



Hamburgisches Oberverwaltungsgericht

1 Bs 243/10
13 E 3242/10

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

██████████████████████,
c/o Kinder- und Jugendnotdienst,
Feuerbergstraße 43,
22337 Hamburg,

- Antragsteller -

Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt Simon Claudius Brenneisen,
Steindamm 91,
20099 Hamburg,

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 1463/10,

- Antragsgegnerin -

hat das Hamburgische Oberverwaltungsgericht, 4. Senat, durch die Richter Pradel,
Wiemann und Busche am 23. Dezember 2010 beschlossen:

1. Dem Antragsteller wird für das Beschwerdeverfahren Prozesskostenhilfe ohne Ratenzahlung bewilligt und Rechtsanwalt Brenneisen zur Vertretung beigeordnet.
2. Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 7. Dezember 2010 geändert.

Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen den Bescheid über die Untersuchung zur Altersfeststellung vom 19. November 2010 wird hinsichtlich der Anordnungen nach Ziffer 1 lit. a) bis c) wiederhergestellt.

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

Gründe:

I.

Der Antragsteller begehrt einstweiligen Rechtsschutz im Hinblick darauf, dass die Antragsgegnerin ihm aufgegeben hat, an einer körperlichen Untersuchung zur Altersfeststellung, welche eine radiologische Diagnostik umfasst, mitzuwirken.

Nach eigenen Angaben wurde der Antragsteller am 19. November 1995 in der Russischen Föderation geboren. Die Antragsgegnerin brachte ihn in einer Einrichtung des Kinder- und Jugendnotdienstes der Hamburger Jugendämter in der Feuerbergstraße unter. Mit „Bescheid über die Untersuchung zur Altersfeststellung“ vom 19. November 2010 führte sie wörtlich aus:

1. Sie haben sich einer ärztlichen Untersuchung zu unterziehen, um festzustellen, ob Sie das 18. Lebensjahr vollendet haben. Im Einzelnen werden folgende Untersuchungen angeordnet:

- 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 (Panorama-Schichtaufnahme), u.a. zur Feststellung möglicher Gründe einer Entwicklungsverzögerung;
- d. wenn notwendig, zusätzlich eine radiologische Untersuchung der Schlüsselbeine;
- e. wenn notwendig, zusätzlich eine radiologische Untersuchung des Skeletts der linken Hand.

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

2. Zur Durchführung der Untersuchungen haben Sie sich am , 9:00 in der Universitätsklinik Hamburg Eppendorf einzufinden. Sie werden von Mitarbeitern des Kinder- und Jugendnotdienstes begleitet. Abfahrt ist um 8:15 Uhr vom KJND aus.
3. Die sofortige Vollziehung dieses Bescheides wird angeordnet (§ 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO).

Die Antragsgegnerin erklärte weiter in einer Rechtsbehelfsbelehrung, der Antragsteller könne gegen diesen Bescheid innerhalb eines Monats Widerspruch einlegen. Sodann führte die Antragsgegnerin aus, der Antragsteller sei gemäß § 42 Abs. 1 Satz 1 Ziffer 3 SGB VIII in Obhut genommen worden und zur Mitwirkung an der angeordneten medizinischen Untersuchung nach §§ 62, 65 SGB I verpflichtet. Der Kinder- und Jugendnotdienst habe nach §§ 20 f. SGB X zu ermitteln, ob die Voraussetzungen einer Inobhutnahme aufgrund bestehender Minderjährigkeit gegeben seien. Die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit begründete die Antragsgegnerin damit, dass im Falle der Minderjährigkeit unverzüglich weitere Maßnahmen eingeleitet werden müssten.

Der Antragsteller erhob am 23. November 2010 Widerspruch und beantragte am selben Tag beim Verwaltungsgericht Hamburg dessen aufschiebende Wirkung wiederherzustellen. Die Antragsgegnerin teilte dem Antragsteller am 1. Dezember 2010 schriftlich mit, die angeordnete Untersuchung werde am 8. Dezember 2010 erfolgen.

