

den. Im Rahmen einer empirischen Studie gingen Bruchmüller und Deller²¹ der Frage nach, wann Vergütungssysteme als gerecht beurteilt werden. Hierzu wurden 71 außertariflich bezahlte Fach- und Führungskräfte der Deutschen Bahn, der HSH-Nordbank AG und der Daimler-Chrysler AG befragt. Als bedeutsamstes Kriterium für die Einschätzung der Verfahrensgerechtigkeit erwies sich die „Systemtransparenz“, gefolgt von der „Konsistenz“ (Chancengleichheit aller am System Beteiligten) und der „einfachen Struktur“. Andere Kriterien, wie z. B. „Korrekturmöglichkeiten“, spielten eine deutlich geringere Rolle bei der Beurteilung der Verfahrensgerechtigkeit. Neben der Beurteilung der Verfahrensgerechtigkeit ist es für die Gestaltung des Beurteilungs- und Belohnungssystems selbstverständlich auch bedeutsam, inwieweit mit dem System das Verhalten der Mitarbeiter zielorientiert gesteuert werden kann. Auch dieser Aspekt spricht für einfache Systeme, da so der Mitarbeiter schneller und besser verstehen kann, was die Organisation und der Vorgesetzte von ihm erwartet. Schließlich ist darauf zu verweisen, dass die Beurteilungs- und Belohnungssysteme kein Selbstzweck an sich sind. Mit dem Führungsinstrument „materielle Leistungsanreize“ soll ein Nutzen – hier: höhere Leistungen der Beschäftigten – erzielt werden. Diesem Nutzen ist der Aufwand gegenüberzustellen, der durch die Anwendung des Führungsinstruments entsteht. Sinnvollerweise muss der Nutzen größer sein als der Aufwand – je komplexer das Beurteilungs- und Belohnungssystem jedoch ist, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit hierfür.

Bei der Umsetzung des TVöD sollten die Bemühungen und Ressourcen weniger in die Gestaltung und Etablierung des Beurteilungs- und Belohnungssystems als vielmehr in die Schulung der Führungskräfte investiert werden. Eine Führungskraft, die Mitarbeiter kompetent beurteilen und ihnen sinnvoll Rückmeldung geben kann, kommt auch mit einem einfachen und wenig detaillierten System zurecht. Vorgesetzten hingegen, die über geringe Kenntnisse in Beurteilungsfragen und einen nicht adäquaten Kommunikationsstil verfügen, ist auch ein noch so ausgefeiltes System kaum eine Hilfe. Wichtiger als die Systeme selbst sind qualifizierte Führungskräfte, die bereit und fähig sind, Ziele zu setzen, Mitarbeiter differenziert zu beurteilen und gegenüber dem Mitarbeiter Entscheidungen in vernünftiger Weise zu vertreten. Letztlich motiviert nur die Führungskraft den Mitarbeiter, nicht das Beurteilungs- und Belohnungssystem an sich.

Ass. jur. Michael Frey, Mag. rer. publ., Offenburg und
Carsten Hardt, Mannheim*

Die Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten in Inkompatibilitätsnormen im deutschen Kommunalrecht: Eine verfassungsrechtlich begründete Diskriminierung?

A. Einleitung

Als Folge der weitgehenden Angleichung der Arbeitswirklichkeit infolge der „Mechanisierung der Geistesarbeit und die Vergeistigung der mechanischen Arbeit“¹ hat das Arbeitsrecht die Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten weitgehend aufgegeben. Selbst in den Bereichen, in denen das Arbeitsrecht noch zwischen beiden Gruppen differenziert, hat das BVerfG festgestellt, dass Kopf- und Handarbeit denselben rechtlichen Schutz verdienen². Trotz allem finden sich auf Basis des Art. 137 I GG in zahlreichen Kommunalordnungen Inkompatibilitätsnormen, die die Wählbarkeit von Beamten und Angestellten des öffentlichen Dienstes für kommunale Vertretungskörperschaften wie Gemeinderäte und Kreistage ausdrücklich einschränken, nicht aber die von Arbeitern des öffentlichen Dienstes. Nachdem auch der neue TVöD die Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten aufgegeben hat, besteht Anlass diese Regelungen zu hinterfragen.

B. Inkompatibilitätsnormen im deutschen Kommunalrecht

Das Kommunalrecht kennt zahlreiche Normen nach denen bestimmte Personengruppen, wenn sie in einem Sonderverhältnis zu kommunalen Gebietskörperschaften stehen, nicht zugleich Mitglied der Vertretungskörperschaften dieser Gebietskörperschaft sein können.

1. Inkompatibilitätsnormen im System der Interessenkollisionsnormen

Die kommunalrechtlichen Inkompatibilitätsnormen sind Teil eines umfassenden Normensystems, dessen Ziel die Vermeidung sachfremder Entscheidungen zugunsten bestimmter

²¹ Bruchmüller/Deller, Elnettellungen von außertariflich bezahlten Fach- und Führungskräften in Bezug auf variable Vergütungssysteme, Zeitschrift für Personalpsychologie 2006, 60 ff.

* Michael Frey ist als deutscher Referent bei INFOBEST Kehl/Strasbourg in der Stabstelle für grenzüberschreitenden Zusammenarbeit des Regierungspräsidiums Freiburg angestellt und Doktorand am Institut für Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht der Universität Freiburg (Prof. Dr. Köbb) sowie Lehrbeauftragter an der FH Kehl. Carsten Hardt ist Rechtsreferendar am LG Mannheim.

¹ Renner, zit. b. Neuloh, Die weiße Automaton, 1966, S. 33.

² BVerfG, B. v. 30.5.1990 – 1 BvL 2/83, 9, 10/84, 3/85, 11, 12, 13/89, 4/90 und 1 BvR 754/86, BVerfGE 82, 128.

Personen oder Personengruppen und zulasten der Allgemeinheit ist, die durch Interessenkollisionen der handelnden Personen entstehen können, weil sich in ihrer Person Pflichtkreise ihrer beruflichen oder privaten Wirkungsebene überschneiden³. Nicht Bestandteil dieses Systems von Interessenkollisionsnormen sind Normen, die bereits das passive Wahlrecht einer Person ausschließen (Ineligibilitätsnormen). Das Kommunalrecht trennt dementsprechend auch klar zwischen Nichtwählbarkeitsnormen, Unvereinbarkeitsnormen und Mitwirkungsverboten. Zwischen den Ineligibilitäts- und Inkompatibilitätsnormen besteht allenfalls eine Ähnlichkeit in den (faktischen) Konsequenzen⁴: Während bei der Inkompatibilität das passive Wahlrecht zwar nicht ausgeschlossen, die Wählbarkeit⁵, also die Möglichkeit des Kandidaten, das Mandat anzunehmen und auszuüben aber insoweit beschränkt wird, als dass sie von der Aufgabe der einen anderen, die Unvereinbarkeit begründenden Funktion abhängig gemacht wird⁶, wird bei den Nichtwählbarkeits- bzw. Ineligibilitätsnormen das passive Wahlrecht einer Person und damit deren Wählbarkeit *in toto* ausgeschlossen⁷. Während die Ineligibilitätsnormen damit bereits zeitlich im Vorfeld einer Wahl die Bewerbung um ein Wahlamt⁸ *ex ante* rechtlich ausschließen, greifen die Inkompatibilitätsnormen zeitlich erst nach der Wahl im Stadium der Annahme und Ausübung des Mandats ein⁹. Dem gewählten Bewerber bleibt somit eine Wahlmöglichkeit zwischen Amt und Mandat¹⁰. Daneben kennen die Kommunalgesetze der Länder¹¹ mit den Mitwirkungsverboten weitere Interessenkollisionsnormen, bei denen im Gegensatz zu den Inkompatibilitätsnormen lediglich eine Mitwirkung im Einzelfall ausgeschlossen wird. Während die Inkompatibilitätsnormen damit die *abstrakte* Möglichkeit einer Kollision möglicherweise gegenläufiger und schwer nachweisbarer Interessen in einer Person aus ihren die Unvereinbarkeit begründenden Tätigkeiten von vornherein und *ex ante* auszuschließen, dienen die Mitwirkungsverbote im Einzelfall¹² der Verhinderung einer bereits vorliegenden *konkreten* Interessenkollision aufgrund persönlicher Umstände¹³. Damit dienen die Interessenkollisionsnormen der Sauberkeit der Verwaltung durch Vermeidung von Korruption auf kommunaler Ebene und gewährleisten eine „funktionsgerechte Funktionsausübung“¹⁴ i. S. d. Gewaltenteilungsgrundsatzes. Dies ist auf kommunaler Ebene von besonderer Bedeutung: Einmal, weil kommunale Selbstverwaltungskörperschaften nicht nur Verwaltungsaufgaben als „Hauptorgan“ der Verwaltung erfüllen, sondern zugleich auch als deren Kontrollorgan und „Vertretung der Bürger“¹⁵ fungieren. Zudem ist auf kommunaler Ebene die Objektivität der Verwaltungsentscheidungen kommunaler Selbstverwaltungskörperschaften wegen der engen räumlichen Begrenzung ihrer Wirkungskreise wesentlich gefährdeter, weil die von den Entscheidungen betroffenen Personen den „Entscheidern“ in den Gremien in der Regel bekannt und u. U. auch verwandt sein dürften. Eine effektive bürgerschaftliche Kontrolle der Verwaltung durch diese Gremien ist nur möglich, wenn Personen, die in der Verwaltung arbeiten sich nicht als Ratsmitglieder gleichzeitig kontrollieren. Die Inkompatibilitätsnormen beugen damit durch das „Vier-Augen-Prinzip“ einer „Verfälschung von Allgemein- und Eigeninteresse“¹⁶, sowie der Gefahr, dass Mitglieder kommunaler Selbstverwaltungsorgane „Diener zweier Herren“ sind, aber auch der der „Vetternwirtschaft“ vor¹⁷.

