondern geduldet. Daher komme ein Verstoß gegen Art. 8 EMRK nicht in Betracht. Es sei davon auszugehen, dass, auch wenn eine unmittelbare Abschiebung des Klägers auf Grund der Flüchtlingsanerkennung derzeit nicht in Betracht komme, doch zu erwarten sei, dass er sich durch die aufenthaltsrechtlichen Nachteile der Ausweisung hinreichend beeindrucken lasse und zukünftig keine weiteren Straftaten begehe.

Die Ausweisung sei auch in Ansehung der Ehe des Klägers verhältnismäßig. Die kinderlose Ehe habe vor der Verhaftung des Klägers erst fünf Monate bestanden. Der Ehefrau sei ein Leben im Irak zumut-

bar. Schließlich sei auch nicht ausgeschlossen, dass der Kläger mit seiner Ehefrau in deren Heimatland zurückkehre.

Der Kläger hat zur Begründung der Klage gegen die Ausweisungsverfügung vorgetragen: Eine Abschiebung in den Irak sei rechtswidrig. Ihm drohe dort als Yezide politische Verfolgung. Dies gelte auch für seine Ehefrau.

Der Kläger hat beantragt,

die Ausweisungsverfügung des Beklagten vom 13. Februar 2008 aufzuheben.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Das Verwaltungsgericht hat mit dem angefochtenen Urteil die Ausweisungsverfügung aufgehoben. Dazu hat es ausgeführt: Im entscheidungserheblichen Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung scheide eine zwingende Ausweisung aus, weil der Kläger besonderen Ausweisungsschutz nach §§ 56 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 AufenthG genieße. Eine Regelausweisung komme nicht in Betracht, da der Schutzbereich der Grundrechte auf Ehe- und Familienleben (Art. 6 Abs. 1 GG, Art. 8 Abs. 1 EMRK) berührt sei und die Ausweisung die Rechtsstellung des Klägers als Flüchtling nach Art. 9 f., 24 der Richtlinie 2004/83/EG (Qualifikationsrichtlinie) tangiere. Eine erstmalige Ermessensausübung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren sei nicht zulässig. Die Ermessenserwägungen des Beklagten widersprächen geltendem Gemeinschaftsrecht. Eine Ausweisung, die dem Zweck diene, einen Anspruch eines anerkannten Flüchtlings auf Titelerteilung auszuschließen, müsse den Anforderungen der Art. 24 Abs. 1, 21 Abs. 3 der Qualifikationsrichtlinie genügen. Dies sei hier mangels zwingender Gründe der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung im Sinne des Art. 24 Abs. 1 der Qualifikationsrichtlinie nicht der Fall. Rechtswidrig seien die Ermessenserwägungen auch, weil die Ablehnung eines Aufenthaltstitels gemeinschaftsrechtlich nur mit spezialpräventiven Erwägungen begründet werden könne. Der Beklagte habe aber in der mündlichen Verhandlung erklärt, die Ausweisung kumulativ auf general- und spezialpräventive Gründe gestützt zu haben. Schließlich sei die Abschiebungsandrohung mit der Zielstaatsbezeichnung Irak im maßgebenden Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung mangels Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen des § 60 Abs. 10 AufenthG rechtswidrig.

Der Beklagte hat am 26. Juni 2009 die vom Verwaltungsgericht zugelassene Berufung eingelegt.

Am 2. November 2009 ist der Kläger aus der Strafhaft entlassen worden und zu seiner Ehefrau nach M. gezogen. Durch Beschluss der Strafvollstreckungskammer des Landgerichts ... (15 StVK 380/09 G) vom 19. November 2009 ist der Kläger für die Dauer von vier Jahren unter Führungsaufsicht gestellt worden. Das Amtsgericht T. hat mit Beschluss vom 1. März 2010 (2 XIV 2/10) die Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung des Klägers in einer polizeilichen Datei für die Dauer eines Jahres gemäß § 21 Abs. 1 PolG NRW angeordnet.

Mit Schreiben vom 4. März 2010 hat das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge dem Kläger mitgeteilt, dass im Hinblick auf die Verurteilung der Widerruf der Flüchtlingseigenschaft beabsichtigt sei.

Zur Begründung der Berufung trägt der Beklagte vor:

Entgegen den Feststellungen des Verwaltungsgerichts sei die Ausweisung aufgrund der zwischenzeitlich im gerichtlichen Verfahren erfolgten Ermessensausübung nach § 55 Abs. 1 und 2 Nr. 2 AufenthG rechtmäßig. Die Zulässigkeit einer erstmaligen Ermessensausübung im Verwaltungsprozess scheitere weder an den materiell-rechtlichen Vorgaben des Fachrechts noch an den Vorgaben des Verwaltungsverfahrens- oder des Verwaltungsprozessrechts. § 114 Satz 2 VwGO stehe einer erstmaligen Ermessensausübung nicht entgegen. Dessen Anwendungsbereich sei nur eröffnet, wenn es sich bei dem angefochtenen Verwaltungsakt von Anfang an um eine Ermessensentscheidung handle. Dies sei hier nicht der Fall. Durch das erstmalige Nachschieben von Ermessenserwägungen werde auch nicht das Wesen der Ausweisungsentscheidung verändert. Das Wesen der Ausweisungsverfügung werde wesentlich durch den Regelungsausspruch bestimmt, der sich hier nicht geändert habe.

