

So können in Baden-Württemberg und in Bayern bei Gefahr im Verzug Beschlagnahme und Durchsuchung auch von der Disziplinarbehörde selbst angeordnet werden (§ 17 Abs. 2 Satz 2 LDG BW, Art. 29 Abs. 1 Satz 2 BayDG). In Baden-Württemberg und in Niedersachsen ist für den Vollzug der Anordnung nicht die Strafverfolgungsbehörde, sondern die Disziplinarbehörde selbst zuständig (§§ 17 Abs. 2 Satz 3 LDG BW, 28 Abs. 2 Satz 1 NDisG). Dabei kann die Polizei Vollzugshilfe bzw. Amtshilfe leisten.

## VI. Resümee

Bei einer Durchsuchung und Beschlagnahme von elektronischen Dateien durch den Dienstvorgesetzten wird man zunächst klären müssen, ob sich der PC und die Dateien im Gewahrsam

des Dienstvorgesetzten oder des Beamten befinden. Dabei sind für die Frage des Gewahrsams nicht die nutzungsrechtlichen Regelungen durch den Dienstvorgesetzten, sondern allein die tatsächliche Sachherrschaft maßgebend. Hat der Beamte Gewahrsam an den Dateien, so ist eine Durchsuchung oder Beschlagnahme nur unter den Voraussetzungen des § 27 BDG zulässig, also im Zuge eines Disziplinarverfahrens und durch richterliche Anordnung.

Lediglich bei Disziplinarverfahren gegen Landes- oder Kommunalbeamte in Baden-Württemberg und Bayern ist in diesen Fällen bei Gefahr im Verzug eine wesentliche Voraussetzung, nämlich die vorherige Anordnung durch das Verwaltungsgericht, nicht zwingend erforderlich. Es bleibt die Frage, ob und warum solche nicht unwesentliche Unterschiede in einzelnen Bundesländern gerechtfertigt und angebracht sind.

# Neue Entwicklungen in der Rechtsprechung zum Sicherheitsüberprüfungsgesetz!?

## Gleichzeitig Besprechung zu BVerwG, Urteil vom 31. März 2011 – 2 A 3.09 –

Dr. Bernd Eicholt\*

*Sicherheitsüberprüfungen betreffen zwar nur einen sehr kleinen Teil der in einer Behörde (oder einem Wirtschaftsunternehmen) Beschäftigten, nämlich insbesondere diejenigen, die Zugang zu besonders sensiblen staatlichen Geheimnissen („Verschlussachen“) haben. Diese Tätigkeit setzt eine Sicherheitsüberprüfung voraus, die zu dem Ergebnis gekommen ist, dass die Person die hierfür erforderliche Zuverlässigkeit besitzt. Kann diese Feststellung nicht getroffen werden, ist eine derartige Verwendung nicht möglich; die betreffende Person muss umgesetzt oder versetzt werden. Das BVerwG hat in einer aktuellen Entscheidung die Kriterien für die Frage, wann die Zuverlässigkeit verneint werden kann, gegenüber der bisher einmütig vertretenen Rechtsprechung erheblich verschärft. Der Beitrag kommt zu dem Ergebnis, dass dem BVerwG insoweit nicht zu folgen ist.*

## I. Einleitung

Sicherheitsüberprüfungen gibt es in der Bundesrepublik Deutschland spätestens seit 1955. Ihre Einführung steht in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Souveränität der Bundesrepublik Deutschland und dem Eintritt in den Nordatlantikpakt, der NATO. Ihr Ziel war es zunächst ausschließlich, den Schutz staatlicher Geheimnisse („Verschlussachen“) zu gewährleisten. Es bestand von Anfang an Einigkeit darüber, dass neben dem materiellen Geheimschutz, also Regelungen zur Frage, wie diese Informationen zu behandeln sind, auch Bestimmungen zum personellen Geheimschutz erforderlich sind.

