

● **Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung bei (amts-)ärztlicher Untersuchungsaufforderung**

Leitsatz

1. Die an einen Beamten gerichtete Aufforderung, sich wegen Zweifeln an seiner Dienstfähigkeit (amts-)ärztlich untersuchen zu lassen, bedarf bei schwerbehinderten Beamten der vorherigen Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung.

2. Ist die nach § 95 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 SGB IX erforderliche Unterrichtung und Anhörung der Schwerbehindertenvertretung nicht ordnungsgemäß erfolgt, führt dies zur Rechtswidrigkeit der Untersuchungsaufforderung.

Verfahrensgang

vorgehend VG Potsdam 2. Kammer, 10. August 2017, 2 L 286/17, Beschluss

Tenor

Der Beschluss des Verwaltungsgerichts Potsdam vom 10. August 2017 wird mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung geändert.

Es wird im Wege der einstweiligen Anordnung festgestellt, dass der Antragsteller der Untersuchungsaufforderung der Antragsgegnerin vom 17. Februar 2017 nicht folgen muss.

Die Kosten des Verfahrens beider Rechtszüge trägt die Antragsgegnerin.

Der Wert des Beschwerdegegenstandes wird auf 5.000 Euro festgesetzt.

Gründe

Die Beschwerde hat Erfolg. Der mit der Beschwerde weiterverfolgte Antrag, im Wege einstweiliger Anordnung festzustellen, dass der Antragsteller der Aufforderung der Antragsgegnerin vom 17. Februar 2017, sich ärztlichen Untersuchungen bei den Ärzten Dr. C..., Dr. S... und Dr. F... zu unterziehen, nicht folgen muss, ist zulässig und auf der für den Senat maßgeblichen Grundlage der Beschwerdebegründung (vgl. § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO) begründet.

1. Der Antrag, der sich gegen eine auf § 37 Abs. 1 Satz 1 LBG gestützte Untersuchungsaufforderung richtet, ist nach § 123 Abs. 5 VwGO statthaft und auch im Übrigen zulässig (vgl. im Einzelnen: Senatsbeschluss vom 26. Juli 2016 – OVG 4 S 40.15 – BA S. 2 f.).

2. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts hat der Antragsteller die Voraussetzungen der von ihm beehrten einstweiligen Anordnung glaubhaft gemacht

(vgl. § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO). Nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann eine einstweilige Anordnung zur Sicherung eines Rechts des Antragstellers getroffen werden, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Das ist hier der Fall; sowohl ein Anordnungsanspruch als auch ein Anordnungsgrund liegen vor, so dass sich der angefochtene Beschluss auch nicht aus anderen Gründen im Ergebnis als richtig erweist.

a) Der Antragsteller hat einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht.

aa) Entgegen der vom Verwaltungsgericht vertretenen Auffassung ist die Untersuchungsaufforderung in formeller Hinsicht rechtswidrig. Die Antragsgegnerin hat die Schwerbehindertenvertretung vor der Entscheidung über den Erlass der Untersuchungsaufforderung nicht ordnungsgemäß beteiligt.

(1) Zur Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung war die Antragsgegnerin vorliegend verpflichtet. Die Pflicht zur Unterrichtung und Anhörung der Schwerbehindertenvertretung besteht in allen Fällen, in denen ein schwerbehinderter Mensch von der vom Arbeitgeber bzw. Dienstherrn beabsichtigten Entscheidung betroffen ist. Bei dem Antragsteller liegt seit dem 9. März 2002 ein Grad der Behinderung von 100 vor. Er ist damit schwerbehindert im Sinne des § 2 Abs. 2 SGB IX. Bei der an einen Beamten gerichteten Aufforderung des Dienstherrn, sich wegen Zweifeln an seiner Dienstfähigkeit ärztlich untersuchen zu lassen, handelt es sich auch um eine „Entscheidung“ im Sinne von § 95 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 SGB IX. Eine Entscheidung in diesem Sinne liegt bei personellen Maßnahmen des Dienstherrn vor, die den schwerbehinderten Menschen unmittelbar betreffen. Hierzu gehört neben etwa der Versetzung in den Ruhestand, der Anordnung von Mehrarbeit und dem Ausspruch von Disziplinarmaßnahmen auch die Anordnung einer (amts-)ärztlichen Untersuchung (vgl. Dusel/Hoff in: Bihr/Fuchs/Krauskopf/Ritz SGB IX – Kommentar und Praxishandbuch, § 95 Rn. 15). Der Begriff der „Entscheidung“ ist gleichbedeutend mit demjenigen der „Maßnahme“ im personalvertretungsrechtlichen Sinne. In der personalvertretungsrechtlichen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist geklärt, dass es sich bei der Anordnung einer (amts-)ärztlichen Untersuchung wegen Zweifeln an der Dienstfähigkeit um eine Maßnahme im personalvertretungsrechtlichen Sinne handelt, auch wenn sie aus sich heraus noch nicht auf das Arbeits- bzw. Dienstverhältnis einwirkt, sondern allenfalls der Dienststelle eine Grundlage für solche Einwirkungen vermitteln kann. Die Anordnung erweist sich nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts jedenfalls deshalb als Entscheidung mit Eigengewicht, weil sie erheblich in das verfassungsrechtlich geschützte Persönlichkeitsrecht des Betroffenen einwirkt (vgl. Beschluss des Senats vom 4. Oktober 2017 – OVG 4 S 23.17 – juris Rn. 6 unter Hinweis auf die Entscheidungen des BVerwG). Nichts anderes gilt für das Schwerbehindertenrecht.

