

Az.: 2 B 436/13
11 L 314/13

Ausfertigung



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

der Frau

- Antragstellerin -
- Beschwerdeführerin -

prozessbevollmächtigt:
Herderstraße 7, 04277 Leipzig

gegen

den Freistaat Sachsen
vertreten durch die Hochschule der Sächsischen Polizei (FH)
vertreten durch den Rektor
Friedensstraße 120, 02929 Rothenburg

- Antragsgegner -
- Beschwerdegegner -

wegen

Zulassung zur Aufstiegsausbildung für den gehobenen Polizeivollzugsdienst;
Antrag nach § 123 VwGO
hier: Beschwerde

hat der 2. Senat des Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts durch den Vizepräsidenten des Obergerverwaltungsgerichts Dr. Grünberg, die Richterin am Obergerverwaltungsgericht Hahn und den Richter am Verwaltungsgericht Dr. Tolkmitt

am 25. September 2013

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Dresden vom 4./9. September 2013 - 11 L 314/13 - geändert.

Der Antragsgegner wird verpflichtet, über die Zulassung der Antragstellerin zur Aufstiegsausbildung zum Erwerb der Befähigung für den gehobenen Polizeivollzugsdienst unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats vorläufig erneut zu entscheiden.

Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

Die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen tragen die Beteiligten je zur Hälfte.

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

Gründe

- 1 Die zulässige Beschwerde der Antragstellerin hat zum Teil Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat es zu Unrecht abgelehnt, den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, über ihre Zulassung zur Aufstiegsausbildung erneut zu entscheiden.
- 2 1. Die im Jahr 1981 geborene Antragstellerin steht als Beamtin im Dienst des Antragsgegners. Ihr ist ein Amt der Besoldungsgruppe A 9 des mittleren Polizeivollzugsdienstes übertragen. Nachdem die Antragstellerin den im Rahmen des Auswahlverfahrens vorgesehenen Computertest nicht bestanden hatte, lehnte der Antragsgegner die Zulassung zur Aufstiegsausbildung zum Erwerb der Befähigung für den gehobenen Polizeivollzugsdienst mit Bescheid vom 13. März 2013 ab. Der hiergegen gerichtete Widerspruch wurde mit Widerspruchsbescheid vom 24. Juni 2013 zurückgewiesen.
- 3 Ihr mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung verfolgtes Begehren auf Verpflichtung des Antragsgegners, sie vorläufig zur Aufstiegsausbildung,

hilfsweise zur Wiederholung des Computertests zuzulassen, blieb vor dem Verwaltungsgericht ohne Erfolg. Nach der Verwaltungsvorschrift des Sächsischen Staatsministeriums des Innern über die Auswahl und Zulassung von Polizeibeamten zur Aufstiegsausbildung für die Laufbahn des gehobenen Polizeivollzugsdienstes (VwV AuswahlVgPVD) vom 30. November 2012 müsse der Beamte erfolgreich an einem Auswahltest, bestehend aus einem Computertest und einem strukturierten Interview teilnehmen (Ziffer I Nr. 1 Buchst. c, Ziffer III). Diese Voraussetzung erfülle die Antragstellerin nicht. Ausweislich des Ergebnisses des Computertests habe sie nicht die notwendige Punktzahl erreicht. Eine Zulassung zum strukturierten Interview als mündlichem Prüfungsteil sei deshalb nicht erfolgt. Ein Anspruch der Antragstellerin auf Wiederholung des Computertests bestehe nicht. Zwar sei davon auszugehen, dass der Computertest an einem Verfahrensfehler gelitten habe. Dieser Fehler habe sich aber mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht weiter auf das Endergebnis des Tests ausgewirkt. Eine aus dem Verfahrensfehler resultierende Aufregung und Verunsicherung habe die Antragstellerin nicht zeitnah gerügt. Nach den Angaben des bei dem Computertest aufsichtsführenden Beamten sei es am Computerarbeitsplatz der Antragstellerin zu einer Fehlermeldung gekommen, die sich als Störung im Prüfungsablauf und damit als Verfahrensfehler darstelle. Indes spreche Überwiegendes dafür, dass sich dieser nicht zum Nachteil der Antragstellerin ausgewirkt habe. Es habe sich lediglich um eine kurze Unterbrechung der Prüfung von ca. 30 Sekunden gehandelt. Die Fehlermeldung sei umgehend beseitigt worden, die Antragstellerin habe nach dem Eindruck des aufsichtsführenden Beamten anschließend weitergearbeitet und einen normalen Eindruck vermittelt. Für einen Datenverlust im Rahmen der Datenverarbeitung lägen keine Anhaltspunkte vor. Vor diesem Hintergrund vermöge die Kammer eine Benachteiligung der Antragstellerin nicht zu erkennen. Unabhängig hiervon habe sich der Fehler aber auch nicht auswirken können, weil die Antragstellerin selbst bei Annahme des Erreichens der vollen Punktzahl in den vom Fehler betroffenen Testteilen 1.3 bzw. 1.4 die erforderliche Gesamtpunktzahl nicht erreicht hätte. Soweit die Antragstellerin im gerichtlichen Verfahren vorgetragen habe, sie sei aufgrund des Vorfalls in den Teilen 1.3 oder 1.4 im weiteren Prüfungsverlauf aufgeregt und verunsichert gewesen und dadurch im Vergleich mit anderen Teilnehmern benachteiligt worden, könne sie sich hierauf nicht mit Erfolg berufen. Denn sie habe nach Ende des Tests nicht unverzüglich eine unmissverständliche rücktrittsähnliche Erklärung dazu abgegeben,

