

Az.: 2 B 150/24  
11 L 485/24 VG Dresden



## **SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT**

### **Beschluss**

In der Verwaltungsrechtssache

des

– Antragsteller –  
– Beschwerdegegner –

prozessbevollmächtigt:

gegen

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

– Antragsgegner –  
– Beschwerdeführer –

wegen

Zulassung zur Aufstiegsausbildung; Antrag nach § 123 VwGO  
hier: Beschwerde

hat der 2. Senat des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts durch den Vizepräsidenten des Oberverwaltungsgerichtes Dr. Grünberg, die Richterin am Oberverwaltungsgericht Dr. Henke und die Richterin am Oberverwaltungsgericht Dr. Hoentzsch

am 9. Dezember 2024

**beschlossen:**

Die Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Dresden vom 14. August 2024 - 11 L 485/24 - wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Zulassung des Antragstellers zur Aufstiegsausbildung für die Laufbahngruppe 2, 1. Einstiegsebene, Fachrichtung Polizei für den 31. Studienjahrgang beginnend ab 1. Oktober 2024 vorläufig bestehen bleibt bis zu einer Neubescheidung des Zulassungsantrags unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 5.000,00 € festgesetzt.

### **Gründe**

- 1 Die zulässige Beschwerde hat keinen Erfolg.
  
- 2 1. Der Antragsteller begehrt die vorläufige Zulassung zur Aufstiegsausbildung in die Laufbahngruppe 2, erste Einstiegsebene der Fachrichtung Polizei, für den 31. Studienjahrgang, beginnend ab dem 1. Oktober 2024.
  
- 3 Der 1987 geborene Antragsteller ist Polizeiobermeister im Dienst des Antragsgegners. Auf seine Bewerbung vom 2. Dezember 2023 wurde er am 14. Februar 2024 zum Auswahlverfahren zugelassen, nahm am 26. Februar 2024 am Computertest teil und erzielte 93,26 Z-Wertpunkte. Mit Bescheid vom 16. Mai 2024 wurde sein Antrag auf Zulassung zum Aufstieg abgelehnt, weil er im Rahmen des Computertests die notwendige Punktzahl von 95,00 Z-Wertpunkten nicht erreicht habe. Bereits mit Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 25. April 2024 - 11 L 237/24 - war der Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet worden, dem Antragsteller vorläufig die Teilnahme am strukturierten Interview zu gestatten. Dieses absolvierte der Antragsteller am 29. Mai 2024 und erzielte 101 Z-Wertpunkte. Gegen den ablehnenden Bescheid vom 16. Mai 2024 legte der Antragsteller Widerspruch ein, über den noch nicht entschieden ist.
  
- 4 Mit Beschluss vom 14. August 2024 verpflichtete das Verwaltungsgericht den Antragsgegner, den Antragsteller vorläufig zur Aufstiegsausbildung für die Laufbahngruppe 2, erste Einstiegsebene, Fachrichtung Polizei für den 31. Studienjahrgang, beginnend am 1. Oktober 2024 zuzulassen. Dem Antragsteller sei auf der Grundlage einer Folgenabwägung einstweiliger Rechtsschutz zu gewähren. Die gebotene Prüfung, ob der aus Art. 33 Abs. 2 GG folgende Anspruch des Antragstellers durch die Entscheidung des Antragsgegners vom 16. Mai 2024 verletzt sei, sei wegen der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit wie auch im Hinblick auf die über den konkret zu entscheidenden Fall hinausgehende Bedeutung der Entscheidung sowie die aufgeworfenen Sach- und Rechtsfragen weder möglich noch angezeigt, zumal die mit der einstweiligen Anordnung für den Antragsgegner verbundenen Nachteile von geringem

Gewicht seien. Es sei bereits fraglich, ob die maßgeblichen Regelungen (§ 28 SächsBG, §§ 24, 33 SächsLVO, § 46 Abs. 2 SächsAPOPol sowie die VwV Auswahl-LG 2.1 Pol) im Hinblick auf den Grundsatz des Gesetzesvorbehalts dem Ablehnungsbescheid hätten zugrundegelegt werden dürfen. So habe weder der Gesetzgeber in § 28 SächsBGB noch der Verordnungsgeber in der SächsLVO bzw. der SächsAPOPol eine Ausgestaltung des Auswahlverfahrens statuiert. Vielmehr seien sämtliche Einzelheiten des Auswahlverfahrens auf Ebene einer Verwaltungsvorschrift geregelt. Ferner sei fraglich, ob im Rahmen der Auswahlentscheidung eine hinreichend gewichtige und den Grundsätzen von Art. 33 Abs. 2 GG i. V. m. § 19 Abs. 2 Satz 1 SächsLVO genügende Berücksichtigung der dienstlichen Beurteilungen der Bewerber erfolge. Aufgrund der Ausgestaltung des Verfahrens könne die dienstliche Beurteilung mit (maximal) 50 % gewichtet werden; was eine maßgebliche Berücksichtigung der dienstlichen Beurteilung als zweifelhaft erscheinen lasse. Indes sei zur Ermittlung des Leistungsstandes vorrangig auf dienstliche Beurteilungen zurückzugreifen; soweit zulässigerweise auf sonstige Erkenntnisse wie Ergebnisse von Prüfungen, Tests und Bewerbungsgesprächen zurückgegriffen werde, dürften diese lediglich ergänzenden Charakter besitzen. Die Einhaltung dieser Grundsätze bedürfe einer eingehenden Prüfung im Hauptsacheverfahren. Schließlich sei es dem Gericht mit Blick auf die erstmals vom Antragsgegner vorgelegten Unterlagen zu Funktionsweise und Auswertung des Computertests nicht möglich, die wesentlichen Auswählerwägungen im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes rechtlich umfassend zu überprüfen. So dürfte die Ermittlung der angegebenen Mittelwerte und Standardabweichungen für das Gericht erst im Rahmen einer mündlichen Verhandlung anhand der Erläuterung durch sachkundige Personen nachvollziehbar werden. Anhand der vorgelegten Unterlagen sei ein vollständiges Durchdringen der Funktionsweise des Computertests und des insoweit ermittelten Gesamtergebnisses nicht möglich. Die demnach vorzunehmende Folgenabwägung gehe zulasten des Antragsgegners.

