I M N A M E N D E R R E P U B L I K !

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Thienel, die Hofräte Dr. Doblinger und Mag. Feiel sowie die Hofrätinnen Dr. Koprivnikar und Mag. Schindler als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Dr. Hotz, über die Revision des Mag. A B, LL.M., M.E.S. in C, vertreten durch Dr. Wolf-Georg Schärf, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Zedlitzgasse 1/17, gegen den Beschluss des Personalsenats des Bundesverwaltungsgerichtes vom 29. März 2022, betreffend „Aussetzung“ eines Dienstbeurteilungsverfahrens nach dem Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz (RStDG), zu Recht erkannt:

Der angefochtene Beschluss wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Revisionswerber Aufwendungen in der Höhe von € 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

1 Der im Jahr 1971 geborene Revisionswerber ist Richter des Bundesverwaltungsgerichts.

2 Mit dem angefochtenen Beschluss setzte der Personalsenat des Bundesverwaltungsgerichts (Personalsenat) das Dienstbeurteilungsverfahren betreffend den Revisionswerber für das Kalenderjahr 2021 gemäß § 51 iVm § 83 Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz (RStDG) aus. Die Revision wurde für zulässig erklärt.

3 Dazu traf er unter anderem Feststellungen zum Gesundheitszustand des Revisionswerbers, wonach für die Periode August 2020 bis Jänner 2021 von einer schweren depressiven Episode und einer weitgehenden Arbeitsunfähigkeit des Revisionswerbers auszugehen sei. Im Zeitraum Jänner 2021 bis März 2021 sei der Revisionswerber nur eingeschränkt dispositionsfähig gewesen. Trotz eines (vermeintlich) besseren Gesundheitszustandes seit März 2021 habe sich bezüglich der Ausübung seiner richterlichen Tätigkeiten jedoch keine merkbare Veränderung ergeben. Es sei

davon auszugehen, dass das Krankheitsbild, das bereits im Grundsatz seit Mitte 2018 bestanden habe, möglicherweise auch nach März 2021 weiterhin fortbestanden habe und die Arbeitserfüllung des Revisionswerbers bis zum Ende des Kalenderjahres 2021 maßgeblich beeinträchtigt haben könnte. Dabei stützte sich der Personalsenat in seinen beweiswürdigenden Erwägungen unter anderem auch auf einen vom Revisionswerber vorgelegten Befund vom 25. April 2021, wonach die im Raum stehenden Fehleinschätzungen des Revisionswerbers hinsichtlich seiner körperlichen und geistigen Leistungsfähigkeit nicht untypisch für ein depressives Krankheitsbild seien. Weiters traf der Personalsenat in seiner Begründung unter anderem Feststellungen zu den dem Revisionswerber im Beurteilungszeitraum aus den einzelnen Protokollgruppen zugewiesenen Verfahren und zur Anzahl der im Beurteilungszeitraum vom Revisionswerber durchgeführten Erledigungen und stellte auch die Anzahl der in den Jahren davor gemachten Erledigungen näher dar.

4 In rechtlicher Hinsicht folgerte der Personalsenat, im Fall einer Dienstunfähigkeit gehe die erforderliche Ruhestandsversetzung der (negativen) Dienstbeschreibung vor. Wenn die Frage im Raum stehe, ob die „Minderleistung“ auf eine Dienstunfähigkeit zurückzuführen sei und daher ein Ruhestandsversetzungsverfahren anstelle des Dienstbeurteilungsverfahrens durchzuführen sei, müsse sich der Personalsenat mit diesem Umstand erhebungs- und begründungsmäßig auseinandersetzen. Sei die Dienstfähigkeit zu bejahen und komme folglich eine Dienstbeurteilung in Betracht, dann sei bei dieser ein objektiver Maßstab anzuwenden. Dienstunfähigkeit liege dann vor, wenn der Richter nicht mehr in der Lage sei, auf seinem richterlichen Arbeitsplatz seiner Dienststelle unter normalen (gewöhnlichen) Arbeitsbedingungen anhaltend normale dienstliche Leistungen zu erbringen. Eine dauernde Dienstunfähigkeit sei (schon) dann gegeben, wenn sie für einen nicht absehbaren Zeitraum vorliege. Auf Grund der getroffenen Feststellungen einerseits zur Arbeitserfüllung des Revisionswerbers, die weit unter dem Durchschnitt vergleichbarer Gerichtsabteilungen liege, andererseits zur stark eingeschränkten Fähigkeit der Disposition und Selbsteinschätzung der eigenen körperlichen und geistigen Gebrechen im Lichte seiner Krankheit, sei von einer

