

Hamburgisches Obergerverwaltungsgericht

4 Bs 9/11
13 E 50/11

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

- Antragsteller -

Prozessbevollmächtigte:

g e g e n

Freie und Hansestadt Hamburg,
vertreten durch die Behörde für Soziales, Familie, Gesundheit
und Verbraucherschutz
-Rechtsabteilung-,
Hamburger Straße 47,
22083 Hamburg,
Az: Z 513-2/52/11,

- Antragsgegnerin -

hat das Hamburgische Obergerverwaltungsgericht, 4. Senat, durch die Richter am
9. Februar 2011 beschlossen:

A

Dem Antragsteller wird für das Beschwerdeverfahren Prozesskostenhilfe ohne Ratenzahlungsverpflichtung bewilligt und Rechtsanwältin zur Vertretung beigeordnet.

B

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 13. Januar 2011, soweit das Verwaltungsgericht es abgelehnt hat, dem Antragsteller vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren, wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens. Gerichtskosten werden nicht erhoben.

Gründe:

I.

Der Antragsteller begehrt einstweiligen Rechtsschutz im Hinblick darauf, dass die Antragsgegnerin seine weitere Unterbringung in einer Jugendhilfeeinrichtung aufgrund nicht ausgeräumter Zweifel an seiner Minderjährigkeit ablehnt.

Gegenüber der Antragsgegnerin gab der Antragsteller nach dem Inhalt der Sachakte an, am 6. Februar 1995 in Afghanistan geboren zu sein. Mit Bescheid vom 21. Dezember 2010 nahm die Antragsgegnerin ihn - wie es darin hieß - gemäß § 42 SGB VIII in Obhut, und zwar vorläufig, da es Zweifel an seinem Alter gebe. Die Antragsgegnerin forderte den Antragsteller auf, umgehend Dokumente bzw. Unterlagen vorzulegen, aus denen sein Alter hervorgehe, oder Zeugen zu benennen, die etwas zu seinem Alter sagen könnten. Weiter kündigte sie an, dass er aufgefordert werde, sich zur Altersfeststellung medizinisch begutachten zu lassen, und dass sie auf der Basis dieses Gutachtens abschließend über die Fortführung der Inobhutnahme entscheiden werde.

Die Antragsgegnerin brachte den Antragsteller in der Einrichtung des Kinder- und Jugendnotdienstes der Hamburger Jugendämter in der Feuerbergstraße unter. Sie forderte ihn mit Schreiben vom 28. Dezember 2010 und 5. Januar 2011 auf, sich folgenden Untersuchungen zu unterziehen:

- „a) Untersuchung und Anamnese durch einen rechtsmedizinisch erfahrenen Arzt im Hinblick auf allgemeine körperliche Reifezeichen sowie Hinweise auf mögliche Entwicklungsverzögerungen;
- b) wenn notwendig, zusätzlich eine zahnärztliche Untersuchung zur Feststellung der Wurzelentwicklung der Weisheitszähne;
- c) wenn notwendig, zusätzlich eine radiologische Untersuchung des Kiefers (Panoramaschichtaufnahme u.a. zur Feststellung möglicher Gründe einer Entwicklungsverzögerung);
- d) wenn notwendig, zusätzlich eine radiologische Untersuchung der Schlüsselbeine.

Die Durchführung dieser Untersuchungskette ist im Ermessen der durchführenden Ärzte zu beenden, sobald für die Erstellung eines Altersgutachtens hinreichend gesicherte Erkenntnisse gewonnen wurden.“

Die Antragsgegnerin setzte dem Antragsteller eine Frist zur Mitwirkung bis zum 5. Januar 2011 bzw. 7. Januar 2011 und wies darauf hin, dass die Inobhutnahme ohne weitere Ermittlungen beendet werden könne, wenn er nicht auf andere Weise einen Nachweis über sein Lebensalter erbringe und er an der Untersuchung ohne wichtigen Grund nicht teilnehmen oder sonst nicht mitwirken sollte.

Mit Bescheid vom 7. Januar 2011 beendete die Antragsgegnerin gestützt auf § 66 Abs. 1 SGB I die „Inobhutnahme durch den Kinder- und Jugendnotdienst der Freien und Hansestadt Hamburg vom 21.12.2010“ bis zur Nachholung der Mitwirkung und forderte ihn auf, die Einrichtung zu verlassen. Außerdem ordnete sie die sofortige Vollziehung an. Zur Begründung führte sie aus: Der Antragsteller sei nach § 42 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 3 SGB VIII in Obhut genommen worden. An seiner Angabe, er sei noch minderjährig, bestünden jedoch auf Grund des äußeren Erscheinungsbildes, insbesondere wegen des postpubertären Körperbaus und des Bartwuchses, Zweifel. Den angebotenen Untersuchungstermin am 5. Januar 2011 bzw. 7. Januar 2011 habe er nicht wahrgenommen und die Zweifel an seiner Altersangabe auch nicht auf andere Weise ausgeräumt. Damit habe er seine Mitwirkungspflicht nach § 62 SGB I verletzt. Ein wichtiger Grund, der die Mitwirkungspflicht aus-

geschlossen hätte, liege nicht vor. Die angeordnete Untersuchung sei verhältnismäßig. Die einzelnen Untersuchungen seien nicht mit erheblichen Schmerzen verbunden und stellten keinen erheblichen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit dar. Ein Schaden für Leib und Leben könne mit hoher Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden. Das gelte auch für die gegebenenfalls notwendigen Röntgenuntersuchungen. Um die begrenzten Unterbringungsplätze für Minderjährige vorhalten zu können, werde seine Inobhutnahme daher beendet. Da der Antragsteller in der Zentralen Erstaufnahmeeinrichtung der Behörde für Inneres untergebracht werden könne, sei er durch die Beendigung nicht ohne Obhut und Versorgung. Er könne die unterlassene Mitwirkung nachholen. Auf Wunsch werde ihm dafür ein neuer Untersuchungstermin angeboten. Ergebe die ärztliche Untersuchung, dass der Antragsteller minderjährig sei, werde er durch den Kinder- und Jugendnotdienst wieder in Obhut genommen.

Der Antragsteller erhob Widerspruch und hat beim Verwaltungsgericht Hamburg um vorläufigen Rechtsschutz nachgesucht. Gegenüber dem Gericht hat er angegeben, nach einer von ihm zur Akte gereichten Geburtsurkunde sei er am 6. Juni 1995 geboren. Das Verwaltungsgericht hat den Antrag mit Beschluss vom 13. Januar 2011 abgelehnt: Die Antragsgegnerin habe aller Voraussicht nach zu Recht die Inobhutnahme gemäß § 66 Abs. 1 Satz 1 SGB I beendet. Der Antragsteller sei seinen Mitwirkungspflichten nach den §§ 60 bis 62, 65 SGB I nicht nachgekommen. Die radiologische Untersuchung führe nicht zu einem Verstoß gegen § 25 Abs. 1 Satz 1 der Röntgenverordnung (RöV). Nach dieser Vorschrift dürfe am Menschen Röntgenstrahlung u.a. in sonstigen durch Gesetz vorgesehenen oder zugelassenen Fällen angewendet werden. § 62 SGB I stelle eine solche gesetzliche Grundlage dar, auch wenn Röntgenuntersuchungen nicht ausdrücklich von der Vorschrift erwähnt würden. Es liege kein Fall vor, in dem die Mitwirkung verweigert werden könne. Es sei nicht zu befürchten, dass der Antragsteller durch das einmalige, höchstens zweimalige kurzzeitige Röntgen Schaden an seiner Gesundheit im Sinne von § 65 Abs. 2 Nr. 1 SGB I erleiden werde. Die Antragsgegnerin habe ihr Ermessen nach § 66 Abs. 1 Satz 1 SGB I in knapper, gerade noch ausreichender Form ausgeübt, indem sie auf die begrenzte Zahl der Unterbringungsplätze für die Inobhutnahme von Kindern und Jugendlichen hingewiesen habe und bei der Abwägung zu Lasten des Antragstellers berücksichtigt habe, dass dieser durch die Beendigung der Inobhutnahme nicht obdachlos werden würde. Zusätzlich habe die Antragsgegnerin bei ihrer Entscheidung berücksichtigt, dass es dem Antragsteller frei stehe, seine unterlassene Mitwirkung nachzuholen.

Der Antragsteller hat am 18. Januar 2011 Beschwerde erhoben und macht zur Begründung im Wesentlichen geltend:

Er habe gegenüber der Antragsgegnerin als Geburtsdatum den 6. Juni 1995 genannt. Die Angabe sei nach dem afghanischen Kalender erfolgt. Dass die Antragsgegnerin als angegebenes Geburtsdatum den 6. Februar 1995 aufgenommen habe, könne auf einem Übersetzungs- bzw. Umrechnungsfehler beruhen.

Die Inobhutnahme dürfe nicht gemäß § 66 SGB I beendet werden. Für die geforderte rechtsmedizinische Untersuchung bestehe keine Rechtsgrundlage. Es handele sich nicht um eine ärztliche Untersuchung im Sinne von § 62 SGB I. Hierunter sei allein eine Untersuchung des Gesundheitszustandes zu verstehen. Die Maßnahme sei zudem nicht erforderlich, weil er eine fremdsprachige Geburtsurkunde vorgelegt habe, aus der sich das angegebene Geburtsdatum 6. Juni 1995 ergebe. Soweit eine radiologische Untersuchung verlangt werde, sei diese aus einem weiteren Grund nicht erforderlich. Sie sei nämlich, wie sich aus den zur Akte gereichten ärztlichen Stellungnahmen ergebe, bereits nicht für eine hinreichend genaue Altersschätzung geeignet. Außerdem verstoße sie gegen § 25 RöV. Die Untersuchung diene keinem der dort genannten Zwecke.

II.

A Dem Antrag des Antragstellers auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe und Beordnung seiner Prozessbevollmächtigten ist nach § 166 VwGO i.V.m. §§ 114, 121 Abs. 1 ZPO zu entsprechen.

Für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe genügt es, dass der Erfolg des Rechtsbehelfs nach den bisher ersichtlichen Umständen eine gewisse Wahrscheinlichkeit für sich hat. Sind in dem Rechtsstreit nicht ohne weiteres zu beantwortende Tatsachen- und/oder Rechtsfragen zu entscheiden, hat dies im Hauptsacheverfahren zu geschehen und ist schon deshalb die für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe erforderliche hinreichende Erfolgsaussicht zu bejahen.

