

1. Eine unbegleitete ausländische Person kann vorläufig zur Altersfeststellung in Obhut genommen werden.
2. Die vorläufige Inobhutnahme erledigt sich durch den Erlass einer endgültigen Ablehnungsentscheidung.
3. Gegen die Ablehnungsentscheidung ist vorläufiger Rechtsschutz ausnahmsweise nach § 80 Abs. 5 VwGO zu gewähren.
4. § 42f Abs. 3 SGB VIII (juris: SGB 8) erfasst auch anhängige Widersprüche und Klagen, die vor dem 01.11.2015 erhoben worden sind.

(Amtliche Leitsätze)

2 B 221/15, 2 PA 223/15

Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

Beschluss vom 18.11.2015

T e n o r

Die Beschwerden des Antragstellers gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen – 3. Kammer – vom 17.09.2015 sowie gegen den die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das erstinstanzliche Verfahren versagenden Beschluss des Verwaltungsgerichts – 3. Kammer – vom 17.09.2015 werden zurückgewiesen.

Der Antragsteller trägt die Kosten der Beschwerdeverfahren. Im Beschwerdeverfahren gegen die Versagung von Prozesskostenhilfe werden außergerichtliche Kosten nicht erstattet.

Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe und Beordnung von Rechtsanwältin D. für das Beschwerdeverfahren wird abgelehnt.

G r ü n d e

I.

Der Antragsteller begehrt seine Inobhutnahme nach § 42 SGB VIII.

Er meldete sich am 24.05.2015 in der Erstaufnahmeeinrichtung für Asylbewerber und Flüchtlinge und gab dort seine Personalien mit A. K. C., geboren am ...1998 in B..., Gambia an. Am 02.06.2015 fand ein sogenanntes Erstgespräch mit dem Antragsteller und zwei Jugendamtsmitarbeitern der Antragsgegnerin zur Alterseinschätzung statt. Dort gab der Antragsteller an, im Dezember 2014 über den Senegal, Mali, Burkina Faso, Niger, Libyen und Italien - dort über Sizilien, Rom und Mailand - nach Deutschland gereist zu sein. Aufgrund der äußeren Merkmale wie Stimmlage, Stirnfalten, Bartwuchs (graue Bartstoppeln), Gesichtszüge, Hände und Körperbau sowie des Verhaltens des Antragstellers im Gespräch kamen die Jugendamtsmitarbeiter übereinstimmend zu der Einschätzung, dass es sich bei dem Antragsteller um eine volljährige Person handele.

Mit Bescheid vom 02.06.2015 lehnte das Amt für Soziale Dienste eine Inobhutnahme ab. Am 08.06.2015 wurde der Antragsteller erkenntnisdienlich behandelt. Die EURODAC-Recherche ergab, dass er bereits am 01.07.2014 in Malta einen Asylantrag gestellt hatte.

Gegen den Bescheid vom 02.06.2015 legte der Antragsteller am 01.07.2015 Widerspruch ein. Am 20.07.2015 legte er eine Geburtsurkunde mit dem Geburtsdatum 08.12.1997 vor.

Am 28.08.2015 hat der Antragsteller beim Verwaltungsgericht Bremen beantragt,

die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs vom 01.07.2015 gegen den Bescheid vom 02.06.2015 wiederherzustellen und die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Inobhutnahme fortzusetzen.

Zugleich hat er beantragt, ihm Prozesskostenhilfe unter Beiordnung der Prozessbevollmächtigten zu gewähren.

Mit Beschluss vom 17.09.2015, zugestellt am 22.09.2015, hat das Verwaltungsgericht den Eilantrag abgelehnt. Da Regelungsgegenstand die Ablehnung und nicht die Aufhebung der Inobhutnahme sei, sei Eilrechtsschutz nach § 123 Abs. 1 VwGO zu gewähren. Es sei nicht erkennbar, dass vor Erlass des Bescheides am 02.06.2015 bereits eine Inobhutnahme des Antragstellers durch die Antragsgegnerin verfügt worden sei und der Antragsteller damit eine schützenswerte Position erlangt haben könnte, die ihm nur durch eine Aufhebungsentscheidung nach § 45 SGB X wieder entzogen werden könne. Dagegen spreche, dass zeitnah nach der Meldung des Antragstellers in der Erstaufnahmeeinrichtung am 24.05.2015 das Altersüberprüfungsverfahren eingeleitet und der angefochtene Bescheid vom 02.06.2015 erlassen worden seien und darüber hinaus in der behördeninternen Korrespondenz sowie im Schriftwechsel mit dem Familiengericht nur von Jugendhilfemaßnahmen „analog § 42 SGB VIII“ die Rede sei. Der Antragsteller habe nicht glaubhaft gemacht, dass er noch minderjährig sei. Zwar treffe es zu, dass eine Alterseinschätzung allein aufgrund bestimmter äußerlicher körperlicher Merkmale für sich genommen keine ausreichende Grundlage darstelle, sondern die Feststellung des Alters regelmäßig eine medizinische Altersdiagnostik voraussetze. Dies gelte aber nur, solange nicht offensichtlich sei oder belastbare Nachweise / Angaben dafür vorlägen, dass die Angabe des Betroffenen, er sei minderjährig, unzutreffend sei. So liege der Fall hier. Gegen die Glaubhaftigkeit des Antragstellers spreche zunächst, dass er widersprüchliche Angaben zu seinem Geburtsdatum gemacht habe. Widersprüchlich seien auch seine Angaben zum Zeitpunkt des Verlassens seines Herkunftslandes und zum Reiseweg. Der Geburtsurkunde komme kein belastbarer Beweiswert zu. Zudem böte nach den Erfahrungen der deutschen Botschaft Dakar die Echtheit einer Urkunde keinerlei Gewähr für ihre inhaltliche Richtigkeit.