II. Die kommunalrechtliche Differenzierung zwischen Angestellten und Arbeitern

Die meisten Bundesländer formulieren im Rahmen ihrer amtsbezogenen Inkompatibilitätsnormen dem Wortlaut der verfassungsrechtlichen Ermächtigungsnorm des Art. 137 I

GG entsprechend eine Unvereinbarkeit nur für Beamte oder Angestellte bestimmter öffentlich-rechtlicher Körperschaften oder öffentlich beherrschter Unternehmen. Die Gruppe der Arbeiter wird regelmäßig nicht erwähnt¹⁸. Aus dieser ausdrücklichen Nennung der Angestellten bei gleichzeitiger Nichterwähnung der Arbeiter wird gefolgert, dass sie eine Tätigkeit in den genannten Organisationen nicht zur Unvereinbarkeit mit einem kommunalrechtlichen Mandat führt. Dies ergebe sich aus Wortlaut und Entstehungsgeschichte¹⁹: Im Hinblick auf die untergeordneten Funktionen und fehlenden oder nur geringen Entscheidungsbefugnisse der Arbeiter des öffentlichen Dienstes wurde eine Festlegung von Inkompatibilitäten für entbehrlich gehalten²⁰. Es sollten nur die Fälle von Personalunion unterbunden werden, die für die Gewaltenteilung gefährlich werden konnten²¹. Als Angestellte des öffentlichen Dienstes werden alle in einem Dienstverhältnis zu einem öffentlichen Arbeitgeber stehenden Personen definiert, die weder Beamte noch Arbeiter sind²². Die Unterscheidung zwischen Angestellten und Arbeitern soll sich nach den Regeln des bürgerlichen Rechts bzw. des Arbeitsrechts²³ richten. Teilweise wird vertreten, dass dabei ausschlaggebend sei, ob eine tarifrechtliche Trennung eine an-

³ Dietrich-Schlrmann, Die Inkompatibilität im kommunalen Bereich, 1972, S. 5, 89 ff.

⁴ Engolken, Verfassungsmaßstäbe für Unvereinbarkeits- und andere Hindernisnormen, DÖV 1996, 853 (855).

⁵ Die Begriffe „Wählbarkeit“ (Art. 137 I GG) und „passives Wahlrecht“ werden in der Lit. nicht völlig einheitlich verwendet (vgl. so auch von Campenhäusen, in von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 4. Aufl. Bd. 3, 2001, Art. 137 Rn. 8).

⁶ Vgl. nur BVerfG, U. v. 17.1.1971 – 2 BvR 547/60, BVerfGE 12, 73 (77); BVerfG, U. v. 4.4.1978 – 2 BvR 1108/77, BVerfGE 48, 64 (88).

⁷ Pieroth, Fn. 5, Art. 137 Rn. 4; Stober/Lackner, in: Dolze/Vogel/Graßhof, GG, 117. EL, 6/2005, Art. 137 I Rn. 246.

⁸ Und damit in der (zeitlichen) Folge auch Annahme oder Ausübung eines Wahlamts (Pieroth, Fn. 5, Art. 137 Rn. 4).

⁹ Dem Gewählten verbleibt die Möglichkeit, sich unter Aufgabe der die Inkompatibilität begründenden Tätigkeit für die Ausübung des Mandates zu entscheiden (BVerfG, Fn. 6, BVerfGE 48, 64 (88)), so wie hier auch Versteij, Fn. 5, Art. 137 Rn. 29.

¹⁰ Stober/Lackner, Fn. 7, Art. 137 I Rn. 248 m.w.N.

¹¹ Vgl. etwa die Mitwirkungsverbote des § 20 I Nr. 5 VwVfG des Bundes und der Länder, sowie § 41 ZPO, § 22 StPO.

¹² Etwa bei Befangenheit, § 18 GemO BW. Besteht (nur) die Besorgnis der Befangenheit, entscheidet die zuständige Stelle, ob sich der Betroffene der weiteren Mitwirkung zu enthalten hat. Der Betroffene trifft eine Unterrichtspflicht (vgl. nur § 21 VwVfG, sowie in diesem Zshg. §§ 42 ff. ZPO, 24 StPO).

¹³ Meier, Inkompatibilität und Interessenwiderstreit von Verwaltungsangehörigen in Aufsichtsräten, NZG 2003, 54.

¹⁴ Tsatsos, Die parlamentarische Betätigung von öffentlichen Bediensteten, 1970, S. 170.

¹⁵ Dies wird schon in § 24 I 1 GemO BW deutlich. Vgl. Gern, Deutsches Kommunalrecht, 2. Aufl. 1999, Rn. 315.

¹⁶ Gern, Fn. 15, Rn. 344; Versteij, Fn. 5, Art. 137 Rn. 30.

¹⁷ BayVerfGH, U. v. 21.7.1976, BayVBl. 1976, 751 (753) z. „Verbot der Vetternwirtschaft“ als Differenzierungsgrund.

¹⁸ Eine Ausnahme stellt Art. 71 III LV MV dar, der eine Beschränkbarkeit auch für Arbeiter des öffentlichen Dienstes vorsieht, aber insoweit leer laufen soll, als er über Art. 137 I GG hinausgeht. Mayer, Kommunalrecht 1998, Rn. 341.

¹⁹ Von Arbeitern war ihm Rahmen der Entstehungsgeschichte nie die Rede. Vgl. hierzu JÖR 1 (1951), S. 895 (Fn. 43); Stober/Lackner, Fn. 7, Art. 137 Rn. 42 ff., 284.; Gern, Kommunalrecht Baden-Württemberg, 9. Aufl. 2005, S. 196.

²⁰ Stober/Lackner, Fn. 7, Art. 137 Rn. 284; Maunz (1960), Art. 137 Rn. 5; Schlicher, Bayrisches Rechtsstellungsgesetz und Angestellte des öffentlichen Dienstes, BayVBl. 1972, 197; Tsatsos, Fn. 14, S. 81.

²¹ Maunz (1960), Art. 137 Rn. 5.

²² BVerfG, U. v. 4.4.1978 – 2 BvR 1108/77, BVerfGE 48, 64 (84); BVerfG, U. v. 29.7.2002 – 8 C 22.01, BVerfGE 117, 11 (17).

²³ Maunz (1960), Art. 137 Rn. 5; s.a. Gern, Fn. 19, S. 198 mit Verweis auf Schaub (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 11. Aufl. München 2005, § 13; Birkenfeld-Pfeiffer, Kommunalrecht, 2. Aufl. 1999, Rn. 344 mit Hinweis auf Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, 12. Aufl. Neuwied 2000, Rn. 578 ff.: „Eine überholte Unterscheidung!“.

gemessene Abgrenzung erlaube²⁴, was aber überwiegend abgelehnt wird, weil es sich um ein rein formales Abgrenzungskriterium handle²⁵. Danach werden unter Arbeitern traditionell solche Personen verstanden, die überwiegend körperliche Arbeit verrichten²⁶. Gerade in den hier maßgeblichen Bereichen des Zivil- und Arbeitsrechts wurde diese traditionelle Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten nach und nach aufgehoben²⁷.

C. Die Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten in den Inkompatibilitätsnormen – eine nicht gerechtfertigte Diskriminierung?

Damit stellt sich die Frage, ob diese Differenzierung im Rahmen der kommunalrechtlichen Inkompatibilitätsnormen noch zu rechtfertigen ist. Da diese nur Angestellte, nicht aber Arbeiter vom Eintritt in die kommunalen Selbstverwaltungsorgane ausschließen, kann allenfalls eine Ungleichbehandlung zulasten der Angestellten, nicht aber zulasten der Arbeiter vorliegen. Gleichwohl bedarf sie einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung, da sie in den Verfassungsrechtsgrundsatz der formellen Wahlrechtsgleichheit eingreift.

1. Eingriff/Verletzung Art. 28 I 2 GG bzw. Art. 3 I GG

Die kommunalrechtlichen Inkompatibilitätsnormen stellen eine Durchbrechung des in Art. 28 I 2 GG normierten objektivrechtlichen Grundsatzes der formellen Wahlrechtsgleichheit dar²⁸. Dieser Grundsatz besagt, dass jedermann sein aktives und passives Wahlrecht in formaler Weise möglichst gleich ausüben können soll²⁹. Der Schutzbereich der formellen Wahlrechtsgleichheit erstreckt sich über die Bewertung der Stimme hinaus auf das ganze Wahlverfahren, zeitlich sogar über die Wahl hinaus; auch die Mandatzuteilung fällt in den Schutzbereich³⁰. Art. 28 I 2 GG stellt insoweit eine zum allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG spezielle Norm dar, in dessen Geltungsbereich Art. 3 I GG zurücktritt³¹. Entgegen seiner früheren Rechtsprechung sieht das BVerfG³² neuerdings Art. 28 I 2 GG als alleinige Grundlage des Grundsatzes der formellen Wahlrechtsgleichheit an. Ein Rückgriff auf den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG ist damit im Geltungsbereich des Art. 28 I 2 GG ausgeschlossen. Da Art. 28 I 2 GG im Gegensatz zu Art. 3 I GG kein subjektives Recht beinhaltet, ist eine Rüge der Verletzung der formalen Wahlrechtsgleichheit auf landesgesetzlicher Ebene im Wege einer Verfassungsbeschwerde zum BVerfG nicht mehr möglich. Stattdessen ist eine Verletzung der Wahlrechtsgleichheit nunmehr im Wege des Wahlprüfungsverfahrens vor den Verwaltungsgerichten oder des Landesverfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes geltend zu machen. Der Rechtsprechungswandel des BVerfG lässt jedoch auch eine materiell-verfassungsrechtliche Differenzierung deutlicher zutage treten: Die kommunalrechtlichen Inkompatibilitätsnormen sind in ihrer Ausgestaltung als Eingriff zulasten der betroffenen Personengruppen in die allgemeine Wahlrechtsgleichheit an Art. 28 I 2 GG zu messen. Der Prüfungsmaßstab für die (Binnen-) Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten im Rahmen dieser Normen ist jedoch weiterhin an Art. 3 I GG³³ angelehnt. So hat das BVerfG ausgeführt, dass dem Gesetzgeber innerhalb des Rahmens des Grundsatzes der formalen Wahlrechtsgleichheit nur ein eng bemessener Spielraum für Differenzierungen bleibe³⁴. Diese bedürften stets zwingender Gründe³⁵, die ihrerseits durch das GG legitimiert und von einem Gewicht sein müssen, das der Wahlrechtsgleichheit die Waage halten kann. Darüber hinaus müssen die Regelungen zur Verfolgung ihrer Zwecke geeignet und erforderlich sein³⁶. Die kommunal-

rechtlichen Inkompatibilitätsnormen „modifizieren“ den Verfassungsgrundsatz der Wahlrechtsgleichheit, in dem die Wählbarkeit von Beamten und Angestellten im Gegensatz zu der Gruppe der Arbeiter beschränkt wird. Daher ist zunächst die Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten auf eine Verletzung des Grundsatzes der formellen Wahlrechtsgleichheit (Art. 28 I 2 GG) zu prüfen.

