

Arbeitsrecht unter Sicherheitsvorbehalt?

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

I. Das traditionelle Arbeitsrecht als Bezugspunkt

Im beginnenden Kapitalismus regelten sich Löhne und Arbeitsbedingungen grundsätzlich über den Markt. Unternehmer und abhängig Beschäftigte schlossen einen zivilrechtlichen Vertrag. Die „Dienstmiete“ wurde wie jeder andere Warenkauf behandelt, ohne dass man darauf geachtet hätte, dass es die Ware Arbeitskraft nur in „Behältern aus Fleisch und Blut“ gibt.¹ Die Bedingungen dieses Vertrages konnten „frei“ ausgehandelt werden, so dass der Unternehmer seine ganze Überlegenheit ausspielen und den Vertragsinhalt faktisch diktieren konnte. Angesichts eines Überangebots an Arbeitskräften, das insbesondere Folge der „Bauernbefreiung“ war, kam es zu unmenschlichen Arbeitsbedingungen bis hin zu verbreiteter Kinderarbeit, überlangen Arbeitszeiten und Hungerlöhnen.

An diesem Zustand änderte sich erst etwas, als sich die abhängig Beschäftigten zu einzelnen spontanen Kampffaktionen und später zu festeren gewerkschaftlichen Organisationen zusammenschlossen. Diese Gegenwehr gegen schrankenlose Ausbeutung fand ihren Niederschlag in zwei Veränderungen des Rechtssystems.

- Der Arbeitsvertrag wurde durch den von der Gewerkschaft ausgehandelten Tarifvertrag überlagert, der einen Mindeststandard an Lohn und Arbeitsbedingungen garantierte. Weiter schränkten betriebliche Interessenvertretungen die freie Disposition des Arbeitgebers über Arbeitsabläufe und Arbeitsplätze ein; seit dem Jahre 1920 kann er bestimmte Entscheidungen nur noch mit Zustimmung des von den

¹ Bildhaft *Sinzheimer*, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Frankfurt/Main 1976, Band 1, S. 100: „Das Recht machte keinen Unterschied, ob ein Pferd oder ein Mensch vermietet war.“

Beschäftigten gewählten Betriebsrats treffen. Innerhalb gewisser Grenzen besitzen die Arbeitnehmer so das Recht, ihre Interessen selbst wahrzunehmen und die Arbeitgeberseite zu Konzessionen zu zwingen. Hugo Sinzheimer sprach insoweit von „Arbeitsfreiheitsgesetzgebung“.²

- Neben dieses Recht zur Selbsthilfe tritt das staatliche Arbeitnehmerschutzrecht, das von sich aus einen bestimmten Mindeststandard für die Arbeitsbedingungen festlegt. Prominente Beispiele für diese „Arbeiterschutzgesetzgebung“³ sind etwa Arbeitszeit- und Urlaubsrecht sowie die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Soweit die kollektive Interessenvertretung versagt, kann ein zusätzliches staatlichen Eingreifen erforderlich werden, was die aktuelle Diskussion um den Mindestlohn zeigt.

Kollektive Interessenvertretung und staatliche Vorschriften haben zu bestimmten Schutznormen geführt, die heute den Rang „kultureller Selbstverständlichkeiten“ besitzen. Dies gilt etwa für die Trennung von Arbeit und Freizeit; wie der Arbeitnehmer sein Wochenende verbringt und mit wem er Umgang pflegt, ist seine rein persönliche Angelegenheit. Auch das Engagement in politischen Parteien und Gewerkschaften ist Sache des Einzelnen. Nur in Fällen, in denen das Verhalten in der Freizeit das Arbeitsverhältnis konkret berührt, wird eine (inhaltlich nicht genau bestimmte) Ausnahme gemacht.⁴ Dass jemand gekündigt oder gar strafrechtlich verfolgt wird, weil er „übel beleumundete Kneipen“ aufsucht, erscheint als Kuriosum aus einer längst überwundenen Vergangenheit.

Der Arbeitnehmer bleibt auch während der Arbeit Grundrechtsträger, kann sich also beispielsweise auf die Gewissens- und die Meinungsfreiheit berufen. Hierin liegt ein entscheidender Unterschied zum US-amerikanischen Recht, das die Freiheitsrechte auf das Bürger-Staat-

² Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Band 1, S. 102/103.

³ Sinzheimer, aaO.

⁴ Überblick bei Däubler, Arbeitsrecht 2, 12. Aufl., Reinbek 2009, Rn 559 ff.

Verhältnis beschränkt.⁵ Besondere Bedeutung haben Gleichheitsrechte, insbesondere Diskriminierungsverbote gewonnen.

Das Arbeitsverhältnis ist mit einem gewissen Bestandsschutz ausgestattet. Wer sich keine Pflichtverletzungen zuschulden kommen lässt und auch seine Arbeitsfähigkeit behält, kann nur aus betriebsbedingten Gründen gekündigt werden. Dass dieser Fall eintritt, ist nie auszuschließen, doch wird er mit wachsender Dauer der Betriebszugehörigkeit immer unwahrscheinlicher: Kommt es zu einem Personalabbau, bleibt nach den Grundsätzen über die soziale Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG grundsätzlich derjenige im Betrieb, der ein höheres Lebensalter und zugleich eine längere Betriebszugehörigkeit besitzt.

Für viele Beschäftigte gewinnt das Arbeitsrecht eine hohe Wertigkeit; man identifiziert sich mit ihm und sieht auch deshalb wenig Grund, sich im Ausland nach besseren Regelungen umzusehen. Wer in prekären Beschäftigungsverhältnissen arbeitet, könnte dies zwar anders beurteilen, doch kann sich diese Minderheit nur wenig artikulieren. In der Öffentlichkeit wie in den Betrieben dominiert das hier skizzierte Bild des Arbeitsrechts.

Die „heile Welt“ sieht sich jedoch nicht nur durch „atypische“ Beschäftigte, Scheinselbständige und Ein-Euro-Kräfte in Frage gestellt. In immer weiteren Bereichen existieren vielmehr verbindliche staatliche Vorgaben, die weder (kollektiv-) vertraglich noch durch Mitbestimmung verändert werden können. Sie haben Vorrang vor den Institutionen des Arbeitsrechts und verlangen Gehorsam auch in der Freizeit. Dem Betroffenen steht Rechtsschutz zu, weil sich Art. 19 Abs. 4 GG nicht wegdefinieren lässt, doch ist dieser in mancherlei Hinsicht „ausgedünnt“ und wenig effektiv. Die hoheitliche Hand legt sich fast unbemerkt über die Arbeitsbeziehungen. Betroffen scheinen zunächst nur kleine Gruppen zu

⁵ *Finkin*, Menschenbild: The Conception of the Employee as a Person in Western Law, *Comparative Labor Law & Policy Journal* 23 (2004) p. 577 ff.

sein, doch machen diese in ihrer Summe schon heute einen beträchtlichen Teil der abhängig Beschäftigten aus. Um was geht es konkret?

Hoheitliche Vorgaben finden sich insbesondere bei gefährlichen Technologien, wofür Kernkraftwerke und andere Nuklearanlagen das wichtigste Beispiel sind. Das dort sowie im Luftverkehr geltende „Sonderarbeitsrecht“ soll uns als erstes beschäftigen (unten II). Anschließend geht es um „gefährliche Dienstleistungen“, die insbesondere im Bankensektor mit einem vergleichbaren Rahmen versehen werden (unten III). Bestimmte Bereiche können „sicherheitsempfindlich“ sein, was oft auf politischen Erwägungen beruht und weit über den Bereich des Militärischen und der Geheimdienste hinausführen kann (unten IV). Auch soweit keine besondere „Sensibilität“ der Arbeitsaufgaben besteht, kann es hoheitliche Anforderungen geben, die bestimmte Personengruppen von zahlreichen oder allen Tätigkeiten ausschließen. Der Umgang mit Kommunisten insbesondere in den Jahren 1949 bis 1968 sowie bestimmte Formen der Terrorismusbekämpfung in der Gegenwart können hier als Beispiele dienen (unten V).

II. Sonderarbeitsrecht bei gefährlichen Technologien

1. Kerntechnische Anlagen

a) Reglementierung

Wer in einem Kernkraftwerk oder einer Forschungseinrichtung arbeitet, die in erheblichem Umfang mit spaltbarem Material zu tun hat, sieht sich einer Unzahl von Vorschriften gegenüber, die (verständlicherweise) Gefahren von den Beschäftigten, insbesondere aber von der Allgemeinheit abwenden wollen. Abgesehen von Generalklauseln im Atomgesetz⁶ und einigen

⁶ Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz) vom 23. Dezember 1959 in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 1985 (BGBl. I S. 1565), zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes vom 8. November 2011 (BGBl. I S. 2178).

Regelungen in der Strahlenschutzverordnung⁷ dominieren ausschließlich Verwaltungsvorschriften⁸ sowie „Regeln der Technik“, die insbesondere vom Kerntechnischen Ausschuss (KTA) beim Bundesumweltministerium erstellt und weiterentwickelt werden.⁹ Die Exekutive wird zum eigentlichen Normgeber.¹⁰ Dies führt zu einer weitgehenden Vorprogrammierung des Arbeitsverhaltens und einer zunehmend perfekten Überwachung.¹¹

Besonders fühlbar ist im Alltag der sog. Objektschutz.¹² Konkret bedeutet dies etwa, dass der Einzelne hinter scheinwerferbestrahlten Mauern mit Stacheldraht zu arbeiten hat, dass er sich aber darüber hinaus rigiden Zugangs- und Abgangskontrollen ausgesetzt sieht. Existieren in der fraglichen Anlage verschiedene Sicherheitsbereiche, wird auch das Überschreiten der internen „Grenzen“ erfasst, was unschwer zu einem „Bewegungsprofil“ verarbeitet werden kann. Maßnahmen dieser Art führen bei den Betroffenen oft zu einem hohen Maß an Erbitterung: Obwohl sie u. U. schon zehn oder fünfzehn Jahre ihre Arbeit korrekt erfüllen (und sich in ihrer persönlichen Umgebung außerhalb der Anlage viele unfreundliche Kommentare anhören mussten), werden sie nun wie ein potentieller Straftäter behandelt, den man von Sabotageakten und der Entwendung von nuklearem Material abhalten will.¹³ Auch wird es als wenig angenehm empfunden, dass man rund um die Uhr von Videokameras beobachtet wird und dass – viel gravierender – der Werkschutz mit Schusswaffen ausgerüstet ist.

⁷ Verordnung über den Schutz vor Schäden durch ionisierende Strahlen (Strahlenschutzverordnung – StrlSchV) vom 20. Juli 2001 (BGBl. I S. 1714, 2002 I S. 1459), zuletzt geändert durch Art. 1 der Verordnung vom 4. Oktober 2011 (BGBl. I S. 2000).

⁸ S. etwa das 292 Seiten umfassende Handbuch „Sicherheitskriterien für Kernkraftwerke“ Revision D, April 2009, abrufbar unter www.bmu.de (20.2.2012).

⁹ Überblick unter www.bmu.de (20.2.2012).

¹⁰ Eingehender Überblick bei *Nolte*, Rechtliche Anforderungen an die technische Sicherheit von Kernanlagen. Zur Konkretisierung des § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtomG, Berlin 1984, S. 85 ff.

¹¹ *Simitis/Rydzzy*, Von der Mitbestimmung zur staatlichen Administration: Arbeitsbedingungen bei riskanten Technologien. Eine Studie am Beispiel der Nuklearindustrie, Baden-Baden 1984, S. 10.

¹² Dazu *Ziegler* NZA 1987, 224 und NZA 1989, 498.

¹³ Der Verfasser hat in den 1980-er und 1990-er Jahren zahlreiche Betriebsräte aus kerntechnischen Anlagen beraten; die dabei gewonnenen Eindrücke und Erfahrungen sind nirgends dokumentiert, gehen aber in den vorliegenden Beitrag ein.

Nicht weniger bedeutsam sind die strengen Kriterien, wie die Beschäftigten ausgewählt und wie über ihre Weiterbeschäftigung entschieden wird. Die für die einzelnen Funktionen erforderliche Fachkunde ist in der „Richtlinie für den Fachkundenachweis von Kernkraftwerkspersonal“ vom 14. April 1993 niedergelegt.¹⁴ Werden die Anforderungen verschärft, so kann dies zu personenbedingten Kündigungen führen. Dies gewann etwa in den 1980-er Jahren praktische Bedeutung, als von Reaktorfahrern und anderem leitendem Schichtpersonal ein Hochschulabschluss verlangt wurde – nur durch gemeinsame Intervention von Arbeitgebern und Betriebsräten gelang es, unter Hinweis auf Art. 12 Abs. 1 GG langjährig Beschäftigte von dieser Regelung auszunehmen.¹⁵ Zur Erhaltung der Fachkunde werden im Übrigen regelmäßige Fortbildungsprogramme durchgeführt.¹⁶

Zur fachlichen tritt die medizinische und psychologische Überwachung.¹⁷ Dazu kommt die Überprüfung der „sozialen Verlässlichkeit“, also die Ermittlung von Gefahren, die sich aus der politischen und sonstigen Einstellung von Arbeitnehmern ergeben könnten.¹⁸ Regelungen dazu finden sich in § 12b AtomG. Außerdem handelt es sich bei den kerntechnischen Anlagen um sog. lebenswichtige Einrichtungen; die dort Beschäftigten können nach dem Sicherheitsüberprüfungsgesetz¹⁹ einer Sicherheitsüberprüfung unterzogen werden, die nach § 12 Abs. 3 des Gesetzes auch zu einer Befragung von „geeigneten Auskunftspersonen“ über „tatsächliche Anhaltspunkte“ führen kann, die auf ein Sicherheitsrisiko schließen lassen.

b) Kollision mit arbeitsrechtlichen Prinzipien

¹⁴ GMBI 1993, Nr. 20, S. 358 – abrufbar auch unter www.bfs.de (20. 2. 2012).

¹⁵ S. etwa 2.6.2 der Richtlinie für den Fachkundenachweis.

¹⁶ *Simitis/Rydzy*, S. 22.

¹⁷ S. bereits *Fischerhof*, Deutsches Atomgesetz und Strahlenschutzrecht, Kommentar, 2. Aufl., Band I, Baden-Baden 1978, § 7 AtomG Rn 15.

