



## **IM NAMEN DER REPUBLIK!**

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 die Gesamtbeurteilung (Dienstbeschreibung) nach dem Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz des Personalsenates des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Februar 2021, zu Recht erkannt:

Die angefochtene Gesamtbeurteilung des Revisionswerbers für das Kalenderjahr 2020 wird wegen Rechtswidrigkeit ihres 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 1971 geborene Revisionswerber ist seit 1. Jänner 2017 Richter des Bundesverwaltungsgerichts.
- 2 Die (erstmalige) Gesamtbeurteilung der Dienstbeschreibung des Revisionswerbers im Sinn des § 51 Abs. 2 Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz (RStDG) wurde vom Personalsenat des Bundesverwaltungsgerichts (Personalsenat) für das Kalenderjahr 2018 mit „nicht entsprechend“ festgesetzt.
- 3 Aus der Revision ergibt sich, dass aufgrund der krankheitsbedingten Abwesenheit des Revisionswerbers vom Dienst seit 18. März 2019 die Dienstbehörde im Sommer 2019 ein medizinisches Sachverständigengutachten einholte. Laut diesem Gutachten vom 8. August 2019 habe sich der Revisionswerber seit Anfang des Jahres wegen einer schweren Depression, Lymphstauung an den unteren Extremitäten bis in den Rumpfbereich reichend und latenter kardialer Dekompensation durchgehend im Krankenstand befunden. Eine Wiederaufnahme der Arbeitstätigkeit sei frühestens in vier Monaten wieder möglich.





- 4 Mit Schreiben vom 26. Juni 2020 teilte der Vorsitzende des Personalsenates dem Revisionswerber mit, dass in Anbetracht der Tatsache, dass er im Kalenderjahr 2019 weniger als sechs Monate Dienst versehen habe, der Personalsenat gemäß § 51 Abs. 5 in Verbindung mit § 52 (in Verbindung mit § 209) RStDG im ersten Quartal 2021 erneut eine Dienstbeschreibung (betreffend das Kalenderjahr 2020) vornehmen werde.
- 5 In der Sitzung des Personalsenates am 24. Februar 2021 wurde die Dienstbeschreibung für das Kalenderjahr 2020 mit „nicht entsprechend“ beschlossen.
- 6 Die Mitteilung über die Gesamtbeurteilung wurde dem Revisionswerber gemäß § 55 Abs. 1 RStDG mittels RSa-Briefes am 11. März 2021 zugestellt.
- 7 Mit Schriftsatz vom 28. April 2021 beantragte der Revisionswerber die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Frist zur Erhebung der ordentlichen Revision gegen die Entscheidung des Personalsenates betreffend die Festsetzung der Gesamtbeurteilung für das Kalenderjahr 2020, ausgefertigt durch die Mitteilung gemäß § 55 Abs. 1 RStDG vom 24. Februar 2021. Weiters erhob der Revisionswerber gegen die besagte Entscheidung die vorliegende Revision verbunden mit dem Antrag, der Revision die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.
- 8 Der Personalsenat wies mit Beschluss vom 9. Juni 2021 die ordentliche Revision gemäß § 30a Abs. 1 VwGG (Spruchpunkt I.) sowie den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Spruchpunkt II.) und den Antrag, der Revision aufschiebende Wirkung zuzuerkennen (Spruchpunkt III.) jeweils als unzulässig zurück.
- 9 In der Begründung wird zusammengefasst - soweit für das Revisionsverfahren relevant - ausgeführt, dass die Gesamtbeurteilung im Bereich der ordentlichen Justiz nicht als Urteil oder Beschluss zu qualifizieren sei, sei sie doch nicht mit den herkömmlichen Rechtsmitteln im Sinn der ZPO (Berufung, Rekurs) bekämpfbar. Vielmehr sei in § 55 RStDG ein besonderes Rechtsmittel an den Personalsenat des übergeordneten Gerichtshofes eingerichtet. Die Entscheidung des als Rechtsmittelinstanz fungierenden Personalsenats sei endgültig, das



