



# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

BVerwG 2 A 3.09

Verkündet  
am 31. März 2011  
Stowasser  
Obersekretär  
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 31. März 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Herbert, den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Heitz, die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Thomsen und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Maidowski und Dr. Fleuß

für Recht erkannt:

Es wird festgestellt, dass die Entscheidung des Geheimschutzbeauftragten des Bundesnachrichtendienstes vom 20. Februar 2008 rechtswidrig ist.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

#### G r ü n d e :

##### I

- 1 Die Klägerin wendet sich gegen die Entscheidung des Geheimschutzbeauftragten des Bundesnachrichtendienstes (BND), es liege ein Sicherheitsrisiko vor, das ihre weitere Tätigkeit beim BND ausschließe.
  
- 2 Die Klägerin ist Bundesbeamtin im Amt einer Regierungsoberinspektorin (Besoldungsgruppe A 10); sie ist seit Januar 2003 beim BND tätig. Im Dezember 2007 leitete der Präsident des BND ein behördliches Disziplinarverfahren gegen die Klägerin ein, das zur Erhebung der Disziplinarklage führte. Er warf ihr vor, von März 2006 bis Oktober 2007 habe ein Arbeitskollege, der Vater ihres 2004 geborenen Sohnes, in einer Vielzahl von Fällen jeweils in Absprache mit der Klägerin deren Arbeitszeitkarte gestempelt, obwohl sie noch nicht oder nicht mehr im Dienst gewesen sei (erster Anschuldigungspunkt), sie habe von September 2005 bis Oktober 2007 in einer Vielzahl von Fällen private Abwesenheitszeiten während der Arbeitszeit pflichtwidrig nicht auf ihrer Arbeitszeitkarte dokumentiert (zweiter Anschuldigungspunkt) und von September 2007 bis Januar 2008 den ihr für dienstliche Internetrecherchen zur Verfügung gestellten

Personalcomputer pflichtwidrig für private Zwecke genutzt (dritter Anschuldigungspunkt).

- 3 Auf die Disziplinar Klage hat der Senat durch Urteil vom 27. Januar 2011 - BVerwG 2 A 5.09 - die Dienstbezüge der Klägerin des vorliegenden Verfahrens um ein Zehntel für die Dauer von zwei Jahren gekürzt. Der Senat hat den Nachweis eines schuldhaften Verhaltens der Klägerin in Bezug auf den dritten Anschuldigungspunkt nicht als erbracht angesehen. Er hat davon abgesehen, die Klägerin wegen der nachgewiesenen vorsätzlichen Pflichtenverstöße in Bezug auf den ersten und zweiten Anschuldigungspunkt in das Amt einer Regierungsinspektorin (Besoldungsgruppe A 9) zurückzustufen, weil ihr mildernde Umstände von einigem Gewicht zugute zu halten seien. Sie habe sich während der Tatzeiten in einer schwierigen Lebenssituation befunden, weil sie mit der Aufgabe, als alleinerziehende Mutter Kinderbetreuung und Beruf in Einklang zu bringen, völlig überfordert gewesen sei und ihre Dienstvorgesetzten kein Verständnis für ihre Lage aufgebracht hätten. Hinzu komme, dass der BND die mit dem Disziplinarverfahren verbundenen Belastungen unnötig erhöht habe. Er habe den Vortrag der Klägerin über ihre schwierige Lebenssituation im behördlichen Disziplinarverfahren übergangen und bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung im Disziplinar Klageverfahren an dem überzogenen Antrag festgehalten, sie aus dem Beamtenverhältnis zu entfernen.
- 4 Nach Einleitung des behördlichen Disziplinarverfahrens hat der Geheimschutzbeauftragte des BND der Klägerin durch Schreiben vom 20. Februar 2008 mit sofortiger Wirkung den Sicherheitsbescheid vom 24. Oktober 2002 und damit den Zugang zu Verschluss sachen bis einschließlich „streng geheim“ entzogen. Die zugrunde liegende Annahme, die Klägerin biete keine Gewähr für die zuverlässige Wahrnehmung sicherheitsempfindlicher Tätigkeiten, ist vor allem auf die Arbeitszeitkartenmanipulationen gestützt worden. Darüber hinaus ist der Klägerin angelastet worden, am 7. Januar 2008 den dienstlichen Personalcomputer für private Zwecke benutzt sowie mehrfach gegen die Verbote verstoßen zu haben, im Dienst ein privates Handy mitzuführen und bei Verlassen des Dienstgebäudes dienstliche Schlüssel mitzunehmen. Das Schreiben vom

20. Februar 2008 wurde der Klägerin am 21. Februar 2008 zugestellt. Eine Rechtsbehelfsbelehrung war ihm nicht beigelegt.

5 Am 27. Januar 2009 hat die Klägerin Klage gegen die Entziehung des Sicherheitsbescheides erhoben. Sie macht geltend, diese Maßnahme sei unverhältnismäßig. Sie habe sich während der Arbeitszeitkartenmanipulationen aufgrund ihrer schwierigen Lebenslage in einer psychischen Ausnahmesituation befunden. Sie habe ihr Fehlverhalten eingeräumt, bereue es und versichere, ihren Dienst künftig untadelig zu versehen.