¹⁸ *Simitis/Rydzy*, S. 30 ff.

¹⁹ Gesetz über die Voraussetzungen und das Verfahren von Sicherheitsüberprüfungen des Bundes (Sicherheitsüberprüfungsgesetz vom 20. April 1994 (BGBl. I S. 867), zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes vom 7. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2576).

Es liegt auf der Hand, dass für die einzelnen Beschäftigten zusätzliche Risiken entstehen, den Arbeitsplatz wegen mangelnder „Eignung“ zu verlieren. Insoweit ist der im Normalfall vorhandene Bestandsschutz relativiert. Auf der anderen Seite waren angesichts der guten Ertragslage von Unternehmen der Energiewirtschaft die Risiken einer betriebsbedingten Kündigung praktisch gleich null; erst mit dem Atomausstieg ist nunmehr eine neue Lage eingetreten. Ob und in welchem Umfang die Überprüfung der fachlichen medizinischen, psychologischen und „politischen“ Eignung tatsächlich zu Arbeitsplatzverlusten führte, ist nirgendwo öffentlich dokumentiert. Aus einer in Süddeutschland gelegenen Anlage ist ein Fall überliefert, der ein „Skandal“ war, aber nie als solcher wahrgenommen wurde. Ein Ingenieur erschien eines Morgens an der Pforte, wurde aber nicht eingelassen. Stattdessen kam der Personalleiter und händigte ihm eine Kündigung „wegen Sicherheitsbedenken“ aus. Worin diese lagen, wurde nicht mitgeteilt; vermutlich waren sie auch der Arbeitgeberseite nicht bekannt. Nur in Begleitung des Werkschutzes durfte der Betroffene ein letztes Mal an seinen Arbeitsplatz, um seine persönlichen Dinge mitzunehmen. Er erhob Kündigungsschutzklage. Das gerichtliche Verfahren führte alsbald zu einem Vergleich, da die Arbeitgeberseite eine großzügige Abfindung und überdies ein Zeugnis anbot, wonach der Betroffene auf eigenen Wunsch ausgeschieden sei und man dies aus tiefstem Herzen bedauere.

Relevante Gegenwehr kam von Betriebsräten, die es überall gab und die normalerweise über eine starke Stellung verfügten, weil sie in ihrem Lebenskreis, also in den Gewerkschaften und in einer großen „Volkspartei“ für die Kernkraft warben und auf diese Weise lange Zeit eine allzu folgenreiche Kritik verhindern konnten. Dies wurde von den Geschäftsleitungen honoriert, so dass man eine Sozialpartnerschaft auf recht hohem Niveau praktizierte.

Die Betriebsräte nahmen verständlicherweise Anstoß daran, dass viele ihrer Mitbestimmungsrechte angesichts der hoheitlichen Vorgaben leer liefen.

Wer die formalen Anforderungen für die Fachkunde nicht erfüllte, konnte nicht eingestellt werden; die Mitbestimmung über Auswahlkriterien nach § 95 BetrVG war insoweit ohne Interesse. Besonders eklatant waren die Widersprüche bei zahlreichen Maßnahmen des Objektschutzes. Die Zu- und Abgangskontrolle konnte nur noch insoweit nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG mitbestimmt werden als die Behörde Spielraum ließ; dasselbe galt für die Installierung von Videokameras. Auch gegen die Bewaffnung des Werkschutzes ließ sich nichts ausrichten. All dies wurde nicht zuletzt auch deshalb als ungerecht empfunden, weil die Betriebsratsmitglieder als in den Anlagen tätige „Praktiker“ häufig viel besser als die Aufsichtsbehörde beurteilen konnten, wo die wirklichen Gefahren lagen. So mussten etwa in einem Kernkraftwerk Mauerwerk und Türen so weit verstärkt werden, dass der „Widerstandszeitwert“ 30 Minuten betrug: „Widerstandszeitwert“ war das interne Codewort für den Zeitraum, den eine mit Faustfeuerwaffen ausgestattete Gruppe von Terroristen benötigen würde, um ins Innere der Anlage zu kommen. Die Lage des Kraftwerks war so beschaffen, dass auf einen Alarm hin binnen zehn Minuten Bereitschaftspolizei in hoher Mannschaftsstärke zur Verfügung gestanden und dem Angriff ein Ende bereitet hätte. Nur: Das alles beruhte auf der Prämisse, dass die Täter (lediglich) mit Faustfeuerwaffen ausgestattet sein würden. Hätten sie dagegen Granatwerfer oder andere Kriegswaffen zur Verfügung, würde das ganze Konzept nicht mehr funktionieren und der Angriff möglicherweise erfolgreich sein. Hinzu kam noch, dass man dies alles zwar wusste, aber nicht hätte wissen dürfen, da das Konzept als solches eine Verschlussache (vermutlich der höchsten Stufe) war. Auch das Informationsrecht des Betriebsrats nach § 80 Abs. 2 BetrVG stand daher insoweit auf dem Papier.

Das BAG hatte erstmals durch Beschluss vom 26. Mai 1988²⁰ über einen einschlägigen Fall zu entscheiden. Die Aufsichtsbehörde hatte die Wiederaufarbeitungsanlage Karlsruhe durch Auflage verpflichtet, 5 % aller Personen, die das Betriebsgelände betreten oder verlassen, auf mitgeführte Gegenstände wie insbesondere Waffen und Sprengstoff zu untersuchen.

²⁰ 1 ABR 9/87 – AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebs = NZA 1988, 811.

Die Auswahl sollte durch einen Zufallsgenerator erfolgen. Dies griff ersichtlich in das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ein. Da sich die Arbeitgeberseite nicht zu Verhandlungen in der Lage sah, leitete der Betriebsrat ein Beschlussverfahren ein, in dem festgestellt werden sollte, dass er auch in der konkreten Situation weiter mitbestimmen könne. Das BAG wies den Antrag ab, wobei jedoch dahingestellt blieb, ob ein Verwaltungsakt einem Gesetz im Sinne des Einleitungssatzes von § 87 Abs. 1 BetrVG gleichzustellen sei: Jedenfalls habe der Arbeitgeber keinen Spielraum; wo er nichts zu bestimmen habe, könne auch keine Mitbestimmung Platz greifen. Anders wäre es nur, wenn der Verwaltungsakt grob fehlerhaft und deshalb nichtig wäre, doch gab es dafür keinerlei Anhaltspunkte.

Die nächste Entscheidung²¹ hatte einen Fall aus der Kernforschungsanlage Jülich zum Gegenstand. Die Aufsichtsbehörde hatte hier angeordnet, dass nur solche Personen eingestellt oder weiterbeschäftigt werden dürfen, gegen die keinerlei Sicherheitsbedenken bestehen; dies war in dem üblichen Verfahren unter Einschaltung des Verfassungsschutzes zu klären. Ob auch hier § 87 Abs.1 Nr. 1 BetrVG eingreifen würde, schien dem erkennenden Senat zweifelhaft. Selbst wenn man dies bejahe, gelte jedoch weiter der Grundsatz, dass die Mitbestimmung immer dann versage, wenn dem Arbeitgeber selbst die Hände gebunden seien. Eine Beteiligung des Betriebsrats nach § 94 BetrVG scheidet aus, weil nicht der Arbeitgeber den auszufüllenden Personalfragebogen für seine Zwecke entworfen habe und verwende. Vielmehr gehe es allein um das Informationsbedürfnis der Behörde, so dass außerdem auch keine Mitbestimmung nach § 95 BetrVG gegeben sei.

Derselbe Betriebsrat hatte noch einen zweiten Weg gewählt. Als die Aufsichtsbehörde anordnete, der Werkschutz („Objektsicherungsdienst“) müsse mit Gaspistolen („Reizstoffsprühgeräten“) ausgestattet werden, erhob er Klage vor dem Verwaltungsgericht. Die Anordnung greife in sein

²¹ BAG 9. 7. 1991 – 1 ABR 57/90 – AP Nr. 19 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebs = NZA 1992, 126 = DB 1992, 143.

Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ein und lasse sich überdies nicht auf das AtomG stützen. Das Bundesverwaltungsgericht wies die Klage als unzulässig ab, da der Betriebsrat nicht geltend machen könne, in eigenen Rechten verletzt zu sein.²² Die Mitbestimmungs- und sonstigen Beteiligungsrechte seien ausschließlich gegen den Arbeitgeber, nicht gegen Dritte gerichtet. Insbesondere sei der Betriebsrat nicht befugt, Arbeitnehmerinteressen gegenüber der Aufsichtsbehörde wahrzunehmen. Es gebe also gar keine Betriebsratsrechte, in die hätte eingegriffen werden kann. Dabei verkenne der Senat nicht, dass die Mitbestimmung in weitem Maße verdrängt werde und dass es zu einem durch staatliche Anforderungen gesteuerten Arbeitsverhältnis kommen könne.

Gegen beide Entscheidungen legte der Betriebsrat Verfassungsbeschwerde ein, der jedoch ein Erfolg versagt blieb.²³ Dies war im Grunde nicht überraschend, da bereits die Vorfrage der Grundrechtsfähigkeit des Betriebsrats noch nicht in positivem Sinne geklärt war (und ist). Auch schien es wenig wahrscheinlich, dass das BVerfG schon das Nichteingreifen von zwei Mitbestimmungsrechten als Verstoß z. B. gegen Art. 12 Abs. 1 GG werten würde.

c) Verbleibende Argumentationsmöglichkeiten

Für die Praxis ist durch die Rechtsprechung der Obersten Bundesgerichte die Angelegenheit erledigt. Die atomrechtlichen Anordnungen gehen arbeitsrechtlichen Grundsätzen vor. Der überwiegende Teil der arbeitsrechtlichen Literatur hat sich der Rechtsprechung angeschlossen,²⁴ wobei meist der Hinweis auf den fehlenden Spielraum des Arbeitgebers übernommen wird. Genau dieses Argument ist aber trotz seiner

²² BVerwG 9. 7. 1992 – 7 C 32/91 - BVerwGE 90, 304 ff. = NVwZ 1993, 174.

²³ BVerfG (Kammer-Entscheidung), 22. 8. 1994 – 1 BvR 1767/91 und 1 BvR 1117/92 – AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Gesetzesvorbehalt = NZA 1995, 129.

²⁴ S. statt aller *Fitting*, Handkommentar zum BetrVG, 25. Aufl., München 2010, § 87 Rn 32 ff.; *Kania*, in: Müller-Glöße/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12. Aufl., München 2012, § 87 BetrVG Rn 12; *Richardi*, in: Richardi (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung. Kommentar, 13. Aufl., München 2012, § 87 Rn 145; *Wiese*, in: Wiese/Kreutz u. a., Betriebsverfassungsgesetz . Gemeinschaftskommentar, 9. Aufl., Köln 2010, § 87 Rn 60.

unbestreitbaren Plausibilität nicht über jeden Zweifel erhaben, hat doch das BAG im Zusammenhang mit staatlichen Zuwendungen an Forschungseinrichtungen genau entgegengesetzt entschieden: Wird dem Becheid etwa eine Auflage beigefügt, wonach das Lohnniveau des öffentlichen Dienstes nicht überschritten werden dürfe, so schränke dies das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nicht ein, da hier kein Gesetz vollzogen oder konkretisiert werde; die Zwangslage, in die der Arbeitgeber dadurch gerate, sei im Rahmen des Mitbestimmungsverfahrens zu berücksichtigen.²⁵

Das Bundesverwaltungsgericht muss sich den Vorwurf einer gewissen gedanklichen Engführung gefallen lassen, da es die Alternative „Mitbestimmung auch bei der Behörde“ oder „Verzicht auf jede Mitbestimmung“ nicht gibt. Auf den Sachgebieten, in denen ein Mitbestimmungsrecht existiert, besteht eine geteilte Handlungskompetenz: Der Arbeitgeber kann nicht mehr allein, sondern nur mit Zustimmung des Betriebsrats (oder einem diese ersetzenden Einigungsstellenspruch) handeln. Insoweit steht er nicht anders als ein Miteigentümer, dem gleichfalls die alleinige Handlungskompetenz fehlt. Würde die Behörde diesen wie einen Alleineigentümer in die Pflicht nehmen, läge nach der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte ein Fall der Unmöglichkeit vor, der den Verwaltungsakt zumindest anfechtbar macht.²⁶ Im vorliegenden Zusammenhang ist dies nicht einmal erwogen worden, was deshalb erstaunt, weil auch bei einer Beschränkung der Mitbestimmungsrechte auf das „Innenverhältnis“ der Arbeitgeber zu einem Verhalten verpflichtet wird, das seine Möglichkeiten überschreitet.²⁷

In der Literatur ist weiter erwogen worden, der Arbeitgeber könne aufgrund der vertrauensvollen Zusammenarbeit nach § 2 Abs. 1 BetrVG verpflichtet

²⁵ BAG 27. 1. 1987 – 1 ABR 66/85 – AP Nr. 42 zu § 99 BetrVG 1972, bestätigt durch BAG 24. 11. 1987 – 1 ABR 25/86 – AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Auszahlung.

²⁶ Nachweise bei *Däubler* AiB 1986, 174 Fn. 20 – 22.

²⁷ Ebenso *Klebe*, in: *Däubler/Kittner/Klebe/Wedde* (Hrsg.), *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung und EBR-Gesetz*, Kommentar für die Praxis, 13. Aufl., Frankfurt/Main 2012, § 87 Rn 43; *Däubler* AiB 1989, 16

sein, gegen eine behördliche Maßnahme zu klagen.²⁸ Das Bundesverfassungsgericht hat diese Möglichkeit erwähnt, ohne zu ihr Stellung zu nehmen.²⁹ Ein solches Vorgehen könnte jedoch von vorne herein nur „Ausreißer“ erfassen, müsste jedoch in all jenen Fällen versagen, in denen das Atomgesetz korrekt angewandt wurde und deshalb die Mitbestimmung zurückstehen muss.

Schließlich hat das Bundesverwaltungsgericht noch darauf hingewiesen, es könne sich für den Arbeitgeber empfehlen, bei der Anhörung, die der behördlichen Maßnahme in der Regel vorausgehe, stets auch den Standpunkt des Betriebsrats mit vorzutragen.³⁰ Dies wird in der Literatur zum Teil sogar als ausdrückliche Rechtspflicht angesehen, die sich auf § 2 Abs. 1 BetrVG stütze.³¹ In der Praxis wird bisweilen auch so verfahren, was die Akzeptanz der behördlichen Anordnungen nur erhöhen kann.