II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der kommunalrechtlichen Differenzierung

Bei der Beurteilung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der Ungleichbehandlung in den kommunalrechtlichen Inkompatibilitätsnormen muss, nachdem das Arbeitsrecht die Differenzierung praktisch aufgegeben hat, geprüft werden, ob noch zwingende rechtliche Gründe dafür in den kommunalrechtlichen Inkompatibilitätsnormen gegeben sind.

1. Rechtfertigung der (Binnen-)Differenzierung?

Aus der starken Formalisierung des Wahlrechts folgt, dass dem Gesetzgeber bei der Gestaltung des Wahlrechts nur ein eng bemessener Spielraum für Differenzierungen verbleibt. Differenzierungen bedürfen hier „besonderer rechtfertigender, zwingender Gründe“³⁷. Damit legt das BVerfG hier einen besonders strengen Maßstab an die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung an, der noch über die verfassungsrechtlichen Anforderungen für die Ungleichbehandlung von Personengruppen hinausgeht. Wenn Personengruppen ungleich behandelt werden, müssen die Gründe für die Differenzierung „von solcher Art und solchem Gewicht sein, dass sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können“³⁸. Die Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten in den kommunalrechtlichen Inkompatibilitätsnormen wird in der Sache damit begründet, dass bei ihnen im Hinblick auf die untergeordneten Funktionen und die fehlenden Entscheidungsbefugnisse der Arbeiter des öffentlichen Dienstes keine Gefahr einer Interessenkollision bestünde³⁹. Diese Argumentation trägt die Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten in den kommunalrechtlichen Inkompatibilitätsnormen jedoch aus mehreren Gründen nicht mehr. Wie oben dargestellt, haben sich die ursprünglich tatsächlich unterschiedlichen Tätigkeitsbereiche von Arbeitern, die in der Regel körperliche Arbeit verrichteten und Angestellten, die in der Regel geistige Tätig-

²⁴ So *Kriegbaum*, Gemeindebedienstete als Gemeinderäte und Bürgermeister, BayVBl. 1964, 243 (246).

²⁵ So *Versteyl*, Fn. 5, Art. 137 I Rn. 10; *Stober/Lackner*, Fn. 7, Rn. 325. Ihr kommt damit lediglich indizielle Bedeutung zu; so *Schaub*, Fn. 23, § 13 Rn. 7. Die Abgrenzung soll sich stattdessen nach den allg. Grundsätzen des Arbeitsrechts richten.

²⁶ So *Maunz* (1960), Art. 137 I Rn. 5; *Stober/Lackner*, Fn. 7, Rn. 325.

²⁷ So wörtlich *Löwisch*, Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2004, Rn. 17.

²⁸ Vgl. im Einzelnen: *Nierhaus*, in *Sachs*, GG Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 28 Rn. 17.

²⁹ St. Rspr. BVerfG, U. v. 4.4.1978 – 2 BvR 1108/77, BVerfGE 48, 64 (81 m.w.N.).

³⁰ *Trute*, Fn. 5, Art. 38 I Rn. 56 m.w.N.

³¹ BVerfG, U. v. 16.7.1998 – 2 BvR 2953/95, BVerfGE 99, 1; *Jarass*, Fn. 5, Art. 3 Rn. 69.

³² BVerfG, Fn. 31, BVerfGE 99, 1.

³³ Diese Trennung hat das BVerfG in BVerfG, Fn. 29, S. 91 f. angelegt, vgl. *Magiera*, Art. 137 Rn. 10.

³⁴ BVerfG, Fn. 29, S. 81.

³⁵ St. Rspr. vgl. BVerfG, U. v. 10.4.1997 – 2 BvC 3/96, BVerfGE 95, 408 (419), *Magiera*, Fn. 28, Art. 38 Rn. 93, m.w.N.

³⁶ BVerfG, Fn. 35, 418; *Magiera*, Fn. 28, Rn. 93.

³⁷ BVerfG, B. v. 11.10.1972 – 2 BvR 912/71, BVerfGE 34, 81 (99); *Nierhaus*, in *Sachs*, Fn. 28, Art. 28 Rn. 19.

³⁸ BVerfG, B. v. 20.6.1995 – 1 BvR 166/93, BVerfGE 93, 99 (111); BVerfG, B. v. 26.1.1993 1 BvL 38, 40, 43/92, BVerfGE 88, 87.

³⁹ *Stober/Lackner*, Fn. 7, Art. 137 Rn. 284.

keiten verrichteten, durch die „Mechanisierung der Geistesarbeit und die Vergeistigung der mechanischen Arbeit“ mittlerweile praktisch angeglichen. In der Konsequenz dieser tatsächlichen Angleichung hat auch eine rechtliche Angleichung im Arbeitsrecht stattgefunden. Auch soweit sich die Begründung der Differenzierung im Kommunalrecht auf die These stützt, dass Arbeiter in der Regel keine oder keine zu einer Interessenskollision führenden Entscheidungsspielräume besäßen⁴⁰, geht diese Argumentation nicht nur an der Wirklichkeit vorbei, sondern greift auch vor dem Hintergrund des Zwecks der Inkompatibilitätsnormen, dem Schutz vor Interessenkollisionen, zu kurz: Selbst wenn Arbeiter des öffentlichen Dienstes in dieser Funktion kaum eigene Entscheidungsbefugnisse haben, so verfügen sie als Mitglieder kommunaler Vertretungsorgane über dieselben Entscheidungsbefugnisse wie andere Mitglieder dieser Gremien auch und befinden sich damit in gleicher Weise in der Interessenkonfliktsituation, zugunsten der Allgemeinheit Entscheidungen zu eigenen Ungunsten treffen zu müssen. Darüber hinaus sollen die Inkompatibilitätsnormen Interessenkollisionen aus zwei weiteren Richtungen verhindern: Zum einen, dass eine effektive, am Gemeinwohl orientierte, laufende und nachträgliche Kontrolle des Verwaltungshandelns im Ganzen durch die Selbstbetroffenheit nicht stattfindet, die Kontrolleure sich selbst kontrollieren müssen und damit bildhaft gesprochen – auf dem *eigenen* Auge blind sind. In dieser Richtung sind kommunale Arbeiter ebenso wie die kommunalen Beamten und Angestellten auch von den kommunalen Vertretungskörperschaften kontrolliert und insoweit in gleicher Weise von der Interessenkollision betroffen⁴¹. Zum anderen, weil für Mitglieder kommunaler Vertretungskörperschaften, die zugleich beruflich für übergeordnete Stellen tätig sind, der Druck entsteht, nicht ausschließlich das Gemein(de)wohl im Auge zu behalten, sondern gleichzeitig das der Stelle, für die sie berufstätig sind. Durch die Inkompatibilitätsnormen soll auch verhindert werden, dass Mitglieder kommunaler Vertretungskörperschaften als „Diener zweier Herren“ die kommunale Selbstverwaltung gefährden. Auch das Bundesverfassungsgericht hat für die hier behandelten Fälle der Interessenkollision schon eingeräumt, dass sich auch bei den Arbeitern des öffentlichen Dienstes – besonders im gemeldlichen Bereich – häufig Fallgestaltungen ergeben, die eine Beschränkung der Wählbarkeit als sachgerecht ausweisen würden⁴². Auch die Tarifvertragsparteien des öffentlichen Dienstes sind im Rahmen der Tarifvertragsverhandlungen für den seit Oktober 2005 geltenden TVöD übereingekommen, dass die Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten des öffentlichen Dienstes überholt ist⁴³. Ein hinreichender sachlicher Grund für die Binnendifferenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten, der eine Differenzierung im Kommunalrecht vor dem Hintergrund des Art. 28 I 2 GG/Art. 3 I GG rechtfertigen könnte, ist nicht mehr vorhanden.