6 Nach der Mitteilung des BND, er halte die Klage für unzulässig, weil die Klägerin nicht innerhalb eines Jahres nach Bekanntgabe des Schreibens vom 20. Februar 2008 Widerspruch eingelegt habe, hat die Klägerin dies durch Schreiben vom 24. März 2009 nachgeholt.

7 Die Klägerin beantragt,

festzustellen, dass die Entscheidung des Geheimschutzbeauftragten des Bundesnachrichtendienstes vom 20. Februar 2008 rechtswidrig ist.

8 Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

9 Sie hält die Klage für unzulässig, weil kein Widerspruchsverfahren durchgeführt worden sei. Dieser Mangel könne nach Ablauf der Jahresfrist für die Erhebung des Widerspruchs nicht mehr geheilt werden. Die Klageerhebung sei nicht geeignet, die Widerspruchsfrist zu wahren. Die Entscheidung vom 20. Februar 2008 sei rechtmäßig, weil die vorsätzlichen Pflichtenverstöße der Klägerin, die zu ihrer disziplinarrechtlichen Verurteilung geführt hätten, erhebliche Sicherheitsbedenken begründeten.

10 Wegen des weiteren Vorbringens wird auf die Gerichtsakte sowie die dem Senat vorliegenden Verwaltungsvorgänge verwiesen.

II

- 11 Der Senat entscheidet über die Klage gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 4 VwGO in erster und letzter Instanz.
- 12 1. Die Klage ist zulässig.
- 13 a. Der Betroffene kann gegen die Entscheidung, in seiner Person liege ein Sicherheitsrisiko im Sinne des § 5 Abs. 1 des Sicherheitsüberprüfungsgesetzes vom 20. April 1994 - SÜG - (BGBl I S. 867) vor, Rechtsschutz durch Erhebung einer Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO in Anspruch nehmen.
- 14 Eine Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 VwGO mit dem Ziel der Aufhebung der Entscheidung kommt nicht in Betracht, weil das Ergebnis der Sicherheitsüberprüfung keinen Verwaltungsakt darstellt. Diese Maßnahme ist nach ihrem objektiven Sinngehalt nicht auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet, wie dies die Begriffsbestimmung des § 35 Satz 1 VwVfG als Merkmal eines Verwaltungsaktes verlangt. Die Sicherheitsüberprüfung dient ausschließlich dem Zweck, den Schutz geheimhaltungsbedürftiger Umstände zu gewährleisten. Die Auswirkungen einer negativen Entscheidung für den Betroffenen sind nicht Gegenstand der Prüfung und demzufolge nicht Regelungsinhalt der abschließenden Entscheidung (vgl. unter 2.a.).
- 15 Die nachteiligen Folgen, die das negative Ergebnis der Sicherheitsüberprüfung regelmäßig für die Dienstausbildung und den beruflichen Werdegang nach sich zieht, begründen ein berechtigtes Interesse an der Feststellung, ob diese Entscheidung rechtmäßig ist (Urteil vom 15. Februar 1989 - BVerwG 6 C 2.87 - BVerwGE 81, 258 <262> = Buchholz 236.1 § 59 SG Nr. 2). Der Betroffene muss diese Entscheidung nur hinnehmen, wenn ein Sicherheitsrisiko im Sinne von § 5 Abs. 1 SÜG vorliegt. Anderenfalls hat er ein Recht auf die Feststellung, dass keine Bedenken gegen seine Verwendung für sicherheitsempfindliche Tätigkeiten bestehen. Hat die Feststellungsklage Erfolg, ist eine erneute negative Entscheidung bei gleichbleibender Sachlage ausgeschlossen (Urteil vom 15. Februar 1989 a.a.O. <262 f.>).