2. Luftverkehr

Ein vergleichbares Maß an rechtlicher Intensivsteuerung findet sich im Luftverkehr, doch wird die Parallele nur ganz ausnahmsweise wahrgenommen.³² Es beginnt mit der Überwachung der „Luftfahrtgeräte“³³, die mit Hilfe von Durchführungsverordnungen auf das Fliegen als solches erstreckt wird. Dabei ist man inzwischen bei der 246. DVO angelangt.³⁴ Bekannt ist, dass alle Gespräche im Cockpit automatisch aufgezeichnet werden, um bei einem Unfall die möglichen Ursachen besser ermitteln zu können (und überdies dafür zu sorgen, dass auch im Normalfall niemand

²⁸ Beck/Trümner, AuR 1989, 77, 83; Dörner/Wildschütz, AiB 1995, 285.

²⁹ BVerfG (Fn. 23) S. 130.

³⁰ BVerwG (Fn. 22).

³¹ Däubler AiB 1989, 16; Klebe (Fn 27) § 87 Rn 44.

³² Anders jedoch Simitis/Rydzy, S. 11.

³³ Wichtigste Grundlage ist die Betriebsordnung für Luftfahrtgerät (LuftBO) vom 4. März 1970, BGBl. I S. 262, zuletzt geändert durch Artikel 2 der Verordnung vom 12. September 2008, BGBl. I S. 1834.

³⁴ Zweihundertsechundvierzigste Durchführungsverordnung zur Luftverkehrsordnung v. 11. 10. 2011, BAnz 2011 Nr. 161 S. 3752.

irgendwelche Extratouren unternimmt). Die fachlichen Anforderungen an das Luftfahrtpersonal sind in einer Verordnung niedergelegt.³⁵

Am fühlbarsten sind in der Praxis die Sicherheitsmaßnahmen, die nach den Anschlägen vom 11. September 2001 ergriffen wurden. Ihre Rechtsgrundlage sind heute die §§ 7 - 9 LuftSiG.³⁶ Danach findet gegenüber allen Personen, die nicht nur gelegentlich Zugang zu nicht allgemein zugänglichen Bereichen eines Flughafens haben, eine Zuverlässigkeitsüberprüfung statt. Dazu gehören nach § 7 Abs. 1 Nr. 2 auch die Mitarbeiter von Fracht-, Post- und Reinigungsunternehmen sowie von Versorgungsunternehmen. Solange keine Zuverlässigkeitsüberprüfung stattgefunden und keine „Unbedenklichkeitsbescheinigung“ vorliegt, darf nach § 7 Abs. 6 LuftSiG kein Zugang zu nicht allgemein zugänglichen Bereichen gewährt werden. Betreiber eines Verkehrsflughafens sind überdies nach § 8 Abs. 1 Nr. 4 LuftSiG verpflichtet, die nicht allgemein zugänglichen Bereiche gegen jeden unbefugten Zugang zu sichern, was zur Folge hat, dass sich Beschäftigte auch innerhalb des Flughafens nicht etwa frei bewegen, sondern nur den für sie bestimmten Bereich aufsuchen dürfen.

Die Einzelheiten für die Überprüfung der Zuverlässigkeit sind in der „Luftsicherheits-Zuverlässigkeitsüberprüfungsverordnung“ (LuftSiZÜV)³⁷ geregelt, die weitestgehend dem Sicherheitsüberprüfungsgesetz nachgebildet ist,³⁸ allerdings anders als dieses die Ehepartner und Lebensgefährten nicht einbezieht. Nach § 5 Abs. 1 LuftSiZÜV wird die Zuverlässigkeit verneint, wenn nach Einschaltung zahlreicher Behörden einschließlich der Ämter für Verfassungsschutz „Zweifel“ an der Zuverlässigkeit verbleiben. Woraus sich diese im Einzelnen ergeben

³⁵ Verordnung über Luftfahrtpersonal (LuftPersV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. Februar 1984 (BGBl. I S. 265), zuletzt geändert durch Artikel 2 der Verordnung vom 2. Oktober 2009 (BGBl. I S. 3536).

³⁶ Luftsicherheitsgesetz (LuftSiG) vom 11. Januar 2005 (BGBl. I S. 78), zuletzt geändert durch Artikel 7 des Gesetzes vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2424).

³⁷ Vom 23. Mai 2007 (BGBl. I S. 947), zuletzt geändert durch Verordnung vom 2. April 2008 (BGBl. I S. 647).

³⁸ Zu diesem s. unten IV.

können, ist nicht festgelegt, doch wird man wohl in gleicher Weise wie im Bereich des SÜG entscheiden.

Anders als bei Nuklearanlagen sind kaum juristische Auseinandersetzungen ersichtlich. Dies mag mit dem Vorhandensein und der Stellung der betrieblichen Interessenvertretungen, aber auch damit zusammenhängen, dass man die überkommenen Regelungen als sinnvoll akzeptierte und die aktuellen Antiterrormaßnahmen als eine Art höherer Gewalt empfand, gegen die vorzugehen von vorne herein aussichtslos war. Aus der Rechtsprechung ist daher nur eine Entscheidung des BVerfG vom 4. 5. 2010³⁹ zu erwähnen, in der die Verfassungsmäßigkeit der Zuverlässigkeitsüberprüfung gegenüber dem Personenkreis des § 7 Abs. 1 Nr. 4 LuftSiG bejaht wurde; dabei handelt es sich vorwiegend um Sportflieger, nicht um Beschäftigte der Flughafenbetreiber oder der Airlines. Das Gericht befasste sich allerdings primär mit der Zustimmungsbedürftigkeit der gesetzlichen Regelung und konnte im konkreten Fall die Frage ausdrücklich ausklammern, ob die bei der Zuverlässigkeitsüberprüfung erlaubten Mittel, insbesondere die Einschaltung der Geheimdienste, einen übermäßigen Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht darstellen.⁴⁰ Aus der Praxis wird weiter von der personenbedingten Kündigung eines Arbeitnehmers berichtet, der bei einer Flughafengesellschaft in untergeordneter Stellung tätig war: Er war als „unzuverlässig“ qualifiziert worden, weil er im Rahmen seines Scheidungsverfahrens seine Ehefrau schwer beleidigt und deshalb eine Geldstrafe erhalten hatte. Sein Arbeitgeber schätzte ihn als sorgfältige und verlässliche Arbeitskraft, hätte jedoch seine Betriebserlaubnis riskiert, wenn er ihn trotz der Sicherheitsbedenken weiterbeschäftigt hätte.⁴¹ Die Kündigung war unvermeidbar, da es auf dem fraglichen Flughafen keinen nicht sicherheitsrelevanten Bereich gab, wo er hätte weiter tätig sein können. Dass es weitere Fälle dieser Art gab, kann

³⁹ BGBl I S. 885 – 2 BvL 8/07, 2 BvL 9/07.

⁴⁰ www.bverfg.de. Die Entscheidung ist in der Datenbank Juris nicht enthalten (Abfrageversuch am 26. 2. 2012).

man vermuten, nicht aber beweisen; erst recht lassen sich keine Aussagen zur Zahl der Betroffenen machen.

3. Informationstechnik

Eine sehr starke rechtliche Vorprogrammierung und Überwachung des Verhaltens von Arbeitnehmern kann sich auch bei „Datenverarbeitungsanlagen“, insbesondere bei Rechenzentren ergeben. Um Unbefugte fernzuhalten und ihnen einen Zugriff auf die Daten unmöglich zu machen, müssen nach § 9 BDSG samt Anlage zahlreiche Maßnahmen zur Datensicherung ergriffen werden. Diese können von einer rigiden Kontrolle der physischen Anwesenheit einzelner Personen, insbesondere der Systemadministratoren, bis hin zur Protokollierung aller ihrer Arbeitsschritte reichen.⁴² Im Unterschied zur Nukleartechnik und zum Luftverkehr findet allerdings keine ins Detail gehende hoheitliche Vorgabe statt; vielmehr bestehen nach dem Gesetz nur „Zielvorgaben“, die auf verschiedenen Wegen umgesetzt werden können. Die Mitbestimmungsrechte der betrieblichen Interessenvertretungen bleiben daher im Grundsatz erhalten⁴³ und erfahren nur durch die vorgegebenen Zwecke eine gewisse Einschränkung. Auch sollen die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen dadurch geschützt werden, dass § 14 Abs. 4 BDSG für den öffentlichen und § 31 BDSG für den nicht-öffentlichen Bereich eine enge Zweckbindung vorsehen; die angefallenen Daten dürfen nur für Zwecke der Datensicherung verwendet werden.⁴⁴ Eine Sicherheits- oder Zuverlässigkeitsüberprüfung ist anders als bei der Nukleartechnik und im

⁴¹ Die Information stammt aus einem Seminar mit Betriebsräten aus Flughafengesellschaften im Jahre 2003, an dem der Verf. als Referent teilnahm. Dort wurde überdies mitgeteilt, die Zuverlässigkeitsüberprüfung werde für alle Beschäftigten auf deutschen Flughäfen und bei der Lufthansa durch drei Mitarbeiter des Amtes für Verfassungsschutz in Düsseldorf durchgeführt, die aus Gründen der Arbeitsbelastung gar keine andere Wahl hätten als schematisch diejenigen „auszusieben“, die in dem fraglichen Zeitraum (damals ein Jahr) eine Vorstrafe erhalten hatten.

⁴² Zu den Anforderungen im Einzelnen s. die eingehenden Darlegungen bei *Ernestus*, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar, 7. Aufl., Baden-Baden 2011, § 9 Rn 68 ff.

⁴³ *Gola/Schomerus*, Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar, 10. Aufl., München 2010, § 31 Rn 8 f.; *Wedde*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, Bundesdatenschutzgesetz. Kompaktkommentar, 3. Aufl., Frankfurt/Main 2010, § 9 Rn 104 ff.

⁴⁴ Näher *Däubler*, Gläserne Belegschaften? 5. Aufl., Frankfurt/Main 2010, Rn 424.

Luftverkehr nicht vorgesehen, doch kann sie im Einzelfall angeordnet werden. So wurde etwa mit Billigung durch das BAG⁴⁵ der EDV-Bereich der (damaligen) Bundesversicherungsanstalt für Angestellte für „sicherheitsrelevant“ erklärt, was Sicherheitsüberprüfungen der Beschäftigten durch die zuständigen Behörden möglich machte.

4. Chemische Industrie

Gefahren können ersichtlich auch von der Arbeit mit chemischen Substanzen ausgehen. Insoweit finden sich die einschlägigen Regelungen in der sog. Störfall-Verordnung.⁴⁶ Sie regelt ausschließlich die von der Technik ausgehenden Gefahren und verzichtet anders als das Atom- und Luftfahrtrecht darauf, auch den Mitarbeiter als mögliche Gefahrenquelle zu sehen. Eine Überprüfung von Fachkunde und Zuverlässigkeit gibt es nur in Bezug auf den Störfallbeauftragten, was im Einzelnen in der Fünften Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes⁴⁷ geregelt ist. Bemerkenswert ist, dass nach § 10 Abs. 2 dieser VO die erforderliche Zuverlässigkeit „in der Regel“ nur dann entfällt, wenn einschlägige Straftaten begangen wurden;⁴⁸ eine Vorstrafe etwa aus dem Bereich des Straßenverkehrs würde nicht genügen. Ersichtlich geht man davon aus, dass bei allen übrigen Beschäftigten die allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätze ausreichen, um Gefahren für die Arbeitnehmer und die Allgemeinheit auszuschließen. So hat etwa das BAG am Beispiel eines Industriemeisters Chemie entschieden, es könne Arbeitsplätze geben, bei denen eine stabile Psyche unbedingte

⁴⁵ 17. 5. 1983 – 1 AZR 1249/79 - NJW 1984, 824, 825 rechte Spalte.

⁴⁶ Zwölfte Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (Störfall-Verordnung – 12. BImSchV) vom 26. 4. 2000, neugefasst durch Bekanntmachung vom 8. 6. 2005 (BGBl. I S. 1598), zuletzt geändert durch Art. 5 Abs. 4 der Verordnung vom 26. 11. 2010 (BGBl. I S. 1643).

⁴⁷ Vom 30. Juli 1993.

⁴⁸ Die VO nennt u. a. gemeingefährliche Delikte und Delikte gegen die Umwelt sowie Straftaten nach dem Wasser-, Natur- und Landschaftsschutz-, dem Gentechnik- oder dem Atomrecht.

Voraussetzung sei, so dass eine Disposition für „Ausraster“ die Eignung wegfallen lasse.⁴⁹

III. Sonderarbeitsrecht bei gefährlichen Dienstleistungen

Nicht nur technische Verfahren, auch Dienstleistungen können mit erheblichen Risiken behaftet sein. Traditionelle Beispiele hierfür bieten insbesondere die sog. freien Berufe: Ärzte, Architekten und Rechtsanwälte können durch wenig sachgerechtes Tun enorme Schäden anrichten. Diese betreffen allerdings typischerweise „nur“ den einzelnen Kunden und berühren die Interessen der Allgemeinheit allenfalls mittelbar. Die Rechtsordnung begnügt sich deshalb damit, die fachliche Qualifikation dieser Dienstleister sowie die Ausübung ihres Berufes einer speziellen Regelung zu unterwerfen; als ultima ratio greift das allgemeine Haftungsrecht ein.

Die 2008 ausgebrochene Finanzkrise hat deutlich gemacht, dass Fehldispositionen von Finanzinstituten nicht nur einzelne Kunden schädigen, sondern das Bankensystem insgesamt in Gefahr bringen können. Damit tritt das Allgemeininteresse auf den Plan. Das hatte zur Folge, dass durch ähnliche Regelungen wie im Technikrecht das Verhalten von Bankangestellten gesteuert werden soll: Sie werden öffentlich-rechtlichen Vorgaben unterworfen, die sicherstellen sollen, dass die Kunden eine angemessene und faire Behandlung erfahren.