Das Verwaltungsgericht hat den Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes mit Beschluss vom 7. Dezember 2010 abgelehnt. Die Aufforderung zur ärztlichen Untersuchung dürfe durch Verwaltungsakt ergehen. Das Verlangen des Sozialleistungsträgers nach § 62 SGB I entfalte eine eigenständige Regelungswirkung und sei daher ein Verwaltungsakt im Sinne von § 31 SGB X. Die Pflicht nach § 62 SGB I umfasse auch, sich Röntgenuntersuchungen zu unterziehen. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung sei ebenfalls rechtmäßig. Die Begründung genüge noch den Anforderungen des § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO. Eine möglichst schnelle Klärung sei geboten und rechtfertige den Sofortvollzug, da die Unterbringung des Antragstellers in der Aufnahmeeinrichtung Feuerbergstraße mit nicht unerheblichen Kosten verbunden sei.

Auf die Beschwerde des nunmehr durch einen Rechtsanwalt vertretenen Antragstellers vom selben Tag hat das Beschwerdegericht ebenfalls noch am 7. Dezember 2010 einen sog. Hängebeschluss erlassen. Der Antragsteller macht zur Begründung seiner Beschwerde im Wesentlichen geltend: Es gebe für die Maßnahme keine Rechtsgrundlage. Weder berechtige § 62 SGB I die Antragsgegnerin zum Erlass eines Verwaltungsaktes noch sei er aufgrund dieser Norm verpflichtet an einer Röntgenuntersuchung mitzuwirken. Die Voraussetzungen, unter denen nach § 25 RöntgenVO Röntgenbilder angefertigt werden dürften, lägen nicht vor.

Die Antragsgegnerin trägt zur Erwiderung vor: Sie gehe davon aus, dass es sich bei der Aufforderung nach § 62 SGB I, sich einer ärztlichen Untersuchung zu unterziehen, nicht lediglich um eine nicht gesondert anfechtbare Vorbereitungsmaßnahme, sondern um einen eigenständigen Verwaltungsakt handle. Die Aufforderung begründe eine Pflicht, an der Untersuchung teilzunehmen, also ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis. Zwar könne die Teilnahme nicht mit Mitteln des Verwaltungszwanges durchgesetzt werden. An die Nichtteilnahme knüpfen sich gleichwohl Folgen, insbesondere die des § 66 SGB I. Das Verlangen des Sozialleistungsträgers nach § 62 SGB I entfalte daher eine eigenständige Regelungswirkung, es sei daher ein Verwaltungsakt im Sinne des § 31 SGB X gegeben. Der Bescheid sei auch materiell rechtmäßig. Entgegen der vom Antragsteller vertretenen Auffassung stelle eine Untersuchung nach § 62 SGB I einen „sonstigen durch Gesetz vorgesehenen oder zugelassenen Fall“ im Sinne des § 25 RöntgenVO dar.

Eine Untersuchung des Antragstellers hat bisher nicht stattgefunden.

II.

Dem Antragsteller ist gemäß § 114 ZPO i.V.m. § 166 VwGO Prozesskostenhilfe unter Beförderung seines Verfahrensbevollmächtigten zu bewilligen, weil die Rechtsverfolgung aus den nachfolgend aufgeführten Gründen hinreichende Aussicht auf Erfolg hat und der Antragsteller nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht aufbringen kann.

III.

