

HAMBURGISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

4 Bf 69/08
17 K 3022/07

4. Senat

Urteil vom 18. Dezember 2008

Aufenthaltsgesetz (AufenthG)

§ 11 Abs. 1

§ 25 Abs. 5

Wird abweichend von § 11 Abs. 1 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG erteilt, so lässt dies die Sperrwirkung der Ausweisung für andere Aufenthaltserlaubnisse als solche nach dem 5. Abschnitt im 2. Kapitel des Aufenthaltsgesetzes nicht entfallen.



Hamburgisches Obergerverwaltungsgericht

4 Bf 69/08
17 K 3022/07

Urteil

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsrechtssache

hat das Hamburgische Obergerverwaltungsgericht, 4. Senat, durch die Richter Pradel und Wiemann und Meins sowie die ehrenamtlichen Richter Hinze und Kaufhold für Recht erkannt:

Vi./st.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 22. Februar 2008 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass auch die mit dem Hilfsantrag verfolgte Klage abgewiesen wird.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

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

Die Revision wird hinsichtlich des Hauptantrags zugelassen. Im Übrigen wird die Revision nicht zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil kann - soweit die Revision zugelassen wurde - durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt oder Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule im Sinne des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt oder durch eine der in § 3 RDGEG bezeichneten Personen innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils bei dem Hamburgischen Obergericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, schriftlich Revision eingelegt werden. Juristische Personen des öffentlichen Rechts und Behörden können sich durch die in § 67 Abs. 4 Satz 4 VwGO genannten Beschäftigten mit Befähigung zum Richteramt sowie Diplomjuristen im höheren Dienst vertreten lassen. Die Revisionsfrist ist auch gewahrt, wenn die Revision innerhalb der Frist bei dem Bundesverwaltungsgericht in Leipzig schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesverwaltungsgericht und beim Bundesfinanzhof (BGBl. I 2004, S. 3091) eingelegt wird. Die Revision muss das angefochtene Urteil bezeichnen (§§ 139 Abs. 1, 67 Abs. 4 VwGO).

Die Revision ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils durch einen Vertreter, wie in Absatz 1 angegeben, zu begründen. Die Begründung ist bei dem Bundesverwaltungsgericht, Simsonplatz 1, 04107 Leipzig, schriftlich oder elektronisch nach Maßgabe der oben bezeichneten Verordnung einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die verletzte Rechtsnorm und, soweit Verfahrensmängel gerügt werden, die Tatsachen angeben, die den Mangel ergeben (§ 139 Abs. 3 VwGO).

Im Übrigen kann die Nichtzulassung der Revision durch Beschwerde angefochten werden (§ 133 Abs. 1 VwGO).

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt oder Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule im Sinne des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt oder durch eine der in § 3 RDGEG bezeichneten Personen bei dem Hamburgischen Obergericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzulegen. Juristische Personen des öffentlichen Rechts und Behörden können sich durch die in § 67 Abs. 4 Satz 4 VwGO genannten Beschäftigten mit Befähigung zum Richteramt sowie Diplomjuristen im höheren Dienst vertreten lassen. Die Beschwerde muss das angefochtene Urteil bezeichnen (§ 133 Abs. 2 VwGO).

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils durch einen Vertreter, wie in Absatz 2 angegeben, zu begründen. Die Begründung ist beim Hamburgischen Obergericht einzureichen. In der Begründung muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung, von der das Urteil abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden (§§ 133 Abs. 3, 132 Abs. 2 Nr. 1-3 VwGO).

Tatbestand

Die ausgewiesene Klägerin begehrt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG. In der Berufungsinstanz beantragt sie hilfsweise die Erteilung dieser Aufenthaltserlaubnis unter Befristung der Wirkungen der Ausweisung auf den Entscheidungszeitpunkt und unter Verzicht auf das Erfordernis einer vorherigen Ausreise.

Die Klägerin ist ghanaische Staatsangehörige. Sie reiste nach ihren Angaben 1995 oder 1996 in die Bundesrepublik Deutschland ein. Die Klägerin gab an, sie sei am 15. Dezember 1972 geboren und liberianische Staatsangehörige. Ein von ihr gestellter Asylantrag wurde mit bestandskräftig gewordenem Bescheid vom 30. September 1997 als offensichtlich unbegründet abgelehnt. In dem Bescheid wurde zur Begründung auf § 30 Abs. 1 AsylVfG abgestellt und ausgeführt, der Asylantrag sei als offensichtlich unbegründet abzulehnen, weil die Voraussetzungen für eine Anerkennung als Asylberechtigte und die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 AuslG offensichtlich nicht vorlägen.

Bereits frühzeitig bestand auf Seiten der Beklagten der Verdacht, die Klägerin sei ghanaische Staatsangehörige. Eine Befragung der Klägerin durch die Botschaft der Republik Liberia am 19. Oktober 1999 ergab deren Einschätzung, die Klägerin sei keine liberianische Staatsangehörige. Mit bestandskräftig gewordener Verfügung vom 10. September 2003 wies die Beklagte die Klägerin aus. Zur Begründung führte die Beklagte an, die Klägerin sei während ihres Aufenthalts in der Bundesrepublik Deutschland wiederholt straffällig geworden, nämlich wegen illegaler Einreise, illegalen Aufenthalts vom 25. November 1996 bis zum 21. März 1997, mittelbarer Falschbeurkundung durch Angabe einer falschen und widerlegten Staatsangehörigkeit, Urkundenfälschung sowie Verstoßes gegen die räumliche Beschränkung ihres Aufenthalts. Zu einem für den 15. Oktober 2003 vorgesehenen Abschiebungstermin erschien die Klägerin nicht.

Im September 2004 erhielt die Klägerin erneut eine Duldung. Am 2. Oktober 2004 wurde das erste Kind der Klägerin, die deutsche Staatsangehörige J. , geboren. Bei ihrer Vorsprache am 28. Oktober 2004 zur Verlängerung der Duldung gab die Klägerin an, sie

besitze einen ghanaischen Pass. Der von ihr vorgelegte Pass der Republik Ghana weist als Geburtsdatum der Klägerin den 6. Dezember 1970 aus.