Mit Beschluss vom selben Tage hat das Verwaltungsgericht auch den Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe abgelehnt.

Gegen beide Beschlüsse hat der Antragsteller am 06.10.2015 Beschwerde eingelegt. Die Grundverfügung vom 02.06.2015 sei rechtswidrig, weil ihr eine fehlerhafte Ermessensentscheidung zugrunde liege. Bei den vorliegenden Zweifeln hätte eine Inobhutnahme erfolgen müssen. Auch sei er bereits in Obhut genommen worden. Am 27.05.2015 seien ihm Jugendhilfeleistungen zugesprochen worden. Mit Bescheid vom 11.06.2015 sei eine weitere Kostenzusicherung erfolgt. Er sei ins Flüchtlingszelt aufgenommen worden.

Inzwischen werde er beschult. Die Inobhutnahme entspreche auch dem Handlungsleitfaden der Antragsgegnerin, nach dem bei Zweifeln von der Minderjährigkeit auszugehen und die Inobhutnahme durchzuführen sei. Der Bescheid sei daher zurückzunehmen gewesen. Die Anhörungsverfahren zur Altersfeststellung befassten sich nur rudimentär mit dem jeweiligen Flüchtling. Sie würden im 10-Minuten-Takt durchgeführt. Ein ausführliches Gespräch über die Fluchtgeschichte sei nicht geführt worden. Es widerspreche einem fairen Verfahren, ihm eine Frist zur Vorlage der Geburtsurkunde einzuräumen, aber dann am Tag der Erstanthörung einen Ablehnungsbescheid zu erlassen. Die Flüchtlinge würden ohne Vorankündigung zur Erstanthörung abgeholt. Äußere Merkmale könnten keine berechtigten Zweifel an der Aussagefähigkeit der Geburtsurkunde begründen. Eine Alterseinschätzung allein aufgrund bestimmter äußerlicher und körperlicher Merkmale sei für sich genommen keine ausreichende Grundlage. Er sei nicht sofort nach seiner Geburt registriert worden. Sein Vater habe ihn irgendwann registrieren lassen. Geburtsurkunden sowie das Alter selbst seien in Gambia nicht so wichtig, so dass er Schwierigkeiten gehabt habe, sein exaktes Geburtsdatum zu nennen. Auch die Fluchtgeschichte könne nicht als widersprüchlich herangezogen werden. Die Zweifel an der Echtheit der Urkunde vermöchten nicht zu überzeugen. Nur weil die Botschaft in Dakar 2006 eine Legalisation von öffentlichen Urkunden nicht erbringen könne, könne nicht auf mangelnde Echtheit der Urkunde geschlossen werden. Der Antragsteller macht weitere Angaben, wie es zu der Altersangabe gekommen ist, und zu seinem Fluchtweg.

II.

1. Die Beschwerde ist zulässig.

Der Antragsteller ist bei unterstellter Minderjährigkeit für den Gegenstand des Verfahrens als prozessfähig anzusehen. Nach § 62 Abs. 4 VwGO i. V. m. § 55 ZPO ist ein Ausländer, dem nach dem Recht seines Landes die Prozessfähigkeit mangelt, prozessfähig, wenn ihm nach dem Recht des Prozessgerichts die Prozessfähigkeit zusteht. Minderjährige sind gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 2 VwGO in eigenen Sachen prozessfähig, soweit sie durch Vorschriften des bürgerlichen oder des öffentlichen Rechts für den Gegenstand des Verfahrens als geschäftsfähig anerkannt sind. Der Antragsteller ist gemäß § 36 Abs. 1 Satz 1 SGB I partiell handlungs- und infolgedessen im vorliegenden Verfahren prozessfähig. Nach § 36 Abs. 1 Satz 1 SGB I kann Anträge auf Sozialleistungen stellen und verfolgen sowie Sozialleistungen entgegennehmen, wer das fünfzehnte Lebensjahr vollendet hat. Allerdings handelt es sich bei der Inobhutnahme nach § 42 Abs. 1 SGB VIII nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht um eine Sozialleistung im Sinne von § 11 SGB I (BVerwG, Urteil vom 11.07.2013 - 5 C 24/12 -, BVerwGE 147, 170-184). Die Inobhutnahme verleiht dem Kind oder Jugendlichen jedoch einen Anspruch darauf, in einer Jugendhilfeeinrichtung aufgenommen, gepflegt und betreut zu werden (BVerwG, Urteil vom 11.07.2013 - 5 C 24/12 -, a.a.O.). Insoweit ist von einer Sozialleistung im Sinne des § 11 SGB I auszugehen. Auch wenn es sich bei einer Inobhutnahme nach § 42 Abs. 1 SGB VIII um einen Verwaltungsakt handelt, der auch belastende Wirkungen hat (BVerwG, Urteil vom 11.07.2013 - 5 C 24/12 -, a.a.O.), geht es für den Antragsteller im Wesentlichen um die mit der Inobhutnahme verbundenen Begünstigungen, die er mit seinem Antrag erhalten möchte. Der Senat schließt sich insoweit der Auffassung des Verwaltungsgerichts und der überwiegenden Rechtsprechung an (vgl. HambOVG, Beschluss

vom 23.12.2010 - 4 Bs 243/10 -, juris; Beschluss vom 09.02.2011 - 4 Bs 9/11 -, juris; sowie die Nachweise in dem angefochtenen Beschluss des Verwaltungsgerichts). Das Schutzinteresse des Minderjährigen wird dadurch gewahrt, dass die aus § 36 Abs. 1 Satz 1 SGB I folgende Handlungsfähigkeit die Befugnisse gesetzlicher Vertreter nicht völlig verdrängt, sondern ergänzend neben die gesetzliche Vertretungsmacht tritt (BSG, Urteil vom 11.12.2008 - B 9/9a VG 1/07 R -, SozR 4-3100 § 60 Nr. 5). Zudem kann die Handlungsfähigkeit nach § 36 Abs. 1 Satz 1 SGB I gemäß § 36 Abs. 2 Satz 1 SGB I vom gesetzlichen Vertreter durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Leistungsträger eingeschränkt werden.