- 16 b. Auch die Klage eines Beamten auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Entscheidung, es liege ein Sicherheitsrisiko vor, ist ohne vorheriges Widerspruchsverfahren zulässig.
- 17 Nach § 126 Abs. 3 Satz 1 BRRG gelten für Klagen nach Absatz 1, d.h. für Klagen der Beamten aus dem Beamtenverhältnis einschließlich der Leistungs- und Feststellungsklagen die Vorschriften des 8. Abschnitts der Verwaltungsgerichtsordnung, d.h. auch die Vorschriften über das Vorverfahren. Daher muss jeder Klage eines Beamten aus dem Beamtenverhältnis ein Widerspruchsverfahren vorausgehen. Diese Vorschriften des Kapitels II des Beamtenrechtsrahmengesetzes gelten fort (§ 63 Abs. 3 Satz 2 des Beamtenstatusgesetzes - BeamtStG - vom 17. Juni 2008, BGBl I S. 1010).
- 18 Eine Klage aus dem Beamtenverhältnis im Sinne von § 126 Abs. 1 BRRG liegt vor, wenn das Klagebegehren nach beamtenrechtlichen Vorschriften oder Rechtsgrundsätzen zu beurteilen ist. Der geltend gemachte Anspruch muss seine Rechtsgrundlage im Beamtenrecht haben (Urteil vom 22. Februar 1996 - BVerwG 2 C 12.94 - BVerwGE 100, 280 <283> = Buchholz 237.6 § 86 NdsLBG Nr. 4 und Beschluss vom 27. Januar 2005 - BVerwG 2 B 94.04 - Buchholz 230 § 126 BRRG Nr. 22 S. 7).
- 19 Bei der Klage eines Beamten mit dem Ziel, die Rechtswidrigkeit des negativen Ergebnisses einer Sicherheitsüberprüfung festzustellen, handelt es sich nicht um eine Klage aus dem Beamtenverhältnis. Denn die Regelungen des Sicherheitsüberprüfungsgesetzes, nach denen dieses Klagebegehren zu beurteilen ist, gehören nicht dem Beamtenrecht an. Das Gesetz beansprucht nicht nur für Beamte Geltung, sondern sieht eine Sicherheitsüberprüfung für jede Person vor, die von einer Behörde oder einer sonstigen Stelle des Bundes mit einer sicherheitsempfindlichen Tätigkeit betraut werden soll (§ 1 Abs. 1 und 2, § 2 Abs. 1, § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SÜG). Auch dient die Sicherheitsüberprüfung ausschließlich der Gefahrenabwehr. Sie soll die Preisgabe geheimhaltungsbedürftiger Umstände verhindern.

- 20 c. Ungeachtet dessen könnte der Klägerin bei Notwendigkeit eines Widerspruchsverfahrens nicht entgegen gehalten werden, ihr Widerspruch sei wegen Versäumung der Jahresfrist gemäß § 58 Abs. 2 VwGO unzulässig.
- 21 Entgegen der Auffassung des BND finden die Vorschriften des 8. Abschnitts der Verwaltungsgerichtsordnung über den Lauf der Widerspruchsfrist (§ 70 Abs. 1 Satz 1 und § 70 Abs. 2, § 58 Abs. 2 VwGO) keine Anwendung auf Widersprüche von Beamten, die gemäß § 126 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 BRRG einer allgemeinen Leistungsklage oder einer Feststellungsklage aus dem Beamtenverhältnis vorgeschaltet sind. Denn der Lauf dieser Fristen wird nur durch die Bekanntgabe eines Verwaltungsakts in Gang gesetzt. Daher kann ein sog. Feststellungswiderspruch nur dann als verspätet verworfen werden, wenn der Beamte bei der Erhebung die Widerspruchsbefugnis verwirkt hat. Dies ist anzunehmen, wenn er innerhalb eines längeren Zeitraums unter Verhältnissen untätig geblieben ist, unter denen bei vernünftiger Betrachtung etwas zur Wahrung der Rechtsstellung unternommen zu werden pflegt. Die Jahresfrist des § 58 Abs. 2 VwGO bietet hierfür eine zeitliche Orientierung, ihre Einhaltung stellt aber keine Voraussetzung für die Zulässigkeit des Widerspruchs dar (Urteil vom 13. November 1975 - BVerwG 2 C 16.72 - BVerwGE 49, 351 <357 f.> = Buchholz 237.1 Art. 118 BayBG Nr. 1).
- 22 Danach wäre der Widerspruch der Klägerin nicht verwirkt gewesen. Durch die Klageerhebung innerhalb eines Jahres nach Bekanntgabe der Entscheidung vom 20. Februar 2008 hat die Klägerin gegenüber dem BND rechtzeitig zu erkennen gegeben, dass sie diese Maßnahme nicht hinnehmen will. Sie ist ersichtlich davon ausgegangen, dass es nicht erforderlich war, zunächst Widerspruch einzulegen. Darüber musste sich auch der BND bei verständiger Würdigung des klägerischen Vorgehens im Klaren sein. Nichtsdestotrotz hat er der Klägerin seine Rechtsauffassung, die Zulässigkeit des Widerspruchs hänge von der Einhaltung der Jahresfrist des § 58 Abs. 2 VwGO ab, bis zu deren Ablauf nicht mitgeteilt. Vielmehr hat er danach geltend gemacht, die Klage sei nunmehr unzulässig geworden. Dieses Verhalten genügt den Anforderungen nicht, die die Fürsorgepflicht an den Dienstherrn stellt.