Im Jahre 1994 wurde der personelle Geheimschutz in dem Sicherheitsüberprüfungsgesetz des Bundes (SÜG) erstmals gesetzlich geregelt. Überprüft werden nach wie vor in erster Linie Personen, die Zugang zu staatlichen Geheimnissen haben, seit 2002 auch Personen, die in einer lebens- oder verteidigungswichtigen Einrichtung an einer sicherheitsempfindlichen Stelle tätig sind; in dem zuletzt genannten Fall geht es um Sabotageschutz. Unerheblich ist jeweils, ob die betreffende Person diese

„sicherheitsempfindliche“ Tätigkeit bei einer Behörde, einem privaten Unternehmen oder sogar als Einzelperson ausübt.

Ziel dieser Maßnahmen ist es zu verhindern, dass Personen eine sicherheitsempfindliche Tätigkeit ausüben, die hierfür aus Gründen der staatlichen Sicherheit nicht geeignet sind. In diesem Falle spricht man von einem Sicherheitsrisiko. Ein Sicherheitsrisiko besteht gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SÜG, wenn Zweifel an der Zuverlässigkeit bestehen. Diese Zweifel können sich z. B. aus Strafverfahren, Verstößen gegen Dienstpflichten oder übermäßigem Alkoholgenuß bzw. der Einnahme von Drogen ergeben. Gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SÜG liegt ein Sicherheitsrisiko vor, wenn die Person einer (besonderen) Gefährdung durch Anbahnungs- oder Werbungsversuche fremder (also ausländischer) Nachrichtendienste ausgesetzt ist. Diese Gefahr kann z. B. resultieren aus Überschuldung oder aus Beziehungen zu Staaten, für die besondere Sicherheitsregeln gelten. Ein Sicherheitsrisiko gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SÜG besteht bei Zweifeln an der Verfassungstreue. In allen drei Fällen reichen bloße Vermutungen oder Gerüchte nicht aus, es müssen vielmehr tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen.

Das Verfahren der Sicherheitsüberprüfung geht dabei von folgenden Prinzipien aus: Eine Sicherheitsüberprüfung findet nur mit Zustimmung der zu überprüfenden Person statt (§ 2 Abs. 1 S. 2 SÜG). Es gibt daher keine Überprüfungen ohne Wissen der sicherheitsüberprüften Person. Diese, ggf. der Ehegatte, Lebenspartner oder Lebensgefährte, gibt die in der Sicherheitserklärung (§ 13 SÜG) geforderten persönlichen Daten an. Es werden die im Gesetz bestimmten Behörden, ggf. auch weitere Personen, angefragt (§ 12 SÜG); der Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel – z. B. Observation oder Post- bzw. Fernmeldekontrolle – ist ausgeschlossen.

\*) Der Beitrag gibt die persönliche Auffassung des Verfassers wieder.

Zuständig für die Sicherheitsüberprüfung ist regelmäßig die Beschäftigungsbehörde; die genannten Maßnahmen werden allerdings durch das Bundesamt für Verfassungsschutz bzw. den Militärischen Abschirmdienst durchgeführt. Die im Rahmen der Sicherheitsüberprüfung angefallenen Daten dürfen nur unter sehr engen Voraussetzungen zu anderen Zwecken als die Sicherheitsüberprüfung genutzt werden (§ 21 Abs. 1 SÜG). Um Nachteile für den beruflichen Werdegang zu vermeiden, die nicht aus Gründen des Verschlussachenschutzes erforderlich sind, müssen die Aufgaben der Personalverwaltung und die zur Durchführung des Sicherheitsüberprüfungsgesetzes streng getrennt werden (§ 3 Abs. 1 S. 3 SÜG); die Akten über die Sicherheitsüberprüfung dürfen der Personalverwaltung nicht zugänglich gemacht werden; § 18 Abs. 3 S. 2 SÜG.