(2) Im vorliegenden Fall fehlt es bereits an einer umfassenden Unterrichtung der Vertrauensfrau der Schwerbehinderten. Entsprechend dem Sinn und Zweck des Unterrichtungs- und Anhörungserfordernisses, die Schwerbehindertenvertretung in die Lage zu versetzen, die ihr nach § 95 Abs. 1 SGB IX auferlegten Pflichten wahrzunehmen, insbesondere die Interessen der schwerbehinderten Menschen sachgerecht zu vertreten und ihnen beratend und helfend zur Seite zu stehen,

genügt der Dienstherr seiner Unterrichtspflicht nur, wenn er die Schwerbehindertenvertretung so informiert, dass diese ihre Aufgaben wahrnehmen kann. Eine Unterrichtung muss daher Angaben zu der Art der beabsichtigten Maßnahme und den hierfür maßgeblichen Erwägungen des Dienstherrn umfassen, die dieser im Zusammenhang mit der beabsichtigten Entscheidung erhoben hat (vgl. VG Freiburg, Urteil vom 21. März 2017 – 3 K 1354/15 – juris Rn. 21). Die Schwerbehindertenvertretung muss aufgrund der konkret mitgeteilten Tatsachen in die Lage versetzt werden, sich mit dem Sachverhalt auseinanderzusetzen (vgl. Düwell in: Deinert/Neumann, Handbuch SGB IX, 2. Aufl. 2009, § 20 Rn. 161).

Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt. Ausweislich des während des erstinstanzlichen Verfahrens durch den Leiter des Personalreferats der Antragsgegnerin erstellten Vermerks vom 19. Mai 2017 ist die Vertrauensfrau der Schwerbehinderten im Rahmen eines Monatsgesprächs am 16. Februar 2017 mündlich über die Absicht des Dienstherrn, gegenüber dem Antragsteller „eine erneute Aufforderung zur amtsärztlichen Untersuchung“ auszusprechen, informiert worden und erhielt insoweit Gelegenheit zur mündlichen Stellungnahme. Die Beschwerde macht zu Recht geltend, dass die Beschreibung der beabsichtigten Maßnahme unzutreffend war. Mit dem einen Tag später, am 17. Februar 2017, unterzeichneten Schreiben wurde der Antragsteller nicht etwa - der Anregung im amtsärztlichen Gutachten vom 22. Juli 2015 folgend - zu einer erneuten amtsärztlichen Untersuchung aufgefordert, sondern zu Untersuchungen bei drei privaten Fachärzten (Fachärzte für Innere Medizin, Psychiatrie und Psychotherapie und Orthopädie). Insbesondere die angeordnete fachpsychiatrische Begutachtung, für welche die beauftragte Fachärztin Dr. S... ausweislich ihres an den Antragsteller gerichteten Schreibens vom 6. März 2017 eine mindestens dreistündige Untersuchung sowie umfangreiche Angaben des Antragstellers zu seinem Lebenslauf (u.a. mit Angaben zu Kita, Schule Ausbildung, Partnerschaft/Ehe, Kinder) und zu seinem Tagesablauf für notwendig hielt, beinhaltet einen weitreichenden Eingriff in die Rechtssphäre des Antragstellers (vgl. BVerwG, Urteil vom 26. April 2012 – 2 C 17.10 – juris Rn. 17). Die Schwerbehindertenvertretung wurde nicht davon unterrichtet, dass eine solche Untersuchungsaufforderung beabsichtigt war. Durch diese unzutreffende Information war die Schwerbehindertenvertretung nicht in der Lage, die ihr nach § 95 Abs. 1 SGB IX auferlegten Pflichten sachgerecht wahrzunehmen. Damit war auch die am 16. Februar 2017 durchgeführte mündliche Anhörung der Vertrauensfrau der Schwerbehinderten fehlerhaft.