Mit Schreiben vom 2. November 2005 beantragte die Klägerin wegen ihrer Lebensgemeinschaft mit einem deutschen Kind die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG. Mit Schreiben vom 8. März 2006 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass ihr wegen der Sperrwirkung der Ausweisung gemäß § 11 AufenthG die begehrte Aufenthaltserlaubnis nicht erteilt werden könne. In Betracht komme lediglich die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG. In der Regel werde die Sperrwirkung in einem derartigen Fall auf eine Woche ab nachgewiesener Ausreise befristet. Die Klägerin habe dann die Möglichkeit, mit einer Visumvorabzustimmung nach Ghana zu reisen und mit einem Visum zum Zwecke der Familienzusammenführung erneut einzureisen. Ohne Ausreise komme nur die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG in Frage. Die Klägerin wurde abschließend gebeten, mitzuteilen, welche Verfahrensweise sie bevorzuge.

Mit Schreiben vom 12. September 2006 beantragte die Klägerin erneut, ihr eine Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG zu erteilen. Am 23. November 2006 wurde der Klägerin eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG erteilt mit einer Gültigkeitsdauer bis zum 22. Mai 2007. Diese wurde am 22. Mai 2007 bis zum 20. November 2007 verlängert.

Am 14. Mai 2007 wurde das zweite Kind der Klägerin, der deutsche Staatsangehörige J. , geboren. Die Klägerin beantragte darauf am 22. Juni 2007 erneut die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung der Personensorge für das deutsche Kind. Die Beklagte teilte ihr hierauf mit Schreiben vom 27. Juni 2007 mit, dass sich an der Rechtslage, wie sie im Schreiben vom 8. März 2006 mitgeteilt worden sei, nichts geändert habe. Da auch weiterhin § 11 Abs. 1 AufenthG der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach einer anderen Rechtsgrundlage als § 25 Abs. 5 AufenthG entgegenstehe, werde unter Hinweis auf § 49 HmbVwVfG mitgeteilt, dass nicht erneut über die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis entschieden werde. Der Antrag werde als erledigt betrachtet. Die Klägerin wies mit Anwaltsschreiben vom 31. Juli 2007 darauf hin, einer Erledigung des Antrags vom 22. Juni 2007 werde ausdrücklich widersprochen. Die Geburt des zweiten deutschen Kindes stelle eine neue Sachlage dar. Ihr sei damit ein zweiter Anspruch auf

Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG erwachsen. Die Sperrwirkung des § 11 AufenthG sei durch die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG verbraucht. Die Beklagte teilte ihr darauf mit Schreiben vom 3. August 2007 mit, die Sperrwirkung des § 11 Abs. 1 AufenthG werde nicht durch neue Sachverhalte aufgehoben, sondern nur auf Antrag gemäß § 11 Abs. 1 Satz 3 und 4 AufenthG. Es bleibe dabei, dass ein rechtsmittelfähiger Bescheid nicht gefertigt werde. Mit weiterem Anwaltsschreiben vom 10. August 2007 vertrat die Klägerin erneut die Auffassung, die Ausweisungsverfügung aus dem Jahre 2003 sei durch Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG verbraucht. Sollte bis zum 24. August 2007 keine Entscheidung über den Antrag ergangen sein, werde sie um verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz nachsuchen. Mit Schreiben vom 24. August 2007 erklärte die Beklagte nochmals, dass sie nicht erneut über die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis entscheiden werde.

Die Klägerin hat am 4. September 2007 Klage auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG erhoben und zur Begründung darauf hingewiesen, die Ausweisungsverfügung sei mit Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG verbraucht.

Mit Bescheid vom 12. Oktober 2007 hat die Beklagte diesen Antrag abgelehnt: Wegen der Ausweisung aus dem Bundesgebiet könne die begehrte Aufenthaltserlaubnis nicht erteilt werden. Die Sperrwirkung dieser Ausweisung könne nur durch einen Antrag auf Befristung beseitigt werden. Dem rechtlichen Ausreisehindernis aus Art. 6 Abs. 1 GG werde durch die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG ausreichend Rechnung getragen.

Die Klägerin hat das Klageverfahren unter Einbeziehung dieser Verfügung fortgeführt und darauf hingewiesen, die Ausweisung könne nicht für alle Zukunft Aufenthaltsrechte blockieren. Eine Ausweisung sei am Gefahrenrecht orientiert und habe den Zweck, einer künftigen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder einer anderen Beeinträchtigung der Interessen der Bundesrepublik Deutschland vorzubeugen. Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG enthalte konkludent die Entscheidung, dass eine Entfernung des Ausländers aus dem Bundesgebiet nicht mehr als wünschenswert betrachtet werden könne, da der Schutz höherrangiger Rechtsgüter

die weitere Anwesenheit des Betroffenen zwingend gebiete. Durch die Erteilung dieser Aufenthaltserlaubnis habe die Beklagte zu erkennen gegeben, dass die Ausweisung ein gefahrenabwehrrechtliches Ziel nicht mehr erreichen könne. Es sei unzulässig, aus dieser Ausweisung weitere Rechtsfolgen abzuleiten. Die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis stelle vielmehr eine Handlung dar, die dem Widerruf der Ausweisung gemäß § 49 VwVfG gleich stehe. Es entspreche nicht der Zielsetzung des Gesetzes, dem betroffenen Ausländer und seinen Angehörigen, deren familiäre Rechte durch die weitere Anwesenheit des Ausländers im Bundesgebiet geschützt werden sollten, die bereits überwundene Sperrwirkung weiter entgegen zu halten.

Die Klägerin hat den Antrag gestellt,

die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG zu erteilen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat ergänzend zu der ablehnenden Entscheidung vom 12. Oktober 2007 ausgeführt, dass die Sperrwirkung der Ausweisung lediglich einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG nicht entgegenstehe. Durch Erteilung dieser Aufenthaltserlaubnis werde die Sperrwirkung im Übrigen nicht gegenstandslos. Die Sperrwirkung nach § 11 Abs. 1 Satz 1 und 2 AufenthG würde ansonsten in erheblichem Umfang leerlaufen, wenn das Vorliegen der Voraussetzungen des § 25 Abs. 5 AufenthG stets zum Erlöschen der Sperrwirkung führen würde. Ein solches Befristungssurrogat habe der Gesetzgeber mit § 25 Abs. 5 AufenthG nicht schaffen wollen.

