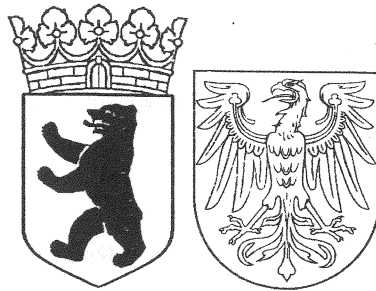


Ausfertigung



Joh. Sommer
& Partner

OBERVERWALTUNGSGERICHT BERLIN-BRANDENBURG

BESCHLUSS

OVG 4 S 13.14
VG 7 L 171.14 Berlin

Antragstellers und Beschwerdeführers,

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte Schmid-Drachmann, Ribet Buse & Partner GbR,
Kurfürstenstraße 40, 12249 Berlin,

gegen

das Land Berlin, vertreten durch
die Senatsverwaltung für Justiz und Verbraucherschutz,
Salzburger Straße 21-25, 10825 Berlin,

Antragsgegner und Beschwerdegegner,

hat der 4. Senat durch den Vorsitzenden Richter am Obergericht
Lehmkuhl sowie die Richter am Obergericht Dr. Koch und Dr. Schreier
am 17. Juni 2014 beschlossen:

Der Beschluss des Verwaltungsgerichts Berlin vom 24. März
2014 wird mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung geändert.

Es wird festgestellt, dass der am 12. März 2014 erhobene Widerspruch des Antragstellers gegen die Untersuchungsaufforderung der Justizvollzugsanstalt Tegel vom 29. Januar 2014 aufschiebende Wirkung hat.

Die Kosten des Verfahrens beider Rechtszüge trägt der Antragsgegner.

Der Wert des Beschwerdegegenstandes wird auf 5.000,00 EUR festgesetzt.

Gründe

Die Beschwerde des Antragstellers hat Erfolg.

Das Verwaltungsgericht hat auf der für den Senat maßgeblichen Grundlage der Beschwerdebegründung (vgl. § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO) dem Antragsteller zu Unrecht einstweiligen Rechtsschutz mit der Begründung verweigert, der Antrag bleibe in der Sache ohne Erfolg, weil der Antragsteller einen Anordnungsanspruch nicht in der gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2, § 294 ZPO gebotenen Weise glaubhaft gemacht habe. Der angefochtene Beschluss ist auch nicht aus anderen Gründen im Ergebnis richtig.

1. Abweichend vom Verwaltungsgericht geht der Senat davon aus, dass das Begehren des Antragstellers gemäß § 122 Abs. 1 i.V.m. § 88 VwGO nach dem erkennbaren Rechtsschutzziel sachdienlich als Antrag auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen die Untersuchungsanordnung auszulegen ist, da er die an die Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts Berlin (Beschluss vom 21. Dezember 2001 – OVG 4 S 5.01 –, juris Rn. 4 ff.) anknüpfende Ansicht des Antragstellers teilt, dass es sich bei der streitgegenständlichen Untersuchungsaufforderung nach ihrem objektiven Erklärungsinhalt um einen Verwaltungsakt handelt, und Gegenteiliges nicht daraus folgt, dass die Justizvollzugsanstalt Tegel einerseits in der Begründung der Anordnung auf die in § 35 BeamStG enthaltene Bestimmung über die Weisungsgebundenheit von Beamten verweist und der Verfügung andererseits das äußere Gepräge eines Verwal-

tungsakts (z.B. durch Beifügung einer Rechtsbehelfsbelehrung) fehlt (zur Bedeutungslosigkeit des Fehlens einer Rechtsbehelfsbelehrung bei Qualifizierung einer Verfügung als Verwaltungsakt nach ihrem objektiven Erklärungsinhalt BVerwG, Urteil vom 19. Dezember 1995 – 10 A 1.94 –, NVwZ-RR 1997, S. 178). Wird diese Prämisse zugrunde gelegt, dann entspricht es im vorliegenden Fall dem Anliegen des Antragstellers zu prüfen, ob dem gegen die Untersuchungsaufforderung erhobenen Widerspruch aufschiebende Wirkung gemäß § 80 Abs. 1 VwGO zukommt. In Konstellationen des so genannten faktischen Vollzugs eines nicht von Gesetzes wegen oder durch behördliche Anordnung sofort vollziehbaren Verwaltungsakts ist vorläufiger Rechtsschutz in entsprechender Anwendung des § 80 Abs. 5 VwGO zu gewähren. Der auf die Feststellung der aufschiebenden Wirkung des in der Hauptsache eingelegten Rechtsbehelfs zu richtende Antrag hat bereits dann – und ohne dass es einer Interessenabwägung und einer Prüfung der Erfolgsaussichten bedarf – Erfolg, wenn der Rechtsbehelf entgegen der Einschätzung der Behörde aufschiebende Wirkung entfaltet und deswegen für eine Wiederherstellung oder Anordnung der aufschiebenden Wirkung kein Raum ist (BVerwG, Beschluss vom 9. Juni 1983 – 1 C 36.82 –, juris Rn. 8). So liegt der Fall hier. Da es sich bei der streitgegenständlichen Anordnung – wie bereits festgestellt – um einen belastenden Verwaltungsakt handelt und seine sofortige Vollziehbarkeit weder gesetzlich vorgeschrieben noch behördlich angeordnet ist, entfaltet der dagegen am 12. März 2014 erhobene Widerspruch aufschiebende Wirkung (§ 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