Die Ausweisung des Klägers sei schließlich auch nicht ermessensfehlerhaft. Angesichts der Schwere der Straftat und der festgestellten Wiederholungsgefahr sei die Ausweisung aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Sinne des § 56 Abs. 1 Satz 2 AufenthG gerechtfertigt. Gemeinschaftsrechtlich sei die Ausweisung ebenfalls nicht zu beanstanden. In der Person des Klägers seien zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung im Sinne des Art. 24 Abs. 1 der Qualifikationsrichtlinie gegeben, die einen Ausschluss des Anspruchs auf einen Aufenthaltstitel trotz Flüchtlingsanerkennung rechtfertigten. Die Erwägungen im Schriftsatz des Beklagten vom 3. April 2009 zur Spezialprävention rechtfertigten für sich gesehen die Ausweisung. Die generalpräventiven Erwägungen hätten lediglich hilfsweise, nämlich für den Fall, dass die spezialpräventiven Gründe nicht ausreichten, herangezogen werden sollen. Im Übrigen verbiete das Gemeinschaftsrecht nicht die Heranziehung generalpräventiver Gründe.

Der Beklagte hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht die im angefochtenen Bescheid enthaltende Abschiebungsandrohung aufgehoben. Insoweit haben die Beteiligten das Verfahren übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt.

Der Beklagte beantragt im Übrigen,

das angegriffene Urteil zu ändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil und beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der beigezogenen Verwaltungsvorgänge des Beklagten sowie weiter auf den Inhalt der beigezogenen Straftakten, der Gerichtsakte des Amtsgerichts Steinfurt sowie auf die Verwaltungsvorgänge des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Soweit die Beteiligten das Verfahren in der mündlichen Verhandlung übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt haben, ist es in entsprechender Anwendung des § 92 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 125 Abs. 1 VwGO einzustellen. Insoweit ist zur Klarstellung das angefochtene Urteil des Verwaltungsgerichts N1. für wirkungslos zu erklären (§ 173 VwGO i.V.m. § 269 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 ZPO analog).

Im Übrigen ist die zulässige Berufung des Beklagten unbegründet. Die angefochtene Ausweisungsverfügung ist im maßgeblichen Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Ausweisung ist nach der Änderung der ursprünglich auf die letzte Behördenentscheidung abstellenden Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in Folge des Inkrafttretens des Richtlinienumsetzungsgesetzes vom 19. August 2007 (BGBl. I 2007, 1970) nunmehr bei allen Ausländern einheitlich die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung oder Entscheidung des Tatsachengerichts maßgeblich (vgl. BVerwG, Urteile vom 3. August 2004 - 1 C 30.04 -, InfAuslR 2005, 18 (freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger) und -1 C 29.02 -, InfAuslR 2005, 26 (assoziationsberechtigte türkische Staatangehörige), sowie Urteil vom 15. November 2007 - 1 C 45.06 -, InfAuslR 2008, 156 (alle Ausländer)).

Dies hat zur Folge, dass sich die Rechtmäßigkeit der Ausweisung für den Kläger nach §§ 53, 56 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5, Satz 2 und 4 AufenthG bestimmt (1.). Danach erweist sich die Ausweisungsverfügung als rechtswidrig, weil es an einem Regelfall im Sinne des § 56 Abs. 1 Satz 4 AufenthG fehlt und die Ausweisung nur unter Berücksichtigung der für eine Ermessensausweisung geltenden Grundsätze (vgl. § 55 AufenthG) erfolgen kann (2.). Dem Beklagten ist es aber aus prozessualen und materiellrechtlichen Gründen verwehrt, im bereits anhängigen verwaltungsgerichtlichen Verfahren erstmals Ermessen auszuüben (3.).

1. Ermächtigungsgrundlage für die Ausweisung des Klägers ist § 53 Nr. 1 AufenthG i.V.m. § 56 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5, Satz 2 und 4 AufenthG. Diese Regelungen bieten hinreichend Raum, den im Einzelfall zu berücksichtigenden gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben Rechnung zu tragen. Der Senat hält es deshalb nicht für erforderlich, in Fällen drittstaatsangehöriger Ausländer, deren Ausweisung auf eine Ermessensausweisung herabzustufen ist, stets auf § 55 AufenthG zurückzugreifen, wie es das Bundesverwaltungsgericht (vgl. BVerwG, Urteile vom 3. August 2004 - 1 C 29.02 -, InfAuslR 2005, 26, und - 1 C 30.02 -, InfAuslR 2005, 18) bei freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern und assoziationsberechtigten türkischen Staatsangehörigen für geboten hält, um bereits gemeinschaftsrechtlich den Anschein zu vermeiden, dass strafrechtliche Verurteilungen stets und unabhängig von der Art der Straftat oder der Strafhöhe keine andere Rechtsfolge zulassen als die Ausweisung.

Der Kläger erfüllt die Voraussetzungen des § 53 Nr. 1 AufenthG. Er wurde wegen Vergewaltigung durch rechtskräftiges Urteil des Landgerichts ... zu einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren und 6 Monaten verurteilt. Er genießt aber besonderen Ausweisungsschutz gemäß § 56 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 AufenthG, weil er rechtskräftig als Flüchtling im Sinne des § 60 Abs. 1 AufenthG anerkannt wurde. Gemäß § 56 Abs. 1 Satz 2 AufenthG wird er deshalb nur aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausgewiesen. Zudem wird, wenn - wie hier - die Voraussetzungen des § 53 AufenthG vorliegen, der Ausländer nach § 56 Abs. 1 Satz 4 AufenthG nicht mehr zwingend, sondern nur in der Regel ausgewiesen.