Dementsprechend dürfen im Prozesskostenhilfverfahren, das den grundgesetzlich gebotenen Rechtsschutz nicht selbst bietet, sondern ihn erst zugänglich macht, die Anforderungen an den Vortrag der Beteiligten nicht überspannt werden. Es ist nicht Sinn des Prozesskostenhilfverfahrens, die Rechtsverfolgung selbst in dieses Nebenverfahren vorzuverlagern und es an die Stelle des Verfahrens treten zu lassen, in dem die eigentliche Sachentscheidung zu treffen ist (BVerfG, Beschl. v. 14.10.2003, NVwZ 2004, 334, 335; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 10.8.2001, DVBl 2001, 1748, 1749; OVG Hamburg, Beschl. v. 10.9.2003, FamRZ 2005, 464, 465; VGH Mannheim, Beschl. v. 23.11.2004, VBIBW 2005, 196).

Nach diesem Maßstab darf dem Rechtsbehelf des Antragstellers eine hinreichende Erfolgsaussicht nicht von vornherein abgesprochen werden: Es ist vor dem Hintergrund der Restriktionen der §§ 23 bis 25 der Verordnung über den Schutz vor Schäden durch Röntgenstrahlen in der Fassung der Bekanntmachung vom 30. April 2003 (RöV) bei summarischer Betrachtung nicht unproblematisch, ob auch die Anfertigung von Röntgenaufnahmen zu den nach § 62 SGB I zulässigen Untersuchungen zu zählen sind. Diese Frage ist nicht im Verfahren der Prozesskostenhilfe zu beantworten.

B Die Beschwerde ist zulässig, aber nicht begründet.

1. Die Beschwerde ist zulässig.

a) Der Antragsteller ist prozessfähig. Die Prozessfähigkeit ist vom Gericht in jedem Stadium des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen, § 62 Abs. 4 VwGO i.V.m. § 56 Abs. 1 ZPO. Soweit es die Feststellung der Prozessfähigkeit ausländischer Staatsangehöriger in Verfahren nach der Verwaltungsgerichtsordnung betrifft, gilt – soweit nicht spezialgesetzliche Regelungen etwa im Ausländer- und Asylrecht eingreifen (vgl. § 80 Abs. 1 AufenthG und § 12 Abs. 1 AsylVfG) – dabei Folgendes:

Nach ungeschriebenem deutschem Verfahrenskollisionsrecht beurteilt sich die Prozessfähigkeit eines Ausländers grundsätzlich nach dem Prozessrecht seines Heimatstaates. Er ist für den Inlandsprozess prozessfähig, wenn ihm nach dem Heimatrecht (*lex patriae*) in einem entsprechenden Verfahren vor den Heimatgerichten diese Eigenschaft zukäme

(Bier in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 20. Ergänzungslieferung 2010, § 62 Rn. 15). Darüber hinaus ist ein Ausländer nach § 62 Abs. 4 VwGO, wonach u.a. § 55 ZPO entsprechend anwendbar ist, für den Inlandsprozess auch dann prozessfähig, wenn zwar das Heimatrecht ihm diesen Status verweigert, das am Ort des angerufenen Gerichts geltende Recht (lex fori) aber zubilligt (vgl. Vollkommer in: Zöller, ZPO, 28. Aufl. 2010, § 55). Der nach seinem Heimatrecht Prozessunfähige bedarf also für einen Rechtsstreit im Inland keines gesetzlichen Vertreters, wenn ein Deutscher in derselben Lage prozessfähig wäre (Bier in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner a.a.O.).

Gemessen an diesen Maßstäben ist von der Prozessfähigkeit des Antragstellers, soweit es den Gegenstand des Verfahrens betrifft, auszugehen. Dabei kann der Senat offen lassen, ob der Antragsteller tatsächlich aus Afghanistan stammt und er nach deren Recht als prozessfähig anzusehen ist. Prozessfähigkeit ist jedenfalls nach dem ebenfalls anwendbaren deutschen Recht gegeben. Der Antragsteller ist nach § 36 Abs. 1 Satz 1 SGB I teilweise handlungsfähig und folglich insoweit prozessfähig nach § 62 Abs. 1 Nr. 2 VwGO (vgl. zu § 71 Abs. 2 SGG Seewald, in: Kasseler Kommentar, Sozialversicherungsrecht, 66. Ergänzungslieferung, 2010, SGB I, § 36 Rn. 3).

Die Voraussetzungen von § 36 Abs. 1 Satz 1 SGB I liegen vor. Danach kann Anträge auf Sozialleistungen stellen und verfolgen sowie Sozialleistungen entgegennehmen, wer das fünfzehnte Lebensjahr vollendet hat.

aa) Von der Einhaltung des gesetzlichen Mindestalters ist hier auszugehen. Der Antragsteller ist nach eigenem Bekunden 15 Jahre alt; die Antragsgegnerin hält aufgrund des äußeren Erscheinungsbildes sogar die Vollendung des achtzehnten Lebensjahres für möglich. Für ein Unterschreiten der Altersgrenze bestehen hingegen keine Anhaltspunkte.

bb) Es ist von einer Entgegennahme von Sozialleistungen im Sinne von § 36 Abs. 1 Satz 1 SGB I durch den Antragsteller auszugehen. Zwar handelt es sich bei der Inobhutnahme selbst nicht um eine Leistung im Sinne von § 2 Abs. 2 SGB VIII, sondern gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 1 SGB VIII um eine andere Aufgabe der Jugendhilfe (vgl. zu §§ 86, 87 SGB VIII auch BVerwG, Urt. v. 25.3.2010, BVerwGE 136, 185, juris Rn. 23) und damit im Kern um eine Aufgabe der Eingriffsverwaltung (BGH, Urt. v. 23.2.2006, BGHZ 166, 268, juris Rn. 12). Mit dem Begriff „andere Aufgaben“ werden grundsätzlich auch solche Funktionen

der Jugendhilfe bezeichnet, durch die gerade keine Sozialleistungen im Sinne des § 11 SGB I begründet werden (Tilmanns in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Auflage 2008, § 2 SGB VIII Rn. 5). Soweit der Staat zur Inobhutnahme des Kindes oder Jugendlichen im Rahmen des staatlichen Wächteramts verpflichtet ist, besteht jedoch zugleich ein korrespondierender Leistungsanspruch des Kindes oder Jugendlichen gemäß § 42 Abs. 1 SGB VIII (Happe/Saubier in: Jans/Happe/Saubier/Maas, Jugendhilferecht, 3. Aufl., Stand Juli 2006, KJHG Art. 1 Erl. § 42 Rn. 20; wohl nur für „Selbstmelder“ nach § 42 Abs. 1 Nr. 1: Bohnert in: Hauck/Noftz, Stand: Dezember 2009 § 42 Rn. 10 und Busch/Schleicher in: GK-SGB VIII, Stand Dezember 2010, § 42 Rn. 13, 15; kritisch insgesamt Röchling in: LPK-SGB VIII, 3. Aufl., § 42 Rn. 22 ff. m.N. zum Streitstand) sowie auf die Gewährung der Hilfen nach § 42 Abs. 2 Satz 3 SGB VIII. Insoweit liegt nach der Rechtsprechung des Senats (4 Bs 243/10, Beschl. v. 23.12.2010) eine Sozialleistung im Sinne des § 11 SGB I vor, und zwar zumindest eine Dienstleistung gemäß § 11 Satz 2 SGB I als persönliche und erzieherische Hilfe (ebenso Tilmanns in: Münchener Kommentar zum BGB, a.a.O.; einen begünstigenden Verwaltungsakt annehmend: OVG Berlin-Brandenburg, 6. Senat, Beschl. v. 14.10.2009, OVG 6 S 33.09, JAmt 2010, 46, juris Rn. 5). Hiervon geht letztlich auch der Antragsteller aus, da sein Antrag darauf gerichtet ist, bestimmte Hilfen zu erhalten, und nicht darauf, hoheitliche Maßnahmen der Eingriffsverwaltung abzuwehren. Der Antragsteller legt im Übrigen auch nicht dar, woraus sich ein Anspruch ergeben könnte, Adressat einer Maßnahme der Eingriffsverwaltung zu sein.

cc) Handlungs- und Prozessfähigkeit erstrecken sich auf den zu entscheidenden Streit um die Mitwirkung an der Altersfeststellung nach § 62 SGB I. Kehrseite der Handlungsfähigkeit nach § 36 Abs. 1 SGB I sind die neben den Rechten sich ergebenden Pflichten, insbesondere die Mitwirkungspflichten nach §§ 60 ff. SGB I (Fastabend in: Hauck/Noftz, SGB I, 23. Lfg. X/2003, § 36 Rn. 16 m.w.N.).

b) Der Antragsteller ist durch seine Verfahrensbevollmächtigten nach § 67 Abs. 4 Satz 3 VwGO ordnungsgemäß vertreten. Die Handlungsfähigkeit nach § 36 SGB I eröffnet dem Antragsteller die Möglichkeit, einen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten zu bestellen. Hiervon hat der Antragsteller Gebrauch gemacht.

2. Die Beschwerde ist jedoch unbegründet.

Das Verwaltungsgericht hat den Antrag des Antragstellers auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes im Ergebnis zu Recht abgelehnt. Der Antrag ist zunächst dahin auszulegen, dass er sich allein gegen den Verfügungssatz nach Ziff. 1 des Bescheides vom 7. Januar 2011 richtet (vgl. a)). Sodann ist der ausdrücklich gestellte Antrag, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen den Bescheid der Antragsgegnerin wiederherzustellen, als Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO umzudeuten (vgl. b)). Dieser Antrag ist zulässig (vgl. c)); ihm ist jedoch mangels glaubhaft gemachten Anordnungsanspruchs in der Sache nicht zu entsprechen (vgl. d)).

a) Der auf die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes gerichtete Antrag ist zunächst dahin auszulegen, dass er sich allein gegen den Verfügungssatz nach Ziff. 1 des Bescheides vom 7. Januar 2011 (Beendigung der Unterbringung) richtet. Denn die Antragsbegründung setzt sich mit dem Verfügungssatz nach Ziff. 2 (Aufforderung, die Einrichtung zu verlassen) des Bescheides inhaltlich nicht auseinander. Es bestand auch objektiv kein Anlass, gegen diese Maßnahme ebenfalls um gerichtlichen Rechtsschutz nachzusuchen. Für die Antragsgegnerin stellt die Aufforderung, die Einrichtung bis zum gesetzten Termin zu verlassen, erkennbar nur einen unselbständigen Annex zur Beendigung der Unterbringung dar.

b) Der begehrte einstweilige Rechtsschutz kann nicht im Wege des § 80 Abs. 5 VwGO gewährt werden, sondern nur durch eine einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO. Daher hat das Beschwerdegericht, das an den Wortlaut des gestellten Antrags nicht gebunden ist (§§ 88, 122 Abs. 1 VwGO), diesen umzudeuten.