(3) Die fehlerhafte Unterrichtung und Anhörung der Vertrauensfrau der Schwerbehinderten führt zur Rechtswidrigkeit der Untersuchungsaufforderung. Bei dienstrechtlichen Maßnahmen im Beamtenverhältnis führt der in der unterbliebenen bzw. nicht ordnungsgemäßen Anhörung liegende Verfahrensverstoß – wie dies regelmäßig auch in anderen Fällen der Verletzung von Vorschriften über das einzuhaltende Verfahren der Fall ist – zur Rechtswidrigkeit der Entscheidung (vgl. VG Freiburg, a.a.O. Rn. 27; OVG Münster, Urteil vom 15. März 2010 – 6 A 4435/06 – juris Rn. 54; im Fall einer Ermessensentscheidung: BVerwG, Urteil vom 21. Juni 2006 – 2 A 6.06 – juris Rn. 32; Düwell, a.a.O., Rn. Rn. 166; Pahlen in: Neumann/PahlenMajerski-Pahlen, Kommentar zum SGB IX, § 95 Rn. 9). Soweit das Bundesverwaltungsgericht die Einschränkung formuliert hat, dass es sich um eine „in die Sphäre des Beamten einschneidend eingreifende Maßnahme“ handeln müsse

(vgl. zu § 22 Abs. 2 SchwbG: BVerwG, Beschluss vom 10. Juli 1985 – 2 B 75.84 – juris Rn. 6, 7), ist dies bei Untersuchungsaufforderungen der Fall (vgl. zu den Folgen einer Untersuchungsaufforderung für den betroffenen Beamten: Beschluss des Senats vom 10. Juni 2015 – OVG 4 S 6.15 – juris Rn. 12). Hiergegen spricht nicht etwa der Umstand, dass es sich bei der Untersuchungsaufforderung um keinen Verwaltungsakt, sondern eine gemischte persönlich-dienstliche Weisung handelt, die einen einzelnen Schritt in dem gestuften Verfahren darstellt, das bei Feststellung der Dienstunfähigkeit mit der Zurruesetzung endet. Denn bereits die Untersuchungsaufforderung greift in die grundrechtsbewehrte persönliche Sphäre des Beamten ein und muss sich deshalb auch am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit messen lassen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 10. April 2014 – 2 B 80.13 – juris Rn. 8).

(4) Der in der fehlerhaften Unterrichtung und Anhörung der Schwerbehindertenvertretung liegende Mangel, der nicht entsprechend der Vorschrift des § 95 Abs. 2 Satz 2 SGB IX durch Nachholung der Anhörung binnen sieben Tagen nach Ergehen der fehlerhaften Entscheidung geheilt worden ist, ist auch nicht ausnahmsweise in entsprechender Anwendung von § 46 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 VwVfG Bbg unbeachtlich. Danach kann die Aufhebung eines Verwaltungsaktes, der nicht nach § 44 desselben Gesetzes nichtig ist, nicht allein deshalb beansprucht werden, weil er unter Verletzung von Vorschriften über das Verfahren, die Form oder die örtliche Zuständigkeit zustande gekommen ist, wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat. Davon kann nur die Rede sein, wenn von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise feststeht, dass die Sachentscheidung auch bei ordnungsgemäßer Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung nicht anders ausgefallen wäre (vgl. OVG Münster, a.a.O., Rn. 68; Pahlen, a.a.O., Rn. 10). Dies ist hier nicht der Fall.