Das Verwaltungsgericht hat mit Urteil vom 22. Februar 2008 - im Einverständnis der Beteiligten durch den Berichterstatter im schriftlichen Verfahren - die Klage abgewiesen und die Berufung zugelassen. Zur Begründung hat das Verwaltungsgericht ausgeführt, die begehrte Aufenthaltserlaubnis dürfe trotz des gesetzlichen Anspruchs nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG wegen § 11 Abs. 1 Satz 2 AufenthG nicht erteilt werden. Die Sperrwirkung der Ausweisung sei nicht durch Widerruf entfallen. In der Erteilung der

Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG könne ein Widerruf nicht gesehen werden. Denn die Erteilung dieser Aufenthaltserlaubnis setze die Beendigung der Sperrwirkung der Ausweisung nicht voraus. Deren Sperrwirkung sei auch nicht kraft Gesetzes entfallen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts beende die Erteilung einer humanitären Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG die Sperrwirkung der Ausweisung zwar für aufenthaltsrechtliche Ansprüche nach den Vorschriften des 5. Abschnitts in Kapitel 2 des Aufenthaltsgesetzes. Das könne jedoch nicht für aufenthaltsrechtliche Ansprüche nach dem 6. Abschnitt des Aufenthaltsgesetzes gelten. Dies würde dem Ziel des § 25 Abs. 5 AufenthG, den Aufenthalt nicht zu verfestigen, widersprechen. Dieses Aufenthaltsrecht gehe vom Grundsatz des temporären Schutzes aus. Das verdeutliche § 26 Abs. 2 AufenthG. Danach dürfe eine Aufenthaltserlaubnis nach dem 5. Abschnitt nicht verlängert werden, wenn das Ausreisehindernis oder die sonstigen einer Aufenthaltsbeendigung entgegenstehenden Gründe entfallen seien. Auch die in § 26 Abs. 1 Satz 1 2. Halbsatz AufenthG geregelte Befristung der Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG auf zunächst jeweils längstens sechs Monate solle frühzeitigen Verfestigungstendenzen entgegenwirken.

Gegen das am 3. März 2008 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 3. April 2008 Berufung eingelegt und diese wie folgt begründet: Das Verwaltungsgericht habe nicht hinreichend gewürdigt, dass gerade § 25 Abs. 5 AufenthG die Funktion habe, Widersprüche zwischen grundrechtlich geschützten Ansprüchen auf Anwesenheit im Bundesgebiet und den generalpräventiv motivierten Fernhaltungsbestrebungen, die durch § 11 AufenthG zum Ausdruck gebracht würden, zu vermeiden. Der Gesetzgeber sei davon ausgegangen, dass es notwendig sei, den Fällen, in denen ein dauerhaftes Ausreisehindernis gegeben sei und in denen die Annahme eines der Natur nach vorübergehenden Aufenthaltes widerlegt sei, durch Verfestigung des Aufenthalts Rechnung zu tragen. In diesem Fall könne, wie § 39 AufenthVO zeige, eine Aufenthaltserlaubnis zu einem anderen Zweck auch von Deutschland aus beantragt werden. Aus dem Zweck der Befristungsregelung des § 11 AufenthG ergebe sich, dass die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG zumindest dann kraft Gesetzes zur Beendigung der Wirkungen von Ausweisung und Abschiebung führen müsse, wenn das Ausreisehindernis in einer Verpflichtung des Betroffenen zum Verbleib im Bundesgebiet bestehe. In Fällen, in denen eine Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht möglich sei, so dass eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG erteilt werden müsse, könne der

ordnungspolitische Zweck der Ausweisung zumindest vorläufig nicht erreicht werden. Sie, die Klägerin, sei ihrem deutschen Kind zu Sorge und Umgang verpflichtet. Durch Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG zum Zwecke der Wahrnehmung dieses Umgangsrechts habe die Beklagte zum Ausdruck gebracht, dass die Durchsetzung der Ausweisung nicht nur nicht mehr möglich, sondern auch im Hinblick auf die geschützten Grundrechtspositionen des betroffenen Kindes unerwünscht sei.

Auf Grund der offenkundig für die nächsten Jahre fortbestehenden Unmöglichkeit ihrer Ausreise und aufgrund der Tatsache, dass sie mit der Beantragung der Aufenthaltserlaubnis gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG bereits deutlich gemacht habe, dass ihr an der Beendigung der Wirkungen der Ausweisung ohne Ausreise gelegen sei, sei hilfsweise davon auszugehen, dass in dem Antrag auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG zugleich ein Antrag auf Befristung unter Verzicht auf das Ausreiseerfordernis konkludent enthalten sei.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 22. Februar 2008 zu ändern und

die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 12. Oktober 2007 zu verpflichten, der Klägerin eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG zu erteilen,

hilfsweise

1. die Beklagte zu verpflichten, die Wirkungen der Ausweisung vom 10. September 2003 auf den Tag der Entscheidung unter Verzicht auf das Erfordernis einer Ausreise zu befristen,
2. die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 12. Oktober 2007 zu verpflichten, der Klägerin eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG zu erteilen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Ergänzend zu ihrem erstinstanzlichen Vorbringen führt die Beklagte aus: Die Sperrwirkung einer Ausweisung gemäß § 11 AufenthG bestehe auch bei Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen jedenfalls für Aufenthaltstitel aus familiären Gründen fort. Das Gesetz sei eindeutig und verlange zudem ausdrücklich die Ausreise des Ausländers. Den Interessen des Ausländers werde mit der Möglichkeit, einen Aufenthaltstitel nach § 25 Abs. 5 AufenthG zu erhalten, ausreichend Rechnung getragen. Selbst wenn mit Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG die Sperrwirkung entfallen sein sollte, stünde der Klägerin kein Anspruch gemäß § 28 AufenthG zu. Die Systematik des AufenthG ergebe, dass für Ausländer, die trotz bestehender Sperrwirkung eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG erhalten hätten, ein Hineinwachsen in einen längerfristigen Aufenthalt nur über § 26 Abs. 4 AufenthG möglich sein solle. § 26 Abs. 4 AufenthG sei insoweit *lex specialis*. Der in zweiter Instanz erstmals gestellte Hilfsantrag sei unzulässig. Selbst wenn die Voraussetzungen einer Untätigkeitsklage vorliegen sollten, müsse der Antrag wegen des anderen Streitgegenstandes in erster Instanz gestellt werden.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird ergänzend auf die Gerichtakte und die Ausländerakten der Klägerin, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

I.

