

Az.: 2 B 13/23
11 L 15/23



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

des Herrn

- Antragsteller -
- Beschwerdeführer -

prozessbevollmächtigt:

gegen

den Landkreis
vertreten durch den Landrat

- Antragsgegner -
- Beschwerdegegner -

wegen

Anordnung der amtsärztlichen Untersuchung; Antrag nach § 123 VwGO
hier: Beschwerde

hat der 2. Senat des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts durch den Vizepräsidenten des Oberverwaltungsgerichts Dr. Grünberg, die Richterin am Oberverwaltungsgericht Hahn und die Richterin am Oberverwaltungsgericht Dr. Henke

am 25. Januar 2023

beschlossen:

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Dresden vom 20. Januar 2023 - 11 L 15/23 - wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 5.000 € festgesetzt.

Gründe

- 1 Die zulässige Beschwerde des Antragstellers hat keinen Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat seinen Antrag, im Wege der einstweiligen Anordnung anzuordnen, dass er (vorläufig) nicht verpflichtet ist, sich am 26. Januar 2023 einer ärztlichen Untersuchung zum Zwecke der Überprüfung seiner Dienstfähigkeit zu unterziehen, zu Recht abgelehnt.

- 2 1. Der 1961 geborene Antragsteller steht als Verwaltungsobererrat (BesGr A 14) im Dienst des Antragsgegners. Mit Bescheid der vom 22. September 2022 wurden ein Grad der Behinderung von 100 und das Vorliegen der Voraussetzungen für die Zuerkennung der Merkzeichen H, RF, B und G festgestellt; dem Antragsteller wurde ein bis zum September 2025 gültiger Schwerbehindertenausweis ausgestellt. Der Antragsteller nimmt nach einer längerfristigen Erkrankung seit dem 1. November 2022 an einer stufenweisen Wiedereingliederung teil. In der Zeit vom 1. November 2022 bis zum 25. November 2022 wurde ärztlicherseits im Wiedereingliederungsplan eine Verwendung im Umfang von drei Stunden täglich und in der Zeit vom 26. November 2022 bis zum 7. Januar 2023 von vier Stunden täglich angeordnet. Der Antragsteller nahm seine Tätigkeit gemäß dem vom Antragsgegner bestätigten Wiedereingliederungsplan auf. Mit Verfügung vom 22. November 2022 forderte der Antragsgegner den Antragsteller zur amtsärztlichen Untersuchung auf; im nachfolgenden Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes vor dem Verwaltungsgericht Dresden (11 L 832/22) erklärte der Antragsgegner, dass die vorgeschriebene Anhörung der Schwerbehindertenvertretung unterblieben sei und nachgeholt werde,

eine amtsärztliche Untersuchung werde zu einem späteren Termin angestrebt. Nach Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung durch Schreiben vom 6. Dezember 2022 wies der Antragsgegner den Antragsteller mit Verfügung vom 10. Januar 2023 zur amtsärztlichen Untersuchung am 26. Januar 2023 an; zur Begründung wurde auf erhebliche krankheitsbedingte Fehlzeiten seit dem Jahr 2020 bis heute verwiesen, die Zweifel an der Dienstfähigkeit begründeten.