Die Beschwerde ist zulässig und 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 der Russischen Föderation 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 nach dem Kenntnisstand des Eilverfahrens ferner von einer Entgegennahme von Sozialleistungen im Sinne von § 36 Abs. 1 SGB I durch den Antragsteller auszugehen. Zwar könnten nach der Systematik des SGB VIII Bedenken bestehen, ob die – vom Antragsteller ausdrücklich begehrte – Inobhutnahme unbegleiteter ausländischer Kinder und Jugendlicher nach § 42 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB VIII (auch) als Gewährung von Sozialleistungen (§ 11 SGB I) zu qualifizieren ist. Die Jugendhilfe umfasst nach § 2 Abs. 1 SGB VIII Leistungen und andere Aufgaben zugunsten junger Menschen und Familien. Zu den in § 2 Abs. 2 SGB VIII aufgezählten Leistungen gehört die Inobhutnahme indes nicht; sie wird erst im dritten Absatz (dort Nr. 1) als andere Aufgabe der Jugendhilfe genannt. Mit dem Begriff „andere Aufgaben“ werden grundsätzlich solche Funktionen der Jugendhilfe bezeichnet, durch die 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 auch ein korrespondierender Leistungsanspruch des Kindes oder Jugendlichen gemäß § 42 Abs. 1 SGB VIII (kritisch allerdings Röchling in: LPK-SGB VIII, 3. Aufl., § 42 Rn. 22 ff. m.w.N.) sowie auf die Gewäh-

zung der Hilfen nach § 42 Abs. 2 Satz 3 SGB VIII. Insoweit liegt 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 (Tillmanns in: Münchener Kommentar zum BGB, a.a.O.).

Dies gilt erst recht im Falle des Antragstellers. Obwohl es sich bei einer Inobhutnahme nach § 42 SGB VIII – jedenfalls in erster Linie – um einen belastenden Verwaltungsakt handelt, mit dem u.a. die vorläufige Ausübung der elterlichen Sorge und der Aufenthalt des Kindes oder Jugendlichen bestimmt werden (Winkler in: BeckOK, SGB VIII, § 42 Rn. 32, 34), stellt sie sich für den Antragsteller im Wesentlichen als Begünstigung dar, die er durch seinen Widerspruch erhalten will.

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 (Hauck/Noftz, SGB I, 23. Lfg. X/2003, § 36 Rn. 16 m.w.N.).

b) Der Antragsteller ist durch seinen 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 begründet.

Das Verwaltungsgericht hat den Antrag des Antragstellers auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes zu Unrecht abgelehnt. Der Antrag ist zulässig: ihm ist auch in der Sache zu entsprechen.

a) Der Antrag ist nach § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 2 VwGO zulässig.

aa) Er ist statthaft, weil er die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Widerspruchs gegen einen Verwaltungsakt zum Gegenstand hat. Der mit Widerspruch angegriffene „Bescheid über die Untersuchung zur Altersfeststellung“ ist seinerseits ein

Verwaltungsakt. Der Rechtsschutz richtet sich grundsätzlich nach der von der Behörde gewählten Handlungsform (BVerwG, Urt. v. 1.10.1963, BVerwGE 18, 1. juris Rn. 60; stRspr.).

Danach ist von einem Verwaltungsakt auszugehen. Es besteht zwar, wie noch auszuführen sein wird (vgl. unten b)), keine Befugnis zum Erlass eines Verwaltungsakts. Wohl aber liegt eine Regelung vor, die der Form nach als Verwaltungsakt erlassen worden ist. Neben der Überschrift sprechen bereits die angegebene Rechtsbehelfsbelehrung und vor allem die Anordnung der sofortigen Vollziehung für das Vorliegen eines Verwaltungsakts. Inhaltlich ist die Maßnahme darauf gerichtet, die Mitwirkungspflichten des Antragstellers im Einzelfall mit unmittelbarer Rechtswirkung nach außen festzulegen, also zu regeln. Überdies hat die Antragsgegnerin die gewählte Handlungsform im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes erst- und zweitinstanzlich ausdrücklich verteidigt. Damit ist der Antragsteller dem Risiko ausgesetzt, dass ihm die Bestandskraft des Bescheides oder seine sofortige Vollziehbarkeit entgegengehalten werden könnte, woraus sich unabhängig von der materiellen Rechtslage eine Pflicht zur Mitwirkung insbesondere an einer Röntgenuntersuchung ergäbe.