⁴⁹ BAG 18. 1. 2007 – 2 AZR 759/05 – PatR 2008, 34 und Juris; LAG Hamm 30. 6. 2011 - 8 Sa 285/11 - Juris

Das Wertpapierhandelsgesetz (WpHG)⁵⁰ hat in § 33b zunächst nur Bestimmungen enthalten, die den Abschluss von Mitarbeitergeschäften beschränkten oder jedenfalls anzeigepflichtig machten. Einbezogen sind dabei auch Geschäfte für Rechnung von nahen Angehörigen. Einzelheiten sind heute in der sog. MaComp geregelt, einem Rundschreiben der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin).⁵¹ Dort ist in Abschnitt BT 2.4 auch festgelegt, dass die Bank grundsätzlich von jedem Mitarbeitergeschäft Kenntnis haben muss – die Trennung von Arbeit und Privatsphäre ist insoweit aufgehoben.⁵²

Als erste Folge der Finanzkrise wurde die Instituts-Vergütungsverordnung⁵³ erlassen, die Vorgaben für die Vergütungssysteme enthält, um dadurch das Eingehen übermäßiger Risiken zu verhindern.⁵⁴ Ungleich weiter gehen die Regelungen, die durch das sog. Anlegerschutz- und Funktionsverbesserungsgesetz vom 5. April 2011⁵⁵ geschaffen wurden. Der neu eingefügte § 34d WpHG bezieht sich auf Anlageberater, Vertriebsbeauftragte und Compliance-Beauftragte, die bei einer Bank oder Sparkasse beschäftigt sind. Die erste Gruppe ist bei weitem die größte; insgesamt dürften ca. 300.000 Personen betroffen sein. Nicht erfasst sind die außerhalb der Banken und Sparkassen tätigen „freien“ Berater.⁵⁶

§ 34d Abs. 1 WpHG verlangt, dass der mit Anlageberatung betraute Mitarbeiter sachkundig ist und außerdem über die „für die Tätigkeit

⁵⁰ Gesetz über den Wertpapierhandel (Wertpapierhandelsgesetz – WpHG) vom 26. 7 1994, neu gefasst durch Bekanntmachung vom 9. 9. 1998 (BGBl I S. 2708), zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 44 Gesetz vom 22. 12. 2011 (BGBl I S. 3044).

⁵¹ Rundschreiben 4/2010 (WA) - Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion und die weiteren verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten nach §§ 31 ff WpHG für Wertpapierdienstleistungsunternehmen, abrufbar unter http://www.bafin.de/clin_235/nn_722758/SharedDocs/Veroeffentlichungen (26. 2. 2012)

⁵² Zu weiteren Einschränkungen der Privatsphäre s. Däubler, Bankarbeitsrecht, in: Derleder/Knops/Bamberger (Hrsg.), Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2009, § 68 Rn 99 ff.

⁵³ Vom 6. Oktober 2010 (BGBl. I S. 1374)

⁵⁴ Einzelheiten bei Müller-Bonanni/Mehrens NZA 2010, 792.

⁵⁵ BGBl I S. 538.

⁵⁶ Überblick über die Neuregelung bei Müller-Christmann DB 2011, 749; Pinkepank/Schulze dbr 10/2011 S. 18 ff.; zum insoweit gleich lautenden Regierungsentwurf Voß BB 2010, 3099.

erforderliche Zuverlässigkeit“ verfügt. Bevor er seine Tätigkeit beginnt, müssen seine Personalien, die Filiale, in der er tätig ist, sowie der für ihn zuständige Vertriebsbeauftragte der BaFin gemeldet werden. Diese ist auch über jede Beschwerde zu informieren, die von einem Kunden gegen den Berater erhoben wird. Entsprechende Regelungen sieht § 34d Abs. 2 für Vertriebsbeauftragte und § 34d Abs. 3 für Compliance-Beauftragte vor.

Sanktionen sind in § 34d Abs. 4 WpHG vorgesehen. Verfügt ein Berater (bzw. ein Angehöriger der anderen Gruppen) nicht oder nicht mehr über die nötige Sachkunde und Zuverlässigkeit, so kann die BaFin von der Bank oder Sparkasse verlangen, dass er nicht mehr in dieser Funktion eingesetzt wird, solange er nicht (wieder) den gesetzlichen Anforderungen gerecht wird (§ 34d Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 WpHG). Ist er zwar noch als sachkundig und zuverlässig anzusehen, verstößt er jedoch gegen seine gesetzlichen Pflichten, so kann die BaFin die Bank und den Mitarbeiter verwarnen (§ 34d Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a) oder der Bank untersagen, ihn für einen Zeitraum von bis zu zwei Jahren weiter in der bisherigen Funktion einzusetzen (§ 34d Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b). Diese Maßnahmen haben Durchschlagskraft, weil sie nach § 34d Abs. 4 Satz 4 WpHG sofort vollziehbar sind; Widerspruch und Anfechtungsklage haben keine aufschiebende Wirkung.⁵⁷ Die BaFin kann zudem unanfechtbar gewordene Anordnungen auf ihrer Internetseite öffentlich bekanntmachen, es sei denn, dies wäre geeignet, den berechtigten Interessen der Bank bzw. Sparkasse zu schaden; der Name des betroffenen Mitarbeiters wird nicht genannt (§ 34d Abs. 4 Satz 2 und 3 WpHG).

Alle diese Regeln treten erst am 1. November 2012 in Kraft. Schon vorher kann allerdings auf der Grundlage von § 34d Abs. 6 Satz 1 WpHG eine Rechtsverordnung erlassen werden, die u. a. die näheren Anforderungen an die Sachkunde und Zuverlässigkeit bestimmt. Dies ist bis jetzt (Ende Februar 2012) jedoch noch nicht geschehen.

⁵⁷ Diese könnte aber nach § 80 Abs. 5 VwGO durch das Verwaltungsgericht hergestellt werden.

Die gesetzliche Regelung hat unter den Betroffenen erhebliche Unruhe ausgelöst, was die Einlegung einer Verfassungsbeschwerde nahe legt. Diese könnte sich einmal auf einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG stützen, da die Ausklammerung der freien Berater nicht zu rechtfertigen ist: Der Kunde ist dort in gleicher Weise schutzwürdig. Zum zweiten wird auf der Grundlage der Meldepflicht eine Datenbank über ca. 300.000 Menschen angelegt, ohne dass ein konkreter Anlass bestünde. Dabei handelt es sich um eine Art Vorratsdatenspeicherung, die sich nicht rechtfertigen lässt, da auch eine Erfassung jener Berater genügen würde, über die sich Kunden beschwert haben.⁵⁸ Schließlich fragt es sich, ob die Regelung überhaupt geeignet ist, ihr Ziel einer anlegergerechten Beratung zu erreichen.

Der Schutz des Bankkunden ist von hoher Bedeutung. Dabei ist weniger an die Fälle zu denken, in denen es um hohe Summen geht. Vielmehr kann sich eine mangelhafte Anlage von 50.000 Euro für den Einzelnen verheerend auswirken, weil er damit seine bescheidene Rente um 200 oder 300 Euro monatlich aufbessern wollte und dies nun nicht mehr möglich ist.

Kunden verfügen normalerweise über ein sehr geringes Wissen über die einzelnen Formen der Geldanlage. Dies hängt damit zusammen, dass der Umgang mit Geld nicht zu dem „Grundwissen“ gehört, das man aus dem Schulsystem mitbringt. Manche werden dann zum Autodidakten, was bisweilen fest verankerte Fehlvorstellungen hervorruft, die der Berater dann sorgsam und mit Fingerspitzengefühl auflösen muss.

Schließlich werden die Angebote auf dem Kapitalmarkt immer zahlreicher und immer komplizierter; einem blutigen Laien die Funktionsweise eines Discountzertifikats zu erklären, setzt erhebliche pädagogische Fähigkeiten voraus. Häufig verfügt eine Bank auch über „Globaleinschätzungen“, denen der einzelne Berater folgen wird, weil er sich angesichts der

⁵⁸ Zur Vorratsdatenspeicherung und den hohen Anforderungen, die sie erfüllen muss, s. BVerfG 2. 3. 2010 – 1 BvR 256/08 u. a. – NJW 2010, 833.

Informationsfülle gar nicht in der Lage sieht, sich eine eigene Meinung zu erarbeiten. Das kann zu Fehlberatungen führen.

Dies alles rechtfertigt es, durchaus hohe Anforderungen an einen Berater zu stellen, von ihm viel Sachkunde und Zuverlässigkeit zu verlangen.

Auf der anderen Seite handelt er nicht wie ein autonomes Individuum im luftleeren Raum. Typischerweise erhöht sich seine Vergütung, wenn er viele Umsätze tätigt.⁵⁹ Praktiziert er viel Einfühlungsvermögen und zeigt er zudem ganz offen alle Risiken auf, werden seine Umsätze eher rückläufig sein. Die Versuchung ist deshalb groß, die Beraterpflichten nicht übermäßig ernst zu nehmen, sich gleichzeitig aber durch die Redigierung der vorgeschriebenen Beratungsprotokolle so abzusichern, dass keine aussichtsreichen Beschwerden möglich sind. Ohne eine weitergehende Änderung der Vergütungssysteme kann also die Neuregelung ihr Ziel nicht erreichen – sie wird sich zu Lasten einiger ungeschickter Menschen auswirken, am Grundsatzproblem aber nichts ändern. Bemerkenswert ist auch, dass man zwar Vertriebsbeauftragte einbezieht, nicht aber höhere Ebenen bis hin zum Vorstand: Einem seiner Mitglieder eine zweijährige Zwangspause aufzuerlegen, wäre dann doch ein zu großer Verstoß gegen überkommene Regeln.

Im vorliegenden Zusammenhang wird einerseits deutlich, dass auch hier nicht anders als bei gefährlichen Technologien eine direkte Staatsintervention stattfindet. Ob Berater B weiter bei seinem Arbeitgeber bleiben und welche Funktion er dort erfüllen darf, entscheidet nunmehr unter bestimmten Voraussetzungen nicht mehr der Arbeitgeber, sondern die BaFin. Inwieweit die „Zuverlässigkeit“ ähnlich wie in anderen Bereichen durch privates Verhalten wie Überschuldung oder unerwünschte politische Ansichten in Frage gestellt wird, muss sich erst noch erweisen. Dies würde den Spielraum der staatlichen Instanzen erheblich erweitern. Auf der

⁵⁹ Dies gilt auch unter der neuen Instituts-Vergütungsverordnung, die in § 5 Abs. 2 Nr. 1 für die sog. bedeutenden Institute (mit mehr als 10 Mrd. Bilanzsumme) ausdrücklich vorschreibt, bei der variablen Vergütung müsse auch der Erfolgsbeitrag des Einzelnen berücksichtigt werden.

anderen Seite ist das staatliche Eingreifen auch hier mit einer verschlechterten Rechtsstellung der Betroffenen verbunden: Der Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten dauert ungleich länger als vor den Arbeitsgerichten; auch sind die Aussichten auf Erfolg angesichts der weiten Eingriffsermächtigungen alles andere als gut. Schließlich ist auch hier denkbar, dass über die Mitarbeitergeschäfte hinaus Vorgänge im Privatleben Anlass für berufliche Sanktionen werden.

IV. Sicherheitsrelevante Bereiche

1. Welche Tätigkeitsfelder sind erfasst?

Neben gefährlichen Technologien und Dienstleistungen existieren sog. sicherheitsrelevante Bereiche: Die dort tätigen Beschäftigten müssen zusätzlichen Anforderungen gerecht werden, die von staatlicher Seite bestimmt werden.

In der bis zum Terrorismusbekämpfungsgesetz vom 9. Januar 2002⁶⁰ geltenden Fassung bezog sich das SÜG ausschließlich auf sog. sicherheitsempfindliche Tätigkeiten.⁶¹ Diese wurden ihrerseits durch die Verwendung von Verschlussachen unterschiedlicher Geheimhaltungsstufe definiert, wobei es bei Verschlussachen um „im öffentlichen Interesse geheimhaltungsbedürftige Tatsachen, Gegenstände oder Erkenntnisse“ geht (§ 4 Abs. 1 Satz 1 SÜG). Welche Angelegenheiten zur Verschlussache erklärt wurden (und werden), war in der „Allgemeinen Verwaltungsvorschrift des Bundesministeriums des Innern zum materiellen und organisatorischen Schutz von Verschlussachen (VS-Anweisung - VSA)“ vom 19. April 1994 geregelt.⁶² Nach § 1 Abs. 1 der Vorschrift war von einer Einstufung als Verschlussache „nur der notwendige Gebrauch“ zu machen – eine Bestimmung, die sich in § 8 Abs. 1 Satz 2 der aktuellen

⁶⁰ BGBl. I S. 361.

⁶¹ Überblick über den Inhalt des SÜG bei *Riegel* ZTR 1994, 316 ff.

⁶² GMBI 1994, 674 ff. Heute gilt die VS-Anweisung in der Fassung vom 31. März 2006, abrufbar unter www.bmi.bund.de (23. 2. 2012).

Fassung wieder findet. Nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 SÜG ist es möglich, wegen des Umfangs und der Bedeutung anfallender Verschlussachen eine Behörde insgesamt zum Geheimbereich zu erklären.

Die Rechtsprechung hat den obersten Bundesbehörden volle Freiheit gelassen, bestimmte Tätigkeiten als sicherheitsrelevant einzustufen, und sich auf eine (nie praktisch werdende) Willkürkontrolle beschränkt. So hat es das BAG im Zusammenhang mit dem EDV-Bereich der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA) nicht beanstandet, dass dieser vom Bundesarbeitsminister für sicherheitsrelevant erklärt wurde.⁶³ In der Begründung führte es aus:⁶⁴

„Diese Entscheidung ist eine politische Entscheidung, deren sachliche Berechtigung von den Gerichten jedenfalls dann nicht näher nachgeprüft werden kann, wenn die darin zum Ausdruck gekommene Einschätzung des möglichen Sicherheitsrisikos nicht völlig abwegig ist.“

Im Folgenden wird betont, man könne zwar davon ausgehen, dass die bei der BfA gespeicherten Daten von keinem nachrichtendienstlichen Interesse seien, doch könne man nicht ausschließen, „dass gezielte Einwirkungen auf oder in die EDV-mäßige Abwicklung der Aufgaben der BfA dazu führen können, dass Leistungen in großem Umfang nicht, zu spät oder unzutreffend gewährt werden, was erhebliche Unruhe unter den Betroffenen und damit in Krisenzeiten eine Bedrohung der öffentlichen Ordnung zu Folge haben kann.“ Neben die Geheimhaltungsbedürftigkeit tritt so als weiterer Zweck der Sabotageschutz und die Verhinderung von Unruhe im Krisenfall. Legt man dies zugrunde, könnten im Prinzip alle Einrichtungen und Unternehmen für sicherheitsrelevant erklärt werden, deren Ausfall in Krisenzeiten Beunruhigung hervorrufen würde. Dies könnte beispielsweise nicht nur für die Energieversorgung, sondern auch für Presse, Rundfunk und Fernsehen gelten. Auch das

⁶³ BAG 17. 5. 1983 – 1 AZR 1249/79 – NJW 1984, 824.