Das als Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des am 28. Dezember 2010 erhobenen Widerspruchs formulierte Begehren ginge rechtlich ins Leere. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung des Bescheides vom 7. Januar 2011 nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO durch die Antragsgegnerin, auf die sich das als Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO bezeichnete Begehren bezieht, entfaltet ihrerseits keine Rechtswirkungen. Die Antragsgegnerin ist in diesem Bescheid offenbar von einer auf unbestimmte Dauer angeordneten Inobhutnahme ausgegangen und hat deshalb angenommen, die Rechtswirkungen eines solchen auf fortdauernde Wirkungen angelegten Verwaltungsakts durch

einen für sofort vollziehbar erklärten Bescheid beseitigen zu müssen, um den Antragsteller umgehend und ungeachtet eines Widerspruchs der Einrichtung verweisen zu können. Dies ist aber nicht zutreffend. Dieser Ansatz kommt zwar grundsätzlich in Betracht (aa)), er wird aber von dem Sachverhalt, wie er sich nach dem Vortrag der Beteiligten und dem Inhalt der Sachakte darstellt, nicht getragen (bb)).

aa) Eine Inobhutnahme mag ungeachtet der Rechtsnatur der Inobhutnahme als vorläufige Hilfemaßnahme (vgl. § 42 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 SGB VIII) rechtlich bereits als Verwaltungsakt mit Dauerwirkung anzusehen sein. Denn sie wirkt regelmäßig so lange, bis die besonderen Beendigungsgründe nach § 42 Abs. 4 SGB VIII eintreten. Soweit sie hier nach als Dauerverwaltungsakt „bis auf weiteres“ anzusehen sein sollte, hätte dies zur Folge, dass die Hilfe für einen unbestimmten Zeitraum bereits bewilligt worden ist. Eine Beendigung der Hilfestellung vor Eintritt der Gründe, die nach § 42 Abs. 4 SGB VIII die Inobhutnahme enden lassen, würde sich folglich als ein Eingriff in eine bestehende Rechtsposition darstellen. Ein dagegen eingelegter Widerspruch hätte demnach gemäß § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO grundsätzlich aufschiebende Wirkung. Ist die sofortige Vollziehung der Beendigung nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO angeordnet, richtet sich der vorläufige Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO.

bb) Diese rechtlichen Erwägungen tragen aber jedenfalls bei den hier gegebenen tatsächlichen Verhältnissen nicht. Mit dem Bescheid vom 7. Januar 2011 liegt nur insoweit ein belastender Verwaltungsakt vor, als der Antragsteller aufgefordert wurde, die Einrichtung zu verlassen. Im Übrigen erschöpft sich sein Regelungsgehalt darin, für die Zukunft Leistungen zu versagen. Hingegen nimmt er dem Antragsteller keine Rechtsposition, die ihm zuvor bereits gewährt wurde. Im Einzelnen:

Für die rechtliche Einordnung der Maßnahme ist es unerheblich, dass die Antragsgegnerin im Bescheid vom 7. Januar 2011 offenbar selbst davon ausgegangen ist, es sei zuvor eine – auf unbestimmte Dauer angelegte – Inobhutnahme des Antragstellers erfolgt. Denn tatsächlich ist es zu einer solchen Maßnahme nicht gekommen. Eine Inobhutnahme nach § 42 SGB VIII durch schriftlichen Bescheid ((1)) hat es nach dem Inhalt der Sachakte ebenso wenig gegeben wie durch ein späteres schlüssiges (konkludentes) Verhalten ((2)).

(1) Aus dem Bescheid vom 21. Dezember 2010 ergibt sich nicht, dass der Antragsteller bereits dauerhaft, nämlich bis zu der Beendigung nach § 42 Abs. 4 SGB VIII, in Obhut genommen wurde.

Auch wenn sich die Antragsgegnerin in diesem Bescheid ausdrücklich auf § 42 SGB VIII bezieht, handelt es sich nach seinem weiteren Inhalt gerade noch nicht um eine Entscheidung über eine auf Dauer angelegte Inobhutnahme, sondern um eine nur vorläufige Maßnahme (vgl. zum vorläufigen Verwaltungsakt: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 11. Aufl., § 36 Rn. 8 f.), die mit der endgültigen Entscheidung, nämlich der Inobhutnahme oder ihrer Versagung, abgelöst wird. Denn die Antragsgegnerin hat ausdrücklich darauf verwiesen, die Inobhutnahme erfolge „vorläufig“, weil Zweifel an dem vom Antragsteller angegebenen Alter bestünden. Daher werde er aufgefordert, umgehend Dokumente vorzulegen, aus denen sein Alter hervorgehe. Sofern der Antragsteller nicht ausreichende Beweise vorlege, werde er in Kürze aufgefordert, sich zur Feststellung des Alters unverzüglich einer medizinischen Begutachtung zu unterziehen. Auch wenn es weiter heißt, auf der Basis dieses Gutachtens werde abschließend über die „Fortführung“ der Inobhutnahme entschieden, ist dies im Gesamtzusammenhang nicht dahin zu verstehen, dass die Inobhutnahme, welche die Minderjährigkeit voraussetzt, bereits erfolgt sei und ähnlich einem Steuerbescheid nach § 164 AO lediglich unter einem „Vorbehalt späterer Nachprüfung“ stehe. Denn hier hat die Antragsgegnerin keinen Zweifel daran gelassen, dass sie den Sachverhalt vor der eigentlichen Entscheidung über die Inobhutnahme aufklären werde, und dass sie sich nicht allein die Möglichkeit vorbehält, ihre Rechtmäßigkeit nachträglich zu überprüfen (vgl. zur Abgrenzung Kopp/Ramsauer a.a.O.). Die danach zur Beendigung der Wirkungen des vorläufigen Verwaltungsaktes erforderliche, aber auch ausreichende abschließende Entscheidung hat die Beklagte mit Bescheid vom 7. Januar 2011 getroffen, indem sie die Inobhutnahme versagt hat.

(2) Auch das weitere Vorgehen der Antragsgegnerin deutet nicht darauf hin, dass sie von einer bereits erfolgten Inobhutnahme ausgegangen ist. Die für ihn erbrachten Leistungen konnte der Antragsteller nicht als konkludente Inobhutnahme begreifen.

Die Antragsgegnerin hat sich bei der Aufnahme des Antragstellers an den Grundsätzen orientiert, die sie sich für Verfahren dieser Art gegeben hat („Informationen zur Erstversorgung minderjähriger unbegleiteter Flüchtlinge“, Stand Januar 2011, veröffentlicht unter

der Adresse <http://www.hamburg.de/contentblob/2672526/data/doku-2010.pdf>). Diese Grundsätze belegen, dass die Antragsgegnerin in Fällen wie dem vorliegenden die Entscheidung über die Inobhutnahme erst dann trifft, wenn feststeht, dass der Betroffene jugendlich ist und damit die Voraussetzungen für eine Inobhutnahme erfüllt, und dass sie bis zu dieser Entscheidung nur vorläufige Maßnahmen zur Behebung einer aktuellen Notlage trifft. Die Einhaltung dieser Maßstäbe hat die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 28. Januar 2011 klargestellt und durch das der Verfahrensrichtlinie entsprechende Protokoll über das Aufnahmegespräch nachgewiesen. Diese Verfahrensrichtlinie (vgl. Seite 2 f.) sieht vor, dass zur Feststellung der Volljährigkeit (damit Ausschluss der Minderjährigkeit) insbesondere biografische Fakten wie altersmäßige Einordnung in die Familienkonstellation, das äußere Erscheinungsbild sowie ggf. vorgelegte Dokumente zum Identitätsnachweis herangezogen werden können.

Auf dieser Grundlage schätzt die Antragsgegnerin das Alter ein. Dabei hat die Antragsgegnerin folgende Entscheidungsmöglichkeiten vorgesehen (vgl. S. 3 der Verfahrensrichtlinie):

- In den Fällen, bei denen offenkundig Zweifel an der Altersangabe (Minderjährigkeit) bestehen, weil es aufgrund des äußeren Erscheinungsbildes, des Entwicklungsstandes und des Gesamteindrucks, der in einem Gespräch mit Hilfe eines Sprachmittlers gewonnen wird, ausgeschlossen scheint, dass die Person minderjährig ist (vgl. § 21 SGB X), lehnt die Freie und Hansestadt Hamburg die Inobhutnahme ab.
- In Fällen, in denen auf eine Volljährigkeit nicht eindeutig geschlossen werden kann, wird zunächst Minderjährigkeit angenommen, dieser Sachverhalt jedoch durch eine medizinische Altersfeststellung überprüft.
- In Fällen, in denen offenkundig eine Minderjährigkeit vorliegt, erfolgt die Inobhutnahme. Bei der Dokumentation der Einschätzung wird vermerkt, wenn es eine offenkundige Abweichung zwischen dem angegebenen und dem eingeschätzten Alter gibt.“

Bereits diese Aufstellung zeigt, dass eine Inobhutnahme nur erfolgt, wenn offenkundig Minderjährigkeit vorliegt (3. Spiegelstrich). Bleibt diese zweifelhaft, so wird zwar zunächst Minderjährigkeit angenommen (2. Spiegelstrich), der Betroffene jedoch nicht in Obhut genommen (anders offenbar nach den Verfahrensregeln in Berlin: OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 12.5.2009, JAmt 2009, 390, juris Rn. 5). Vielmehr wird er lediglich so behandelt als wäre er minderjährig. Konkret heißt das, bei ihm wird nicht – wie bei

einem offensichtlich Volljährigen – die Inobhutnahme abgelehnt, und er wird nicht wie dieser der Einrichtung verwiesen. Vielmehr wird er einstweilen, nämlich bis zur Klärung seines Alters und damit der Voraussetzungen für eine Inobhutnahme, in der Einrichtung der Jugendhilfe untergebracht und versorgt. Es werden aber insbesondere die weiteren Aufgaben, die das Jugendamt nach einer Inobhutnahme zu erfüllen hat, gerade noch nicht wahrgenommen. Hierbei handelt es sich um die Aufgabe des Jugendamtes nach § 42 Abs. 2 Satz 4 SGB VIII, während der Inobhutnahme alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die zum Wohl des Kindes oder Jugendlichen notwendig sind, und vor allem die Pflicht nach § 42 Abs. 3 Satz 4 SGB VIII, unverzüglich die Bestellung eines Vormunds oder Pflegers zu veranlassen.