- 23 2. Die Klage ist auch begründet. Die Entscheidung des Geheimschutzbeauftragten des BND vom 20. Februar 2008, die Wahrnehmung einer sicherheitsempfindlichen Tätigkeit durch die Klägerin stelle ein Sicherheitsrisiko dar, ist jedenfalls durch das Disziplinarurteil des Senats vom 27. Januar 2011 - BVerwG 2 A 5.09 - rechtswidrig geworden.
- 24 a. Das Sicherheitsüberprüfungsgesetz regelt die Voraussetzungen und das Verfahren zur Überprüfung einer Person, die mit einer sicherheitsempfindlichen Tätigkeit betraut werden soll oder bereits betraut worden ist (§ 1 Abs. 1 SÜG). Eine sicherheitsempfindliche Tätigkeit übt aus, wer entweder Zugang zu den in § 1 Abs. 2 Nr. 1 und 2 SÜG aufgeführten Verschlussachen hat oder ihn sich verschaffen kann oder in einer Behörde oder sonstigen öffentlichen Stelle des Bundes oder in einem Teil von ihr tätig ist, die nach Maßgabe des § 1 Abs. 2 Nr. 3 SÜG zum Sicherheitsbereich erklärt worden ist. Hierzu zählt der BND, sodass jede Tätigkeit im Dienst dieser Behörde als sicherheitsempfindlich gilt.
- 25 Tätigkeiten, die von § 1 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 SÜG erfasst werden, dürfen nur Personen übertragen werden, deren vorherige Sicherheitsüberprüfung nach Maßgabe der §§ 7 f. SÜG ein positives Ergebnis erbracht hat. Die Prüfung endet mit der Entscheidung, ob ein Sicherheitsrisiko vorliegt, das einer sicherheitsempfindlichen Tätigkeit des Betroffenen entgegensteht (§ 14 Abs. 3 Satz 1 SÜG). Eine negative Entscheidung ist ihm mitzuteilen (§ 14 Abs. 4 SÜG). Werden sicherheitserhebliche Erkenntnisse über eine positiv überprüfte Person nachträglich bekannt oder erweisen sich Erkenntnisse als unrichtig, so ist aufgrund einer Wiederholungsüberprüfung eine neue Entscheidung über das Bestehen eines Sicherheitsrisikos zu treffen (vgl. § 16 Abs. 1 und 2 SÜG).
- 26 Ist eine Behörde umfassend zum Sicherheitsbereich erklärt, wie dies beim BND der Fall ist, können Personen bei negativem Ergebnis der Sicherheitsüberprüfung dort nicht eingesetzt werden. Ein dort tätiger Beamter muss dann in einen Verwaltungsbereich versetzt werden, bei dem Tätigkeiten ohne Sicherheitsüberprüfung möglich sind.