dass sie die Prüfungsleistung nicht gegen sich gelten lassen wolle. Neben der Obliegenheit, noch während der Prüfung auf Mängel oder Verfahrensfehler hinzuweisen, treffe den Prüfling auch die Pflicht, zur Vermeidung von Rechtsnachteilen unverzüglich nach Beendigung der Prüfung eine Entscheidung darüber zu treffen, ob er die erbrachte und noch nicht bewertete Prüfungsleistung gegen sich gelten lassen wolle. Zur Abgabe dieser Erklärung ist dem Prüfling eine knapp bemessene Überlegungsfrist von wenigen Tagen einzuräumen, innerhalb derer er für sich eine Klärung der Bedeutung des Mangels herbeiführen könne. Die Erklärung, eine erbrachte Prüfungsleistung nicht gegen sich gelten lassen zu wollen, sei jedoch regelmäßig dann als verspätet zurückzuweisen, wenn der Prüfling zunächst das Ergebnis der Prüfung abwarte und sich nach Kenntnis des Misserfolgs auf den ihm bereits zuvor bekannten Mangel des Prüfungsablaufs berufe. Dies ergebe sich aus dem Grundsatz der Chancengleichheit, der es verbiete, dass ein Prüfling im Verhältnis zu seinen Mitprüflingen eine zusätzliche Prüfungschance erhalte. Der Pflicht zur unverzüglichen Ausübung des Rücktritts sei die Antragstellerin nicht nachgekommen. Sie habe nach ihrem eigenen Vortrag schon in der Prüfungssituation bemerkt, dass der Verfahrensfehler zu einer erheblichen Aufregung und Verunsicherung geführt hätte.

- 4 Hiergegen wendet die Antragstellerin mit der Beschwerdebegründung ein, es liege eine Störung im Prüfungsablauf vor, die die Chancengleichheit berühre. Sie habe diese Störung im Prüfungsablauf auch unmittelbar angezeigt. Wegen der Fehlermeldung sei es zu einer Unterbrechung von mindestens 30 Sekunden gekommen, die mangels Protokollierung der Prüfung in ihrer Dauer nicht weiter aufgeklärt werden könne. Aufgrund der Fehlermeldung sei zudem davon auszugehen, dass Daten nicht gespeichert worden seien. Eine vergleichbare Unterbrechung sei bei keinem anderen der Prüflinge aufgetreten. Die Störungsdauer sei im Vergleich zur Bearbeitungszeit auch nicht unbeachtlich. Zudem sei es zu einer Beeinträchtigung ihrer Konzentration gekommen. Unabhängig hiervon scheide eine Berufung des Antragsgegners auf das Ergebnis des Computertests im Rahmen der Entscheidung über die Zulassung zum Aufstieg aus. § 2 SächsLVOPoL erkläre Art. 33 Abs. 2 GG für anwendbar. Dass der Computertest überhaupt auf insofern relevante Kriterien abhebe, sei zu bestreiten. Für die Beurteilung der Eignung im Rahmen der Zulassung zum Aufstieg müssten die Beurteilungen maßgeblich sein. Es erscheine zumindest problematisch, wenn allein wegen des Votums eines Externen die Zulassung zum weiteren Auswahlverfahren