möglichen Dienstunfähigkeit auszugehen. Der Verdacht respektive die Vermutung einer Dienstunfähigkeit des Revisionswerbers stehe daher einer Dienstbeschreibung im Sinne des § 51 RStDG entgegen. Das dafür zuständige Dienstgericht werde sich mit der Frage des Vorliegens der Dienstunfähigkeit zu befassen haben. Das Dienstbeurteilungsverfahren sei bis zum Vorliegen der Entscheidung des (gleichzeitig verständigten) Dienstgerichtes auszusetzen.

5 Die Zulässigkeit der Revision begründete der Personalsenat mit einer fehlenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Rechtsfrage der Zulässigkeit der Aussetzung eines Dienstbeurteilungsverfahrens bei Vorliegen einer vermuteten Dienstunfähigkeit, zur Befassung des zuständigen Dienstgerichts mit der Frage des Vorliegens dieser Dienstunfähigkeit, als auch zur Frage, ob gegen einen solchen Beschluss eine Revision erhoben werden könne.

6 Gegen diesen Beschluss wendet sich die - ordentliche - Revision. Der Revisionswerber verweist in der Zulässigkeitsbegründung auf die Zulassungsbegründung durch das Verwaltungsgericht. Darüber hinaus führt er unter anderem zusammengefasst aus, dass keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage existiere, ob der Personalsenat im Verfahren für das vergangene Jahr contra legem die Klärung der Frage des Vorliegens der Dienstunfähigkeit an das Dienstgericht abtreten dürfe, das die gesetzlich gebotenen Schritte im Falle der Vermutung einer dauernden Dienstunfähigkeit eines Richters und damit einhergehenden (künftigen) Ruhestandsversetzung unabhängig überprüfen solle. Der Personalsenat vermische unzulässigerweise die Frage der dauernden Dienstunfähigkeit mit der Frage der Aussetzung der Dienstbeschreibung auf Grund einer bloß vorübergehenden gesundheitlichen Beeinträchtigung bzw. eines bloß vorübergehenden Leistungsabfalls (ex ante versus ex post-Betrachtung).

7 Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

8 Aus Anlass des vorliegenden Revisionsverfahrens und eines weiteren den Revisionswerber betreffenden zu hg. Ro 2021/09/0014 geführten Revisionsverfahrens stellte der

Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 20. Dezember 2022, A 2022/0014-1 und A 2022/0015-3, gemäß Art. 89 Abs. 2 iVm Art. 135 Abs. 4 und Art. 140 Abs. 1 B-VG den Antrag, die Wortfolge „des Bundesverwaltungsgerichts und“ in § 209 Z 3 RStDG, BGBl. Nr. 305/1961 idF BGBl. I Nr. 120/2012, in eventu die Wortfolge „des Bundesverwaltungsgerichts und“ in § 209 Z 3 RStDG, BGBl. Nr. 305/1961 idF BGBl. I Nr. 120/2012, sowie die Wortfolge „und der beim Gerichtshof verwendeten Richter mit Ausnahme des Präsidenten und des (der) Vizepräsidenten“ in § 52 Abs. 1 Z 1 RStDG, BGBl. Nr. 305/1961 idF BGBl. Nr. 230/1988, als verfassungswidrig aufzuheben. Mit Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 15. Juni 2023, G 13-14/2023-10, wurde dieser Antrag abgewiesen.

I. Zur Frage der Revisibilität des angefochtenen Beschlusses:

9 Der Verwaltungsgerichtshof hat sich bereits im Zusammenhang mit einer Dienstbeschreibung nach dem RStDG der vom Verfassungsgerichtshof bis dahin judizierten Ansicht angeschlossen, wonach Entscheidungen von kollegialen Justizverwaltungsorganen der Verwaltungsgerichte, obwohl es sich materiell betrachtet um erstinstanzliche Justizverwaltungsangelegenheiten handelt, wie jede andere von einem Verwaltungsgericht nach Art. 135 Abs. 1 B-VG erlassene Entscheidung als Erkenntnis oder Beschluss eines Verwaltungsgerichts beim Verwaltungsgerichtshof mit Revision bekämpft werden können (VwGH 28.10.2021, Ro 2021/09/0007 u.a., unter Verweis insbesondere auf VfGH 25.6.2021, E 1873/2021, und näher zitierter Judikatur des Verfassungsgerichtshofes).