- 27 b. Den materiellen Maßstab für die Sicherheitsüberprüfung gibt § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 SÜG vor. Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SÜG liegt ein Sicherheitsrisiko vor, wenn tatsächliche Anhaltspunkte Zweifel an der Zuverlässigkeit des Betroffenen bei der Wahrnehmung einer sicherheitsempfindlichen Tätigkeit begründen. Danach hat die zuständige Stelle eine Prognose darüber zu treffen, ob die überprüfte Person geheimhaltungsbedürftige Umstände an Unbefugte preisgeben könnte.
- 28 Eine negative Prognose kann nur auf feststehende Tatsachen gestützt werden. Belastende Tatsachenbehauptungen, deren Richtigkeit nicht erwiesen ist, können nicht herangezogen werden, um ein Sicherheitsrisiko im Sinne von § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SÜG zu begründen. Ein derartiges Risiko ist bereits dann anzunehmen, wenn die verständige Würdigung der feststehenden Tatsachen ernstliche Zweifel daran ergibt, dass der Betroffene die Pflicht zur Geheimhaltung strikt beachten würde. Demnach führt die Sicherheitsüberprüfung zu einem positiven Ergebnis, wenn der Betroffene Gewähr für die Beachtung der Geheimhaltungsregeln bietet (stRspr; vgl. nur Urteil vom 15. Februar 1989 a.a.O. <263 f.>; Beschluss vom 11. März 2008 - BVerwG 1 WB 37.07 - BVerwGE 130, 291 = Buchholz 402.8 § 14 SÜG Nr. 14 <jeweils Rn. 23 f.>).
- 29 Eine Abwägung mit schutzwürdigen Belangen der überprüften Personen sieht das Regelungsprogramm des Sicherheitsüberprüfungsgesetzes nicht vor. Daher dürfen die Folgen eines negativen Ergebnisses nicht in die Entscheidungsfindung einbezogen werden. Sie bleiben bei der Beurteilung, ob ein Sicherheitsrisiko vorliegt, außer Betracht. Dies betrifft vor allem Einschränkungen der dienstlichen Verwendbarkeit und die sich daraus ergebenden Nachteile für das berufliche Fortkommen sowie Auswirkungen einer notwendig werdenden Versetzung oder Umsetzung auf die private Lebensführung.
- 30 Eine disziplinarrechtlich bedeutsame Verletzung von Dienstpflichten, die keinen inhaltlichen Bezug zu Geheimhaltungsregeln aufweisen, rechtfertigt nicht ohne Weiteres den Schluss, der Beamte stelle ein Sicherheitsrisiko im Sinne von § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SÜG dar. Die Sicherheitsüberprüfung dient der Wahrung der Geheimhaltung; sie soll die Preisgabe geheimhaltungsbedürftiger Umstän-

de verhindern. Daher bedarf die Besorgnis, der Beamte werde womöglich geheimhaltungsbedürftige Umstände preisgeben, bei einem Fehlverhalten, das damit nicht in Zusammenhang steht, der besonderen Begründung. Ob ein derartiges Fehlverhalten die Prognose zulässt, an der zuverlässigen Einhaltung der Geheimhaltungsregeln bestünden ernstliche Zweifel, kann nur aufgrund einer prognostischen Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalles beurteilt werden. Dabei sind die Bedeutung der verletzten Dienstpflicht für die Dienstausübung, Dauer und Häufigkeit des Fehlverhaltens sowie dessen Auswirkungen, etwa die Höhe des entstandenen Vermögensschadens, ebenso in die Überlegungen einzubeziehen wie die Persönlichkeit des Beamten, dessen dienstliche Stellung und der Inhalt der sicherheitsempfindlichen Tätigkeit. Ein Sicherheitsrisiko liegt vor, wenn die Gesamtwürdigung den Schluss zulässt, der Beamte biete nicht unter allen Umständen Gewähr für die Beachtung ihm obliegender Dienstpflichten. Eine derartige generell ungünstige Prognose erstreckt sich auch auf die Pflicht zur Geheimhaltung. Sie wird umso eher gerechtfertigt sein, je gravierender die Pflichtenverstöße nach Schwere, Auswirkungen und dienstlicher Stellung zu Buche schlagen und je bedeutsamer die Beachtung der Geheimhaltungsregeln nach dienstlicher Stellung und Tätigkeitsbereich des Betroffenen ist.

- 31 Davon unabhängig liegt ein Sicherheitsrisiko nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SÜG vor, wenn tatsächliche Anhaltspunkte eine besondere Gefährdung durch Anbahnungs- und Werbungsversuche fremder Geheimdienste, insbesondere die Besorgnis der Erpressbarkeit, begründen. Der Betroffene muss als Angriffsobjekt fremder Dienste in Frage kommen, weil er zur Verletzung der Verschwiegenheitspflicht genötigt werden kann (Urteil vom 15. Februar 1989 a.a.O. <263 f.>). Allerdings wird ein derartiges Risiko in aller Regel nicht mehr bestehen, wenn das zugrunde liegende Fehlverhalten - wie im vorliegenden Fall - dem Dienstherrn vollständig bekannt, insbesondere disziplinarrechtlich geahndet worden ist.
- 32 c. Die Entscheidung, ob ein Sicherheitsrisiko im Sinne des § 5 Abs. 1 SÜG vorliegt, stellt eine Maßnahme dar, von der dauerhaft rechtliche Wirkungen ausgehen. Dies folgt aus dem Zweck der Sicherheitsüberprüfung als Mittel der vor-

beugenden Gefahrenabwehr, der insbesondere in der Regelung des § 16 SÜG über behördliche Unterrichtungspflichten zum Ausdruck kommt. Danach ist eine Wiederholungsüberprüfung stets dann geboten, wenn sich nachträglich Anhaltspunkte dafür ergeben, dass sich die sicherheitserhebliche Tatsachengrundlage geändert hat oder bislang unrichtig bewertet worden ist. Daher muss die Prognose, wie sich der Betroffene bei Ausübung einer sicherheitsempfindlichen Tätigkeit verhalten würde, stets den jeweils aktuellen sicherheitserheblichen Erkenntnissen angepasst werden.