2. An einem die Ausweisung rechtfertigenden Regelfall im Sinne des § 56 Abs. 1 Satz 4 AufenthG fehlt es.

Regelfälle sind solche, die sich nicht durch besondere Umstände von der Menge gleich liegender Fälle unterscheiden. Ausnahmefälle sind dagegen durch einen atypischen Geschehensablauf gekennzeichnet, der so bedeutsam ist, dass er jedenfalls das sonst ausschlaggebende Gewicht der gesetzlichen Regel beseitigt. Bei der uneingeschränkter gerichtlicher Kontrolle unterliegenden Prüfung, ob ein Ausnahmefall vorliegt, sind alle Umstände einer eventuellen strafrichterlichen Verurteilung sowie die

sonstigen Verhältnisse des Betroffenen zu berücksichtigen, die in § 55 Abs. 3 AufenthG nicht abschließend genannt sind.

Das Bundesverwaltungsgericht (vgl. Urteil vom 23. Oktober 2007 - 1 C 10.07 -, InfAuslR 2008, 116) hat allerdings die sowohl in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (Urteile vom 22. März 2007 - 1638/03 - Maslov -, InfAuslR 2007, 221, und vom 28. Juni 2007 - 31753/02 - Kaya -, InfAuslR 2007, 325) als auch des Bundesverfassungsgerichts (Kammerbeschlüsse vom 10. Mai 2007 - 2 BvR 304/07-, NVwZ 2007, 946; und vom 10. August 2007 - 2 BvR 535/06 -) erkennbar gewachsene Bedeutung des Rechts auf Achtung des Privatlebens im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Ausweisung zum Anlass genommen, die Voraussetzung für die Annahme eines Ausnahmefalls noch weiter zu fassen: Danach liegt ein Ausnahmefall von der Regelausweisung - und damit die Notwendigkeit einer behördlichen Ermessensentscheidung - bereits dann vor, wenn durch höherrangiges Recht oder Vorschriften der Europäischen Menschenrechtskonvention geschützte Belange des Ausländers eine Einzelfallwürdigung unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Falles gebieten. Zur Begründung hat es ausgeführt, der bisherige Maßstab, der ergebnisbezogen auf die Unvereinbarkeit der Ausweisung mit höherrangigem Recht abstelle, reiche nach den Erfahrungen des Senats nicht aus, um den von Art. 6, Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 8 EMRK geschützten Belangen in der Praxis zu einer ausreichenden Berücksichtigung zu verhelfen. Vielmehr bestehe die Gefahr, dass schutzwürdige, von den Tatbeständen des § 48 Abs. 1 AuslG bzw. § 56 Abs. 1 AufenthG nicht (voll) erfasste Belange des Betroffenen im Verwaltungsvollzug schematisierend ausgeblendet würden. Insbesondere bei der im Laufe der Zeit angewachsenen Gruppe im Bundesgebiet geborener und aufgewachsener Ausländer bedürfe es bei der Entscheidung über eine Ausweisung einer individuellen Würdigung, inwieweit der Ausländer im Bundesgebiet verwurzelt sei und dies angesichts der konkreten Ausweisungsgründe bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalles einer Ausweisung entgegenstehe. Aber auch in anderen Fällen erweise sich der schematische Blick der Verwaltung auf die Ist- und Regelausweisung als wenig hilfreich, um das gesamte Spektrum betroffener Belange in den Blick nehmen zu können. Die Ermessensentscheidung als der dritte vom Gesetzgeber vorgesehene Entscheidungsmodus biete demgegenüber in der Verwaltungspraxis höhere Gewähr für eine Berücksichtigung aller Aspekte des jeweiligen Einzelfalles und die angemessene Gewichtung anlässlich der Entscheidung über den Erlass einer Ausweisung.

Wann ein Fall vorliegt, in dem höherrangiges Recht oder Vorschriften der Europäischen Menschenrechtskonvention eine Einzelfallwürdigung unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Falles "gebieten", hat das Bundesverwaltungsgericht in qualitativer Hinsicht nicht konkretisiert. Zweifelhaft ist, ob insoweit bereits genügt, dass die Ausweisung etwa den Schutzbereich des Rechts auf Achtung des Familienlebens oder Achtung des Privatlebens im Sinne des Art. 6 GG oder 8 EMRK tangiert oder ob weiter erforderlich ist, dass der Ausländer über Belange von solchem Gewicht verfügen muss, die

einen besonders hohen Grad an Schutzwürdigkeit rechtfertigen (so Hess. VGH, Beschluss vom 14. Januar 2009 - 9 A 1622/08. Z -, ZAR 2009, 236, VG Karlsruhe, Urteil vom 30. September 2009 - 5 K 2790/07 -, juris), oder ob nicht sogar eine Verletzung höherrangigen Rechts als möglich erscheinen muss. Dies lässt der Senat dahinstehen. Eine Verletzung höherrangigen Rechts erscheint hier jedenfalls mit Blick auf eine Vielzahl von Umständen, die eine Einzelfallprüfung gebietet, für möglich: Der Kläger kann als anerkannter Flüchtling (Art. 9 ff. Qualifikationsrichtlinie) auf Grund seiner besonderen Schutzwürdigkeit (vgl. Art. 14, 21 Qualifikationsrichtlinie) nur ausnahmsweise und unter besonderen Umständen ausgewiesen werden. Ferner steht die Ausweisung einer Titelerteilung grundsätzlich entgegen (vgl. § 11 Satz 2 AufenthG sowie § 51 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG), während Art. 21 Abs. 3, 24 Abs. 1 der Qualifikationsrichtlinie den Anspruch des Klägers als anerkannten Flüchtling auf Titelerteilung nur in besonderen und hier jedenfalls nicht offensichtlich vorliegenden Ausnahmefällen ausschließen. Zudem sind aufgrund der gegebenen Umstände Art. 8 EMRK und Art. 6 GG in Rechnung zu stellen.