Diese Gefahr besteht auch deshalb, weil der Gesetzgeber des Sozialgesetzbuches selbst an anderer Stelle die von der Antragsgegnerin angenommene rechtliche Konstruktion – durch Verwaltungsakt begründete bzw. konkretisierte Mitwirkungspflichten – in Betracht zieht. Nach § 309 Abs. 1 Satz 1 SGB III hat sich der Arbeitslose während der Zeit, für die er Anspruch auf Arbeitslosengeld erhebt, bei der Agentur für Arbeit oder einer sonstigen Dienststelle der Bundesagentur persönlich zu melden oder zu einem ärztlichen oder psychologischen Untersuchungstermin zu erscheinen, wenn die Agentur für Arbeit ihn dazu auffordert (allgemeine Meldepflicht). Die hieran anknüpfende Regelung in § 336 a Satz 1 Nr. 4 SGB III legt den Gedanken nahe, dass diese Aufforderung vom Gesetzgeber als Verwaltungsakt verstanden worden sein könnte (vgl. BSG, Urt. v. 19.1.2005, B 11a/11 AL 39/04 R, juris Rn. 25; Urt. v. 17.12.2002, B 7 AL 18/02 R, juris Rn. 12). Denn nach § 336 a Satz 1 Nr. 4 SGB III entfällt die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Klage bei Aufforderungen nach § 309 SGB III, sich bei der Agentur für Arbeit oder einer sonstigen Dienststelle der Bundesagentur persönlich zu melden.

Im Übrigen fehlt es auch nicht an der für einen Verwaltungsakt gemäß § 31 SGB I erforderlichen Außenwirkung. Zwar dürfte mit der Inobhutnahme zwischen dem Jugendamt und dem Kind oder Jugendlichen ein Verhältnis begründet werden, das von besonderen Rechten und Pflichten geprägt ist und das insofern den anerkannten Sonderstatusverhältnissen (z.B. Anstaltsnutzungsverhältnis) vergleichbar ist. Hier geht es jedoch trotz der bereits erfolgten Aufnahme des Antragstellers in einer Einrichtung der Jugendhilfe noch um die Frage, ob überhaupt eine Inobhutnahme erfolgt und demzufolge das damit verbundene Sonderstatusverhältnis begründet werden soll. Die Anordnung der Antragsgegnerin richtet sich demzufolge nicht an den Antragsteller in seiner Eigenschaft als schon in Inobhut-Genommenen.

bb) Handelt es sich um einen Verwaltungsakt, kann der Anfechtbarkeit § 44a Satz 1 VwGO, wonach Rechtsbehelfe gegen behördliche Verfahrenshandlungen nur gleichzeitig mit den gegen die Sachentscheidung zulässigen Rechtsbehelfen geltend gemacht werden können, nicht entgegenstehen (Stelkens in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 20. Ergänzungslieferung 2010, § 44a Rn. 21-23. str.). Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Behörde – wie im vorliegenden Fall – eine ausdrückliche Regelung treffen will und selbst davon ausgeht, dass sie sofort vollziehbar und gegebenenfalls bestandskräftig sein kann. Welche rechtlichen Wirkungen von Verfahrenshandlungen dieser Rechtsqualität für den Rechtsschutz ausgehen, ist umstritten (vgl. die Nachweise bei Stelkens in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Auflage 2008, § 35 Rn. 152). Die damit einhergehenden Zweifel hinsichtlich Vollstreckbarkeit und Bestandskraft können nicht zu Lasten des Bürgers gehen.