- 5 Mit seiner Beschwerde trägt der Antragsgegner vor, es fehle an einem Anordnungsanspruch. Er habe seine Auswahlentscheidung nach Maßgabe von Art. 33 Abs. 2 GG, Art. 91 Abs. 2 SächsVerf rechtmäßig, insbesondere unter hinreichender Einbeziehung der Regelbeurteilungen getroffen. Die Festlegung der Einzelheiten des Auswahlverfahrens in einer Verwaltungsvorschrift sei aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen erfolgt und erweise sich als rechtmäßig. Neben den dienstlichen Beurteilungen habe der Antragsgegner weitere Erkenntnismittel ergänzend heranziehen dürfen; in welchem Umfang er diese gewichte, unterliege seinem Beurteilungsspielraum. Die Regelbeurteilungen verschiedener Statusämter seien unterschiedlich gewichtet worden. Der eingesetzte Computertest entspreche den Anforderungen der Rechtsprechung an ein wissenschaftlich fundiertes Auswahlverfahren. Der Test sei in vollem Umfang einschließlich der Fragen und Antworten des Antragstellers sowie der Berechnungsgrundlagen offengelegt worden. Er sei einschließlich aller Subtests anhand einer Stichprobe

von Teilnehmern bis inklusive 2022 normiert worden. Die aktuelle Referenzstichprobe sei aus Personen zusammengesetzt, die sich im Zeitraum 13. März 2023 bis 11. April 2023 beworben hätten, insgesamt 160 Personen. Die notwendigen Kennzahlen zur Standardisierung seien anhand der Mittelwerte und der Standardabweichung erfolgt. Beim Gesamtwert sei sodann das jeweilige Gewicht des Untertests berücksichtigt worden. Die Berechnungsweise werde am Beispiel des E-Diktats im Detail erläutert. Schließlich erweise sich die Interessenabwägung zulasten des Antragsgegners als fehlerhaft. Dem Antragsteller könne ein Abwarten der Entscheidung in der Hauptsache zugemutet werden. Die begrenzte Kapazität der Hochschule der Sächsischen Polizei (FH) von 75 Aufstiegsbeamten sei zu berücksichtigen. Dem stehe die vorläufige Zulassung von bereits fünf Bewerbern über die Kapazitätsgrenze hinaus entgegen.

- 6 Der Antragsteller verteidigt die Entscheidung des Verwaltungsgerichts.
- 7 2. Die Einwendungen des Antragsgegners, auf deren Prüfung der Senat gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO grundsätzlich beschränkt ist, führen zur Änderung des verwaltungsgerichtlichen Beschlusses lediglich in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang.
- 8 Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO ergeht eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis, wenn dies zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Der geltend gemachte Anspruch (Anordnungsanspruch) und die Notwendigkeit der vorläufigen Regelung (Anordnungsgrund) sind glaubhaft zu machen (§ 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2 ZPO). Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt, weil sowohl ein Anordnungsgrund (a) wie in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang auch ein Anordnungsanspruch (b) vorliegt.
- 9 a) Die Notwendigkeit einer vorläufigen Regelung resultiert aus dem Beginn der Aufstiegsausbildung im 31. Studienjahrgang am 1. Oktober 2024. Es ist dem Senat aus früheren Verfahren bekannt, dass ein Einstieg in den laufenden Ausbildungsjahrgang nur bis etwa zwei Wochen nach Beginn der Ausbildung möglich ist. Entgegen der Ansicht des Antragsgegners ist der Antragsteller auch nicht auf die Absolvierung eines nachfolgenden Studienjahrgangs zu verweisen. Hiergegen spricht bereits, dass die Nichtzulassung des Antragstellers auf der streitgegenständlichen Verwertung von neben der Regelbeurteilung herangezogenen Auswahlinstrumenten (hier: Computertest) basiert und für den Senat nicht erkennbar ist, dass der Antragsgegner in zukünftigen Auswahlverfahren auf diese Instrumente verzichten wird.
- 10 b) Der Antragsteller hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang auch einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Auf die Einstellung in den Vorbereitungsdienst besteht kein Rechtsanspruch; grundsätzlich hat der Bewerber lediglich einen aus Art. 33 Abs. 2 GG, Art. 91

Abs. 2 SächsVerf hergeleiteten Anspruch darauf, dass der Dienstherr das ihm bei der Entscheidung über die Bewerbung zu Gebote stehende Ermessen fehlerfrei ausübt. Er kann insbesondere verlangen, dass die Auswahl nur nach den Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung getroffen wird (st. Rspr. des Senats, vgl. Senatsbeschl. v. 16. Januar 2024 - 2 B 255/23 -, juris Rn. 5 m. w. N.). Dem pflichtgemäßen Ermessen des Dienstherrn bleibt es überlassen, welchen sachlichen Einzelfaktoren er bei der Auswahl Gewicht beimisst und wie er den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG, Art. 91 Abs. 2 SächsVerf, ggfs. auch Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 28 Abs. 1 SächsVerf Rechnung trägt (vgl. BVerwG, Urt. v. 22. September 1988 - 2 C 35/86 -, juris Rn. 19 ff.). Unter Anwendung des vorstehenden Maßstabs geht der Senat davon aus, dass der Antragsgegner bisher nicht in ermessensfehlerfreier Weise über die Zulassung des Antragstellers zur Aufstiegsausbildung entschieden hat, weil sich der die Zulassung ablehnende Bescheid des Antragsgegners vom 16. Mai 2024 im Hauptsacheverfahren voraussichtlich als rechtswidrig erweisen wird.