Gegenstand dieses Beitrages ist eine aktuelle Entscheidung des BVerwG<sup>1</sup> zur Frage der Rechtmäßigkeit der Feststellung eines Sicherheitsrisikos. Dieser Feststellung liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die Klägerin – im Folgenden: die sicherheitsüberprüfte Person – ist Mitarbeiterin des Bundesnachrichtendienstes (BND). Im Jahre 2007 wurde gegen sie ein Disziplinarverfahren eingeleitet. Ihr wurde vorgeworfen, veranlasst zu haben, dass ein Kollege von März 2006 bis Oktober 2007 in einer Vielzahl von Fällen absprachegemäß ihre Arbeitszeitkarte gestempelt hat, obwohl sie noch nicht oder nicht mehr im Dienst gewesen sei und von September 2005 bis Oktober 2007 habe sie in einer Vielzahl von Fällen private Abwesenheitszeiten während der Arbeitszeit pflichtwidrig nicht auf ihrer Arbeitszeitkarte dokumentiert. Ferner habe sie von September 2007 bis Januar 2008 den ihr für dienstliche Internetrecherchen zur Verfügung gestellten Personalcomputer pflichtwidrig für private Zwecke genutzt. Der Senat hat durch Urteil vom 27. Januar 2011<sup>2</sup> ihre Dienstbezüge für die Dauer von zwei Jahren gekürzt. Er hat den Nachweis eines schuldhaften Verhaltens in Bezug auf die unberechtigte Nutzung des Internetcomputers als nicht erbracht angesehen, da sie letztlich nicht widerlegbar vorbringen konnte, die (auch) private Nutzung des Intertextcomputers für private Zwecke sei üblich gewesen; Dienstvorgesetzte hätten diese weder bei ihr noch bei Kollegen beanstandet. Der Umfang der Verstöße gegen die Arbeitszeitregelungen stellte sich nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung in dem Disziplinarverfahren als geringer als ursprünglich angenommen und auch im Sicherheitsüberprüfungsverfahren zugrunde gelegt dar. Im Übrigen wurden ihr erhebliche Milderungsgründe zugute gehalten, insbesondere, dass sie mit ihrer Situation als alleinerziehende Mutter überfordert gewesen sei und glaubhaft versichert habe, sich künftig an die Regelungen zu halten.

Noch während des laufenden Disziplinarverfahrens stellte der Geheimenschutzbeauftragte des BND fest, dass bei ihr ein Sicherheitsrisiko vorliege. Hierbei stützte er sich im Wesentlichen auf die Anschuldigungen, die auch der Einleitung des Disziplinarverfahrens zugrundegelegt worden waren. Zusätzlich wurde ihr vorgeworfen, mehrfach gegen die Verbote verstoßen zu haben, im Dienst ein privates Mobiltelefon mitzuführen und bei Verlassen des Dienstgebäudes dienstliche Schlüssel mitzunehmen.

Das BVerwG hat in dem im Mittelpunkt dieses Beitrages stehenden Urteil festgestellt, dass die Feststellung des Sicherheitsrisikos rechtswidrig gewesen sei. Der Senat hat dabei teilweise die bisherige Rechtsprechung bestätigt, insbesondere zur Frage der zulässigen Klageart (s. II 1) und soweit er ausführt, dass nach Feststellung eines Sicherheitsrisikos die weitere Betrauung mit einer sicherheitsempfindlichen Tätigkeit nicht zulässig ist (s. II 3).

Er weicht aber auch in mehreren Punkten von Grundsätzen ab, die bisher allgemein anerkannt waren. So geht er davon aus,

dass im Sicherheitsüberprüfungsverfahren nur bewiesene Tatsachen zugrundegelegt werden dürften (s. II 4). Ferner stellt er verschärfte Anforderungen an die Prognose hinsichtlich der Zuverlässigkeit, wenn der sicherheitsüberprüften Person ein Verstoß gegen Dienstpflichten ohne Bezug zur Geheimhaltungsvorschriften zu Last gelegt wird (s. II 5) und verlangt, dass über die Feststellung des Sicherheitsrisikos von Amts wegen neu entschieden wird, wenn die Vorwürfe, die der Feststellung des Sicherheitsrisikos zugrundegelegt wurden, in dem nachfolgenden Disziplinarverfahren (teilweise) nicht bestätigt werden konnten (s. II 7 und 8). Darüber hinaus lehnt er es ab, dem Geheimenschutzbeauftragten bei seiner Entscheidung einen gerichtlich nur beschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum zuzubilligen (s. II 6). Insofern ist dem Urteil zu widersprechen.