- 33 Eine erneute Prüfung wird erforderlich, wenn ein Sicherheitsrisiko im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SÜG aufgrund eines Fehlverhaltens ohne inhaltlichen Bezug zu Geheimhaltungsregeln angenommen worden ist, aufgrund dessen das Verwaltungsgericht später rechtskräftig eine pflichtenmahnende Disziplinarmaßnahme verhängt oder bestätigt hat. Einem derartigen Ausspruch liegt zwangsläufig die prognostische Gesamtwürdigung nach § 13 Abs. 1 Satz 2 bis 4 BDG zugrunde, der Beamte werde die Maßregelung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zum Anlass nehmen, sich künftig generell pflichtgemäß zu verhalten (Urteile vom 20. Oktober 2005 - BVerwG 2 C 12.04 - BVerwGE 124, 252 <260> = Buchholz 235.1 § 13 BDG Nr. 1 Rn. 26; vom 3. Mai 2007 - BVerwG 2 C 9.06 - Buchholz 235.1 § 13 BDG Nr. 3 Rn. 18 und vom 27. Januar 2011 - BVerwG 2 A 5.09 - Rn. 33 <zur Veröffentlichung in der Entscheidungssammlung Buchholz vorgesehen>).
- 34 Von einer derartigen disziplinarrechtlichen Prognose geht zwar keine rechtliche Bindungswirkung für die nach einem anderen Maßstab zu treffende Prognose nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SÜG aus. Die dem Urteilsausspruch zugrunde liegenden Sachverhaltsfeststellungen und -würdigungen stellen aber neue sicherheitserhebliche Erkenntnisse im Sinne des § 5 Abs. 2 SÜG dar, die nicht in das negative Ergebnis der Sicherheitsüberprüfung eingeflossen sind. Da dieses Ergebnis dauerhaft Rechtswirkung entfaltet, kann es nicht unverändert Bestand haben. Vielmehr muss die zuständige Stelle auf der Grundlage der Erkenntnisse des Verwaltungsgerichts eine neue sicherheitsrechtliche Beurteilung vornehmen. Sie muss ihre nunmehr überholte sicherheitsrechtliche Prognose im Hinblick auf die positive disziplinarrechtliche Prognose des Verwaltungsgerichts

überdenken. Dies erfordert eine Auseinandersetzung mit den tragenden tatsächlichen Feststellungen und der rechtlichen Würdigung des Verwaltungsgerichts. Die zuständige Stelle muss sich darüber klar werden, welche Bedeutung diesen Erwägungen für die Prognose gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SÜG zukommt.

- 35 Dabei reicht es nicht aus, wenn die zuständige Stelle erklärt, sie halte in Ansehung der Gründe des Disziplinarurteils daran fest, dass ein Sicherheitsrisiko vorliege. Hat etwa das Verwaltungsgericht den Beamten von einem Vorwurf freigestellt, auf die die Annahme eines Sicherheitsrisikos gestützt ist, weil es den Nachweis eines schuldhaften Pflichtenverstößes nicht als erbracht angesehen hat, so darf die zuständige Stelle hiervon nur aufgrund einer eigenverantwortlichen Beweiswürdigung abweichen. Dies setzt in vielen Fällen eine eigene Beweisaufnahme voraus.
- 36 d. Der zuständigen Stelle steht bei der Entscheidung, ob ein Sicherheitsrisiko gemäß § 5 Abs. 1 SÜG vorliegt, kein Beurteilungsspielraum zu. Vielmehr unterliegt die Entscheidung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht der inhaltlich uneingeschränkten Nachprüfung durch die Verwaltungsgerichte. Die Gerichte sind weder an den von der Behörde festgestellten Sachverhalt noch an deren Prognose gebunden. Dies folgt aus dem Gebot des wirkungsvollen gerichtlichen Rechtsschutzes gemäß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG.
- 37 Dieses Grundrecht überträgt den Gerichten bei der Rechtmäßigkeitskontrolle behördlicher Entscheidungen regelmäßig die Letztentscheidungsbefugnis für die Auslegung und Anwendung der maßgebenden Rechtsnormen sowie für die Feststellung und Würdigung des im Einzelfall entscheidungserheblichen Sachverhalts. Ein Beurteilungsspielraum der Verwaltung mit der Folge einer nur eingeschränkten gerichtlichen Kontrolldichte muss im Gesetz angelegt sein und der besonderen Komplexität oder Dynamik der geregelten Materie Rechnung tragen. Es reicht nicht aus, dass eine rechtliche Würdigung auf der Grundlage eines komplexen Sachverhalts, etwa aufgrund unübersichtlicher und sich häufig ändernder Verhältnisse, zu treffen ist. Hinzu kommen muss, dass die Gerichte bei der Aufgabe, die entscheidungserheblichen tatsächlichen Umstände eigen-