Der Antragsteller ist durch seine Verfahrensbevollmächtigte nach § 67 Abs. 4 Satz 3 VwGO ordnungsgemäß vertreten. Prozessvollmacht kann erteilen, wer zur Vornahme von Verfahrenshandlungen fähig ist (BVerwG, Beschluss vom 28.06.1983 - 1 CB 8/81 -, juris).

2. Die Beschwerde ist unbegründet. Die mit der Beschwerde dargelegten Gründe, auf deren Überprüfung das Oberverwaltungsgericht gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, ergeben nicht, dass das Verwaltungsgericht zu Unrecht die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes abgelehnt hätte.

Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts ist der Antrag nach § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 1 VwGO statthaft. Der Antragsteller ist in Obhut genommen worden (a.), die Inobhutnahme war vorläufig, die vorläufige Inobhutnahme hat sich durch den Ablehnungsbescheid vom 02.06.2015 erledigt (b., c.), einstweiliger Rechtsschutz gegen den die vorläufige Inobhutnahme beendenden Ablehnungsbescheid vom 02.06.2015 ist ausnahmsweise im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO zu gewähren (d.), die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen den Ablehnungsbescheid vom 02.06.2015 ist nachträglich entfallen.

a. Der Antragsteller ist am 24.05.2015 in Obhut genommen worden. Nach § 42 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB VIII ist das Jugendamt berechtigt und verpflichtet, ein ausländisches Kind oder einen ausländischen Jugendlichen in seine Obhut zu nehmen, wenn das Kind oder der Jugendliche unbegleitet nach Deutschland kommt und sich weder Personensorge- noch Erziehungsberechtigte im Inland aufhalten. Die Inobhutnahme ist ein Verwaltungsakt im Sinne des § 31 Satz 1 SGB X (BVerwG, Urteil vom 11.07.2013 - 5 C 24/12 -, a.a.O.). Sie kann auch konkludent erklärt werden (vgl. Happe/Saurbier, in: Jans/Happe/Saurbier, KJHG, § 42 Rn. 74; BayVGH, Beschluss vom 20.01.2014 - 12 ZB 12.2766 -, juris). Aufgrund der Aufnahme des Antragstellers in einer Jugendhilfeeinrichtung sowie der Gewährung von Jugendhilfeleistungen und der Einleitung weiterer Maßnahmen wie der Übernahme der Vertretung des Antragstellers und der Bitte an das Familiengericht, das Ruhen der elterlichen Sorge festzustellen und einen Vormund zu bestellen, ist davon auszugehen, dass der Antragsteller bis zu einer weiteren Überprüfung seines Alters in Obhut genommen worden ist. Die Aufnahme des Antragstellers in einer Jugendhilfeeinrichtung und seine Erstversorgung dienen erkennbar dem Zweck, bei unterstellter Minderjährigkeit einer etwaigen Hilflosigkeit des Antragstellers bis zur Klärung seines Alters durch die staatliche Inobhutnahme vorzubeugen. Dies entspricht der Verfahrensweise, die in den von der Senatorin für Soziales, Kinder, Jugend und Frauen herausgegebenen „Qualitätsstandards – Unbegleitete

minderjährige Flüchtlinge in Bremen, Erstkontakt und Unterbringung“ (Stand September 2013) beschrieben ist. Danach soll zur Altersfeststellung auf die Angaben in gültigen vorliegenden Ausweisapapieren zurückgegriffen werden. Liegen keine Ausweisapapiere vor, ist zunächst die Selbstauskunft maßgebend. Bestehen hierbei Zweifel an der Minderjährigkeit, so ist eine Inobhutnahme trotzdem angezeigt, wenn für diese zumindest eine ausreichende Wahrscheinlichkeit besteht (Seite 12). Nach den „Qualitätsstandards“ dient die Feststellung des Alters eines jungen Menschen in aller Regel der Klärung, ob überhaupt eine der Voraussetzungen für eine Inobhutnahme – nämlich die Minderjährigkeit – vorliegt. Grundsätzlich hat die Klärung des Sachverhalts zu erfolgen, bevor hieran Rechtsfolgen geknüpft werden. Das heißt die Alterseinschätzung ist vor der Inobhutnahme durchzuführen. Nur wenn dies nicht möglich ist, ist im Zweifel von einer Minderjährigkeit auszugehen, die Inobhutnahme durchzuführen und im Rahmen der Inobhutnahme die Alterseinschätzung vorzunehmen (Seite 14). Danach gehen auch die „Qualitätsstandards“ davon aus, dass aus Gründen eines effektiven Minderjährigenschutzes die Inobhutnahme angezeigt sein kann und die nach eigenen Angaben minderjährige Person bis zur Altersfeststellung auch als solche behandelt wird und die danach erforderlichen Leistungen erhält.