- 3 Den am 13. Januar 2023 eingegangenen Eilantrag lehnte das Verwaltungsgericht Dresden mit Beschluss vom 20. Januar 2023 - 11 L 15/23 - ab. Der Antrag sei zulässig, insbesondere statthaft, weil die Untersuchungsanordnung im Zuruhesetzungsverfahren nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts isoliert angreifbar sei. Er sei indes mangels Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs unbegründet. Die auf § 52 Abs. 1 Satz 1 SächsBG gestützte Untersuchungsanordnung sei formell nicht zu beanstanden. Die notwendige Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung sei ordnungsgemäß erfolgt. In seinem Schreiben vom 6. Dezember 2022 habe der Antragsgegner die Anordnung der amtsärztlichen Untersuchung konkret nach Art, Ort und Zeitpunkt benannt und mit dem Hinweis auf die seit dem 11. November 2022 andauernde krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit und die im Hinblick auf lange Abwesenheitszeiten begründeten Zweifel an der (vollen) Dienstfähigkeit des Antragstellers die maßgeblichen Erwägungen benannt. Die Schwerbehindertenvertretung sei über die seit Beginn des Jahres 2021 unternommenen Maßnahmen, insbesondere im Rahmen des Betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM), unterrichtet worden. Sie sei aufgrund der konkret mitgeteilten Tatsachen in die Lage versetzt worden, sich mit dem Sachverhalt auseinanderzusetzen; sie habe nicht geltend gemacht, nicht ausreichend informiert worden zu sein. Sie habe dem Antragsteller das Schreiben vom 6. Dezember 2022 am 15. Dezember 2022 übersandt und ihm gegenüber erklärt, für Rückfragen zur Verfügung zu stehen. Die Nichtabgabe einer Stellungnahme stehe der ordnungsgemäßen Beteiligung nicht entgegen; § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX sehe lediglich eine Unterrichtung und Anhörung durch den Dienstherrn vor. Auch sei genügend Zeit eingeräumt worden. Die Untersuchungsanordnung sei unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Beschl. v. 14. März 2019 - 2 VR 5.18 -, juris Rn. 44) auch ausreichend begründet worden. Die auf Fehlzeiten gestützte Anordnung müsse keine weitergehenden Gründe benennen. Auch materiellrechtlich bestünden keine Einwände gegen die Untersuchungsanordnung. Die auf krankheitsbedingte Fehlzeiten gestützten Zweifel an der Dienstfähigkeit würden durch den laufenden Wiedereingliederungsversuch nicht

ausgeräumt; es bestehe weiterhin die Notwendigkeit einer Prognoseentscheidung, ob innerhalb von sechs Monaten die Dienstfähigkeit wieder voll hergestellt sein werde. Grundlage hierfür könne nur ein amtsärztliches Gutachten sein.

- 4 Mit seiner am 23. Januar 2023 erhobenen Beschwerde wiederholt und vertieft der Antragsteller sein Vorbringen, dass die Schwerbehindertenvertretung nicht ordnungsgemäß beteiligt worden sei. Es habe keine Information über den Wegfall der Arbeitsunfähigkeit seit dem 28. November 2022 gegeben, ebenso nicht über die frühere Anordnung einer amtsärztlichen Untersuchung und das verwaltungsgerichtliche Verfahren 11 L 832/22. Informationen seien der Schwerbehindertenvertretung unaufgefordert vorzulegen. Das Schreiben der Schwerbehindertenvertretung vom 19. Januar 2023, wonach zunächst der Abschluss der Wiedereingliederung abgewartet werden soll, sei vom Verwaltungsgericht nicht berücksichtigt worden. Der Antragsgegner habe sich erstmals am 18. Januar 2023 zu Zweifeln an der Dienstfähigkeit aufgrund der Behinderung und dem Merkzeichen H geäußert, nicht aber gegenüber der Schwerbehindertenvertretung. Die Untersuchungsanordnung sei auch materiell rechtswidrig. Sie dürfe nicht nur auf krankheitsbedingte Fehlzeiten gestützt werden, der Antragsteller sei seit 28. November 2022 nicht mehr krank. Es bestehe zwischen BEM und Untersuchungsanordnung ein Stufenverhältnis, das nicht beachtet worden sei; es hätte zunächst der Abschluss der bisher reibungslos verlaufenen Wiedereingliederung abgewartet werden müssen. Es sei ab dem Ende des Wiedereingliederungsplans, mithin dem 8. Februar 2023, von der vollen Dienstfähigkeit des Antragstellers auszugehen.
- 5 2. Die mit der Beschwerde vorgetragene Einwendungen, auf deren Prüfung der Senat nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO grundsätzlich beschränkt ist, führen nicht zu einer Änderung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung.
- 6 Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis erlassen, wenn dies zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Der geltend gemachte Anspruch (Anordnungsanspruch) und die Notwendigkeit der vorläufigen Regelung (Anordnungsgrund) sind glaubhaft zu machen (§ 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2 ZPO). Daran fehlt es hier.
- 7 a) Der Antrag ist statthaft. Bei der an einen Beamten gerichteten Anordnung, sich einer amtsärztlichen Untersuchung zu unterziehen, handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, der sich der Senat anschließt, nicht

um einen Verwaltungsakt, sondern um eine „gemischte dienstlich-persönliche Weisung“, die nicht auf Außenwirkung im Sinne von § 35 Abs. 1 VwVfG gerichtet ist (vgl. BVerwG, Urt. v. 26. April 2012 - 2 C 17.10 -, juris Rn. 14 f.; Beschl. v. 7. Mai 2013 - 2 B 147.11 -, juris Rn. 14; Urt. v. 30. Mai 2013 - 2 C 68.11 -, juris Rn. 16; Beschl. v. 10. April 2014 - 2 B 80.13 -, juris Rn. 8).