- 11 aa) Zwar bestehen nach den Erkenntnissen des summarischen Eilverfahrens keine grundsätzlichen Bedenken mehr, soweit der Antragsgegner in seine Auswahl (auch) die Ergebnisse eines sog. Computertests einbeziehen will. Der Senat geht aufgrund der im Verfahren vorgelegten Unterlagen nicht mehr davon aus, dass das vom Antragsgegner eingesetzte computergestützte Testverfahren bereits wegen fehlender Dokumentation und Überprüfbarkeit der Bewertung den Bewerbungsverfahrensanspruch verletzt (so noch Senatsbeschl. v. 19. Oktober 2022 - 2 B 272/22 -, juris unter Verweis auf Senatsurt. v. 20. Juli 2021 - 2 A 41/19 - und Senatsbeschl. v. 22. November 2021 - 2 B 378/21 -, alle juris; vgl. auch OVG NRW, Urt. v. 22. Mai 2023 - 6 A 3129/20 -, juris Rn. 124 ff.). An dieser Bewertung wird angesichts der geänderten Praxis des Antragsgegners, mit der dieser zwischenzeitlich auf die obergerichtliche Rechtsprechung reagiert hat, nicht mehr festgehalten. Im Verfahren wurde eine ca. 20-seitige Dokumentation des Computertests vorgelegt, aus der sämtliche Fragen, die Antwortmöglichkeiten, die als richtig eingestuftten Lösungen, die Antworten des Bewerbers sowie die Einzel- und Gesamtbewertung hervorgehen. Anhand derer lässt sich sowohl für den Bewerber selbst wie auch für das Gericht das Zustandekommen des Testergebnisses grundsätzlich nachvollziehen. Insbesondere ermöglicht die Dokumentation dem Bewerber die Rüge der Bewertung konkreter Antworten als falsch ebenso wie die Beanstandung einzelner Fragen/Aufgaben als unzulässig, und dem Gericht die entsprechende Überprüfung.
- 12 bb) Entsprechendes gilt im Hinblick auf die Einbeziehung von strukturierten Interviews in die Auswahlentscheidung. Grundsätzlich dürfen neben dienstlichen Beurteilungen weitere Hilfsmittel für eine Auswahlentscheidung herangezogen werden, soweit diese sich nicht in Widerspruch zum Leistungsprinzip setzen. Hierzu gehören anerkannte Auswahlinstrumente wie

strukturierte Auswahlgespräche, Assessment-Center-Verfahren und Intelligenz- sowie Persönlichkeitsstrukturtests (vgl. OVG NRW, Urt. v. 22. Mai 2023 - 6 A 3129/20 -, juris Rn. 148 m. w. N.). Auch insoweit bedarf es jeweils einer hinreichenden Dokumentation, um sowohl dem Bewerber wie auch dem Gericht die Überprüfung zu ermöglichen.

- 13 cc) Auch wird mit der vom Antragsgegner vorgenommenen Gewichtung, nach der der dienstlichen Beurteilung 50 %, dem Computertest 25 % und dem strukturierten Einzelinterview ebenfalls 25 % Anteil an der Auswahlentscheidung eingeräumt werden, der hervorgehobenen Bedeutung dienstlicher Beurteilungen für die Einschätzung der Leistung hinreichend Rechnung getragen. Der Senat hat hierzu bereits im Urteil vom 20. Juli 2021 - 2 A 41/19 -, juris Rn. 38 ausgeführt:

Das Bestenausleseprinzip des Art. 33 Abs. 2 GG beschränkt die Erkenntnismöglichkeiten des Dienstherrn allerdings nicht auf dienstliche Beurteilung. 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 (vergleiche 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 (...) gilt dabei jedoch, dass sonstige Erkenntnisse lediglich ergänzenden Charakter besitzen, also nicht für sich isoliert die Auswahl steuern können.

- 14 Zu beachten ist zudem, dass für den Dienstherrn im Rahmen der Entscheidung über die Zulassung zum Aufstieg in Abgrenzung zu einer Beförderungsentscheidung neben der dienstlichen Beurteilung zusätzliche Erkenntnisse für eine fundierte Leistungseinschätzung hilfreich sind. Denn während die durch dienstliche Beurteilungen getroffenen Bewertungen grundsätzlich aussagekräftig sind, wenn ein Beamter nach seiner Beförderung in derselben Laufbahn bleibt, in der er die geforderten Fertigkeiten bereits unter Beweis gestellt hat, bringen der Aufstieg in die nächsthöhere Laufbahn ebenso wie die hierfür zu absolvierende Ausbildung regelmäßig grundlegend andere Anforderungen mit sich (vgl. OVG NRW, Urt. v. 22. Mai 2023 - 6 A 3129/20 -, juris Rn. 152). Lässt der Dienstherr die Möglichkeit des Aufstiegs zu – wozu er nicht verpflichtet ist –, eröffnet er damit Beamten die höhere Laufbahn, die die Bildungsvoraussetzungen hierfür typischerweise nicht erfüllen. Es erscheint daher folgerichtig, für die Eignungseinschätzung nicht nur auf die Bewährung in der bisherigen Laufbahn abzustellen (über welche die Regelbeurteilungen hinreichende Auskunft geben), sondern ein Auswahlverfahren zu etablieren, mit dem auch andere Fähigkeiten, die für den Erwerb der höheren Laufbahnbefähigung notwendig sind, ermittelt werden können. Vor diesem Hintergrund begegnet die vom Antragsgegner vorgenommene Gewichtung, bei der der Regelbeurteilung mit 50 % weiterhin der maßgebliche Anteil eingeräumt wird, keinen rechtlichen Bedenken. Solche ergeben sich entgegen der Auffassung des Antragstellers insbesondere nicht aus dem Umstand, dass ein

besonders gutes oder schlechtes Ergebnis im Computertest oder im strukturierten Interview die Regelbeurteilung „überlagern“ könnte. Denn dies ist lediglich die logische Folge aus der Einbeziehung weiterer Auswahlinstrumente.