Die zulässige Berufung hat keinen Erfolg.

Die Klage ist mit dem Hauptantrag unbegründet (1.). Der Hilfsantrag ist bereits unzulässig (2.).

1. Das Verwaltungsgericht hat die Klage auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG zu Recht abgewiesen.

Der Klägerin kann die begehrte Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG zur Ausübung der Personensorge für ihre beiden deutschen Kinder wegen der Sperrwirkung des § 11 Abs. 1 Satz 2 AufenthG nicht erteilt werden. Danach wird einem Ausländer, der ausgewiesen worden ist, auch bei Vorliegen eines Anspruchs nach diesem Gesetz keine Aufenthaltserlaubnis erteilt.

Die Klägerin wurde mit bestandskräftig gewordenem Bescheid vom 10. September 2003 ausgewiesen. Diese Ausweisungsverfügung hat auch weiterhin Bestand. Ausdrücklich aufgehoben wurde sie nicht. Auch kann in der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG eine stillschweigende Aufhebung der Ausweisungsverfügung nicht gesehen werden. Hierzu hatte die Beklagte auch keinerlei Veranlassung, denn die Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG ermöglicht gerade die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis trotz Vorliegen einer Ausweisung.

Die Sperrwirkung der Ausweisung steht der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG weiterhin entgegen. Die Wirkungen der Ausweisung sind bislang nicht nach § 11 Abs. 1 Satz 3 AufenthG befristet worden, und zwar weder ausdrücklich noch stillschweigend. Die Sperrwirkung der Ausweisung wurde auch nicht in sonstiger Weise in Bezug auf die beantragte Aufenthaltserlaubnis aufgehoben.

Allerdings wird die Sperrwirkung einer Ausweisung nach § 11 Abs. 1 Satz 2 AufenthG durch die Erteilung einer humanitären Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG für Aufenthaltstitel nach Abschnitt 5 von Kapitel 2 des Aufenthaltsgesetzes einschließlich der diesem Abschnitt zuzurechnenden Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs. 1 AufenthG aufgehoben (BVerwG, Urt. v. 4.9.2007, 1 C 43/06, BVerwGE 129, 266, juris-Rn. 34 und 42). Das bedeutet jedoch nicht, dass damit die Sperrwirkung zugleich auch für andere Aufenthaltstitel, die für andere Aufenthaltszwecke erteilt werden, beendet wird (insoweit vom Bundesverwaltungsgericht offen gelassen). Dies wird zwar im Schrifttum weitgehend vertreten (vgl. Fraenkel, Einführende Hinweise zum neuen Ausländergesetz, 1991, Seite 124; Vormeier in: GK-AuslR, April 2001, § 8 AuslG Rn. 68; Renner, Ausländerrecht, 8. Auflage, § 11 AufenthG Rn. 3; Hailbronner, Ausländerrecht, März 1999, § 30 AuslG Rn.

43; Fränkel in: HK-AuslR, § 25 AufenthG Rn. 6 und 55; Oberhäuser in: HK-AuslR, § 11 AufenthG Rn. 15 sowie ANA-ZAR 2007, 9; a.A. Welte, Aktuelles Ausländerrecht, Stand August 2007, Kommentar zu § 25 AufenthG, Rn. 26c; Maaßen, in Kluth/Hund/Maaßen, Zuwanderungsrecht, § 4 Aufenthalt Rn. 673; Wenger, in Storr u.a., Kommentar zum Zuwanderungsrecht, 2. Auflage 2008, § 11 Rn. 3; VGH Mannheim, Beschl. v. 31.5.2001, 11 S 700/01, juris Rn. 4; VG Oldenburg, Beschl. v. 16.4.2007, 11 B 716/07, juris Rn. 7). Dieser im Schrifttum vertretenen Auffassung, die Sperrwirkung entfalle in einem solchen Fall vollständig, ist jedoch nicht zu folgen.

a) Eine Beendigung der Sperrwirkung der Ausweisung allein durch die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG mit Wirkung für alle sonstigen Aufenthaltstitel würde dem erkennbaren Konzept des Gesetzes sowie Sinn und Zweck der Bestimmung des § 11 Abs. 1 AufenthG widersprechen. § 11 AufenthG findet sich im Abschnitt 1. des 2. Kapitels als allgemeine Regelung, die für alle Aufenthaltstitel gilt. Dabei bestimmt § 11 Abs. 1 AufenthG nicht nur, dass ein ausgewiesener Ausländer nicht erneut in das Bundesgebiet einreisen und sich darin aufhalten darf sowie dass ihm auch bei Vorliegen der Voraussetzungen eines Anspruchs nach diesem Gesetz kein Aufenthaltstitel erteilt werden darf (sog. Sperrwirkung der Ausweisung). Daneben bestimmt § 11 Abs. 1 Satz 3 AufenthG auch, dass die genannten Wirkungen auf Antrag in der Regel befristet werden. Der Gesetzgeber hat in weiteren Einzelfällen ausdrückliche Ausnahmen von der Sperrwirkung der Ausweisung geregelt: So kann nach § 11 Abs. 2 AufenthG dem ausgewiesenen Ausländer ausnahmsweise erlaubt werden, das Bundesgebiet kurzfristig zu betreten. Nach § 37 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG wird es in das Ermessen der Ausländerbehörde gestellt, ob sie dem Recht auf Wiederkehr eines Ausländers dessen Ausweisung entgegen halten will. Schließlich eröffnet § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG der Ausländerbehörde Ermessen, ob sie trotz der Sperrwirkung nach § 11 Abs. 1 AufenthG einen Aufenthalt aus humanitären Gründen erlauben will.