⁶⁴ AaO. NJW 1984, 825 rechte Spalte.

Bundesverfassungsgericht hat im Übrigen im Falle der Sicherheitsüberprüfung eines Beamten den Grundsatz aufgestellt, es reiche aus, wenn die für die Sicherheitsempfindlichkeit gegebene Begründung nachvollziehbar und keineswegs willkürlich sei und deshalb mit Art. 3 Abs. 1 GG in Einklang stehe.⁶⁵

Das Terrorismusbekämpfungsgesetz hat dem § 1 SÜG die neuen Absätze 4 und 5 angefügt. Danach kommt es jetzt nicht mehr allein auf die „Sicherheitsempfindlichkeit“ im Sinne der Wahrung von Geheimnisschutz an. Vielmehr sind auch lebens- und verteidigungswichtige Einrichtungen erfasst, deren Funktionsunfähigkeit schwere Schäden hervorrufen würde. Insoweit ist von vorbeugendem personellem Sabotageschutz die Rede. § 1 Abs. 5 definiert z. B. als lebenswichtig solche Einrichtungen,

„1. deren Beeinträchtigung aufgrund der ihnen anhaftenden betrieblichen Eigengefahr die Gesundheit oder das Leben großer Teile der Bevölkerung erheblich gefährden kann, oder

2. die für das Funktionieren des Gemeinwesens unverzichtbar sind und deren Beeinträchtigung erhebliche Unruhe in großen Teilen der Bevölkerung und somit Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung entstehen lassen würde.“

Beim ersten Fall ist etwa an großchemische Werke oder Staudämme, beim zweiten an die Energieversorgung, aber auch an die Telekommunikation oder die Medien zu denken. § 34 SÜG enthält eine Ermächtigung, die erfassten Bereiche im Einzelnen durch Rechtsverordnung festzulegen; diese ist jedoch bislang nicht ergangen.

Vergleicht man den seit 2002 geltenden § 1 Abs. 5 SÜG mit der Rechtsprechung des BAG, so kann man von einer „Kodifizierung“ des bestehenden Rechtszustands sprechen. Das Gericht hatte im BfA-Fall im

⁶⁵ BVerfG 10. 2. 1988 – 2 BvR 522/87 – RDV 1989, 17 = DVBl 1988, 530 mit Anm. *Kutscha*.

Prinzip bereits eine Erweiterung auf den Sabotageschutz und die mögliche Unruhe in der Bevölkerung vorgenommen. Der Kreis der erfassten Tätigkeiten ist unter diesen Umständen fast beliebig weit ausdehnbar. Könnte nicht auch der Ausfall von Schulen und Universitäten, die ja für das Funktionieren des Gemeinwesens unverzichtbar sind, erhebliche Unruhe in großen Teilen der Bevölkerung auslösen? Und wie steht es mit öffentlichen Verkehrsmitteln und Supermärkten?

2. Sicherheitsüberprüfung

a) Das Verfahren

Nach § 2 Abs.1 Satz 1 SÜG muss jede Person, die mit einer sicherheitsempfindlichen Tätigkeit betraut werden soll, einer Sicherheitsüberprüfung unterzogen werden. Dasselbe gilt nach § 2 Abs. 2 SÜG für den Ehegatten, den eingetragenen (gleichgeschlechtlichen) Lebenspartner sowie den sog. Lebensgefährten, mit dem der Betroffene in einer auf Dauer angelegten Gemeinschaft lebt (nichteheliche Lebensgemeinschaft).⁶⁶

Zuständig für die Sicherheitsüberprüfung ist grundsätzlich die Behörde, die die sicherheitsempfindliche Tätigkeit zuweist. Bei Arbeiten in Privatunternehmen liegt die Kompetenz beim Bundesministerium für Wirtschaft. Die entscheidende Rolle kommt allerdings der sog. mitwirkenden Behörde nach § 3 Abs. 2 SÜG zu: Es handelt sich dabei insbesondere um das Bundesamt für Verfassungsschutz und den Militärischen Abschirmdienst.

Die Überprüfung beginnt mit einer sog. Sicherheitserklärung, die der Betroffene und – soweit vorhanden – der Ehegatte, Partner usw. ausfüllen

⁶⁶ Weitere Einzelheiten zum Verfahren bei *Riegel ZTR* 1994, 316, 321.

muss. Sie enthält bis zu 20 Angaben, die im Einzelnen in § 13 Abs. 1 SÜG aufgelistet sind.⁶⁷

Je nach Geheimhaltungsgrad der dem Einzelnen zugänglichen Informationen werden unterschiedlich intensive Formen der Sicherheitsüberprüfung durchgeführt. Ergeben sich allerdings „sicherheitserhebliche Erkenntnisse“, die nur durch Maßnahmen der nächst höheren Art der Sicherheitsüberprüfung zu klären sind, kann die zuständige Stelle mit Zustimmung des Betroffenen die erweiterte Überprüfung vornehmen. Die Sicherheitsüberprüfung findet nach § 17 Abs. 1 SÜG alle fünf Jahre statt, es sei denn, während dieser Zeit würden sicherheitsrelevante Erkenntnisse bekannt.

b) Entscheidungskriterien

Die Überprüfung erstreckt sich auf die Frage, ob der Betroffene oder sein Ehegatte, Partner usw. ein Sicherheitsrisiko darstellt. § 5 Abs. 1 SÜG setzt dabei voraus, dass „tatsächliche Anhaltspunkte

1. Zweifel an der Zuverlässigkeit des Betroffenen bei der Wahrnehmung einer sicherheitsempfindlichen Tätigkeiten begründen oder
2. eine besondere Gefährdung durch Anbahnungs- und Werbeversuche fremder Nachrichtendienste, insbesondere die Besorgnis der Erpressbarkeit, begründen, oder
3. Zweifel am Bekenntnis des Betroffenen zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes oder am jederzeitigen Eintreten für deren Erhaltung begründen.“

⁶⁷ Wird das Ausfüllen der Erklärung verweigert, kann keine Entscheidung ergehen; der Betroffene wird so behandelt als bestünde ein Sicherheitsrisiko. Dasselbe gilt, wenn sich der Ehegatte, Lebenspartner oder Lebensgefährtin verweigert: *Engelien-Schulz* DÖD 2011, 102, 105. Für den letzten Fall zweifelnd *Adam* ZTR 2009, 569, 573.

Satz 2 fügt dem hinzu, ein Sicherheitsrisiko könne auch „aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte zur Person des Ehegatten, Lebenspartners oder Lebensgefährten vorliegen.“

Um diese Fragen abzuklären, kann das Bundesamt für Verfassungsschutz nach näherer Maßgabe des § 12 SÜG nicht nur die vom Betroffenen angegebenen sog. Referenzpersonen, sondern auch weitere geeignete Auskunftspersonen befragen. Es prüft dabei, ob die Angaben des Betroffenen zutreffen und ob – unabhängig davon – tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die auf ein Sicherheitsrisiko schließen lassen. § 12 Abs. 5 SÜG spricht darüber hinaus von der Einschaltung „anderer geeigneter Stellen“.

Bevor die Zulassung zu einer sicherheitsempfindlichen Tätigkeit wegen Sicherheitsbedenken abgelehnt wird, ist dem Betroffenen nach § 6 Abs. 1 Satz 1 SÜG Gelegenheit zu geben, sich persönlich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern. Dabei ist allerdings der sog. Quellenschutz zu gewährleisten. Dem Betroffenen werden daher keinerlei Indizien mitgeteilt, aus denen er schließen könnte, von wem eine bestimmte Information stammt. Nach § 6 Abs. 1 Satz 3 SÜG unterbleibt die Anhörung insgesamt, „wenn sie einen erheblichen Nachteil für die Sicherheit des Bundes oder eines Landes zur Folge hätte, insbesondere bei Sicherheitsüberprüfungen der Bewerber bei den Nachrichtendiensten des Bundes.“ Ehegatten, Lebenspartner und Lebensgefährten werden in gleicher Weise behandelt.

Kommt die mitwirkende Behörde, d. h. im Regelfall das Bundesamt für Verfassungsschutz zu dem Ergebnis, dass ein Sicherheitsrisiko vorliegt, so unterrichtet sie die zuständige Stelle. Die Entscheidung liegt dann bei dieser, doch ist eine Abweichung höchst unwahrscheinlich. Außerdem bestimmt § 14 Abs. 3 Satz 2 SÜG: „Im Zweifel hat das Sicherheitsinteresse

Vorrang vor anderen Belangen.“⁶⁸ Lehnt die zuständige Stelle die Betrauung mit der sicherheitsempfindlichen Tätigkeit ab, teilt sie dies dem Betroffenen mit (§ 14 Abs. 4 SÜG).

3. Handhabung durch die Rechtsprechung

Entscheidend ist, wie die Kriterien nach § 5 Abs. 1 SÜG gehandhabt werden. Die in § 5 Abs. 1 Nr. 1 SÜG angesprochene „Zuverlässigkeit“ des Betroffenen ist ein Kriterium von bemerkenswerter Weite, zumal § 5 Abs. 1 Nr. 3 SÜG deutlich macht, dass damit nicht die „politische Zuverlässigkeit“ im Sinne eines Bekenntnisses zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung gemeint ist. Die Offenheit dieses Kriteriums fällt umso stärker ins Gewicht, als bereits tatsächliche Anhaltspunkte für Zweifel an der Zuverlässigkeit genügen – und dies nicht nur beim Betroffenen, sondern auch beim Ehegatten, Lebenspartner oder Lebensgefährten. Wenn die Zweifel ihrerseits nur ein Niveau erreichen, das beim Entscheider Unsicherheit erzeugt, hat nach § 14 Abs. 3 Satz 2 SÜG das Sicherheitsinteresse Vorrang vor allen anderen Belangen.

Die Rechtsprechung betrifft im Wesentlichen die Bundeswehr und die Geheimdienste; Rückschlüsse auf andere Bereiche sind daher nicht zwingend, doch spricht einiges dafür, dass die Maßstäbe keine prinzipiell anderen sind.⁶⁹

a) Die Zeit des Kalten Krieges

Die – soweit ersichtlich – erste einschlägige Entscheidung des BAG⁷⁰ war durch rechtsstaatliches Denken geprägt. Ein bei einer Standortverwaltung der Bundeswehr beschäftigter Lagerarbeiter war auf Veranlassung des

⁶⁸ Ebenso für einen Fall der vor dem Inkrafttreten des SÜG erfolgten Sicherheitsüberprüfung BVerwG 8. 11. 1994 – 1 WB 64/94 – BVerwGE 103, 182 = NJW 1995, 740. Das LAG Köln (12. 11. 2007 – 2 Sa 904/07 – ZTR 2008, 401 und Juris) spricht zu Recht von einem Spezialfall der Verdachtskündigung.

⁶⁹ Für Gleichbehandlung *Engelien-Schulz* DöD 2011, 102, 106.

⁷⁰ 27. 9. 1960 – 3 AZR 171/58 – AP Nr. 1 zu § 1 KSchG Sicherheitsbedenken.

militärischen Sicherheitsdienstes „wegen Sicherheitsbedenken“ gekündigt worden. Dazu wurden keinerlei nähere tatsächliche Umstände vorgetragen. Wollte man dies genügen lassen, so das BAG, wäre der Rechtsschutz de facto ausgeschlossen. Die Kündigungsschutzklage hatte Erfolg.

Im nächsten Fall wurden dann die Sicherheitsbedenken im Einzelnen dargelegt, was uns Aufschluss über die damals angelegten Maßstäbe gibt.⁷¹ Im konkreten Fall ging es um einen früheren Hauptmann der Wehrmacht, der als „Platzmeister“ auf einem Schießplatz der Bundeswehr beschäftigt war. Seine geschiedene Frau und seine beiden erwachsenen Kinder wohnten in der DDR, doch war dies schon bei seiner Einstellung bekannt, so dass eine Kündigung schwerlich darauf gestützt werden konnte. Allerdings hatte der Kläger in den Jahren 1947/48 die Verpflichtung unterschrieben, der SED beizutreten, falls sie auch in West-Deutschland zugelassen würde. Obwohl dies im Kündigungszeitpunkt ca. 14 Jahre zurücklag, brach es ihm im Ergebnis das Genick. Sei die Erklärung ernst gemeint gewesen, wäre er auch heute noch ein Sicherheitsrisiko, insbesondere wegen einer möglichen Anwerbung durch östliche Geheimdienste. Habe er sie nur zum Schein abgegeben, weil er auf diese Weise eine Besuchserlaubnis erhalten habe und leichter seine Kinder hätte besuchen können, „so kann das die Befürchtung auslösen, dass ihm auch in anderer Situation der Kontakt mit seiner Familie wichtiger ist, als sein Verhalten nach Überzeugungstreue auszurichten.“ Man müsse dann von einer „gewissen Geschmeidigkeit seines Charakters“ ausgehen. Ob dies wirklich ein Unterscheidungsmerkmal gegenüber der großen Mehrheit seiner Mitbürger war?