3. Der Beklagte ist deshalb gehalten, über die Ausweisung des Klägers nach Ermessen zu entscheiden. Dem ist er nachgekommen, indem er mit einem an das Verwaltungsgericht gerichteten Schriftsatz vom 3. April 2009 dargelegt hat, warum seiner Auffassung nach die Ausweisung des Klägers vom 13. Februar 2008 auch unter Ermessensgesichtspunkten gerechtfertigt ist.

Der als Stellungnahme bezeichnete Schriftsatz vom 3. April 2009 ist kein neuer Verwaltungsakt im Sinne des § 35 VwVfG NRW, der entsprechend den allgemeinen Regelungen erneut angefochten werden könnte. Er führt auch nicht dazu, dass sich der angefochtene Bescheid vom 13. Februar 2008 erledigt hat und die Klage bereits mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig wäre. Der Schriftsatz enthält nämlich weder ausdrücklich noch konkludent eine Aufhebung des Ausgangsbescheides. Die Ausführungen des Beklagten lassen vielmehr erkennen, dass der Ausgangsbescheid mit nunmehr geänderter Begründung weiterhin Bestand haben soll (vgl. etwa S. 4 des Bescheides: "... Auch im Hinblick auf die persönlichen Belange des Klägers bedarf meine Entscheidung vom 13.02.2008 keiner Korrektur.>").

Der Ursprungsbescheid ist mit Blick auf den Schriftsatz vom 3. April 2009 weiter nicht nach Maßgabe des § 47 VwVfG NRW in eine Ermessensausweisung umzudeuten, mit der Folge, dass die "neue Regelung" als von Anfang maßgeblich gilt (vgl. Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl., § 47, Rdnr. 4, 12 und 32) und deshalb mit dem umgedeuteten Inhalt Klagegegenstand geworden wäre. Eine Umdeutung ist zwar auch im gerichtlichen Verfahren zulässig. Wie sich aus § 47 Abs. 3 VwVfG NRW ergibt, kann ein fehlerhafter Verwaltungsakt aber nicht in eine nicht getroffene Ermessensentscheidung umgedeutet werden (vgl. auch BVerwG, Urteil vom 1. Juli 1999 - 4 C 23.97 -, NVwZ 2000, 195).

Mit seinem Schriftsatz hat der Beklagte nach alledem lediglich die Begründung der Ausweisungsverfügung ausgetauscht und erstmals Ermessenserwägungen angestellt. Die neue Begründung kann aber im anhängigen verwaltungsgerichtlichen Verfahren keine Berücksichtigung finden, so dass die Ausweisungsverfügung in der Gestalt vom 13. Februar 2008 weiterhin Gegenstand des Verfahrens bleibt. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

Das Nachschieben von Gründen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ist zwar grundsätzlich zulässig (a). Dies gilt aber nicht für den - hier gegebenen - Fall, dass Ermessenserwägungen erstmals im Gerichtsverfahren angestellt werden. Dem stehen prozessuale (b) und materiell-rechtliche (c) Hindernisse entgegen.

a) Ein Nachschieben von Gründen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ist grundsätzlich möglich. Dies folgt bereits aus dem Amtsermittlungsgrundsatz (§ 86 Abs. 1 VwGO), der das Gericht verpflichtet, angefochtene Hoheitsakte von Amts wegen unter allen denkbaren rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkten zu überprüfen. In die gleiche Richtung weist der Grundsatz der Prozessökonomie (vgl. Dolderer, DÖV 1999, 104).

Entsprechendes bestätigt das einschlägige Verwaltungsverfahrensrecht. So erlaubt § 45 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 VwVfG das Nachholen einer fehlenden Begründung bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens.

b) Nach § 114 Satz 2 VwGO, der die prozessrechtliche Seite des Nachschiebens von Gründen bei Ermessensentscheidungen regelt (vgl. BVerwG, Urteil vom 5. Mai 1998 - 1 C 17.97, NVwZ 1999, 425; OVG NRW, Urteil vom 2. Februar 2001 - 12 A 2882/99 -, juris), ist die erstmalige Ermessensausübung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren aber unzulässig.

Mit dieser Vorschrift, die durch das Sechste Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung und anderer Gesetze vom 1. November 1996 (BGBl I S. 1626) in das Gesetz eingefügt worden ist, hat der Gesetzgeber entsprechend der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts klargestellt, dass die Verwaltung auch noch während des gerichtlichen Verfahrens materiell-rechtlich relevante Ermessenserwägungen in den Prozess einführen kann (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BTDrucks 13/5098 S. 24).

Eine nach § 114 Satz 2 VwGO zulässige Ermessensergänzung führt in prozessualer Hinsicht dazu, dass die streitgegenständliche Ermessensentscheidung in der Gestalt zu beurteilen ist, die sie durch die Ermessensergänzung gefunden hat. Einer Einbeziehung der danach zulässigen Ermessensergänzung

durch Klageänderung bedarf es nicht. Ebenso wenig ist ein neuer selbstständiger Rechtsbehelf gegen die Ermessensergänzung statthaft (vgl. Bader, JuS 2006, 199).

