

# Rechtsschutz gegen Weisungen des Dienstherrn zur Teilnahme an einer ärztlichen Untersuchung

Dr. Torsten von Roetteken

*Das BVerwG hat mit Beschluss vom 14.3.2019 – 2 VR 5/18 –<sup>1</sup> die Zulässigkeit der Inanspruchnahme von – einstweiligem – Rechtsschutz gegen eine dienstliche Anordnung verneint, sich zur Klärung der dauernden Dienstunfähigkeit einer ärztlichen Untersuchung zu unterziehen, und verweist die Betroffenen darauf, ihren Rechtsschutz im Rahmen der Anfechtung der ggf. erlassenen Verfügung zur Versetzung in den Ruhestand zu suchen. Dies steht in Widerspruch zu der bisher in der Literatur vertretenen Auffassung und zur Praxis der Verwaltungsgerichte, wenn sie erst- und zweitinstanzlich über die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes zu entscheiden hatten. Gleichzeitig enthält der Beschluss des BVerwG neue Aussagen zu den Anforderungen, die eine dienstliche Weisung erfüllen muss, um rechtmäßig die Teilnahme eines Beamten bzw. einer Beamtin an einer ärztlichen Untersuchung anzuordnen, wenn sich diese Anordnung lediglich auf eine größere Zahl krankheitsbedingter Fehltag stützt. Der nachfolgende Beitrag versucht eine Einordnung.*

## I. Ermächtigung zur Anordnung einer ärztlichen Untersuchung

Die derzeitigen Beamtenengesetze im Bund und in den Ländern sehen nahezu durchgängig vor, dass über die dauernde Dienstunfähigkeit bzw. die deshalb erfolgende Versetzung in den Ruhestand auf der Grundlage eines ärztlichen Gutachtens zu entscheiden ist.<sup>2</sup> Ihm kommt damit eine wesentliche Bedeutung zur Durchführung des entsprechenden Verwaltungsvorgangs zu.

§ 44 Abs. 6 BBG berechtigt den Dienstherrn, bei Zweifeln über die Dienstunfähigkeit den Beamten bzw. die Beamtin zu verpflichten, sich nach Weisung der Behörde ärztlich untersuchen und, falls dies aus amtsärztlicher Sicht für erforderlich gehalten wird, auch beobachten zu lassen. Im Wesentlichen gleichlautende Ermächtigungen enthalten Art. 65 Abs. 2 S. 1 BayBG, § 36 Abs. 1 S. 1 HBG, § 33 Abs. 1 S. 1 LBG NW, § 37 Abs. 1 S. 1 LBG Bra enthält eine nahezu inhaltsgleiche Regelung, lässt für die Anordnung einer ärztlichen Beobachtung jedoch genügen, dass sie ärztlicherseits für erforderlich gehalten wird. § 39 Abs. 1 S. 2 LBG Bln trifft eine nahezu inhaltsgleiche Regelung, lässt aber für das Verlangen nach einer ärztlichen Beobachtung die bloße Erforderlichkeit genügen, ohne weitergehende Anforderungen zu stellen. § 54 Abs. 1 S. 1 SächsBG entspricht weitgehend § 44 Abs. 6 BBG, verlangt jedoch die Untersuchung durch einen beamteten Arzt, einen Vertrauensarzt oder in Ausnahmefällen durch einen Facharzt.

§ 41 Abs. 1 S. 1 BremBG, § 41 Abs. 1 S. 1 HmbBG, § 41 Abs. 1 S. 1 LBG M-V, § 44 Abs. 1 LBG RhLPf, § 45 Abs. 1 S. 1 LBG LSA, § 41 Abs. 1 S. 1 LBG SchlH, sehen vor, dass Beamtin bzw. ein Beamter bei bestehenden Zweifeln an der Dienstfähigkeit verpflichtet ist, sich nach Weisung der/s Dienstvorgesetzten und, falls es ärztlicherseits für erforderlich gehalten wird, auch beobachten zu lassen. § 43 Abs. 1 S. 2 NBG, § 43 Abs. 1 S. 1 ThürBG enthalten inhaltsgleiche Regelungen, stellen für die Anordnung einer Beobachtung jedoch darauf ab, dass sie amtsärztlich für erforderlich gehalten wird.