Weitere Ausnahmen von der Sperrwirkung, insbesondere durch eine Aufhebungsentscheidung der Ausländerbehörde, sieht das Aufenthaltsgesetz nicht ausdrücklich vor. Es bedarf hiernach bereits einer besonderen Begründung dafür, dass die Sperrwirkung der Ausweisung überhaupt ohne vorherige Befristungsentscheidung für eine andere Aufenthaltserlaubnis als die nach § 25 Abs. 5 AufenthG entfallen kann. Dies erscheint gerechtfertigt, soweit diese andere Aufenthaltserlaubnis demselben

Aufenthaltszweck dient wie die Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG. Denn der Frage, ob der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis die Ausweisung entgegen stehen soll, wurde bereits bei erster Erteilung der Aufenthaltserlaubnis bezogen auf denselben Aufenthaltszweck ausreichend Rechnung getragen. So wäre schwerlich zu rechtfertigen, bei der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs. 1 Satz 1 AufenthG - die nach Satz 3 als Aufenthaltstitel nach Kapitel 2 Abschnitt 5 gilt - erneut die Frage aufzuwerfen, ob die Sperrwirkung der Ausweisung der Aufenthaltserlaubnis entgegen steht, wenn diese Frage bereits für denselben humanitären Aufenthaltszweck verneint wurde. Widersinnig wäre es zudem, wenn zwar die Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG trotz einer vorherigen Ausweisung erteilt wird, andererseits die Möglichkeit, gemäß § 26 Abs. 4 AufenthG eine Niederlassungserlaubnis zu erteilen, versperrt bliebe, obwohl diese Möglichkeit gerade auch durch den Aufenthalt aufgrund der Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG eröffnet wird. Diese Erwägungen gelten jedoch nicht für die anderen Aufenthaltszwecke, die nach dem Konzept des Aufenthaltsgesetzes nicht in der Weise privilegiert sind, dass der entsprechende Aufenthaltstitel auch ungeachtet der Sperrwirkung einer Ausweisung erteilt werden darf.

Die Auffassung, die Sperrwirkung der Ausweisung entfalle durch die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG vollständig, widerspricht auch Sinn und Zweck des § 11 Abs. 1 Satz 2 AufenthG. Die Regelungen des § 11 Abs. 1 AufenthG dienen sowohl spezial- als auch generalpräventiven Zwecken. Maßgebliches Kriterium für die Befristung der Wirkungen der Ausweisung und damit für die hier maßgebliche Frage, ob die Ausweisung auch weiterhin einem Aufenthaltstitel entgegenstehen soll, sind die ordnungsrechtlichen Zwecke der Ausweisung, die durch die den Ausländer belastende Sperrwirkung des § 11 Abs. 1 Satz 1 und 2 AufenthG gesichert und effektiviert werden (VGH Mannheim, Urt. v. 26.3.2003, InfAuslR 2003, 333, 336). Damit wird einerseits spezialpräventiv der Zweck verfolgt, die Allgemeinheit vor dem Ausländer wegen der Gefahr einer Wiederholung bzw. Fortdauer der konkreten Ausweisungsgründe zu schützen. Andererseits geht es - soweit dies im Rahmen der Ausweisung im Einzelfall zulässig ist - um den generalpräventiven Zweck, andere Ausländer von der Verwirklichung der Ausweisungsgründe abzuschrecken (Oberhäuser, in: HK-AuslR, § 11 AufenthG Rn. 17; Wenger, in: Storr u.a., Kommentar zum Zuwanderungsrecht, 2. Auflage 2008, § 11 Rn. 6).

Mit Erteilung einer humanitären Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG wird zwar das hinter der Sperrwirkung stehende spezialpräventive Motiv regelmäßig hinfällig geworden sein. Durch die Legalisierung des Aufenthalts des Ausländers hat die Ausländerbehörde hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, dass an einem Fernhalten dieses Ausländers kein durchgreifendes spezialpräventiv begründetes Interesse mehr besteht. Etwas anderes gilt jedoch für den generalpräventiven Zweck der Sperrwirkung. Dieser entfällt dadurch, dass eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Zwecken erteilt wird, regelmäßig nicht. Er besteht insofern fort, als anderen Ausländern damit weiter vor Augen gehalten wird, dass ihnen als Folge einer Ausweisung die Möglichkeit, sich im Bundesgebiet rechtmäßig aufzuhalten, allenfalls aus humanitären Gründen und damit eng gekoppelt an das weitere Vorliegen dieser Gründe gewährt wird. Fällt der humanitäre Zweck weg, darf die Aufenthaltserlaubnis gemäß § 26 Abs. 2 AufenthG nicht verlängert werden. In diesem Fall greift die fortbestehende generalpräventiv bezweckte Sperrwirkung ein und verhindert, eine Aufenthaltserlaubnis für einen anderen Aufenthaltswitz zu erteilen.

Dieses Regelungskonzept des Gesetzes würde unterlaufen, wenn mit Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG die Sperrwirkung des § 11 Abs. 1 Satz 2 AufenthG vollständig entfiel. Auch beim Wegfall des humanitären Aufenthaltswitzes könnte sogleich eine Aufenthaltserlaubnis zu einem anderen Zweck erteilt werden. Da die Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG zunächst nur für sechs Monate erteilt wird (§ 26 Abs. 1 Satz 1 AufenthG), wäre das sogar schon nach dieser kurzen Zeit möglich. Das widerspräche sowohl der Wertung des § 26 Abs. 2 AufenthG als auch dem Zweck der Sperrwirkung nach § 11 Abs. 1 Satz 2 AufenthG. In den Genuss einer Aufenthaltserlaubnis zu einem anderen Zweck käme der Ausländer nur deshalb, weil ihm trotz vorheriger Ausweisung gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis für einen humanitären Zweck erteilt worden ist. Der Weg zum Wechsel des Aufenthaltswitzes wäre eröffnet, dem sonst - § 39 AufenthVO regelt insoweit nichts Abweichendes, da er zu der Frage der Sperrwirkung einer Ausweisung keine Aussage trifft - die Sperrwirkung des § 11 Abs. 1 Satz 2 AufenthG entgegenstünde. Damit würde der humanitäre Aufenthaltswitz faktisch die Voraussetzung dafür schaffen, eine - sonst gesperrte - Aufenthaltserlaubnis zu einem anderen Zweck zu erteilen. Dieser humanitäre Aufenthaltswitz wäre es zudem, der damit zu einer Verfestigung des Aufenthalts auch zu anderen Zwecken führen könnte. Denn sobald der Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis

zu einem anderen Zweck erhält, hier also die begehrte Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG, könnte er gemäß § 28 Abs. 2 AufenthG unter erleichterten Umständen auch eine Niederlassungserlaubnis erhalten. Sie ist ihm nach dieser Norm in der Regel früher und unter Voraussetzungen zu erteilen, die gegenüber einer Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 AufenthG nach vorangegangener humanitärer Aufenthaltserlaubnis weniger eng sind. Hätte der Gesetzgeber ein solches Konzept verfolgt, hätte er die Aufhebung der Sperrwirkung der Ausweisung durch Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG im Zusammenhang mit den Bestimmungen über die Folgen der Ausweisung im 1. Abschnitt des 2. Kapitels des Aufenthaltsgesetzes geregelt.

