



## **Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen**

**OVG: 1 B 53/18**

(VG: 3 V 2504/17)

### **Beschluss**

**In der Verwaltungsrechtssache**

Antragsteller und Beschwerdeführer,

Prozessbevollmächtigter:

**g e g e n**

die Stadtgemeinde Bremen, vertreten durch die Senatorin für Soziales, Jugend, Frauen, Integration und Sport, Bahnhofplatz 29, 28195 Bremen,

Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin,

Prozessbevollmächtigte:

hat das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 1. Senat - durch die Richter Dr. Harich, Traub und Stahnke am 4. Juni 2018 beschlossen:

**Unter Abänderung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen – 3. Kammer – vom 24.01.2018 wird die aufschiebende Wirkung der Klage 3 K 2137/17 gegen den Bescheid vom 04.04.2017 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 27.07.2017 angeordnet.**

**Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragsgegnerin; Gerichtskosten werden nicht erhoben.**

## Gründe

I. Der Antragsteller begehrt seine Inobhutnahme nach Jugendhilferecht.

Nach eigenen Angaben ist der Antragsteller guineischer Staatsangehöriger und am 01.02.2001 geboren.

Er meldete sich am 30.03.2017 in der Erstaufnahmeeinrichtung für unbegleitete minderjährige Ausländer und Flüchtlinge in Bremen. Am 04.04.2017 fanden ein Erstgespräch und eine Alterseinschätzung durch zwei Fachkräfte des Jugendamtes statt. Als Ergebnis der Alterseinschätzung wurde festgehalten, dass an der Volljährigkeit des Antragstellers aufgrund der im Gespräch aufgetretenen Ungereimtheiten, seines äußeren Erscheinungsbildes und seines reifen Verhaltens keine Zweifel bestünden. Mit Bescheid vom selben Tage lehnte die Antragsgegnerin die Inobhutnahme des Antragstellers ab. Das fiktive Geburtsdatum wurde auf den 31.12.1995 festgelegt.

Der Antragsteller legte am 02.05.2017 Widerspruch ein und stellte am 04.05.2017 beim Verwaltungsgericht einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung.

Mit Beschluss vom 16.06.2017 (Az. 3 V 1112/17) ordnete das Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs bis zum Ablauf von einem Monat nach der Zustellung der Entscheidung über den Widerspruch des Antragstellers an. Die von den Mitarbeitern des Jugendamtes getroffene Entscheidung sei auf der Grundlage der Niederschrift über die Anhörung nicht nachvollziehbar. Die in der Niederschrift festgehaltenen sichtbaren äußeren Merkmale ließen für sich genommen nicht den gesicherten Schluss zu, dass der Antragsteller das 18. Lebensjahr bereits vollendet habe. Auch lasse die Feststellung der Mitarbeiter des Jugendamtes, der Antragsteller habe ein ruhiges und selbstbewusstes Verhalten im Gespräch gezeigt, nicht den Schluss zu, dass der Antragsteller volljährig sei. Zudem seien die Angaben des Antragstellers weitgehend stimmig und widerspruchsfrei.

Der Antragsteller suchte am 19.07.2017 das Jugendamt auf und unterzeichnete eine von einem Mitarbeiter des Jugendamtes verfasste „Einwilligung“ in deutscher und französischer Sprache, mit der er bestätigte, dass er über eine „medizinische Untersuchung beim Zahnarzt“ informiert worden sei und verstanden habe, dass es um eine medizinische Altersfeststellung gehe.

Am selben Tag gab ein Mitarbeiter des Fachdienstes für Flüchtlinge, Integration und Familien (Erstversorgung für unbegleitete minderjährige Ausländer) des Amtes für soziale Dienste eine Einverständniserklärung in seiner Funktion als Notvertretung gemäß § 42a Abs. 3 Satz 1 SGB VIII für den Antragsteller ab. Der Antragsteller dürfe an einer medizinischen Untersuchung zur Aufklärung über sein Alter teilnehmen. Die Wahrnehmung dieser Untersuchung sei im Sinne des Kindeswohls, da der Antragsteller ein hohes Interesse daran habe, Zweifel an seiner Altersangabe auszuräumen. Der Antragsteller sei ausführlich über die Möglichkeit der medizinischen Untersuchung und deren Ablauf aufgeklärt worden und habe keine Einwände gegen die Untersuchung erhoben.