10 Nach Art. 133 Abs. 1 Z 1 B-VG erkennt der Verwaltungsgerichtshof über Revisionen gegen das Erkenntnis eines Verwaltungsgerichtes wegen Rechtswidrigkeit. Auf Beschlüsse der Verwaltungsgerichte sind die für ihre Erkenntnisse geltenden Bestimmungen nach Art. 133 Abs. 9 B-VG sinngemäß anzuwenden. Die Regelung des letzten Satzes des Art. 133 Abs. 9 B-VG, demzufolge das die Organisation und das Verfahren des Verwaltungsgerichtshofes regelnde besondere Bundesgesetz bestimmt, inwieweit gegen Beschlüsse der Verwaltungsgerichte Revision erhoben werden kann, erfährt ihre Konkretisierung in dem § 25a Abs. 2 und 3 VwGG, wo jene Beschlüsse genannt sind, gegen die eine Revision nicht zulässig ist. Der Gesetzgeber hat dabei die grundsätzliche Zulässigkeit der Erhebung einer Revision gegen Erkenntnisse und Beschlüsse eines Verwaltungsgerichts aufgrund der in Art. 133 B-VG enthaltenen Regelung vorausgesetzt (vgl. VwGH 16.12.2021, Ro 2021/09/0008, mwN).

11 Gemäß § 25a Abs. 3 VwGG ist gegen verfahrensleitende Beschlüsse eines Verwaltungsgerichts eine abgesonderte Revision nicht zulässig. Diese können erst in der Revision gegen die die Rechtssache erledigende Entscheidung angefochten werden.

12 Nach der zu § 17 VwGVG iVm § 38 AVG ergangenen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes unterliegen Aussetzungsentscheidungen nicht dem Revisionsausschluss gemäß § 25a Abs. 3 VwGG. Dies wird insbesondere auch mit Rechtsschutzüberlegungen begründet; könnten sich doch ansonsten Antragsteller gegen eine Verfahrensaussetzung selbst dann nicht zur Wehr setzen, wenn damit ein jahrelanger Verfahrensstillstand verbunden und diese Entscheidung mit einem gröblichen Ermessensfehler (Ermessensüberschreitung oder Ermessensmissbrauch) belastet wäre (vgl. VwGH 24.3.2015, Ro 2014/05/0089).

13 Auch wenn das vorliegende Dienstbeurteilungsverfahren nicht auf Antrag des Revisionswerbers, sondern gemäß § 51 Abs. 5 RStDG von Amts wegen eingeleitet wurde, sind diese Erwägungen auch auf den hier gegenständlichen Beschluss des Personalsenats übertragbar. Geht doch bereits aus der Bestimmung des § 51 Abs. 1 RStDG, wonach die Dienstbeschreibung im ersten

Quartal nach Ablauf des Beurteilungszeitraumes vorzunehmen ist, hervor, dass die Dienstbeschreibung auf Basis aktueller Eindrücke erstellt werden soll (vgl. *Fellner/Nogratnig*, RStDG, GOG und StAG[5] [2021] § 51 Rz. 2). Der angefochtene Beschluss unterliegt somit nicht dem Revisionsausschluss gemäß § 25a Abs. 3 VwGG.

II. In der Sache selbst:

14 Es trifft zu, dass Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage der Zulässigkeit der „Aussetzung“ eines Dienstbeurteilungsverfahrens von Verwaltungsrichtern und Befassung des Dienstgerichts bei Vorliegen einer vermuteten Dienstunfähigkeit fehlt. Die Revision ist daher bereits aus den vom Personalsenat genannten Gründen, auf welche sich auch die Revision beruft, zur Klarstellung der Rechtslage zulässig; sie ist auch begründet.

15 Die maßgeblichen Bestimmungen des Richter- und Staatsanwaltschaftsdientsgesetzes (RStDG), BGBl. Nr. 305/1961, § 2 in der Fassung BGBl. I Nr. 119/2016, § 51 in der Fassung BGBl. Nr. 507/1994, § 53 in der Fassung BGBl. I Nr. 130/2003, §§ 83, 88, 92 und § 209 in der Fassung BGBl. I Nr. 120/2012, § 91 in der Fassung BGBl. I Nr. 153/2020, lauten auszugsweise:

„Aufnahmeerfordernisse

§ 2. (1) Erfordernisse für die Aufnahme in den richterlichen Vorbereitungsdienst sind:

1. ...
2. die volle Handlungsfähigkeit;
3. die uneingeschränkte persönliche und fachliche Eignung einschließlich der erforderlichen sozialen Fähigkeiten (§ 14 Abs. 2) für die mit der Ausübung des richterlichen Amtes verbundenen Aufgaben;
4. ...