Nach den „Qualitätsstandards“ ist der unbegleitete minderjährige Flüchtling aber nicht in jedem Fall in Obhut zu nehmen, sondern es kann auch eine Unterbringungsform gewählt werden, die den allgemeinen Maßstäben des SGB VIII zum Kindeswohl entsprechen muss. Es ist vorliegend aber nicht erkennbar, dass die Antragsgegnerin eine solche Unterbringungsform gewählt und/oder die Inobhutnahme von vorneherein wegen einer ohne jeden Zweifel bestehenden und offensichtlichen Volljährigkeit abgelehnt hätte.

Auch die seit dem 01.11.2015 geltende Rechtslage geht davon aus, dass bei Zweifeln an der Minderjährigkeit eine (vorläufige) Inobhutnahme erfolgt. Die Gewährung von nur „analogen Leistungen“ nach § 42 SGB VIII hat der Gesetzgeber nicht vorgesehen, sondern die vorläufige Inobhutnahme, in deren Rahmen das Jugendamt die Minderjährigkeit der ausländischen Person durch Einsichtnahme in deren Ausweisapapiere festzustellen oder hilfsweise mittels einer qualifizierten Inaugenscheinnahme einzuschätzen und festzustellen und auf Antrag des Betroffenen oder seines Vertreters oder von Amts wegen in Zweifelsfällen eine ärztliche Untersuchung zur Altersbestimmung zu veranlassen hat (§ 42 Buchst. f SGB VIII).

b. Die Inobhutnahme hat sich mit dem Ablehnungsbescheid vom 02.06.2015 erledigt. Gemäß § 39 SGB X bleibt ein Verwaltungsakt wirksam, solange und soweit er nicht zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben oder durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt ist. Grundsätzlich darf der Wirksamkeitsverlust des Verwaltungsakts nicht von einer Entscheidung der Behörde abhängen, da anderenfalls die Aufhebungsvoraussetzungen der §§ 45, 46 SGB X umgangen werden könnten. Ist der Verwaltungsakt nicht anderweitig aufgehoben oder durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt, kann sich die Behörde nur im Wege der Rücknahme oder des Widerrufs wieder von ihm lösen. Daraus ergibt sich, dass die Annahme einer Erledigung "auf andere Weise" im Sinne des § 39 Abs. 2 SGB X nur in eng begrenzten Ausnahmefällen gerechtfertigt ist (BVerwG, Urteil vom 09.05.2012 - 6 C 3/11 -, BVerwGE 143, 87-118 zu § 43 VwVfG).

Die Inobhutnahme hat sich nicht dadurch erledigt, dass einer der gesetzlich geregelten Beendigungstatbestände erfüllt wäre. Gemäß § 42 Abs. 4 SGB VIII endet die Inobhutnahme mit der Übergabe des Kindes oder Jugendlichen an die Personensorge- oder Erziehungsberechtigten oder der Entscheidung über die Gewährung von Hilfen nach dem Sozialgesetzbuch. Nach § 42a Abs. 6 SGB VIII in der seit dem 01.11.2015 geltenden Fassung endet die vorläufige Inobhutnahme mit der Übergabe des Kindes oder des Jugendlichen an die Personensorge- oder Erziehungsberechtigten oder an das aufgrund der Zuweisungsentscheidung der zuständigen Landesbehörde nach § 88a Absatz 2 Satz 1 zuständige Jugendamt oder mit der Anzeige nach Absatz 4 Satz 3 über den Ausschluss des Verteilungsverfahrens nach § 42b Abs. 4. Die Voraussetzungen, unter denen nach § 42 Abs. 4 SGB VIII die Inobhutnahme von Gesetzes wegen als beendet gilt, liegen nicht vor.

c. Eine Erledigung "auf andere Weise" liegt aber auch dann vor, wenn die Behörde eine vorläufige Regelung getroffen hat, die durch eine endgültige Regelung ersetzt wird. Eine Behörde darf nicht beliebig eine Regelung vorläufig treffen, sondern nur, wenn ihr eine bestehende Ungewissheit hierzu sachlichen Grund gibt (BVerwG, Urteil vom 19.11.2009 - 3 C 7/09 -, BVerwGE 135, 238-247, Rn. 21). In Betracht zu ziehen ist dies dann, wenn zum Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes dessen Tatbestandsvoraussetzungen nicht zweifelsfrei vorliegen, aber dennoch ein sofortiger Handlungsbedarf besteht (vgl. Stelkens, in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl., § 35 Rn. 243 ff.; Kopp/Ramsauer, 12. Aufl., § 35 Rn. 178; vgl. zum sofortigen Handlungsbedarf bei unterstellter Minderjährigkeit auch: BVerwG, Urteil vom 29.06.2006 - 5 C 24/05 -, BVerwGE 126, 201-205). So liegt es hier. Zum Zeitpunkt der Meldung des Antragstellers in der Erstaufnahmeeinrichtung hat die Antragsgegnerin das Vorliegen von Minderjährigkeit nicht sicher ausgeschlossen. Auch ließ sich eine Klärung seines Alters nicht sogleich bei seiner Vorstellung in der Erstaufnahmeeinrichtung herbeiführen. Entsprechend der in den „Qualitätsstandards – Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge in Bremen“ beschriebenen Verfahrensweise hat die Antragsgegnerin den Antragsteller deshalb in Obhut genommen, um in diesem Rahmen eine Alterseinschätzung durch das Jugendamt auf der Grundlage des Erstgespräch vorzunehmen und um sodann eine endgültige Entscheidung über die Inobhutnahme zu treffen (vgl. zu einer vorläufigen Inobhutnahme auch: HambOVG, Beschluss vom 09.02.2011 - 4 Bs 9/11 -, Rn. 38, juris).