b) Der Gesetzeszweck, der mit der Sperrwirkung verfolgt wird, wird auch nicht dadurch gewahrt, dass bereits im Rahmen der nach § 25 Abs. 5 AufenthG zu treffenden Ermessensentscheidung bewertet werden kann, ob die Sperrwirkung vollständig entfallen kann (so aber insbesondere: Oberhäuser, ANA-ZAR 2007, 9). Hierzu müsste die Ausländerbehörde bereits zu diesem Zeitpunkt prüfen, ob - ggf. schon nach kurzer Zeit, da die Aufenthaltserlaubnis nach § 26 Abs. 1 Satz 1 AufenthG für längstens sechs Monate erteilt werden darf - eine Aufenthaltserlaubnis zu einem anderen Aufenthaltszweck erteilt werden könnte, oder ob dem die Sperrwirkung der Ausweisung entgegen stehen soll. Eine derartige Ermessensentscheidung würde jedoch vom Zweck der Ermessenseröffnung in § 25 Abs. 5 AufenthG nicht gedeckt.

Bei der Ermessensentscheidung nach § 25 Abs. 5 AufenthG hat die Ausländerbehörde abzuwägen, ob zum Entscheidungszeitpunkt trotz der Ausweisung und der hierdurch begründeten Sperrwirkung des § 11 Abs. 1 Satz 2 AufenthG die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis in Frage kommt oder ob der Ausländer im Hinblick auf einen humanitären Aufenthaltszweck nur eine Duldung nach § 60a AufenthG erhalten soll. Dabei beschränkt sich die Entscheidung gerade auf einen humanitären Aufenthaltszweck, der allein die Sperrwirkung der Ausweisung nach § 25 Abs. 5 AufenthG überwinden kann. Die Ausländerbehörde hat einerseits die Bedeutung und das Gewicht des jeweiligen tatsächlichen oder rechtlichen Ausreisehindernisses in den Blick zu nehmen und das gesetzgeberische Ziel zu berücksichtigen, Kettenduldungen zu vermeiden, wenn unverschuldete Ausreisehindernisse für längere Zeit bestehen. Diesen Interessen hat sie andererseits das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung einer Sperrwirkung nach §

11 Abs. 1 Satz 2 AufenthG entgegenzustellen. Im Falle einer Ausweisung hängt dieses Interesse wesentlich vom Gewicht des jeweils verwirklichten Ausweisungsgrundes ab. Je nach Ausweisungsgrund ist zu fragen, ob vom Ausländer noch eine konkrete und schwere Gefahr für ein wichtiges Schutzgut ausgeht oder ob der mit der Ausweisung verfolgte Zweck, der auch Aspekte der Generalprävention umfassen kann, bereits erreicht ist. Dabei darf sich die Ausländerbehörde an den Voraussetzungen orientieren, unter denen die Wirkungen einer Ausweisung zu befristen wären (Burr in: GK-AufenthG, Stand Juni 2007, § 25 Rn. 183f.; Welte, Aktuelles Ausländerrecht, Stand August 2007, Kommentar zu § 25 AufenthG, Rn. 26cb; VGH Mannheim, Urt. v. 5.7.2000, 13 S 1726/99, juris, Rn. 16). Zweck der Ermessenseröffnung in § 25 Abs. 5 AufenthG ist es hingegen nicht, bereits bei Erteilung der Aufenthaltserlaubnis für einen humanitären Aufenthaltswitz in den Blick zu nehmen, ob in der Folgezeit ein Wechsel des Aufenthaltswitzes bzw. ein eigenständiges Aufenthaltsrecht unabhängig vom aktuellen Aufenthaltswitz ansteht und welches Gewicht diesem - regelmäßig noch nicht bekannten - Aufenthaltswitz in Bezug auf die einem Aufenthalt aufgrund der Ausweisung entgegenstehenden öffentlichen Interessen beizumessen wäre. Die hiermit im Zusammenhang stehenden Fragen sind vielmehr allein im Rahmen der Entscheidung nach § 11 Abs. 1 Satz 3 AufenthG zu bewerten, nämlich bei der Entscheidung über die Befristung der Wirkungen der Ausweisung.

c) Diese Auslegung der Regelungen über die Sperrwirkung einer Ausweisung und der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG führt auch sonst nicht zu sachwidrigen Ergebnissen.

Dass die Aufenthaltserlaubnis zu einem anderen Aufenthaltswitz erst nach erfolgter Befristung der Sperrwirkung der Ausweisung erfolgen kann, ist nicht sachwidrig. Denn grundsätzlich genügt es zum Schutz der Interessen des Ausländers, wenn die Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG erteilt wird. Der Gesetzgeber hat mit § 25 Abs. 5 AufenthG eine Regelung geschaffen, die gerade die hier vorliegende Fallgestaltung eines rechtlichen Ausreisehindernisses erfasst und zur Vermeidung grundrechtsbeeinträchtigender und unverhältnismäßiger Anforderungen an die Ausreise eine Ausnahme von § 11 Abs. 1 AufenthG zulässt. § 25 Abs. 5 AufenthG ermöglicht es einem ausgewiesenen Ausländer, der aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen nicht ausreisen kann, ohne vorherige Ausreise und ohne Befristung der Wirkungen der Ausweisung einen rechtmäßigen Aufenthalt zu erlangen. Weiter reicht auch der Schutz

beispielsweise von Art. 6 Abs. 1 GG nicht (vgl. BVerwG, Urt. v. 4.6.1997, 1 C 9/95, BVerwGE 105, 35, juris- Rn. 35f zu der mit Art. 6 GG zu vereinbarenden Beschränkung auf die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis nach § 30 Abs. 3 AuslG im Fall des § 28 Abs. 3 Satz 2 AuslG, wonach der Wechsel von der Aufenthaltsbewilligung zur Aufenthaltserlaubnis erst nach Ausreise und Ablauf eines Jahres möglich war). Der so erreichte Aufenthalt ist nach Maßgabe des § 26 Abs. 4 AufenthG sogar geeignet, dem Ausländer nach dem siebenjährigen Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach dem Abschnitt 5 des 2. Kapitels des Aufenthaltsgesetzes eine Niederlassungserlaubnis zu vermitteln.