2. Zur Vermeidung weiterer Rechtsstreitigkeiten weist der Senat vorsorglich darauf hin, dass der Eilantrag unabhängig von den zuvor angestellten Erwägungen auch dann Erfolg hätte, wenn er an den Maßgaben des § 123 VwGO auszurichten wäre. Dessen Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung lägen vor. Danach kann eine einstweilige Anordnung zur Sicherung eines Rechts des Antragstellers nur getroffen werden, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Hierbei sind gemäß § 123 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit § 920 Abs. 2, § 294 ZPO das Bestehen eines zu sichernden Rechts (Anordnungsanspruch) und die besondere Eilbedürftigkeit (Anordnungsgrund) glaubhaft zu machen.

a) Der Antragsteller hat einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts ist der Antragsteller nicht verpflichtet, der Untersuchungsaufforderung der Justizvollzugsanstalt Tegel vom 29. Januar 2014 Folge zu leisten. Die Voraussetzungen des § 39 Abs. 1 Satz 2 LBG, nach dem der Beamte verpflichtet ist, sich nach Weisung der Dienstbehörde durch einen von dieser bestimmten Arzt untersuchen zu lassen, wenn Zweifel an seiner Dienstfähigkeit bestehen und dies für erforderlich gehalten wird, liegen nicht vor. Denn die Untersuchungsaufforderung entspricht nicht den an sie aus Gründen der Verhältnismäßigkeit zu stellenden inhaltlichen und formellen Anforderungen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts müssen einer solchen Aufforderung – erstens – tatsächliche Feststellungen zugrunde liegen, die die Dienstunfähigkeit des Beamten als nahe liegend erscheinen lassen. Die Feststellungen müssen sich auf solche Umstände beziehen, die bei vernünftiger, lebensnaher Einschätzung die ernsthafte Besorgnis begründen, der betroffene Beamte sei dienstunfähig. Die Behörde muss diese tatsächlichen Umstände in der Untersuchungsaufforderung angeben, um den Beamten in die Lage zu versetzen, anhand der Begründung die Auffassung der Behörde nachvollziehen und prüfen zu können, ob die angeführten Gründe tragfähig sind (vgl. BVerwG, Urteil vom 26. April 2012 – 2 C 17.10 –, juris Rn. 19 f.; Beschluss vom 10. April 2014 – 2 B 80.13 –, juris Rn. 9). Er muss erkennen können, welcher Vorfall oder welches Ereignis zur Begründung der Aufforderung herangezogen wird. Die Behörde darf insbesondere nicht nach der Überlegung vorgehen, der Adressat werde schon wissen, „worum es geht“ (BVerwG, Urteil vom 30. Mai 2013 – 2 C 68.11 –, juris Rn. 20). Ein etwaiger Mangel dieser Aufforderung kann nicht im weiteren behördlichen oder gerichtlichen Verfahren – etwa gemäß § 1 Abs. 1 BlnVwVfG i.V.m. § 45 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG – geheilt werden (BVerwG, Beschluss vom 10. April 2014, a.a.O.). Die Untersuchungsanordnung muss – zweitens – Angaben zu Art und Umfang der ärztlichen Untersuchung enthalten. Die Behörde darf dies nicht dem Belieben des Arztes überlassen. Dies gilt insbesondere, wenn – wohl wie hier – zu erwarten ist, dass sich der Beamte (auch) einer fachpsychiatrischen Untersuchung unterziehen soll. Erhebungen des Psychiaters zum Lebenslauf des Beamten, wie etwa Kindheit, Ausbildung, besondere Krankheiten, und zum konkreten Verhalten auf dem Dienstposten stehen dem Bereich privater Lebensgestaltung noch näher als die rein medizinischen Feststellungen, die bei der ange-

ordneten Untersuchung zu erheben sind. Nur wenn in der Aufforderung selbst Art und Umfang der geforderten ärztlichen Untersuchung nachvollziehbar sind, kann der Betroffene nach Maßgabe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ihre Rechtmäßigkeit überprüfen. Dem entsprechend muss sich der Dienstherr bereits im Vorfeld des Erlasses nach entsprechender sachkundiger ärztlicher Beratung zumindest in den Grundzügen darüber klar werden, in welcher Hinsicht Zweifel am körperlichen Zustand oder der Gesundheit des Beamten bestehen und welche ärztlichen Untersuchungen zur endgültigen Klärung geboten sind (Urteil vom 30. Mai 2013, a.a.O., Rn. 22 f.).