Auch der Antragsteller konnte die Inobhutnahme nur als eine vorläufige verstehen. Maßstab der Auslegung ist entsprechend §§ 133, 157 BGB der erklärte Wille, wie ihn der Empfänger bei objektiver Würdigung verstehen konnte. Abzustellen ist auf den Inhalt der Erklärung, aber auch auf die bekannten oder ohne Weiteres erkennbaren Begleitumstände (BVerwG, Beschluss vom 09.06.2015 - 6 B 60/14 -, Rn. 18, juris). Unklarheiten gehen zu Lasten der Behörde, dies gilt auch, soweit die Vorläufigkeit eines Bescheides betroffen ist. Der Antragsteller ist ohne Identitätspapiere eingereist. Zum Zeitpunkt, als er sich in der Erstaufnahmeeinrichtung gemeldet hat, ließ sich sein Alter auch nicht aufgrund anderer Umstände eindeutig feststellen. Nach dem Augenschein war er nicht als zweifelsfrei minderjährige Person zu erkennen und die Antragsgegnerin hat dem Antragsteller auch nicht zu erkennen gegeben, dass sie ihn für minderjährig hält. Vor diesem Hintergrund konnte der Antragsteller nicht davon ausgehen, dass die Antragsgegnerin ihn ohne eine Überprüfung seiner Altersangaben endgültig in Obhut nehmen wollte. Vielmehr musste auch ihm klar sein, dass seine Aufnahme

in einer Jugendhilfeeinrichtung und seine Erstversorgung zunächst nur vorläufig bis zu einer Feststellung seines Alters erfolgt. Entsprechend ist mit dem Antragsteller bereits 9 Tage nach seiner Inobhutnahme das Erstgespräch zur Altersfeststellung durchgeführt worden. Soweit der Senat in dem Beschluss vom 02.10.2015 (2 B 191/15) eine andere Auffassung vertreten hat, gab das damalige Beschwerdevorbringen keinen Anlass, dieser Frage vertieft nachzugehen, weil die Antragsgegnerin durch den Widerspruchsbescheid die Rücknahme der Inobhutnahme verfügt hatte. Der Senat hält an dieser Auffassung aber nicht mehr fest.

Mit Erlass der endgültigen Regelung, hier der Ablehnung der Inobhutnahme aufgrund der festgestellten Volljährigkeit, erledigt sich der vorläufige Bescheid im Sinne des § 39 Abs. 2 SGB X und verliert seine Wirksamkeit. Die Behörde ist insoweit nicht an die Einschränkungen der §§ 45, 46 SGB X gebunden (BVerwG, Urteil vom 19.11.2009 - 3 C 7/09 -, BVerwGE 135, 238-247, zu §§ 48, 49 VwVfG). Ermessen ist nur dann auszuüben, wenn die zur Ablehnung ermächtigende Norm ein solches vorsieht.

d. Vorläufiger Rechtsschutz gegen die die vorläufige Inobhutnahme „erledigende“ endgültige Ablehnung der Inobhutnahme ist im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO zu gewähren. Die Frage, welche rechtlichen Wirkungen ein Widerspruch oder eine Klage gegen einen vorläufigen Verwaltungsakt ersetzende endgültige Regelung hat, ist in Rechtsprechung und Literatur nicht geklärt. Denkbar ist, dem Rechtsbehelf nur einen eingeschränkten, auf die Vergangenheit bezogenen Suspensiveffekt zuzuerkennen, weil sich die verfahrensrechtliche Situation des Antragstellers nicht von der unterscheidet, in der der Adressat eines vorläufigen Verwaltungsaktes dessen Vorläufigkeit angreift und eine in die Zukunft gerichtete endgültige Regelung erstrebt. Diese könnte er in einem Hauptsacheverfahren nur im Wege der Verpflichtungsklage erreichen, weil die Vorläufigkeit kein isoliert anfechtbarer Bestandteil des Verwaltungsaktes ist. Auch hinsichtlich der Ablehnung der Inobhutnahme dürfte die Verpflichtungsklage die richtige Klageart sein. Einstweiliger Rechtsschutz ist aber auch bei Verpflichtungsklagen ausnahmsweise dann nach § 80 Abs. 5 VwGO zu gewähren, wenn mit der Ablehnung eines begehrten Verwaltungsaktes eine über die Ablehnung hinausgehende Belastung einhergeht. In ausländerrechtlichen Konstellationen ist dies angenommen worden, um das mit der Ablehnung eines Antrags auf Erteilung oder Verlängerung einer Aufenthaltsgenehmigung einhergehende Erlöschen der Fiktionswirkung für die Dauer des Klageverfahrens zu suspendieren. Vorliegend tritt die zusätzliche Belastungswirkung dadurch ein, dass sich die vorläufige Inobhutnahme durch die endgültige Entscheidung erledigt. Auch zu einem Änderungsbescheid hat das BVerwG (Urteil vom 21.06.2007 - 3 C 11/06 -, BVerwGE 129, 66-76) ausgeführt, dass seine Wirkungen ungeachtet des Umstandes, dass er angefochten werde, sogleich mit seinem Erlass eintreten. Durch den Änderungsbescheid verliere der ursprüngliche Verwaltungsakt seine Wirksamkeit (§ 43 Abs. 2 VwVfG). Diese Folge trete unabhängig vom weiteren Schicksal des Änderungsbescheides ein. Werde dieser später seinerseits aufgehoben, so bestimme sich nach dem jeweils einschlägigen materiellen Recht, ob hierdurch die Wirksamkeit des ursprünglichen Verwaltungsaktes wiederauflebe bzw. dessen Regelung wieder in Geltung trete. Diese Rechtslage werde durch verfahrens- oder prozessrechtliche Vorschriften nicht verändert. Werde der Änderungsbescheid angefochten, so sei der Behörde wie dem Gericht einstweilen verboten, dem Widerspruchsführer oder Kläger nachteilige Folgerungen aus ihm

zu ziehen (§ 80 Abs. 1 VwGO).

e. Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers gegen den Bescheid vom 02.06.2015 ist nachträglich durch die Regelung des § 42f Abs. 3 SGB VIII, der durch

Art. 1 Nr. 4 des Gesetzes zur Verbesserung der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ausländischer Kinder oder Jugendlicher vom 28.10.2015 (BGBl. I, S. 1802) mit Wirkung zum 01.11.2015 in Kraft getreten ist, entfallen. Danach haben Widerspruch und Klage gegen die Entscheidung des Jugendamts, aufgrund der Altersfeststellung nach dieser Vorschrift die vorläufige Inobhutnahme nach § 42a oder die Inobhutnahme nach § 42 Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 abzulehnen oder zu beenden, keine aufschiebende Wirkung. Diese Folge tritt ab diesem Zeitpunkt für alle Widersprüche und Klagen gegen die Ablehnung oder Beendigung der Inobhutnahme aufgrund der Altersfeststellung ein und erfasst auch solche noch anhängigen Widersprüche und Klagen, die vor dem 01.11.2015 erhoben worden sind und denen vor Inkrafttreten der Regelung des § 42f Abs. 3 SGB VIII n.F. nach der allgemeinen Vorschrift des § 80 Abs. 1 VwGO kraft Gesetzes zunächst aufschiebende Wirkung zukam. Nach dem allgemeinen Grundsatz des intertemporalen Prozessrechts erfassen Änderungen des Verfahrensrechts mit ihrem Inkrafttreten grundsätzlich auch anhängige Rechtsstreitigkeiten. Dieser allgemeine Grundsatz wird jedoch durch die im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes eingeschränkt. Sie sind als verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstäbe auch dann heranzuziehen, wenn der Gesetzgeber auf eine bislang gegebene verfahrensrechtliche Lage, in der ein Prozessbeteiligter sich befindet, einwirkt. Das Vertrauen in den Fortbestand verfahrensrechtlicher Regelungen ist von Verfassungs wegen zwar weniger geschützt als das Vertrauen in die Aufrechterhaltung materieller Rechtspositionen; im Einzelfall aber können verfahrensrechtliche Regelungen ihrer Bedeutung und ihres Gewichts wegen in gleichem Maße schutzwürdig sein wie Positionen des materiellen Rechts. Vor diesem Hintergrund erfährt der allgemeine Grundsatz des intertemporalen Prozessrechts, dass eine Änderung des Verfahrensrechts grundsätzlich auch anhängige Rechtsstreitigkeiten erfasst, für anhängige Rechtsmittelverfahren eine einschränkende Konkretisierung. Beim Fehlen abweichender Bestimmungen führt eine nachträgliche Beschränkung von Rechtsmitteln gerade nicht zum Fortfall der Statthaftigkeit bereits eingelegter Rechtsmittel (BVerfG, Beschluss vom 07.07.1992 - 2 BvR 1631/90, 2 BvR 1728/90 -, BVerfGE 87, 48-68; BVerwG, Beschluss vom 29.01.2013 - 1 WB 30/12 -, BVerwGE 145, 326-333; BVerwG, Urteil vom 24.03.2010 - BVerwG 4 CN 3.09 - Buchholz 310 § 47 VwGO Nr. 178 Rn. 16).

Der Wegfall der aufschiebenden Wirkung auch für solche Widersprüche und Klagen, die bereits vor Inkrafttreten der Neuregelung am 01.11.2015 erhoben worden sind, begegnet im zweipoligen Verhältnis der Inobhutnahme unter Vertrauensschutzgesichtspunkten keinen Bedenken. Er führt nicht zum Fortfall der Zulässigkeit eines bereits eingelegten Rechtsmittels. Zudem konnte auch nach der bisherigen Rechtslage der von einem Verwaltungsakt Betroffene kein schutzwürdiges Vertrauen beanspruchen, dass die durch einen Widerspruch oder eine Klage eintretende aufschiebende Wirkung in jedem Fall bis zu einer bestands- bzw. rechtskräftigen Entscheidung über den Widerspruch oder die Klage andauerte. Vielmehr stand die Aufrecht-

erhaltung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs oder der Klage bereits nach der früheren Rechtslage unter dem Vorbehalt einer jederzeit möglichen behördlichen Anordnung der sofortigen Vollziehung. Da eine volljährige Person nicht in Obhut genommen werden darf, liegt die Anordnung der sofortigen Vollziehung grundsätzlich auch im öffentlichen Interesse. Damit kann die aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen nicht als verfestigte, einer materiell-rechtlichen Gewährleistung nahe kommende Verfahrensposition eingestuft werden (vgl. allgemein dazu: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 3. Aufl., Rz. 954; speziell zu § 212a BauGB: VGH BW, Beschluss vom 16.04.1998 - 8 S 740/98 -, juris; OVG NW, Beschluss vom 23.01.1998 - 7 B 2984/97 -, juris; OVG SL, Beschluss vom 17.02.1999 - 2 W 9/98 -, juris; wohl auch: Schoch, in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 80, Stand Sept. 2011, Rn. 161; a.A.: NdsOVG, Beschluss vom 18.12.1998 - 1 M 4727/98 -, juris; BayVGH, Beschluss vom 17.12.1998 - 15 CS 98.2858 -, juris).