- 15 dd) Problematisch erscheint dem Senat allerdings die Verfahrensweise, wonach das Nichterreichen einer bestimmten Punktzahl im Computertest ebenso wie im strukturierten Interview zum Ausschluss aus der weiteren Auswahl führt. Denn hierdurch könnte der Grundsatz, wonach der Regelbeurteilung im Rahmen der Auswahl das maßgebliche Gewicht einzuräumen ist, konterkariert werden. Das in der dienstlichen Beurteilung zum Ausdruck kommende Gesamturteil nimmt die während eines mehrjährigen Zeitraums gezeigten Leistungen in den Blick und ermöglicht dadurch eine ausgewogene Bewertung. Demgegenüber stellen die Ergebnisse von Computertest und strukturiertem Interview ausschließlich auf die an einem bestimmten Tag gezeigten Leistungen ab und können deshalb vom Durchschnittsleistungsbild des Bewerbers positiv oder negativ abweichen. Bei einer Etablierung eines Mindestwertes als Ausschlusskriterium könnte ein überdurchschnittlich beurteilter Bewerber nicht mehr zum Zuge kommen, wodurch das Ergebnis der Regelbeurteilung vollständig negiert würde. Diese Frage bedarf hier indes keiner abschließenden Entscheidung, weil die vom Antragsgegner getroffene Auswahlentscheidung bereits wegen fehlender gesetzlicher Grundlage im Hauptsacheverfahren keinen Bestand haben dürfte.
- 16 ee) Das bei der Auswahl für die Zulassung zur Aufstiegsausbildung in der Laufbahngruppe 2.1 der Fachrichtung Polizei herangezogene Verfahren, Bewerber auch mit Hilfe eines sogenannten Computertests und eines strukturierten Interviews auszuwählen, beruht auf Verwaltungsvorschriften, für die indessen eine – vom Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes geforderte – hinreichende normative Grundlage fehlt (vgl. für den Bereich der dienstlichen Beurteilungen bereits BVerwG, Urt. v. 7. Juni 2021 - 2 C 2.21 -, juris LS 1). Das Bundesverwaltungsgericht hat für eine vergleichbare Konstellation (sog. Potenzialfeststellung als Auswahlkriterium für den Aufstieg in die Offizierslaufbahn des militärfachlichen Dienstes) u. a. ausgeführt (BVerwG, Beschl. v. 29. Oktober 2024 - 1 WB 36.23 -, juris Rn. 37 ff.):
- c) Dem derzeit allein auf Verwaltungsvorschriften beruhenden Verfahren der Potenzialfeststellung für Unteroffiziere fehlt, soweit seine Ergebnisse unmittelbar mitentscheidende Bedeutung für die Zulassung zur Laufbahn der Offizierinnen und Offiziere des militärfachlichen Dienstes haben, die nach dem Grundsatz des Gesetzesvorbehalts erforderliche normative Grundlage. Die Bewerbung der Antragstellerin durfte deshalb nicht mit der Begründung abgelehnt werden, dass sie über kein ausreichendes Ergebnis bei der Potenzialfeststellung verfüge.
- aa) Regelungen, die in das grundrechtsgleiche Recht der Soldaten auf ein dienstliches Fortkommen nach Eignung, Befähigung und Leistung (Art. 33 Abs. 2 GG) eingreifen oder die dieses Recht maßgeblich ausgestalten, unterliegen dem verfassungsrechtlichen Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes (vgl. zum gesamten Folgenden zuletzt BVerwG, Beschlüsse vom

29. August 2023 - 1 WB 60.22 - BVerwGE 180, 116 Rn. 36 ff. und - 1 WB 64.22 - BVerwGE 180, 140 Rn. 32 ff.).

Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot verpflichten den Gesetzgeber, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen im Wesentlichen selbst zu treffen und diese nicht dem Handeln und der Entscheidungsmacht der Exekutive zu überlassen. Wann es aufgrund der Wesentlichkeit einer Entscheidung einer Regelung durch den parlamentarischen Gesetzgeber bedarf, hängt vom jeweiligen Sachbereich und der Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstandes ab. Die verfassungsrechtlichen Wertungskriterien sind dabei den tragenden Prinzipien des Grundgesetzes, insbesondere den darin verbürgten Grundrechten zu entnehmen. Danach bedeutet wesentlich im grundrechtsrelevanten Bereich in der Regel "wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte". Als wesentlich sind also Regelungen zu verstehen, die für die Verwirklichung von Grundrechten erhebliche Bedeutung haben und sie besonders intensiv betreffen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 21. April 2015 - 2 BvR 1322/12 u. a. - BVerfGE 139, 19 Rn. 52 m. w. N.).