Diesen Anforderungen wird die Untersuchungsaufforderung vom 29. Januar 2014 nicht im hinreichenden Maß gerecht.

Der Untersuchungsaufforderung dürften zwar – wovon das Verwaltungsgericht wohl zutreffend ausgeht – noch genügende tatsächliche Feststellungen zugrunde gelegt worden sein, die die Dienstunfähigkeit des Beamten als naheliegend erscheinen lassen. Die Justizvollzugsanstalt Tegel hat sich durch ihren Hinweis darauf, dass der Antragsteller seit dem 23. August 2013 dienstunfähig erkrankt sei, der Sache nach auf die im Zeitpunkt der Untersuchungsaufforderung vom 29. Januar 2014 bereits fünfmonatige Dauer der Erkrankung berufen. Dieser eher ungewöhnliche Umstand deutet auf eine gewisse Schwere und Intensität der Krankheit des Beamten und vermittelt so gewichtige Indizien, die bei vernünftiger, lebensnaher Einschätzung durchaus die ernsthafte Besorgnis als plausibel erscheinen lassen, der Betroffene sei dienstunfähig. Mit dem besagten Hinweis dürften die dem Antragsteller bekannten Hintergründe auch noch in der Weise umschrieben sein, dass für ihn ohne Weiteres erkennbar wird, welches Ereignis – hier die nach allen erkennbaren Sachverhaltsumständen allein in Betracht kommende Dauererkrankung – zur Begründung der Aufforderung herangezogen wird. Eine Prüfung, ob die Gründe für die Aufforderung tragfähig sind, war ihm jedenfalls insofern wohl noch möglich. Dafür bedurfte es – anders als mit der Beschwerde geltend gemacht – auch keiner weiteren Angaben der Justizvollzugsanstalt Tegel zu den mit Blick auf § 26 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 BeamtStG zu ziehenden Folgerungen; abgesehen davon, dass sich hierfür aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nichts ergibt, soll es die ärztliche Untersuchung gerade er-

möglichen, die mit den besagten Konsequenzen verbundenen Fragestellungen zu klären.

Die Untersuchungsaufforderung vom 29. Januar 2014 erweist sich jedoch deshalb als rechtswidrig, weil die Justizvollzugsanstalt Tegel Art und Umfang der ärztlichen Untersuchung nicht einmal in den Grundzügen bestimmt, sondern diese vollständig der Zentralen Medizinischen Gutachtenstelle des Landesamtes für Gesundheit und Soziales überlässt und damit dem Antragsteller die inhaltliche Prüfung der Anordnung unmöglich macht. Die Angabe in der Untersuchungsaufforderung, die ärztliche Begutachtung diene auch dazu, Klarheit über die Dienstfähigkeit bzw. die weitere Dauer der Dienstunfähigkeit des Antragstellers zu erhalten, lässt nur Raum für Mutmaßungen, verschafft dem Antragsteller aber keine ausreichende Klarheit darüber, welche Fachärzte ihn untersuchen werden und mit welchen medizinischen Erhebungen und Eingriffen er rechnen muss.

b) Durch den Antragsteller ist auch ein Anordnungsgrund glaubhaft gemacht worden. Denn befolgte er die Anordnung, dann müsste er Eingriffe in sein Recht aus Art. 2 Abs. 2 GG wie auch (mit hoher Wahrscheinlichkeit) in sein allgemeines Persönlichkeitsrecht hinnehmen. Überdies würde er das alleinige Risiko der späteren gerichtlichen Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Anordnung einer amtsärztlichen Untersuchung tragen. Hat der Beamte die Untersuchung verweigert, weil er die Anordnung als rechtswidrig angesehen hat, geht es bei der Würdigung aller Umstände nach dem Rechtsgedanken des § 444 ZPO regelmäßig zu seinen Lasten, wenn das Gericht nachträglich die Rechtmäßigkeit der Anordnung feststellt. Unterzieht sich der betroffene Beamte demgegenüber der angeordneten Untersuchung, so kann das Gutachten auch dann verwendet werden, wenn sich die Aufforderung als solche bei einer gerichtlichen Prüfung als nicht berechtigt erweisen sollte. Die Rechtswidrigkeit der Gutachtensanordnung ist nach Erstellung des Gutachtens ohne Bedeutung (BVerwG, Urteil vom 26. April 2012 a.a.O. Rn. 18).

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1, § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 2 GKG.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i.V.m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

Lehmkuhl

Dr. Koch

Dr. Schreier



Ausgefertigt

Lehmkuhl