Später ergab sich insoweit eine Veränderung, als der Entzug der VS-Ermächtigung und die Feststellung von Sicherheitsbedenken als selbständige Verwaltungsakte angesehen wurden, an die die Arbeitsgerichte – vom nie praktisch werdenden Fall der Nichtigkeit

⁷¹ BAG 28. 2. 1963 – 2 AZR 342/62 – AP Nr. 3 zu § 1 KSchG Sicherheitsbedenken.

abgesehen – gebunden waren. Dies ist auch heute unter dem SÜG der Fall,⁷² so dass sich die inhaltliche Auseinandersetzung auf die Verwaltungsgerichte verlagerte. Dort wurden eher noch strengere Maßstäbe angelegt, wie ein im Detail dokumentiertes Urteil des VG Köln aus dem Jahr 1981 belegt.⁷³

Ein Ingenieur war bei einer Rüstungsfirma beschäftigt, die sich dem Verteidigungsministerium gegenüber verpflichtet hatte, Verschlussachen nur solchen Betriebsangehörigen zugänglich zu machen, bei denen ein besonders Personenüberprüfungsverfahren stattgefunden hatte. Dieses war in den Grundzügen wie die heutige Sicherheitsüberprüfung ausgestaltet, so dass die inhaltliche Kompetenz letztlich beim Bundesamt für Verfassungsschutz lag. In seinem Antrag gab der Ingenieur an, er habe einen Onkel sowie einige Vettern in der DDR; außerdem wohnten dort seine Schwiegermutter und sein Schwager sowie weitere Verwandte seiner Frau. 1970 sei er zur Beerdigung seines Schwiegervaters, 1972 und 1976 zu Verwandtenbesuchen in der DDR gewesen. Er sei bereit, Reisen in den kommunistischen Machtbereich in Zukunft zu unterlassen.

Das Bundesamt für Verfassungsschutz hatte Bedenken. Bei der Überprüfung, in die auch „Auskunftspersonen“ eingeschaltet worden seien, habe sich ergeben, dass ein Vetter der Ehefrau beim MfS im höheren Dienst beschäftigt sei. Weiterhin sei festgestellt worden, dass seine Verwandten engagierte SED-Anhänger seien oder Berufe ausübten, die systemtreues Verhalten voraussetzten. Eine Tante der Ehefrau sei überzeugte Altkommunistin und beziehe eine Parteirente.

Der Ingenieur durfte dazu Stellung nehmen. Nicht ein Vetter, sondern der Sohn eines Veters seiner Ehefrau sei beim MfS beschäftigt. Zu diesem bestehe aber überhaupt kein Kontakt. Ihm sei auch nicht bekannt, dass von

⁷² S. zuletzt BAG 26. 11. 2009 – 2 AZR 272/08 – AP Nr. 225 zu § 626 BGB; LAG Köln 8. 7. 2010 – 13 Sa 152/10 – Juris.

⁷³ Sachverhalt und Entscheidungsgründe wiedergegeben bei Däubler, in: Staeck (Hrsg.), Alles unter Kontrolle, Göttingen 1983, S. 31 ff.

seinen Verwandten außer der fast 80 Jahre alten Tante irgendwer Mitglied der SED sei. Diese habe im Übrigen in Gesprächen zum Ausdruck gebracht, dass sie das heutige politische System in der DDR nicht als den Kommunismus ansehe, für den sie vor 1933 gekämpft habe. Sein weiteres Vorbringen wird im Urteil des VG Köln wie folgt wiedergegeben:

„Falls er die Ermächtigung nicht erhalte und entlassen werde, sei es aufgrund seines Alters so gut wie aussichtslos, eine neue Stelle zu erhalten. Da seine Ehe seit Jahren mit gewissen Spannungen belastet sei, erwäge er, sich von seiner Ehefrau scheiden zu lassen und eine seit Jahren mit ihm befreundete Frau zu heiraten, die keine Verwandtschaft in der DDR habe, wenn er unter dieser Voraussetzung die Ermächtigung zum Umgang mit Verschlussachen erhalte.“

Das Angebot verfiel nicht. Das Bundesamt für Verfassungsschutz meinte, er sei in seinen letzten Arbeitsstellen als „schwieriger, eigenwilliger, kritisch und unkollegial reagierender Querulant“ bezeichnet worden, diese Einschätzung werde durch den Scheidungsvorschlag bestätigt. Es wurde nicht bestritten, dass lediglich die Tante der SED angehörte, doch stünden eben zahlreiche Verwandte in besonderem Umfang „im Blickfeld der SED“. Auch soweit zu einzelnen Angehörigen kein oder kein ständiger Kontakt unterhalten werde, sei das davon ausgehende Sicherheitsrisiko unkalkulierbar.

Das Bundeswirtschaftsministerium lehnte den Antrag des Betroffenen ab. Die dagegen erhobene Klage blieb ohne Erfolg. Das Verwaltungsgericht meinte, die Abschätzung des „Sicherheitsrisikos“ erfordere eine Bewertung politischer Gesamtzusammenhänge, was besondere geheimdienstliche Erfahrungen voraussetze, die dem Gericht fehlen würden. Es könne deshalb nur überprüfen, ob der Sachverhalt richtig ermittelt, der Bewertungsmaßstab korrekt und der Beurteilungsspielraum nicht überschritten sei. Die Schlussfolgerungen des Bundesamts wurden als „plausibel und sachgerecht“ bezeichnet, die Verlässlichkeit der

Erkenntnisquellen spielte ersichtlich keine Rolle, auch nicht die Tatsache, dass zum MfS-Sohn des Veters keinerlei Kontakte bestanden.

„Kontaktschuld ohne Kontakt“ – eine immerhin bemerkenswerte argumentatorische Leistung. Das „Blickfeld der SED“ als Bereich, der Verdacht auslöst und ihn auf Personen überträgt, die mit den „Unberühmbaren“ vor einigen Jahren gesprochen und vielleicht Briefe mit ihnen gewechselt haben. Wer einmal „infiziert“ ist, hat – nicht anders als der Platzmeister bei der Bundeswehr - auch keine Heilungschance mehr. Selbst die Scheidung und damit das „Abstoßen“ des Stasi-Veters dritten Grades und der SED-Veteranin würden da nicht helfen. Es wäre sicherlich unsachlich und polemisch, wollte man darauf verweisen, dass die Scheidung von jüdischen oder halbjudischen Ehegatten zu früheren Zeiten durchaus einen „Reinigungseffekt“ bewirken konnte.

b) Der Zeitraum von 1990 bis zur Gegenwart

Aus den letzten zwanzig Jahren stammt ein recht großer Anteil der veröffentlichten Entscheidungen aus dem Bereich der Geheimdienste, wo man offensichtlich keine zusätzlichen Nachteile befürchtet, wenn man sich gegen bestimmte Maßnahmen gerichtlich zur Wehr setzt. In einer Entscheidung des OVG Nordrhein-Westfalen⁷⁴ ging es um einen beim Militärischen Abschirmdienst (MAD) beschäftigten Regierungsamtmann, der mit der Sicherheitsüberprüfung von Angehörigen der Bundeswehr befasst war. Er hatte einem Kollegen ein Darlehen in erheblicher Höhe gegeben, dies jedoch geheim gehalten, da das dadurch geschaffene Abhängigkeitsverhältnis nicht bekannt werden sollte. Gegen den Entzug der VS-Ermächtigung setzte er sich erfolglos zur Wehr. In einem anderen Fall war ein Angestellter des Verfassungsschutzes mit der Vorauswertung russischer Texte befasst, unterhielt jedoch privaten Kontakt zu seinem russischen Schwager, der im Verdacht stand, ein russischer Mafioso zu sein und der auch wegen einer Straftat nach dem Betäubungsmittelgesetz

⁷⁴ 13. 1. 1999 – 12 A 3882/96 – Juris.

rechtskräftig zu einer Haftstrafe verurteilt war, sich dieser jedoch durch Flucht ins Ausland entzogen hatte. Der Entzug der VS-Ermächtigung wurde von der Verwaltungsgerichtsbarkeit bestätigt. Das Kündigungsschutzverfahren wies die Besonderheit auf, dass der Kläger wegen langer Tätigkeit im öffentlichen Dienst unkündbar war und die Arbeitgeberseite nicht umfassend genug nach einer Weiterverwendung in einem nicht sicherheitsrelevanten Bereich gesucht hatte.⁷⁵

In anderen Entscheidungen wirkt der Ost-West-Gegensatz noch immer nach. Private Kontakte von Mitarbeitern des auswärtigen Dienstes mit Mitarbeitern des MfS wurden differenziert beurteilt.⁷⁶ Heiratet ein Offizier der Bundeswehr eine Ukrainerin oder eine Russin, so bringt er sich noch immer in Gefahr. Im Fall einer Ukrainerin verneinte das Bundesverwaltungsgericht im Gegensatz zur Bundeswehr ein Sicherheitsrisiko, weil die in Kiew verbliebenen Verwandten als leitende Mitarbeiter der privatisierten Verkehrsbetriebe keinerlei Meldepflichten zu erfüllen hatten.⁷⁷ Anders wurde jedoch bei einer Russin entschieden, deren Bruder in der russischen Armee Dienst tat.⁷⁸ Die Heirat mit einer Chinesin scheint demgegenüber weniger risikobehaftet. Im konkreten Fall ging es um einen Rüstungsbetrieb, dessen Leitung bei der Einstellung des Arbeitnehmers wusste, dass seine Lebensgefährtin in China lebte und er sie vor Arbeitsantritt heiraten wollte. Ohne Einschaltung der Sicherheitsbehörden erhielt der Betroffene ein Schreiben, in dem es hieß: „Die Geschäftsleitung hat festgelegt, dass Sie ein Sicherheitsrisiko für die Firma A... sind.“ Im Folgenden wird dies mit einer besonderen Gefahr für Anwerbungsversuche chinesischer Nachrichtendienste begründet; außerdem bestehe das Risiko, dass seine Frau und ihr Kind entführt und er

⁷⁵ BAG 26. 11. 2009 – 2 AZR 272/08 – AP Nr. 225 zu § 626 BGB. Grundsätzlich zustimmend *Engelien-Schulz* DÖD 2011, 106

⁷⁶ BVerwG 27. 8. 1997 – 1 D 19/96 – Juris mwN.

⁷⁷ BVerwG 9. 12. 1999 – 1 WB 60/99, 1 WB 61/99 - ZBR 2000, 127 = NVwZ-RR 2000, 305.

⁷⁸ BVerwG 9. 11. 1994 – 1 WB 10/94, zitiert bei BVerwG a. a. O. (soweit ersichtlich unveröffentlicht).

dann zu Aussagen erpresst würde. Das LAG Schleswig-Holstein erklärte die Kündigung für rechtswidrig.⁷⁹

4. Bewertung

Wer in einem sicherheitsempfindlichen Bereich tätig ist, muss sich eine eingehende Überprüfung gefallen lassen. Die private Lebensführung unterliegt in beträchtlichem Umfang der mittelbaren oder unmittelbaren Kontrolle des Arbeitgebers.⁸⁰ Neben den genannten Beispielen ist der Fall der Überschuldung zu erwähnen; auch sie kann wegen des höheren Anwerbungsrisikos negative Konsequenzen haben.⁸¹ Weiter sollte man Reisebeschränkungen tunlichst einhalten.⁸²

Aus den veröffentlichten Entscheidungen wird nicht deutlich, dass der Betroffene bei einer vorherigen Anhörung wie auch im Zusammenhang mit dem Bescheid selbst nur einen Teil der Erwägungen erfährt, die für die Behörde maßgebend waren. Auch das Verwaltungsgericht war lange Zeit durch § 99 Abs. 2 Satz 1 VwGO gehindert, die Sicherheitsbehörden zur Vorlage aller Unterlagen zu zwingen; der Quellenschutz hatte Vorrang. Die darin liegende Verkürzung des Rechtsschutzes ist vom BVerfG als Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG qualifiziert worden.⁸³ Allerdings hat es sich nicht für eine volle Transparenz entschieden. Vielmehr seien im Wege der praktischen Konkordanz die durch Art. 19 Abs. 4 GG geschützten Interessen des Einzelnen mit dem staatlichen Geheimhaltungsinteresse, das sich insbesondere auf den Schutz der Quellen beziehe, in Einklang zu bringen.⁸⁴ Dies führt dazu, dass ein sog. In-Camera-Verfahren durchgeführt wird, in dem zwar das Gericht, nicht aber der Betroffene und sein

⁷⁹ LAG Schleswig-Holstein 22. 6. 2011 – 3 Sa 95/11 – AuR 2011, 374 (Leitsatz) und Juris.

⁸⁰ Vgl. *Engelien-Schulz* DÖD 2011, 104: „Angesichts der Unteilbarkeit einer Persönlichkeit hat es keine Bedeutung, ob das Verhalten ... während der Arbeitszeit oder außerhalb dieser hervortrat.“

⁸¹ BVerwG 30. 1. 2001 – 1 WB 119/00 - NVwZ-RR 2001, 520; *Engelien-Schulz* DÖD 2011, 104.

⁸² BVerwG 16. 11. 1973 – 1 WB 74.73 – BVerwGE 46, 190 ff. Dazu auch Riegel ZTR 1994, 316, 325 f.

⁸³ BVerfG 27. 10. 1999 – 1 BvR 385/90 - BVerfGE 101, 106 ff.; dazu auch *Soost*, in: Müller-Heidelberg u. a. (Hrsg.), Grundrechte-Report, Reinbek 2000, S. 146.

⁸⁴ BVerfGE 101, 106, 124 ff.

Prozessvertreter Kenntnis von den zugrunde liegenden Tatsachen erhält. Dem ist durch eine entsprechende Neufassung des § 99 Abs. 2 VwGO Rechnung getragen worden. Unter diesen Umständen kann das Gericht nur eine Art Schlüssigkeitsprüfung vornehmen, ist jedoch nicht in der Lage, subjektiv motivierte Falschaussagen von Informanten zu erkennen, die beispielsweise mit dem Betroffenen persönlich verfeindet sind. Konsequenter ist man insoweit im Strafverfahren, wo trotz des auch dort bestehenden Bedürfnisses nach Quellenschutz ein In-Camera-Verfahren nicht akzeptiert wird.⁸⁵ Von den Konsequenzen für den Einzelnen her kann der Verlust des Arbeitsplatzes insbesondere bei hoher Spezialisierung sehr viel einschneidender sein als eine zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe oder eine Geldstrafe. Insoweit bedarf die geltende Rechtslage der Revision.