Daraufhin suchte der Antragsteller noch am selben Tag zusammen mit einem Mitarbeiter des Jugendamtes eine zahnärztliche Praxis auf, in der mittels radiologischer Bildgebung eine Panoramaschichtaufnahme seines Kiefers angefertigt wurde. Die Aufnahme wurde sodann dem Institut für Rechtsmedizin des Universitätsklinikums Hamburg-Eppendorf zur Erstellung eines altersdiagnostischen Gutachtens vorgelegt.

Ebenfalls mit Beschluss vom 19.07.2017 bestellte das Amtsgericht Bremen – Familiengericht – den Fachdienst Amtsvormundschaft des Jugendamtes zum vorläufigen Vormund des Antragstellers. Der Beschluss wurde dem Jugendamt am 02.08.2017 zugestellt.

Das Institut für Rechtsmedizin des Universitätsklinikums Hamburg-Eppendorf erstattete dem Amt für soziale Dienste unter dem 24.07.2017 ein odontologisch-röntgendiagnostisches Gutachten zur Altersdiagnostik des Antragstellers. Das Gutachten kommt zu dem Ergebnis, dass der Antragsteller nach wissenschaftlichen und medizinischen Erkenntnissen mit sehr großer Wahrscheinlichkeit über 18 Jahre alt sei. Im Einzelnen heißt es in dem Gutachten, dass die röntgendiagnostische Beurteilung anhand einer Panoramaschichtaufnahme erfolgt sei, auf der Ober- und Unterkiefer mit den gesamten Zähnen, die Kiefergelenke und die unteren Abschnitte des Mittelgesichts dargestellt und beurteilbar seien. Für die Alterseinschätzung des Antragstellers seien zwei altersrelevante Faktoren von Bedeutung: der Entwicklungsgrad der Weisheitszähne und der Knochenabbau im Ober- und Unterkiefer. Die Wurzelentwicklung der Weisheitszähne sei vollständig abgeschlossen. Es liege ein Stadium H nach Demirjian vor. Das Stadium H werde mit sehr großer Wahrscheinlichkeit zwischen dem 18. und dem 23. Lebensjahr erreicht. Der generalisierte horizontale Knochenabbau im Ober- und Unterkiefer sei ein Hinweis für ein höheres Lebensalter. Man erkenne Abbauvorgänge bis zu 4 mm. In wissenschaftlichen Untersuchungen werde dieses Stadium mit einem mittleren Durchschnittsalter von 20 bis 24 Jahren beschrieben.

Mit Widerspruchsbescheid vom 27.07.2017, zugestellt am 03.08.2017, wies die Senatorin für Soziales, Jugend, Frauen, Integration und Sport den Widerspruch zurück. In dem Widerspruchsbescheid, der sich nicht mit den von dem Verwaltungsgericht in dem Verfahren 3 V 1112/17 erhobenen Einwänden auseinandersetzt, heißt es, dass die Altersfeststellung den Anforderungen, die das Oberverwaltungsgericht in seiner Rechtsprechung aufgestellt habe, genüge. Die beteiligten Mitarbeiter hätten das Gespräch hinreichend dokumentiert und das Ergebnis auf nachvollziehbare Gründe gestützt. Es bestünden keine Zweifel an der Volljährigkeit des Antragstellers. Schließlich bestätige das Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin des Universitätsklinikums Hamburg-Eppendorf die Annahme, dass sich der Antragsteller bereits deutlich im dritten Lebensjahrzehnt befinde.

Der Antragsteller hat am 07.08.2017 vor dem Verwaltungsgericht Klage erhoben und am 13.09.2017 einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage gestellt.