cc) Dem Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes fehlt nicht das allgemeine Rechtsschutzinteresse, weil der mit Schreiben vom 1. Dezember 2010 für die Untersuchung bestimmte Termin, der 8. Dezember 2010, verstrichen ist. Erledigung durch Zeitablauf (vgl. § 39 Abs. 2 SGB X) ist hinsichtlich der Untersuchungsanordnung nicht eingetreten. Es fehlt an einem erledigenden Freignis. Erledigung durch Zeitablauf hätte allenfalls dann eintreten können, wenn die Minderjährigkeit ausgehend von dem vom Antragsteller behaupteten Alter mit Vollendung des achtzehnten Lebensjahres entfallen wäre. Dies ist aber nicht der Fall. Dem auf den 8. Dezember 2010 bestimmten Untersuchungstermin kommt nach dem Inhalt des Schreibens vom 1. Dezember 2010, wie es der Antragsteller verstehen musste, keine eigenständige Bedeutung zu. Die Angabe eines

Termins sollte nur die Erfüllung der zeitlich unbegrenzten Mitwirkungspflicht erleichtern. Die Antragsgegnerin hat dementsprechend mit Schriftsatz 13. Dezember 2010 das Verfahren nicht in der Hauptsache für erledigt erklärt, sondern u.a. ausgeführt, eine Röntgenuntersuchung stelle im Rahmen des § 65 SGB I keinen erheblichen Eingriff dar. Damit hat die Antragsgegnerin zu erkennen gegeben, dass sie sich bei dem anstehenden Verfahren nach § 66 SGB I auf die Vollziehbarkeit des Bescheides vom 19. November 2010 berufen will. Folglich führt eine Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs zu einer Verbesserung der Rechtsposition des Antragstellers. Die Antragsgegnerin kann sich im Rahmen von § 66 SGB I nicht mehr auf die sofortige Vollziehbarkeit einer im Einzelfall angeordneten Mitwirkungspflicht berufen.

b) Der Antrag nach § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 2 VwGO hat auch in der Sache Erfolg.

Mit seiner Beschwerde begründung, auf die gemäß § 146 Abs. 4 Satz 3 und 6 VwGO abzustellen ist, hat der Antragsteller die Entscheidung des Verwaltungsgerichts hinreichend in Zweifel gezogen. Der Antragsteller hat zutreffend darauf abgestellt, dass die Antragsgegnerin entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts ihn nicht durch Verwaltungsakt zur Mitwirkung an einer körperlichen Untersuchung verpflichten durfte und deshalb auch der Sofortvollzug nicht gerechtfertigt sein kann.

Der Antrag ist begründet.

Das Interesse des Antragstellers an der Aussetzung der Vollziehung überwiegt das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung des Bescheides vom 19. November 2010, das die Antragsgegnerin nicht mehr in der Ermittlung eines Handlungsbedarfs nach § 42 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII, sondern nunmehr darin sieht, einer Fehlbelegung knapper und mit hohen Kosten verbundener Unterbringungskapazität durch einen möglicherweise bereits Volljährige zu begegnen (Schriftsatz v. 13.12.2010).

Ein öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung entfällt, wenn der vom Antragsteller erhobene Widerspruch gegen den Bescheid voraussichtlich Erfolg hat. Davon ist auszugehen. Der angefochtene Bescheid ist rechtswidrig, weil ihm die erforderliche rechtliche Grundlage fehlt.

Soweit ein Verwaltungsakt gegenüber einer Privatperson erlassen werden soll, gebietet der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes, dass der Einsatz der Handlungsform Verwaltungsakt als solcher gesetzlich vorgesehen ist, wenn eine für den Adressaten oder sonstige Betroffene ungünstige Entscheidung getroffen werden soll. Denn die potentielle Vollstreckbarkeit und Bestandskraft des Verwaltungsakts legt dem Betroffenen die Anfechtungslast auf, so dass schon die Verwendung der Handlungsform als solche in dessen Rechte eingreift (Stelkens in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Auflage 2008, § 35 Rn 25 m.w.N.).