Allerdings macht schon der Wortlaut "ergänzen" deutlich, dass § 114 Satz 2 VwGO nur die prozessualen Voraussetzungen für eine - hier nicht vorliegende - Ergänzung defizitärer Ermessenserwägungen im Verwaltungsprozess schafft, aber keine Grundlage für die erstmalige Ermessensausübung oder für ein völliges Auswechseln der bisherigen Begründung darstellt (so ausdrücklich BT-Drs. 13/3993, S. 13; vgl. weiter BVerwG, Urteile vom 23. Oktober 2007 - 1 C 10.07 -, InfAuslR 2008, 116, und vom 5. Mai 1998 - 1 C 17.97 -, DVBl. 1998, 1023, sowie Beschluss vom 19. Juni 2009 - 1 B 12.08, 1 B 12.08 (1 PKH 9.09) -, juris; OVG NRW, Beschluss vom 20. Mai 2009 - 13 A 2002/07 -, GesR 2009, 417; OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 22. April 2009 - 7 A 11361/08.OVG -, AuAS 2009, 158; Redeker/v. Oertzen, VwGO, 14. Aufl., § 114, Rdnr. 10a; Decker, in: Posser/Wolff, VwGO, 2008, § 114 Rdnr. 38 ff.).

§ 114 Satz 2 VwGO regelt die prozessuale Zulässigkeit des Nachschiebens von Gründen auch für die Klagen, in denen es - wie hier - aus materiell-rechtlichen Gründen auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung ankommt. Denn auch in diesen Fällen ist die Behörde gemäß § 114 Satz 1 1. Halbsatz VwGO ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln, so dass der Anwendungsbereich des § 114 Satz 2 VwGO eröffnet ist.

So wohl auch BVerwG, Urteil vom 7. April 2009 - 1 C 17.09 -, AuAS 2009, 182, wonach bei Klagen auf Verlängerung oder Erteilung eines Aufenthaltstitels für die gerichtliche Kontrolle des behördlichen Ermessens auf die Sach- und Rechtslage in dem Zeitpunkt abzustellen ist, der für die Beurteilung der Anspruchsvoraussetzungen maßgeblich ist. Insoweit verweist das Bundesverwaltungsgericht zur Aktualisierung der Ermessenserwägungen auf die prozessualen Möglichkeiten des § 114 Satz 2 VwGO.

Davon ausgehend ist § 114 Satz 2 VwGO auch in den Konstellationen einschlägig, in denen - wie hier - der angegriffene Verwaltungsakt von der beklagten Behörde (seinerzeit zu Recht) als gebundene Entscheidung erlassen worden ist und dieser wegen einer zwischenzeitlich eingetretenen Änderung der Sach- und Rechtslage nach ihren Vorstellungen im gerichtlichen Verfahren nach entsprechend angepasster Begründung als Ermessensentscheidung Bestand haben soll. Denn auch in diesen Konstellationen gibt § 114 Satz 1 VwGO den gerichtlichen Kontrollmaßstab für die vom Gesetz geforderte Ermessensentscheidung vor. An diesen Kontrollmaßstab knüpft § 114 Satz 2 VwGO insoweit an, als er es, allerdings nur in beschränktem Umfang, zulässt, die vom Gericht zu überprüfenden Ermessenserwägungen im gerichtlichen Verfahren nachzuschieben.

Allerdings stellt sich auch hier die erstmalige Ermessensausübung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren begrifflich nicht als "Ergänzen" von Ermessenserwägungen dar und ist damit unzulässig.

Für eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs des § 114 Satz 2 VwGO in dem vom Beklagten vertretenen Sinne besteht kein Anlass (vgl. hierzu aber VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 22. Juli 2009 - 11 S 1622/07 -, juris).

Es gibt keinen Grund, der Behörde in Fällen, in denen ihr im Entscheidungszeitpunkt noch kein Ermessen eingeräumt war, die erstmalige Ermessensausübung im gerichtlichen Verfahren unabhängig von den Vorgaben des § 114 Satz 2 VwGO zu erlauben, wenn ihr ein solches Vorgehen gemäß § 114 Satz 2 VwGO in Fällen nicht gestattet ist, in denen ihr im Entscheidungszeitpunkt bereits Ermessen eingeräumt war, welches aber entgegen § 39 Abs. 1 VwVfG NRW nicht erkennbar ausgeübt war. Zwar trifft die Behörde, wenn ihr bereits im Zeitpunkt ihrer Entscheidung Ermessen eingeräumt war - anders als im Falle gebundenen Verwaltungshandelns - die Pflicht, gemäß § 39 Abs. 1 Satz 3 VwVfG NRW im Bescheid die maßgeblichen Erwägungen für eine zu treffende Ermessensentscheidung anzustellen, und sie erhält damit bei pflichtgemäßem Verhalten die Möglichkeit einer Ergänzung der Ermessenserwägungen nach § 114 Satz 2 VwGO. Diese Norm dient aber nicht der prozessualen Sanktion behördlicher Verstöße gegen verwaltungsverfahrensrechtliche Vorschriften. Die durch § 114 Satz 2 VwGO errichteten prozessualen Schranken für ein Nachschieben von Gründen entfallen deshalb auch nicht in den Fällen, in denen der Behörde in Bezug auf die ursprünglich getroffene Entscheidung keine Begründungsdefizite vorgeworfen werden können.