Das Verwaltungsgericht hat den Antrag mit Beschluss vom 24.01.2018 abgelehnt. Dabei hat es sich maßgeblich auf das odontologisch-röntgendiagnostische Gutachten vom 24.07.2017 gestützt. Der Antragsteller habe in die Durchführung der medizinischen Untersuchung zur Altersbestimmung wirksam eingewilligt. Ausweislich der von ihm am 19.07.2017 unterschriebenen Erklärung sei er über die Untersuchung informiert worden und habe sich mit deren Durchführung einverstanden erklärt. Es sei davon auszugehen, dass der Antragsteller jedenfalls beim Zahnarzt über die Untersuchungsmethode aufgeklärt worden sei. Hinzu komme, dass der Antragsteller die radiologische Untersuchung zugelassen und erst nach Bekanntwerden des Ergebnisses behauptet habe, keine Kenntnis von der angewandten Untersuchungsmethode gehabt zu haben. Die Einwilligung des Antragstellers sei auch nicht deshalb unwirksam, weil er nach Aktenlage nicht über die Folgen einer möglichen Weigerung, sich der ärztlichen Untersuchung zu unterziehen, aufgeklärt worden sei. Aus einem diesbezüglichen Aufklärungsmangel folge nicht die Unwirksamkeit einer später erteilten Einwilligung. Vielmehr dürfte dieser Umstand lediglich zur Folge haben, dass die Inobhutnahme nicht allein deshalb beendet werden dürfe, weil sich die betroffene Person einer Mitwirkung an der ärztlichen Untersuchung verweigert habe. Auch liege die erforderliche Einwilligung des Vertreters des Antragstellers hinsichtlich der ärztlichen Untersuchung vor. Der Fachdienst Amtsvormundschaft des Jugendamtes sei erst am 02.08.2017 wirksam zum Vormund des Antragstellers bestellt worden. Daher habe das Jugendamt im Rahmen seiner Notvertretungsbefugnis die Zustimmung zur ärztlichen Untersuchung geben können.

Gegen den ihm am 01.02.2018 zugestellten Beschluss hat der Antragsteller am 15.02.2018 Beschwerde eingelegt, die er mit Schriftsatz vom 01.03.2018 begründet hat. Er ist der Auffassung, dass er nicht wirksam in die medizinische Untersuchung eingewilligt habe und vor dem Anfertigen der Röntgenaufnahmen nicht wirksam – auch nicht über seine sozialrechtlichen Pflichten und deren Grenzen – aufgeklärt worden sei. Sein Vertreter, der durch Beschluss vom 19.07.2017 bestellte Vormund, habe nicht in die Untersuchung eingewilligt. Die Antragsgegnerin könne sich nicht auf ihr Notvertretungsrecht berufen. Schließlich entspreche das von dem Institut für Rechtsmedizin des Universitätsklinikums Hamburg-Eppendorf erstellte Gutachten nicht den wissenschaftlichen Standards, weil sich insbesondere die dem Gutachten zugrunde gelegten Erkenntnisse hinsichtlich der Weisheitszahnentwicklung europäischer bzw. nordamerikanischer Populationen nicht auf Bevölkerungspopulationen anderer Ethnien übertragen ließen.

Die Antragsgegnerin ist der Beschwerde entgegengetreten. Sie verteidigt den Beschluss des Verwaltungsgerichts und führt aus, dass, solange keine Amtsvormundschaft eingerichtet sei, das Notvertretungsrecht innerhalb des Jugendamtes durch das Erstversorgungsteam ausgeübt werde. Vorliegend habe der stellvertretende Referatsleiter, der mit der Altersfeststellung des Antragstellers nicht befasst gewesen sei, die Einverständniserklärung abgegeben.

II. Die Beschwerde des Antragstellers gegen die Ablehnung vorläufigen Rechtsschutzes, bei deren Prüfung das Oberverwaltungsgericht auf die dargelegten Gründe beschränkt ist (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), hat Erfolg. Die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die Ablehnung der vorläufigen Inobhutnahme ist anzuordnen. Die im Rahmen des § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 1 VwGO vorzunehmende Interessenabwägung geht zu Gunsten des Antragstellers aus. Es bestehen nach summarischer Prüfung ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides des Amtes für soziale Dienste vom 04.04.2017 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 27.07.2017 der Senatorin für Soziales, Jugend, Frauen, Integration und Sport.