verwehrt werde. Im Übrigen verstoße das Testverfahren gegen § 37 Abs. 3 i. V. m. Abs. 2 SächsDSG. Die automatisierte Auswertung des Tests durch Externe sei unzulässig, weshalb eine Berufung auf die Ergebnisse des Testverfahrens ausscheide. Es gebe keine Feststellungen zur Datenspeicherung. Allein der aufsichtsführende Beamte habe die Speicherung der Daten überprüft. Sonstige Prüfungen hätten nicht stattgefunden. Nach Aktenlage habe der Antragsgegner keine Möglichkeit des Zugriffs auf die Daten bei dem Externen, der die Tests auswerte. Die im Verfahren eingeholte Stellungnahme des Externen sei zur Glaubhaftmachung nicht geeignet. Es lasse sich auch nicht ausschließen, dass die Bewertung der Testteile 1.3 oder 1.4 Auswirkungen auf einzelne Fähigkeiten und damit das Gesamtergebnis habe. Es sei unklar, wie das Gesamtergebnis ermittelt worden sei. Den Verfahrensfehler habe sie auch nicht zu spät gerügt. Fehle es in der Prüfungsordnung an einer Regelung zum Rücktritt, dürfe die Rüge eines Verfahrensfehlers auch noch nach Bekanntgabe des Prüfungsergebnisses erhoben werden. Es sei hier also nicht ausgeschlossen gewesen, den Verfahrensmangel nach Vorliegen des Ergebnisses der Prüfung geltend zu machen. Für eine treuwidrige Verspätung der Verfahrensrüge sei nichts ersichtlich. Vielmehr habe sie den Mangel unverzüglich vor Ort gerügt. Eine darüber hinausgehende Verpflichtung zur Erklärung eines ausdrücklichen Rücktritts bestehe mangels gesetzlicher Normierung nicht. Zudem bleibe darauf hinzuweisen, dass der Computertest weder durch Gesetz noch aufgrund eines Gesetzes vorgesehen sei und damit eine Berufung auf seine Ergebnisse ausscheide.

- 5 2. Die von der Antragsstellerin dargelegten Gründe führen zu einer Änderung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts.

- 6 Nach § 123 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2 ZPO ergeht eine einstweilige Anordnung, wenn das Bestehen eines zu sichernden Anspruchs, des sogenannten Anordnungsanspruchs, und die Dringlichkeit einer vorläufigen Entscheidung, der sogenannte Anordnungsgrund, überwiegend wahrscheinlich sind. Die Antragstellerin hat glaubhaft gemacht, dass diese Voraussetzungen im tenorierten Umfang vorliegen.