Der Antragsgegnerin fehlt nach dem genannten Grundsatz die rechtliche Befugnis, die Aufforderung nach Ziffer 1 des Bescheides vom 19. November 2010 in der Form eines Verwaltungsakts an den Antragsteller zu richten. Eine solche Befugnis ergibt sich nicht aus dem von der Antragsgegnerin angeführten – und allein in Betracht kommenden – § 62 SGB I. Wer Sozialleistungen beantragt oder erhält, soll sich nach § 62 SGB I auf Verlangen des zuständigen Leistungsträgers ärztlichen und psychologischen Untersuchungsmaßnahmen unterziehen, soweit diese für die Entscheidung über die Leistung erforderlich sind. Diese Bestimmung berechtigt nicht zum Erlass eines Verwaltungsaktes im Sinne von § 31 SGB X. Ein Verwaltungsakt kommt als Handlungsform schon deshalb nicht in Betracht, weil die in Rede stehende Verhaltenserwartung – nur – als Last des leistungsberechtigten Bürgers, nicht jedoch als eine erzwingbare Rechtspflicht ausgeprägt ist. Daher ist das Verlangen gesetzlich als „Realakt“ konzipiert. Er dient erst der Vorbereitung einer verbindlichen behördlichen Entscheidung über die Leistung (Hase in: BeckOK, SGB I, Stand: 1.9.2010, § 61 Rn. 5 und § 61 Rn. 3 m.w.N.: zweifelnd an einer Befugnis zum Erlass eines Verwaltungsakts hinsichtlich § 61 SGB I auch BSG, UrL. v. 20.3.1980, 7 RAR 21/79, juris Rn. 26). Dies folgt aus einer Auslegung der Vorschrift. Im Einzelnen:

Aus dem Wortlaut der Regelung und ihrer Entstehungsgeschichte ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass sie die Behörde zum Erlass eines Verwaltungsakts ermächtigen. Gerichtet ist die Norm vorrangig nicht an die Verwaltung, sondern an denjenigen, der Sozialleistungen beantragt oder erhält. § 62 SGB I ist dabei bewusst als Sollvorschrift ausgestaltet worden. Die Formulierung „soll“ macht deutlich, dass vom Bürger zwar erwartet, aber nicht erzwungen werden kann, sich ärztlichen und psychologischen Untersuchungsmaßnahmen zu unterziehen (vgl. BT-Drucks 7/868, Begründung zu Art. I § 61, S. 33 die auf § 62 SGB I verweist: BSG, UrL. v. 20.3.1980, 7 RAR 21/79, juris Rn. 26).

Die Annahme, § 62 SGB I berechne zum Erlass eines Mitwirkungspflichtigen konkretisierenden Verwaltungsakts, wäre überdies mit der Systematik des Gesetzes nicht vereinbar. Der Gesetzgeber verfolgt mit den §§ 65, 66 und 67 SGB I ein anderes Handlungsprogramm. Er hat einen eigenständigen Sanktionsmechanismus bei fehlender oder unzureichender Mitwirkung geschaffen. Dieser kennt keine zwangsweise durchsetzbare Mitwirkungspflicht, sondern knüpft mögliche Rechtsfolgen daran, ob eine gebotene Mitwirkung unterblieben ist (vgl. BSG, Urt. v. 22.2.1995, BSGE 76, 18, juris Rn. 29).