V. Ausgrenzung von „Feinden“ aus dem Arbeitsmarkt

Bei gefährlichen Technologien und Dienstleistungen sowie in sicherheitsempfindlichen Bereichen ist die Natur der Arbeit Anknüpfungspunkt für öffentlich-rechtliche Regeln, die das traditionelle Arbeitsrecht partiell außer Kraft setzen und gegen die nur schwacher Rechtsschutz in Anspruch genommen werden kann. Daneben gibt es strukturell vergleichbare Fälle, in denen eine bestimmte Gruppe von Menschen als „gefährlich“ qualifiziert und deshalb von vielen (oder allen) Tätigkeiten ausgeschlossen wird. Wichtigstes Beispiel sind in der Geschichte der Bundesrepublik Personen mit kommunistischer Einstellung oder kommunistischer Parteimitgliedschaft (unten 1); aktuelle Bedeutung besitzt das EU-rechtliche Verbot, mit Personen Rechtsgeschäfte zu tätigen, die sich auf einer sog. Antiterrorliste befinden (unten 2).

1. Kommunisten

a) Die Zeit von 1949 bis 1968

⁸⁵ BGH 11. 2. 2000 – 3 StR 377/99 - NJW 2000, 1661.

Die Bundesregierung hatte schon am 19. September 1950 einen Beschluss gefasst, wonach jede Unterstützung von Bestrebungen gegen die freiheitliche demokratische Staatsordnung mit der Tätigkeit als Beamter oder Arbeitnehmer des Bundes unvereinbar war. Dies sollte insbesondere in Bezug auf die „auf Gewalthandlungen abzielenden Beschlüsse des 3. Parteitages des kommunistischen SED“ und des sog. „National-Kongresses“ gelten.⁸⁶ Im Folgenden wurden neben KPD und FDJ zahlreiche Organisationen genannt, deren Unterstützung untersagt war. Ob auch schon die bloße Mitgliedschaft genügte, blieb in der Rechtsprechung der folgenden Jahre umstritten.⁸⁷ Die Länder fassten bis auf das damalige Württemberg-Hohenzollern ähnliche Beschlüsse. Wie viele Personen betroffen waren und ihren Arbeitsplatz verloren, lässt sich den vorliegenden Veröffentlichungen nicht entnehmen.

Auch in der Privatwirtschaft kam es schon längst vor dem KPD-Verbot im Jahre 1956 zu zahlreichen Entlassungen. Kommunistische Betätigung im Betrieb wurde als „Störung des Betriebsfriedens“ qualifiziert und führte auch bei Betriebsratsmitgliedern zu fristlosen Kündigungen. Die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte bietet zahlreiches Anschauungsmaterial.⁸⁸ Am bekanntesten ist eine BAG-Entscheidung, die sich mit einer erstaunlich einfallsreichen Werbemaßnahme der KPD zu befassen hatte: Ein Arbeitnehmer hatte kleine Flugblätter verteilt, deren eine Seite wie ein 10-Mark-Schein aussah und deren andere Seite mit kommunistischen Parolen bedruckt war.⁸⁹ Die Adressaten hatten sich darüber amüsiert; zu irgendwelchen Protestaktionen oder gar Arbeitsunterbrechungen war es nicht gekommen. Gleichwohl bestätigte das BAG die unmittelbar daraufhin ausgesprochene fristlose Kündigung: Bei

⁸⁶ Wortlaut des Beschlusses bei v. *Brünneck*, Politische Justiz gegen Kommunisten in der Bundesrepublik Deutschland 1949 – 1968, Mit Vorwort von Erhard Denninger, Frankfurt/Main 1978, S. 54 f. Der Beschluss richtete sich auch gegen Rechtsradikale, die jedoch quantitativ überhaupt nicht ins Gewicht fielen (v. *Brünneck*, S. 237).

⁸⁷ V. *Brünneck*, S. 56.

⁸⁸ LAG Bayern in Nürnberg, 16. 10. 1957 – Ber. Reg. N 170/57/V – BB 1958, 43: „Staatsfeindliche Äußerung vor Betriebsratswahl“; LAG Berlin, 11. 12. 1951 – 2 LAG 622/51 – BB 1952, 172: Verteilung verbotener Schriften; LAG Tübingen, 29. 11. 1951 – Ta 3/51 – BB 1952, 58: Gefährdung des Arbeitsfriedens durch Verteilung von Flugblättern

⁸⁹ BAG 3. 12. 1954 – 1 AZR 150/54 - AP Nr. 2 zu § 13 KSchG.

der Gefährdung des Betriebsfriedens komme es nicht nur auf die Einstellung der Arbeitnehmer an, sondern auch auf die des Arbeitgebers, „der genauso zum Betrieb gehöre wie der Arbeitnehmer“. Die „Störung des Betriebsfriedens“ wird so unter der Hand zu einer „Störung des Arbeitgebers.“ Auch der christliche Gedanke der „Läuterung“ fand keine Gnade: Der Anstellungsvertrag eines kaufmännischen Direktors konnte noch 1952 wegen Irrtums über eine „verkehrswesentliche Eigenschaft“ nach § 119 Abs.2 BGB angefochten werden, weil er von 1945 bis 1947 KPD-Mitglied und für diese Partei als Stadtverordneter tätig, dann aber ausgetreten war.⁹⁰ Dass für die „kommunistischen Verfassungsfeinde“ eben besondere Regeln galten, wird sogar an einer Entscheidung deutlich, die ansonsten volle Anerkennung verdient: Bei einem privaten Treffen von Arbeitskollegen in einem Café hatte einer deutliche Kritik an einem Vorgesetzten geübt und ein anderer „politisch anfechtbare“ Äußerungen getan. Ein weiterer Teilnehmer informierte die Leitung von der Kritik und den Personalrat von den politischen Ansichten. Das BAG⁹¹ bestätigte die Kündigung des Denunzianten wegen Bruchs der Vertraulichkeit (was manchen heutigen Befürwortern von „Hotlines“ ins Stammbuch geschrieben werden sollte), machte aber für den Fall eine Ausnahme, das „ein Kollege von den Plänen eines andern Kollegen erfährt, die Verfassung zu untergraben.“ Hier hätte also der Persönlichkeitsschutz zurücktreten müssen. Auch die in den 1970-er Jahren ergangene Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zur Verteilung von Exemplaren der kommunistischen Zeitung „UZ“ durch einen Bankangestellten gehört in diese Reihe: Obwohl alles in der Freizeit und fernab vom Arbeitsplatz in einer Filiale geschah und obwohl die in der UZ enthaltene Kritik an den Banken unschwer auch in der „Süddeutschen Zeitung“ hätte stehen können, wurde eine verhaltensbedingte Kündigung bejaht.⁹² Eine Benachteiligung wegen der politischen Anschauung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 GG liege nicht vor, da diese voraussetze, dass die Kündigung „nur“ wegen dieses

⁹⁰ LAG Hamm, 30. 4. 1953 – 2 Sa 532/52 – BB 1953, 501.

⁹¹ 21. 10. 1965 – 2 AZR 2/65 – AP Nr. 5 zu § 1 KSchG verhaltensbedingte Kündigung

⁹² BAG 28. 9. 1972 – 2 AZR 469/71 – AP Nr. 2 zu § 134 BGB. Zur Zurückweisung der Verfassungsbeschwerde s. *Däubler*, Die Quelle 1975, 219 ff.

Grundes ausgesprochen worden sei. Wer dagegen eine pazifistische Plakette trug – und dies sogar während der Arbeit als Lufthansabeschäftigter – konnte demgegenüber bei den Arbeitsgerichten mit Verständnis rechnen; von einer Störung des Betriebsfriedens war (mit Recht) in späteren Jahren nicht mehr die Rede.⁹³

In den 1950-er und 1960-er Jahren war die Betätigung für kommunistische Ziele im Betrieb nur ein möglicher Grund, um politisch unerwünschte Personen aus dem Betrieb zu entfernen. Viel wichtiger waren strafrechtliche Ermittlungsverfahren und strafrechtliche Verurteilungen wegen „Staatsgefährdung“. Das hierzu verfügbare Anschauungsmaterial ist so umfangreich, dass es hier nicht im Einzelnen ausgebreitet werden kann.⁹⁴ Hervorzuheben ist Folgendes:

Der Bereich des Strafbaren wurde im Jahre 1951 weit nach vorne verlagert.⁹⁵ Es ging nicht allein um den Verrat von Staatsgeheimnissen (Landesverrat) oder um die Vorbereitung eines Umsturzes (Vorbereitung zum Hochverrat). Vielmehr wurden in einem besonderen Abschnitt im StGB staatsgefährdende Handlungen unter Strafe gestellt, die oft Verhalten betrafen, das man heute als völlig harmlos ansehen würde. Als Beispiel mag man die Anfrage eines Doktoranden beim Bundeskriminalamt anführen, der sich nach der Zahl der polizeilichen Ermittlungsverfahren in Verfahren wegen politischer Delikte erkundigte. Wie sein Doktorvater, der spätere Bundesinnenminister Werner Maihofer, in einem „Panorama“-Interview 1965 mitteilte, erhielt er statt der gewünschten Informationen einen Besuch der politischen Polizei.⁹⁶ In der Zeit nach dem KPD-Verbot war es eine strafbare Fortführung der aufgelösten Partei, wenn sich drei

⁹³ Hessisches LAG, 21. 9. 1990 – 13 Sa 612/89 - LAGE Art. 5 GG Nr. 4

⁹⁴ Umfassend v. *Brünneck*, (oben Fn.86). S. weiter *Posser*, Politische Strafjustiz aus der Sicht des Verteidigers, Karlsruhe 1961; *Richard Schmid*, Einwände, Stuttgart 1965, S. 14 ff.; *Lutz Lehmann*, Legal & Opportun. Politische Justiz in der Bundesrepublik, Berlin 1966; *Baumgarte*, Politische Strafjustiz in Niedersachsen, 1966; *Pfannenschwarz/Schneider*, Das System der strafrechtlichen Gesinnungsverfolgung in Westdeutschland, Berlin 1965. Lesenwert auch die Entscheidungsrezensionen von *R. Hoffmann* KJ 1969, 71 ff. und *J. Meyer* KJ 1971, 328 ff.

⁹⁵ Zu den Vorarbeiten s. *Kern*, NJW 1950, 667 ff. (mit durchaus kritischem Unterton).

⁹⁶ Mitgeteilt bei Lehmann (Fn. 94) S. 108.

frühere Parteimitglieder in einer Wohnung trafen, um über gemeinsame Aktionen zu beraten. Im konkreten Fall⁹⁷ war allerdings der zu Hause Besuchte in die Absichten seiner beiden alten Bekannten nicht eingeweiht und hatte es auch abgelehnt, sich auf konspirative Gespräche einzulassen. Dennoch wurde er wegen des Verdachts eines Vergehens nach §§ 42, 47 BVerfGG verhaftet und erst nach vier Wochen gegen Auflagen auf freien Fuß gesetzt. Im Strafverfahren selbst wurde er mangels Beweises freigesprochen. Sein Arbeitgeber hatte noch während der Haft eine Verdachtskündigung ausgesprochen, die das Landesarbeitsgericht im Hinblick auf den Freispruch für rechtswidrig erklärt hatte. Anders ging das BAG mit dem Verdacht um. Nach der Lebenserfahrung würde dieser weiter bestehen, auch sei der Betroffene kurz vor dem Vorfall in der sowjetisch besetzten Zone gewesen. Weiter habe man bei der Haussuchung mehrere kommunistische Schriften gefunden. Eine Benachteiligung wegen politischer Überzeugung liege nicht vor, wenn man diese bei der Beurteilung eines Verdachts mitberücksichtige – eine bemerkenswerte Handhabung des Begriffs der „Benachteiligung“. Schlichte Gespräche mit Abgesandten von DDR-Organisationen wurden häufig als staatsgefährdender Nachrichtendienst nach § 92 StGB qualifiziert.⁹⁸

Die Vorverlegung der Strafbarkeitsgrenze gewann dadurch zusätzliche Bedeutung, dass die Schwelle für die Einleitung eines staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens sehr niedrig angesetzt wurde. Vorsichtige Schätzungen gehen für die Jahre 1949 – 1968 von 125.000 Verfahren aus.⁹⁹ Nur in ca. 3,5 % aller Fälle kam es zu Verurteilungen, während diese Zahl bei allen „nicht-politischen“ Verfahren bei gut 16 % lag.¹⁰⁰ Arbeitsrechtlich hatte dies zur Folge, dass sehr häufig eine „Verdachtssituation“ geschaffen wurde, die nach der Rechtsprechung des BAG eine Kündigung rechtfertigen konnte. Politisch ergab sich ein (sicherlich nicht ganz ungewollter) Einschüchterungseffekt.

⁹⁷ BAG, 23. 2. 1961 – 2 AZR 187/59 – AP Nr. 9 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung.

⁹⁸ Material dazu bei Posser, S. 18 ff.

⁹⁹ V. Brünneck (Fn. 86) S. 242.

¹⁰⁰ Angaben nach v. Brünneck, S. 243 f.

b) Die Zeit von 1968 - 1990

Nach der Neugründung der DKP im Jahre 1968 und im Gefolge der Entspannungspolitik wurde die Instrumentalisierung des Strafrechts aufgegeben. Was blieb, waren bis zu den politischen Umbrüchen in den Jahren 1989 bis 1991 die sog. Berufsverbote, d. h. die Unvereinbarkeit zwischen der Betätigung für die DKP und für mit ihr sympathisierende Organisationen auf der einen Seite und der Beschäftigung im öffentlichen Dienst auf der anderen Seite. Im Beamtenrecht steuerte das Bundesverwaltungsgericht einen harten Kurs und erkannte auf die Disziplinarstrafe der Entfernung aus dem Dienst, wenn ein Beamter für eine „verfassungsfeindliche“ Partei zum Bundestag oder zum Landtag kandidiert hatte, ohne dass ihm irgendwelche anderen verfassungsfeindlichen Aktivitäten zur Last gelegt werden konnten.¹⁰¹ Es ging damit über die Rechtsprechung des BVerfG hinaus, das eine umfassende Einzelfallprüfung forderte und überdies verlangte, dass der Pflichtverstoß von einigem Gewicht war.¹⁰² Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in dieser Rechtsprechung einen Verstoß gegen die Meinungsfreiheit nach Art. 10 EMRK gesehen,¹⁰³ so dass man sie heute als obsolet ansehen muss.