8 Der Zulässigkeit des gegen die Untersuchungsanordnung des Antragsgegners vom 10. Januar 2023 gerichteten Eilantrags nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO steht nicht § 44a VwGO entgegen (so aber BVerwG, Beschl. v. 14. März 2019 - 2 VR 5.18 -, juris). Denn es spricht viel für die Auffassung, aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG von der isolierten gerichtlichen Überprüfbarkeit einer Untersuchungsanordnung auszugehen (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 11. Juni 2021 - OVG 4 S 6/21 -, juris Rn. 4; HessVGH, Beschl. v. 11. August 2020 1 B 1446/20 -, juris Rn. 12 ff.; OVG Rh.-Pf., Beschl. v. 29. Oktober 2020 - 2 B 11161/20, juris Rn. 7 ff.).

9 Auch der Senat entnimmt der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Kammerbeschl. v. 21. Oktober 2020 - 2 BvR 652/20 -; Kammerentscheidungen gemäß § 32 Abs. 1 BVerfGG v. 13. Mai 2020 - 2 BvR 652/20 - und v. 12. August 2020 - 2 BvR 1427/20 -; zuletzt explizit Kammerbeschl. v. 14. Januar 2022 - 2 BvR 1528/21 -, alle in juris), dass dieses das Ergebnis der vom Bundesverwaltungsgericht nach den Grundsätzen der praktischen Konkordanz vorgenommenen Abwägung der widerstreitenden Verfassungsgüter (die materiellen Grundrechte des Beamten einschließlich der Garantie effektiven Rechtsschutzes einerseits, die Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung und die besondere Pflichtenstellung des Beamten andererseits), wonach der (nachgelagerte) Inzidentrechtsschutz im Rahmen des (Eil- oder Klage-)Verfahrens gegen die Zurrufbesetzungsverfügung einen angemessenen und verhältnismäßigen Ausgleich der Verfassungsgüter darstelle (BVerwG, a.a.O. Rn. 37), nicht teilt. Der Senat hält daher Untersuchungsanordnungen im Zurrufbesetzungsverfahren für isoliert angreifbar (vgl. bereits Senatsbeschl. v. 7. Februar 2022 - 2 B 455/21 -, juris Rn. 12). Dem steht § 44a VwGO bei verfassungskonformer Auslegung nicht entgegen.

10 b) Der Antragsteller hat indes einen Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht. Der Senat schließt sich den Gründen der angefochtenen Entscheidung an und macht sie sich zu eigen, § 122 Abs. 2 Satz 3 VwGO. Das Beschwerdevorbringen, das sich

weitgehend in der Wiederholung und Vertiefung des erstinstanzlichen Vorbringens erschöpft, rechtfertigt keine andere Bewertung.