Das behördliche Verfahren zur Altersfeststellung des Antragstellers genügt nicht den in § 42f SGB VIII niedergelegten gesetzlichen Anforderungen. Der Antragsteller ist vor der Durchführung der ärztlichen Untersuchung am 19.07.2017 nicht umfassend über die Untersuchungsmethode, die Folgen der Altersbestimmung sowie die Folgen einer Weigerung, sich der ärztlichen Untersuchung zu unterziehen, aufgeklärt worden. Aus diesem Grund konnte der Antragsteller nicht wirksam in die ärztliche Untersuchung einwilligen. Eine Einwilligung seines Vertreters fehlt vollständig. Aufgrund dessen ist das Gutachten

des Instituts für Rechtsmedizin des Universitätsklinikums Hamburg-Eppendorf nicht verwertbar.

1. Gemäß § 42 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, § 42a Abs. 1 Satz 1 SGB VIII sind ausländische Kinder oder Jugendliche, die unbegleitet nach Deutschland kommen, in Obhut zu nehmen. Die Inobhutnahme erfolgt aus Gründen des Kindeswohls und ist unabhängig davon, ob der Betreffende die Eigenschaft eines Flüchtlings besitzt. Voraussetzung für die Inobhutnahme ist die Minderjährigkeit.

Die Anforderungen an das behördliche Verfahren der Altersfeststellung im Hinblick auf eine vom Jugendamt vorzunehmende Inobhutnahme hat der Senat im Beschluss vom 22.02.2016 (Az.: 1 B 303/15, Asylmagazin 2016, 143 = InfAuslR 2016, 247 = NordÖR 2016, 215 = KommJur 2016, 223 = NVwZ-RR 2016, 592 = FamRZ 2016, 1614 = ZAR 2016, 237) im Einzelnen näher beschrieben. Danach ist nach § 42f Abs. 1 SGB VIII die Minderjährigkeit durch Einsichtnahme in die Ausweispapiere festzustellen. Sind aus sagekräftige Ausweispapiere nicht vorhanden, bleibt zunächst nur die Selbstauskunft des Betreffenden. Begegnet diese Zweifeln, ist eine Alterseinschätzung und -feststellung in Form einer qualifizierten Inaugenscheinnahme vorzunehmen. Diese erstreckt sich auf das äußere Erscheinungsbild, das anhand von nachvollziehbaren Kriterien zu würdigen ist. Darüber hinaus schließt sie in jedem Fall – unter Hinzuziehung eines Sprachmittlers – eine Befragung des Betreffenden durch zwei beruflich erfahrene Mitarbeiter des Jugendamtes ein, in der er mit den Zweifeln an seiner Eigenangabe zu konfrontieren und ihm Gelegenheit zu geben ist, diese Zweifel auszuräumen. Das Ergebnis der Altersfeststellung ist in nachvollziehbarer und überprüfbarer Weise zu dokumentieren. Die Gesamtwürdigung muss in ihren einzelnen Begründungsschritten transparent sein.

Die qualifizierte Inaugenscheinnahme kann zu dem Ergebnis führen, dass zwar Restzweifel an der Selbstauskunft bleiben, insgesamt aber mit einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit von einer Minderjährigkeit ausgegangen werden kann. Sie kann auch zu dem Ergebnis führen, dass von Volljährigkeit ausgegangen werden muss, d. h. die Selbstauskunft des Betreffenden unwahr ist. Zu diesem Ergebnis kann das äußere Erscheinungsbild beitragen, das im Einzelfall bereits deutliche Anhaltspunkte für eine Volljährigkeit liefern kann. Bei der Bewertung der in dem Gespräch gewonnenen Informationen ist zu berücksichtigen, dass es um die Beurteilung eines Sachverhalts geht, der ganz in der Sphäre des Betreffenden liegt. Es kann erwartet werden, dass schlüssige und glaubhafte Angaben zum bisherigen Entwicklungsverlauf – unter Einschluss des Zeitpunkts der Ausreise aus dem Heimatland – gemacht werden, die eine zeitliche Zuord-

nung zulassen und Rückschlüsse auf das Alter erlauben. Pauschale Behauptungen und Ungereimtheiten können in Verbindung mit dem äußeren Erscheinungsbild dazu führen, dass dem Betreffenden die Altersangabe nicht abgenommen werden kann.

