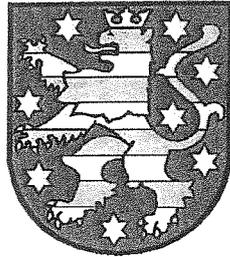


# THÜRINGER OBERVERWALTUNGSGERICHT



- 2. Senat -

2 EO 368/12

Verwaltungsgericht Weimar

- 4. Kammer -

4 E 388/12 We

## Beschluss

In dem Verwaltungsstreitverfahren

der

**Antragstellerin und Beschwerdeführerin**

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte Götze u. a.,

Peterstraße 15, 04109 Leipzig

**gegen**

den Freistaat Thüringen,

**Antragsgegner und Beschwerdegegner**

**wegen**

Rechts der Landesbeamten,

hier: Beschwerde nach § 123 VwGO

---

---

hat der 2. Senat des Thüringer Oberverwaltungsgerichts durch den Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts Prof. Dr. Schwan, den Richter am Oberverwaltungsgericht Gravert und die Richterin am Oberverwaltungsgericht Hampel

am 13. März 2013 **beschlossen**:

Der Beschluss des Verwaltungsgerichts Weimar vom 25. Mai 2012 wird in seinen Ziffern 1. und 2. abgeändert.

Dem Antragsgegner wird aufgegeben, die Antragstellerin vorläufig von der Verpflichtung der Durchführung einer ärztlichen Untersuchung aufgrund der Untersuchungsanordnung des Generalstaatsanwalts vom 7. Februar 2012 bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens freizustellen.

Der Antragsgegner hat die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen zu tragen.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 2.500,00 € festgesetzt.

### **G r ü n d e**

Die zulässige Beschwerde ist begründet.

Das Verwaltungsgericht hat den Antrag der Antragstellerin auf Erlass einer einstweiligen Anordnung (§ 123 Abs. 1 VwGO) mit dem Ziel, sich vorläufig einer fachpsychiatrischen Untersuchung durch Prof. Dr. nicht unterziehen zu müssen, zu Unrecht abgelehnt.

Der Antrag nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO ist zulässig. Insbesondere ist er gemäß § 123 Abs. 5 VwGO statthaft. Die Antragstellerin erhebt den Anspruch, vorläufig die Untersuchungsanordnung vom nicht befolgen zu müssen, der in der Hauptsache mit der Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 1. Alt. VwGO, nicht mit einer Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 1. Alt VwGO durchzusetzen ist.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil vom 26. April 2012 - 2 C 17/10 - NVwZ 2012, 1483), der der Senat folgt, handelt es sich bei der Untersuchungsanordnung nicht um einen Verwaltungsakt. Es fehlt an der für einen Verwaltungsakt nach § 35 Satz 1 ThürVwVfG erforderlichen Rechtswirkung nach außen. Ob eine hoheitliche Maßnahme einer Behörde auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist, hängt davon ab, ob sie nach ihrem objektiven Sinngehalt dazu bestimmt ist, Außenwirkung zu entfalten, nicht aber davon, wie sie sich im Einzelfall auswirkt. Zwar greift die Anordnung, sich körperlich untersuchen zu lassen und sich einem Gespräch mit dem Gutachter zu stellen, in die grundrechtsbewehrte persönliche Sphäre des Beamten ein. Ihr Schwerpunkt liegt aber in der Frage der künftigen Dienstleistung und der Konkretisierung der darauf bezogenen, in § 45 Abs. 1 Satz 2 Thüringer Beamtengesetz - ThürBG - begründeten Pflicht des Beamten, bei der Klärung seiner Dienstfähigkeit mitzuwirken. Als gemischte dienstlich-persönliche Weisung regelt die Untersuchungsanordnung einen einzelnen Schritt in dem gestuften Verfahren, das bei Feststellung der Dienstunfähigkeit mit der Zurruesetzung des Beamten endet. Die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes kann folglich nur im Wege einer einstweiligen Anordnung gemäß § 123 VwGO in Betracht kommen. Statthafte Klage im Hauptsacheverfahren ist die Feststellungsklage (vgl. BVerwG, Urteil vom 23. Oktober 1980 - 2 A 4/78 - Buchholz 232 § 42 BBG Nr. 14; Urteil vom 3. März 2005 - 2 C 11/04 - BVerwGE 123, 107; Sächsisches OVG, Beschluss vom 22. Juni 2010 - 2 B 182/10 - SächsVBl. 2010, 271; Beschluss vom 9. September 2011 - 2 B 111/11 - juris; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 1. Oktober 2012 - 1 B 550/12 - juris; OVG Bremen, Beschluss vom 3. Dezember 2012 - 2 B 265/11 - juris; s. a. Lemhöfer, in: Plog/Wiedow, Kommentar, Bd. 1a, BBG - alt, § 55 Rn. 22).

Der Antrag ist auch begründet.

Nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann das Gericht der Hauptsache eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr droht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Voraussetzung ist die Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes, also der Eilbedürftigkeit einer gerichtlichen Entscheidung, und eines Anordnungsanspruchs, das heißt, des Vorliegens eines materiellen Rechtsanspruchs. Maßgeblich ist die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung.