Eine einschränkende Auslegung des § 114 Satz 2 VwGO ist auch weder mit Blick auf das Ziel einer einfachen, zweckmäßigen und zügigen Durchführung von Verwaltungsverfahren (vgl. § 10 Satz 2 VwVfG NRW) noch aus prozessökonomischen Gründen geboten. § 114 Satz 2 VwGO dient einem angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen der Behörde an der Heilung eines fehlerhaften Bescheides durch das Nachschieben von Gründen und dem Interesse des Bescheidadressaten an der Verhinderung einer für ihn nachteiligen Veränderung der Prozesslage. Bei der Abwägung dieser Interessen hat sich der Gesetzgeber dafür entschieden, dass ein (völliges) Auswechseln der Begründung nach § 114 Satz 2 VwGO ebensowenig zulässig ist wie die - hier in Rede stehende - erstmalige Begründung der Ermessensentscheidung (vgl. BT-Drs. 13/3993, S. 13)

Abgesehen davon bleibt es der Behörde auch dann, wenn sie im Zeitpunkt ihrer Entscheidung rechtlich strikt gebunden ist, in vielen Fällen (vgl. dazu unten) unbenommen, bereits im Erstbescheid vorsorglich hilfsweise Ermessens auszuüben und damit eine Basis für Ermessensergänzungen nach § 114 Satz 2 VwGO zu schaffen.

Auch das Bundesverwaltungsgericht hat sich in seinen Entscheidungen vom 3. August 2004 (vgl. Urteile vom 3. August 2004 - 1 C 29.02 -, InfAuslR 2005, 26, und - 1 C 30.02 -, InfAuslR 2005, 18) nicht etwa für die Zulässigkeit einer erstmaligen Ermessensausübung in Fällen der vorliegenden Art ausgesprochen.

In diesen Entscheidungen hatte das Bundesverwaltungsgericht den Behörden angesichts der geänderten Rechtsprechung zu den freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern und den unter das ARB 1/80 fallenden türkischen Staatsangehörigen als zeitlich begrenzte Ausnahme von § 114 Satz 2 VwGO die Möglichkeit eingeräumt, auf die geänderte Rechtsprechung angemessen zu reagieren und ihre Ausweisungsentscheidungen anzupassen. Für einen Übergangszeitraum hat es für die anhängigen und bis zum 31. Januar 2005 anhängig werdenden Verfahren den Ausländerbehörden Gelegenheit zur vollständigen Nachholung der Ermessensentscheidung gegeben.

Aus den Entscheidungen ergibt sich zunächst, dass auch nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts in Fällen, in denen maßgeblich der Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung ist, Ermessenserwägungen nicht ohnehin schon erstmals im anhängigen verwaltungsgerichtlichen Verfahren vorgebracht werden können. Wäre das Bundesverwaltungsgericht hiervon ausgegangen, hätte es der Schaffung eines Übergangsrechts nicht bedurft.

Das Bundesverwaltungsgericht hat zudem den Ausnahmecharakter dieser Entscheidung mit Blick auf die dem Gemeinschaftsrecht geschuldete erweiternde Auslegung des § 114 Satz 2 VwGO betont (vgl. BVerwG, Urteil vom 23. Oktober 2007 - 1 C 10.07 -, InfAuslR 2008, 116) und die Frage, ob nachträgliche Änderungen, die im Falle einer ursprünglich gebundenen Entscheidung nunmehr eine Ermessensausweisung gebieten, im anhängigen Verfahren Berücksichtigung finden können, in einer weiteren Entscheidung ausdrücklich offen gelassen (vgl. Urteil vom 15. November 2007 - 1 C 45.06 -, AuAS 2008, 40).

Eine den Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts vergleichbare Ausnahmesituation liegt in Fällen der vorliegenden Art nicht vor. Der streitgegenständliche Fall zeigt vielmehr ein allgemeines und durch die Schaffung von Übergangsrecht nicht zu lösendes Problem infolge der Verlagerung des maßgeblichen Entscheidungszeitpunkts auf.

Anders als vom Bundesverwaltungsgericht in seinen Entscheidungen zu Grunde gelegt, fordert das Gemeinschaftsrecht auch keine Ausnahme von der Regelung des § 114 Satz 2 VwGO. Das Gemeinschaftsrecht mag zwar die Berücksichtigung von Sachverhaltsveränderungen nach Erlass des angefochtenen Bescheides gebieten. Auf welche Weise dies geschieht, gibt es aber nicht vor (vgl. Bader, JuS 2006, 199).

Schließlich zwingen auch die materiell-rechtlichen Vorgaben des Aufenthaltsgesetzes nicht dazu, die erstmalige Ermessensausübung im gerichtlichen Verfahren als Ausnahme von § 114 Satz 2 VwGO zuzulassen. Wegen der Verlagerung des entscheidungserheblichen Zeitpunkts auf denjenigen der letzten mündlichen Verhandlung und der Verpflichtung der Ausländerbehörde zur verfahrensbegleitenden Kontrolle des Ausweisungsverfahrens (vgl. BVerwG, Urteil vom 13. Januar 2009 - 1 C 2.08 -, ZAR 2009, 145) ist die Berücksichtigung neuer Sach- und Rechtslagen sowohl zu Gunsten als auch zu Lasten des Ausländers im gerichtlichen Verfahren zwar zwingend geboten (vgl. BVerwG, Urteil vom 15. November 2007 - 1 C 45.06 -, AuAS 2008, 40).