Diese Maßgaben gelten auch für das grundrechtsgleiche Recht des Art. 33 Abs. 2 GG, das jedem Deutschen nach seiner Eignung, Befähigung und Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt gewährleistet, und für den daraus abgeleiteten Leistungsgrundsatz bzw. Grundsatz der Bestenauslese (vgl. BVerwG, Beschluss vom 25. April 2007 - 1 WB 31.06 - BVerwGE 128, 329 Rn. 55). Einer normativen Grundlage bedarf es danach stets, wenn der durch Art. 33 Abs. 2 GG unbeschränkt und vorbehaltlos gewährleistete Leistungsgrundsatz eingeschränkt wird (vgl. BVerwG, Beschluss vom 20. September 2011 - 1 WB 48.10 - BVerwGE 140, 342 Rn. 30 m. w. N.). Losgelöst von dem Merkmal des Eingriffs unterliegt dem Vorbehalt des Gesetzes aber auch die Ausgestaltung eines Rechtsbereichs, der materiell-rechtlich wesentlich von dem grundrechtsgleichen Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG geprägt ist (vgl. BVerwG, Beschluss vom 26. Mai 2009 - 1 WB 48.07 - BVerwGE 134, 59 Rn. 38 m. w. N.).

Hat der parlamentarische Gesetzgeber die wesentlichen Vorgaben selbst geregelt, kann er die nähere Ausgestaltung in einer nach Inhalt, Zweck und Ausmaß bestimmten Ermächtigungsnorm gemäß Art. 80 Abs. 1 GG dem Ordnungsgeber überlassen. Innerhalb dieser Vorgaben darf die Verwaltung die weiteren Einzelheiten durch Verwaltungsvorschriften regeln (vgl. BVerwG, Urteil vom 17. September 2020 - 2 C 2.20 - BVerwGE 169, 254 Rn. 18). Verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt der Gesetzgeber allerdings nicht, wenn er auf jegliche eigene Regelung verzichtet und die Ausgestaltung in Form von Verwaltungsvorschriften allein der Exekutive überlässt (vgl. BVerwG, Beschluss vom 21. Dezember 2020 - 2 B 63.20 - juris Rn. 23).

Nach diesen Maßstäben hat der Senat zuletzt mehrfach ausgesprochen, dass für Instrumente und Modelle, mittels derer in der Bundeswehr über das dienstliche Fortkommen der Soldatinnen und Soldaten nach dem Leistungsprinzip entschieden wird, keine den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden normativen Grundlagen bestehen. Dies betraf insbesondere das gesamte Feld der dienstlichen Beurteilungen, die die maßgebliche Grundlage in allen Auswahlverfahren und für alle Maßnahmen der Personalentwicklung bilden (vgl. BVerwG, Beschluss vom 29. August 2023 - 1 WB 60.22 - BVerwGE 180, 116 Rn. 41 ff.). Das Fehlen einer hinreichenden normativen Grundlage wurde ferner für das mit dem neuen Beurteilungssystem zum 31. Juli 2021 eingeführte Instrument der Personalentwicklungsbewertung beanstandet (vgl. BVerwG, Beschluss vom 29. August 2023 - 1 WB 64.22 - BVerwGE 180, 140 Rn. 38 ff.). Mit dem Gesetz zur Beschleunigung der Entfernung von verfassungsfeindlichen Soldatinnen und Soldaten aus der Bundeswehr sowie zur Änderung weiterer soldatenrechtlicher Vorschriften vom 22. Dezember 2023 (BGBl. I Nr. 392) hat der Gesetzgeber in § 27a Abs. 1 SG eine Rechtsgrundlage für dienstliche Beurteilungen und in § 27a Abs. 3 SG für die Personalentwicklungsbewertung geschaffen. Dabei dient die in § 27a Abs. 1 Nr. 2 SG vorgesehene Anlassbeurteilung traditionell und die in § 27a Abs. 3 SG vorgesehene Personalentwicklungsbewertung nach dem Normtext speziell als Personalauswahlinstrument zur Einschätzung der "Eignung für Status- und Laufbahnwechsel".

bb) In gleicher Weise wie die vorgenannten Instrumente unterfällt auch die Potenzialfeststellung für Unteroffiziere dem Grundsatz des Gesetzesvorbehalts, weil sie - wie etwa die Regelbeurteilung oder die Personalentwicklungsbewertung - ein Instrument der Personalsteuerung darstellt, mit dem über das grundrechtsgleiche Recht der Soldaten auf ein angemessenes dienstliches Fortkommen entschieden wird.

(1) Das Ergebnis der Potenzialfeststellung (Gesamtindex) hat wesentlichen Einfluss auf die Auswahl für die Zulassung zur Laufbahn der Offizierinnen und Offiziere des militärfachlichen Dienstes nach dem Grundsatz der Bestenauslese (Art. 33 Abs. 2 GG). Unabhängig davon, ob der Gesamtindex - wie früher - mit einer Gewichtung von 25 % oder mit der derzeitigen Gewichtung von rund 20 % in die der Auswahlentscheidung zugrunde liegende Reihung der Bewerber (Vorsortierliste) eingeht, beeinflusst er damit unmittelbar die Chancen auf Laufbahnzulassung. Zwar unterliegt die Vorsortierung noch einer "ganzheitlichen Betrachtung" (Nr. 306 ZV A1-1340/75-5000). Nach Kenntnis des Senats aus zahlreichen Verfahren über die Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes folgt die Auswahl jedoch typischerweise und weitestgehend der Reihung der Vorsortierliste. Abweichungen erfolgen nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen. Die Beeinflussung der Auswahlchancen ist auch nicht bloß unerheblich; denn nach der mit rund 40 % gewichteten Wertung der aktuellen Regelbeurteilung (Durchschnittswert der Aufgabenerfüllung oder Gesamturteil) ist das Ergebnis der Potenzialfeststellung das Kriterium mit der zweithöchsten Gewichtung unter den fünf herangezogenen Auswahlkriterien.