Dienstbeschreibung

§ 51. (1) Wenn ein Richter zu beschreiben ist, so hat dies im ersten Viertel des Kalenderjahres für das abgelaufene Kalenderjahr zu geschehen.

(2) Die Richter der Gehaltsgruppe I und II, mit Ausnahme der Vizepräsidenten und Senatspräsidenten der Oberlandesgerichte sowie der Präsidenten der

Gerichtshöfe erster Instanz, sind für das zweite ihrer Ernennung folgende Kalenderjahr zu beschreiben.

(3) Der Präsident des Gerichtshofes (der Vorsteher des Bezirksgerichtes) hat die Neubeschreibung eines Richters zu beantragen, wenn Gründe dafür sprechen, dass die letzte Gesamtbeurteilung dieses Richters nicht mehr zutreffend ist.

(4) Der Richter kann seine Neubeschreibung beantragen, wenn er der Meinung ist, dass seine Gesamtbeurteilung nicht mehr zutrifft und seit dem letzten Jahr, für das die Dienstbeschreibung festgesetzt worden ist, zumindest ein Kalenderjahr vergangen ist.

(5) Falls die Gesamtbeurteilung eines Richters nicht zumindest mit ‚sehr gut' festgesetzt wurde, ist der Richter auch für das nächstfolgende Kalenderjahr zu beschreiben.

(6) Eine Dienstbeschreibung nach Abs. 2 oder 3 ist auf das nächste Kalenderjahr aufzuschieben, wenn der Richter in dem betreffenden Kalenderjahr weniger als sechs Monate Dienst versehen hat oder wenn sich seine Dienstleistung ausschließlich aus ihm nicht vorwerfbaren Gründen vorübergehend verschlechtert hat.

...

Entwurf und Festsetzung der Dienstbeschreibung

§ 53. (1) Der Berichterstatter des Personalsenates hat die Dienstbeschreibung nach den Fragepunkten des § 54 schriftlich zu entwerfen.

(2) Der Personalsenat hat die Dienstbeschreibung nach Prüfung des schriftlichen Entwurfes festzusetzen. Hält er ergänzende Aufklärungen für geboten, so kann er die ihm erforderlich erscheinenden Ermittlungen durchführen.

(3)...

...

Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit

§ 83. (1) Die Richterin oder der Richter ist in den Ruhestand zu versetzen, wenn

1. sie oder er infolge Krankheit länger als ein Jahr vom Dienst abwesend ist oder
2. sie oder er die Aufnahmeerfordernisse nach § 2 Abs. 1 Z 2 und 3 nicht mehr erfüllt.

(2) Die Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit hat von Amts wegen nach § 91 oder auf Antrag der Richterin oder des Richters zu erfolgen.

(3) Bei Berechnung der einjährigen Dauer einer durch Krankheit verursachten Abwesenheit vom Dienst sind zwischenzeitige Abwesenheiten aus anderen Gründen nicht als Unterbrechung anzusehen. Eine zwischenzeitige Dienstleistung ist nur dann als Unterbrechung anzusehen, wenn sie mindestens die halbe Dauer der unmittelbar vorhergegangenen Zeit der Abwesenheiten vom Dienst erreicht. In diesem Fall ist das Jahr erst vom Ende dieser Dienstleistung an zu rechnen. Bei einer zwischenzeitigen Dienstleistung von kürzerer Dauer sind bei Berechnung der einjährigen Abwesenheit die einzelnen Abwesenheitszeiten zusammenzurechnen.

...

Versetzung in den Ruhestand von Amts wegen

§ 88. Der Richter ist in den Ruhestand zu versetzen, wenn seine Gesamtbeurteilung für zwei aufeinander folgende Kalenderjahre auf nicht entsprechend lautet.

...

Aufforderung an den Richter

§ 91. (1) Wenn die Gesamtbeurteilung des Richters für zwei aufeinanderfolgende Kalenderjahre auf nicht entsprechend lautet oder Umstände vorliegen, die die Vermutung begründen, daß der Richter die Aufnahmeerfordernisse nach § 2 Abs. 1 Z 2 und 3 nicht mehr erfüllt, so ist er schriftlich aufzufordern, binnen einem Monat nach Zustellung der Aufforderung seine Versetzung in den Ruhestand zum frühestmöglichen Wirksamkeitstermin (§ 89a) zu beantragen.