- 7 a) Die mit dem Hauptantrag begehrte Verpflichtung des Antragsgegners, die Antragstellerin zur Aufstiegsausbildung zum Erwerb der Befähigung für den gehobenen Polizeidienst vorläufig zuzulassen, kommt nicht in Betracht.
- 8 aa) Die Zulassung zur Aufstiegsausbildung zum Erwerb der Befähigung für den gehobenen Polizeivollzugsdienst richtet sich nach §§ 17, 3, 5 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 SächsLVOPol. Danach können Beamte des mittleren Polizeivollzugsdienstes zur Aufstiegsausbildung unter bestimmten Voraussetzungen, die bei der Antragstellerin vorliegen, zugelassen werden. Bewerber, die die normierten Voraussetzungen erfüllen, haben ein Auswahlverfahren zu durchlaufen, dessen Einzelheiten das Sächsische Staatsministerium des Innern regelt (§ 5 Abs. 3, Abs. 1 SächsLVOPol). Bei diesem Auswahlverfahren ist der Grundsatz des § 3 SächsLVOPol zu beachten, wonach die Entscheidung über den Aufstieg und damit auch über die Zulassung zur notwendigen Ausbildung anhand der Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung aus Art. 33 Abs. 2 GG vorzunehmen ist.
- 9 Art. 33 Abs. 2 GG beansprucht hier - unabhängig von der Regelung in § 3 SächsLVOPol - Geltung, da er schon den Zugang zu solchen Ausbildungen erfasst, deren erfolgreicher Abschluss Voraussetzung für die Zulassung zu einem Laufbahnaufstieg ist. Zwar geht es bei der Auswahl für die Aufstiegsausbildung nicht unmittelbar um die Vergabe eines Amtes im statusrechtlichen Sinn. Die Teilnahme an der Aufstiegsausbildung und deren erfolgreicher Abschluss bilden aber die Voraussetzung dafür, dass ein Laufbahnbeamter aufsteigen kann. Erfüllt er die Voraussetzungen für den Aufstieg nicht, ist seine Bewerbung um ein statusrechtliches Amt der höheren Laufbahn von vornherein aussichtslos (vgl. zuletzt BVerwG, Urt. v. 26. September 2012, BVerwGE 144, 186 [190]). Die Auswahl für die Aufstiegsausbildung kommt damit in ihren Wirkungen einer vorweggenommenen Beförderungsentscheidung nahe (vgl. OVG NRW, Beschl. v. 13. November 2007 - 6 B 1565/07 -, juris Rn. 6; Beschl. v. 5. November 2007 - 6 A 1249/06 -, juris).
- 10 bb) Hat sich damit die angegriffene Auswahlentscheidung maßgeblich an den Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG auszurichten, kommt eine Verpflichtung des Antragsgegners, die Antragstellerin zur Aufstiegsausbildung zuzulassen, im Wege der einstweiligen Anordnung nicht in Betracht. Denn ein solcher Anspruch ließe sich

wegen des dem Dienstherrn zukommenden Auswahlermessens auch im Verfahren der Hauptsache nicht durchsetzen. Eine entsprechende Verpflichtung des Antragsgegners - über das mögliche Rechtsschutzziel im Verfahren der Hauptsache hinaus - ist auch nicht zum Schutz vor einem drohenden Rechtsverlust geboten.

11

Grundsätzlich hat der Beamte lediglich einen aus Art. 33 Abs. 2 GG hergeleiteten Anspruch darauf, dass der Dienstherr das ihm bei der Entscheidung über die Bewerbung zu Gebote stehende Auswahlermessen fehlerfrei ausübt (Bewerbungsverfahrensanspruch). Er kann insbesondere verlangen, dass die Auswahl nur nach den Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung getroffen wird (vgl. BVerwG, Urt. v. 4. November 2010, BVerwGE 138, 102 [106 f.]; Urt. v. 28. Oktober 2004, BVerwGE 122, 147 [149 f.] m. w. N.). Als Anspruch auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl wird der Bewerbungsverfahrensanspruch auch erfüllt, wenn der Dienstherr die Bewerbung ablehnt, weil er im Rahmen der ihm zukommenden wertenden Betrachtung einen anderen Bewerber für besser geeignet hält. Nur ausnahmsweise kann ein Bewerber einen Anspruch auf Auswahl geltend machen, wenn der dem Dienstherrn durch Art. 33 Abs. 2 GG eröffnete Beurteilungsspielraum bei der Gewichtung der Leistungskriterien auf Null reduziert ist, d. h. dieser Bewerber eindeutig am Besten geeignet ist. Allein in diesen Fällen erstarkt der Bewerbungsverfahrensanspruch zu einem Anspruch auf Auswahl.

12

Dass diese Voraussetzungen hier vorlägen, hat die Antragstellerin aber weder vorgetragen, noch ist dies sonst ersichtlich. In der Hauptsache ließe sich damit allenfalls ein Anspruch auf erneute Entscheidung über ihre Bewerbung nach Maßgabe der Rechtsauffassung des Gerichts durchsetzen. Eine darüber hinausgehende Regelung im Rahmen des Verfahrens auf vorläufigen Rechtsschutz gebietet auch der Umstand nicht, dass mit dem 1. Oktober 2013 der Beginn der Aufstiegsausbildung unmittelbar bevorsteht. Denn einer zeitnahen erneuten Auswahlentscheidung des Antragsgegners stehen keine Hindernisse entgegen, so dass der Antragstellerin bei einer entsprechenden Verpflichtung des Antragsgegners nicht ein Versäumen wesentlicher Ausbildungsabschnitte drohte.