Die Beeinflussung der Chancen für das dienstliche Fortkommen wird anschaulich illustriert durch die Auswahlliste für das hier strittige Auswahlverfahren 2023. Der jeweilige Gesamtindex der dortigen Bewerber weist eine erhebliche Spreizung zwischen "24" (bester Wert) und "71" (schlechtester Wert) auf. Ohne Berücksichtigung der Ergebnisse der Potenzialfeststellung würde sich die Reihung der Bewerber nach dem Punktsummenwert in nahezu allen Positionen mehr oder weniger weitgehend verändern. Je nachdem, wie groß der Bedarf des Dienstherrn im Auswahljahr ist und wie viele Aufstiegsmöglichkeiten eröffnet sind, können auch nur geringfügige Verschiebungen in der Platzierung für die Auswahl entscheidend sein. Zu wesentlichen Veränderungen würde es - umgekehrt - auch führen, wenn die Ergebnisse der Potenzialfeststellung uneingeschränkt, also ohne Rücksicht auf die Mindestanforderung eines Gesamtindex von "gleich oder besser als 48", bei der Reihung berücksichtigt würden. Dann würden außer der Antragstellerin auch die - nicht ausgewählten - Bewerber auf den Rangplätzen 18 bis 20, die ebenfalls sehr hohe Punktsummenwerte aufweisen, aber an der Hürde der Mindestanforderung gescheitert waren, mit besten Erfolgchancen in die vorderen Ränge der Vorsortierliste aufrücken.

(2) Die mitentscheidende Rolle, die die Potenzialfeststellung im Auswahlverfahren für die Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes spielt, unterscheidet sich von den Konstellationen, in denen das Bundesverfassungsgericht (vgl. BVerfG, Beschluss vom 16. Dezember 2015 - 2 BvR 1958/13 - BVerfGE 141, 56 Rn. 58 f.; Kammerbeschlüsse vom 11. Mai 2011 - 2 BvR 764/11 - NVwZ 2011, 1191 Rn. 11 f. und vom 4. Oktober 2012 - 2 BvR 1120/12 - NVwZ 2013, 573 <574 f.>; alle zu dienstlichen Beurteilungen von Bewerbern in unterschiedlichen Statusämtern) und das Bundesverwaltungsgericht für das - insoweit vergleichbare - Beamtenrecht eine "ergänzende" Heranziehung "weiterer Hilfsmittel neben der dienstlichen Beurteilung" auch ohne bestehende normative Grundlagen für zulässig erachtet haben.

Es handelt sich dabei durchweg um Fälle, in denen zwei oder mehrere Bewerber über formal gleichwertige dienstliche Beurteilungen verfügten und sich ein Vorsprung eines Bewerbers auch nach vollständiger inhaltlicher Auswertung der (aktuellen und ggf. zurückliegenden) Beurteilungen nicht feststellen ließ. So hielt es zuletzt der für das Beamtenrecht zuständige 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts (Beschluss vom 25. September 2024 - 2 VR 1.24 - Rn. 32 f.) im Ergebnis für zulässig, dass bei der Entscheidung über die Besetzung eines höherwertigen Dienstpostens beim Bundesnachrichtendienst unter den verbliebenen Bewerbern ein

Assessmentverfahren durchgeführt wurde, nachdem zuvor in fünf stetig verfeinerten Durchgängen die dienstlichen Beurteilungen ausgewertet und verglichen worden waren und sich dabei nach dem Grundsatz der Bestenauslese kein Bewerber gegenüber den anderen durchsetzen konnte. Von diesen Konstellationen, in denen weitere Hilfsmittel erst nach vollständiger Ausschöpfung der dienstlichen Beurteilungen im "Stichentscheid" herangezogen werden, unterscheidet sich die Potenzialfeststellung grundlegend dadurch, dass ihre Ergebnisse schon zu Beginn des Auswahlverfahrens in der ersten Abschichtung und Reihung des Bewerberfelds - selbstständig neben den gesetzlich geregelten dienstlichen Beurteilungen und Personalentwicklungsbewertungen - zum Tragen kommen.

cc) Die damit auch für die Potenzialfeststellung erforderliche normative Grundlage ist derzeit nicht gegeben. Die geltenden Verwaltungsvorschriften bilden keine hinreichende Grundlage dafür, das Ergebnis einer Potenzialfeststellung als unmittelbar mitentscheidendes Auswahlkriterium bei der Zulassung für die Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes heranzuziehen. Soweit der Senat bisher eine Regelung durch Verwaltungsvorschriften für ausreichend erachtet hat (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 20. September 2011 - 1 WB 38.10 - juris Rn. 40, vom 19. Juli 2018 - 1 WB 48.17 - juris Rn. 29 und vom 30. April 2020 - 1 WB 58.19 - juris Rn. 33), hält er daran nicht mehr fest.

(1) Auf der Ebene des formellen (Parlaments-)Gesetzes fehlt es an einer - nunmehr in § 27a SG für die dienstliche Beurteilung und die Personalentwicklungsbewertung enthaltenen - Regelung, die das Instrument der Potenzialfeststellung (oder allgemein: ein Instrument der psychologischen Eignungsdiagnostik) für den Einsatz in Auswahlverfahren nach dem Grundsatz der Bestenauslese vorsieht. Eine entsprechende Bestimmung findet sich auch nicht in den gesetzlichen Regelungen über die Laufbahnen der Soldaten (§ 27 SG), etwa in § 27 Abs. 5 SG im Zusammenhang mit den Voraussetzungen für den Aufstieg aus den Laufbahnen der Unteroffiziere in die Laufbahnen der Offiziere.