- 11 (1) Der Antragsgegner hat die Schwerbehindertenvertretung ordnungsgemäß beteiligt. Die vom Antragsteller gerügten Mängel führen nicht zu durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Entgegen der Auffassung des Antragstellers hat das Verwaltungsgericht zutreffend angenommen, dass nach Sinn und Zweck des Unterrichtungs- und Anhörungsverfahrens (§ 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX) die Schwerbehindertenvertretung in die Lage zu versetzen ist, die ihr nach § 178 Abs. 1 SGB IX auferlegten Pflichten wahrzunehmen; eine Unterrichtung müsse deshalb Angaben zu der beabsichtigten Maßnahme und den hierfür maßgeblichen Erwägungen umfassen, um die Schwerbehindertenvertretung aufgrund der konkret mitgeteilten Tatsachen in die Lage zu versetzen, sich mit dem Sachverhalt auseinanderzusetzen (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 15. November 2017 - 4 S 26.17 - juris Rn. 8 m. w. N.). Der Senat kann offenlassen, ob damit ein bestimmter Mindestinhalt für die Mitteilung an die Schwerbehindertenvertretung vorgeschrieben wird (vgl. für die Beteiligung nach dem SächsPersVG Senatsbeschl. v. 11. September 2019 - 2 A 1424/18 -, juris Rn. 14). Denn den sich aus Sinn und Zweck des Unterrichtungs- und Anhörungsverfahrens folgendenden Anforderungen an den Mitteilungsinhalt wird das Anhörungsschreiben des Antragsgegners vom 6. Dezember 2022 ohne Zweifel gerecht, wie das Verwaltungsgericht im Einzelnen ausgeführt hat (BA S. 8). Die Beschwerdebeurteilung gibt keinen Anlass zur Änderung dieser Bewertung.
- 12 So bedurfte es keiner Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung über das Ende der Arbeitsunfähigkeit seit dem 28. November 2022; Entsprechendes gilt betreffend die frühere Untersuchungsanordnung vom 22. November 2022 und das anschließende Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes sowie die dem Antragsteller zuerkannten Merkmale. Diese Umstände sind für die Beurteilung der streitgegenständlichen Untersuchungsanordnung, die wesentlich auf krankheitsbedingte Fehlzeiten ab 2020 gestützt ist, nicht maßgeblich; zudem wird die anerkannte Schwerbehinderung des Antragstellers im Schreiben vom 6. Dezember 2022 ausdrücklich erwähnt. Dies hat offenbar - ohne dass es für die Entscheidung darauf ankommt - der Antragsteller selbst ebenso gesehen, weil er die Mitteilung der Schwerbehindertenvertretung vom 15. Dezember 2022 nicht zum Anlass genommen hat, diese über weitere Umstände zu informieren. Das erst im Nachgang zur Untersuchungsanordnung vom 10. Januar 2023 versandte Schreiben der Schwerbehindertenvertretung vom 19. Januar 2023 konnte für die Bewertung von deren Rechtmäßigkeit naturgemäß keine Bedeutung mehr

erlangen. Zudem wird der Schwerbehindertenvertretung nach § 178 Abs. 2 SGB IX lediglich ein Unterrichts- und Anhörungsrecht eingeräumt; einer Zustimmung der Schwerbehindertenvertretung zur beabsichtigten Maßnahme bedarf es dagegen nicht.

13 (2) Der Antragsgegner war vorliegend nicht gehindert, die Untersuchungsanordnung maßgeblich auf die überdurchschnittlichen krankheitsbedingten Fehlzeiten zu stützen. Dass entsprechende Fehlzeiten nicht vorgelegen hätten, trägt der Antragsteller selbst nicht vor. Insoweit kann dahinstehen, dass - wie der Antragsteller vorträgt - die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit seit dem 28. November 2022 nicht mehr besteht. Der Antragsgegner hat seine Zweifel an der Dienstfähigkeit maßgeblich mit der Vielzahl krankheitsbedingter Fehltage seit dem Jahr 2020 begründet und sich damit auf § 26 Abs. 1 Satz 2 BeamStG gestützt. Der Gesetzgeber hat durch das Merkmal „wer infolge Erkrankung innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten mehr als drei Monate keinen Dienst getan hat“ deutlich gemacht, dass bei einem solchen Sachverhalt Anlass für die Prüfung besteht, ob die Dienstfähigkeit innerhalb von weiteren sechs Monaten wieder voll hergestellt sein wird, was regelmäßig medizinische Sachkunde erfordert. Bei Anwendung dieser Bestimmung bedarf es keiner weiteren Angabe von Gründen (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 17. September 2018 - a. a. O. Rn. 4 m. w. N.). Ob der Antragsteller seit dem 28. November 2022 wieder im Dienst ist, ist für die Rechtsfolge des § 26 Abs. 1 Satz 2 BeamStG ohne Bedeutung.