verantwortlich festzustellen und rechtlich zu bewerten, auch dann an Grenzen stoßen, wenn sie im gebotenen Umfang auf die Sachkunde der Verwaltung zurückgreifen oder sich auf andere Weise sachverständiger Hilfe bedienen (stRspr; vgl. zuletzt Urteil vom 28. Mai 2009 - BVerwG 2 C 33.08 - BVerwGE 134, 108 = Buchholz 240 § 58a BBesG Nr. 2 <jeweils Rn. 11> m.w.N. zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts).

- 38 Diese Voraussetzungen für die Anerkennung eines Beurteilungsspielraums sind bei Entscheidungen nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SÜG nicht erfüllt (vgl. aber Beschlüsse vom 11. März 2008 - BVerwG 1 WB 37.07 - BVerwGE 130, 291 = Buchholz 402.8 § 14 SÜG Nr. 14 <jeweils Rn. 24> und vom 1. Februar 2011 - BVerwG 1 WB 40.10 - Rn. 21). Wie dargelegt erfordert die Beurteilung, ob ein Sicherheitsrisiko vorliegt, entsprechend dem Regelungszweck eine Prognose des künftigen Verhaltens der überprüften Person bei (weiterer) Ausübung einer sicherheitsempfindlichen Tätigkeit. Es kommt darauf an, ob aufgrund der feststehenden Tatsachen auf ernstliche Zweifel an der Beachtung der Geheimhaltungspflicht geschlossen werden kann. Für derartige Gefahrenprognosen im Bereich des Ordnungsrechts, bei denen die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts im weiteren Verlauf zu beurteilen ist, wird ein behördlicher Beurteilungsspielraum im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG allgemein nicht anerkannt (vgl. Wolff, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Auflage, § 114 Rn. 318; Rachor, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, K 151 ff. m.N. zur Rechtsprechung).
- 39 e. Nach alledem hat die Feststellungsklage schon deshalb Erfolg, weil die Entscheidung des Geheimschutzbeauftragten des BND vom 20. Februar 2008 als Maßnahme mit Dauerwirkung aufgrund des Disziplinarurteils vom 27. Januar 2011 - BVerwG 2 A 5.09 - überholt und daher nachträglich rechtswidrig geworden ist. Der Senat hat die Arbeitszeitkartenmanipulationen der Klägerin, auf die die Entscheidung hauptsächlich gestützt ist, durch eine Kürzung der Dienstbezüge geahndet. Dieser pflichtenmahnenden Disziplinarmaßnahme liegt zwangsläufig eine noch positive Prognose über das künftige dienstliche Verhalten der Klägerin zugrunde. Wie dargelegt hat ihr rechtskräftiger Ausspruch den sicherheitserheblichen Erkenntnisstand verändert, sodass eine neue Beurtei-

lung des Sicherheitsrisikos im Sinne von § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SÜG erforderlich ist. Daher ist die Erklärung des BND in dem Schriftsatz vom 15. März 2011, man halte an der sicherheitsrechtlichen Prognose fest, rechtlich nicht haltbar. Vielmehr hätte der Geheimschutzbeauftragte des BND das Disziplinarurteil zum Anlass nehmen müssen, die Entscheidung vom 20. Februar 2008 aufzuheben und eine erneute Wiederholungsüberprüfung der Klägerin vorzunehmen. Für diese Prüfung weist der Senat vorsorglich auf Folgendes hin:

- 40 Der Geheimschutzbeauftragte darf sich nicht ohne eigene Sachverhaltsaufklärung durch eine erschöpfende Beweisaufnahme unter Beachtung des Rechts der Klägerin auf Beweisteilnahme über die Würdigung des Senats hinwegsetzen, der Klägerin könne die schuldhaft unbefugte Nutzung des dienstlichen Personalcomputers zu privaten Zwecken nicht nachgewiesen werden.
- 41 Die nachgewiesenen Arbeitszeitkartenmanipulationen der Klägerin lassen für sich genommen noch nicht den Schluss zu, es bestünden dauerhafte, nicht auszuräumende Zweifel an ihrer sicherheitsrechtlichen Zuverlässigkeit. Diese Pflichtenverstöße weisen keinen Bezug zu geheimhaltungsbedürftigen Umständen auf. Vor allem aber ist das Fehlverhalten der Klägerin nach den Feststellungen in dem Urteil vom 27. Januar 2011 - BVerwG 2 A 5.09 - im Wesentlichen darauf zurückzuführen, dass sie als alleinstehende Mutter mit der Bewältigung von Kinderbetreuung und Beruf überfordert war. Daraus folgt, dass die Dienstpflichtverletzungen trotz ihrer Dauer und Häufigkeit nicht den vom Geheimschutzbeauftragten des BND gezogenen Schluss tragen, die Klägerin sei auch künftig in Konfliktsituationen generell bereit, dienstliche Bestimmungen oder gar die Rechtsordnung insgesamt zu missachten.
- 42 Das unbefugte Mitführen des Handys und die Mitnahme dienstlicher Schlüssel erreichen auch in der Gesamtheit schwerlich das Gewicht, um daraus ein Sicherheitsrisiko im Sinne von § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SÜG herleiten zu können. Darüber hinaus kann der Senat diese Vorwürfe nicht nachvollziehen, weil sie in den Gründen der Entscheidung vom 20. Februar 2008 völlig pauschal gehalten sind.

- 43 3. Die Rechtsauffassungen des Senats zur gerichtlichen Nachprüfung von Entscheidungen nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SÜG und zur Auslegung dieser Regelung begründen keine Abweichung im Sinne von § 11 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 VwGO von der Rechtsprechung des 1. Wehrdienstsenats des Bundesverwaltungsgerichts. Die Klage hat bereits deshalb Erfolg, weil die zur Überprüfung stehende Entscheidung des Geheimschutzbeauftragten des BND vom 20. Februar 2008 bereits aufgrund des Disziplinarurteils vom 27. Januar 2011 - BVerwG 2 A 5.09 - rechtswidrig geworden ist. Diese rechtliche Erwägung trägt den Urteilsausspruch selbstständig, sodass es auf die Auffassung des Senats zu den genannten Rechtsfragen nicht entscheidungserheblich ankommt (vgl. Urteile vom 29. August 1963 - BVerwG 8 C 79.62 - BVerwGE 16, 273 <276 f.> = Buchholz 310 § 134 VwGO Nr. 6; vom 6. Februar 1975 - BVerwG 2 C 68.73 - BVerwGE 47, 330 <363 f.> = Buchholz 232 § 7 BBG Nr. 3 und vom 31. Oktober 1990 - BVerwG 4 C 7.88 - BVerwGE 87, 62 <66 f.> = Buchholz 406.401 § 29 BNatSchG Nr. 2).
- 44 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Aufwendungen der Klägerin für ein Vorverfahren sind nicht erstattungsfähig, weil sie für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung nicht notwendig waren (§ 162 Abs. 1 VwGO). Wie unter 1. dargelegt, hat die Klägerin ohne vorheriges Vorverfahren Feststellungsklage erheben können.

Herbert

Dr. Heitz

Ri'inBVerwG Thomsen  
ist wegen Urlaubs verhin-  
dert zu unterschreiben.  
Herbert

Dr. Maidowski

Dr. Fleuß

Sachgebiet:	BVerwGE:	nein
Sicherheitsüberprüfungsrecht	Fachpresse:	ja

Rechtsquellen:

VwGO	§ 43
SÜG	§ 1 Abs. 1 und 2, § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2, §§ 14, 16

Stichworte:

Feststellungsklage; berechtigtes Interesse; sicherheitsempfindliche Tätigkeit; BND als Sicherheitsbereich; Sicherheitsüberprüfung; Sicherheitsrisiko; Zweifel an der Beachtung der Geheimhaltungspflicht; Gefahrenabwehr; sicherheitsrechtliche Gefahrenprognose; neue sicherheitserhebliche Erkenntnisse aufgrund eines Disziplinarurteils; disziplinarrechtliche Prognose; Überdenken der sicherheitsrechtlichen Beurteilung; Beurteilungsspielraum für die sicherheitsrechtliche Prognose.

Leitsatz:

Ob Dienstpflichtverletzungen ohne Bezug zu Regeln der Geheimhaltung ein Sicherheitsrisiko im Sinne von § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SÜG begründen, ist aufgrund einer prognostischen Gesamtwürdigung des Fehlverhaltens und der Begleitumstände zu entscheiden.

Die negative sicherheitsrechtliche Prognose nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SÜG muss überdacht werden, wenn das Verwaltungsgericht wegen des zugrunde liegenden Fehlverhaltens ohne Bezug zu Regeln der Geheimhaltung rechtskräftig eine pflichtenmahnende Disziplinarmaßnahme verhängt oder bestätigt hat.

Urteil des 2. Senats vom 31. März 2011 - BVerwG 2 A 3.09