Die Verordnungsermächtigung des § 27 Abs. 1 SG, wonach Vorschriften über die Laufbahnen der Soldaten nach den Grundsätzen der Absätze 2 bis 6 durch Rechtsverordnung erlassen werden, ist ebenfalls ungeeignet für die Einführung der Potenzialfeststellung. Da sich den "Grundsätzen der Absätze 2 bis 6" keine einschlägigen Leitlinien entnehmen lassen, genügt § 27 Abs. 1 SG für sich genommen nicht den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG an eine nach Inhalt, Zweck und Ausmaß bestimmte Ermächtigung des Gesetzgebers, um das Spektrum der Auswahlinstrumente - über die dienstlichen Beurteilungen und die Personalentwicklungsbewertung hinaus - zu erweitern. Unabhängig davon sieht derzeit auch die Soldatenlaufbahnverordnung, weder in ihrem allgemeinen Teil (Kapitel 1) noch in ihrem Unterabschnitt über den militärfachlichen Dienst (§§ 43 bis 47 SLV), den Einsatz der Potenzialfeststellung oder sonstiger Verfahren der psychologischen Eignungsdiagnostik vor.

(2) Sofern das Verfahren der Potenzialfeststellung oder ein sonstiges Verfahren der psychologischen Eignungsdiagnostik weiterhin mit einer (mit-)entscheidenden Bedeutung bei der Auswahl für die Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes herangezogen werden soll, bedarf es deshalb einer normativen Grundlage. Soweit die erforderliche Regelung nicht unmittelbar auf gesetzlicher Ebene, insbesondere im Soldatengesetz, getroffen wird, muss eine gesetzliche Verordnungsermächtigung im Sinne des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung vorgeben. Durch formelles Gesetz sind - ähnlich etwa wie bei der Personalentwicklungsbewertung (§ 27a Abs. 3 SG) - zumindest die wesentlichen Elemente der Potenzialfeststellung zu regeln. Hierzu zählt die Einführung dieses Instruments (als solches), seine grundsätzliche Charakterisierung und Zweckrichtung sowie die Bezeichnung der Auswahlverfahren, für die es konzipiert ist. Mit diesen Leitlinien kann - nach dem Muster der §§ 27a und 27b SG sowie §§ 2 bis 3a SLV - zur näheren Ausgestaltung im Wege der Rechtsverordnung ermächtigt werden.

(3) In ihrer bisherigen, allein auf Verwaltungsvorschriften beruhenden Form können die Ergebnisse der Potenzialfeststellung nur in den Fällen zur Anwendung kommen, in denen sich nach

vollständiger Ausschöpfung der gesetzlich verankerten Auswahlinstrumente (Regelbeurteilungen, Personalentwicklungsbewertungen) ein - für die Laufbahnzulassung erheblicher - Vorsprung eines Bewerbers gegenüber einem oder mehreren anderen Bewerbern nicht feststellen lässt und es deshalb zulässig ist, "ergänzende Hilfsmittel" für die Auswahlentscheidung heranzuziehen (siehe oben II.2.c.bb.<2>).

- 17 Ausgehend von diesen Maßstäben, denen sich der Senat anschließt, fehlt es auf der Ebene des formellen (Parlaments-)Gesetzes an einer Regelung, die die Instrumente des sog. Computertests und des strukturierten Interviews für den Einsatz in Auswahlverfahren nach dem Grundsatz der Bestenauslese vorsieht. Eine entsprechende Bestimmung findet sich nicht in § 28 SächsBG, der lediglich die Möglichkeit des Aufstiegs in die höhere Laufbahn derselben Fachrichtung regelt und für den Aufstieg selbst (also nicht für das vorgelagerte Auswahlverfahren) die Ablegung einer Prüfung verlangt. Die Einführung der vom Antragsgegner verwendeten zusätzlichen Auswahlinstrumente kann auch nicht auf die Verordnungsermächtigung in § 29 SächsBG gestützt werden, wonach die Staatsregierung durch Rechtsverordnung die zur Ausführung der §§ 15 bis 28 notwendigen Vorschriften bestimmt, gemäß Nr. 9 insbesondere über die allgemeinen Voraussetzungen für den Aufstieg, einschließlich Zulassung, Verfahren und Prüfung. Da sich aus § 28 SächsBG keine einschlägigen Leitlinien entnehmen lassen, genügt § 29 Nr. 9 SächsBG nicht den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, Art. 75 Abs. 1 Satz 2 SächsVerf an eine nach Inhalt, Zweck und Ausmaß bestimmte Ermächtigung des Verordnungsgebers. Entsprechendes gilt für die Verordnungsermächtigung für den Bereich der Polizei in § 133 Abs. 1 SächsBG. Eine Verordnungsermächtigung ergibt sich schließlich auch nicht aus § 30 SächsBG, der das für die Fachrichtung zuständige Staatsministerium (lediglich) zum Erlass von Ausbildungs- und Prüfungsordnungen ermächtigt.
- 18 Unabhängig davon sieht derzeit auch die Sächsische Laufbahnverordnung weder in ihrem allgemeinen Teil noch in ihrem Abschnitt über den Polizeidienst den Einsatz von Computertests oder strukturierten Interviews vor. So heißt es in § 24 Abs. 2 Satz 1 SächsLVO lediglich, es sei eine nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung begründete Auswahl zu treffen, wenn die Anzahl der Bewerber für die Zulassung den Bedarf übersteige. Auch § 33 SächsLVO betreffend den Aufstieg von Polizeibeamten trifft hierzu keine nähere Bestimmung. Schließlich enthielt auch § 46 Abs. 2 SächsAPOPol in der bis 31. August 2024 geltenden Fassung lediglich die allgemeine Ermächtigung an das Sächsische Staatsministerium des Innern, „das Auswahlverfahren“ zu regeln. Der vom Antragsgegner im Wege der Verwaltungsvorschrift vorgenommenen Ausgestaltung des Auswahlverfahrens für die Aufstiegsausbildung mangelt es deshalb an einer hinreichenden Rechtsgrundlage.
- 19 Das Fehlen einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage ist auch nicht für eine Übergangszeit hinzunehmen. Das Bundesverwaltungsgericht führt insoweit aus (Beschl. v. 29. Oktober 2024 - 1 WB 36.23 -, juris Rn. 54 f.):