(2) (Anm.: aufgehoben durch BGBl. I Nr. 120/2012)

(3) Die Aufforderung hat der Präsident des Oberlandesgerichtes (Präsident des Obersten Gerichtshofes) hinsichtlich der ihm unterstellten Richter, bezüglich der übrigen Richter die Bundesministerin oder der Bundesminister für Justiz zu erlassen.

Nichtbefolgung der Aufforderung

§ 92. Kommt der Richter einer Aufforderung nach § 91 Abs. 1 nicht nach, so hat die Stelle, die die Aufforderung erlassen hat, das Dienstgericht zu befassen.

...

Dienst- und Disziplinarrecht

§ 209. Soweit in den Organisationsgesetzen des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesfinanzgerichts nicht anderes bestimmt ist, sind die für das Dienstverhältnis der Richterinnen und Richter des Landesgerichtes geltenden Bestimmungen dieses Bundesgesetzes auf das Dienstverhältnis der

Richterinnen und Richter des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesfinanzgerichts mit folgenden Maßgaben sinngemäß anzuwenden:

...

2. Der gemäß § 36 zu bildende Personalsenat besteht aus der Präsidentin oder dem Präsidenten und der Vizepräsidentin oder dem Vizepräsidenten des Bundesverwaltungsgerichts oder des Bundesfinanzgerichts als Mitglieder kraft Amtes und fünf von der Vollversammlung aus ihrer Mitte gewählten Mitgliedern (Wahlmitglieder). Für die fünf Wahlmitglieder sind von der Vollversammlung aus ihrer Mitte fünfzehn Ersatzmitglieder zu wählen.
3. Für die Dienstbeschreibung der Richterinnen und Richter des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesfinanzgerichts mit Ausnahme der Präsidentin oder des Präsidenten und der Vizepräsidentin oder des Vizepräsidenten gemäß § 52 ist der Personalsenat zuständig.
4. Dienstgerichte sind das Bundesverwaltungsgericht für die Richterinnen und Richter des Bundesverwaltungsgerichtes und das Bundesfinanzgericht für die Richterinnen und Richter des Bundesfinanzgerichtes. Diese verhandeln und entscheiden in einem Senat (§ 93), der von der Vollversammlung der Richterinnen und Richter aus ihrer Mitte gewählt wird.

...“

16 Vorauszuschicken ist, dass sich im RStDG keine Bestimmungen finden, die das Verhältnis zwischen Dienstbeschreibungsverfahren und dem Verfahren zur Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit ausdrücklich regeln.

17 Der Verwaltungsgerichtshof vertritt in ständiger Rechtsprechung zu dem hier sinngemäß in Betracht kommenden § 38 AVG und der dort vorgesehenen Möglichkeit der Aussetzung eines Verfahrens (bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Vorfrage) die Ansicht, dass präjudiziell - und damit Vorfragenentscheidung im verfahrensrechtlich relevanten Sinn - nur eine Entscheidung ist, die erstens eine Rechtsfrage betrifft, deren Beantwortung für die Hauptfragenentscheidung unabdingbar, d.h. eine notwendige Grundlage, ist und die zweitens diese in einer die Verwaltungsbehörde bindenden Weise regelt. Ob die Präjudizialität der Entscheidung gegeben ist, hat die zur Hauptfragenentscheidung zuständige Behörde an Hand der diesen Verfahrensgegenstand betreffenden Verwaltungsvorschriften zu prüfen (vgl. VwGH 27.11.2020, Ra 2020/05/0230, mwN).

18 Dass es sich bei der Vorfrage um eine Frage handeln muss, über die von der anderen Behörde bzw. einem Gericht als Hauptfrage zu entscheiden ist, ergibt sich daraus, dass der besondere prozessökonomische Sinn der Vorschrift des § 38 AVG nur dann erreicht werden kann, wenn die andere Entscheidung, deren Ergehen abgewartet wird, in der Folge die Behörde bindet, wobei eine solche Bindungswirkung jedoch immer nur eine Entscheidung über eine Hauptfrage entfaltet. Die gegenseitige Bindung der Gerichte und der Verwaltungsbehörden erstreckt sich nur so weit, wie die Rechtskraft reicht, d.h. sie erfasst nur den Inhalt des Spruchs, nicht aber die Entscheidungsgründe (vgl. VwGH 6.11.2020, Ro 2020/03/0014).