2. Rechtfertigung der Modifikation der formellen Wahlrechtsgleichheit: Art. 137 I GG als verfassungsrechtliche Ermächtigungsnorm

Zwar besteht kein sachlicher Grund mehr, welcher die Differenzierung tragen würde, möglicherweise bestehen aber rechtliche Gründe, die zur Differenzierung zwingen. So kann nach Art. 137 I GG „die Wählbarkeit von Beamten, Angestellten des öffentlichen Dienstes, Berufssoldaten, freiwilligen Soldaten auf Zeit und Richtern im Bund, in den Ländern und den Gemeinden gesetzlich beschränkt werden“. Die Regelung erlaubt damit ausdrücklich eine Beschränkung der formalen Wahlrechtsgleichheit zulasten der genannten

Personengruppen in Bundes- und Länderparlamenten sowie kommunalen Vertretungskörperschaften. Genannt sind aber nur Beamte und Angestellte, nicht Arbeiter. Ob die Norm damit gerade diese Differenzierung gebietet, muss daher anhand des Zweckes untersucht werden.

a) Zweck des Art. 137 I GG

Zweck des Art. 137 I GG und damit dessen legitimierender Grund ist die Absicherung der im Grundgesetz durch Art. 20 II 2 GG vorgegebenen organisatorischen Gewaltenteilung gegen Gefahren, die durch ein Zusammentreffen von Exekutiv- oder Judikativamt mit einem Mandat in einer Vertretungskörperschaft entstehen können⁴⁴. Die Norm dient damit der Konkretisierung und Umsetzung des Gewaltenteilungsgrundsatzes. Sie soll sicherstellen, dass Vertretungsorgane ihrer rechtlich zugedachten Funktion auch tatsächlich funktionsgerecht ausüben können⁴⁵. Die Struktur staatlicher Organe muss in ihrer Ausgestaltung, Zusammensetzung und personellen Besetzung der Eigenart der wahrzunehmenden Aufgabe entsprechen⁴⁶. Daran fehlt es, wenn die das Organ verkörpernden Personen gleichzeitig eine andere, in ihrer Zielsetzung entgegengesetzte Funktion ausüben. Diese funktionale Gegensätzlichkeit und damit die Gefährdung der funktionsgerechten Funktionsausübung ist gegeben, wenn dieselbe Person zugleich der Exekutive und dem sie kontrollierenden parlamentarischen Kontrollorgan angehört⁴⁷ und er damit in seiner Person sowohl „Diener zweier Herren“ als auch sich selbst kontrollierendes Kontrollorgan ist. Auf der kommunalen Ebene ist der Grundsatz der Gewaltenteilung im Verhältnis zwischen Legislative und Exekutive nur eingeschränkt verwirklicht worden. Im Gegensatz zu Bundes- und Landesparlamenten fehlt den kommunalen Vertretungskörperschaften die Kompetenz zum Erlass formeller Gesetze. Sie können zwar durch Satzungen und Polizeiverordnungen materielles Recht setzen. Dies ändert aber nichts daran, dass die legislative Funktion auf kommunaler Ebene nur schwach ausgeprägt ist. Damit korrespondiert auch die Tatsache, dass die Gemeinden keine eigenständige „dritte Ebene“ sind, sondern zum Verfassungsbereich der Länder gehören. Daher sind die kommunalen Vertretungskörperschaften keine Parlamente im staatsrechtlichen Sinne⁴⁸. Der Schwerpunkt der kommunalen Tätigkeit liegt stattdessen in der kommunalen (Selbst-)Verwaltung. Zwar ist die Legislativfunktion kommunaler Vertretungskörperschaften allenfalls schwach ausgeprägt und die Grundsätze der Gewaltentrennung in den kommunalen Vertretungskörperschaften nicht in gleichem Maße ausgestaltet worden, gleichwohl besteht auch auf kommunaler Ebene zwischen kommunaler Vertretungskörperschaft und Kommunalverwaltung eine vergleichbare funktionale Gegensätzlichkeit, nämlich zwischen bürokratischer Administrativ- und politischer Kontrollfunktion. Während diese Funktion bei Bundes- und Länderparlamenten mit der Legislativfunktion zusammenfällt und insoweit im Rahmen des

⁴⁰ Stober/Lackner, Fn. 7, Art. 137 Rn. 284.

⁴¹ A. A. Stober/Lackner, Fn. 7, Art. 137 Rn. 284 m.w.N.

⁴² So ausdrücklich BVerfG, Fn. 22, S. 85.

⁴³ So ausdrücklich festgestellt in der „Einigung der Tarifvertragsparteien des TVöD über die Neugestaltung des Tarifrechts des öffentlichen Dienstes vom 08. Februar 2005“.

⁴⁴ BVerfG, Fn. 22, S. 82; Pieroth, Fn. 5, Art. 137 Rn. 1 m.w.N.

⁴⁵ Der Ausdruck „funktionsgerechte Funktionsausübung“ entstammt von Tsatsos, Fn. 14.

⁴⁶ Hausmann, Die Inkompatibilität im Gemeindeverfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, S. 51.

⁴⁷ BVerfG, Fn. 22, S. 82.

⁴⁸ BVerfG, B. v. 7.4.1981 – 2 BvR 1210/80, BVerfGE 57, 43 (59); Gern, Fn. 15, S. 202 m.w.N.

klassischen Gewaltenteilungsmodells durch diese zumindest nominal vereinnahmt wird, fällt diese Kontrollfunktion auf kommunaler Ebene in den kommunalen Vertretungskörperschaften mit deren Funktion als Hauptverwaltungsorgan zusammen. Umso mehr ist hier aus diesem Grund und mit Blick auf die räumliche Begrenztheit auf der kommunalen Ebene ein Bedürfnis nach Verhinderung der „Selbstkontrolle“ gegeben. Dies hat auch das BVerfG anerkannt: „Es lässt sich mit der Gewaltenteilung nicht ohne weiteres vereinigen, wenn dieselbe Person Gemeindebediensteter ist und zugleich dem Rat der Gemeinde angehört. Gerade in Gemeinden ist die Gefahr gewisser Verflechtungen auf lokaler Ebene nicht von der Hand zu weisen. Deshalb haben die Länder durchgängig Unvereinbarkeitsregelungen für den kommunalen Bereich getroffen.“⁴⁹ Daher kann der Art. 137 I GG legitimierende Zweck der Sicherung der Gewaltenteilung durch Sicherung der „funktionsgerechten Funktionsausübung“ auf den kommunalen Bereich übertragen werden.

b) Reichweite der Ermächtigung in funktionaler Hinsicht?

Damit stellt sich die Frage, welche Reichweite die Ermächtigungsnorm des Art. 137 I GG insbesondere auf kommunaler Ebene in sachlicher, vor allem aber in personeller Hinsicht hat. Der Wortlaut des Art. 137 I GG spricht lediglich von der Möglichkeit, die Wählbarkeit zu „beschränken“, nicht aber von der sie auszuschließen. Der vollständige Ausschluss bestimmter Personengruppen von der Wählbarkeit würde dem in Art. 38 I GG und Art. 28 I 2 GG niedergelegten Grundsatz der förmlichen Wahlrechtsgleichheit widersprechen. Daraus folgt, dass ein Verbot der Übernahme von Mandaten durch öffentlich Bedienstete („Ineligibilität“) die Grenzen des Art. 137 I GG überschreiten würde. Dasselbe muss gelten, wenn ein Kandidat aus dem öffentlichen Dienst bereits vor der Wahl seinen Beruf aufgeben müsste, und somit für den Fall seiner Nichtwahl ein hohes wirtschaftliches Risiko eingehen müsste oder er sich zwar im Rahmen einer Inkompatibilitätssnorm nach der Wahl entscheiden⁵⁰ könne, sich durch die Folgen der Entscheidung aber außerstande sieht, sich für das Mandat zu entscheiden („faktische Ineligibilität“⁵¹). Eine weitere für den kommunalen Bereich relevante Frage ist, ob sich die Ermächtigung des Art. 137 I GG auch auf die entsprechenden Vertretungskörperschaften der Landkreise oder anderer Vertretungskörperschaften unterhalb der Landesebene erstreckt. Hinsichtlich der Kreise und anderer nicht ausdrücklich genannter Selbstverwaltungsparlamente auf kommunaler Ebene wird allgemein von einer Regelungslücke ausgegangen, durch Analogiebildung zu schließen ist und auch geschlossen werden kann⁵². Umstritten ist allerdings, ob auch Kommunalverbände, die über keine Volksvertretung verfügen wie Zweckverbände von der Ermächtigung des Art. 137 I GG erfasst werden. Zwar können bei diesen Gremien ähnliche Interessenkonflikte entstehen, gleichwohl sind deren Vertretungskörperschaften nicht durch Volks-, sondern durch Mitgliederwahlen bestimmt⁵³. Dem Wortlaut des Art. 137 I GG nach erstreckt sich die Ermächtigung für die Beschränkung der Wählbarkeit wie in den kommunalrechtlichen Inkompatibilitätssnormen nur auf Angestellte. Damit hält Art. 137 I GG an der Unterscheidung fest.

c) Zwischenergebnis

Die kommunalrechtlichen Inkompatibilitätssnormen halten sich sprachlich damit exakt in dem von Art. 137 I GG vorgegebenen verfassungsrechtlichen Rahmen. Die hier dargestellte Ungleichbehandlung zwischen Angestellten, die aufgrund des Wortlauts von den durch die wortlautgleiche Ermächtigungsvorschrift des Art. 137 I GG gedeckten kommunalrechtlichen

Inkompatibilitätssnormen und den nicht erwähnten Arbeitern kann sich insoweit auf eine ausdrückliche verfassungsrechtliche Ermächtigung stützen.

3. Möglichkeiten zur Vermeidung der Ungleichbehandlung

Eine verfassungsrechtlich aus Art. 28 I 2 GG gebotene Beseitigung der Differenzierung auf der Basis der aktuellen Verfassungsrechtslage ist nur auf zwei Wegen denkbar: Zum einen durch eine rechtspolitisch nicht sinnvoll erscheinende Herausnahme der Angestellten aus dem Anwendungsbereich der Inkompatibilitätssnormen, zum anderen durch eine Einbeziehung der öffentlich-rechtlichen Arbeiter, entweder auf dem Wege einer erweiternden Auslegung des Art. 137 I GG oder aufgrund einer diesbezüglichen Ermächtigung jenseits der Ermächtigung des Art. 137 GG. Der Gesetzgeber hat allerdings insoweit bewusst differenziert, weil er bei den Arbeitern des öffentlichen Dienstes die Gefahr einer Interessenkollision in Form einer Personalunion zwischen Wahlmandat und Verantwortung innerhalb der Verwaltung nicht in hinreichender Intensität gesehen hat⁵⁴.

a) Erweiternde Auslegung des Begriffs „Angestellte“ in Art. 137 I GG und den kommunalrechtlichen Inkompatibilitätssnormen?