Auch sonst erscheint es nicht sachwidrig, die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zu einem anderen als dem humanitären Aufenthaltzweck davon abhängig zu machen, dass zuvor die Wirkungen der Ausweisung befristet worden sind, was aufgrund der Regelung in § 11 Abs. 1 Satz 4 AufenthG eine Ausreise erfordert, weil die Frist erst mit der Ausreise beginnt. Sollte es im Einzelfall unverhältnismäßig sein, von dem Ausländer eine Ausreise zu fordern, damit die Wirkung seiner Ausweisung befristet werden kann, so wäre die Ausländerbehörde gehalten, bei Anwendung des § 11 Abs. 1 Satz 3 AufenthG den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten und ausnahmsweise die Sperrwirkungen der Ausweisung so zu befristen, dass unter Verzicht auf das Erfordernis der Ausreise der Aufenthalt zu einem anderen Aufenthaltzweck sogleich genehmigt wird (vgl. BVerwG, Urt. v. 4.9.2007, 1 C 43/06, BVerwGE 129, 266, juris-Rn. 28).

d) Dieser Auslegung der Regelungen über die Sperrwirkung einer Ausweisung und der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG steht die Regelung des Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2003/109/EG des Rates vom 25. November 2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen (ABl. 2004 L 16/44, Daueraufenthalts-RL) nicht entgegen (so aber insbesondere: Oberhäuser, ANA-ZAR 2007, 9). Danach bzw. nach dem diese Richtlinie umsetzenden § 9a AufenthG wird ein Anspruch auf Erteilung der Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltberechtigten nach fünfjährigem rechtmäßigem Aufenthalt ungeachtet der Art des Aufenthaltstitels begründet. Insofern mag fraglich sein, inwieweit damit die Bestimmung des § 26 Abs. 4 AufenthG, insbesondere die darin geregelte Aufenthaltsdauer von sieben Jahren vereinbar ist. Diese Richtlinie regelt jedenfalls nicht, unter welchen Voraussetzungen vor Erreichen eines fünfjährigen Aufenthalts eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen ist. Insbesondere ergibt sich aus der genannten Regelung

nicht, dass schon bei der erstmaligen Erteilung einer humanitären Aufenthaltserlaubnis einer später ggf. möglichen Verfestigung des Aufenthalts Rechnung zu tragen sei, etwa dadurch, dass eine Ausweisung auch einem anderen Aufenthaltszweck nicht entgegengehalten werden dürfe.

2. Der erstmals im Berufungsverfahren gestellte Hilfsantrag ist unzulässig.

Der Hilfsantrag ist in erster Linie darauf gerichtet, die Beklagte zu verpflichten, die Wirkungen der Ausweisung vom 10. September 2003 auf den Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung und ohne vorherige Ausreise aus dem Bundesgebiet zu befristen. Damit erstrebt die Klägerin der Sache nach den Erlass eines weiteren Verwaltungsaktes in Bezug auf einen anderen Streitgegenstand. Die darin liegende Klageänderung ist auch in der Berufungsinstanz möglich. Das Berufungsgericht prüft den Streitfall innerhalb des Berufungsantrags im gleichen Umfang wie das Verwaltungsgericht und berücksichtigt auch neu vorgebrachte Tatsachen und Beweismittel (§ 128 VwGO). Dies deckt auch die erstmalige Stellung von Hilfsanträgen sowie eine Klageänderung (Kopp/Schenke, VwGO, 15. Auflage 2007, § 91 Rn. 21). Der Klageänderung steht nicht entgegen, dass die Beklagte nicht eingewilligt hat, den Hilfsantrag vielmehr für unzulässig hält, weil der Antrag zunächst beim Verwaltungsgericht zu stellen sei. Der Hilfsantrag ist insofern sachdienlich im Sinne von § 91 Abs. 1 VwGO, als der Streitstoff trotz Änderung des Streitgegenstandes im Wesentlichen derselbe bleibt und die Klageänderung grundsätzlich die endgültige Beilegung des Streits fördern und dazu beitragen kann, dass ein weiterer sonst zu erwartender Prozess, hier insbesondere die nach dem Vorbringen der Beklagten zu erwartende sofortige erneute Klageerhebung mit demselben Antrag, vermieden wird (vgl. zu diesen Gesichtspunkten BVerwG, Urt. v. 22.7.1999, 2 C 14/98, NVwZ-RR 2000, 172, 173; Urt. v. 3.7.1987, 4 C 12/84, NJW 1988, 1228; Kopp/Schenke, a.a.O., Rn 19).

Die mit dem Hilfsantrag verfolgte Verpflichtungsklage ist indes unzulässig. Das nach § 68 VwGO erforderliche Vorverfahren wurde nicht durchgeführt, da die Beklagte weder einen Bescheid noch einen Widerspruchsbescheid erlassen hat. Die Klage ist auch nicht abweichend davon nach § 75 Abs. 1 Satz 1 VwGO zulässig. Denn diese Bestimmung setzt voraus, dass die Beklagte über einen Antrag auf Vornahme eines Verwaltungsakts ohne zureichenden Grund nicht in angemessener Frist sachlich entschieden hat. Diese

Vorschrift setzt bereits nach ihrem Wortlaut in jedem Fall voraus, dass vor Erhebung der Klage ein Antrag auf Vornahme des eingeklagten Verwaltungsakts gestellt wurde. Es handelt sich bei dem Erfordernis einer Antragstellung um eine im Verwaltungsprozess nicht nachholbare Sachurteilsvoraussetzung (vgl. BVerwG, Urt. v. 31.8.1995, 5 C 11/94, BVerwGE 99, 158; VGH Mannheim, Beschl. v. 28.4.2008, 11 S 683/08, juris; Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 75 Rdn. 7). Zudem gebietet der Grundsatz der Gewaltenteilung, dass es zunächst Sache der Verwaltung ist, sich mit (vermeintlichen) Ansprüchen des einzelnen zu befassen. Die Sperrfrist des § 75 Satz 2 VwGO wirkt einer verfrühten und deshalb unter Rechtsschutzgesichtspunkten (noch) nicht gerechtfertigten Klageerhebung entgegen und gewährleistet, dass der Behörde zunächst eine angemessene Zeit zu einer ausreichenden Sachprüfung bleibt. Auf diese Weise sollen zugleich die Gerichte entlasten werden. Diesen Zweck könnte die Sperrfrist des § 75 Satz 2 VwGO nicht erfüllen, wenn sie - bei Fehlen eines vorausgegangenen Antrags - mit der Klageerhebung selbst in Lauf gesetzt werden könnte (BVerwG, Urt. v. 31.8.1995, a.a.O.).