Führt die qualifizierte Inaugenscheinnahme zu dem Ergebnis, dass die Altersangabe des Betreffenden nach wie vor als offen anzusehen ist, die Zweifel also weder in die eine noch in die andere Richtung ausgeräumt werden konnten, ist eine ärztliche Untersuchung in Betracht zu ziehen.

2. Gemessen an diesen Anforderungen bestanden entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin auch nach Durchführung der qualifizierten Inaugenscheinnahme aus den von dem Verwaltungsgericht in seinem Beschluss vom 16.06.2017 in der Sache 3 V 1112/17 genannten Gründen Zweifel an der Volljährigkeit des Antragstellers. Damit lag ein Zweifelsfall im Sinne von § 42f Abs. 2 Satz 1 SGB VIII vor, der die Antragsgegnerin dazu berechtigte, von Amts wegen eine ärztliche Untersuchung zur Altersbestimmung zu veranlassen (vgl. hierzu Kepert, ZFSH/SGB 2018, 135 (136)).

3. Das altersdiagnostische Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin des Universitätsklinikums Hamburg-Eppendorf vom 24.07.2017 kann entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin und des Verwaltungsgerichts bereits deshalb nicht zur Bestimmung des Alters des Antragstellers herangezogen werden, weil weder der Antragsteller noch sein Vertreter wirksam in die Untersuchung eingewilligt haben.

a) Der Antragsteller hat nicht in die Durchführung der ärztlichen Untersuchung am 19.07.2017 eingewilligt. Die von dem Antragsteller am 19.07.2017 unterschriebene Erklärung vermag allein schon deshalb eine wirksam erteilte Einwilligung nicht zu belegen, weil der Antragsteller zuvor nicht umfassend aufgeklärt wurde. Aus den genannten Aufklärungsmängeln folgt der Einwilligungsmangel. Ein Betroffener ist regelmäßig nur dann in der Lage, in Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts eine Einwilligung zu erteilen, wenn er zuvor umfassend über die Untersuchungsmethode und die Folgen der Altersbestimmung aufgeklärt wurde.

Der Antragsteller ist vor der ärztlichen Untersuchung am 19.07.2017 nicht durch das Jugendamt umfassend aufgeklärt worden. Wenn eine ärztliche Untersuchung durchzuführen ist, ist die betroffene Person nach § 42f Abs. 2 Satz 2 SGB VIII durch das Jugendamt umfassend über die Untersuchungsmethode und über die möglichen Folgen der Altersbestimmung aufzuklären. Die ist hier nach Aktenlage nicht der Fall.

Die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Antragsgegnerin hat auch nachdem der Antragsteller substantiiert bestritten hatte, dass eine umfassende Aufklärung stattgefunden habe, keine Dokumentation über eine erfolgte Aufklärung vorgelegt. Weder die von dem Antragsteller am 19.07.2017 unterschriebene Erklärung in deutscher und französischer Sprache noch die Einverständniserklärung des stellvertretenden Referatsleiters vom selben Tage sind geeignet, eine Aufklärung zu belegen. Dies gilt ebenso für die gegenüber dem Amtsgericht Bremen – Familiengericht – abgegebene Stellungnahme eines Mitarbeiters des Jugendamtes, in der behauptet wird, der Antragsteller sei bezüglich der medizinischen Untersuchung ausführlich aufgeklärt worden.

Regelmäßig wird das insoweit darlegungs- und beweisbelastete Jugendamt im Falle eines substantiierten Bestreitens des Betroffenen nur durch eine schriftliche Dokumentation der Aufklärung, die von einem Mitarbeiter des Jugendamtes, dem Betroffenen und ggf. einem Dolmetscher zu unterzeichnen ist, belegen können, dass eine Aufklärung stattgefunden hat. In eine solche Dokumentation wird zudem der konkrete Inhalt der Aufklärung aufzunehmen sein.