14 (3) Entgegen der Ansicht des Antragstellers besteht keine Verpflichtung des Antragsgegners, vor der Anordnung der amtsärztlichen Untersuchung zur Klärung der Dienstfähigkeit zunächst die laufende Wiedereingliederung abzuwarten. Liegen - wie hier - die Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 Satz 2 BeamStG vor, kann der Antragsgegner unmittelbar die amtsärztliche Untersuchung anordnen. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil vom 5. Juni 2014 - 2 C 22.13 -, juris Rn. 49 ff. ausgeführt:

Die in § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX enthaltene Verpflichtung ist auch kein Bestandteil des auf den Erlass einer Ruhestandsversetzung gerichteten Verwaltungsverfahrens (vgl. § 9 VwVfG). Die Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements ist bereits förmlich nicht als Verfahrensschritt eines Verfahrens nach § 44 ff. BBG ausgestaltet, das gesetzliche Regelungsgefüge sieht eine Verzahnung der jeweiligen Verfahren nicht vor. Das betriebliche Eingliederungsmanagement ist auch nicht auf den Abschluss eines Zuruhesetzungsverfahrens gerichtet; es dient vielmehr dazu, bereits den Eintritt einer Dienstunfähigkeit und damit den materiellen Anknüpfungspunkt entsprechender Verfahren zu vermeiden. Schließlich knüpft das betriebliche Eingliederungsmanagement materiell an andere Voraussetzungen an als § 44 Abs. 1 BBG. Die Anordnung in § 84 Abs. 2 SGB IX und das Dienstunfähigkeitsverfahren sind jeweils eigenständige Verfahren, die in rechtlicher Hinsicht nicht verknüpft sind.

Der Verstoß gegen die aus § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX folgende Verpflichtung des Dienstherrn, ein betriebliches Eingliederungsmanagement durchzuführen oder jedenfalls anzubieten, kann daher nur mittelbare Folgen für das Zuruhesetzungsverfahren eines Beamten wegen dauernder Dienstunfähigkeit entfalten (ähnlich auch BGH, Urteil des Dienstgerichts des Bundes vom 20. Dezember 2006 - RiZ (R) 2/06 - NVwZ-RR 2007, 328 zu § 84 Abs. 1 SGB IX).

Dies gilt insbesondere für die Einleitung des Verfahrens. Bereits die Anordnung, sich einer ärztlichen Untersuchung zu unterziehen, setzt substanzielle Zweifel an der dauernden Dienstfähigkeit des Beamten voraus. Der Dienstherr ist nur dann zu einer Untersuchungsaufforderung berechtigt, wenn tatsächliche Umstände gegeben sind, die bei vernünftiger, lebensnaher Einschätzung die ernsthafte Besorgnis begründen, der betroffene Beamte sei dienstunfähig (Urteile vom 26. April 2012 - BVerwG 2 C 17.10 - Buchholz 237.6 § 226 NdsLBG Nr. 1 Rn. 19 und vom 30. Mai 2013 - BVerwG 2 C 68.11 - BVerwGE 146, 347 Rn. 19). Diese liegen nach ordnungsgemäßer, aber erfolgloser Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements regelmäßig vor. Unterlässt der Dienstherr dagegen die ihm gemäß § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX obliegende Verpflichtung, muss er die Begründung einer Untersuchungsanordnung auf anderweitige, ausreichende Tatsachenfeststellungen stützen.

- 15 Nach diesen Maßstäben, denen der Senat folgt, ist die Durchführung eines BEM gerade nicht Voraussetzung für die Untersuchungsanordnung. Vorliegend ergeben sich die Zweifel an der Dienstfähigkeit bereits - wie oben ausgeführt - aus der in § 26 Abs. 1 Satz 2 BeamtStG getroffenen Regelung. Aus diesem Grund brauchte der Antragsgegner das Ergebnis des laufenden Wiedereingliederungsverfahrens nicht abzuwarten; es kommt deshalb auch nicht darauf an, zu welchem Zeitpunkt letzteres beendet sein wird.
- 16 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.
- 17 Die Streitwertfestsetzung ergibt sich aus § 63 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3, § 47 Abs. 1, § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 2 GKG. Der Senat nimmt im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes betreffend eine Untersuchungsanordnung wegen der Vorwegnahme der Hauptsache in ständiger Rechtsprechung keine Halbierung des Auffangwertes vor (vgl. Senatsbeschl. v. 20. September 2018 - 2 B 157/18 -, juris Rn. 15 und v. 28. Januar 2019 - 2 B 384/18 -, juris Rn. 14).
- 18 Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

gez.:
Grünberg

Hahn

Henke