Diesem Erfordernis kann die Behörde aber durch den Erlass einer neuen Ausweisungsverfügung Rechnung tragen. Soweit hiermit zeitliche Verzögerungen mit Blick auf den Vollzug der Ausweisungsverfügung verbunden sind, kann sie bei entsprechender Gefahrenprognose die Anordnung der sofortigen Vollziehung in Erwägung ziehen und damit befürchteten Gefahren, die mit einem weiteren Verbleib des Ausländers im Bundesgebiet verbunden wären, Rechnung tragen. Im Übrigen bleibt es der Behörde unbenommen, bereits im Erstbescheid vorsorglich Ermessen auszuüben. Eine vorsorgliche Ermessensausübung dürfte sich etwa in Fällen aufdrängen, in denen der Ausländer sich bereits über einen längeren Zeitraum im Bundesgebiet aufhält und/oder über erkennbar abwägungsrelevante familiäre, soziale oder wirtschaftliche Bindungen verfügt. Derartige vorsorgliche Ermessenerwägungen machen den Bescheid nicht rechtswidrig, auch wenn sich später herausstellen sollte, dass ein Regelfall vorlag (vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 23. Oktober 2007 - 1 C 10.07 -, InfAuslR 2008, 116).

Wegen der Verlagerung des maßgeblichen Zeitpunkts auf denjenigen der mündlichen Verhandlung könnten in einem solchen Fall nach § 114 Satz 2 VwGO ermessensrelevante Änderungen der Sachlage zudem noch berücksichtigt werden, wenn diese Umstände im Zeitpunkt der Ausweisungsentscheidung noch nicht vorgelegen haben (vgl. BVerwG, Urteil vom 15. November 2007 - 1 C 45.06 -, AuAS 2008, 40; Wolff, in: Sodan/Ziekow, § 113 Rdnr. 82).

c) Die erstmals im gerichtlichen Verfahren erfolgte Ermessensausübung ist unabhängig von ihrer Unzulässigkeit aus prozessualen Gründen auch deshalb nicht als neue Begründung des erlassenen Bescheids zu berücksichtigen, weil sie in materiell-rechtlicher Hinsicht zu einer unzulässigen Wesensänderung der angefochtenen Ausweisungsverfügung führt.

Das Verbot, wesensverändernde Gründe nachzuschieben (vgl. BVerwG, Urteile vom 1. Juli 1999 - 4 C 23.97 -, NVwZ 2000, 195, vom 29. September 1998 - 1 C 20.96 -, NVwZ 1999, 425, und vom 5. Mai 1998 - 1 C 17.97 -, DVBl. 1998, 1023; Brischke, DVBL. 2002, 430; Kraft, ZAR 2009, 41; Schenke, JuS 2000, 230; Wolff, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl., § 113 Rdnr. 881), gilt insbesondere auch

für Ermessens-Verwaltungsakte (vgl. BVerwG, Beschluss vom 19. Juni 2009 - 1 B 12.08 u.a. -, juris; Wolff, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl., § 113 Rdnr. 81).

Es verweist auf die dem Amtsermittlungsgrundsatz entgegenwirkende Dispositionsmaxime, die den Beteiligten das Recht zur Bestimmung über den Gegenstand des Verfahrens gibt. Wird der streitgegenständliche Verwaltungsakt in seinem Wesen geändert, handelt es sich um einen anderen Verwaltungsakt als den, gegen den der Kläger Klage erhoben hat. Prozessrechtlich kann dieser andere Verwaltungsakt nur unter besonderen Umständen (§ 91 VwGO) in das Klageverfahren eingeführt werden. Der Austausch des Klagegegenstands steht aber nur dem über den Gegenstand seiner Klage allein dispositionsberechtigten Kläger zu, nicht dem Beklagten und auch nicht dem Gericht (vgl. Dolderer, DÖV 1999, 107; Schenke, JuS 2000, S. 230).

Unter welchen Voraussetzungen eine Wesensänderung anzunehmen ist, unterliegt wertender Betrachtung.

So wird eine Wesensänderung bei gleichem Sachverhalt und bloßem Austausch der Rechtsgrundlagen regelmäßig zu verneinen sein, wenn der Regelungsausspruch gleich bleibt (vgl. OVG NRW, Urteil vom 12. Juni 2001 - 18 A 4647/99 -, juris (Änderung von einer Regel- in eine Ist-Ausweisung)).

Bei Ermessensverwaltungsakten ist weiter regelmäßig nicht von einer Wesensänderung auszugehen, wenn die ermessensleitenden Erwägungen beider Rechtsgrundlagen (der von der Behörde zugrunde gelegten und der tatsächlich einschlägigen) gleich sind (vgl. OVG NRW, Urteil vom 22. Februar 2005 - 15 A 1065/04 -, NVwZ-RR 2006, 86 m. w. N.; Wolff, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. § 113 Rdnr. 86).

Eine unzulässige Wesensänderung wird regelmäßig ebenfalls nicht vorliegen, wenn einem Ermessensverwaltungsakt eine gebundene Entscheidung nachgeschoben wird (vgl. Wolff, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl., § 113 Rdnr. 85).

In einem solchen Fall wäre das Gericht bereits kraft Gesetzes (§ 86 VwGO) verpflichtet, die Rechtmäßigkeit der behördlichen Entscheidung unter allen erdenklichen Gesichtspunkten zu prüfen und zwar unabhängig davon, welche Gesichtspunkte von der Behörde nachgeschoben werden oder nicht.