Damit fragt sich, ob die *ratio* des Art. 137 I GG nicht vielmehr eine erweiternde Auslegung der kommunalrechtlichen Inkompatibilitätssnormen dahingehend gebietet, alle öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmer, also sowohl Angestellte als auch Arbeiter in deren Geltungsbereich einzubeziehen. Dies könnte zunächst im Wege einer erweiternden Auslegung des Art. 137 I GG und in dessen Lichte auch der darauf beruhenden Inkompatibilitätssnormen des Kommunalrechts geschehen, indem man den Begriff des „Angestellten“ als Oberbegriff für alle Arbeitnehmer, also Arbeiter und Angestellte des öffentlichen Dienstes erfasst⁵⁵. Diese, mit der *ratio* der Inkompatibilitätssnormen durchaus vereinbaren erweiternde Auslegung steht entgegen, dass sie im Widerspruch zu der wegen der das passive Wahlrecht beschränkenden Funktion der Inkompatibilitätssnormen gebotenen restriktiven Auslegung steht. Auch die historische Auslegung kann diese erweiternde Auslegung nicht stützen. Aus der Entstehungsgeschichte wird vielmehr deutlich, dass die Gruppe der Arbeiter des öffentlichen Dienstes bewusst vom Geltungsbereich der Beschränkung des passiven Wahlrechts ausgenommen wurde, weil in Arbeitern traditioneller Prägung gerade keine Gefahr einer Interessenkollision mit einem Mandat in einer Vertretungskörperschaft gesehen wurde⁵⁶. Damit scheidet eine erweiternde Auslegung des Angestelltenbegriffs in Art. 137 I GG und in dessen Folge auch der kommunal-

⁴⁹ BVerfG, Fn. 22, S. 82; s.a. von Armin zu VerfG Bbg, U. v. 25.1.1996 VfGBbg 12/95, DÖV 1996, S. 372 (377).

⁵⁰ Versteil, Fn. 5, Art. 137 Rn. 29 m.w.N.

⁵¹ Lötters/Wolf, in Dreier, GG Kommentar, Bd. 3, 2000, Art. 137 Rn. 14. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, für die Angehörigen des öffentlichen Dienstes „entsprechende Folgeregungen“ zu schaffen, die Nachteile der Unvereinbarkeitsregelungen auffangen und ihnen damit eine „echte Wahlmöglichkeit“ belassen. Etwas anderes solle nur gelten, „wenn ansonsten der Gefahr von Interessenkollisionen nicht zu begegnen ist“, etwa im Falle ehrenamtlicher Gemeinderatsmandate, bei denen für teure Auffangregelungen kein Raum sei. So BVerfG, Fn. 22, S. 90 m.w.N.

⁵² BVerfG, U. v. 17.1.1961 – 2 BvL 17/60, BVerfGE 12, 73 (77).

⁵³ Stober/Lackner, Fn. 7, Art. 137 I Rn. 361; für Einbeziehung d. Zweckverbände: Versteil, Fn. 5, Art. 137 Rn. 25.

⁵⁴ So ausdrücklich auch der Vortrag der Bay. Staatsregierung in: BVerfG, Fn. 22, S. 73.

⁵⁵ So Versteil, Fn. 5, Art. 137 Rn. 10.

⁵⁶ Vgl. Stober/Lackner, Fn. 7, Art. 137 I Rn. 284 m.w.N.

rechtlichen Inkompatibilitätsnormen aus. Zu prüfen ist daher, ob eine Ausdehnung der Inkompatibilität jenseits des Wortlauts des Art. 137 I GG möglich ist, oder ob der Wortlaut Art. 137 I GG abschließend ist.

b) Inkompatibilität jenseits der Wortlautgrenzen des Art. 137 GG?

Eine Ausdehnung der Inkompatibilität auf Arbeiter zur Beseitigung der nicht mehr gerechtfertigten Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten wäre auf der Basis der bisherigen Ausführungen damit nur möglich, wenn jenseits des Art. 137 I GG eine verfassungsrechtliche Basis für eine Einschränkung der Wählbarkeit bestünde⁵⁷. Teilweise wird eine Beschränkbarkeit der Wählbarkeit aus den Wahlrechtsgrundsätzen der Art. 38 I GG, 28 I 2 GG für möglich gehalten⁵⁸. Teilweise wird auch vertreten, Inkompatibilitätsgrundsätze ließen sich aus ungeschriebenem Verfassungsrecht herleiten⁵⁹. Begründet wird dies mit dem Sinn des Gewaltenteilungsgrundsatzes, dessen *ratio* in Art. 137 I GG nur für einen Teil der möglichen Fallgestaltungen umgesetzt worden sei. Diese Ansicht ist abzulehnen. Art. 137 I GG stellt eine abschließende Regelung für mögliche Unvereinbarkeitsnormen, zumindest soweit sie an ein Dienstverhältnis anknüpfen, dar⁶⁰. Dafür spricht bereits die Entstehungsgeschichte⁶¹. Für ungeschriebene Inkompatibilitäten bleibt im Rahmen der Anknüpfung an ein Dienstverhältnis daneben kein Raum⁶². Wenn schon eine Inkompatibilität für Angehörige des öffentlichen Dienstes nach geltendem Verfassungsrecht nicht aus dem GG selbst folgt, so kann dies für vergleichbare Personengruppen *de maiore ad minus* erst recht nicht gelten⁶³. Eine über den Wortlaut des Art. 137 I GG hinausgehende an ein Dienstverhältnis anknüpfende Inkompatibilität wäre mit Art. 137 I GG nicht vereinbar. Eine denkbare Ausdehnung auf Arbeiter scheidet damit auf diesem Wege aus.

c) Verpflichtung zur Ausschöpfung des Rahmens des Art. 137 I GG?

Als entgegengesetzte Alternative zu einer möglichen Ausdehnung auf Arbeiter käme auch eine Einschränkung der Inkompatibilitätsnormen auf Beamte in Frage. Der Wortlaut des Art. 137 I GG als für die Anknüpfung an Dienstverhältnisse abschließende Ermächtigungsnorm spricht lediglich davon, dass die Wählbarkeit der genannten Gruppen eingeschränkt werden „*kannt*“. Dementsprechend wird dem betreffenden Gesetzgeber auch ein Entschließungsermessen hinsichtlich des „*ob*“ einer Wählbarkeitsbeschränkung und ein Auswahlermessen hinsichtlich des „*wie*“ sowohl für die Festlegung des Kreises der Betroffenen als auch für die Art der Rechtsfolge der Inkompatibilitätsregelungen eingeräumt⁶⁴. Entsprechende Inkompatibilitätsnormen sind aber insoweit sachlich und rechtlich geboten, als die erforderlich sind, um Interessenkonflikten vorzubeugen, die durch ein Zusammenfallen von Exekutiv- und Legislativfunktion, sowie entsprechend auf kommunaler Ebene von Verwaltungs- und Kontrollfunktion entstehen können. Auch das BVerfG hat für die hier behandelte Interessenkollision schon ausgeführt, dass sich auch bei den Arbeitern des öffentlichen Dienstes – besonders im gemeindlichen Bereich – häufig Fallgestaltungen ergeben, die eine Beschränkung der Wählbarkeit als sachgerecht ausweisen würden⁶⁵. Das Entschließungsermessen des Gesetzgebers dürfte daher in Anbetracht der Entstehungsgeschichte und des hinter Art. 137 I GG stehenden Gewaltenteilungsprinzips weitgehend auf Null reduziert sein⁶⁶. Zudem würden wegen der zunehmenden Austauschbarkeit von Beamten- und Angestelltenposten neue Gleich-

behandlungsprobleme entstehen. Jedenfalls haben alle Landesgesetzgeber den Rahmen des Art. 137 I GG für den kommunalen Bereich in personeller Hinsicht voll ausgeschöpft, indem sie die Begriffe des Art. 137 I GG wörtlich übernommen haben.

d) Zwischenergebnis

Damit ist eine Einbeziehung der Gruppe der Arbeiter in den Geltungsbereich der kommunalrechtlichen Inkompatibilitätsnormen wegen der gebotenen restriktiven Auslegung der dahinterstehenden Ermächtigungsnorm des Art. 137 I GG, welche den Rahmen für die kommunalrechtlichen Normen vorgibt und in Ermangelung weiterer verfassungsrechtlich hierzu legitimierender Grundsätze nicht möglich. Zugleich ist eine Ausschöpfung des von Art. 137 I GG vorgegebenen Rahmens vor dem Hintergrund des Gewaltenteilungsgrundsatzes verfassungsrechtlich geboten, eine Herausnahme der Gruppe der Angestellten darüber hinaus auch nicht sinnvoll. Eine ausdehnende Auslegung des Begriffes der „Angestellten“ in Art. 137 I GG auf Arbeiter und Angestellte scheitert aber an der Entstehungsgeschichte als auch seines Charakters als Ausnahmevorschrift der formellen Wahlrechtsgleichheit gebotenen restriktiven Auslegung. Damit besteht im Bezug auf die kommunalen Arbeiter eine einfachgesetzliche Lücke. Festzuhalten bleibt damit das (unbefriedigende) Ergebnis, dass eine Auflösung der mit Art. 28 I 2 GG (und Art. 3 I GG) unvereinbaren und damit verfassungswidrigen Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten in den kommunalrechtlichen Inkompatibilitätsnormen nicht möglich ist, weil sie das GG selbst durch Art. 137 I GG ermöglicht und letztlich auch rechtlich gebietet. Um diese Differenzierung *de lege ferenda* zu beseitigen, müsste Art. 137 I GG geändert werden⁶⁷.

4. Art. 137 I GG vs. Art. 28 I 2 (bzw. Art. 3 I) GG: Konsequenzen dieses Befundes

Damit stellt sich *de lege lata* die Frage, wie dieser Konflikt zwischen der durch Verfassungsrecht vorgegebenen einfachrechtlichen verfassungswidrigen Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten auf der Grundlage der bestehenden Verfassungsrechtslage aufgelöst werden kann. Denkbar wäre, dass die verfassungsrechtliche Ermächtigung zur Einschränkung der Wählbarkeit durch Art. 137 I GG nicht in dem

⁵⁷ Behrend, Nochmals: Zur Inkompatibilität im kommunalen Bereich – Eine Entgegnung, DVBl. 1970, 412 (413).

⁵⁸ So z. B. Thiele, Zur Problematik der Inkompatibilität im kommunalen Bereich, DVBl. 1969, 825 (827).

⁵⁹ Fartsch, zitiert nach DVBl. 1967, 653 (655).

⁶⁰ GhM, z. B.: Plerath, Fn. 5, Art. 137 Rn. 1; Stober/Lackner, Fn. 7, Art. 137 I, Rn. 284; Ull, Zum Problem der Unvereinbarkeit von Amt und Mandat im Gemeinderecht, VerWA 18, 271 (277); VGH Bbg, Fn. 49, S. 373.

⁶¹ Vgl. m.w.N. Stober/Lackner, Fn. 7, Art. 137 I Rn. 40 ff. s. o.

⁶² So auch das BVerfG, U. v. 6.10.1981 – 2 BvR 384/81, BVerfGE 58, 177 (191); BVerfG, Fn. 22, S. 82.

⁶³ Behrend, Fn. 57, DVBl. 1970, 412 (413).

⁶⁴ BVerfG, B. v. 17.01.1981 – 2 BvR 547/80, BVerfGE 12, 73 (77); BVerfG, B. v. 7.4.1981 – 2 BvR 1210/80, BVerfGE 57, 43 (57); Lübke-Wolf, Fn. 51, Art. 137 I GG, Rn. 18; kritisch auch Versteyl, Fn. 5, Art. 137 I GG, Rn. 26 f.

⁶⁵ So ausdrücklich BVerfG, Fn. 22, S. 85.

⁶⁶ So auch Versteyl, Fn. 5, Art. 137 I GG, Rn. 27. Die Literatur ist in diesem Punkt freilich uneinig: Für eine weitgehende Regelungspflicht: Leisner, Rechtsgutachten über die Frage der Vereinbarkeit von öffentlichem Dienst und Landtagsmandat, unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse im Lande Baden-Württemberg, 1968, S. 21 ff. (n.v., zitiert nach Lübke-Wolf, Fn. 51, Art. 137 I GG, (dort Fn. 74)), gegen jede Regelungspflicht z. B. Oebbecke, Über den Grundsatz der gleichen Wahl im Kommunalrecht, Die Verwaltung, 31 (1998), 219 (233).

⁶⁷ So auch Hausmann, Fn. 46, S. 215.

für die Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten allgemein maßgeblichen allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 I GG) und dem im Rahmen des Wahlrechts speziellen Grundsatz der formellen Wahlrechtsgleichheit (Art. 28 I 2 GG) begrenzt bzw. modifiziert werden kann⁶⁸.

a) Rangverhältnis zwischen Art. 137 I GG und Art. 28 I 2 (bzw. Art. 3 I) GG?

Eine derartige Modifikation kann sich zunächst aus einem Rangverhältnis zwischen den betroffenen Grundgesetzen ergeben. Im Gegensatz zu Art. 3 I GG, den das BVerfG bis zum Jahr 1998 zur Prüfung des Grundsatzes der formellen Wahlrechtsgleichheit heranzog, enthält Art. 28 I 2 GG, den das Gericht nunmehr für einschlägig hält, kein Grundrecht oder grundrechtsgleiches Recht⁶⁹. Dagegen muss die Prüfung einer Ungleichbehandlung zwischen Arbeitern und Angestellten in den nicht von Art. 28 I 2 GG umfassten Bereichen nach wie vor an Art. 3 I GG erfolgen. Dieser Rechtsprechungswandel hat auch Auswirkungen auf die hier behandelte Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten im Rahmen der formellen Wahlrechtsgleichheit. Während eine Begrenzung von Grundrechten durch andere Grundrechte als Fallgruppe kollidierender Verfassungsrechts allgemein anerkannt ist⁷⁰, ist die Eignung anderer Verfassungsbestimmungen zur Grundrechtsbegrenzung bereits zweifelhaft⁷¹, bei der hier anzunehmenden Kollision einer das Bundesstaatsprinzip konkretisierenden Norm (Art. 28 I 2 GG) mit einer das Gewaltenteilungsprinzip konkretisierenden Norm (Art. 137 I GG⁷²) kann jedenfalls auf der Ebene der dahinterstehenden Verfassungsprinzipien kein Rangverhältnis ausgemacht werden. Beide unterstehen als in Art. 20 GG niedergelegte Grundsätze im Kern dem besonderen Schutz der „Ewigkeitsgarantie“ des Art. 79 III GG⁷³. Ein Rangverhältnis von Ausprägungen zweier Staatsstrukturprinzipien kann allenfalls im konkreten Einzelfall anhand des jeweiligen Normzwecks bestimmt werden. Das BVerfG hat Art. 137 I GG als *lex specialis* zur formellen Wahlrechtsgleichheit in Art. 28 I 2 GG als Anwendungsfall des allgemeinen Gleichheitssatzes anerkannt, welcher durch Art. 137 I GG modifiziert werde⁷⁴. Nach der Rechtsprechungsänderung mag dieses Spezialitätsverhältnis zwar den Eingriff in die Wahlrechtsgleichheit zulasten der Angestellten und Beamten rechtfertigen, nicht aber die an von Art. 3 I GG zu messende und nach hier vertretener Ansicht nicht mehr zu rechtfertigende Binnendifferenzierung⁷⁵ zwischen Angestellten und Arbeitern und selbst wenn man auch diese Differenzierung unter Art. 28 I 2 GG subsumiert, auch nicht – infolge des Herausfallens aus dem Ermächtigungsrahmen – eine Einbeziehung von öffentlich rechtlichen Arbeitern in die kommunalrechtlichen Inkompatibilitätsnormen. Diese Problemstellung kann daher nicht über die Konstitution eines Rangverhältnisses gelöst werden.

b) Art. 137 I GG als verfassungswidriges Verfassungsrecht?

Damit fragt sich, ob Art. 137 I GG als Ermächtigungsnorm für eine verfassungswidrige Differenzierung nicht als „verfassungswidriges Verfassungsrecht“ zu qualifizieren ist. Dies setzt freilich voraus, dass man generell von der Möglichkeit ursprünglichen verfassungswidrigen Verfassungsrechts ausgeht⁷⁶. Dies hat das BVerfG in früheren Entscheidungen, insbesondere für den ebenfalls im Abschnitt „Übergangs- und Schlussbestimmungen“ zu findenden und ebenso wie Art. 137 I GG von den Alliierten maßgeblich diktierten Art. 139 GG, welcher bestimmte Entnazifizierungsnormen von den Bestimmungen des GG „unberührt“ ließ, zumindest für möglich gehalten⁷⁷. Gleichwohl ist am Grundsatz fest-

zuhalten, dass es im Wesen der verfassungsgebenden Gewalt liegt, von den eigenen Grundsatz- und Grundrechtsnormen Ausnahmen zu machen, die als *legi speciali* vorrangig zur Geltung kommen. „Verfassungswidrige Verfassungsnormen“ kommen daher nur bei Überschreitungen „äußerster Grenzen der Gerechtigkeit“ in Frage⁷⁸, welche hier freilich nicht erreicht werden. Dies gilt insbesondere, wenn die Normen durch mildere Mittel – wie etwa durch eine Abwägung im Rahmen der „praktischen Konkordanz“ – verfassungskonform angewandt werden können⁷⁹.

c) Lösung über die Lehre der praktischen Konkordanz?

Die Lehre der praktischen Konkordanz geht über die den Willen des Gesetzgebers erforschenden klassischen Auslegungsmethoden hinaus⁸⁰. Aus dem Grundsatz der Einheit der Verfassung und der Erkenntnis der Interdependenz der einzelnen Verfassungsgüter folgt für eine Verfassungsinterpretation die Aufgabe einer Optimierung: Kollidierende Güter müssen so gegeneinander abgeglichen werden, dass sie zu optimaler Wirksamkeit gelangen⁸¹. Sie gewinnt daher für die Fallgruppen Bedeutung, in denen sich, wie hier, die klassischen Auslegungskriterien nicht gegenseitig stützen, sondern blockieren⁸². Auf dem Wege der Optimierung der Verfassungsziele kann dem Ziel der Inkompatibilitätsnormen und der Ermächtigungsnorm ein höherer Stellenwert als dem historisch dokumentierten Willen des Gesetzgebers eingeräumt werden. Damit wäre der Weg für eine Ausdehnung des Begriffes der Angestellten auf alle öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmer frei. Das Ergebnis würde auch keinen Widerspruch zum Verfassungstext darstellen und die Grenze der zulässigen Verfassungsinterpretation überschreiten⁸³. Festzustellen bleibt, dass die Ungleichbehandlung zwischen Arbeitern und Angestellten durch eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Art. 137 I GG und der darauf beru-

⁶⁸ Vgl. diesen Ansatz für die kommunalwirtschaftliche Inkompatibilität bei Scheffold, *Kommunalwirtschaftliche Inkompatibilität*, 1977, S. 89f. sowie für die hiesige Unterscheidung Versteyl, Fn. 5, Art. 137 Rn. 10.

⁶⁹ Vgl. BVerfG, Fn. 31; BVerfGE 99, 1; Pieroth, Fn. 5, Art. 28 Rn. 2.

⁷⁰ Vgl. Pieroth/Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, 2003, Rn. 314 ff.; Sachs, Fn. 28, Vor Art. 1 Rn. 120 ff. (129).

⁷¹ Sachs, Fn. 28, Vor Art. 1 Rn. 130.

⁷² Pieroth, Fn. 5, Art. 137 Rn. 1; Versteyl, Fn. 5, Art. 137 Rn. 1.

⁷³ Pieroth, Fn. 5, Art. 79 Rn. 8 ff.

⁷⁴ BVerfG, Fn. 29, BVerfGE 48, 64 (89).

⁷⁵ Ähnl. Magiera, Fn. 26, Art. 137 Rn. 10; vgl. auch BVerfG, Fn. 29, BVerfGE 48, 64 (91 f.).

⁷⁶ Vgl. hierzu Dürig (1973), Art. 3 I GG, Rn. 271.

⁷⁷ BVerfG, UrL. v. 17.12.1953 – 1 BvR 147, BVerfGE 3, 58 (147); Sachs, Fn. 28, Art. 139 Rn. 13 m.w.N.; vgl. hierzu Vedder, Fn. 5, Art. 139 Rn. 16; Hofmann, in Isensee/Kirchhof, *HbdStR*, Bd. 1, 3. Aufl. 2003, § 7 Rn. 5.

⁷⁸ So bereits Dürig, Art. 3 I GG, Rn. 271.

⁷⁹ Damit hat das BVerfG das Vorliegen „verfassungswidrigen Verfassungsrechts“ verneint (BVerfG, B. v. 24.4.1953 – 1 BvR 102/51, BVerfGE 2, 237 (282); BVerfG, B. v. 17.06.1953 – 1 BvR 668/52, BVerfGE 2, 336; Hofmann, Fn. 77, *HbdStR* I, § 7 Rn. 5).

⁸⁰ Str. wie hier: Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl. 1995, Rn. 49 (60); dagegen Starck, in *HbdStR* VII, § 164, Rn. 16 ff. hält dies für besondere Ausprägungen der systematischen Auslegung.

⁸¹ Hesse, Fn. 80, Rn. 72.

⁸² So schaltet eine teleologisch durchaus gebotene ausdehnende Auslegung des Begriffes der Angestellten als Sammelbegriff für alle öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmer am Wortlaut des Art. 137 I GG, der nur den vordefinierten Begriff des Angestellten, nicht aber den des Arbeiters oder des Arbeitnehmers verwendet, ihrer Entstehungsgeschichte, aus der sich ergibt, dass eine möglichst geringe Einschränkung der Wählbarkeit von den Verfassungsvätern und damit gerade keine generelle Inkompatibilität öffentlich-rechtlicher Arbeitnehmer gewünscht war und an ihrer systematischen Funktion als eng auszulegende Ausnahmvorschrift zum Grundsatz der formellen Wahlrechtsgleichheit.

⁸³ Vgl. Hesse, Fn. 80, Rn. 77.

henden Inkompatibilitätsnormen dadurch beseitigt werden kann, dass unter „Angestellten“ alle öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmer verstanden werden.

d) Mitwirkungsverbote als milderer Mittel?

Die kommunalrechtlichen Mitwirkungsverbote/Befangenheitsregelungen stellen kein milderer Mittel im Sinne der Erforderlichkeit einer Beschränkung der formellen Wahlrechts-gleichheit für die öffentlich-rechtlichen Arbeiter dar. Sie sind zwar in ihren Auswirkungen milder, weil sie nur eine Mitwirkung im Einzelfall ausschließen. Sie sind nur zur Vermeidung von einzelfallbezogenen Interessenkollisionen geeignet, nicht aber zur Beseitigung der grundsätzlichen Interessenkollision wegen eines gleichzeitig bestehenden Dienstverhältnisses⁸⁴ und erst recht nicht zur Beseitigung der Ungleichbehandlung zwischen öffentlich-rechtlichen Angestellten und Arbeitern. Sie können damit allenfalls als Auffangbecken bei Interessenkollisionen für die Gruppen öffentlich-rechtlicher Bediensteter dienen, die aus den bestehenden einfachrechtlichen Inkompatibilitätsnormen herausfallen⁸⁵.

D. Ausdehnung auf Beschäftigte in privatisierten kommunalen Unternehmen

Die Frage nach dem Bestehen und der Reichweite der kommunalrechtlichen Inkompatibilitätsnormen stellt sich nicht nur für Gemeindebedienstete im Rahmen der Kommunalverwaltung selbst, sondern auch für die Beschäftigten der öffentlich-rechtlichen, privaten oder privatisierten Unternehmen, an denen Gemeinden oder Landkreise beteiligt sind. Die Forderung nach einem schlanken Staat und die anhaltende Finanzknappheit der öffentlichen Hand haben dazu geführt, dass die kommunale Verwaltung nicht nur im Rahmen der zur Gewinnerzielung dienenden erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit, sondern vermehrt auch im Bereich der Daseinsvorsorge Verwaltungsbereiche ausgliedert und sich dabei zunehmend auch privater Organisationsformen bei der Erfüllung bedient. Damit vollzieht sich zugleich eine Abwendung vom Modell der klassischen Erfüllungsverwaltung hin zur Gewährleistungsverwaltung. Die meisten Kommunalrechtsordnungen enthalten für diesen Fall keine ausdrücklichen Regelungen⁸⁶. Diese Entwicklung war auch bei der Entstehung des GG noch nicht vorhersehbar. Art. 137 I GG ermächtigt daher lediglich zur Einschränkung der Wahlbarkeit für „Beamte, Angestellte des öffentlichen Dienstes (...) in Bund, Ländern und Gemeinden“. Damit stellt sich die Frage, ob Art. 137 I GG den „nötigen Spielraum eröffnet, um auf den (...) rechtstatsächlichen Entwicklungsprozess auf adäquate Weise reagieren zu können“⁸⁷. Da der Wortlaut des Art. 137 I GG lediglich von Bund, Ländern und Gemeinden spricht, liegt zunächst unter Berücksichtigung der mit Blick auf die damit verbundene Einschränkung der formellen Wahlrechts-gleichheit gebotene restriktive Auslegung nahe, die Gruppe der Angestellten von Eigen- und Beteiligungsgesellschaften von der Reichweite der Norm auszunehmen⁸⁸, zumal hier auch die Mitwirkungsverbote im Einzelfall eine Interessenkollision vermeiden könnten. Dennoch hat sich das BVerfG hier⁸⁹ offener für eine Erweiterung des Geltungsbereichs gezeigt. Danach sollen alle Angestellten, deren Einbeziehung in die Ermächtigung des Art. 137 I GG „auf Grund der Ausgestaltung ihres Beschäftigungsverhältnisses, der besonderen Zusammensetzung und Organisation der Spitze ihres Unternehmens sowie der Eigenart ihrer Tätigkeit und ihres Aufgabenbereichs in einer solch engen Beziehung zur öffentlichen Hand stehen, dass im Hinblick auf die nahe liegende Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit von Interessen-

und Entscheidungskonflikten (...) unabweislich ist“ als Angestellte des öffentlichen Dienstes von der Ermächtigungsnorm mit umfasst werden. Denn auch in dieser Fallkonstellation sprechen Argumente für eine Ausdehnung der Ermächtigung auf Angestellte von Eigen- oder Beteiligungsgesellschaften⁹⁰: Zweck des Art. 137 I GG und der darauf aufbauenden kommunalrechtlichen Inkompatibilitätsnormen ist die Vermeidung von Interessenkonflikten. In Anbetracht der grundsätzlichen Organisationsfreiheit der Kommunen im Rahmen der kommunalen Selbstverwaltung können diese grundsätzlich auch ihre Organisationsform frei bestimmen und haben damit bei der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben die Wahl zwischen öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Form. Da die zu erwartenden Interessenkonflikte sowohl bei privatrechtlicher als auch bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung entstehen können⁹¹, kann es zu deren Vermeidung nicht auf die Organisationsform ankommen, sondern nur auf die Art der erfüllten Aufgabe⁹². Eine engere Auslegung würde die Ermächtigungsnorm angesichts der Tendenz, immer weitere Verwaltungsteile zu privatisieren leer laufen lassen. Damit würde gerade die Gefahr einer abstrakten Interessenkollision nicht begegnet werden können. Da gerade abstrakten Interessenkollisionen vorgebeugt werden soll, kann es bei der Ausdehnung der Ermächtigung auch nicht darauf ankommen, ob es sich um leitende Angestellte handelt⁹³ oder nicht⁹⁴. Auch untergeordnete Beschäftigte können durch ein kommunalrechtliches Mandat eine Aufsichts- und Kontrollposition gegenüber Vorgesetzten erlangen⁹⁵, insoweit besteht ein „echtes Bedürfnis“ auch Angestellten in nicht herausgehobener Position und Arbeitern Beschränkungen der Wählbarkeit aufzuerlegen⁹⁶. Damit spricht neben der sachlich nicht mehr gerechtfertigten Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten auch der Zweck der Inkompatibilitätsnormen dafür, den Geltungsbereich der verfassungsrechtlichen Ermächtigungsnorm des Art. 137 I GG und der darauf basierenden Inkompatibilitätsnormen auch auf die Arbeiter kommunaler Eigen- und Beteiligungsgesellschaften auszudehnen und unter den Begriff der „Angestellten des öffentlichen Dienstes“ zu fassen. Nur so kann dem Zweck der Normen trotz der „Flucht ins Privatrecht“ hinreichend Rechnung getragen werden.

⁸⁴ So auch *Stober/Lackner*, Fn. 7, Art. 137 I Rn. 268 m.w.N., Vgl. auch *Lübbe-Wolf*, Fn. 51, Art. 137 Rn. 18.

⁸⁵ Zu denken ist hier etwa an Landesbeamte oder Angestellte, aber auch Bürgermeister kreisangehöriger Gemeinden in Kreistagen; vgl. *Lübbe-Wolf*, Fn. 51, Art. 137 I Rn. 18 m.w.N.; *Stober/Lackner*, Fn. 7, Art. 137 I Rn. 267 ff. (269).

⁸⁶ Vgl. aber z. B. § 37 Hess GO, § 27 Hess LKrO.

⁸⁷ *Stober/Lackner*, Fn. 7, Art. 137 I, Rn. 326.

⁸⁸ *Dietrich-Schirrmann*, Fn. 3, S. 132; *Behrend*, Fn. 57, DVBl. 1970, 412; *Ue*, Fn. 60, VwA 1971, 271 (281).

⁸⁹ Im Gegensatz zur Einbeziehung der Arbeiter unter den Angestelltenbegriff: BVerfG, Fn. 29, BVerfGE 48, 64 (84).

⁹⁰ Vgl. *Behrend*, Fn. 57, DVBl. 1970, 412 (413).

⁹¹ *Pieroth*, Fn. 5, Art. 137 Rn. 6; *Scheffold*, Fn. 68, S. 86; *Thiele*, Fn. 58, DVBl. 1969, 825.

⁹² So auch *Stober/Lackner*, Fn. 7, Art. 137 I Rn. 327a.

⁹³ So BVerfG, Fn. 22, BVerfGE 48, 64 (84); BVerfG, B. v. 21.1.1975 – 2 BvP 193/74, BVerfGE 38, 326 (339). So auch *Lübbe-Wolf*, Fn. 51, Art. 137 Rn. 10; *Pieroth*, Fn. 5, Art. 137 Rn. 5.

⁹⁴ Wie hier: *von Campenhausen*, Fn. 5, Art. 137 Rn. 26; *Scheffold*, BVerfG und kommunalwirtschaftliche Inkompatibilität – BVerfGE 48, 64, JuS 1980, 493 (496).

⁹⁵ *Scheffold*, Fn. 68, S. 133; *Hausmann*, Fn. 67, S. 197.

⁹⁶ Dies räumt auch das BVerfG, Fn. 22, BVerfGE 48, 64 (87) ein.

E. Zusammenfassung

Die Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten im Rahmen der kommunalrechtlichen Inkompatibilitätsnormen ist nicht nur nicht mehr zeitgemäß, sondern vor allem auch nicht mehr verfassungsgemäß. Die Angleichung von Arbeitern und Angestellten in der Arbeitswirklichkeit gebietet daher zwingend eine Gleichbehandlung auch im Kommunalrecht. Dies gilt umso mehr, nachdem auch das Tarifrecht des öffentlichen Dienstes in dem seit 1.10.2005 geltenden neuen TVöD die Unterscheidung als „nicht mehr zeitgemäß“ aufgegeben hat⁹⁷. Vor dem Hintergrund des Zwecks der Inkompatibilitätsnormen, abstrakte Interessenkonflikte zu vermeiden, bleibt als einzige auf kommunaler Ebene praktisch umsetzbare Lösung auch Arbeiter unter die „Angestellten des öffentlichen Dienstes“ zu fassen. Da sowohl die historische Auslegung des Art. 137 I GG als auch der bereits vorgeprägte Begriff des Angestellten, aus dem auch das BVerfG die Gruppe der Arbeiter ausgeklammert hat und die systematische Stellung des Art. 137 I GG als Ausnahmevorschrift zum Grundsatz der formalen Wahlrechtsgleichheit, eine derartige Ausdehnung im Wege der (herkömmlichen) Auslegung verhindern, muss dieses Ergebnis auf der verfassungsrechtlichen Kollisionsebene über die praktische Konkordanz hergeleitet werden. Diese Ausdehnung greift auch bei der Anwendung des Begriffs der „Angestellten des öffentlichen Dienstes“ auf Beschäftigte kommunaler Eigen- oder Beteiligungsgesellschaften. Die bei Weitem eleganteste Lösung zur Beseitigung dieser Differenzierung – eine Ersetzung des Begriffs der „Angestellten“ durch den der „Arbeitnehmer“ – bleibt freilich dem Gesetzgeber vorbehalten. Hierzu ist er nachdrücklich aufgerufen.

Ministerialdirigent a.D. Dr. Rolf Groß, Darmstadt

Zur Pressekonzentration

A. Einleitung

Mehr als 40 Jahre dauert schon die Diskussion über die Konzentration im Pressewesen. Sie zeichnet sich durch wechselnde Ziele und unterschiedliche Stetigkeit aus. Das gilt sowohl für die Auseinandersetzung über Ursache und Wirkung der Konzentration wie für Überlegungen zu deren Eindämmung. Struktureller Wandel und konjunkturelle Schwankungen haben Akzente gesetzt. Konstant blieb die kontinuierliche Abnahme der Zahl selbstständiger Redaktionen und Presseverlage, auch wenn sich dieser Prozess wegen struktureller und konjunktureller Einflüsse bisweilen beschleunigte oder verlangsamt.

Eine vom Bundesverband der Zeitungsverleger 1964 in einer Denkschrift dokumentierte Auffassung sah die Ursache für die Krise der Presse und damit auch für den Schwund an Redaktionen und Verlagen im Vordringen des Fernsehens

und der Rundfunkwerbung. Als 1967 die Ergebnisse der Michel-Kommission vorlagen², war der Standpunkt, das Fernsehen sei die Wurzel der Pressekonzentration, nicht mehr haltbar. Die Kommission stellte fest, dass die kleinen und mittleren Verlage nicht durch Hörfunk und Fernsehen aus dem Markt gedrängt werden. So standen von da an die Wettbewerbsverzerrungen innerhalb der Zeitungs- und Zeitschriftenpresse im Blickpunkt. Wirtschaftliches Übergewicht mächtiger Presseunternehmen bedroht die Existenz der kleinen und mittleren Verlage, konstatierte die vom Bundesminister des Innern eingesetzte Kommission zur Untersuchung der Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz von Presseunternehmen und der Folgen der Konzentration für die Meinungsfreiheit in der Bundesrepublik (Günther-Kommission) in ihrem Schlussbericht 1968³.

Dieser Schlussbericht initiierte die rechtspolitischen Erörterungen ab 1970. Pressefusionskontrolle und redaktionelle Mitbestimmung standen dabei im Mittelpunkt. Nicht nur die betroffenen Gruppen bezogen Position, auch andere Organisationen wie z. B. der Deutsche Juristentag 1972 nahmen Stellung. Die politischen Parteien sahen sich veranlasst, mehr oder minder deutlich ihre Standpunkte zu formulieren⁴. Ertrag der Bemühungen waren die in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen 1976 eingefügte pressenspezifische Fusionskontrolle, die die seit 1973 für alle Bereiche der Wirtschaft geltende Fusionskontrolle ergänzt, und der Referentenentwurf eines Bundespresserechtsrahmengesetzes des Bundesinnenministeriums 1974.

Verlegerinteressen ließen die Reformüberlegungen weitgehend im Ansatz stecken bleiben. Dazu kam die Bremswirkung negativer gesamtwirtschaftlicher Einflüsse. So überlagerte die Diskussion um wirtschaftliche Pressehilfen die übrigen pressepolitischen Themen. Dabei verloren die im Günther-Bericht aufgezeigten Strukturprobleme und Konzentrations-tendenzen an Beachtung, und der Referentenentwurf für das Rahmengesetz verschwand in den Schubladen des Bundesinnenministeriums. Nachdem der Einzug der Elektronik die Ertragslage der Zeitungen wieder verbesserte, war die Neigung gering, zurückgestellte Projekte wiederzubeleben. Man hoffte allenfalls, dass die Beteiligten im Rahmen der Tarifautonomie redaktionelle Mitbestimmung verankern.

Schon der Bericht der Bundesregierung über die Lage von Presse und Rundfunk in der Bundesrepublik vom 9. November 1978⁵ bestätigte die geringen Chancen für den Abschluss einer tarifvertraglichen Regelung über die redaktionelle Mitbestimmung. Er konstatierte das Scheitern der Verhandlungen zwischen Verlegerverbänden und Journalistenorganisationen und legte dar, dass auch der Abschluss von Redaktionsstatuten stagnierte. Gleichwohl kam der Bericht zu der Aussage, die Regierung gebe einem erfolgreichen Abschluss dieser Verhandlungen vor einer gesetzlichen Regelung den Vorzug⁶. Das war eine Absage an die gesetzliche Regelung der Redakteursmitbestimmung in einem Presserechtsrahmengesetz trotz Fortdauer des Konzentrationsprozesses⁷.

⁹⁷ So ausdrücklich festgestellt in der „Einigung der Tarifvertragsparteien des TVöD über die Neugestaltung des Tarifrechts des öffentlichen Dienstes vom 09. Februar 2005“.

¹ BDZV (Hrsg.), Pressefreiheit und Fernsehmonopol, Beiträge zur Frage der Wettbewerbsverzerrung zwischen den publizistischen Mitteln, 1964 = ARD (Hrsg.), Rundfunkanstalten und Tageszeitungen, Eine Materialsammlung, Dokumentation 1, 1965, S. 389 ff. (Kurzfassung).

² BT-Drs. V/2120 = ARD (Hrsg.), Rundfunkanstalten und Tageszeitungen, Eine Materialsammlung, Dokumentation 5, 1969, S. 12 ff. (auszugsweise).

³ BT-Drs. V/3122 = ARD (Fn. 2), S. 281 ff. (auszugsweise).

⁴ Groß, Presserecht, 3. Aufl., 1999, Fn. 122.

⁵ BT-Drs. 8/2264, S. 68 ff.

⁶ BT-Drs. (Fn. 5), S. 70.

⁷ BT-Drs. (Fn. 5), S. 5 f.