Da die Aufklärungsverpflichtung des Jugendamtes über die Untersuchungsmethode neben der ärztlichen Aufklärungspflicht besteht und die Mitarbeiter regelmäßig nicht über medizinisches Fachwissen verfügen, dürfen die Anforderungen an eine Aufklärung durch Mitarbeiter des Jugendamtes über die medizinische Untersuchungsmethode nicht überspannt werden. Gleichwohl hat die Aufklärung nach dem eindeutigen Wortlaut des § 42f Abs. 2 Satz 2 SGB VIII auch insoweit umfassend zu sein. Zu einer solchen Aufklärung gehört, dass dem Betroffenen mitgeteilt wird, dass zwar die exakte Bestimmung des chronologischen Alters nicht möglich ist, gleichwohl jedoch mittels radiologischer Bildgebung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit festgestellt werden kann, ob der Betroffene über 18 Jahre alt ist. Des Weiteren ist hinsichtlich der Aufklärung über die Untersuchungsmethode eine Orientierung an den Empfehlungen der Arbeitsgemeinschaft für Forensische Altersdiagnostik der Deutschen Gesellschaft für Rechtsmedizin (im Folgenden: AGFAD) aufgestellten Empfehlungen für Altersschätzungen bei Lebenden geboten (vgl. hierzu im Einzelnen die Beschlüsse des Senats vom heutigen Tage in den Sachen 1 B 10/18 und 1 B 82/18).

Hinsichtlich der möglichen Folgen der Altersbestimmung muss eine umfassende Aufklärung zum Gegenstand haben, dass der Betroffene je nach Ergebnis der Altersbestimmung weiterhin vorläufig in Obhut verbleibt oder aber die vorläufige Inobhutnahme been-



det wird. Insoweit ist insbesondere über die praktischen Konsequenzen aufzuklären, die aus einer Beendigung der vorläufigen Inobhutnahme in sozial- und ggf. auch in aufenthaltsrechtlicher Hinsicht folgen.

Weiterhin ist der Auffassung der Antragsgegnerin, der Antragsteller sei spätestens beim Zahnarzt aufgeklärt worden, nicht zu folgen. Die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Antragsgegnerin hat keine Unterlagen vorgelegt, die eine ordnungsgemäß durchgeführte ärztliche Aufklärung belegen. Dass eine solche stattgefunden hat, ergibt sich auch nicht aus der gegenüber dem Verwaltungsgericht abgegebenen Stellungnahme der Hamburger Gutachter, die zwar den gewöhnlichen Ablauf einer Untersuchung des Bremer Zahnarztes, der die Panoramaschichtaufnahme gefertigt hat, schildern, aber sich zu dem konkreten Fall des Antragstellers nicht verhalten. Zudem hat die Aufklärung stets vor der Erteilung einer Einwilligung zu erfolgen. Auch nach dem Vortrag der Antragsgegnerin hatte der Antragsteller seine vermeintliche Einwilligung jedoch vor dem Aufsuchen der Zahnarztpraxis erteilt. Im Übrigen hat die Aufklärung ausweislich des eindeutigen Wortlauts des § 42f Abs. 2 Satz 2 SGB VIII durch das Jugendamt und nicht durch den die Untersuchung durchführenden Arzt zu erfolgen. Die ärztliche Aufklärungspflicht besteht unabhängig von der des Jugendamtes. Mit ihr korrespondiert die Einwilligung in die konkrete Behandlung. Eine ordnungsgemäß durchgeführte ärztliche Aufklärung vermag eine fehlende bzw. mangelbehaftete Aufklärung durch das Jugendamt nicht zu heilen.