heiße unanfechtbar. Für das Bundesverwaltungsgericht sei jedoch kein „übergeordneter Gerichtshof“ im Sinn des RStDG und insbesondere dessen § 55 Abs. 3 RStDG eingerichtet. Die Revision erweise sich somit gemäß § 55 Abs. 3 (in Verbindung mit § 209) RStDG als unzulässig. Daher mangle es dem Antrag auf aufschiebende Wirkung sowie dem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand an der gemäß § 30 Abs. 2 ff VwGG notwendigen Antragsvoraussetzung einer zulässigen Revision, weshalb diese Anträge als unzulässig zurückzuweisen seien.

10 Dagegen brachte der Revisionswerber beim Bundesverwaltungsgericht einen Vorlageantrag gemäß § 30b VwGG ein, der dem Verwaltungsgerichtshof samt der nunmehr verfahrensgegenständlichen Revision, dem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und den Verfahrensakten vorgelegt wurde.

11 Mit Beschluss vom 28. November 2022, Ro 2021/09/0014-6, bewilligte der Verwaltungsgerichtshof die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Erhebung der Revision.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

12 Die maßgeblichen Bestimmungen des Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetzes (RStDG), BGBl. Nr. 305/1961, § 51 in der Fassung BGBl. Nr. 507/1994, § 53 in der Fassung BGBl. I Nr. 130/2003, § 209 in der Fassung BGBl. I Nr. 120/2012, lauten auszugsweise:

„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)...

...

#### 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.

...“

- 13 Aus Anlass des vorliegenden Revisionsverfahrens und eines weiteren den Revisionswerber betreffenden zu hg. Ro 2022/09/0005 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.
- 14 Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Bewilligungsbeschluss vom 28. November 2022, Ro 2021/09/0014-6, unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bereits festgehalten, dass die Revision gegen die gegenständliche Gesamtbeurteilung (Dienstbeschreibung) des Personalsenates nicht gemäß § 25a Abs. 3 VwGG absolut unzulässig und weiter zu behandeln ist. Insoweit kann daher gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz iVm Abs. 9 VwGG auf dessen Begründung (insbesondere Rn. 11 und 12), verwiesen werden.
- 15 Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Revision in einer Konstellation wie der vorliegenden als ordentliche Revision zu behandeln, die aber auch eine Begründung für ihre Zulässigkeit unter dem Gesichtspunkt des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu enthalten hat (vgl. VwGH 25.3.2021, Ro 2021/21/0001, unter Hinweis auf VwGH 24.3.2015, Ro 2014/05/0089; vgl. auch VwGH 16.12.2021, Ro 2021/09/0008). Ihre Zulässigkeit nach der genannten Bestimmung ist vom



Verwaltungsgerichtshof an Hand dieser Begründung zu prüfen (vgl. erneut VwGH 25.3.2021, Ro 2021/21/0001; 13.2.2020, Ro 2020/05/0001 bis 0004, Rn. 4).