Der Mangel einer erforderlichen gesetzlichen Grundlage führt in der Regel zur Unbeachtlichkeit darauf gestützter Verwaltungsvorschriften. Eine Abweichung von der Unanwendbarkeitsfolge kommt vor allem in Betracht, wenn die Rechtsprechung in der Vergangenheit von der Rechtmäßigkeit eines Handelns durch Verwaltungserlass ausgegangen ist und wenn durch die mangelnde Beachtung einer Verwaltungsvorschrift in einer Übergangszeit ein Zustand entstünde, der von der verfassungsmäßigen Ordnung noch weiter entfernt ist als die bisherige Lage (vgl. BVerfG, Beschluss vom 15. Januar 2019 - 2 BvL 1/09 - BVerfGE 150, 345 Rn. 81 f.; BVerwG, Urteil vom 17. Juni 2004 - 2 C 50.02 - BVerwGE 121, 103 <111> sowie Beschlüsse vom 31. Januar 2019 - 1 WB 28.17 - BVerwGE 164, 304 Rn. 35 und vom 29. August 2023 - 1 WB 60.22 - BVerwGE 180, 116 Rn. 44 ff.). Eine solche Konstellation ist hier indes nicht gegeben.

Zwar ist der Senat bisher davon ausgegangen, dass Verwaltungsvorschriften eine ausreichende Grundlage für das Potenzialfeststellungsverfahren bilden. Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass durch die Änderung der Rechtsprechung und den Wegfall der Potenzialfeststellung bis zu einer gesetzlichen Regelung ein Zustand entstünde, der von der verfassungsmäßigen Ordnung weiter entfernt wäre als die bisherige Lage. Zum einen hat der Gesetzgeber mit der Anlassbeurteilung und Personalentwicklungsbewertung erst kürzlich ein Instrumentarium geschaffen und normativ verankert (§ 27a SG, § 3 SLV), das dazu dient, die Eignung des Soldaten (u. a.) für Laufbahnwechsel und zukünftige Verwendungen einzuschätzen, so dass andere oder zusätzliche Personalauswahlinstrumente ohne gesetzliche Grundlage nicht mehr als gleichwertige Kriterien herangezogen werden können. Zum anderen hat das Bundesamt für das Personalmanagement bereits in der Vergangenheit für den Auswahljahrgang 2019 von der Einbeziehung einer Potenzialfeststellung abgesehen, weil nicht für alle Bewerber hinreichend aktuelle Potenzialfeststellungen vorlagen (zum Erfordernis der Aktualität vgl. BVerwG, Beschluss vom 19. Juli 2018 - 1 WB 48.17 - juris Rn. 29 bis 32) und diese mangels ausreichender personeller Kapazitäten auch nicht nachträglich erstellt werden konnten (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 30. September 2019 - 1 WDS-VR 8.19 - juris Rn. 27 und vom 30. April 2020 - 1 WB 58.19 - juris Rn. 33). Diese Modifikation des Verfahrens war rechtmäßig, weil die verbliebenen Auswahlkriterien aus der letzten und vorletzten dienstlichen Beurteilung sowie aus der Laufbahnbeurteilung zweifelsfrei einen aussagekräftigen und rechtlich bedenkenfreien Vergleich der Bewerber nach Eignung, Leistung und Befähigung ermöglichten. Das gilt auch für das hier gegenständliche Verfahren der Antragstellerin und für künftige Auswahljahrgänge bis zur Schaffung hinreichender gesetzlicher Grundlagen.

- 20 Hieran anknüpfend sieht der Senat keinen Anlass für ein Abweichen von der Unanwendbarkeit der ohne hinreichende gesetzliche Grundlage erlassenen Verwaltungsvorschrift. Denn dem Antragsgegner steht durch Rückgriff auf die vorhandenen Regelbeurteilungen (§ 93 SächsBG) jedenfalls ein normativ verankertes Auswahlinstrument zur Verfügung.
- 21 Nachdem sich der die Zulassung zum Aufstieg ablehnende Bescheid des Antragsgegners vom 16. Mai 2024 als rechtswidrig erweisen dürfte, hat der Antragsteller einen Anspruch darauf, dass der Antragsgegner über seinen Antrag auf Laufbahnzulassung im Auswahljahr 2024 unter Beachtung der vorstehenden Rechtsauffassung des Senats erneut entscheidet. Bis zum Ergehen dieser Entscheidung hat der Antragsgegner dem Antragsteller die weitere Teilnahme an der bereits begonnenen Aufstiegsausbildung zu ermöglichen. Dass die vorläufige weitere Teilnahme des Antragstellers sowie der Antragsteller in den fünf weiteren beim Senat anhängen-

gigen Parallelverfahren die Kapazität der Hochschule so überfordern würde, dass eine ordnungsgemäße Ausbildung aller Beamten nicht mehr gewährleistet wäre, ist weder ersichtlich noch vorgetragen (vgl. bereits Senatsbeschl. v. 19. Oktober 2022 - 2 B 272/22 -, juris Rn. 20).

- 22 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO.
  
- 23 Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf § 63 Abs. 2 Satz 1, § 47 Abs. 1 und 3, § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 1 und 2 GKG. Der Senat verweist auf die zutreffende Festsetzung des Verwaltungsgerichts, gegen die die Beteiligten Einwände nicht erhoben haben.
  
- 24 Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

Dr. Grünberg

Dr. Henke

Dr. Hoentzsch