Nach § 53 Abs. 1 S. 1 LBG BW können Beamtinnen und Beamte verpflichtet werden, sich nach dienstlicher Weisung ärztlich untersuchen und, falls dies aus amtsärztlicher Sicht für erforderlich gehalten wird, auch beobachten zu lassen, wenn Zweifel an der Dienstfähigkeit oder über die Dienstunfähigkeit bestehen oder die Dienstunfähigkeit ärztlich festzustellen ist. § 43 Abs. 1 S. 2 NBG verlangt bei im Übrigen gleichen Text eine schriftliche Weisung und die Erfüllung der Weisung innerhalb angemessener Frist.

## II. Ärztliche Begutachtung im Rahmen von § 44 Abs. 1 S. 2 BBG, § 26 Abs. 1 S. 2 BeamtStG

Eine besondere Bedeutung kommt dem ärztlichen Gutachten bei der Feststellung der sog. vermuteten Dienstunfähigkeit nach § 26 Abs. 1 S. 2 BeamtStG bzw. § 44 Abs. 1 S. 2 BBG zu. Danach berechtigt eine krankheitsbedingte dienstliche Fehlzeit von mindestens 3 Monaten innerhalb 6 Monaten zur Annahme einer dauernden Dienstunfähigkeit vergleichbar § 26 Abs. 1 S. 1 BeamtStG bzw. § 44 Abs. 1 S. 1 BBG. Es handelt sich um eine Ermessensentscheidung, nicht um eine bindende gesetzliche Verpflichtung, entsprechend zu verfahren. Die Feststellung einer derartig begründeten Dienstunfähigkeit setzt im Geltungsbereich des BBG voraus, dass keine Aussicht besteht, dass innerhalb weiterer 6 Monaten die Dienstfähigkeit wiederhergestellt ist. § 26 Abs. 1 S. 2 BeamtStG überlässt die Festlegung dieses Prognosezeitraums zwar dem Landesrecht. Es folgt jedoch mit seinen Regelungen § 44 Abs. 1 S. 2 BBG, sodass derzeit bundes einheitlich ein Prognosezeitraum von weiteren 6 Monaten im Anschluss an die ersten 5 Monate zu beachten ist.

Eine ordnungsgemäße Aussage über die individuellen Aussichten einer Wiederherstellung der – vollen – Dienstfähigkeit<sup>3</sup> trotz längerer krankheitsbedingter Fehlzeiten in der Vergangenheit wird allenfalls in Ausnahmefällen ohne eine ärztliche Begutachtung der individuellen Gesundheit möglich sein<sup>4</sup>. Da sich die Fälle häufen, in denen Dienstherrn nach Regelungen vorgehen, wie sie in § 26 Abs. 1 S. 2 BeamtStG bzw. § 44 Abs. 1 S. 2 BBG enthalten sind, hat die ärztliche Begutachtung der Be-

1) In diesem Heft, S. 384.

2) § 47 Abs. 1 S. 1 BBG, § 43 Abs. 3 S. 1 BremLBG, § 36 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1 HBG, § 41 Abs. 3 S. 1 LBG M-V, § 43 Abs. 1 S. 1 NBG, § 44 Abs. 2, 4 LBG RhLPf, § 53 Abs. 1, § 54 Abs. 2 SächsBG, § 45 Abs. 3 S. 1 LBG LSA, § 41 Abs. 3 S. 1 LBG SchlH, § 31 Abs. 3 S. 1 ThürBG; beschränkt auf den Fall einer auf Antrag erfolgenden Zuruhesetzung Art. 65 Abs. 3 S. 1 BayBG, § 40 Abs. 1 LBG Bra, § 40 Abs. 1 S. 1 LBG Bln, § 33 Abs. 2 S. 1 LBG NW.

3) Zum Erfordernis der uneingeschränkten Wiederherstellung der Dienstfähigkeit BVerwG, Urteil vom 30.8.1963 – VI C 178.61 – E 16, 285, 288 f. = DÖD 1964, 51; vgl. BGH, Urteil vom 16.12.2010, RiZ(R) 2/10 = NVwZ-RR 2011, 373, 374, Rn. 25.

4) Hebler, in: Battis, BBG, 5. Aufl., 2017, § 44 BBG, Rn. 11; Summer, in: Gesamtkommentar Öffentliches Dienstrecht – GKÖD, Stand Mai 2019, § 44 BBG 2009, Rn. 18; Lemböfer, in: Plog/Wiedow, Bundesbeamtengesetz, Stand März 2019, § 42 BBG a. F., Rn. 4d; Koch, in: Plog/Wiedow, § 44 BBG 2009, Rn. 46 f.; enger Ule, Beamtenrecht, 1970, § 42 BBG, der stets ein ärztliches Gutachten verlangt; ebenso Schütz, DÖD 1965, S. 41, 44.