Schließlich ist der Antragsteller entgegen § 42f Abs. 2 Satz 3 Hs. 1 SGB VIII nicht über die Folgen einer Weigerung, sich der ärztlichen Untersuchung zu unterziehen, aufgeklärt worden. Insoweit hätte das Jugendamt umfassend über die Voraussetzungen und Folgen eines für den Fall der Weigerung möglicherweise durchzuführenden Verfahrens nach § 42f Abs. 2 Satz 4 SGB VIII i. V. m. § 66 Abs. 1 Satz 1 SGB I aufklären müssen. Eine solche Aufklärung muss in schriftlicher Form (§ 66 Abs. 3 SGB I) darauf hinweisen, dass eine Aufgabenerfüllung des Jugendamtes, die an die Minderjährigkeit anknüpft, verweigert oder eingestellt und Leistungen versagt oder entzogen werden können (vgl. Kepert, ZFSH/SGB 2018, 135 (137)). Folge einer fehlenden Belehrung ist insoweit allerdings nur, dass eine Inobhutnahme nicht allein wegen fehlender Mitwirkung verweigert werden darf.

b) Der gesetzliche Vertreter des Antragstellers hat ebenfalls nicht wirksam in die ärztliche Untersuchung eingewilligt. Die am 19.07.2017 von dem stellvertretenden Leiter des Referats Erstversorgung für unbegleitete minderjährige Ausländer abgegebene Einverständniserklärung erfüllt nicht die gesetzlichen Anforderungen des § 42f Abs. 2 Satz 3 Hs. 2 SGB VIII.

Da am 19.07.2017 für den Antragsteller eine vorläufige Vormundschaft noch nicht wirksam bestellt worden war, weil der Beschluss des Amtsgerichts Bremen – Familiengericht – vom selben Tage erst mit seiner Zustellung am 02.08.2017 wirksam wurde (vgl. § 40 Abs. 1 FamFG), hätte das Jugendamt zwar grundsätzlich in Ausübung des ihm nach § 42a Abs. 3 SGB VIII zustehenden Notvertretungsrechts in die ärztliche Untersuchung einwilligen können. Indessen erfordert eine solche Einwilligung in Ausübung des Notvertretungsrechts eine organisatorische und personelle Trennung innerhalb des Jugendamtes, um eine Kollision zwischen den Interessen des Jugendamtes als Vertretung des unbegleiteten Minderjährigen und als Behörde, die maßgebliche Entscheidungen im Hinblick auf die Altersfeststellung und Verteilung sowie die Durchführung von Maßnahmen und Gewährung von Leistungen für den Jugendlichen zu treffen hat, zu verhindern (vgl. Stellungnahme des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge e. V. zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ausländischer Kinder und Jugendlicher vom 23.09.2015, S. 5). Hiervon geht auch die Gesetzesbegründung aus (vgl. BT-Drs. 18/5921, S. 24). Mitarbeiter des für die Alterseinschätzung zuständigen Referats sind demnach daran gehindert, eine Einwilligung nach § 42f Abs. 2 Satz 3 Hs. 2 SGB VIII zu erteilen. Die Aufgaben im Rahmen der Notkompetenz sollten vielmehr von Personen im Jugendamt wahrgenommen werden, die für die Amtsvormundschaft zuständig sind (vgl. Wiesner, SGB VIII, Nachtragskommentierung Dez. 2015, § 42a Rn. 17;

4. Die vorgenannten Aufklärungs- und Einwilligungsmängel stehen einer Verwertbarkeit des Gutachtens des Instituts für Rechtsmedizin des Universitätsklinikums Hamburg-Eppendorf vom 24.07.2017 entgegen.

In einem Gerichtsverfahren darf nicht jedes Beweismittel unabhängig von der Frage, wie es erlangt wurde, verwertet und der Entscheidung zugrunde gelegt werden. Zwar regelt die VwGO nicht ausdrücklich, wann ein Beweisverwertungsverbot vorliegt, jedoch ist allgemein anerkannt, dass die Verwertung unzulässig erlangter Beweismittel unter bestimmten Voraussetzungen verboten ist. Ein unzulässig entstandenes oder erlangtes Beweismittel zieht allerdings nicht automatisch ein Verwertungsverbot nach sich. Vielmehr ist ausgehend von der verletzten Rechtsnorm zu beurteilen, welche Folgen der Verstoß hat (vgl. BSG, Urteil vom 05.02.2008 – B 2 U 10/07 R –, Rn. 51, juris m. w. N.).