- 16 Der Revisionswerber macht in der vorliegenden Revision Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend. Die Zulässigkeit der Revision wird unter anderem mit dem Fehlen von Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage, ob und inwieweit eine gesundheitliche Beeinträchtigung eines Verwaltungsrichters bei der Vornahme einer Dienstbeschreibung zu berücksichtigen sei und wie sich dieses Verfahren zum Verfahren zur Versetzung in den Ruhestand wegen dauernder bzw. nicht absehbarer Dienstauglichkeit verhalte. Trotz ausreichender Anhaltspunkte im Akt, dass die Verminderung der Leistung des Revisionswerbers gesundheitliche Gründe gehabt habe, habe es der Personalsenat unterlassen, einen Sachverständigen beizuziehen, um abzuklären ob diese Gründe bloß zu einem vorübergehenden Leistungsabfall im Kalenderjahr 2020 geführt haben.
- 17 Die Revision erweist sich als zulässig. Sie ist auch begründet, weil der Personalsenat infolge Verkennung der Rechtslage erforderliche Feststellungen nicht getroffen hat.
- 18 Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Beschluss vom 18. Mai 2020, Ro 2019/12/0007, zur Frage, inwieweit gesundheitliche Einschränkungen bei einer Dienstbeschreibung (dort: nach § 51 Abs. 5 RStDG) zu berücksichtigen sind, wenn diese im Fall ihres Bestehens der uneingeschränkten persönlichen Eignung für die mit der Ausübung des richterlichen Amtes verbundenen Aufgaben im Sinn des § 2 Abs. 1 Z 3 RStDG entgegenstehen, klargestellt, dass bei Dienstbeschreibungen nach dem RStDG ein objektiver Maßstab anzulegen ist, weshalb gesundheitliche Beeinträchtigungen insofern außer Betracht zu bleiben haben, als eine entsprechende Dienstfähigkeit gegeben ist. Dabei griff der Verwaltungsgerichtshof auf die Rechtsprechung zum Beamten dienstrecht des Bundes zurück, wonach im Fall einer Dienstunfähigkeit die Ruhestandsversetzung aus diesem Grund einer Leistungsbeurteilung vorgeht und die Behörde daher bei entsprechenden





Anhaltspunkten sich mit diesem Umstand erhebungs- und begründungsmäßig auseinander zu setzen hat. Auf die Begründung dieses Beschlusses wird gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen.

- 19 Eine Dienstbeschreibung nach dem RStDG setzt somit Dienstfähigkeit 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 Dienstunfähigkeit (allenfalls nach Einholung von medizinischen Sachverständigengutachten) erhebungs- und begründungsmäßig auseinander zu setzen und entsprechende Feststellungen zum Vorliegen der Dienstfähigkeit im Beurteilungszeitraum zu treffen, bevor es eine Dienstbeurteilung vornimmt.
- 20 Im vorliegenden Revisionsfall ist zu beachten, dass dem Personalsenat schon aufgrund der Vorgeschichte bekannt war, dass der Revisionswerber unter gesundheitlichen Problemen leidet. In den „Entscheidungsgrundlagen für die Dienstbeschreibung“ wird darauf auch ausdrücklich Bezug genommen und ausgeführt, dass „nicht übersehen [wird], dass [der Revisionswerber] durch gesundheitliche Beeinträchtigungen an der vollständigen Wahrnehmung seiner Aufgaben gehindert sein könnte. Er selbst gab allerdings wiederholt an, trotz Krankheit wiederholt Urlaub konsumiert zu haben, um diesen nicht verfallen zu lassen. Damit wird aber der Möglichkeit, eine gesundheitliche Beeinträchtigung ausreichend in ein Beurteilungsjahr miteinzubeziehen der Boden entzogen“. In Zusammenschau mit dem Umstand, dass die bereits im Jahr 2019 massiven gesundheitsbedingten Krankenstände des Revisionswerbers die Dienstbehörde damals sogar zur Einholung eines Sachverständigengutachtens veranlassten, wäre der Personalsenat aber verpflichtet gewesen, sich näher mit dem Gesundheitszustand des Revisionswerbers auseinanderzusetzen und konkrete Feststellungen dazu nach Durchführung eines Ermittlungsverfahrens zu treffen, um auf deren Basis beurteilen zu können, ob im Jahr 2020 eine Dienstfähigkeit des



Revisionswerbers vorlag und eine Dienstbeschreibung überhaupt in Betracht kommt.

- 21 Indem der Personalsenat die Erforderlichkeit der aufgezeigten Feststellungen zur Beurteilung der Rechtsfrage verkannte und diese daher nicht traf, belastete er die Gesamtbeurteilung mit Rechtswidrigkeit des Inhaltes.
- 22 Die angefochtene Gesamtbeurteilung war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG schon deshalb aufzuheben, ohne dass auf das weitere Revisionsvorbringen einzugehen war.
- 23 Die Kostenentscheidung gründet sich 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 vor dem Verwaltungsgerichtshof konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 1a VwGG abgesehen werden.

W i e n , am 7. September 2023