Dass die vom Gericht nach § 80 Abs. 5 VwGO zu treffende Interessenabwägung auch davon bestimmt wird, ob die aufschiebende Wirkung durch eine behördliche Entscheidung ausgeschlossen worden ist oder der Gesetzgeber durch eine entsprechende Regelung dem Vollzugsinteresse erhebliches Gewicht beimisst, führt zu keiner anderen Beurteilung. Trotz der Wertung, die in dem gesetzlich angeordneten Sofortvollzug liegt, erübrigt sich nicht die Vornahme der Interessenabwägung bei offenem Prozessausgang. Macht der Gesetzgeber nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO von der Möglichkeit Gebrauch, die aufschiebende Wirkung auszuschließen, so verschiebt sich nach Maßgabe des jeweiligen Regelungszusammenhangs in mehr oder minder starkem Maße die Darlegungslast des Antragstellers, der vorläufigen Rechtsschutz begehrt. Die Interessenabwägung bleibt aber stets eine einzelfallbezogene, d. h. individuell-konkrete (BVerwG, Beschluss vom 14.04.2005 - 4 VR 1005/04 -, BVerwGE 123, 241-247; BayVGH, Beschluss vom 12.07.2010 - 14 CS 10.327 -, juris; SächsOVG, Beschluss vom 24.06.2014 - 1 B 75/14 -, juris).

Ist durch die Neuregelung des § 42f Abs. 3 SGB VIII die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers gegen den Bescheid vom 02.06.2015 entfallen, so hat dies zur Folge, dass sein Begehren auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes nunmehr als Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs zu verstehen ist.

f. Nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO kann das Gericht in dem Fall des Absatzes 2 Nr. 3 die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen. Die gemäß § 80 Abs. 5 VwGO vorzunehmende Abwägung des öffentlichen Vollzugsinteresses mit dem Interesse des Antragstellers, vorläufig in der Obhut der Antragsgegnerin zu verbleiben, fällt zu Lasten des Antragstellers aus, da sich die Ablehnung der Inobhutnahme als rechtmäßig erweist.

Nach § 42 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB VIII ist das Jugendamt berechtigt und verpflichtet, ein ausländisches Kind oder einen ausländischen Jugendlichen in seine Obhut zu nehmen, wenn das Kind oder der Jugendliche unbegleitet nach Deutschland kommt und sich weder Personensorge- noch Erziehungsberechtigte im Inland

aufhalten. Kind ist, wer noch nicht 14 Jahre alt ist (vgl. § Abs. 1 Nr. 1 SGB VIII). Jugendlicher ist, wer 14, aber noch nicht 18 Jahre alt ist (vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII). Nur ein Kind oder ein Jugendlicher kann in Obhut genommen werden, hingegen hat ein junger Volljähriger insoweit keinen Anspruch.

Der Antragsteller ist nach Überzeugung des Senats volljährig. Bei der Feststellung, ob eine Person minderjährig oder volljährig ist, dürfen die Behörden und die Gerichte auch die Angaben des Betroffenen im Verwaltungs- und gerichtlichem Verfahren berücksichtigen. Für die Gerichte ergibt sich dies bereits aus § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO, wonach das Gericht nach seiner freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung entscheidet. Der Betroffene muss in sich stimmige und widerspruchsfreie Angaben zu seiner Minderjährigkeit machen und bestehende Widersprüchlichkeiten in seinen Erklärungen und Handlungen nachvollziehbar und plausibel erklären. Davon entbindet ihn auch nicht der Gesichtspunkt einer vorrangigen Berücksichtigung des Wohles des Kindes. Dieser verpflichtet lediglich zu einer sorgfältigen Prüfung, ob Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die widersprüchlichen Aussagen darauf beruhen, dass der Betroffene aufgrund seiner Minderjährigkeit die Verfahrenssituation oder die Bedeutung seiner Aussagen nicht erkennen konnte.

Danach ist das Verwaltungsgericht zu Recht davon ausgegangen, dass die Alterseinschätzung durch medizinische Verfahren nicht in jedem Fall erforderlich ist, in dem der Betroffene angibt, noch minderjährig zu sein. Anlass, in dieser Weise zu ermitteln, besteht erst dann, wenn die Angaben des Betroffenen, vorliegende Dokumente und dergleichen für eine sichere Überzeugungsbildung nicht ausreichen.

Das ist hier indes nicht der Fall. Der Antragsteller hat widersprüchliche Angaben zu seinem Alter gemacht. Nachdem er zunächst angegeben hat, am ...1998 geboren zu sein, hat er später eine Geburtsurkunde vorgelegt, aus der sich das Geburtsdatum ...1997 ergibt. Dass die Echtheit einer in Gambia ausgestellten Urkunde keine Gewähr für ihre inhaltliche Richtigkeit bietet, hat das Verwaltungsgericht ausgeführt und darauf wird verwiesen. Diese Zweifel hat der Antragsteller nicht ausgeräumt. Der Antragsteller trägt vor, dass die zunächst vorliegende Originalgeburtsurkunde inzwischen leider auseinanderfalle, so dass er seinen Vater gebeten habe, eine neue Geburtsurkunde in dem Krankenhaus, in dem er geboren worden sei, zu besorgen. Diese sei an einen Freund, der sich in Gambia aufgehalten habe, weitergegeben worden. Nach seiner Rückkehr nach Belgien, wo der Freund lebe, habe er diese an den Bruder in Bremen geschickt, der sie ihm ausgehändigt habe. Später spricht der Antragsteller von einer Zusendung aus Dänemark. Belege für diesen Hergang oder nachprüfbare Angaben hat der Antragsteller nicht gemacht. Angesichts der Bedeutung des Verfahrens ist auch nicht ersichtlich, warum der Antragsteller nicht die Originalgeburtsurkunde, mag diese auch kaum mehr brauchbar sein, vorgelegt hat.