Die Klägerin hat den zunächst erforderlichen Antrag auf Befristung der Wirkungen der Ausweisung nicht gestellt. Ein ausdrücklicher Antrag liegt nicht vor. Der Antrag kann auch nicht konkludent in den Anwaltsschreiben vom 12. September 2006, 31. Juli 2007 und 10. August 2007 bzw. in dem von der Klägerin selbst am 22. Juni 2007 gestellten Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG gesehen werden.

Allerdings enthält ein Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels in der Regel auch den Antrag auf Befristung der Sperrwirkungen der Ausweisung, wenn der begehrte Aufenthaltstitel ohne diese Entscheidung nicht erteilt werden kann. Denn in einem solchen Fall unterliegt es regelmäßig keinem Zweifel, dass der durch Auslegung des Antrags entsprechend §§ 133, 157 BGB zu ermittelnde Wille des Ausländers stets auch auf die für die Erteilung der Aufenthaltsgenehmigung unerlässliche Befristung gerichtet ist (OVG Hamburg, Beschl. v. 15.8.1991, Bs VII 67/91, juris-Rn. 9; Beschl. v. 5.12.2006, 3 So 161/05; Hailbronner, Ausländerrecht, Stand August 2005, § 11 Rn. 18; Vormeier in: GK-AusIG, Stand April 2001, § 8 Rn. 113; Renner, Ausländerrecht, § 11 Rn. 5; Oberhäuser in: HK-AusIR, § 11 Rn. 13; Marx, Ausländerrecht, 2. Auflage, Seite 580; Huber/Göbel-Zimmermann, Ausländerrecht, 2. Auflage, Seite 47; a.A. OVG Münster, Urt. v. 2.10.1990,

18 A 170/87, NWVBL 1991, 97; Kloesel/Christ/Häußer, Deutsches Aufenthalts- und Ausländerrecht, Stand Juli 2006, § 11 Rn. 48).

Eine derartige Auslegung des Antrags der Klägerin auf Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung nach § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG scheidet hier jedoch aus. Die Schreiben der Klägerin können nur dahingehend verstanden werden, dass die Klägerin keine Entscheidung über die Befristung der Wirkungen der Ausweisung erhalten wollte, sondern dass die Beklagte ihr die Aufenthaltserlaubnis ohne eine solche Entscheidung erteilen sollte. Die Klägerin wusste nach dem Schreiben der Beklagten vom 8. März 2006, dass die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG nur in Betracht kommt, wenn vorher die Sperrwirkung der Ausweisung befristet wurde. Gleichwohl hat sie sich hierzu nicht geäußert. Auf ihren am 12. September 2006 wiederholten Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG wurde ihr am 23. November 2006 dementsprechend lediglich eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG erteilt. Auch hiergegen hat sie weder Widerspruch eingelegt noch sonst Einwände erhoben. Vielmehr hat sie am 22. Juni 2007 erneut beantragt, ihr eine Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG zu erteilen. Auch die nachfolgende Korrespondenz zeigt, dass es der Klägerin allein darum ging, die Aufenthaltserlaubnis ohne vorherige Befristung der Wirkungen der Ausweisung zu erhalten, da sie davon ausging, diese Wirkung sei ohnehin bereits entfallen. So hat sie darauf hingewiesen, die Sperrwirkung des § 11 AufenthG sei durch die erstmalige Nichterteilung der Erlaubnis und die ersatzweise Erteilung gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG verbraucht, ihr sei wegen der Geburt des zweiten deutschen Kindes ein zweiter Anspruch auf Erteilung der begehrten Aufenthaltserlaubnis erwachsen. Trotz des ausdrücklichen Hinweises der Beklagten im Schreiben vom 3. August 2007, dass eine Befristung erforderlich sei und diese nur auf Antrag erteilt werden könne, wies der Prozessbevollmächtigte der Klägerin in seinem Schreiben vom 10. August 2007 erneut darauf hin, die Ausweisung sei durch Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG verbraucht und stehe der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 AufenthG nicht mehr im Wege. Diesen Standpunkt hat die Klägerin im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ausdrücklich aufrecht erhalten. Erst im Berufungsschriftsatz vom 3. April 2008 hat die Klägerin erstmals die Auffassung vertreten, dass sie bereits mit der Beantragung der Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG deutlich gemacht habe, dass ihr an der Beendigung der Wirkungen der

Ausweisung ohne Ausreise gelegen sei. Deshalb sei hilfsweise davon auszugehen, dass in der Beantragung der Aufenthaltserlaubnis ein Antrag auf Befristung unter Verzicht auf das Ausreiseerfordernis konkludent enthalten sei. Das trifft jedoch nicht zu. So findet sich in der gesamten Korrespondenz, die zwischen der Klägerin und der Beklagten nach deren Anfrage zum weiteren Verfahren vom 8. März 2006 geführt wurde, kein Hinweis darauf, dass es der Klägerin darum gegangen sein könnte, die Wirkungen der Ausweisung zu beseitigen, ohne ausreisen zu müssen. Vielmehr hat sie stets allein darauf abgestellt, dass die Ausweisung ihrer Auffassung nach ohnehin keine Wirkungen mehr entfalte. Dieses Vorbringen konnte die Beklagte nicht zum Anlass nehmen, über eine Befristung der Ausweisung zu entscheiden.

II.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 154 Abs. 1, 155 Abs. 2 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Hinsichtlich des Hauptantrags war die Revision gemäß § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zuzulassen. Die Frage, ob durch die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG die nach § 11 Abs. 1 Satz 2 AufenthG bestehende Sperrwirkung einer Ausweisung nur für Aufenthaltstitel nach dem 5. Abschnitt im 2. Kapitel des Aufenthaltsgesetzes aufgehoben wird, nicht hingegen für andere, hat grundsätzliche Bedeutung. Hinsichtlich des Hilfsantrags liegen Gründe, gemäß § 132 Abs. 2 VwGO die Revision zuzulassen, nicht vor.

Pradel

Wiemann

Meins