---

Die Antragstellerin hat einen Anspruch, sich vorläufig einer fachpsychiatrischen Untersuchung nicht unterziehen zu müssen, glaubhaft gemacht.

Die behördliche Anordnung zu einer ärztlichen Untersuchung muss nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folgenden inhaltlichen und formellen Anforderungen genügen:

Voraussetzung für die Weisung gemäß § 45 Abs. 1 Satz 2 ThürBG, sich ärztlich untersuchen zu lassen, sind Zweifel über die Dienstunfähigkeit. Diese Zweifel des Dienstherrn über die Dienstunfähigkeit müssen sich auf konkrete Umstände beziehen, die bei vernünftiger, lebensnaher Einschätzung die ernsthafte Besorgnis begründen, der betroffene Beamte sei dienstunfähig bzw. begrenzt dienstfähig. Der Aufforderung müssen tatsächliche Feststellungen zugrunde gelegt werden, die die Dienstunfähigkeit des Beamten als naheliegend erscheinen lassen. Dies gilt erst recht auch dann, wenn eine psychiatrische Untersuchung aufgegeben wird. Die Erhebungen eines Psychiaters zum Lebenslauf des Beamten, wie etwa Kindheit, Ausbildung, besondere Krankheiten, und zum konkreten Verhalten auf dem Dienstposten greifen intensiver in den durch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Bereich privater Lebensgestaltung ein als die rein medizinischen Feststellungen, die bei der angeordneten Untersuchung oder bei ärztlichen Untersuchungen zu erheben sind (vgl. BVerwG, Urteil vom 26. April 2012 - 2 C 17/10 - NVwZ 2012, 1483).

Unfähig zur Erfüllung seiner Dienstpflichten i. S. d. § 26 Abs. 1 BeamtStG ist ein Beamter dann, wenn er wegen seines körperlichen Zustands oder aus gesundheitlichen Gründen zur Erfüllung seiner Dienstpflichten dauernd unfähig ist. Prüfungsmaßstab für die Fähigkeit oder dauernde Unfähigkeit eines Beamten, seine Dienstpflichten zu erfüllen, ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts das funktionelle Amt im abstrakten Sinne, nicht allein der derzeit innegehabte Dienstposten, d. h. das konkrete Amt im funktionellen Sinne (vgl. BVerwG, Urteil vom 27. Februar 1992 - 2 C 45/89 - Buchholz 237.8 § 56 RhPLBG Nr. 1; Urteil vom 23. September 2004 - 2 C 27/03 - BVerwGE 122, 53). Deshalb ist es für die Feststellung der Dienstunfähigkeit nicht schon ausreichend, dass der Beamte den Pflichten dieses Dienstpostens nicht mehr gewachsen ist. Vielmehr liegt Dienstunfähigkeit erst vor, wenn der Beamte die Pflichten keines seinem statusrechtlichen Amt zugeordneten Dienstpostens innerhalb der Behörde mehr erfüllen kann, der frei ist oder ohne Beeinträchtigung der sachgemäßen und reibungslosen Aufgabenerfüllung für ihn

freigemacht oder durch organisatorische Änderung eingerichtet werden kann (BVerwG, Urteil vom 26. März 2009 - 2 C 73/08 - BVerwGE 133, 297). Dabei ist es grundsätzlich Sache des Dienstherrn, die Besetzung der Dienstposten entsprechend der noch vorhandenen Dienstfähigkeit der Beamten zu regeln (vgl. Bayerischer VGH, Beschluss vom 28. Januar 2013 - 3 CE 12.1883 - juris, m. w. N.).

Die Anordnung, sich ärztlich untersuchen zu lassen, muss im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch formellen Anforderungen genügen. Sie muss aus sich heraus verständlich sein. Der betroffene Beamte muss ihr entnehmen können, was konkret ihr Anlass ist und ob das in ihr Verlautbarte die behördlichen Zweifel an seiner Dienstfähigkeit zu rechtfertigen vermag. Insbesondere darf die Behörde nicht nach der Überlegung vorgehen, der Betroffene werde schon wissen, "worum es gehe". Dem Beamten bekannte Umstände müssen in der Anordnung von der zuständigen Stelle zumindest so umschrieben sein, dass für den Betroffenen ohne weiteres erkennbar wird, welcher Vorfall oder welches Ereignis zur Begründung der Aufforderung herangezogen wird (BVerwG, Urteil vom 26. April 2012 - 2 C 17/10 - NVwZ 2012, 1483).

Hieran gemessen hat das Verwaltungsgericht zwar zu Recht angenommen, dass objektive Zweifel an der Dienstfähigkeit der Antragstellerin bestehen. Allerdings genügt die Untersuchungsanordnung nicht den formellen Anforderungen, weil sie die diese Zweifel begründenden Umstände nicht benennt.