Soweit die Antragsgegnerin und das Verwaltungsgericht ihre gegenteilige Rechtsansicht auf die Kommentierung von Hauck/Noftz (SGB I, K § 62, Rn. 12, wohl in der Fassung der 16. Lfg. II/97) stützen, vermag dies nicht zu überzeugen. Die Rechtsauffassung in der von der Antragsgegnerin und dem Verwaltungsgericht herangezogenen Kommentierung ist mit der Neuaufgabe dahin revidiert worden, das Verlangen der Behörde sei kein Verwaltungsakt, da selbst der Hinweis nach § 66 Abs. 3 SGB I keine Klarheit darüber verschaffe, ob die Rechtsfolgen des § 66 SGB I tatsächlich einträten (Hauck/Noftz, SGB I, 33. Lfg. XII/10, K § 62, Rn. 7). Den Regelungscharakter der behördlichen Anordnung mit der Einschätzung zu bejahen, es werde eine Pflicht von erheblichem Gewicht begründet, deren Verletzung die Rechtsnachteile des § 66 SGB I nach sich ziehen könne (so noch Hauck/Noftz, SGB I, 16. Lfg. II/97 K § 62, Rn. 12), dürfte auf eine unzutreffende Prämisse hindeuten. Einen Rechtssatz, bei erheblichem Gewicht einer durch behördliche Anordnung begründeten Rechtspflicht und den mit einer Verletzung dieser Pflicht verbundenen Rechtsnachteilen erfolge ein Handeln des Hoheitsträgers durch Verwaltungsakt, gibt es nicht. Beispielhaft kann hier auf die rechtsähnliche Aufforderung gem. §§ 11 ff. FeV zur Vorlage eines Gutachtens einer medizinisch-psychologischen Untersuchungsstelle (sog. MPU-Anordnung, OVG Hamburg, Beschl. v. 22.5.2002, ZfSch 2003, 262, juris Rn. 2; zum aiten Recht - § 15 b Abs. 2 StVZO a.F.: BVerwG, Beschl. v. 17.05.1994, 11 B 157/93, DAR 1994, 372, juris Rn. 4) verwiesen werden. Gleiches gilt die Aufforderung zur Vorlage eines amtsärztlichen Attests im Prüfungsverfahren (BVerwG, Beschl. v. 27.8.1992, NVwZ-RR 1993, 252, juris Rn. 3) und zur „polizeiärztlichen Untersuchung“ zur Feststellung einer posttraumatischen Belastungsstörung im Asylverfahren (VG Berlin, Gerichtsbescheid v. 3.4.2000, 27 F 83/99, NVwZ 2001, 232). In all diesen Fällen liegt ebenfalls kein Verwaltungsakt vor.

Das Gebot des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) verlangt nicht ausnahmsweise ein Handeln durch Verwaltungsakt. Es würde mit dieser Handlungsform vielmehr den Beteiligten ein weiteres Verwaltungsvorhaben auferlegt, dessen Gegenstand der Sache nach eine bloße behördliche Verfahrenshandlung im Sinne von § 44a Satz 1 VwGO darstellte und die eigentliche Regelung des Lebenssachverhalts durch eine Entscheidung der Behörde nach § 66 SGB I ohne rechtfertigenden Grund verzögerte. Denn es ist dem Bürger zumutbar, den Erlass einer nach § 66 Abs. 1 Satz 1 SGB I in das behördliche Ermessen gestellten Regelung (durch Verwaltungsakt) abzuwarten und gegebenenfalls gegen sie Rechtsschutz zu suchen. Das Gesetz sieht bei Nichterfüllung der Mitwirkungspflicht keinen zwangsläufigen und vollständigen Verlust des Leistungsrechts vor. Die unterlassene Mitwirkung ist nur relevant, wenn die Aufklärung des Sachverhalts erheblich erschwert und die Voraussetzungen der Leistung nicht nachgewiesen sind. Erst dann ist der Behörde ein Ermessen eröffnet, ob und ggf. in welchem Umfang sie ohne weitere Ermittlungen die Leistung bis zur Nachholung der Mitwirkung ganz oder teilweise versagt oder entzieht. Der Bürger hat eine Sanktion zudem nur im Falle eines ordnungsgemäßen Hinweises nach § 66 Abs. 3 SGB I zu gegenwärtigen, kann sich also stets auf eine mögliche staatliche Reaktion einstellen. Sollte sich seine Weigerung als unberechtigt erweisen, kann er überdies durch Nachholung der Handlung nicht nur eine Aufhebung des Entziehungsbescheides für die Zukunft, sondern auch eine Ermessensentscheidung über die nachträgliche Erbringung der entzogenen Sozialleistungen erwirken (BSG a.a.O., Rn. 38).

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

Pradel

Wiemann

Busche