In Anwendung dieses Maßstabs liegt hier ein besonders schwerwiegender Verstoß gegen die das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen schützenden gesetzlichen Rege-

lungen des § 42f Abs. 2 Sätze 2, 3 SGB VIII vor. Im vorliegenden Fall sind die gesetzlichen Regelungen hinsichtlich der umfassenden Aufklärung des Antragstellers über die Untersuchungsmethode und die Folgen der Altersbestimmung gänzlich nicht eingehalten worden. Hieraus resultiert der Einwilligungsmangel des Antragstellers. Zudem hat das Jugendamt das Notvertretungsrecht wegen der fehlenden organisatorischen Trennung nicht in rechtmäßiger Weise ausgeübt. Das gesetzliche Erfordernis einer Einwilligung des Betroffenen und seines Vertreters dient zudem gerade dem Kindeswohl. Folgte aus diesen Mängeln nicht auch ein Beweisverwertungsverbot, liefe der von § 42f Abs. 2 Sätze 2, 3 SGB VIII beabsichtigte Schutz in einer nicht hinzunehmenden Weise leer. Dass es sich vorliegend um einen besonders schwerwiegenden Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften handelt, wird zudem durch einen Vergleich mit dem Unionsrecht bestätigt. Art. 25 Abs. 5 UnterAbs. 3 Buchst. a) bis c) der RL 2013/32/EU, dem die Regelung des § 42f Abs. 2 SGB VIII insoweit erkennbar nachgebildet ist, macht deutlich, dass es sich bei der umfassenden Aufklärung über die Untersuchungsmethode, die möglichen Folgen der Altersbestimmung und die Folgen einer Weigerung, sich der ärztlichen Untersuchung zu unterziehen, sowie der Einwilligung des Betroffenen und seines gesetzlichen Vertreters um verfahrensrechtliche Mindeststandards handelt, die nicht umgangen werden dürfen.

5. Unabhängig von den vorstehenden Erwägungen genügt das Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin nach der im vorliegenden Verfahren gebotenen summarischen Prüfung nicht den Anforderungen, die an ein forensisches Gutachten zur Altersdiagnostik zu stellen sind. Weder entspricht es in Gänze den von der AGFAD aufgestellten Empfehlungen für Altersschätzungen bei Lebenden noch ist der in dem Gutachten genannte Wahrscheinlichkeitsmaßstab, wonach der Antragsteller mit „sehr großer Wahrscheinlichkeit“ über 18 Jahre alt sei, in rechtlicher Hinsicht als ausreichend anzusehen (vgl. hierzu im Einzelnen die Beschlüsse des Senats vom heutigen Tage in den Sachen 1 B 10/18 und 1 B 82/18).

6. Im Hauptsacheverfahren werden sich der Antragsteller und sein gesetzlicher Vertreter dahingehend einzulassen haben, ob sie nachträglich in die gutachterliche Verwertung der gefertigten Panoramaschichtaufnahme einwilligen. Sollte dies der Fall sein, könnte ein ärztliches Gutachten eingeholt werden, welches den in den Beschlüssen des Senats vom heutigen Tage in den Sachen 1 B 10/18 und 1 B 82/18 aufgestellten Anforderungen genügt und das vorliegende altersdiagnostische Gutachten durch Anfertigung eines Röntgenbildes der linken Hand und ggf. einer computertomographischen Aufnahme der Schlüsselbeine ergänzt. Sollte eine Einwilligung in die Verwertung der Panoramaschicht-

aufnahme nicht erteilt werden, hätte die Antragsgegnerin zu prüfen, ob sie ein Verfahren nach § 42f Abs. 2 Satz 4 SGB VIII i. V. m. § 66 SGB I einleitet.

7. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 154 Abs. 1, 188 Satz 2 VwGO.

gez. Dr. Harich

gez. Traub

gez. Stahnke