Es sprechen objektiv gewisse Anhaltspunkte für eine im geistigen, nervlichen oder seelischen Bereich begründete, dem psychiatrischen Fachbereich zuzuordnende Dienstunfähigkeit der Antragstellerin. Allerdings bieten die gutachterlichen Äußerungen der Amtsärztin Dr. med. keine tragfähige Grundlage für die dem Dienstherrn obliegende Einschätzung und Prognose zur Dienstfähigkeit der Antragstellerin. Die gutachterliche Stellungnahme vom ist mit Blick auf das Ausgangsgutachten vom nicht nachvollziehbar. Zutreffend hat das Verwaltungsgericht darauf hingewiesen, dass die Amtsärztin bei der Untersuchung der Antragstellerin am eine chronische psychische Erkrankung festgestellt und diese nach den gutachterlichen Ausführungen als gravierend eingestuft hat. Die Amtsärztin konnte nicht prognostizieren, ob und wann mit einer Wiederherstellung der vollen Dienstfähigkeit der Antragstellerin zu rechnen ist. Für den Fall der Versetzung in den Ruhestand wegen der bereits lange bestehenden Dienstunfähigkeit er-

achtete sie eine Nachuntersuchung in einem Jahr für zweckmäßig; andernfalls in vier Monaten. Zu diesem Zeitpunkt hielt sie allerdings nur die Beurteilung für möglich, ob die Antragstellerin auf eine regelmäßige psychotherapeutische Behandlung anspreche und dadurch wesentliche Veränderungen in Gang gesetzt worden seien. Hiervon ausgehend erlaubt die ärztliche Stellungnahme zur Nachuntersuchung am keine belastbare prognostische Einschätzung, ob die volle Dienstfähigkeit der Antragstellerin wiederhergestellt ist. Zum einen ist die ärztliche Äußerung nicht eindeutig. An einer Stelle ist ausgeführt, dass aktuell die chronische Beschwerdesymptomatik abgeklungen sei, an anderer Stelle, dass die vorhergehende chronische Beschwerdesymptomatik bereits vollständig abgeklungen sei. Zum anderen lässt die ärztliche Stellungnahme vom nicht erkennen, welche chronische Beschwerdesymptomatik gemeint ist, die am diagnostizierte psychische Erkrankung oder ein Schmerzsyndrom an den Händen. Auch letzteres kommt in Betracht. Die Stellungnahme verweist darauf, dass zur Erhaltung der Dienstfähigkeit auf die Belastungssituation der Hände zu achten sei. Vor diesem Hintergrund erscheint eine weitere Aufklärung der nervlichen und seelischen Dienstfähigkeit der Antragstellerin, die mit der Ausgangsuntersuchung am erheblich in Zweifel gezogen wurde, durch eine fachpsychiatrische Begutachtung geboten.

Diese objektiv gerechtfertigten Beweggründe für eine weitere psychiatrische Begutachtung, auf die sich der Antragsgegner im gerichtlichen Verfahren auch beruft, benennt die Untersuchungsanordnung vom aber nicht. Sie beschränkt sich darauf, als Grund für die erneute Begutachtung die krankheitsbedingten Fehlzeiten der Antragstellerin darzustellen und die in der Vergangenheit erstellten, für die Antragstellerin im Ergebnis jedoch positiven amtsärztlichen Gutachten in den Jahren bis tabellarisch aufzulisten, ohne einen inhaltlichen Zusammenhang zwischen Fehltagen und amtsärztlichen Befunden einerseits und der nunmehr für erforderlich gehaltenen psychiatrischen Untersuchung andererseits herzustellen. Ein solcher erschließt sich auch nicht ohne weiteres. Den amtsärztlichen Gutachten lagen - worauf die Untersuchungsanordnung selbst hinweist - verschiedene Krankheitsbilder zu Grunde. Während Gegenstand der Untersuchungen in den Jahren bis (auch) ein psychosomatisches Syndrom war, betrafen die Untersuchungen in den Jahren bis verschiedene pathologische Syndrome (Rheuma, unfallbedingte Fuß- und Handverletzung, Migräne). Hinzu kommt, dass die Ermittlungsführe-





in: Plog/Wiedow, Kommentar, Bd. 1a, BBG - alt, § 42 Rn. 10d) hinzunehmen, um den Eingriff in ihr Persönlichkeitsrecht gerichtlich überprüfen zu lassen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 47 Abs. 1, 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 2 GKG, wobei der Wert im Hinblick auf die Vorläufigkeit der begehrten Entscheidung zu halbieren ist (vgl. Ziffer II., 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, Kopp/Schenke, VwGO, 18. Aufl., Anh § 164 Rn. 14). Der Hilfsantrag wirkt sich nicht streitwerterhöhend aus (§ 45 Abs. 1 Satz 2 GKG).

Hinweis:

Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, §§ 68 Abs. 1 Satz 5, 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

Prof. Dr. Schwan

Gravert

Hampel



**Ausgefertigt:**

Weimar, den 21. März 2013

Geschäftsstelle

des Thüringer Obergerverwaltungsgerichts

als Urkundsbeamter(in) der Geschäftsstelle