Die Antragsgegnerin hatte einen Entscheidungsspielraum im Hinblick darauf, ob, zu welchem Zeitpunkt und mit welchem Inhalt sie eine (amts-)ärztliche Untersuchung anordnen wollte. Es ist nicht auszuschließen, dass eine Stellungnahme der Schwerbehindertenvertretung die Entscheidung der Antragsgegnerin in der einen oder anderen Weise beeinflusst hätte (vgl. zur unterlassenen Beteiligung der Frauenvertreterin: VG Berlin, Beschluss vom 10. Juli 2017 – VG 7 L 299.17 –, bestätigt durch Beschluss des Senats vom 4. Oktober 2017 – OVG 4 S 23.17 – juris). Insbesondere erscheint es im vorliegenden Fall nicht ausgeschlossen, dass die Antragsgegnerin nach ordnungsgemäßer Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung lediglich eine erneute Untersuchung beim Amts- und Vertrauensärztlichen Dienst der Landeshauptstadt Potsdam angeordnet hätte, wie dies im amtsärztlichen Gutachten vom 22. Juli 2015 nach Ablauf von mindestens sechs Monaten nach Abschluss der Wiedereingliederung des Antragstellers im Hamburger Modell vorgeschlagen wurde.

bb) Vor diesem Hintergrund kann dahinstehen, ob die Untersuchungsaufforderung vom 17. Februar 2017 aus den in der Beschwerdebegründung dargelegten Gründen auch materiell rechtswidrig ist. Vorsorglich weist der Senat jedoch darauf hin, dass die Untersuchungsaufforderung ihrem Inhalt nach insoweit Bedenken unterliegt, als darin Untersuchungen durch Fachärzte für Psychiatrie und Psychotherapie sowie für Orthopädie angeordnet wurden. Zwar mag dem Verwaltungsgericht im rechtlichen Ausgangspunkt zu folgen sein, dass eine Untersuchungsaufforderung nach § 37

Abs. 1 Satz 1 LBG geringeren Begründungsanforderungen unterliegt, wenn der Beamte im Zeitpunkt ihres Erlasses infolge Erkrankung innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten mehr als drei Monate keinen Dienst geleistet hat und deshalb eine Zuruhesetzung unter den erleichterten Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 Satz 2 BeamtStG erfolgen könnte (vgl. OVG Münster, Beschluss vom 29. Mai 2017 – 6 B 360/17 – juris Rn. 6; OVG Magdeburg, Beschluss vom 12. Januar 2016 – 1 M 4/16 – BA S. 2 f.; VG Magdeburg, Beschluss vom 8. Mai 2017 – 5 B 225/17 – juris Rn. 7; VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 15. März 2017 – 1 L 708/17 – juris Rn. 15; VG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Mai 2017 – 13 L 446/17 – juris Rn. 25). Dies dürfte jedoch nur für eine orientierende Erstuntersuchung durch einen Amtsarzt bzw. hier – aufgrund der vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen durch Fachärzte für Innere Medizin – durch einen Internisten gelten. Denn in Fällen des § 26 Abs. 1 Satz 2 BeamtStG ergibt sich der Untersuchungsanlass bereits aus der Dauer der krankheitsbedingten Dienstunfähigkeit und die Konkretisierung von Art und Umfang der Untersuchung mag entbehrlich sein, weil der Dienstherr auf Grundlage der ihm vorgelegten Krankschreibungen regelmäßig nicht erkennen kann, welches Krankheitsbild den Fehlzeiten zu Grunde liegt (vgl. OVG Münster a.a.O.). Damit ist jedoch nicht zugleich gesagt, dass neben einer orientierenden Erstuntersuchung auch bestimmte fachärztliche – insbesondere fachpsychiatrische – Untersuchungen ohne nähere Ausführungen zu Untersuchungsanlass und Art und Umfang der Untersuchung zulässig sind. Soweit die Antragsgegnerin für die Notwendigkeit einer fachpsychiatrischen und orthopädischen Untersuchung auf die Ausführungen im amtsärztlichen Gutachten vom 22. Juli 2015 verweist, wonach beim Antragsteller neben einer chronischen Systemerkrankung eine reaktive, psychische Minderbelastbarkeit und eine chronische Funktionsstörung der Wirbelsäule bestehe, erscheint es fraglich, ob dieser Befund im Zeitpunkt der Untersuchungsaufforderung im Februar 2017 geeignet war, die Dienstfähigkeit berührende Zweifel an der Gesundheit des Antragstellers in dieser Hinsicht zu begründen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 10. April 2014 – a.a.O., Rn. 10).

b) Der Antragsteller hat auch einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Denn befolgte er die Anordnung, dann müsste er Eingriffe in sein Recht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG wie auch 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 Gutachtenanordnung ist nach Erstellung des Gutachtens ohne Bedeutung (vgl. m.w.N. Beschluss des Senats vom 30. November 2016 – OVG 4 S 24.16 – BA S. 6).

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).■