Im Ergebnis ist der Entscheidung allerdings zu folgen; vgl. III. Dieses Ergebnis wäre aber auch auf der Grundlage der ständigen Rechtsprechung möglich gewesen.

## II. Rechtsschutz gegen die Feststellung eines Sicherheitsrisikos

### 1. Anfechtungs- oder Feststellungsklage?

Zutreffend ist die Auffassung des Gerichts, dass die Feststellung eines Sicherheitsrisikos kein Verwaltungsakt ist<sup>3</sup>. Diese Frage war zwar vor In-Kraft-Treten des Sicherheitsüberprüfungsgesetzes umstritten. Insbesondere das OVG Nordrhein-Westfalen hat in mehreren Entscheidungen die Auffassung vertreten, die Ermächtigung zum Zugang zu Verschlussachen (VS) sei (jedenfalls) für Mitarbeiter eines Unternehmens ein Verwaltungsakt. Hierdurch werde der Rechtskreis der sicherheitsüberprüften Person erweitert; umgekehrt werde dieser bei deren Entzug beschränkt<sup>4</sup>. Der Entzug der Ermächtigung berühre das Grundrecht auf Freiheit der Berufsausübung (Art. 12 GG)<sup>5</sup>. Das BVerwG hat in den Revisionsentscheidungen zu diesen Urteilen aber festgestellt, dass der Schutzbereich der Berufsfreiheit des Art. 12 GG nicht berührt sei und dabei darauf abgestellt, es gehe bei der Entscheidung über die Erteilung oder den Entzug der Ermächtigung zum Zugang zu VS ausschließlich um staatliche Sicherheitsbelange<sup>6</sup>. Insofern ist diesen Entscheidungen des BVerwG die Tendenz zu entnehmen, dass es die Ermächtigung bzw. deren Entzug nicht als Verwaltungsakt ansieht. Es hat allerdings damals diese Frage ausdrücklich offen gelassen und die Anfechtungsklage zugelassen. Für die Zulässigkeit der Anfechtungsklage sei – so das BVerwG – jedoch entscheidend, dass die ursprüngliche VS-Ermächtigung als Verwaltungsakt erlassen worden und damit – als *actus-contrarius* –

1) Beschluss vom 31.3.2011 – 2 A 3.09 –, juris. In diesem Fall war der Bundesnachrichtendienst (BND) für die Sicherheitsüberprüfung zuständig, weil die Nachrichtendienste des Bundes die Sicherheitsüberprüfungen des eigenen Personals selbst durchführen (§ 3 Abs. 3 SÜG).

2) BVerwG, DokBer B 2011, 169.

3) BVerwG (Fn. 1), Rn. 14.

4) OVG NW, Urteil vom 9.2.1984 – 4 A 2361/82 – nicht veröffentlicht; OVG NW, NJW 1985, 281 (282); in den Urteilen vom 25.3.1986 – 4 A 1328/85 – nicht veröffentlicht und OVG NW, DVBl. 1987, 96, wird auf diese Urteile Bezug genommen.

5) Vgl. Nachweise Fn. 4. In dem Urteil des OVG NW vom 29.4.1993 – 4 A 2352/90 – nicht veröffentlicht, wird darauf verwiesen, auch wenn ein Eingriff in Art. 12 GG nicht vorliege, sei wegen der mit dem Entzug der Ermächtigung verbundenen Einschränkungen der Berechtigungen dennoch eine Regelung mit Außenwirkung anzunehmen.

6) BVerwG, NJW 1988, 1991 (1993); BVerwG, Urteil vom 22.12.1987 – 1 C 35.84 – nicht veröffentlicht; BVerwG, RDV 1988, 263 (264) und BVerwG, Urteil vom 22.12.1987 – 1 C 41.86 – nicht veröffentlicht.