- 13 b) Die Antragstellerin hat aber einen Anspruch darauf, dass der Antragsgegner über ihre Bewerbung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entscheidet.
- 14 aa) Auskunft über die Eignung, Befähigung und fachliche Leistung geben in erster Linie die dienstlichen Beurteilungen, auf die daher vorrangig zur Ermittlung des Leistungsstandes zurückzugreifen ist. Dienstliche Beurteilungen dienen der Verwirklichung des mit Verfassungsrang ausgestatteten Grundsatzes, Beamte nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung einzustellen, einzusetzen und zu befördern. Ihr Zweck ist es, die optimale Verwendung des Beamten zu gewährleisten und so die im öffentlichen Interesse liegende Erfüllung hoheitlicher Aufgaben durch Beamte bestmöglich zu sichern. Zugleich dienen sie dem berechtigten Anliegen des Beamten, in seiner Laufbahn entsprechend seiner Eignung, Befähigung und Leistung voranzukommen. Sie sind damit in besonderem Maße geeignet, eine Wettbewerbssituation zu klären (vgl. SächsOVG, Beschl. v. 11. April 2001, SächsVBl. 2001, 196, 198 f.; Senatsbeschl. v. 6. Mai 2013 - 2 B 322/13 -, juris Rn. 13).
- 15 Das Bestenausleseprinzip des Art. 33 Abs. 2 GG beschränkt die Erkenntnismöglichkeiten des Dienstherrn allerdings nicht auf dienstliche Beurteilungen. Grundsätzlich dürfen weitere Hilfsmittel für eine Auswahlentscheidung herangezogen werden, soweit diese sich nicht in Widerspruch zum Leistungsprinzip setzen. Hierzu gehören insbesondere Ergebnisse von Prüfungen, Tests und Bewerbungsgesprächen. In welchem Umfang der Dienstherr andere Erkenntnismittel ergänzend heranzieht und wie er diese gewichtet, unterliegt dabei seinem Beurteilungsspielraum (vgl. BVerfG, Beschl. v. 11. Mai 2011, NVwZ 2011, 1191 [1192]; OVG NRW, Urt. v. 21. Juni 2012, DÖD 2012, 228). Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung dieser anderen Instrumente der Informationsgewinnung und dem Grad der Dokumentation der Ergebnisse (vgl. zum Meinungsstand: OVG NRW, Urt. v. 21. Juni 2012, DÖD 2012, 228 m. w. N.; VGH BW, Beschl. v. 21. Dezember 2011, NVwZ-RR 2012, 323) gilt dabei jedoch, dass sonstige Erkenntnisse lediglich ergänzenden Charakter besitzen, also nicht für sich isoliert die Auswahl steuern können.

- 16 bb) Das in der VwV AuswahlVgPVD vorgesehene Verfahren ist mit diesen Grundsätzen nicht in Einklang zu bringen. Zwar formuliert es mit der Mindestzahl von 10 Punkten in der letzten Regel- oder Anlassbeurteilung eine an Leistungsmerkmalen orientierte Eingangsvoraussetzung für die Teilnahme am Auswahlverfahren. Soweit ein Bewerber diese Voraussetzung erfüllt, wird im weiteren Auswahlverfahren der Inhalt der dienstlichen Beurteilungen aber nicht mehr herangezogen. Vielmehr kommt es nach Ziffer IV. 5. für die Entscheidung über die Zulassung zur Aufstiegsausbildung allein auf die Ergebnisse des Auswahltests an. Aus dem Computertest und dem strukturierten Interview, die zusammen den Auswahltest bilden (vgl. Ziffer III. Nr. 2.), wird ein Ergebnis gebildet, nach dem sich die Einordnung in die Rangliste richtet. Damit kann ein deutlich schlechter beurteilter Bewerber aufgrund seines Abschneidens im Auswahltest die Zulassung zur Aufstiegsausbildung erlangen, ohne dass insoweit noch eine wertende Betrachtung durch den Antragsgegner erfolgte. Dieses Vorgehen ist mit Art. 33 Abs. 2 GG nicht vereinbar, weil damit etwaige wesentliche Unterschiede im Leistungsbild der Bewerber, wie sie in den maßgeblichen Beurteilungen zum Ausdruck kommen, völlig ausgeblendet werden.
- 17 Insbesondere kann nicht davon ausgegangen werden, dass mit den Zulassungsvoraussetzungen der Ziffer I. VwV AuswahlVgPVD bereits so enge Anforderungen formuliert sind, dass bei deren Erfüllung von im Wesentlichen gleich geeigneten Bewerbern ausgegangen werden kann. Das ergibt sich schon aus dem Umstand, dass nach Ziffer III. Nr. 1. Buchst. b VwV AuswahlVgPVD lediglich ein Gesamturteil der letzten Regel- oder Anlassbeurteilung von mindestens 10 Punkten vorausgesetzt wird. Nach § 5 Abs. 3 SächsBeurtVO wird aber für die Bewertung der Leistungen von Beamten eine Bandbreite von 0 bis 16 Punkten vorgegeben. Ein mit 10 Punkten bewerteter Beamter übertrifft danach zwar im Wesentlichen die Anforderungen. Oberhalb dieses Gesamturteils gibt es aber noch die Gesamturteile „übertrifft die Anforderungen“ (13 bis 15 Punkte) und „übertrifft die Anforderungen im besonderen Maße“ (16 Punkte). Da es mithin oberhalb der in Ziffer I. Nr. 1 Buchst. b VwV AuswahlVgPVD vorausgesetzten Bewertung eine erhebliche Spanne möglicher Beurteilungen gibt, kann von im Wesentlichen gleich geeigneten Bewerbern keine Rede sein.