Zudem sind auch die Angaben des Antragstellers zu den widersprüchlichen Geburtsdaten nicht überzeugend. So will er vor seiner Flucht aus Gambia seinen Vater nach seinem Alter und seinem genauen Geburtsdatum gefragt haben. Dieser habe ihm nur gesagt, er sei in Dezember geboren und ungefähr 16 Jahre alt. Die

Geburtsurkunde könne er ihm jetzt nicht zeigen, er solle sofort gehen. Dass der Vater des Antragstellers dessen genaues Alter nicht kennt, wirkt vor dem Hintergrund, dass er diesen nach den eigenen Angaben des Antragstellers irgendwann hat registrieren lassen, vorgeschoben. Wenn der Vater des Antragstellers diesem zudem gesagt haben will, er sei im Dezember geboren, er erinnere sich, dass es um die Weihnachtszeit gewesen sei, heißt das auch, dass der Vater nicht nur das genaue Geburtsjahr, sondern auch den Tag der Geburt im Dezember nicht genau kennt. Wie der Antragsteller dann zu der Vorstellung gelangt ist, am 08.12. geboren zu sein, erklärt sich nicht. Die nunmehr im Beschwerdeverfahren vorgetragenen Bemühungen, vor seiner Ausreise von seinem Vater sein genaues Geburtsdatum zu erfahren, hat der Antragsteller auch erstmalig nach der Ablehnung seiner Inobhutnahme benannt, obwohl ihm die Bedeutung der Geburtsangabe offensichtlich schon vor seiner Flucht bewusst war.

Die Zweifel an der Wahrheit der Angaben des Antragstellers zu seinem Geburtsdatum werden durch seine widersprüchlichen Angaben zu seinem Fluchtweg verstärkt. Der Antragsteller hat bei seiner Erstanthörung verschwiegen, dass er bereits am 01.07.2014 in Malta einen Asylantrag gestellt und sich dort – wie er nunmehr vorträgt – über ein Jahr in einem Internierungslager aufgehalten hat. Seine Erklärungen, warum er diese Angabe nicht bereits vorher gemacht hat, sind nicht plausibel. Soweit er geltend macht, zwischen Dezember und der Angabe zum Jahreswechsel bestehe kein großer Zeitunterschied, verkennt er, dass das Verwaltungsgericht darauf abgestellt hat, dass er zunächst angegeben hat, Gambia Ende 2014 verlassen zu haben und dann auf Vorhalt, dass er am 01.07.2014 in Malta einen Asylantrag gestellt habe, erklärt hat, Gambia zum Jahreswechsel 2013/2014 verlassen zu haben. Hinsichtlich der Ausreise aus dem Heimatland liegt zwischen den Angaben ein Jahr. Letztlich erklärt dies auch nicht, warum der Antragsteller den Aufenthalt in Malta unerwähnt gelassen hat.

Der Vortrag des Antragstellers erweckt den Eindruck, nicht auf authentischen Angaben zu beruhen, sondern der Verfahrenssituation angepasst zu sein. So trägt er einerseits zu dem ablösbaren Siegel vor, dass dieses nach einer abenteuerlichen Flucht geschehen könne, obwohl er andererseits vorträgt, die Urkunde sei ihm zugesandt worden. Weiterhin macht er Angaben, dass er in Malta unter dem Eindruck einer lebensbedrohlichen und erschöpfenden Flucht sein Alter mit ...1998 angegeben hat, obwohl ihm vorgehalten wird, bei seiner Meldung in der Erstaufnahmeeinrichtung dieses Geburtsdatum angegeben zu haben.

Aufgrund der aufgezeigten Widersprüchlichkeiten ist das Gericht davon überzeugt, dass der Antragsteller volljährig ist und die Angabe, er sei minderjährig, nur gemacht hat, um in den Genuss der mit einer Inobhutnahme verbundenen Vorteile zu kommen.

Soweit der Antragsteller mit Schriftsatz vom 05.11.2015 rügt, erkennungsdienstliche Maßnahmen führten oft zu einem Fehler, die Amtsvormundschaft hätte beteiligt werden müssen, es sei eine Einschätzung des Betreuerteams einzuholen gewesen und er hätte persönlich angehört werden müssen, liegt dieser Vortrag außerhalb der Beschwerdebegründungsfrist des § 146 Abs. 4 Satz 1 VwGO.

3. Die Beschwerde des Antragstellers gegen die erstinstanzliche Versagung von Prozesskostenhilfe ist unbegründet. Sie hat schon deshalb keinen Erfolg, weil der Antragsteller bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens durch den Beschluss vom 17.09.2015 die Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse nach § 166 VwGO i.V.m. § 117 Abs. 2 und Absatz 4 ZPO nicht vorgelegt hat. Vor Abschluss des Verfahrens war daher keine Bewilligungsreife für die begehrte Prozesskostenhilfe eingetreten.

4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Gerichtskosten werden nicht erhoben (§ 188 Satz 2 VwGO).

5. Der Antrag des Antragstellers auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren und Beiordnung von Rechtsanwältin D. hat aus den unter 3. genannten Gründen keinen Erfolg. Der Antragsteller hat auch im Beschwerdeverfahren eine Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse nicht vorgelegt.

6. Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).