Das BAG verfolgte von vorne herein eine andere Linie und differenzierte je nach Bedeutung und Funktion der ausgeübten Tätigkeit.¹⁰⁴ Danach hat zwar ein Vertragslehrer dieselben Anforderungen wie ein beamteter Lehrer zu erfüllen, doch stellt sich die Situation z. B. bei technischen Angestellten und bei Schreibkräften anders dar.¹⁰⁵ Bemerkenswert ist, dass die Kündigung meist daran scheiterte, dass sich die fraglichen Personen bei der

¹⁰¹ BVerwG 10. 5. 1984 – 1 D 7/83 – BVerwGE 76, 157 ff. – Fall Meister. S. bereits zuvor BVerwG 29. 10. 1981 – 1 D 50/80 – BVerwGE 73, 263 ff. sowie *Siemantel/Wohlfahrt* (Hrsg.), Der Fall Hans Peter. Entlassung eines „Verfassungsfeindes“. Dokumentation und Analyse, Köln 1982.

¹⁰² BVerfG 20. 5. 1975 – 2 BvL 13/73 – BVerfGE 39, 334 ff.

¹⁰³ EGMR 26. 9. 1995 – 7/1994/454/535 – AuR 1995,471 ff. – Fall Dorothea Vogt.

¹⁰⁴ Grundlegend BAG 31. 3. 1976 – 5 AZR 104/74 – NJW 1976, 1708; zuletzt BAG 13. 10. 1988 – 6 AZR 144/85 – NZA 1989, 716 ff. und 28. 9. 1989 – 2 AZR 317/86 – AP Nr. 24 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung

¹⁰⁵ S. etwa BAG 20. 7. 1989 – 2 AZR 114/87 – AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969 Sicherheitsbedenken (DKP-Mitglied als Fernmeldehandwerker) und BAG 12. 3. 1986 – 7 AZR 468/81 – Juris (KBW-Mitglied als Fernmeldehandwerker).

Erfüllung ihrer Aufgaben als hundertprozentig korrekt erwiesen hatten – insoweit haben sie vermutlich darauf verzichtet, ihre kritischen politischen Überzeugungen in den Unterricht oder andere Aufgaben einfließen zu lassen.¹⁰⁶

c) Einschätzung

Die Ausgrenzung von Kommunisten aus dem Arbeitsmarkt erfolgte in der Perspektive, durch präventive Maßnahmen eine grundlegende Veränderung der bestehenden Ordnung zu verhindern. Es ging nicht um technische oder finanzielle, sondern um politische Risiken (wie real oder unreal sie auch gewesen sein mögen). Auch hier wurde die Trennung zwischen Arbeit und Privatleben weitgehend aufgegeben. Auch hier wurde – jedenfalls in der Zeit bis 1968 – der Rechtsschutz verkürzt: Der Zeuge vom Hörensagen wurde von den Gerichten grundsätzlich akzeptiert, ebenso ein umfassender Quellenschutz, ohne dass es auch nur im Entferntesten so etwas wie das heutige In-Camera-Verfahren gegeben hätte.¹⁰⁷ Ein Unterschied bestand insoweit, als die Rechtsstellung des Arbeitgebers im Grundsatz erhalten blieb: Es gab – anders als etwa in sicherheitsempfindlichen Bereichen – kein Verbot, bestimmte „nicht zertifizierte“ Menschen zu beschäftigen. Angesichts der antikapitalistischen Ausrichtung der kommunistischen Programmatik und des hohen Stellenwerts konsequenter betrieblicher Interessenvertretung dürfte es allerdings nur ganz ausnahmsweise Arbeitgeber gegeben haben, die dem keine Bedeutung zumaßen.

2. Terroristen und ihre Unterstützer

Auch die Bekämpfung des islamistischen Terrorismus greift in traditionelle arbeitsrechtliche Strukturen ein. Maßgebende Rechtsgrundlagen sind zwei EG-Verordnungen, die in allen Mitgliedstaaten unmittelbar gelten. Zum einen handelt es sich um die „Verordnung (EG) Nr. 2580/2001 des Rates

¹⁰⁶ Anschauungsmaterial bietet etwa BAG 28. 9. 1989 – 2 AZR 317/86 – AP Nr. 24 zu § 1 KSchG 1969 verhaltensbedingte Kündigung.

¹⁰⁷ Einzelheiten bei v. *Brünneck* (Fn. 86), S. 250 ff.; *Richard Schmid* (Fn. 94), S. 53 ff.

vom 27. Dezember 2001 über spezifische, gegen bestimmte Personen und Organisationen gerichtete restriktive Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus“¹⁰⁸, zum ändern um die „Verordnung (EG) Nr. 881/2002 des Rates vom 27. Mai 2002 „über die Anwendung bestimmter spezifischer restriktiver Maßnahmen gegen bestimmte Personen und Organisationen, die mit Osama bin Laden, dem Al-Qaida-Netzwerk und den Taliban in Verbindung stehen.“¹⁰⁹ Zentraler Inhalt beider Verordnungen ist das „Einfrieren“ aller Vermögenswerte, die den im jeweiligen Anhang aufgeführten Organisationen und natürlichen Personen gehören.¹¹⁰ Diese unterliegen damit umfassenden Verfügungsbeschränkungen; sie bleiben formal Rechtsinhaber, können aber keinerlei Dispositionen treffen. An jedermann richtet sich das Verbot, dem fraglichen Personenkreis keinerlei wirtschaftlichen Ressourcen zur Verfügung zu stellen (sog. Bereitstellungsverbot). Die Anhänge beider Verordnungen werden an den jeweiligen Erkenntnisstand angepasst; bei der VO 2580/2001 geschah dies bisher 28, bei der VO 881/2002 sogar 146 Mal.¹¹¹ Wäre ein in Deutschland beschäftigter Arbeitnehmer mit einer „gelisteten“ Person identisch, dürfte an ihn nicht einmal mehr das laufende Gehalt ausbezahlt werden; eine Weiterbeschäftigung wäre ausgeschlossen.¹¹² Schon der Verdacht, mit einer auf der Liste stehenden Person identisch zu sein, könnte zu einer Kündigung führen.¹¹³

Das Einfrieren aller Vermögensgegenstände und das Bereitstellungsverbot laufen auf einen sog. bürgerlichen Tod hinaus, wie ihn das französische Recht bis 1854 für Personen vorsah, die zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe verurteilt wurden.¹¹⁴ Dem Betroffenen wird die Stellung eines Marktbürgers entzogen. Lediglich die VO 2580/2001 sieht in ihrem Art. 5

¹⁰⁸ ABI v. 28. 12. 2001 L 344/70

¹⁰⁹ ABI v. 29. 5.2002, L 139/9.

¹¹⁰ Art. 2 Abs. 1 lit. a VO 2580/2001, Art. 2 Abs. 1 VO 881/2002.

¹¹¹ Mitgeteilt bei *Otto/Lampe* NZA 2011, 1135, die sarkastisch bemerken, beim internationalen Terrorismus schein es sich um einen relativ volatilen Wachstumsmarkt mit einer Vielzahl von Akteuren zu handeln.

¹¹² S. etwa *Raif*, Auswirkungen von Sanktionslisten auf das Arbeitsverhältnis, Hamburg 2010, S. 39 ff.

¹¹³ Für eine solche Verdachtskündigung *Raif*, S. 118 ff.

¹¹⁴ Näher *Däubler*, BGB kompakt, 3. Aufl., München 2008, Kap. 4 Rn 9.

Abs. 2 vor, dass die nationalen Behörden aus humanitären Gründen einzelne Ausnahmen bewilligen können; gleichwohl ist die wirtschaftliche Existenz des Betroffenen weitgehend vernichtet, wenn sich sein Name längere Zeit auf der Liste befindet.¹¹⁵

Handelt es sich bei einer auf der Liste aufgeführten Person um jemanden, der der Unterstützung terroristischer Aktivitäten verdächtig ist, so greifen Strafrecht und Strafprozessrecht ein. Fälle dieser Art sind unproblematisch. Anders verhält es sich bei allen denjenigen, die die Grenze zur Strafbarkeit nicht überschritten haben, sich aber gleichwohl auf einer Liste befinden: Sie werden mit existentiellen Sanktionen belegt, ohne dass man ihnen mehr vorwerfen kann, als dass sie sich „irgendwie“ verdächtig gemacht haben. Die Informationen, die zur Listung führen, dürften aus geheimdienstlichen Quellen stammen. Sie werden weder dem Betroffenen noch Dritten bekannt gegeben. Angesichts der Tatsache, dass sich die EU rechtsstaatlichen Prinzipien verpflichtet fühlt, hat der EuGH den Rat verpflichtet, einzelne Personen von der Liste zu streichen.¹¹⁶ Im bekannten Fall Kadi dauerte es allerdings von 2001 bis 2008, ehe die Bemühungen des Betroffenen zum Erfolg führten.¹¹⁷ Die Gültigkeit der Regelungen als solche wurde nicht in Frage gestellt.¹¹⁸ Immerhin stehen die Betroffenen ja besser als die in Guantánamo Inhaftierten, da sie in Freiheit belassen werden.

Die Situation ist insofern eine andere als die unter 1 geschilderte, als es unter den in Deutschland tätigen Arbeitnehmern praktisch niemanden gibt, der für Al Qaida oder die Taliban Sympathien entwickeln oder sie gar unterstützen würde. Dennoch ist das Antiterror-Regelwerk von erheblicher arbeitsrechtlicher Bedeutung. Deutsche Unternehmen, die ihre Produkte

¹¹⁵ Ebenso Generalanwalt *Maduro* in der Rs EuGH C-402/05 P und C-415/05 P, EuGRZ 2008, 103, 112 Tz 47: „Die Folgen für den Betroffenen sind potentiell vernichtend, selbst wenn für den Grundbedarf und den Lebensunterhalt gesorgt ist.“

¹¹⁶ EuGH 3. 9. 2008 –C-402/05 P und C-415/05 P – EuGRZ 2008, 480 ff. - Kadi; EuGH 29. 6. 2010 – Rs. C-550/09 – EuGRZ 2010, 289 – DHKP-C

¹¹⁷ S. EuGH a. a. O. Ziff. 31.

¹¹⁸ Zum Diskussionsstand s. *Raif*, S. 26 ff.

über die EU-Grenzen hinaus exportieren wollen, benötigen ein sog. AEO-Zertifikat, das von den Zollbehörden gewährt wird.¹¹⁹ Es sichert eine bevorzugte Abfertigung beim Zoll und damit einen wichtigen (zeitlichen) Vorteil im Wettbewerb mit anderen Anbietern. Dieses AEO-Zertifikat bekommt man nur, wenn die Liste über das eingesetzte Personal mit den Antiterrorlisten der EU abgeglichen wurde. Für die Beschäftigten ergibt sich das Risiko, aufgrund einer realen oder einer möglichen Namensgleichheit in die „Sanktionsmühle“ zu geraten. Wie man mit Hilfe eines sachkundigen Rechtsanwalts wieder herauskommt, ist nirgends geregelt. Dafür schließt aber Art. 6 der VO 881/2002 die Haftung der das Einfrieren anordnenden Stellen aus, sofern sie nicht „erwiesenermaßen nachlässig“ gehandelt haben. Muss man daraus nicht den Schluss ziehen, dass es zum allgemeinen Lebensrisiko gehört, wenn man als Unbeteiligter vorübergehend seine Rechte als Marktbürger verliert und damit einen „bürgerlichen Tod“ erleidet?

In der Literatur wird die Auffassung vertreten, es bestehe für alle Unternehmen die Pflicht, ein „Terrorlistenscreening“ ihrer Mitarbeiter vorzunehmen, da andernfalls eine Bestrafung nach § 34 AWG drohe.¹²⁰ Dies lässt sich zwar nicht wirklich begründen,¹²¹ deutet aber eine potentielle Entwicklungsrichtung an. Das FinG Düsseldorf¹²² bejaht das Recht der Zollbehörden, die Erteilung des AEO-Zertifikats von einem solchen Screening abhängig zu machen. Dem Betriebsrat steht ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG zu,¹²³ mit dessen Hilfe er sicherstellen kann, dass zu Unrecht in Verdacht Geratenen das Existenzminimum bleibt und dass sie sachkundigen Rechtsbeistand

¹¹⁹ AEO steht für „Acknowledged Economic Operator“ = Anerkannter Wirtschaftsbeteiligter.

¹²⁰ *Roeder/Buhr* BB 2011, 1333 f.

¹²¹ S. *Däubler-Gmelin* DuD 2011, 455

¹²² 1. 6. 2011 – 4 K 3063/10 Z – DuD 2011, 735; dazu kritisch, aber im Ergebnis zustimmend *Roeder/Buhr* BB 2012, 193 ff

¹²³ *Däubler-Gmelin* DuD 2011, 458; *Klebe* (Rn 27) § 87 Rn 197; *Raif*, S. 203; a. A. *Otto/Lampe* NZA 2011, 1138; *Roeder/Buhr* BB 2011, 1336.

erhalten, um sich möglichst schnell aus ihrer misslichen Lage befreien zu können.¹²⁴

VI. Zusammenfassung

Die Stellung abhängig Beschäftigter wird immer stärker durch öffentlich-rechtliche Vorgaben geprägt, die sich am Gedanken technischer, finanzieller und politischer Sicherheit orientieren. Ein offener Diskurs darüber, ob es um reale oder vermeintliche Gefahren geht, ist schwierig, im Zusammenhang mit der Terrorismusbekämpfung praktisch unmöglich. Die überkommenen Strukturen des Arbeitsrechts, die ein gewisses Maß an Freiheit und sozialer Sicherheit garantieren, müssen zurücktreten. Die wissenschaftliche Diskussion hat dies bisher mehr oder weniger verdrängt – sie sollte sich bewusst werden, dass das Gärtchen, das sie bestellt, immer kleiner wird. Zwar betrifft das „Sicherheitsrecht“ heute nur einen kleinen Teil der Beschäftigten – aber die Möglichkeit, weite Bereiche des Wirtschaftslebens für sicherheitsrelevant zu erklären und das Terrorlistenscreening zu einer universellen Praxis zu machen, zeigt, dass aus der Ausnahme jederzeit eine Regel werden kann.

¹²⁴ Einzelheiten bei *Däubler-Gmelin* DuD 2011, 459 ff.