18 Der Antragsgegner ist daher vorläufig zu verpflichten, erneut über die Zulassung der Antragstellerin zur Aufstiegsausbildung zu entscheiden. Dabei wird er im Rahmen des ihm zukommenden Beurteilungsspielraums insbesondere zu entscheiden haben, welche Bedeutung den Ergebnissen des Auswahltests neben den primär heranzuziehenden dienstlichen Beurteilungen zukommen soll. Für das Gewicht der Testergebnisse wiederum ist es von besonderer Relevanz, inwieweit diese aufgrund des Inhalts der Aufgabenstellungen repräsentative Aussagen zur Eignung der Bewerber zulassen und damit ihre Heranziehung mit dem Leistungsprinzip in Einklang steht.

19 c) Seiner erneuten Entscheidung darf der Antragsgegner zu Grunde legen, dass die Antragstellerin im Computertest nicht mehr als 94 Punkte erzielt hat. Der Antragstellerin steht kein Anspruch auf erneute Absolvierung des Computertests zu.

20 aa) Selbst wenn man zugunsten der Antragstellerin von der Fehlerhaftigkeit des Prüfungsverfahrens in den Testteilen 1.3 und 1.4 ausginge, folgte hieraus allenfalls eine Bewertung der erbrachten Gesamtleistung mit 94 Punkten.

21 Mit den vorliegenden Erkenntnismitteln lässt sich nicht abschließend entscheiden, ob es bei der Bearbeitung der Teile 1.3 und 1.4 des Computertests durch die Antragstellerin zu einem Datenverlust infolge fehlerhafter Abspeicherung der Eingaben oder aber zumindest zu einem Zeitverlust, bedingt durch die Fehlermeldung und die Nachfrage der Antragstellerin beim aufsichtsführenden Beamten, gekommen ist. Das Verwaltungsgericht hat allerdings zutreffend darauf hingewiesen, dass selbst bei Annahme des Erreichens der maximalen Punktzahl in den Testteilen 1.3 und 1.4 die Antragstellerin nur eine Gesamtpunktzahl von 94 Punkten erreicht hätte. Das belegt auch die Simulation der HR Diagnostics AG, die der Antragsgegner im verwaltungsgerichtlichen Verfahren vorgelegt hat. Danach hätte die Antragstellerin bei Annahme der Maximalpunktzahl in den kognitiven Testteilen 1.3 und 1.4 im Bereich der kognitiven Fähigkeiten eine Punktzahl von 110 erreicht, im Vergleich mit den tatsächlich gewerteten 92 Punkten. Allerdings führte auch dies nur zu einer Gesamtwertung mit 94 Punkten. An der Richtigkeit dieser Berechnungen hegt der Senat keine Zweifel. Die Antragstellerin hat hierzu auch nichts Substantiiertes vorgetragen.