Hingegen ist die Umwandlung einer gebundenen Entscheidung in eine Ermessensentscheidung durch das Nachschieben notwendiger Ermessenserwägungen grundsätzlich als Wesensänderung zu qualifizieren, die zur Unzulässigkeit des Nachschiebens von Gründen führt (vgl. BVerwG, Urteil vom 1. Juli

1999 - 4 C 23.97 , NVwZ 2000, 195; Dolderer, DÖV 1999, 107; Wolff, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. § 113 Rdnr. 86; Schmidt, in: Eyermann/Fröhler, VwGO, 2006, § 114 Rdnr. 25).

Entgegen der Ansicht des Beklagten bestimmt sich das Wesen eines Ermessensverwaltungsaktes nicht allein nach dem Regelungsausspruch. Die behördlichen Ermessenserwägungen, die von Gesetzes wegen notwendiger Teil der Ermessensausübung und Grundlage des Ergebnisses der Ermessensbetätigung sind, stellen nicht nur Bestandteile der "Rechtfertigung", sondern auch der getroffenen (Ermessens-) Entscheidung, des "Spruchs" selbst dar (vgl. BVerwG, Urteil vom 18. Mai 1990 - 8 C 48.88 -, DVBl. 1990, 1350).

Diese tragen den von der Behörde zu treffenden Entscheidungsausspruch, der - anders als bei einer gebundenen Entscheidung - nicht bereits vom Gesetz abschließend vorgegeben, sondern von der Verwaltung eigenverantwortlich und nach Abwägung der ermessensrelevanten Gesichtspunkte bestimmt wird. Während bei einer gebundenen Entscheidung die Ausweisung bereits deshalb zu erfolgen hat, weil das Gesetz diese Entscheidung vorgibt, wird der Ausländer im Falle eines der Behörde eingeräumten Ermessens ausgewiesen, weil der Gesetzgeber der Behörde diese Entscheidung erlaubt, diese die Ausweisung als eigene Entscheidung will und sie deshalb so verfügt. Zwar trifft es, wie der Beklagte ausführt, zu, dass der zu Grunde liegende Sachverhalt weitgehend deckungsgleich ist und bei der jeweiligen Entscheidungsfindung - wenn auch an anderer Stelle - (etwa im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei einer gebundenen Entscheidung oder im Rahmen der Ermessensausübung) Berücksichtigung findet. Maßgeblicher Unterschied in qualitativer Hinsicht ist aber, dass es der Behörde im Rahmen der von ihr zu treffenden Ermessensentscheidung obliegt, den Sachverhalt umfassend zu würdigen und dabei einzelnen Gesichtspunkten das ihrer Ansicht nach zukommende Gewicht beizumessen. Diese Abwägung darf die Behörde - anders als bei einer gebundenen Entscheidung - eigenständig vornehmen und sie wird vom Gericht nur nach Maßgabe des § 114 Satz 1 VwGO überprüft.

Schließlich folgt auch aus dem Verweis darauf, die Behörde solle nur aus Gründen der Waffengleichheit nicht in der Lage sein, das Wesen des Verwaltungsaktes zu ändern (vgl. Kraft, ZAR 2009, 46), nicht anderes. Wie ausgeführt, kann die Behörde auf die neue Sachlage hinreichend reagieren, indem sie ihren Bescheid aufhebt und gegebenenfalls einen neuen Bescheid erlässt. Wie sie prozesstaktisch agiert, steht ihr frei.

Bedenken gegen die Zulässigkeit einer erstmaligen Ermessensausübung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren resultieren letztlich auch daraus, dass die Gefahr besteht, dass die Behörde unter dem Druck des Verfahrens und dem Gewicht der einmal gefällten Entscheidung oft weniger aus sachlichen denn aus taktischen Gründen bemüht sein könnte, an ihrem Ergebnis durch das Nachschieben geeigneter

Ermessenserwägungen festzuhalten. Eine wirklich freie Ermessensentscheidung schließt aber eine Entscheidung mit offenem Ausgang, sowie weiter eine Anhörung des Klägers vor der Entscheidung (§ 28 Abs. 1 VwVfG) ein. Nur eine solche Anhörung kann in qualitativer Hinsicht sicherstellen, dass sämtliche abwägungsrelevanten Gesichtspunkte, insbesondere soweit diese im bisherigen Verfahren noch keine Rolle gespielt haben, bei der Entscheidung der Behörde Berücksichtigung finden.

Liegt damit kein zulässiges Nachschieben von Ermessenserwägungen vor, hat der Kläger schließlich auch nicht prozessrechtlich wirksam durch quasi rügeloses Einlassen auf die Einhaltung der materiellrechtlichen Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit der Ausweisungsverfügung verzichtet (vgl. zur Unzulässigkeit eines solchen Verzichts OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 22. April 2009 7 A 11361/08. OVG -, AuAS 2009, 158).

Können die Ermessenserwägungen des Beklagten im anhängigen gerichtlichen Verfahren daher keine Berücksichtigung finden, kommt es auf die weitere Frage, ob diese sich wegen Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht auch inhaltlich als ermessensfehlerhaft erweisen, nicht an.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Abs. 2, 161 Abs. 2 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO, §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Zulassung der Revision ergibt sich aus § 132 Nr. 1 VwGO. Von grundsätzlicher Bedeutung ist die vom Bundesverwaltungsgericht noch nicht abschließend geklärte Frage, ob Ermessenserwägungen auf Grund von Sachverhaltsveränderungen, welche nach Klageerhebung im Falle einer ursprünglich gebundenen Ausweisungsentscheidung nunmehr eine Ermessensausweisung gebieten, im anhängigen verwaltungsgerichtlichen Verfahren Berücksichtigung finden können.