Ein anderes Verständnis und entsprechend praktiziertes Verfahren, das trotz bestehender Sachverhaltszweifel aufgrund der Eigenangaben des Ausländers die Minderjährigkeit fingierte und auf dieser Grundlage den Ausländer zunächst in Obhut nähme und unverzüglich die Bestellung eines Vormunds oder Pflegers veranlasste, wäre rechtlich überdies bedenklich. Die Inobhutnahme hat in erster Linie Eingriffscharakter (BGH, Urt. v. 23.2.2006, BGHZ 166, 268, juris Rn. 12). Bei ihr geht es im Kern um eine auf dem staatlichen Wächteramt beruhende Intervention (BGH a.a.O.). Nach § 42 Abs. 1 Satz 4 SGB VIII übt das Jugendamt während der Inobhutnahme das Recht der Beaufsichtigung, Erziehung und Aufenthaltsbestimmung aus. Diese Aufgaben kann und darf das Jugendamt nicht wahrnehmen, wenn die Volljährigkeit des Betroffenen ernsthaft in Betracht kommt. Möchte eine Person, deren Minderjährigkeit entsprechenden Zweifeln unterliegt, beispielsweise abends nicht zur Einrichtung zurückkehren, sondern anderswo übernachten, ist die Antragsgegnerin ersichtlich rechtlich nicht befugt, eine Rückkehr nach Maßgabe von § 42 Abs. 6 SGB VIII zu erzwingen. Dies setzte die Minderjährigkeit voraus.

c) Der Antrag ist nach § 123 Abs. 1 VwGO zulässig.

Dem Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes fehlt nicht das Rechtsschutzbedürfnis. Der Antragsteller hat ein schützenswertes Interesse an der begehrten Eilentscheidung. Der Umstand, dass er vorübergehend eine andere Bleibe gefunden hat, steht dem nicht entgegen. Die Unterbringung allein ist kein Äquivalent für eine Inobhutnahme nach § 42 Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII.

d) Der Antrag hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

Der Senat geht zugunsten des Antragstellers davon aus, dass er mit seiner Beschwerdebegründung die Entscheidung des Verwaltungsgerichts hinreichend in Zweifel gezogen hat (§ 146 Abs. 4 Satz 3 und 6 VwGO).

Der Antragsteller hat jedoch einen Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht. Dabei kann offen bleiben, ob es sich bei der bisher erbrachten Leistung um eine vorläufige Leistung entsprechend § 42 Abs. 2 Satz 3 SGB VIII oder um eine sonstige vorläufige Hilfe für Jugendliche oder junge Erwachsene handelte. Offen bleiben kann auch, ob sich das Leistungsbegehren allein auf die – im Antrag ausdrücklich genannte – Inobhutnahme nach § 42 SGB VIII bezieht, oder ob es dem Antragsteller zumindest auch darum geht, bis zur Entscheidung über eine Inobhutnahme einstweilen jedenfalls die Hilfe weiter zu erhalten, die ihm bisher vorläufig gewährt worden ist.

Die Antragsgegnerin hat die begehrte Leistung zu Recht versagt. Der Bescheid vom 7. Januar 2011 findet seine Rechtsgrundlage in § 66 Abs. 1 Satz 1 SGB I. Diese Bestimmung ermächtigt den Sozialleistungsträger – soweit die Voraussetzungen einer beantragten Sozialleistung nicht nachgewiesen sind –, die Leistung ganz oder teilweise zu versagen, wenn der Antragsteller seinen Mitwirkungspflichten nach den §§ 60 bis 62, 65 SGB I nicht nachkommt und hierdurch die Aufklärung des Sachverhalts erheblich erschwert. Die Versagung oder Kürzung der Leistung stellt danach die Sanktion für eine Verletzung von Mitwirkungspflichten des Antragstellers dar. § 66 Abs. 1 SGB I regelt damit einen eigenständigen Versagungsgrund bei Nichterfüllung von Verfahrenspflichten (vgl. BVerwGE, Urt. v. 17.5.1995, BVerwGE 98, 203, juris Rn. 21).

aa) § 66 Abs. 1 Satz 1 SGB I ist anwendbar, weil es um eine Sozialleistung geht, die noch nicht bewilligt worden ist. Die Bestimmung wird nicht durch § 42 Abs. 4 SGB VIII als speziellere Regelung verdrängt. Die Auffassung des Antragstellers, seine bereits erfolgte Inobhutnahme dürfte allein nach Maßgabe von § 42 Abs. 4 SGB VIII beendet werden, ist nicht zutreffend. Wie bereits ausgeführt, liegt eine Inobhutnahme im Rechtssinne hier noch nicht vor. Eine Inobhutnahme endet nach § 42 Abs. 4 SGB VIII im Übrigen mit der Übergabe des Kindes oder Jugendlichen an die Personensorge- oder Erziehungsberechtig-

tigten (Nr. 1) oder der Entscheidung über die Gewährung von Hilfen nach dem Sozialgesetzbuch (Nr. 2). Diese Bestimmung setzt auch mit ihrer Nummer 2 die Minderjährigkeit des in Obhut genommenen voraus, weil sie ebenfalls an eine Inobhutnahme eines Kindes oder eines Jugendlichen nach Absatz 1 Satz 1 im Sinne der Legaldefinition nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 und 2 SGB VIII anknüpft. Vorliegend konnte – mangels Mitwirkung des Antragstellers – das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals „Jugendlicher“ und damit die Voraussetzungen für die Gewährung der vom Antragsteller begehrten Leistung aber nicht positiv nachgewiesen werden. Dies verkennt der Antragsteller auch bei seinen weiteren Ausführungen dazu, wie sich die Antragsgegnerin ihm gegenüber als Jugendlichen zu verhalten habe und inwiefern ein Vormund zu beteiligen sei. Dass er ein Jugendlicher ist, steht gerade nicht fest.

bb) Die Voraussetzungen von § 66 SGB I liegen vor. Die Versagung der Leistung als Sanktion für eine Verletzung der Mitwirkungspflichten des Antragstellers ist dann möglich, wenn die in § 66 Abs. 1 SGB I geregelten materiellen und die in § 66 Abs. 3 SGB I bestimmten formellen Voraussetzungen erfüllt sind. Das ist der Fall.

(1) Der Antragsteller ist entgegen seiner Auffassung einer nach den §§ 60 bis 62, 65 SGB I vorgesehenen und vom Leistungsträger geforderten Mitwirkung nicht nachgekommen. Er hat sich nicht den verlangten ärztlichen Untersuchungsmaßnahmen im Sinne von § 62 SGB I zur Erstellung eines medizinischen Gutachtens über sein tatsächliches Lebensalter unterzogen, und er hat auch selbst keinen anderen Nachweis über sein Alter beigebracht.

(2) Bei der von der Antragsgegnerin geforderten gerichtsmedizinischen Untersuchung handelt es sich, was nach dem klaren Wortlaut von § 62 SGB I keinem Zweifel unterliegt, um eine ärztliche Untersuchungsmaßnahme im Sinne der Vorschrift (im Ergebnis ebenso OVG Münster, Beschl. v. 29.8.2005, NVwZ-RR 2006, 574, juris Rn. 18). Die auf Kommentarliteratur gestützte Auffassung des Antragstellers, ärztliche Untersuchungsmaßnahmen seien alle Maßnahmen, die nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft zur Feststellung des Gesundheitszustandes des Untersuchten angezeigt und erforderlich seien (so etwa Seewald in: Kasseler Kommentar, Sozialversicherungsrecht, 67. Ergänzungslieferung 2010, § 62 SGB I, Rn. 8), ist für sich genommen zwar richtig. Sie kann aber für sich nicht in Anspruch nehmen, eine abschließende Definition des Rechtsbegriffs „ärztliche

Untersuchungsmaßnahme“ zu bieten. Die Feststellung des Gesundheitszustandes wird regelmäßig mit einer ärztlichen Untersuchung verbunden sein. In der Erhebung eines entsprechenden Befundes erschöpfen sich ärztliche Untersuchungen jedoch nicht. Neben der hier streitigen Frage des Lebensalters gehören etwa die Bestimmung der Körpergröße, der Blutgruppe, der Abstammung und der geografischen Herkunft (durch Stabilisotopenanalyse etc.) zu ärztlichen Untersuchungen, mögen daran auch andere Berufsgruppen im Einzelfall mitwirken. Im Rahmen der §§ 60 ff. SGB I spricht nichts dafür, den Begriff „ärztliche Untersuchungsmaßnahme“ durch eine teleologische Reduktion einzugrenzen. Denn es geht dort nicht allein um die Feststellung, ob jemand wegen seines gesundheitlichen Zustandes bestimmter staatlicher Leistungen bedarf oder nicht. Vielmehr ist das sozialrechtliche Verwaltungsverfahren auch außerhalb eines solchen Kontexts durch den Untersuchungsgrundsatz (§ 20 SGB X) geprägt, damit der Vorrang des öffentlichen Interesses an der Feststellung des wahren Sachverhalts vor den Privatinteressen der Beteiligter gesichert werden kann (vgl. allgemein Seewald a.a.O., Vorbemerkungen zu §§ 60–67, Rn. 1). Der Untersuchungsgrundsatz kann von der Verwaltung aber nur in der Verwaltungspraxis umgesetzt werden, wenn derjenige, der Sozialleistungen beantragt oder erhält, auch im erforderlichen Umfang an der Aufklärung des Sachverhaltes mitwirken muss.

(3) Die Untersuchung gemäß Buchstaben a bis d der Aufforderung vom 28. Dezember 2010 und 5. Januar 2011 ist im Sinne von § 62 SGB I erforderlich um zu klären, ob und in welchem Umfang ein Anspruch auf die beanspruchte Sozialleistung besteht.

Erforderlich muss sowohl die Anordnung der Untersuchung selbst als auch jede einzelne Untersuchungsmaßnahme sein. Untersuchungen dürfen deshalb insbesondere nicht prophylaktisch durchgeführt werden. Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechend hat der Leistungsträger zuerst alle weniger einschneidenden Ermittlungsmöglichkeiten auszuschöpfen (vgl. Seewald in: Kasseler Kommentar, Sozialversicherungsrecht, 67. Ergänzungslieferung 2010, § 62 SGB I Rn. 13 f.). Die Erforderlichkeit der Untersuchung in diesem umfassenden Sinne ist vorliegend gegeben:

(a) Eine Inobhutnahme nach § 42 SGB VIII ist nur möglich, wenn der Betreffende ein Kind oder ein Jugendlicher – mithin minderjährig (vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 1 und 2 SGB VIII) – ist.

(aa) Ob der Antragsteller als minderjährig anzusehen ist, ergibt sich zunächst nicht konstitutiv aus seiner eigenen Erklärung zum Geburtsdatum. Das Sozialrecht kennt mit § 33a Abs. 1 SGB I zwar eine Regelung, die (scheinbar) allein die Angabe des angeblichen Geburtsdatums für maßgeblich erachtet. Aus ihr kann der Antragsteller aber letztlich nichts für seine Position herleiten. Sind Rechte oder Pflichten davon abhängig, dass eine bestimmte Altersgrenze erreicht oder nicht überschritten ist, ist nach § 33a Abs. 1 SGB I das Geburtsdatum maßgebend, das sich aus der „ersten Angabe“ des Berechtigten oder Verpflichteten gegenüber einem Sozialleistungsträger ergibt. Maßgebend ist damit die Erstangabe des Geburtsdatums, das sich als Ergebnis der behördlichen Ermittlungen - grundsätzlich unter den Einschränkungen des Absatzes 2 der Vorschrift - als rechtsverbindlich herausstellt (vgl. LSG Essen, Urt. v. 5.10.2009 – L 3 R 43/09 – juris, Rn. 21, 22, 24). Ob dies zwingend eine Sachverhaltskonstellation voraussetzt, in der es zu einer - hier bisher fehlenden - abweichenden „zweiten Angabe“ kommt, bedarf keiner Entscheidung. Dafür mag die Entstehungsgeschichte von § 33a SGB I sprechen. Es sollte die missbräuchliche Inanspruchnahme von Sozialleistungen in Fällen vermieden werden, in denen aufgrund einer Änderung von Geburtsdaten ein längerer Bezug von Sozialleistungen (z.B. des Kindergeldes) oder ein früherer Bezug derselben (z.B. einer Rente wegen Alters) beantragt wird. Hintergrund für die Regelung ist, dass ausländische Rechtsordnungen die Möglichkeit vorsehen, das Geburtsdatum nachträglich zu ändern, was im deutschen Sozialrecht zu Vorteilen führen kann, die in der jeweiligen ausländischen Rechtsordnung nicht damit verbunden sind (vgl. BT-Drs 13/8994, S. 67). Hierauf kommt es aber im Ergebnis nicht an. Aus der Entstehungsgeschichte der Norm ergibt sich nämlich ebenfalls, dass sie nicht als einseitiges Altersbestimmungsrecht des Berechtigten oder Verpflichteten (miss)verstanden werden darf. Die Behörde ist auch dann, wenn kein Fall des Absatzes 2 vorliegt, nicht zwangsläufig an das behauptete Geburtsdatum gebunden. Nur wenn besondere Umstände, die eine Aufklärung nahelegen, fehlen, wird die Behörde das genannte Datum regelhaft als rechtlich verbindlich anzusehen haben (vgl. BT-Drs 13/8994, a.a.O.). Die (Erst-)Angaben müssen nach § 33a Abs. 1 SGB I also nicht ungeprüft angenommen und dokumentiert werden (vgl. Seewald in: Kasseler Kommentar, Sozialversicherungsrecht 67. Ergänzungslieferung 2010, § 33a SGB I, Rn. 4, 11-13).

(bb) Ist durch die Erstangabe des Antragstellers das Geburtsdatum nicht gemäß § 33a SGB I der Disposition der Beteiligten entzogen, so muss das relevante Datum der Geburt

durch Aufklärung des Sachverhalts seitens der Antragsgegnerin ermittelt werden. Es kann hier nur (noch) durch ein medizinisches Altersgutachten (näherungsweise) festgestellt werden. Ein solches Gutachten erweist sich daher als erforderlich im Sinne von § 62 SGB I:

Das Lebensalter ist nicht durch beweiskräftige Urkunden nachgewiesen. Zwar hat der Antragsteller eine Urkunde vorgelegt, die er als Geburtsurkunde bezeichnet. Daraus soll sich nach seinem Vortrag im gerichtlichen Verfahren ergeben, dass er am 6. Juni 1995 geboren ist (S. 2 der Antragschrift). Dies ist jedoch nicht nachvollziehbar. Nach der Übersetzung, die sich – wenn auch nur fragmentarisch – in der Sachakte befindet, handelt es sich offenbar nicht um eine Geburtsurkunde, weil deren letzter Satz (vgl. die „Checkliste zur Einschätzung der Glaubwürdigkeit vorgelegter Dokumente zur Identität“) lautet: „anstatt einer Geburtsurkunde ausgehändigt“. Die weitere Übersetzung „gem. der äußeren Erscheinung des Genannten 10 Jahre alt im Jahre /2005“ dürfte eher darauf hindeuten, dass es sich um eine Altersschätzung einer afghanischen Behörde handelt. Unklar bleibt dann aber im Ergebnis, weshalb die Behörde seines Heimatlandes einen Anlass für eine Altersschätzung gesehen haben sollte, wenn dem Antragsteller bzw. seinen Eltern das Geburtsdatum angeblich positiv bekannt war. Im Übrigen müsste die Antragsgegnerin sich auf die Angaben einer dem Augenschein nach afghanischen Urkunde nicht ohne weiteres verlassen. Afghanistan ist ein schwer unter Kriegsfolgen und Korruption leidendes Land. Zutreffend weisen das Verwaltungsgericht und die Antragsgegnerin auf den Bericht des Auswärtigen Amtes über die asyl- und abschiebungsrelevante Lage in der Islamischen Republik Afghanistan vom 27. Juli 2010 hin, wonach sowohl echte Dokumente unwahren Inhalts als auch gefälschte Dokumente afghanischer Behörden und Ministerien jeweils in erheblichem Umfang existieren.

Eine Inaugenscheinnahme führt, wie die in der Sachakte befindlichen Porträtaufnahmen des Antragstellers belegen, ebenfalls zu keinem Ergebnis, das derart eindeutig ist, dass Zweifel an einer Minderjährigkeit oder umgekehrt an einer Volljährigkeit von vornherein nicht ernstlich in Betracht kommen.

Verbleibende Alternative zum Altersgutachten wäre danach, in einem Aufnahmegespräch ermittelte biografische Daten wie altersmäßige Einordnung in die Familienkonstellation, eigene Elternschaft, zeitliche Lage und Dauer eines Schulbesuchs, einer Arbeitstätigkeit

oder ähnlicher Lebensphasen zur Altersbestimmung heranzuziehen. Von dieser Möglichkeit hat die Antragsgegnerin jedoch ohne Erfolg bereits Gebrauch gemacht. Das geführte Gespräch lässt zureichende, aber vergebliche Bemühungen um eine Sachverhaltsaufklärung erkennen. Detaillierte, ohne weiteres nachprüfbar oder bereits aus sich heraus überzeugende Angaben des Antragstellers konnten nicht gewonnen werden. Insbesondere hat der Antragsteller keine Details zu seiner Lebensgeschichte mitgeteilt, die greifbare Ermittlungsansätze für die Beklagte geboten hätten.

Die Antragsgegnerin hat das Gespräch auf alle wesentlichen Gesichtspunkte erstreckt und damit dem Antragsteller ausreichend Gelegenheit gegeben, sie auch ohne ein Altersgutachten von der Richtigkeit des angegebenen Geburtsdatums zu überzeugen. Welchen Aufwand der Leistungsträger selbst erbringen muss, um vom Antragsteller oder Leistungsberechtigten nicht eine Mitwirkung oder jedenfalls nicht die streitige Mitwirkungshandlung fordern zu müssen, ergibt sich mittelbar aus den Grenzen der diesen obliegenden Mitwirkung gemäß § 65 SGB I. Der Leistungsträger darf danach einen Antragsteller oder Leistungsberechtigten nicht gemäß §§ 60 bis 62 SGB I zur Mitwirkung heranziehen, wenn er sich durch einen geringeren Aufwand die erforderlichen Kenntnisse selbst beschaffen kann (§ 65 Abs. 1 Nr. 3 SGB I). Diesen Anforderungen hat die Antragsgegnerin entsprochen. Das ergibt sich zur Überzeugung des Senats aus der Dokumentation über die erfolgte Befragung. Sie genügt noch, und zwar unter Einbeziehung des weiteren Akteninhalts, den hieran für eine gerichtliche Überzeugungsbildung zu stellenden Anforderungen. Die tabellarische Aufstellung bietet zwar einen Überblick über den Verlauf des Gesprächs, sie ist aber nur von eingeschränkter Überzeugungskraft, da individuelle Gesprächsbeiträge des Befragten im Wortlaut und eine zusammenfassende Bewertung der das Gespräch führenden Sozialpädagogen (S. 3) fehlen. Zu berücksichtigen ist aber, dass der Antragsteller im gesamten Verfahren die Angaben zu seiner Person nicht konkretisiert hat.

(b) Die vom Antragsteller geltend gemachten Zweifel an der Eignung der radiologischen Methode gemäß Buchstaben c und d des Schreibens vom 28. Dezember 2010 und 5. Januar 2011 stellen die Erforderlichkeit der Untersuchung nicht in Frage. Der Antragsteller legt nicht dar, dass die Gutachtenpraxis bei der Altersschätzung im Institut für Rechtsmedizin, Universitätsklinikum Hamburg-Eppendorf, auf keiner wissenschaftlich allgemein anerkannten Methode beruht und deshalb einer besonderen Rechtfertigung

bedarf. Als wissenschaftlich anerkannt sind solche Methoden anzusehen, die von der herrschenden oder doch überwiegenden Meinung in der medizinischen Wissenschaft als geeignet angesehen werden (vgl. BVerwG, Urt. v. 18.6.1998, NJW 1998, 3436, juris Rn. 11 m.w.N. zur beihilferechtlichen Rechtsprechung). Von einer solchen Anerkennung dürfte hier in der Gerichtsmedizin auszugehen sein. Wie sich aus dem von der Antragsgegnerin zur Akte gereichten Aufsatz „Altersschätzung bei einreisenden jungen Ausländern, Erfahrungen aus dem Institut für Rechtsmedizin Hamburg“ (Müller/Furhmann/Püschel, Rechtsmedizin 2010, DOI 10.1007/s00194-010-0710-4, S. 1 ff.) ergibt, orientiert sich das Verfahren in Hamburg an den Empfehlungen der Arbeitsgemeinschaft für Forensische Altersdiagnostik der deutschen Gesellschaft für Rechtsmedizin (Müller/Furhmann/Püschel a.a.O., S. 4, Fn. 15), einer medizinisch-wissenschaftlichen Fachgesellschaft. Vor diesem Hintergrund genügt die Tatsache allein, dass es Stimmen in der wissenschaftlichen Literatur gibt, welche die angewandte Methode auch hinsichtlich der Validität der Ergebnisse kritisch hinterfragen, mithin nicht, um ihr grundlegend die Eignung abzusprechen. Der – neben ethischen Erwägungen – angeführte Hauptkritikpunkt gegen die wissenschaftliche Altersschätzung, dass hierfür Standards für Mittel- und Nordeuropäer und weiße Nordamerikaner herangezogen werden (vgl. Müller/Furhmann/Püschel, a.a.O., S. 5), vermag daran nichts zu ändern. Es wird von den Befürwortern der Methode nicht in Abrede gestellt, dass ethnische Zugehörigkeit und sozioökonomischer Status erheblichen Einfluss auf die körperliche Entwicklung des begutachteten Menschen haben bzw. gehabt haben können. Diese Umstände werden bei der Begutachtung berücksichtigt. Die Kombination verschiedener Untersuchungsmethoden und Untersuchungssysteme, wie sie sich auch aus der Aufforderung zur Untersuchung durch die Antragsgegnerin ergeben, soll zur „Verringerung der Streubreite“ bei der Altersdiagnose führen (vgl. Müller/Furhmann/Püschel, a.a.O., S. 5) und damit brauchbare Ergebnisse liefern. Inwieweit das gelingt, ist anhand des jeweiligen Gutachtens zu entscheiden.

(c) Die Untersuchung gemäß Buchstabe a bis d der Aufforderung vom 28. Dezember 2010 und 5. Januar 2011 ist weiter hinsichtlich aller Untersuchungsmaßnahmen erforderlich. Die Antragsgegnerin hat dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprochen, indem sie ein Prüfprogramm festgelegt hat, das mit einer allgemeinen körperlichen, erforderlichenfalls auch zahnärztlichen Untersuchung beginnt, und Art und Umfang einer radiologischen Untersuchung davon anhängig gemacht hat, ob und inwieweit dies für eine gutachterliche Aussage aus ärztlicher Sicht noch notwendig ist. Damit steht jede weitere Untersu-

chungsmaßnahme unter dem Vorbehalt, dass weniger einschneidende Ermittlungsmöglichkeiten ausgeschöpft worden sind und sich aus fachärztlicher Sicht als unergiebig erwiesen haben.

(3) Der Antragsteller war von der Mitwirkung nach § 65 SGB I nicht freigestellt.

(a) Die Mitwirkungspflichten bestehen zunächst nicht, soweit ihre Erfüllung nicht in einem angemessenen Verhältnis zu der in Anspruch genommenen Sozialleistung oder ihrer Erstattung stehen (§ 65 Abs. 1 Nr. 1 SGB I). Ein solches Missverhältnis ist hier nicht erkennbar. Die Antragsgegnerin beruft sich ausdrücklich auf die Höhe der anfallenden Kosten. Dieses Argument ist nachvollziehbar. Die Kosten für die Inanspruchnahme eines Platzes im Kinder- und Jugendnotdienst umfassen notwendigerweise nicht nur die der Unterbringung. Neben diesen Kosten fallen die zusätzlichen Kosten für die Betreuung ins Gewicht. Eine vergleichbar (ungünstige) Kostenstruktur ist bei einer Erstaufnahmeeinrichtung vornehmlich für Erwachsene nicht zu erwarten. Außerdem ist die Kapazität der Einrichtungen des Kinder- und Jugendnotdienstes nach den glaubhaften Angaben der Antragsgegnerin erschöpft, so dass eine kostspielige Erweiterung der sachlichen und personellen Ressourcen zur Sicherstellung gerade der erstrebten Sozialleistung erforderlich würde.

Eine Hilfestellung für junge Volljährige nach § 41 SGB VIII hat als alternative Betreuungsform außer Betracht zu bleiben. Es ist nicht erkennbar, dass der Antragsteller einen entsprechenden Anspruch haben könnte.

(b) Die Mitwirkungspflicht nach § 62 SGB I entfällt nicht aus dem Grund, dass dem Antragsteller ihre Erfüllung aus einem wichtigen Grund nicht zugemutet werden könnte (§ 65 Abs. 1 Nr. 2 SGB I). Dies steht für die Untersuchungsmaßnahmen gemäß Buchstaben a und b der Aufforderung vom 28. Dezember 2010 und 5. Januar 2011 – zahnärztliche Untersuchung zur Feststellung der Wurzelentwicklung der Weisheitszähne sowie ärztliche Untersuchung auf Reifezeichen und Hinweise auf mögliche Entwicklungsverzögerungen – außer Zweifel. Eine durch einen Arzt oder eine Ärztin vorgenommene körperliche Untersuchung auch des Genitalbereichs ist von Rechts wegen nicht zu beanstanden. Urologische und gynäkologische Untersuchungen sind in Deutschland allgemein akzeptiert und selbstverständlich. Ob bei Personen aus einem anderen Kulturkreis, die ein

anderes Schamgefühl darlegen und glaubhaft machen können, im Einzelfall eine andere Beurteilung der Zumutbarkeit zu erfolgen hat, bedarf keiner Vertiefung. Denn der Antragsteller hat in dieser Hinsicht keine Angaben gemacht.

Entgegen der Auffassung des Antragstellers ist ihm die Untersuchung aber auch insoweit zumutbar, als die Antragsgegnerin für den Fall, dass die genannten Untersuchungen nicht bereits zu einer Feststellung des Alters führen, von ihm die Mitwirkung an einer radiologischen Untersuchung des Kiefers und – erforderlichenfalls – darüber hinaus der Schlüsselbeine gefordert hat.

Eine radiologische Untersuchung ist dem Antragsteller nicht deshalb unzumutbar, weil eine solche Maßnahme nur unter Verstoß gegen § 25 Abs. 1 Satz 1 RöV und damit gegen geltendes Recht erfolgen könnte. Hiernach darf Röntgenstrahlung am Menschen nur in Ausübung der Heilkunde oder Zahnheilkunde, in der medizinischen Forschung, in sonstigen durch Gesetz vorgesehenen oder zugelassenen Fällen oder zur Untersuchung nach Vorschriften des allgemeinen Arbeitsschutzes angewendet werden. Röntgenstrahlung soll am Antragsteller, was keiner näheren Ausführungen bedarf, nicht in Ausübung der Heilkunde oder Zahnheilkunde oder in der medizinischen Forschung oder zur Untersuchung nach Vorschriften des allgemeinen Arbeitsschutzes angewendet werden. Es liegt ferner kein sonstiger durch Gesetz vorgesehener ((aa)), wohl aber ein durch Gesetz zugelassener ((bb)) Fall vor.

(aa) Der Einsatz von Röntgenstrahlung wird durch § 62 SGB I nicht gesetzlich vorgesehen. Der Wortlaut der Bestimmung

Wer Sozialleistungen beantragt oder erhält, soll sich auf Verlangen des zuständigen Leistungsträgers ärztlichen und psychologischen Untersuchungsmaßnahmen unterziehen, soweit diese für die Entscheidung über die Leistung erforderlich sind.

spricht nur allgemein von ärztlichen Untersuchungsmaßnahmen. Vorsehen meint hingegen, etwas ins Auge fassen oder planen (Wörterbuch der deutschen Gegenwartssprache, vorsehen, zitiert nach dem Digitalen Wörterbuch der deutschen Sprache des 20. Jahrhunderts, <http://www.dwds.de/>). Hierunter fallen damit allein die Vorschriften, die aus-

drücklich eine Röntgenuntersuchung ins Auge fassen. Dies sind etwa §§ 26, 29, 36 IfSG und § 62 AsylVfG. Ein solcher Fall liegt bei § 62 SGB I nicht vor.

(bb) Der Einsatz von Röntgenstrahlung wird jedoch durch § 62 SGB I gesetzlich zugelassen. Die Entstehungsgeschichte der Röntgenverordnung unter Einschluss gesetzes-systematischer Erwägungen führt zu diesem Verständnis der in ihrem Wortlaut nicht eindeutigen Norm. Verfassungs- und Europarecht stehen einer solchen Auslegung nicht entgegen.

Was unter „zugelassen“ zu verstehen ist, muss ebenfalls durch Auslegung ermittelt werden. Zulassen meint, etwas zu erlauben oder zu gestatten (Duden - Das Synonymwörterbuch, aktuelle Online-Ausgabe). Damit erweist sich der Wortlaut nicht als eindeutig. Man kann das Wort „zugelassen“ ohne weiteres dahin verstehen, die Anfertigung von Röntgenaufnahmen müsse – in Abgrenzung zu den vorgesehenen Fällen – nicht die ins Auge gefasste, wohl aber als eine von mehreren denkbaren Handlungsmöglichkeiten in Betracht kommen, und – ebenso wie bei den vorgesehenen Fällen – im Gesetz genannt sein. Die Anfertigung von Röntgenaufnahmen kann aber auch bereits dann als erlaubt und damit als zugelassen anzusehen sein, wenn das Gesetz die körperliche Untersuchung durch einen Arzt gestattet. Denn die Röntgenuntersuchung gehört zu den anerkannten ärztlichen Untersuchungsmethoden.

Nur das zuletzt angeführte Verständnis des Wortes „zugelassen“ (2. Alternative), das die Anordnung einer ärztlichen Untersuchung des Körpers ausreichen lässt, vermag zu erklären, weshalb es bei der Abfassung der Verordnung der Erwähnung der durch Gesetz vorgesehenen Fälle (1. Alternative) überhaupt bedurfte. Verlangte man für die 2. Alternative ebenfalls eine ausdrückliche Nennung der Röntgenuntersuchung im Gesetz, wäre die 1. Alternative überflüssig gewesen. Sie stellte dann lediglich einen Spezialfall der 2. Alternative dar.

Die Entstehungsgeschichte der Röntgenverordnung spricht ebenfalls für eine Auslegung des Begriffs dahin, dass die gesetzliche Gestattung der körperlichen Untersuchung durch einen Arzt genügt. Die Anwendung von Röntgenstrahlen auf den Menschen war bis zum Inkrafttreten der Röntgenverordnung von 1973 (BGBl. I S. 173) rechtlich nicht geregelt (BR-Drs 550/72, S. 1). Die Röntgenverordnung vom 7. Februar 1941 (RGBl. I S. 88) be-

zog sich allein auf die Untersuchung, Prüfung, und Behandlung von Roh- und Werkstoffen sowie Fertigerzeugnissen. Weder für vorkonstitutionelles Recht noch für bis 1973 geschaffenes nachkonstitutionelles Recht bestand daher regelhaft eine Notwendigkeit, die Röntgenuntersuchung gesondert zu erwähnen, da ihre Zulässigkeit unbestritten war. Von einem solchen Bestand an Normen ausgehend hätte der Verordnungsgeber, wenn er dennoch künftig alle Fälle, in denen Röntgenstrahlung auf den Menschen angewendet werden darf, ausdrücklich hätte benannt wissen wollen, dies mit der erforderlichen Deutlichkeit angeordnet. Der Verordnungsgeber hat sich aber darauf beschränkt, in der Begründung zur Verordnung beispielhaft von ihm als gesetzlich zugelassen betrachtete Anwendungsfälle zu benennen (BR 550/72, S. 24). Unter den durch Gesetz zugelassenen Fällen verstand der Verordnungsgeber danach zwar auch Untersuchungen nach dem Wehrpflichtgesetz, das Röntgenuntersuchungen ausdrücklich nannte (§ 17 Abs. 7 WehrPflG 1965, BGBl. I S. 390, 396). Allerdings wurde und wird auch die Anwendung von Röntgenstrahlung „im Rahmen von Strafverfahren“ als gesetzlich zugelassener Fall angeführt (BR 550/72, a.a.O und BR-Drs. 230/02, S. 93), obwohl die Strafprozessordnung weder damals noch heute die Röntgenuntersuchung als zulässige Untersuchungsmaßnahme ausdrücklich nennt. Vielmehr wird § 81a StPO, der die körperliche Untersuchung gestattet, als zureichende Rechtsgrundlage für einen entsprechenden Eingriff in die Rechte des Beschuldigten angesehen (Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl., § 81a Rn. 20 m.w.N.). Hätte der Verordnungsgeber gleichwohl eine ausdrückliche Zulassung im Gesetz gefordert, so hätte er insofern die Grenzen seiner Rechtssetzungsbefugnis wohl erreicht. Denn damit hätte er im Ergebnis die durch förmliches Parlamentsgesetz eröffneten strafprozessualen Ermittlungsmöglichkeiten, die das Anfertigen von Röntgenaufnahme nach hergebrachtem Verständnis umfassen (vgl. Meyer-Goßner a.a.O.), beschnitten. Dass der Verordnungsgeber dies in Kauf nehmen wollte, ist nicht anzunehmen.

Schon daraus wird deutlich, dass der Verordnungsgeber keine ausdrückliche Zulassung von Röntgenstrahlung als Voraussetzung für deren Anwendung auf den menschlichen Körper verlangen wollte. Ziel der Röntgenverordnung von 1973 war es vielmehr zum einen, die Vorschriften der Verordnung aus dem Jahr 1941 den gewonnenen Erkenntnissen über die zulässige Strahlenbelastung der Beschäftigten und dem Stand der Röntgentechnik anzupassen (BR-Drs 550/72 a.a.O.). Zum anderen ging es dem Verordnungsgeber darum, einer internationalen Verpflichtung der Bundesrepublik aus dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (Euratom) vom 25. März 1957 (BGBl. II

S. 1014 m. sp. Änd.) nachzukommen. Nach Art. 33 des EURATOM-Vertrages war jeder Mitgliedsstaat verpflichtet, die geeigneten Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu erlassen, um die Beachtung der EURATOM-Grundnormen sicherzustellen. Diese beiden Beweggründe rechtfertigen nicht die Annahme, der Verordnungsgeber habe die in sonstigen durch Gesetz zugelassenen Fälle auf solche Bestimmungen beschränken wollen, die eine Röntgenuntersuchung ausdrücklich als Untersuchungsmethode benennen. Soweit die Röntgenverordnung von 1973 den Regelungsgehalt der Röntgenverordnung von 1941 aufgreift, liegt dies auf der Hand: Dem Verordnungsgeber ging es insoweit schon im Ansatz nicht um den Schutz vor übermäßiger Anwendung von Röntgenstrahlung auf den Menschen, sondern allein um den Schutz der Beschäftigten beim Bestrahlen von Material (vgl. § 1 Satz 2 RöV 41). Die Beachtung der angeführten EURATOM-Grundnormen verlangte ebenfalls nicht die ausdrückliche Benennung aller Anwendungsszenarien. Bei diesen Grundnormen geht es allein um die zulässigen Höchstdosen, die Höchstgrenzen für die Aussetzung gegenüber schädlichen Einflüssen und für schädlichen Befall sowie die Grundsätze für die ärztliche Überwachung der Arbeitskräfte im Sinne Art. 30 Buchst. a bis c EURATOM-Vertrag. Seit 1973 hat sich am Wortlaut der Röntgenverordnung im hier entscheidenden Punkt substantiell nichts geändert. Die heute in § 25 Abs. 1 Satz 1 RöV verwandte Formulierung ist im Kern mit § 21 Abs. 1 RöV 73 identisch. Danach durften Röntgenstrahlen auf den Menschen nur in Ausübung der Heilkunde, der Zahnheilkunde oder in sonstigen durch Gesetz vorgesehenen oder zugelassenen Fällen angewendet werden.

Die nach vorstehenden Ausführungen (weiterhin) zugrunde zu legende Auslegung des § 25 Abs. 1 Satz 1 RöV dahingehend, dass ein sonstiger durch Gesetz zugelassener Fall auch dann vorliegen kann, wenn dort die Röntgenuntersuchung nicht ausdrücklich genannt wird, hat der Verordnungsgeber auch bei der letzten Novellierung der Röntgenverordnung vorausgesetzt. Eine ausdrückliche Regelung dazu, dass das Röntgen eine zulässige Untersuchungsmethode darstellt, findet sich im Sozialgesetzbuch nur im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, nämlich im Zusammenhang mit zahnärztlichen Leistungen. § 28 Abs. 2 Satz 1 SGB V bestimmt, dass die zahnärztliche Behandlung auch Röntgenleistungen umfasst. Diese Bestimmung betrifft, weil sie im Titel „Krankenbehandlung“ (§ 27 bis § 43b SGB V) steht, die Zahnheilkunde, die jedoch von § 25 Abs. 1 Satz 1 RöV bereits gesondert genannt wird, so dass es keines Rückgriffs auf die sonstigen durch Gesetz zugelassenen Fälle bedarf. Die vom Verordnungsgeber gleichwohl angeführten

Vorschriften des Sozialrechts, die Röntgenaufnahmen bei einer entsprechenden Indikation zuließen, weil es sich um gesetzlich zugelassene Fälle handle, gäbe es damit jedenfalls innerhalb des Sozialgesetzbuchs nicht, wenn man eine ausdrückliche Erwähnung dieser Untersuchungsmethode im Gesetz forderte. Auch dies rechtfertigt den Schluss, dass § 62 SGB I als eine der zentralen Normen zur Sachverhaltsaufklärung im Sozialrecht nicht in der Weise beschränkt werden soll, dass Röntgenuntersuchungen auf dieser Grundlage nicht vorgenommen werden dürfen.

Es bestehen schließlich keine verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Bedenken gegen eine Auslegung von § 62 SGB I dahin, die Vorschrift lasse auch eine radiologische Untersuchung zu.

Von Verfassungs wegen ist weder eine ausdrückliche Regelung durch förmliches Gesetz noch ein Richtervorbehalt entsprechend § 81a Abs. 2 StPO erforderlich.

Ob die Verpflichtung des Einzelnen zur Duldung einer Röntgenuntersuchung gemäß dem verfassungsrechtlichen Wesentlichkeitsprinzip und Bestimmtheitsgebot eine Regelung durch ein förmliches Gesetz voraussetzt, in welcher eine solche Pflicht ausdrücklich bestimmt wird (so LG Berlin, Beschl. v. 16.6.2009, JAmt 2009, 457, juris Rn. 16), bedarf hier keiner Entscheidung. § 62 SGB I berechtigt weder zum Erlass eines Verwaltungsaktes (Beschl. des Senats v. 23.12.2010, 4 Bs 243/10, juris Rn. 45) noch dazu, eine Röntgenuntersuchung auf andere Weise zu erzwingen. Sie regelt allein eine Mitwirkungslast desjenigen, der Sozialleistungen beantragt oder erhält. Ob der Betreffende eine ihm aufgegebene Röntgenuntersuchung durchführen lässt oder nicht, ist allein von seinem Willen abhängig. Hält er die Maßnahme für unzumutbar und wirkt er deshalb nicht mit, ist dies auf einen nachfolgenden Bescheid nach § 66 SGB I, dessen Erlass in das Ermessen der Behörde gestellt ist, ggf. in einem gesonderten Verwaltungsverfahren zu klären (Beschl. des Senats a.a.O, juris Rn. 49). Einer weitergehenden Verfahrensabsicherung durch einen Richtervorbehalt, wie ihn § 81a StPO kennt, bedarf es bei § 62 SGB I danach schon mangels Eingriffs in die durch Art. 2 Abs. 2 GG geschützte körperlichen Unversehrtheit nicht. Zudem ist die Anordnung bei § 81a StPO regelhaft „in die Hand des Richters gelegt“ (vgl. BVerfG, Urt. v. 10.6.1963, BVerfGE 16, 194 – Liquorentnahme, juris Rn. 18), weil die Gesetzesanwendung gewährleisten muss, dass die mit der Aufklärung der Tat verbundenen Folgen den Beschuldigten als möglichen Täter nicht etwa stärker belasten als die zu er-

wartende Strafe. Der Richter ist daher verfassungsrechtlich gehalten, im einzelnen Fall eine gesetzlich an sich zulässige Maßnahme auch am Übermaßverbot zu messen (BVerfG a.a.O., Rn. 20). Ähnlich hohe Anforderungen an die Gesetzesanwendung stellen §§ 60 ff. SGB I und die Röntgenverordnung nicht. Sie normieren – anders als die Strafprozessordnung bei § 81a StPO – bereits ein am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ausgerichtetes, strukturiertes und damit leichter einzuhaltendes Verfahren, das durch die verwaltungsrechtliche Prüfung einerseits (§§ 62, 65 SGB I) und die Stellung der rechtfertigenden Indikation (§§ 23 bis 25 RöV) andererseits – qualitätssichernd – zudem auf fachlich spezialisierte Entscheidungsträger setzt, und das im Falle einer negativen Entscheidung nach § 66 Abs. 1 SGB I gerichtlich überprüfbar ist.

Die Auffassung, § 62 SGB I lasse den Einsatz von Röntgenstrahlung auf den Menschen zu, ist auch mit Europarecht vereinbar. Sie steht mit der Richtlinie 97/43/EURATOM in Einklang. Die Richtlinie behandelt die Exposition von Personen im Rahmen medizinisch-rechtlicher Verfahren (Art. 1 Abs. 2 Buchst. e), zu denen nach Art. 2 ein Verfahren zu rechtlichen Zwecken ohne medizinische Indikation und damit auch eine Röntgenuntersuchung aufgrund einer Aufforderung nach § 62 SGB I zählt. Die Anforderungen an solche medizinisch-rechtlichen Verfahren ergeben sich aus Art. 3 und 5 der Richtlinie 97/43/EURATOM, die auszugsweise lauten:

Art. 3

(1) Die medizinischen Expositionen gemäß Artikel 1 Absatz 2 müssen insgesamt einen hinreichenden Nutzen erbringen, wobei ihr Gesamtpotential an diagnostischem oder therapeutischem Nutzen, einschließlich des unmittelbaren gesundheitlichen Nutzens für den einzelnen und des Nutzens für die Gesellschaft, abzuwägen ist gegenüber der von der Exposition möglicherweise verursachten Schädigung des einzelnen; zu berücksichtigen sind dabei die Wirksamkeit, der Nutzen und die Risiken verfügbarer alternativer Verfahren, die demselben Zweck dienen, jedoch mit keiner oder einer geringeren Exposition gegenüber ionisierender Strahlung verbunden sind.

Insbesondere ...

d) muss die Rechtfertigung für diejenigen medizinischen Expositionen besonders beachtet werden, die für die Person, die sich ihnen unterzieht, nicht zu einem unmittelbaren gesundheitlichen Nutzen führen; hierzu zählen insbesondere Expositionen aus medizinisch-rechtlichen Gründen.

Art. 5 ...

(4) Die Mitgliedstaaten sorgen für die Festlegung der Verfahren, die im Falle von medizinisch-rechtlichen Untersuchungen einzuhalten sind.

Diesen Anforderungen genügt das innerstaatliche Recht, soweit von demjenigen, der Sozialleistungen beantragt oder erhält, nach Maßgabe der §§ 62, 65 SGB I die Mitwirkung an einer radiologischen Untersuchung verlangt wird.

Das Verfahren im Sinne von Art. 5 Abs. 4 der Richtlinie 97/43/EURATOM wird durch die spezialgesetzliche Regelung im SGB I und die Röntgenverordnung festgelegt. Das Verfahren wird zunächst durch das SGB I geregelt. Wie bereits ausgeführt, verlangt § 62 SGB I eine mehrstufige Erforderlichkeitsprüfung, die die Notwendigkeit der Untersuchung selbst und der einzelnen Untersuchungsmaßnahmen zum Gegenstand hat. Hieran schließt sich eine wiederum differenzierte Untersuchung der Zumutbarkeit der Maßnahme an, § 65 Abs. 1 und 2 SGB I. Ist ein Mitwirkungsverlangen danach rechtlich zulässig, führt dies nicht gleichsam automatisch zur Anfertigung der gewünschten Röntgenbilder. Vielmehr hat die nach § 24 Abs. 1 Nr. 1 und 2 RöV berechtigte Person, die in der Heilkunde oder Zahnheilkunde Röntgenstrahlung am Menschen anwenden darf, weil sie die erforderliche Fachkunde im Strahlenschutz besitzt, eine besondere Abwägung zu treffen. Sie muss – ebenso wie im Bereich der Heilkunde oder Zahnheilkunde – eine rechtfertigende Indikation stellen. Dies folgt aus § 25 Abs. 1 Satz 3 Hs. 2 RöV. Danach gelten für die Anwendung von Röntgenstrahlung am Menschen außerhalb der Heilkunde oder Zahnheilkunde die §§ 23 und 24 RöV entsprechend. § 23 RöV hat auszugsweise folgenden Wortlaut:

(1) Röntgenstrahlung darf unmittelbar am Menschen in Ausübung der Heilkunde oder Zahnheilkunde nur angewendet werden, wenn eine Person nach § 24 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 hierfür die rechtfertigende Indikation gestellt hat. Die rechtfertigende Indikation erfordert die Feststellung, dass der gesundheitliche Nutzen der Anwendung am Menschen gegenüber dem Strahlenrisiko überwiegt. Andere Verfahren mit vergleichbarem gesundheitlichen Nutzen, die mit keiner oder einer geringeren Strahlenexposition verbunden sind, sind bei der Abwägung zu berücksichtigen. Eine rechtfertigende Indikation nach Satz 1 ist auch dann zu stellen, wenn die Anforderung eines überweisenden Arztes vorliegt. Die rechtfertigende Indikation darf nur gestellt werden, wenn der die rechtfertigende Indikation stellende Arzt den Patienten vor Ort persönlich untersuchen kann, es sei denn, es liegt ein Anwendungsfall des § 3 Abs. 4 vor. § 28a bleibt unberührt.

(2) Der die rechtfertigende Indikation stellende Arzt hat vor der Anwendung, erforderlichenfalls in Zusammenarbeit mit dem überweisenden Arzt, die verfügbaren Informationen über bisherige medizinische Erkenntnisse heranzuziehen, um jede

unnötige Strahlenexposition zu vermeiden. Patienten sind über frühere medizinische Anwendungen von ionisierender Strahlung, die für die vorgesehene Anwendung von Bedeutung sind, zu befragen. ...

Die nach § 24 Abs. 1 Nr. 1 und 2 RöV berechnigte Person, regelhaft ein Arzt oder Zahnarzt, muss also unter Beachtung aller weiteren Vorgaben von § 23 RöV die Feststellung treffen, dass (mangels gesundheitlichen Nutzens für den Einzelnen) der gesellschaftliche Nutzen gegenüber dem Strahlenrisiko überwiegt. Hierzu hat der die rechtfertigende Indikation stellende Arzt oder Zahnarzt sich erforderlichenfalls entsprechend § 23 Abs. 2 RöV die notwendigen Informationen zum Sachverhalt – hier der Altersfeststellung bei einem vorgeblich minderjährigen Ausländer, der sich nicht ausweist, und eine Einrichtung des Kinder- und Jugendnotdienstes nicht verlassen mag – bei der „überweisenden“ Behörde zu beschaffen.

Dem entspricht auch tatsächlich das von der Antragsgegnerin vorgesehene Verfahren zur Altersfeststellung. Das wird im Übrigen auch von dem Antragsteller nicht in Zweifel gezogen.

(c) Die radiologische Untersuchung konnte nicht deshalb abgelehnt werden, weil ein Schaden für Leben oder Gesundheit des Antragstellers nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden könnte (§ 65 Abs. 2 Nr. 1 SGB I) oder die Aufnahmen einen erheblichen Eingriff in seine körperliche Unversehrtheit bedeuten würden (§ 65 Abs. 2 Nr. 3 SGB I). Hierzu hat der Antragsteller substantiiert nichts vorgetragen. Die Frage, ob ein Schaden für Leben oder Gesundheit des Antragstellers nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann oder die Aufnahmen - etwa wegen einer Vorschädigung oder sonstiger besonderer gesundheitlicher Probleme - einen erheblichen Eingriff in seine körperliche Unversehrtheit bedeutete, ist im Übrigen bei der Anwendung von Röntgenstrahlung am Menschen im Rahmen der rechtfertigenden Indikation (§§ 23 bis 25 RöV) zu beantworten. Auch dem wird das Verfahren gerecht.

(4) Die weiteren Voraussetzungen, unter denen nach § 66 Abs. 3 SGB I wegen fehlender Mitwirkung nur versagt werden dürfen, liegen ebenfalls vor. Der Antragsteller ist auf diese Folge schriftlich hingewiesen worden und er ist seiner Mitwirkungspflicht nicht innerhalb der ihm gesetzten angemessenen Frist nachgekommen.

cc) Die Antragsgegnerin hat das ihr in § 66 Abs. 1 Satz 1 SGB I eröffnete Ermessen, ob sie als Leistungsträger ohne weitere Ermittlungen die Leistung bis zur Nachholung der Mitwirkung versagt, frei von Rechtsfehlern ausgeübt. Mit zutreffender Begründung hat das Verwaltungsgericht einen Ermessensausfall verneint. Die angestellten Ermessenserwägungen sind rechtlich nicht zu beanstanden. Das Kindeswohl war nicht nach Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention vorrangig zu berücksichtigen. Es steht gerade nicht fest, dass der Antragsteller ein Kind ist. Im Sinne dieses Übereinkommens ist ein Kind jeder Mensch, der das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, soweit die Volljährigkeit nach dem auf das Kind anzuwendenden Recht nicht früher eintritt (Art. 1 der UN-Kinderrechtskonvention). Die UN-Kinderrechtskonvention regelt aber weder, wie die danach maßgebliche Altersgrenze zu bestimmen ist, noch fordert sie ihre Anwendung bereits, solange nicht geklärt ist, ob die betroffene Person überhaupt ein Kind im Sinne der Konvention ist. Insbesondere die Vorschriften über von der Familie getrennt lebende Kinder (Art. 20) und über Flüchtlingskinder (Art. 22) enthalten hierzu keine Regelungen.

Einer weiteren Begründung der Ermessensentscheidung bedurfte es nicht. Die Altersfeststellung durch ein ärztliches Gutachten ist – wie dargelegt – erforderlich. Besondere Gründe, die ausnahmsweise für eine Betreuung des möglicherweise bereits volljährigen Antragstellers in einer Einrichtung des Kinder- und Jugendnotdienstes sprechen könnten, sind nicht vorgetragen oder sonst ersichtlich. Die Tatsache, dass der Antragsteller nicht obdachlos wird, weil er auf Wunsch einen Platz in der Erstaufnahmeeinrichtung in der Sportallee erhalten kann, hat die Antragsgegnerin zulässigerweise in ihre Überlegungen eingestellt.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 154 Abs. 2, 188 Satz 2 VwGO.