- 22 bb) Der Antragstellerin kommt darüber hinaus kein Anspruch zu, aufgrund einer aus dem Verfahrensfehler resultierenden Beeinträchtigung des weiteren Prüfungsverlaufs die Prüfung insgesamt wiederholen zu können.
- 23 In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass ein Mangel des Prüfungsverfahrens grundsätzlich unverzüglich gerügt werden muss. Diese Forderung ist im Hinblick auf das bundesrechtliche Gebot der Chancengleichheit aus zwei selbstständig nebeneinander stehenden Gesichtspunkten gerechtfertigt. Zum einen soll verhindert werden, dass der betroffene Prüfling in Kenntnis des Verfahrensmangels zunächst die Prüfung fortsetzt und das Prüfungsergebnis abwartet, um sich so eine ihm nicht zustehende weitere Prüfungschance zu verschaffen, was im Verhältnis zu den anderen Prüflingen den Grundsatz der Chancengleichheit verletzt. Zum anderen dient die Obliegenheit, den Verfahrensmangel unverzüglich geltend zu machen, dem Interesse der Prüfungsbehörde an einer eigenen, möglichst zeitnahen Überprüfung des gerügten Mangels mit dem Ziel einer schnellstmöglichen Aufklärung, Korrektur oder zumindest Kompensation (vgl. BVerwG, Urt. v. 22. Juni 1994, NVwZ 1995, 492 m. w. N.).
- 24 Die Obliegenheit unverzüglicher Rüge von Mängeln besteht in Prüfungsverfahren auch jenseits einer ausdrücklichen normativen Regelung (vgl. BVerwG, Urt. v. 27. April 1999, NVwZ 2000, 921; OVG NRW, Beschl. v. 21. März 2013 - 14 E 135/13 -, juris Rn. 4). Ob der Prüfling dieser Obliegenheit nachgekommen ist, bleibt anhand der Umstände des Einzelfalls zu entscheiden.
- 25 Insoweit bleibt hier zu unterscheiden, dass die Antragstellerin einerseits einen technischen Fehler in den Testteilen 1.3 oder 1.4 geltend macht, der zu einem Datenverlust oder zumindest zu einer Verkürzung der Bearbeitungszeit geführt haben könnte. Andererseits rügt sie aber auch eine aus dem technischen Fehler resultierende Beeinträchtigung ihrer Leistungsfähigkeit im weiteren Prüfungsverlauf. Hinsichtlich des technischen Fehlers bestehen an der Rechtzeitigkeit der Rüge keine Zweifel, da die Antragstellerin die während des Computertests aufgetretene Fehlermeldung unmittelbar gegenüber dem aufsichtsführenden Beamten angezeigt hatte. Da sie aber nach einer kurzfristigen Unterbrechung den Test weiter absolvierte und auch im Anschluss gegenüber dem Dienstherrn keine Erklärungen abgab, konnte dieser nicht erkennen, dass der technische Fehler zu fortwirkenden Beeinträchtigungen der

Antragstellerin in weiteren Prüfungsteilen geführt haben könnte. Es bestand deshalb für ihn auch kein Anlass davon auszugehen, dass die Antragstellerin die Ergebnisse des Tests jenseits der Teile 1.3 und 1.4 nicht gegen sich gelten lassen wollte. Erst nachdem ihr mit dem am 19. März 2013 bekanntgegebenen Bescheid vom 13. März 2013 das Ergebnis des Tests übermittelt worden war, erhob sie Einwendungen gegen die Prüfung. Aber selbst diese bezogen sich nicht auf eine aus dem in den Testteilen 1.3 oder 1.4 aufgetretenen Verfahrensfehler resultierende Beeinträchtigung der Konzentrationsfähigkeit. Vielmehr machte die Antragstellerin allein die fehlerhafte Bewertung der Testteile 1.3 und 1.4 geltend. Es kann deshalb dahinstehen, ob eine Rüge der Verfahrensfehlerhaftigkeit der Prüfung nach der Bekanntgabe des Bescheides vom 13. März 2013 überhaupt noch rechtzeitig gewesen wäre. Jedenfalls hinsichtlich der hier in Rede stehenden Beeinträchtigung in nachfolgenden Prüfungsteilen hat die Klägerin erstmals im gerichtlichen Verfahren eine Rüge erhoben und damit offensichtlich verspätet.