19 Die Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit wird gemäß § 89a Abs. 2 RStDG mit Ablauf jenes Monats wirksam, in dem sie rechtskräftig wird. Auch wenn eine Dienstunfähigkeit im Sinn des hier vom Personalsenat in Betracht gezogenen Tatbestand des § 83 Abs. 1 Z 2 RStDG im Gegensatz zum Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 (BDG 1979), das gemäß § 14 Abs. 1 leg.cit. eine dauernde Dienstunfähigkeit (zum Begriff der Dienstunfähigkeit siehe § 14 Abs. 2 BDG 1979) voraussetzt, kein zeitliches Element enthält, so muss jedenfalls zum angeführten Zeitpunkt eine Dienstunfähigkeit vorliegen. Schon zur Verhinderung eines Verstoßes gegen die durch Art. 87 und 88 B-VG normierten Unabhängigkeitsgarantien (vgl. dazu OGH 4.10.1993, Dg 1/93; 17.12.2002, Dg 2/02) ist zudem eine Prognose über den weiteren Verlauf des Gesundheitszustandes zu erstellen (vgl. dazu auch *Fellner/Nogratnig*, aaO, § 83 Rz. 22f).

20 Eine Dienstbeurteilung setzt hingegen Dienstfähigkeit im Beurteilungszeitraum voraus. Waren im gesamten Beurteilungszeitraum Einschränkungen gegeben, die den mit der Ausübung des richterlichen Amtes verbundenen Aufgaben im Sinn des § 2 Abs. 1 Z 2 und 3 RStDG entgegenstehen, hat eine Dienstbeschreibung zu unterbleiben. Der Personalsenat hat sich bei entsprechenden Anhaltspunkten mit der Frage der Dienstfähigkeit (allenfalls nach Einholung von medizinischen Sachverständigengutachten) erhebungs- und begründungsmäßig auseinander zu setzen und entsprechende Feststellungen zum Vorliegen der Dienstfähigkeit im Beurteilungszeitraum zu

treffen, bevor er eine Dienstbeurteilung vornimmt (vgl. hg. Erkenntnis vom heutigen Tag zu Ro 2021/09/0014, unter Verweis auf VwGH 18.5.2020, Ro 2019/12/0007 u.a.).

21 Wie der Revisionswerber zutreffend ausführt, liegen dem Dienstbeschreibungsverfahren und dem Verfahren zur Versetzung in den Ruhestand somit unterschiedliche Fragestellungen zugrunde. Das letztlich vom Dienstgericht zu führende Verfahren betreffend die Versetzung in den Ruhestand - die Zuständigkeit des Dienstgerichts für Versetzungen in den Ruhestand setzt gemäß § 92 RStDG die Nichtbefolgung einer Aufforderung gemäß § 91 RStDG voraus - stellt somit kein Verfahren zur Entscheidung einer Vorfrage im Sinn des § 38 AVG dar. Der Personalsenat hat sich - wie bereits ausgeführt - selbst mit der Frage zu befassen, ob im Beurteilungszeitraum eine Dienstunfähigkeit vorlag. Liegen Umstände vor, welche die Vermutung nahelegen, dass die volle Handlungsfähigkeit oder die uneingeschränkte persönliche und fachliche Eignung einschließlich der erforderlichen sozialen Fähigkeiten für den Richterberuf (aktuell) nicht mehr gegeben sind, bleibt es dem Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts - der gemäß § 209 Z 2 RStDG kraft Amtes auch Mitglied des Personalsenats ist - unbenommen, einen Dienstauftrag gemäß § 91 Abs. 1 RStDG zu erlassen.

22 Da der Personalsenat insoweit die Rechtslage verkannt hat, war der angefochtene Beschluss gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

23 Die Kostenentscheidung gründet auf die § 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung (zum Kostenersatz in einer Angelegenheit der Verwaltungsgerichtsbarkeit [Art. 10 Abs. 1 Z 1 B-VG], in der das Verwaltungsgericht unmittelbar zu einer Entscheidung berufen ist, siehe ausführlich VwGH 28.10.2021, Ro 2021/09/0007 u.a.).

24 Von der beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 1a VwGG abgesehen werden.

W i e n , am 7. September 2023