- 26 Mithin ist lediglich ein etwaiger Verfahrensfehler in den Prüfungsteilen 1.3 und 1.4 beachtlich. Insoweit wird den Interessen der Antragstellerin allerdings ausreichend dadurch Rechnung getragen, dass zu ihren Gunsten vom Erreichen der höchstmöglichen Punktzahl ausgegangen wird. Weitergehende Ansprüche kann sie nicht geltend machen.
- 27 cc) Einer Heranziehung der Ergebnisse des Computertests steht - anders als die Antragstellerin meint - auch nicht der Vorbehalt des Gesetzes entgegen.
- 28 Der Senat hat es bislang in seiner Rechtsprechung ausdrücklich offen gelassen, ob Prüfungen im Rahmen einer Aufstiegsausbildung in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG fallen und damit das Prüfungsverfahren in seinen wesentlichen Zügen durch Gesetz oder Verordnung geregelt sein muss (vgl. Senatsbeschl. v. 19. Februar 2008 - 2 BS 383/07 -, juris; Senatsbeschl. v. 18. Februar 2013 - 2 A 422/10 -). Diese Rechtsfrage dürfte sich bei dem hier streitigen Auswahlverfahren als Eingangsvoraussetzung für eine Aufstiegsausbildung in gleichem Maße stellen (vgl. OVG NRW, Beschl. v. 16. August 1999 - 6 A 3061/97 -, juris Rn. 51). Denn mit Blick auf die Berufsfreiheit kommt eine den Zugang zur Aufstiegsausbildung limitierende Prüfung in ihren rechtlichen Wirkungen einer die Ausbildung abschließenden Prüfung

gleich. Selbst wenn sich danach die VwV AuswahlVgPVD wegen Verstoßes gegen den Vorbehalt des Gesetzes als unwirksam erweisen würde, blieben aber im vorliegenden Fall die Ergebnisse des Auswahltests heranzuziehen. Denn auf andere Weise ließe sich die notwendige Vergleichbarkeit der Antragstellerin mit den bereits ausgewählten Bewerbern für die am 1. Oktober 2013 beginnende Aufstiegsausbildung nicht herstellen. Insbesondere kommt es aus zeitlichen Gründen nicht mehr in Betracht, ein neues Auswahlverfahren zwischen allen Bewerbern zu beginnen und damit eine vollständige Vergleichbarkeit auf rechtlich unbedenklicher Basis herzustellen, zumal die Schaffung der dafür gegebenenfalls notwendigen rechtlichen Grundlagen gewisse Zeit in Anspruch nehmen müsste. Aus diesem Grund kann auch dahinstehen, ob die Bedenken der Antragstellerin hinsichtlich der Beteiligung juristischer Personen des Privatrechts am Prüfungsverfahren durchdringen.

- 29 Schließlich liegt kein Verstoß gegen Datenschutzrecht vor, der eine Berücksichtigung der Ergebnisse des Computertests ausschliesse. Insbesondere lässt sich hier keine Verletzung des in § 37 Abs. 3 i. V. m. Abs. 2 SächsDSG vorgesehenen Verbots der Übermittlung und Veröffentlichung von Beschäftigtendaten erkennen. Der Antragsgegner hat nachvollziehbar vorgetragen, dass die Übermittlung und Auswertung der Testergebnisse anonymisiert geschieht, wie auch die Verwendung von Bewerbernummern belegt. Dass in den vom Antragsgegner im gerichtlichen Verfahren vorgelegten Schreiben der HR Diagnostics AG der Name der Antragstellerin auftaucht, dürfte seine Ursache in dem Umstand haben, dass dieser in den Anschreiben des Antragsgegners an die AG erwähnt wurde. Für einen Verstoß gegen § 37 Abs. 7 SächsDSG, der von der Antragstellerin lediglich unsubstantiiert gerügt wird, vermag der Senat mit Blick auf die Anonymisierung der Daten ebenfalls nichts zu erkennen.
- 30 Die Kostenentscheidung folgt aus § 155 Abs. 1 VwGO.
- 31 Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 63 Abs. 2 Satz 1, § 47 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1, § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 2 GKG. Da sich das Interesse der Antragstellerin betragsmäßig nicht beziffern lässt, war vom Auffangstreitwert auszugehen. Wegen des vorläufigen Charakters der begehrten Regelung ist dieser zu halbieren.

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

gez.:
Grünberg

Hahn

Tolkmitt

Ausgefertigt:

Bautzen, den 27.09.2013

Sächsisches Obergerverwaltungsgericht

Pech

Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle