



VERWALTUNGSGERICHTSHOF BADEN-WÜRTTEMBERG

Im Namen des Volkes Urteil

In der Verwaltungsrechtssache

prozessbevollmächtigt:

- Kläger -
- Berufungskläger -

gegen

Landkreis Ortenaukreis,
vertreten durch den Landrat,
Badstraße 20, 77652 Offenburg

- Beklagter -
- Berufungsbeklagter -

wegen Ablehnung gemäß § 24 Landkreisordnung

hat der 1. Senat des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg durch den Präsidenten des Verwaltungsgerichtshofs Ellenberger, den Richter am Verwaltungsgerichtshof Hettich und den Richter am Verwaltungsgerichtshof Pohl aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18. Dezember 2015

für Recht erkannt:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Freiburg vom 29. Januar 2014 - 2 K 79/13 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Der Kläger wendet sich gegen die Feststellung, er sei rechtlich gehindert, als Nachrücker Mitglied des Kreistags zu werden. Er ist Verwaltungsmitarbeiter am Empfang (Pforte) im xxxxxxxxklinikum in xxxx, einem Eigenbetrieb des Ortenaukreises. Bei der Wahl zum Kreistag des Ortenaukreises im Jahr 2009 wurde er für die Partei „xxx xxxxx“ zum zweiten Nachrücker gewählt. Im September 2012 starb ein Kreistagsabgeordneter seiner Partei; der erste Nachrücker lehnte die Mandatsübernahme ab; dessen Ablehnungsgründe nach § 12 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 5, 8 LKrO anerkannte der Kreistag in der Sitzung vom 23.10.2012. Nach Anhörung des Klägers erließ der Beklagte unter dem 23.10.2012 folgende Verfügung: „Der Kreistag des Ortenaukreises hat in seiner Sitzung vom 23.10.2012 festgestellt, dass bei Ihnen ein Hinderungsgrund nach § 24 Abs. 1 Nr. 1 a der Landkreisordnung (LKrO) vorliegt und Sie somit nicht in den Kreistag des Ortenaukreises nachrücken können“. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass der Kläger als Pförtner beim xxxxxxxxklinikum Arbeitnehmer des Landkreises sei; dies sei ein Hinderungsgrund nach § 24 Abs. 1 Nr. 1 a LKrO. Zwar gelte der Hinderungsgrund nach § 24 Abs. 1 Satz 2 LKrO nicht für Arbeitnehmer, die überwiegend körperliche Arbeit leisteten. Der Kläger verrichte als Pförtner keine überwiegend körperliche Arbeit. Der Aufgabenschwerpunkt liege mit über 70 % eindeutig bei den Tätigkeiten „Telefonvermittlung und -auskunft sowie Anlauf-/Auskunftsstelle für Besucher und Patienten“. Alle anderen Tätigkeiten seien von der zeitlichen Inanspruchnahme deutlich untergeordnet. Hiergegen legte der Kläger am 16.11.2012 Widerspruch ein und machte geltend, überwiegend körperliche Arbeit zu verrichten. Zudem verstoße § 24 LKrO gegen Art. 137 GG. Mit Widerspruchsbescheid des Beklagten vom 18.12.2012 wurde der Widerspruch zurückgewiesen.

Der Kläger erhob Klage zum Verwaltungsgericht auf Aufhebung des Bescheids des Beklagten vom 23.10.2012 und des Widerspruchsbescheids vom 18.12.2012. § 24 LKrO verstoße gegen Art. 137 Abs. 1 GG. Das passive Wahlrecht werde durch § 24 LKrO unverhältnismäßig und verfassungswidrig eingeschränkt. Die Differenzierung des § 24 Abs. 1 Satz 2 LKrO dürfte als sachgerecht anzusehen sein, da Arbeitern - anders als Angestellten - keine Entscheidungsbefugnisse zustünden. Er sei als Pförtner der Gruppe der Ar-

beitnehmer zuzuordnen, die überwiegend körperliche Arbeit verrichteten. Maßgeblich seien in der Regel die sichtbaren Bewegungen einer Arbeitsperson bei der Ausübung einer Tätigkeit. Seine Arbeit bestehe aus: Telefonhörer abheben und auflegen, Briefe befördern, Briefe sortieren, Pakete heben und legen, verschiedene Tastaturen drücken, technische Anlagen bedienen usw. Hierbei handele es sich um körperliche Tätigkeiten im eigentlichen Sinne, denn er benötige hierfür seine Hände. Das Ergebnis eines Testbogens der Bundesanstalt für Arbeitsmedizin zeige im Übrigen, dass es sich bei seiner Tätigkeit um eine körperliche Beanspruchung handele.

Der Beklagte trat der Klage entgegen und führte zur Begründung aus, der Kreistag sei oberstes Kontrollorgan des Landkreises und damit auch des Eigenbetriebes. Ziel des Art. 137 GG sei es gerade zu verhindern, dass die Kontrolleure der Verwaltung durch Personalunionen sich selbst kontrollierten. Die Verfassungsmäßigkeit des § 24 LKrO a. F. sei rechtlich geklärt. § 24 LKrO n. F. verwende im Vergleich zur alten Fassung nunmehr die neue Bezeichnung Arbeitnehmer. Damit habe der Gesetzgeber keine Rechtsänderung herbeiführen wollen, sondern lediglich redaktionell auf das neue Tarifrecht vom 01.10.2005 reagiert, bei dem die Unterscheidung zwischen Angestellten und Arbeitern weggefallen sei. Die Bezeichnung „Angestellte des öffentlichen Dienstes“ in Art. 137 Abs. 1 GG sei nicht verfassungsrechtlich determiniert mit der Folge, dass für die Begriffsbestimmung die Konkretisierungen des öffentlichen Dienstrechtes maßgeblich seien. Aufgrund der Änderungen im öffentlichen Dienstrecht sei als Reaktion des Landesgesetzgebers folgerichtig der neue Satz 2 eingefügt worden, um die Norm verfassungskonform mit Art. 137 GG zu gestalten. Dass der Kläger nicht überwiegend körperlich arbeite, ergebe sich aus der Tätigkeitsbeschreibung. Zudem würden in der noch geltenden Anlage 1a zum BAT Verwaltungsmitarbeiter am Empfang (Pförtner) bei kommunalen Verwaltungen und Betrieben in Verwaltungsbehörden mit starkem Publikumsverkehr, die in größerem Umfang Auskünfte zu erteilen hätten, für welche die Kenntnis der Zuständigkeit nicht nur der Dienststelle, bei der sie beschäftigt seien, erforderlich sei, im Angestelltenverhältnis geführt. Diese Beschreibung treffe in Umfang und Art auf die Tätigkeiten der Verwaltungsmitarbeiter am Empfang in den Dienstgebäuden des Ortenaukrei-

ses zu. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts sei bei Verwaltungsmitarbeitern am Empfang zu unterscheiden zwischen lediglich einfachen Pförtner Tätigkeiten und „qualifizierten“ Tätigkeiten. Ein Versicherter mit dem bisherigen Beruf des Facharbeiters dürfe auf die Tätigkeit eines sogenannten „gehobenen“ oder „qualifizierten“ Pförtners, der über die übliche Pförtner Tätigkeit hinaus in nicht unerheblichem Umfang mit schriftlichen Arbeiten beschäftigt werde oder Fernsprechvermittlungsdienst mit mehr als einem Amtsanschluss leiste, verwiesen werden. Der gehobene Pförtner übe in einem größeren Betrieb auch regelmäßig eine wichtige Funktion aus, die oft eine längere Einarbeitung, Einübung und Bewährung voraussetze. Außer erheblichen beruflichen Kenntnissen und Fertigkeiten habe der gehobene Pförtner über Autorität, Gewandtheit und sicheres Auftreten sowie über besondere Zuverlässigkeit zu verfügen. Diese Rechtsprechung sei auf den vorliegenden Fall übertragbar. Der Kläger, der laut seinem Arbeitsvertrag vom 23.05.1977 als Angestellter eingestellt worden sei, habe seit 1977 als Krankenpfleger gearbeitet. Er habe im August 1981 die Stationsleitung übernommen, und sie aufgrund seiner Freistellung als Personalrat ab Februar 1996 wieder aufgegeben. Seither habe er wieder als Krankenpfleger gearbeitet. Im März 2009 habe seine Arbeitsunfähigkeit begonnen; er sei nach § 38 TVöD leistungsgemindert und könne nur noch leichte bis mittelschwere Tätigkeiten ausüben. Beim Arbeitsgericht habe man auf seine Klage auf Beschäftigung an einem leidensgerechten Arbeitsplatz einen Vergleich abgeschlossen. Dem Kläger sei danach die Tätigkeit an der Pforte zugewiesen worden.

Das Verwaltungsgericht wies die Klage mit Urteil vom 29.01.2014 ab. Der Kläger sei als Pförtner im xxxxxxxxklinikum aufgrund eines Dienstvertrages nach §§ 611 ff. BGB beschäftigt und stehe in einem gewissen Grad in einem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis zum Landkreis. Damit sei er im Sinne des § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a LKrO Arbeitnehmer des Landkreises. Er sei nicht dem Personenkreis des § 24 Abs. 1 Satz 2 LKrO zuzurechnen. Die Abgrenzung zwischen den Arbeitnehmern, die überwiegend körperliche Arbeit verrichteten, und den übrigen Arbeitnehmern sei nach den herkömmlichen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts und des Arbeitsrechts - wie sie im Bereich der Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten entwickelt wor-

den seien - vorzunehmen. Überwiegend mechanische und manuelle Tätigkeiten würden danach den Arbeitern zugeordnet. Büromäßig oder kaufmännisch - auch ohne Vorbildung - zu erledigende Arbeiten sprächen für geistige Tätigkeiten, die den Angestellten ausmachten. Der Schwerpunkt der Tätigkeit des Klägers liege nicht im Bereich der körperlichen Arbeit. Der Kläger sei unter anderem zuständig für die Telefonvermittlung des ganzen Klinikums, die Führung des Kassenbuchs der Pforte, die Telefonabrechnungen der Patienten, die Verwaltung der Rufempfänger; er sei Anlauf- und Auskunftsstelle für Besucher und Patienten. Angesichts des starken Publikumsverkehrs im Klinikum seien außerdem besondere Kenntnisse der Zuständigkeiten innerhalb (und gegebenenfalls auch außerhalb) der Beschäftigungsstelle erforderlich. Die vom Kläger aufgeführten Arbeiten des Beförderns von Briefen, des Hebens von Paketen und das Anheben des Telefonhörers seien keine den Schwerpunkt seiner Tätigkeit ausmachende Arbeiten. Dies gelte auch, soweit er unter Berufung auf einen von ihm vorgelegten Test der Bundesanstalt für Arbeitsmedizin vortrage, dass er bei seiner Tätigkeit körperlich beansprucht werde. Der entsprechende Test sei für die Beantwortung der Frage, ob eine Person überwiegend körperliche oder geistige Tätigkeiten verrichte, ungeeignet. Er ziele vielmehr arbeitsmedizinisch darauf ab, die Belastung des Muskel-Skelett-Systems mit Blick auf Fehlhaltungen oder Falschbelastungen zu untersuchen, um aus arbeitsmedizinischer Sicht Verbesserungen vorzunehmen. Die auf der grundgesetzlichen Ermächtigungsnorm des Art. 137 Abs. 1 GG beruhende Beschränkung des passiven Wahlrechts in § 24 LKrO stehe mit dieser in Einklang. Insbesondere begegne es keinen Bedenken, soweit § 24 Abs. 1 Satz 2 LKrO auf das Kriterium der körperlichen Arbeit abstelle. Bei der Bestimmung der von der Inkompatibilität betroffenen beruflichen Stellen sei dem Gesetzgeber ein Einschätzungsspielraum zuzugestehen. Insbesondere könne er die Ermächtigung des Art. 137 Abs. 1 GG durch generalisierende Tatbestände ausschöpfen, die an die Wahrscheinlichkeit einer Konfliktlage anknüpften. Es gebe keinen in allen Rechtsgebieten übereinstimmenden Begriff des Angestellten des öffentlichen Dienstes. Zwar habe die Unterscheidung zwischen Angestellten und Arbeitern erheblich an Bedeutung verloren. Diese Unterscheidung aufzugeben und den Kreis der Personen, für die nach Art. 137 Abs. 1 GG Inkompatibilitätsbestimmungen erlassen werden

dürften, an Hand der Wahrscheinlichkeit eines drohenden Interessenkonflikts zwischen Tätigkeit und Mandat zu bestimmen, sei jedoch nicht möglich. Einer solchen Auslegung stehe der Wortlaut des Art. 137 Abs. 1 GG entgegen. Über diesen Wortlaut hinwegzugehen, sei auch mit der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht zu vereinbaren. Der Verfassungsgeber habe bewusst zwischen Arbeitern und Angestellten differenziert und so zu erkennen gegeben, welche Gesichtspunkte innerhalb des öffentlichen Dienstes die Auslösung der Regelungsbefugnis rechtfertigten und in welchen Grenzen in Auslegung des Art. 137 Abs. 1 GG Angestellten, die durch ihr Dienstverhältnis in einer Beziehung zur öffentlichen Hand mit der dadurch erhöhten Gefahr von Interessenkonflikten stünden, eine Wählbarkeitsbeschränkung auferlegt werden könne. An diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben könne die Aufgabe der Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten im einfachen Recht nichts ändern. Auch gehe das Bundesverfassungsgericht nicht davon aus, dass sämtliche Unterschiede zwischen Arbeitern und Angestellten aufgehoben seien. Es habe lediglich festgestellt, dass diese Unterschiede nicht gewichtig genug seien, dass daran beispielsweise unterschiedliche Kündigungsfristen geknüpft werden könnten. Es sei nicht festzustellen, dass eine Unterscheidung nach körperlichen Merkmalen der Arbeitsleistung nicht mehr möglich sei und es einen „überwiegend körperlich arbeitenden“ Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst nicht mehr gebe.

Bei der Kreistagswahl am 25.05.2014 wurde der Kläger zum ersten Nachrücker der Partei „xxx xxxxx“ gewählt. Mit der vom Verwaltungsgericht zugelassenen Berufung verfolgt er sein Begehren, nunmehr in der Form einer Fortsetzungsfeststellungsklage weiter. Er trägt vor, es bestehe ein Feststellungsinteresse. Da er wiederum Nachrücker sei, bestehe die konkrete Gefahr, dass sich die erledigte Maßnahme wiederhole. Bis im Falle eines Nachrückens und einer erneuten Entscheidung des Kreises nach § 24 LKrO über seine Klage entschieden wäre, hätte sich die Maßnahme voraussichtlich wieder erledigt. Die Effektivität des Rechtsschutzes gebiete es daher, dass er Gelegenheit habe, die Berechtigung des schwerwiegenden Grundrechtseingriffs im vorliegenden Verfahren gerichtlich klären zu lassen.

Er sei weiterhin Beschäftigter des Landkreises im xxxxxxxxklinikum. Es sei ihm aus wirtschaftlichen Gründen nicht möglich, seine Existenzgrundlage zu Gunsten eines Mandates im Kreistag aufzugeben. Auf dem Arbeitsmarkt könne er aufgrund seiner Erkrankung keine andere Tätigkeit finden. Er könne auch noch nicht in Rente gehen.

Seine Tätigkeit falle unter § 24 Abs. 1 Satz 2 LKrO. Die in der Entscheidung des Verwaltungsgerichts vorgenommene Abgrenzung, die formal, quasi „naturwissenschaftlich“ das Gesamtbild der Tätigkeit analysiere und darauf abstelle, ob der Anteil der rein manuellen oder geistigen Verrichtungen überwiege, sei ungeeignet, eine adäquate Bewertung zu bewirken. In der arbeitsgerichtlichen und der sozialgerichtlichen Rechtsprechung sei stets die Bewertung einer Tätigkeit durch die am Verkehr beteiligten Kreise, insbesondere die Tarifvertragsparteien maßgebend gewesen. Das Unterscheidungsmerkmal der überwiegend körperlichen oder überwiegend geistigen Arbeit sei nur relevant gewesen, wenn sich eine Verkehrsauffassung noch nicht gebildet hatte. Stelle man nun ausschließlich auf dieses Kriterium ab, komme es zu einer starken Ausweitung des von Art. 137 GG erfassten Personenkreises. Eine Tätigkeit in der Telefonzentrale sei nach der Lohngruppe 2 MTArb den Arbeitertätigkeiten zugeordnet gewesen. Nach § 25 BAT habe ein Pförtner, um Angestellter sein zu können, die Angestelltenprüfung abgelegt haben müssen. Diese Prüfung könne der Kläger jedoch nicht nachweisen. Aus Anl. 1a zum BAT ergebe sich entgegen der Auffassung des Beklagten nichts anderes. Diese Anlage beschreibe die Vergütungsgruppen bei Angestellten. Danach könnten Pförtner bei großen Verwaltungen und Betrieben der Vergütungsgruppe IX b zugeordnet werden. Voraussetzung hierfür sei jedoch, dass sie als Angestellte im Sinne des § 1 Abs. 2 BAT beschäftigt seien. § 1 Abs. 2 BAT regele, dass mit Arbeitnehmern in einer der Rentenversicherung der Arbeiter unterliegenden Tätigkeit im Arbeitsvertrag vereinbart werden könne, dass sie als Angestellte nach dem Tarifvertrag beschäftigt würden, wenn ihre Tätigkeit in der Vergütungsordnung (Anl. 1a und 1b) aufgeführt sei. Demnach seien Pförtner grundsätzlich nicht Angestellte. Aus § 1 Abs. 2 BAT folge, dass sie in der Regel Arbeiter gewesen seien, denen jedoch vertraglich die Angestelltenstellung habe zugeschrieben werden können.

Selbst wenn eine Zuordnung der Tätigkeit des Klägers zu einer Angestellten-tätigkeit begründbar wäre, könne dieses Ergebnis aus verfassungsrechtlichen Gründen keinen Bestand haben. Da die heutige Arbeitswirklichkeit mit der fehlenden Differenzierung zwischen Angestellten- und Arbeitertätigkeiten in Tarifverträgen eine Unterscheidung nicht mehr ermögliche und eine Verkehrs-auffassung der beteiligten Kreise nicht mehr existiere, sei eine Abgren-zung zwischen überwiegend manuellen Arbeitertätigkeiten und überwiegend geistigen Angestelltentätigkeiten nicht mehr möglich. Der Verfassungsgeber habe in Art. 137 GG ebenso wie der Landesgesetzgeber in § 24 LKrO auf die frühere arbeitsgerichtliche Rechtsprechung zurückgegriffen. Dies sei nun nicht mehr möglich. Der Landesgesetzgeber habe mit der geänderten Fas-sung der sozialen Wirklichkeit Rechnung tragen wollen, die eine Unterschei-dung zwischen Arbeitern und Angestellten nicht mehr kenne. Dies habe je-doch nicht gelingen können, ohne die Vorgaben des Art. 137 GG aufzugeben. Auf die Entscheidung des Brandenburgischen Verfassungsgerichts (LVfG Bdb., Beschl. v. 26.08.2011 - 6/11 - juris) zum dortigen Kommunalwahlgesetz berufe sich der Beklagte zu Unrecht. Die dortige Regelung sehe Hinderungs-gründe nur bei leitenden Beamten und leitenden Arbeitnehmern vor. Die dor-tige Inkompatibilitätsregelung gelte zudem ausdrücklich nicht für Arbeitneh-mer, die überwiegend körperliche Arbeit verrichteten oder die Arbeiter im her-kömmlichen Sinne seien. Zudem habe das brandenburgische Verfassungsge-richt für eine landesrechtliche Regelung von Hinderungsgründen eine Er-mächtigungsgrundlage in der Landesverfassung gefordert. Hieran fehle es in der baden-württembergischen Landesverfassung.

§ 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a, Satz 2 LKrO fehle es an der nach dem Rechts-staatsprinzip erforderlichen Bestimmtheit. Die Anforderungen des Be-stimmtheitsgrundsatzes hingen im Einzelfall davon ab, wie intensiv die Grund-rechtsbeeinträchtigung aufgrund der jeweiligen Norm sei. Hier werde in die durch Art. 3, Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG geschützte Wahlrechtsgleichheit ein-gegriffen. Der Eingriff sei verfassungswidrig. § 24 LKrO übernehme die von der ehemaligen arbeits- und sozialgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien für Angestellte und Arbeiter, die jedoch heute kaum

noch Bedeutung hätten. Nach § 622 BGB würden für Arbeiter und Angestellte gleiche gesetzliche Kündigungsfristen gelten. Das Entgeltfortzahlungsgesetz regle die Entgeltfortzahlungsansprüche der Angestellten und Arbeiter im Krankheitsfall einheitlich. Die Differenzierung zwischen Angestellten und Arbeitern im Betriebsverfassungsgesetz und im Personalvertretungsrecht sei aufgehoben worden. Auch in der gesetzlichen Rentenversicherung werde seit dem 01.01.2005 nicht mehr zwischen Arbeitern und Angestellten differenziert. Im Arbeitsrecht sei eine Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten grundsätzlich ein Verstoß gegen das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz. Die Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten habe daher nur noch relativ geringe praktische Bedeutung. Aufgrund der Änderungen in der Arbeitswelt seien die Kriterien der körperlichen oder geistigen Prägung einer Arbeit kein geeignetes Abgrenzungskriterium mehr. Folglich sei es für einen möglichen Adressaten des § 24 LKrO kaum möglich, die Rechtslage zu erkennen und sich auf mögliche belastende Maßnahmen einzustellen.

Dieselben Erwägungen würden auch für die Ermächtigungsgrundlage des Art. 137 GG gelten. Es gebe keinen in allen Rechtsgebieten einheitlichen Angestelltenbegriff. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts habe der Gesetzgeber die Möglichkeit, den Angestelltenbegriff durch generalisierende Tatbestände auszuschöpfen, die an die Wahrscheinlichkeit einer Konfliktlage anknüpften. Unter Berücksichtigung der Ratio der Norm sowie des Art. 3 GG sei eine Abgrenzung nach überwiegend körperlicher Arbeit dabei kein taugliches Kriterium mehr. Die Vorschrift diene der Trennung von Legislative und Exekutive, um die Selbständigkeit des Parlaments gegenüber der Verwaltung zu sichern. Aus dem Umstand, dass Angestellte und Beamte in der im Jahr 1949 gegebenen sozialen Realität eine herausgehobene, arbeitgebernähere Stellung im Arbeitsleben gehabt hätten und damit der Exekutive näher verbunden gewesen seien, habe sich die Einschränkungsmöglichkeit bezüglich des passiven Wahlrechts für diese Personengruppen ergeben. Die Bestimmung der Wertigkeit der Tätigkeit als herausgehobene sei dabei im Wesentlichen von der Verkehrsanschauung vorgenommen worden und habe ihren Niederschlag in tarifvertraglichen Regelungen gefunden. Der Fall des Klägers zeige, dass die bestehenden generalisierenden Tatbestände heute

unter Berücksichtigung dieses Zwecks der Norm zu unbilligen Ergebnissen führten. Es erscheine fraglich, welchen Einfluss der Kläger innerhalb der Verwaltung des xxxxxxxxklinikums haben solle. Es verstoße gegen das Willkürverbot aus Art. 3 GG, eine Differenzierung zwischen einem einfachen und einem qualifizierten Pförtner vorzunehmen. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts sei eine zweckentsprechende Auslegung des Art. 137 Abs. 1 GG möglich. Die Norm räume dem Gesetzgeber Ermessen ein. Es sei diesem daher möglich, im Rahmen einer verfassungskonformen Ausgestaltung eine Inkompatibilität lediglich für leitende Arbeitnehmer einzuführen.

§ 24 LKrO verstoße zudem gegen das Übermaßverbot. Die beim Kläger durch die Regelung eintretenden Nachteile stünden nicht in einem angemessenen Verhältnis zu dem Zweck der Norm, eine Trennung zwischen Legislative und Exekutive zu verwirklichen. Zu berücksichtigen sei dabei, dass das Grundgesetz die Unvereinbarkeit von Amt und Mandat nicht zum verfassungsrechtlichen Gebot erhebe, sondern lediglich den Gesetzgeber ermächtige, die Wählbarkeit von öffentlich Bediensteten zu beschränken. Auf Seiten des Klägers sei zudem Art. 3 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK einzustellen. Die Beschränkung der Wählbarkeit führe bei ihm zu einer faktischen Ineligibilität. Aufgrund der wirtschaftlichen Folgen sei er de facto gehindert, die ihm angefallene Wahl anzunehmen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts könne im kommunalen Bereich ein faktischer Ausschluss der Wählbarkeit gerechtfertigt sein, es bedürfe jedoch eines über Art. 137 GG hinausgehenden sachlichen Grundes. Aufgrund der Änderungen in der Arbeitswelt sei daher eine Differenzierung nach überwiegender körperlicher Arbeit nicht mehr vereinbar mit Art. 3 GG.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Freiburg vom 29.01.2014 - 2 K 79/13 - abzuändern und festzustellen, dass der Bescheid des Ortsaukreises vom 23.10.2012 und dessen Widerspruchsbescheid vom 18.12.2012 rechtswidrig waren.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Beklagte macht geltend, für die Fortsetzungsfeststellungsklage fehle ein Feststellungsinteresse. Eine konkrete Wiederholungsgefahr bestehe nicht. Der Umstand, dass der Kläger erneut Nachrücker für seine Partei sei, begründe lediglich die abstrakte Möglichkeit einer Wiederholung. Ein schwerer Grundrechtseingriff, der ein Feststellungsinteresse begründen würde, bestehe ebenfalls nicht. Allein aus der Betroffenheit in Art. 2 Abs. 1 GG folge kein Feststellungsinteresse.

Die Fortsetzungsfeststellungsklage sei auch unbegründet. In Ergänzung des erstinstanzlichen Vorbringens sei darauf hinzuweisen, dass es an einem staatsrechtlichen Angestelltenbegriff fehle. Die Auslegung des Art. 137 Abs. 1 GG ergebe, dass Angestellte des öffentlichen Dienstes alle diejenigen seien, die in einem Dienstverhältnis zu einem staatlichen öffentlich-rechtlichen Dienstherrn stünden und nicht Arbeiter oder Beamte seien. Aus dem Umstand, dass das Tarifrecht die Unterscheidung von Arbeitern und Angestellten aufgegeben habe, könne nicht auf eine andere Auslegung des Art. 137 Abs. 1 GG geschlossen werden. Darauf abzustellen, wie wahrscheinlich die Gefahr gewaltenteilungsbedingter Interessenkonflikte sei, schließe der eindeutige Wortlaut des Art. 137 Abs. 1 GG aus. Der Vorschrift komme eine erhöhte Stabilisierungsfunktion zu, so dass Neuinterpretationen an erschwerte Voraussetzungen gebunden seien. Ein grundlegender Bedeutungswandel könne nicht angenommen werden. Das Bundesverfassungsgericht habe in seiner Rechtsprechung ausdrücklich betont, dass es besonders im gemeindlichen Bereich häufig Fallgestaltungen gebe, die auch für Arbeiter des öffentlichen Dienstes eine Beschränkung der Wählbarkeit als sachgerecht erscheinen lassen könnten. Der Verfassungsgeber habe jedoch bewusst differenziert und so zu erkennen gegeben, welche Gesichtspunkte innerhalb des öffentlichen Dienstes Beschränkungen der Wählbarkeit rechtfertigen könnten. Einer landesverfassungsrechtlichen Ermächtigungsgrundlage bedürfe es für § 24 LKrO nicht.

Entgegen der Auffassung des Klägers sei § 24 LKrO hinreichend bestimmt. Der Gesetzgeber dürfe unbestimmte Rechtsbegriffe verwenden. Es sei Aufgabe der Gerichte, durch schrittweise Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe die notwendige Berechenbarkeit des Verwaltungshandelns sicherzustellen. Hier habe der Gesetzgeber lediglich eine redaktionelle Änderung infolge der Änderung des Tarifrechts vorgenommen. Eine Rechtsänderung sei nicht erfolgt. Das brandenburgische Verfassungsgericht habe eine entsprechende Änderung des Kommunalwahlgesetzes für verfassungsgemäß gehalten. Zwar könnten im kommunalen Bereich Inkompatibilitätsvorschriften faktisch zu einer Ineligibilität führen. Das Bundesverfassungsgericht fordere daher, dass gerade im kommunalen Bereich Differenzierungen innerhalb der gesetzlichen Folgeregelungen, die sich auf Art. 137 Abs. 1 GG bezögen, jeweils eines sachlichen Grundes bedürften, der dem Sinn der verfassungsrechtlichen Regelung gerecht werde. Der Gesetzgeber dürfe bestimmte Personengruppen von der Unvereinbarkeit von Amt und Mandat ausnehmen, dabei aber keine willkürlichen oder systemwidrigen Unterscheidungen treffen. Ein solcher zusätzlich erforderlicher Rechtfertigungsgrund sei anzuerkennen, wenn ansonsten der Gefahr von Interessenkollisionen nicht wirksam zu begegnen sei. Eine solche Konfliktlage könne bei einem Angestellten des Landkreises nicht ausgeschlossen werden.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat die Vertreterin des Beklagten ergänzend ausgeführt, bei ihm seien nach den herkömmlichen Kategorien noch fast 300 Arbeiter beschäftigt, insbesondere in der Kantine und im Forstbereich.

Das Verwaltungsgericht lehnte mit Beschluss vom 17.12.2012 - 2 K 2299/12 - den Antrag des Klägers auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs gegen die mit der Anordnung des Sofortvollzugs versehene Feststellung des Kreistags vom 23.10.2012 ab. Die dagegen eingelegte Beschwerde wies der Senat mit Beschluss vom 19.03.2013 - 1 S 75/13 - zurück.

Der Senat hat im Berufungsverfahren eine Auskunft des Statistischen Bundesamts eingeholt. Dieses hat für die Jahre 1950, 1955, 1960 bis 2000, auch für die Jahre ab 1991 bezogen auf das frühere Bundesgebiet, die Zahl der Beschäftigten des unmittelbaren öffentlichen Dienstes insgesamt und aufgeteilt nach Dienstherren (Bund, Länder, Gemeinden/Gemeindeverbände, Zweckverbände, Deutsche Bundespost, Deutsche Bundesbahn) mitgeteilt. Zudem hat der Senat die im Internet verfügbare Veröffentlichung von Dipl.-Volkswirtin Kriete-Dodds „Beschäftigte der öffentlichen Arbeitgeber am 30. Juni 2004“ in der vom Statistischen Bundesamt herausgegebene Publikation „Wirtschaft und Statistik 12/2005“ herangezogen. Aus dieser Veröffentlichung und der Auskunft des Statistischen Bundesamts ergibt sich für den unmittelbaren öffentlichen Dienst insgesamt folgende Entwicklung des Anteils der Angestellten an der Gesamtgruppe der Angestellten und Arbeiter, gerundet auf die erste Nachkommastelle:

1950	38,8%
1960	41,5%
1970	50,8%
1980	57%
1990	60,6%
2000	73,5%
2004	77,2%

Dabei sind in der Auskunft des Statistischen Bundesamts für die Deutsche Bundespost letztmalig für 1994 Zahlen angegeben. In diesem Jahr betrug dort die Zahl der Angestellten 50.400, die der Arbeiter 166.800.

Aus der Veröffentlichung von Kriete-Dodds und der Auskunft des Statistischen Bundesamts ergibt sich für den öffentlichen Dienst der Gemeinden und Gemeindeverbände folgende Entwicklung des Anteils der Angestellten an der Gesamtgruppe der Angestellten und Arbeiter, gerundet auf die erste Nachkommastelle:

1950	45,3%
1960	45,4%
1970	52%
1980	58,6%

1990	62,5%
2000	69,7%
2004	73,5%

Dem Gericht liegen die Akten des Beklagten (2 Hefte) und die Akten des Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes beider Instanzen vor.

Entscheidungsgründe

Die Berufung ist nach Zulassung durch das Verwaltungsgericht statthaft und auch sonst zulässig. Sie wurde form- und fristgerecht beim Verwaltungsgericht eingelegt (vgl. § 124 a Abs. 2 VwGO). Die Berufungsbegründungsschrift wurde form- und fristgemäß beim Verwaltungsgerichtshof eingereicht (vgl. § 124 a Abs. 3 Satz 1 und 2 VwGO) und entspricht auch inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen (bestimmter Antrag, ausreichende Begründung; vgl. § 124 a Abs. 3 Satz 4 VwGO).

Die Berufung ist jedoch nicht begründet. Die Klage ist zulässig (I), aber nicht begründet (II).

I. Die Umstellung der - bis dahin - zulässigen Anfechtungsklage auf die Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO ist zulässig, ohne dass die Voraussetzungen, die § 91 VwGO an die Zulässigkeit einer Klageänderung stellt, vorliegen müssen (vgl. nur Wolff, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl., § 113 Rn. 241).

Ein Feststellungsinteresse wegen Wiederholungsgefahr ist hier gegeben. Es liegt vor, wenn der Kläger mit einer Wiederholung der erledigten Maßnahme rechnen muss. Es müssen konkrete Anhaltspunkte für den Eintritt einer vergleichbaren Belastung bei einem vergleichbaren und abzusehenden Sachverhalt vorgetragen werden. Ein solches Interesse setzt die hinreichend bestimmte Gefahr voraus, dass unter im Wesentlichen unveränderten tatsächlichen und rechtlichen Umständen eine gleichartige behördliche Maßnahme ergehen wird. Nicht ausreichend ist die vage oder abstrakte Möglichkeit einer

Wiederholung (vgl. BVerwG, Beschl. v. 19.01.1995 - 8 B 168.94 - Buchholz 310 § 113 VwGO Nr. 272; Senat, Urt. v. 24.11.1994 - 1 S 2909/93 - DVBl. 1995, 367; Beschl. v. 16.07.2012 - 1 S 997/12 -; VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 15.07.2010 - 10 S 2400/09 - ESVGH 61, 51; OVG NRW, Urt. v. 24.11.1998 - 5 A 1107/96 - NJW 1999, 2202). Zudem ist Voraussetzung, dass die Behörde voraussichtlich an ihrer Rechtsauffassung festhalten wird (vgl. BVerfG, Kammerbeschl. v. 08.02.2011 - 1 BVR 1946/06 - NVwZ-RR 2011, 405, m.w.N.). Diese Voraussetzungen sind hier zu bejahen. Der Kläger ist erneut Nachrücker in den Kreistag für seine Partei. Da der Beklagte an seiner Rechtsauffassung zu Hinderungsgründen in der Person des Klägers festhält, ist für den Fall des Nachrückens mit einer erneuten, auf denselben Gründen wie bisher beruhenden Feststellung des Vorliegens von Hinderungsgründen zu rechnen. Zwar steht nicht fest, ob der Fall des Nachrückens eintritt. Die Möglichkeit ist jedoch aufgrund der Stellung des Klägers als erster Nachrücker nicht rein abstrakt. Andernfalls müsste der Kläger, wenn der Fall des Nachrückens eintritt, erneut Rechtsschutz gegen eine Feststellung des Vorliegens von Hinderungsgründen in Anspruch nehmen und müsste damit rechnen, dass wegen Ablaufs der Wahlperiode wiederum Erledigung eintritt.

II. Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist nicht begründet. Die Feststellung in dem Bescheid des Ortenaukreises vom 23.10.2012 und dessen Widerspruchsbescheid vom 18.12.2012, dass beim Kläger Hinderungsgründe nach § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a LKrO vorlagen, war rechtmäßig.

Nach § 24 Abs.1 Satz 1 Nr. 1 a LKrO können Arbeitnehmer des Landkreises nicht Kreisräte sein. Die Vorschrift findet gemäß § 24 Abs. 1 Satz 2 LKrO keine Anwendung auf Arbeitnehmer, die überwiegend körperliche Arbeit verrichten. Die Feststellung in den genannten Bescheiden, dass beim Kläger Hinderungsgründe nach § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a LKrO gegeben sind, war rechtmäßig. Für diese Vorschrift enthält Art. 137 Abs. 1 GG eine wirksame verfassungsrechtliche Ermächtigung (1). § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a LKrO selbst ist verfassungsgemäß, hält sich insbesondere im Rahmen der verfassungsrechtlichen Ermächtigung des Art. 137 Abs. 1 GG und ist auch nicht aus sonstigen

Gründen verfassungswidrig (2). Die Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a LKrO lagen beim Kläger vor (3).

1. § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a LKrO beschränkt die Wählbarkeit von Arbeitnehmern des Landkreises und damit die in Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG garantierte Allgemeinheit und Gleichheit der Wahlen in Kreisen. Eine solche Beschränkung ist nur zulässig, wenn hierfür eine verfassungsrechtliche Ermächtigung vorliegt (vgl. BVerfG, Beschl. v. 04.04.1978 - 2 BvR 1108/77 - BVerfGE 48, 64, juris Rn. 57 ff.; Beschl. v. 07.04.1981 - 2 BvR 1210/80 - BVerfGE 57, 43, juris Rn. 40; Beschl. v. 06.10.1981 - 2 BvR 348/81 - BVerfGE 58, 177, juris Rn. 33). Diese liegt mit Art. 137 Abs. 1 GG vor. Danach kann 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 Ermächtigungsrundlage für Beschränkungen der Wählbarkeit in Art. 137 Abs. 1 GG ist auch nicht wegen Funktionslosigkeit außer Kraft getreten. Auch wenn man davon ausgeht, dass die Unterscheidung von Arbeitern und Angestellten vollständig aufgegeben und der Begriff des Angestellten des öffentlichen Dienstes i.S.v. Art. 137 Abs. 1 GG daher vollständig bedeutungslos geworden sei - was nicht der Fall ist (s. unten unter 2) -, kann ein Außerkrafttreten aufgrund Funktionslosigkeit nicht angenommen werden. Aus einer solchen Entwicklung Konsequenzen im Hinblick auf die Gültigkeit von Art. 137 Abs. 1 GG zu ziehen, ist dem Gesetzgeber vorbehalten (vgl. allgemein: Heckmann, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, 1997, S. 475f., 483ff.; ähnlich Schneider, Gesetzgebung, 1991, Rn. 559; BFH, Urt. v. 19.01.1999 - VII R 24/98 - BFHE 188, 222, juris Rn. 23), hier mithin dem Verfassungsgeber. Für Bebauungspläne, die als Rechtsnormen erlassen werden, ist ein Außerkrafttreten zwar möglich, wenn ihre Verwirklichung wegen einer neuen tatsächlichen Entwicklung in evidenter Weise auf unabsehbare Zeit ausgeschlossen ist (vgl. BVerwG, Urt. v. 29.04.1977 - 4 C 39.75 - BVerwGE 54, 5 <9>; Urt. v. 03.12.1998 - 4 CN 3.97 - BVerwGE 108, 71, juris Rn. 16; Beschl. v. 22.07.2013 - 7 BN 1.13 - juris Rn. 6). Dies hat seinen Grund jedoch darin, dass Bebauungspläne in einem ungleich stärkeren Maße wirklichkeitsbezogen

sind als abstrakt-allgemeinen Rechtssätze im herkömmlichen Sinne. Sie sind weniger auf Geltung als auf konkrete Erfüllung angelegt und dadurch auch anfälliger, durch tatsächliche Entwicklungen in ihrer Funktion gestört und dadurch in ihrer Geltung in Frage gestellt zu werden (vgl. BVerwG, Urt. v. 29.04.1977, a.a.O.). Für Verfassungsnormen trifft dies jedoch nicht zu. Ein Wandel der tatsächlichen Verhältnisse kann zwar Auswirkungen auf die Auslegung von Verfassungsbestimmungen haben (s. sogleich unter 2.). Im demokratischen Rechtsstaat des Grundgesetzes ist die Entscheidung über ein Außerkrafttreten einer Verfassungsnorm jedoch dem Parlament vorbehalten, wie nicht zuletzt Art. 79 GG zeigt.

Zusätzlich zu Art. 137 Abs. 1 GG ist eine landesverfassungsrechtliche Ermächtigungsgrundlage entgegen der Auffassung des Klägers nicht erforderlich. Auch das Brandenburgische Verfassungsgericht hat eine solche für Brandenburg nicht für notwendig gehalten, sondern lediglich die dort vorhandene Verfassungsbestimmung geprüft (vgl. LVfG Bdb., Beschl. v. 26.08.2011, a.a.O., Rn. 41ff.).

2. Die Beschränkung der Wählbarkeit durch § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a, Satz 2 LKrO ist verfassungsgemäß. Sie hält sich im Rahmen der verfassungsrechtlichen Ermächtigung des Art. 137 Abs. 1 GG (a) und verstößt weder gegen den das Willkürverbot (b) noch gegen den Bestimmtheitsgrundsatz (c) oder das Übermaßverbot (d).

a) Überschreitet eine Einschränkung des passiven Wahlrechts die durch Art. 137 Abs. 1 GG vorgegebenen verfassungsrechtlichen Grenzen, verletzt diese Regelung den Grundsatz der Gleichheit der Wahl und damit Art. 3 Abs. 1 GG (vgl. BVerfG, Beschl. v. 07.04.1981, a.a.O., Rn. 43). Dies ist hier jedoch nicht der Fall. Die Grenzen der durch Art. 137 Abs. 1 GG dem Gesetzgeber eingeräumten Befugnisse im Hinblick auf Angestellte des öffentlichen Dienstes (aa) werden durch § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a, Satz 2 LKrO eingehalten (bb).

aa) Der Begriff der Angestellten des öffentlichen Dienstes ist, wie das Bundesverfassungsgericht entschieden hat, nach herkömmlichen Gesichtspunkten unter besonderer Berücksichtigung der Zweckrichtung des Art. 137 Abs. 1 GG zu bestimmen. Für die Auslegung des Art. 137 Abs. 1 GG ist die ratio der Verfassungsbestimmung ausschlaggebend (vgl. BVerfG, Beschl. v. 21.01.1975 - 2 BvR 193/74 - BVerfGE 38, 326, juris Rn. 46; Beschl. v. 04.04.1978, a.a.O., Rn. 63 ff.).

Hieran ist weiterhin festzuhalten. Der Zweck der Norm (aaa) prägt weiterhin die Auslegung des Begriffs des Angestellten des öffentlichen Dienstes i.S.v. Art. 137 Abs. 1 GG. Dieser Begriff greift nicht lediglich eine im einfachen Recht und/oder den tatsächlichen Verhältnissen vorhandene Unterscheidung von Angestellten und Arbeitern auf, sondern enthält einen eigenständigen Begriff des Angestellten des öffentlichen Dienstes, für den die tarifrechtliche Unterscheidung zwischen Angestellten und Arbeitern nicht von entscheidender Bedeutung ist (bbb); ein Verfassungswandel, der zu einer geänderten Auslegung des Art. 137 Abs. 1 GG führt, liegt nicht vor (ccc).

aaa) Art. 137 Abs. 1 GG dient allgemein der Sicherung der organisatorischen Gewaltenteilung gegen Gefahren, die durch das Zusammentreffen von beruflicher Stellung und Mandatswahrnehmung entstehen können. Es geht darum zu verhindern, dass durch "Personalunion" die Parlamentarier als Kontrolleure sich selbst kontrollieren. So soll der Gefahr von Entscheidungskonflikten und Verfälschungen entgegengewirkt werden (vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.01.1961 - 2 BvR 547/60 - BVerfGE 12, 73, juris Rn. 22; Beschl. v. 27.10.1964 - 2 BvR 319/61 - BVerfGE 18, 172, juris Rn. 34f.; Beschl. v. 21.01.1975, a.a.O., Rn. 46; Beschl. v. 07.04.1981, a.a.O., Rn. 53; Beschl. v. 05.06.1998 - 2 BvL 2/97 - BVerfGE 98, 145, juris Rn. 56, m.w.N.; BVerwG, Beschl. v. 26.08.2004 - 2 B 31.04 - Buchholz 11 Art. 137 GG Nr. 2). Die Anordnung einer Inkompatibilität ist - als eine sachgerechte Ausgestaltung des passiven Wahlrechts - von der Ermächtigung des Art. 137 Abs. 1 GG nur gedeckt, wenn sie nur gewählte Bewerber betrifft, deren berufliche Stellung die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit von Interessen- und Entscheidungskonflikten nahelegt. Da es jedoch schwierig ist, eine genaue Grenze festzulegen zwischen solchen Funk-

tionsträgern, deren Tätigkeit sie in den bezeichneten Interessenkonflikt bringen kann, und solchen, deren Tätigkeit sie nicht diesem Konflikt aussetzt, ist dem Gesetzgeber ein Einschätzungsspielraum bei der Bestimmung der von der Inkompatibilität betroffenen beruflichen Stellungen zuzugestehen. Insbesondere kann der Gesetzgeber die Ermächtigung des Art. 137 Abs. 1 GG durch generalisierende Tatbestände ausschöpfen, die an die Wahrscheinlichkeit einer Konfliktlage anknüpfen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 06.10.1981, a.a.O., Rn. 51; Beschl. v. 05.06.1998, a.a.O., Rn. 56; BVerwG, Urt. v. 29.07.2002 - 8 C 22.01 - BVerwGE 117, 11). Der Gesetzgeber hat zwar einen weiten Gestaltungsspielraum, wenn er von der ihm durch Art. 137 Abs. 1 GG eingeräumten Ermächtigung nicht durch eine diese ausschöpfende Inkompatibilitätsregelung Gebrauch macht, stattdessen differenzierend vorgeht und bestimmte Personengruppen von der Unvereinbarkeit von Amt und Mandat ausnimmt, darf dabei aber keine willkürlichen oder systemwidrigen Unterscheidungen treffen (so StGH Bad.-Württ., Urt. v. 10.07.1981 - GR 2/80 - VBIBW 1981, 348; OVG Berlin, Urt. v. 18.11.2003 - 4 B 7.03 - juris).

Art. 137 Abs. 1 GG lässt gesetzliche Beschränkungen der Wählbarkeit der Angehörigen des öffentlichen Dienstes zur Verhinderung des Zusammentreffens von Amt und Mandat zu. Das bedeutet, dass die darauf beruhenden Unvereinbarkeitsvorschriften die Übernahme des Wahlmandats durch den Gewählten von der gleichzeitigen Entbindung von seinen Aufgaben innerhalb seines öffentlichen Dienstverhältnisses abhängig machen kann. Eine solche gesetzliche Regelung darf jedoch nicht den Ausschluss von der Wählbarkeit (Ineligibilität) anordnen. Der Gesetzgeber kann demnach zwar Inkompatibilitätsnormen, nicht aber Ineligibilitätsnormen erlassen. Eine Ineligibilität liegt aber nicht nur dann vor, wenn ein Bewerber rechtlich von der Bewerbung für das Mandat, von dessen Annahme oder von seiner Ausübung ausgeschlossen wird; sie ist vielmehr auch dann gegeben, wenn der Betroffene sich wegen der Folgen der gesetzlichen Regelung außerstande sieht, sich für das Mandat zu entscheiden (st. Rspr, vgl. BVerfG, Beschl. v. 04.04.1978, a.a.O., Rn. 69; Beschl. v. 06.10.1981, a.a.O., Rn. 38; je m.w.N.).

Im kommunalen Bereich bedarf es insoweit jedoch keiner besonderen Regelungen (z.B. Kündigungsschutz, Beurlaubungsanspruch), um eine Annahme des Mandats tatsächlich zu ermöglichen. Denn die Ausübung des Mandats in der Gemeindevertretung ist Erfüllung einer allgemeinen Bürgerpflicht, nicht Tätigkeit zur Sicherstellung der materiellen Lebensgrundlage. Deshalb ist das Amt des Gemeinderats grundsätzlich als Ehrenamt ausgestaltet. Auf dieser Ebene ist für aufwändige Auffangregelungen zur Abwendung des faktischen Ausschlusses von der Wählbarkeit kein Raum. Der Grundsatz, dass Art. 137 Abs. 1 GG nur eine Wählbarkeitsbeschränkung, nicht aber eine Ausschließung, auch nicht eine faktische, erlaubt, gilt daher nicht unbegrenzt. Angesichts der besonderen Verhältnisse im kommunalen Bereich ist der faktische Ausschluss von der Wählbarkeit zumutbare Konsequenz von Inkompatibilitätsregelungen. Eine Begrenzung der Wählbarkeit mit einer so weitreichenden Folge kann im Hinblick auf die Bedeutung der Wahlrechtsgleichheit allerdings nicht allein mit der verfassungsrechtlichen Ermächtigung aus Art. 137 Abs. 1 GG begründet werden. Ein solcher Hinweis genügt zwar für die Einführung der Unvereinbarkeitsregelung. Dadurch wird jedoch nicht ausgeschlossen, dass Differenzierungen innerhalb gesetzlicher Folgeregelungen, die auf Art. 137 Abs. 1 GG beruhen, jeweils eines sachlichen Grundes bedürfen, der dem Sinn der verfassungsrechtlichen Ermächtigung gerecht wird. Art. 3 Abs. 1 GG wirkt in dieser Weise auch auf die Auslegung der Ermächtigung des Art. 137 Abs. 1 GG ein. Dies muss in gleicher Weise dort gelten, wo als Folge der gesetzlich festgelegten Unvereinbarkeit von Dienststellung und Mandat ein faktischer Ausschluss von der Wählbarkeit in Frage steht. Ein solcher Ausschluss aber ist als eine mit dem Grundsatz der Wahlgleichheit vereinbare Differenzierung nur gerechtfertigt, wenn ansonsten der Gefahr von Interessenkollisionen nicht wirksam zu begegnen ist (vgl. BVerfG, Beschl. v. 04.04.1978, a.a.O., Rn. 70f.; Beschl. v. 06.10.1981, a.a.O., Rn. 39).

bbb) Dieser Zweck des Art. 137 Abs. 1 GG ist für die Auslegung des Begriffs des Angestellten des öffentlichen Dienstes maßgeblich. Das Bundesverfassungsgericht betont dabei, dass es nicht notwendigerweise einen in allen Rechtsbereichen gleichen Begriff des Angestellten des öffentlichen Dienstes gibt. Seine Bedeutung und Abgrenzung muss deshalb durch Auslegung der

jeweils maßgebenden Vorschrift ermittelt werden. Wer zu der hier gemeinten Gruppe der Angestellten des öffentlichen Dienstes gehört, ist nach herkömmlichen Gesichtspunkten unter besonderer Berücksichtigung der Zweckrichtung des Art. 137 Abs. 1 GG zu bestimmen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 21.01.1975, a.a.O., Rn. 46; Beschl. v. 04.04.1978, a.a.O., Rn. 63 ff.). Diese Kernaussagen des Bundesverfassungsgerichts - dass es keinen einheitlichen Begriff des Angestellten des öffentlichen Dienstes gibt und dass die Begriffsbestimmung nach herkömmlichen Gesichtspunkten unter besonderer Berücksichtigung der Zweckrichtung des Art. 137 Abs. 1 GG erfolgen muss - werden in der staatsrechtlichen Literatur vielfach geteilt (vgl. Klein, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 137 Rn. 53 <Stand: März 2007>; Stober/Lackner, in: BK, Art. 137 Abs. 1 Rn. 322 <Drittbearbeitung Mai 2004>; Versteyl, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 2, 6. Aufl., Art. 137 Rn. 10; Kohl, in: Umbach/Clemens, GG, Bd. II, 2002, 137 Rn. 17; wohl auch Butzer, in: Epping/Hillgruber, GG, 2. Aufl., Art. 137 Rn. 9; unklar: Pieper, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 13. Aufl., Art. 137 Rn. 13).

Aus dieser Begriffsbestimmung folgt, dass Art. 137 Abs. 1 GG mit dem Tatbestandsmerkmal des Angestellten des öffentlichen Dienstes sich nicht in der Anknüpfung an einen im einfachen Recht, in Tarifverträgen und den tatsächlichen Lebensverhältnissen vorhandenen Typus des Angestellten erschöpft, sondern eine eigenständige Begriffsbestimmung vornimmt. Das Tatbestandsmerkmal des Angestellten des öffentlichen Dienstes ist autonom, unabhängig vom Angestelltenbegriff in sonstigen Bereichen auszulegen. Mit der Anknüpfung an herkömmliche Gesichtspunkte ist bzw. war Ausgangspunkt der Begriffsbestimmung zwar der im einfachen Recht, Tarifbestimmungen und tatsächlichen Verhältnissen vorzufindende Typus des Angestellten, die besondere Berücksichtigung der Zweckrichtung des Art. 137 Abs. 1 GG gibt dem Begriff des Angestellten des öffentlichen Dienstes i.S.v. Art. 137 Abs. 1 GG jedoch sein Gepräge. Dies zeigen insbesondere die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Wählbarkeitsbeschränkungen für Angestellte in privatrechtlich organisierten Unternehmen, die öffentlich beherrscht sind, und die Bestimmung des Begriffs des Beamten i.S.v. Art. 137 Abs. 1 GG:

Unter Art. 137 Abs. 1 GG fallen auch die Angestellten, die zwar nicht einem öffentlich-rechtlichen Dienstherrn unterstehen, die aber aufgrund 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 naheliegende Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit von Interessenkonflikten und Entscheidungskonflikten von Verfassungs wegen ihre Einbeziehung in die Ermächtigung nach Art. 137 Abs. 1 GG unabweislich ist. Zu den Angestellten des öffentlichen Dienstes i.S.v. Art. 137 Abs. 1 GG zählen daher jedenfalls die leitenden Angestellten solcher privater Unternehmen, an denen die öffentliche Hand mehrheitlich beteiligt ist. Diese Angestellten haben aufgrund ihrer herausgehobenen Stellung im Unternehmen wesentlichen Einfluss auf die tragenden Entscheidungen. Sie wirken maßgeblich bei der Bestimmung der Grundlinien der Unternehmenspolitik und der Geschäftspraxis mit. Über eine gleichzeitige Mitgliedschaft im Gemeinderat könnten sie maßgeblichen Einfluss auf die Zusammensetzung und Willensbildung der von der kommunalen Vertretung beherrschten Unternehmensorgane ausüben. Diese sich aus dem besonderen dienstrechtlichen Aufgabenbereich ergebenden Gefährdungsmomente fehlen in der Regel bei den Angestellten solcher Unternehmen in nicht herausgehobener Stellung. Bei ihnen besteht eine Distanz zur öffentlichen Hand, die es verbietet, sie zu den Angestellten des öffentlichen Dienstes i.S.v. Art. 137 Abs. 1 GG zu zählen. Hingegen würden Angestellte öffentlich-rechtlicher Dienstherrn wie Gemeinden und Landkreise, die in nicht herausgehobener Stellung tätig sind, für den Fall, dass sie Gemeinderäte oder Kreisräte sind, der Vertretungskörperschaft angehören, die unmittelbar die Kontrolle über ihre Beschäftigungsstelle ausübt. Das unterscheidet ihre Stellung maßgeblich von der einfacher Angestellter in öffentlich beherrschten, privatrechtlich organisierten Unternehmen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 04.04.1978, a.a.O., Rn. 63ff.; Beschl. v. 21.01.1975, a.a.O., Rn. 46).

Dass es sich um eine autonome, von Kriterien des einfachen Rechts unabhängige Begriffsbestimmung handelt, zeigt ebenso die Auslegung des Begriffs des Beamten i.S.v. Art. 137 Abs. 1 GG. Auch insoweit ist anhand des Zwecks

des Art. 137 Abs. 1 GG detailliert zu prüfen, inwiefern Gefahren für die organisatorische Gewaltenteilung bestehen. Der Begriff des Beamten i.S.v. Art. 137 Abs. 1 GG ist nicht nach dem allgemeinen Beamtenrecht zu bestimmen. Für Art. 137 Abs. 1 GG muss die Bedeutung und Tragweite des Begriffs des Beamten insoweit aus der ratio der Verfassungsnorm selbst bestimmt werden. Es bedarf daher gegebenenfalls einer eingehenden Analyse, ob Gefahren für die organisatorische Gewaltenteilung bestehen (so BVerfG, Beschl. v. 07.04.1981, a.a.O., Rn. 52, zum Ruhestandsbeamten; anders noch BVerfG, Beschl. v. 27.10.1964, Rn. 10).

Aus dieser eigenständigen Bestimmung des Begriffs des Angestellten des öffentlichen Dienstes i.S.v. Art. 137 Abs. 1 GG folgt, dass die tarifrechtliche Unterscheidung zwischen Angestellten und Arbeitern für die Auslegung des Art. 137 Abs. 1 GG nicht von entscheidender Bedeutung ist (vgl. Stober/Lackner, a.a.O., Rn. 325; von Campenhausen/Unruh, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 6. Aufl., Art. 137 Rn. 21; Versteyl, a.a.O., Rn. 10; ebenso OVG NRW, Urt. v. 31.01.1968 - III A 673/67 - OVGE 24, 8 <10>; unklar mit einem Abstellen auf die „Konkretisierungen des öffentlichen Dienstrechts“: Leisner, in: Sodan, GG, 3. Aufl., Art. 137 Rn. 4; Butzer, a.a.O.). Dies wurde in der Literatur auch so gesehen, als es diese tarifrechtliche Unterscheidung noch gab (vgl. Versteyl, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 3, 2. Aufl. 1983, Art. 137 Rn. 6; von Campenhausen, in: von Mangoldt/Klein, GG, Bd. 14, 3. Aufl. 1991, Art. 137 Rn. 25).

ccc) An dieser Auslegung ist festzuhalten. Sie erfährt auch durch geänderte Verhältnisse keine Änderung. Weder der Wegfall der Unterscheidung von Arbeitern und Angestellten im Tarifrecht des öffentlichen Dienstes noch die Zunahme der Zahl der Angestellten im öffentlichen Dienst im Verhältnis zur Zahl der Arbeiter seit Inkrafttreten des Grundgesetzes bis zum Jahr 2004 begründen einen Verfassungswandel oder eine Neubestimmung der zugrundeliegenden Begriffsbestimmungen.

(1) Die Normen des Grundgesetzes sind mit Hilfe der gängigen Auslegungsmethoden, nach Wortlaut, Systematik, Zweck und Entstehungsgeschichte

auszulegen (vgl. nur Starck, in: HStR XII, 3. Aufl., § 271 Rn. 17; Jarass, in: Jarass/Piero, GG, 13. Aufl., Einl. Rn. 11; je m.w.N.). Eine Verfassungsvorschrift darf nicht allein aus ihrem Wortlaut heraus isoliert ausgelegt werden. Alle Verfassungsbestimmungen müssen vielmehr so ausgelegt werden, dass sie mit den elementaren Grundsätzen des Grundgesetzes und seiner Wertordnung vereinbar sind. Um Sinngehalt und Tragweite von Verfassungsbestimmungen, denen oft eine lapidare Sprachgestalt eigen ist, richtig zu erfassen, ist der Blick auf das rechtliche und historische Umfeld der Entstehung der Verfassungsnorm sowie auf ihre Zielrichtung erforderlich. Die Grenzen der Auslegung von Verfassungsrecht liegen dort, wo einer nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Vorschrift ein entgegengesetzter Sinn verliehen, der normative Gehalt der auszulegenden Norm grundlegend neu bestimmt oder das normative Ziel in einem wesentlichen Punkt verfehlt würde (vgl. BVerfG, Urt. v. 15.12.1970 - 2 BvF 1/69 - BVerfGE 30, 1, juris Rn. 70; Beschl. v. 23.11.1988 - 2 BvR 1619/83 u.a. - BVerfGE 79, 127, juris Rn. 41; Urt. v. 03.03.2004 - 1 BvR 2378/98 u.a. - BVerfGE 109, 279, juris Rn. 134; je m.w.N.).

Dies schließt jedoch Änderungen der Verfassungsauslegung nicht aus. Denn gewandelte Rechtsauffassungen und Weiterentwicklungen auch des einfachen Rechts können im Rahmen eines Verfassungswandels auch ohne Änderung des Verfassungstextes zu einer geänderten Verfassungsauslegung führen. Eine Verfassungsbestimmung kann einen Bedeutungswandel insbesondere dann erfahren, wenn in ihrem Bereich neue, nicht vorausgesehene Tatbestände auftauchen oder bekannte Tatbestände durch ihre Einordnung in den Gesamtverlauf einer Entwicklung in neuer Beziehung oder Bedeutung erscheinen (vgl. BVerfG, Urt. v. 01.07.1953 - 1 BvL 23/51 - BVerfGE 2, 380, Rn. 73; Gutachten v. 16.06.1954 - 1 PBvV 2/52 - BVerfGE 3, 407, juris Rn. 69; Plenumsbeschl. v. 08.04.1997 - 1 PBvU 1/95 - BVerfGE 95, 322, juris Rn. 37ff.; Badura, in: HStR XII, 3. Aufl., § 270 Rn. 14ff.).

(2) Eine Neubestimmung des Begriffs des Angestellten des öffentlichen Dienstes im Sinne des Art. 137 Abs. 1 GG fordert *Masing*. Das öffentliche Dienstrecht nehme eine Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten

nicht mehr vor. Die verfassungsrechtliche Anknüpfung in Art. 137 Abs. 1 GG finde demnach keine einfachrechtliche Entsprechung mehr. Sowohl im Tarif- wie im Rentenversicherungsrecht, welches traditionell zur Bestimmung des Angestellten- bzw. Arbeiterbegriffs herangezogen worden sei, sei die hergebrachte Unterscheidung inzwischen aufgegeben und nur noch einheitlich von Arbeitnehmern bzw. Beschäftigten die Rede. Für die Auslegung des Art. 137 Abs. 1 GG könne aus dieser Rechtsentwicklung nur folgen, zukünftig alle Bediensteten des öffentlichen Dienstes in den Regelungsgehalt des Art. 137 Abs. 1 GG einzubeziehen, um dann doch hinsichtlich der Einflussmöglichkeiten auf Behördenentscheidungen und der damit zusammenhängenden Wahrscheinlichkeit von Gefahren gewaltenteilungsbedingter Interessenkonflikte zu unterscheiden (vgl. Masing, in: Dreier, GG, Bd. III, 2. Aufl., Art. 137 Rn. 10f.; kritisch hierzu von Campenhausen/Unruh, a.a.O., Rn. 20)

Dem ist nicht zu folgen. Der TVöD unterscheidet seit dem 01.10.2005 nicht mehr zwischen Arbeitern und Angestellten, sondern kennt nur noch den einheitlichen Begriff des Arbeitnehmers; für den TV-L gilt dies ebenso. Der Begriff des Angestellten des öffentlichen Dienstes im Sinne von Art. 137 Abs. 1 GG knüpft jedoch, wie dargelegt, nicht an eine in den tatsächlichen Verhältnissen, im einfachen Recht und in Tarifverträgen vorhandene Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten an. Vielmehr ist der Begriff des Angestellten des öffentlichen Dienstes im Sinne von Art. 137 Abs. 1 GG eigenständig zu bestimmen. Allein der Umstand, dass tarifrechtlich die Unterscheidung zwischen Angestellten und Arbeitern des öffentlichen Dienstes nicht mehr besteht, hat daher keine Auswirkungen auf die Auslegung des Begriffs des Angestellten im Sinne von Art. 137 Abs. 1 GG. Das gilt auch, soweit das Bundesverfassungsgericht als ein Merkmal seiner Begriffsbestimmung auf die „herkömmlichen Gesichtspunkte“ zurückgreift. Was hiermit gemeint ist, wird zwar nicht ausdrücklich ausgeführt. Offensichtlich ist jedoch, dass Anknüpfungspunkt die vorhandene Unterscheidung zwischen Angestellten und Arbeitern war - die allerdings die im Hinblick auf Art. 137 Abs. 1 GG maßgebliche Prägung durch den Zweck der Norm erfährt. Diese „herkömmlichen Gesichtspunkte“ sind durch die Änderungen des Tarifrechts nicht hinfällig geworden. Voraussetzung dafür, dass es sich um einen Angestellten des öffentlichen

Dienstes i.S.v. Art. 137 Abs. 1 GG handelt, ist zunächst, dass ein öffentliches Dienstverhältnis vorliegt (vgl. BVerfG, Beschl. v. 04.04.1978 und v. 06.10.1981, je a.a.O.; Versteyl, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 2, 6. Aufl., Art. 137 Rn. 10; Kohl, a.a.O.). Hinzutreten muss, dass der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes nicht überwiegend körperliche Arbeit verrichtet, sondern überwiegend eine geistige Tätigkeit. Diese Auslegung entspricht nach den tarifrechtlichen Änderungen den „herkömmlichen Gesichtspunkten“, die Ausgangspunkt der Bestimmung des Begriffs des Angestellten des öffentlichen Dienstes i.S.v. Art. 137 Abs. 1 GG sind:

Bereits das Reichsarbeitsgericht hat in ständiger Rechtsprechung zur Unterscheidung von Arbeitern und Angestellten darauf abgestellt, ob die Tätigkeit des Arbeitnehmers überwiegend geistiger Art ist - dann Angestellter - oder überwiegend körperlicher Art - dann Arbeiter - (vgl. die Nachweise bei BAG, Urt. v. 24.07.1957 - 4 AZR 445/54 - BAGE 5, 98, juris Rn. 21). Das Bundesarbeitsgericht und das Bundessozialgericht haben dieses Unterscheidungskriterium in ihrer Rechtsprechung jeweils auch angewandt (vgl. nur BAG, a.a.O., m.w.N.; BSG, Urt. v. 11.12.1987 - 12 RK 6/86 - juris Rn. 17 ff., m.w.N.). Die rechtswissenschaftliche Literatur ist dem überwiegend gefolgt (vgl. nur Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 9. Aufl. 2000, § 13 Rn. 8; Wlotzke-Volze, in: Soergel/Siebert, BGB, 10. Aufl. 1969, Vor § 611 Rn. 61; kritisch z.B. Richardi, in: Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2000, § 25 Rn. 15). Die Verwaltungsgerichte haben dieses Kriterium in ihrer Rechtsprechung zu auf Art. 137 Abs. 1 GG beruhenden Inkompatibilitätsvorschriften ebenfalls zugrunde gelegt (vgl. Senat, Beschl. v. 07.05.1996 - 1 S 2988/95 - NVwZ-RR 1997, 246, m.w.N.; OVG NRW, Urt. v. 31.01.1968, a.a.O., S. 15). Zwar haben die Arbeits- und Sozialgerichte auf dieses Kriterium der überwiegend körperlichen oder geistigen Tätigkeit als maßgeblich ausschlaggebenden Gesichtspunkt nur zurückgegriffen, wenn eine Zuordnung nach gesetzlichen Regeln, insbesondere nach § 3 Abs. 1 AVG, und der Verkehrsauffassung der beteiligten Kreise, die insbesondere durch die Tarifpraxis geprägt wurde, nicht zum Erfolg führte (vgl. BAG, Urt. v. 24.07.1957, a.a.O.; BSG Urt. v. 11.12.1987, a.a.O.; Richardi, a.a.O., Rn. 13 f.). Dies ist hier jedoch unerheblich, da es an einschlägigen gesetzlichen Vorschriften zur Festlegung des Begriffs des An-

gestellten i.S.v. Art. 137 Abs. 1 GG fehlt und die Tarifpraxis hier nicht von Bedeutung ist.

Zudem hat - ohne dass es hierauf entscheidungserheblich ankäme - die Abgrenzung danach, ob eine überwiegend körperliche oder geistige Tätigkeit ausgeübt wird, auch nach dem geltenden Tarifrecht noch eine gewisse Bedeutung. „Beschäftigte mit einfachsten Tätigkeiten“ sind nach TVöD und TV-L in die Entgeltgruppe 1 einzugruppieren. Wie der Begriff der einfachsten Tätigkeiten zu verstehen ist, hat das Bundesarbeitsgericht im Fall einer Reinigungskraft in einem Pflegeheim nach dem TVöD entschieden: Der Umstand einer mehrtägigen Einarbeitungszeit spricht regelmäßig gegen eine Einordnung als einfachste Tätigkeit. Einfachste Tätigkeiten sind im Wesentlichen gleichförmige und gleichartige - gleichsam „mechanisch“ durchzuführende - Tätigkeiten, deren Verrichtung keine nennenswerten eigenen Überlegungen erfordert. Denn nur dann kann eine kurze Einweisung in die Tätigkeit in der Regel ausreichend sein. Deshalb handelt es sich zumeist auch um Tätigkeiten mit einer klaren Aufgabenzuweisung. Anders verhält es sich, wenn dem Beschäftigten im Rahmen der Aufgaben ein eigenständiger, nicht gänzlich unbedeutender Entscheidungs- oder Verantwortungsbereich übertragen wurde (vgl. BAG, Beschl. v. 28.01.2009 - 4 ABR 92/07 - BAGE 129, 238, juris Rn. 50; ebenso BAG, Beschl. v. 20.05.2009 - 4 ABR 99/08 - BAGE 131, 36, juris Rn. 36). Dies zeigt, dass die Kriterien der körperlichen oder geistigen Arbeit auch außerhalb von Art. 137 Abs. 1 GG weiterhin von Bedeutung sind.

Für die von *Masing* aufgezeigte Auslegung, alle Bediensteten des öffentlichen Dienstes in den Regelungsgehalt des Art. 137 Abs. 1 GG einzubeziehen und sodann nach Einflussmöglichkeiten auf Behördenentscheidungen und der Wahrscheinlichkeit von Interessenkonflikten zu differenzieren, ist daher kein Raum. Einer solchen Auslegung stehen Wortlaut und Systematik von Art. 137 Abs. 1 GG entgegen. Die Vorschrift erfasst bewusst nur Angestellte des öffentlichen Dienstes und gestattet Wählbarkeitsbeschränkungen für Arbeiter des öffentlichen Dienstes nicht. Eine Ausdehnung des Begriffs des Angestellten des öffentlichen Dienstes im Sinne von Art. 137 Abs. 1 GG auf (zunächst)

alle Arbeitnehmer, wäre damit, auch wenn in einem zweiten Schritt bestimmte Arbeitnehmer aus dem Anwendungsbereich wieder herausfielen, unvereinbar.

(3) Auch die starke Zunahme der Zahl der Angestellten im öffentlichen Dienst und im kommunalen Bereich im Verhältnis zur Zahl der Arbeiter führt nicht zu einer geänderten Auslegung.

Die Daten des Statistischen Bundesamtes, die der Senat eingeholt hat, belegen, dass die Zahl der Angestellten im öffentlichen Dienst seit 1950 bis im Jahre 2004 im Verhältnis zur Zahl der Arbeiter im öffentlichen Dienst stark zugenommen hat, der Anteil der Arbeiter im öffentlichen Dienst hingegen stark gesunken ist. So betrug 1950 der Anteil der Angestellten an der Gesamtgruppe der Arbeiter und Angestellten 38,8%, im Jahre 2004 hingegen 77,2 %. Selbst wenn man berücksichtigt, dass die Privatisierung der Deutschen Bundespost, die im Jahr 1994 mehr als dreimal so viele Arbeiter wie Angestellte beschäftigte, zu einem sprunghaften Anstieg des Anteils der Angestellten von 1990 zum Jahr 2000 führte, stellt dies die Gesamtentwicklung nicht infrage. Dies zeigen auch die Zahlen für die Gemeinde und Gemeindeverbände. Bei diesen betrug 1950 der Anteil der Angestellten an der Gesamtgruppe der Arbeiter und Angestellten 45,3%, im Jahr 2004 hingegen 73,5 %.

Folge dieser Entwicklung ist, dass 2004 ungefähr drei von vier Arbeitnehmern des unmittelbaren öffentlichen Dienstes unter Wählbarkeitsbeschränkungen fallen können, während bei Inkrafttreten des Grundgesetzes deutlich weniger als die Hälfte dieser Gruppe von diesen Regelungen betroffen sein konnte. Daher stellt sich die Frage, ob diese geänderten tatsächlichen Verhältnisse Auswirkungen auf die Auslegung von Art. 137 Abs. 1 GG haben muss (Verfassungswandel), da das vom Verfassungsgeber verfolgte Ziel, für einen bestimmten personellen Bereich die organisatorische Gewaltenteilung zu verwirklichen, so nicht mehr erreicht wird, sondern von den Wählbarkeitsbeschränkungen möglicherweise auch Personen erfasst werden, die der Verfassungsgeber 1949 ausgenommen wissen wollte. Der Senat hat daher erwogen, ob es aufgrund dieser erheblich gewandelten tatsächlichen Verhältnisse einer geänderten Auslegung des Begriffs des Angestellten des öffentlichen Diens-

tes im Sinne von Art. 137 Abs. 1 GG dahin bedarf, dass nur noch leitende Angestellte darunter fallen. Dies ist jedoch zu verneinen.

Denn nach dem Zweck des Art. 137 Abs. 1 GG bestehen die Gefahren, denen die Vorschrift vorbeugen will, weiterhin auch bei den nicht leitenden Angestellten von Gemeinden und Landkreisen. Dies gilt unabhängig von der Frage, wie groß die Gruppe der Normbetroffenen ist. Wie das Bundesverfassungsgericht zu Recht betont hat, würden Angestellte der Gemeinde, wenn sie auch Gemeinderäte sein könnten, der Vertretungskörperschaft angehören, die unmittelbar als Arbeitgeber die Kontrolle über ihre Beschäftigungsstelle ausübt, während der Gemeinde Aufsichtsmaßnahmen oder Disziplinarmaßnahmen unmittelbar gegen die Bediensteten eines privatrechtlich organisierten, öffentlich beherrschten Unternehmens grundsätzlich verwehrt sind (vgl. BVerfG, Beschl. v. 04.04.1978, a.a.O.). Von Bedeutung ist dabei auch, dass es nicht nur auf die Entscheidungsbefugnisse des Angestellten ankommt, sondern auch auf mögliche Interessenkonflikte. Es ist nicht allein maßgeblich, welche Kompetenzen der Betreffende hat. Auch die Vermeidung von Interessenkonflikten ist gerade Zweck des Art. 137 Abs. 1 GG (vgl. BVerfG, Beschl. v. 06.10.1981, a.a.O., juris Rn. 39, 41; Beschl. v. 05.06.1998, a.a.O., juris Rn. 56; Stober/Lackner, a.a.O., Rn. 327a). Eine Interessenkollision kann sich immer bereits dann ergeben, wenn ein Gemeinderat die ausführende Tätigkeit des Bürgermeisters (in Baden-Württemberg nach § 24 Abs. 1 GemO) zu überwachen hat, obgleich er jenem gegenüber in seinem Beschäftigungsverhältnis weisungsgebunden ist (vgl. Senat, Urt. v. 23.01.1984 - 1 S 2579/83 -, in: Seeger/Füsslin/Vogel, EKBW, GemO § 29 E 4). Für Angestellte des Kreises/der Gemeinde selbst ist die Nähe zum Dienstherrn aufgrund der gegebenen Kontroll-, Aufsichts- und Disziplinarbefugnisse des Kreises/der Gemeinde von vornherein gegeben. Die Möglichkeit von Interessenkonflikten besteht daher für diese Arbeitnehmer unabhängig von der Frage, ob ihnen Leitungsbefugnisse zustehen. Maßgebend ist für diese Angestellte mithin das Dienstverhältnis, nicht die Funktion, die sie innehaben (vgl. BVerwG, Beschl. v. 26.08.2004, a.a.O., Rn. 5). Hieran darf der Gesetzgeber mit generalisierenden Tatbeständen anknüpfen. An dieser seit Jahrzehnten bestehenden, in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Verwaltungsgerichte

anerkannten Rechtslage ändert der Umstand, dass die Zahl der Angestellten im Verhältnis zur Zahl der Arbeiter seit Inkrafttreten des Grundgesetzes stark zugenommen hat, nichts Entscheidendes. Von der Möglichkeit, Wählbarkeitsbeschränkungen zu erlassen, wird daher zwar eine verhältnismäßig wesentlich größere Gruppe erfasst. Der einfache Gesetzgeber ist jedoch nicht verpflichtet, von dieser Ermächtigung umfassend Gebrauch zu machen. Er kann seine Regelungen zu Wählbarkeitsbeschränkungen auch für die unmittelbaren Angestellten des Kreises/der Gemeinde auf leitende Angestellte beschränken, er muss dies jedoch nicht. Im Jahre 2004, dem letzten Zeitpunkt, zu dem belegbare Zahlen vorhanden sind, war die Gruppe der Arbeiter des öffentlichen Dienstes zwar eine deutlich kleinere als noch 1950, aber noch immer eine nennenswerte Gruppe. Konsequenzen aus dieser Entwicklung ergeben sich daher nicht auf der Ebene der Verfassungsauslegung, sondern diese kann der einfache Gesetzgeber auf der Ebene der Gemeindeordnung und der Landkreisordnung durch entsprechende Regelungen ziehen, wenn er das für angebracht hält.

bb) § 24 Abs.1 Satz 1 Nr. 1 a, Satz 2 LKrO hält sich in den Grenzen der Ermächtigung des Art. 137 Abs. 1 GG. Der durch Satz 2 normierte Ausschluss der Arbeitnehmer, die überwiegend körperliche Arbeit verrichten, von den Wählbarkeitsbeschränkungen hat zur Folge, dass die Vorschrift nur Angestellte i.S.v. Art. 137 Abs. 1 GG erfasst. Denn der verfassungsrechtliche Begriff des Angestellten i.S.v. Art. 137 Abs. 1 GG ist, wie dargelegt, so auszulegen, dass er alle Arbeitnehmer erfasst, die in einem öffentlichen Dienstverhältnis stehen und nicht überwiegend körperliche Arbeit verrichten, sondern eine überwiegend geistige Tätigkeit. Das neue Recht in § 24 LKrO hat diese Kriterien übernommen und so den Angestelltenbegriff des Art. 137 Abs. 1 GG nachgezeichnet, so dass sich die Vorschrift im Rahmen der Ermächtigung hält (ebenso VGH Bad.-Württ., Normenkontrollurt. v. 15.10.2014 - 3 S 1505/13 - VBIBW 2015, 237; LVfG Bdb., Beschl. v. 26.08.2011, a.a.O., Rn. 74; VG Neustadt, Beschl. v. 07.07.2014 - 3 L 580/14 - juris Rn. 25 und nachfolgend OVG Rheinl.-Pf., Beschl. v. 13.08.2014 - 10 B 10653/14 - NVwZ-RR 2014, 934). Dabei darf der Landesgesetzgeber generell an die Stellung als Angestellter in

diesem Sinne anknüpfen, ohne auf die konkret ausgeübte Funktion Rücksicht zu nehmen (vgl. BVerwG, Urt. v. 29.07.2002, a.a.O.).

b) Die Wählbarkeitsbeschränkung in § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a, Satz 2 LKrO verstößt daher auch nicht gegen das Willkürverbot. Zwischen Tätigkeiten, die überwiegend körperlich geprägt sind, und solchen, die überwiegend geistig geprägt sind, zu differenzieren, entspricht dem Zweck der Ermächtigung in Art. 137 Abs. 1 GG und ist daher nicht zu beanstanden.

c) § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a, Satz 2 LKrO verstößt nicht gegen den Bestimmtheitsgrundsatz. Gesetzliche Regelungen müssen so gefasst sein, dass der Betroffene seine Normunterworfenheit und die Rechtslage so konkret erkennen kann, dass er sein Verhalten danach auszurichten vermag. Die Anforderungen an die Bestimmtheit erhöhen sich mit der Intensität, mit der auf der Grundlage der betreffenden Regelung in grundrechtlich geschützte Bereiche eingegriffen werden kann. Dies hat jedoch nicht zur Folge, dass die Norm dann überhaupt keine Auslegungsprobleme aufwerfen darf. Dem Bestimmtheitserfordernis ist vielmehr genügt, wenn diese mit herkömmlichen juristischen Methoden bewältigt werden können (vgl. BVerfG, Beschl. v. 27.11.1990 - 1 BvR 402/87 - BVerfGE 83, 130 <145>; Beschl. v. 11.01.1994 - 1 BvR 434/87 - BVerfGE 90, 1 <16>; je m.w.N.).

Diesen Anforderungen ist hier genügt. Die Feststellung, ob jemand Arbeitnehmer des Landkreises ist, der nicht überwiegend körperliche Arbeit verrichtet, bereitet in der Regel keine besonderen Probleme. Es handelt sich im Kern um deskriptive Tatbestandsmerkmale, deren Vorliegen oder Nichtvorliegen in der Regel ohne erhebliche Probleme festgestellt werden kann. Der vom Kläger angeführte Umstand, dass die Unterscheidung zwischen Angestellten und Arbeitern weitgehend an Bedeutung verloren hat, hat keine Bedeutung für die Frage der hinreichenden Bestimmtheit der jetzigen Gesetzesfassung.

d) Auch ein Verstoß der Regelung in § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a, Satz 2 LKrO gegen das Übermaßverbot liegt nicht vor. Der verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebietet, dass ein die Grundrechte einschränkendes

Gesetz geeignet und erforderlich sein muss, um den erstrebten, legitimen Zweck zu erreichen, und dass - als Ausprägung des Übermaßverbots - bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit für die Adressaten der Regelung gewahrt sein muss, so dass die Maßnahme sie nicht übermäßig belastet (st. Rspr., vgl. BVerfG, Beschl. v. 20.06.1984 - 1 BvR 1494/78 - BVerfGE 67, 157 <173 ff.>; Beschl. v. 09.03.1994 - 2 BvL 43/92 u.a. - BVerfGE 90, 145 <172 f.>; je m.w.N.).

Nach diesen Maßstäben liegt eine Verletzung des Übermaßverbots durch § 24 LKrO nicht vor. Die vom Kläger angeführte faktische Ineligibilität aufgrund der wirtschaftlichen Folgen, die bei der Annahme der Wahl eintreten würden, sind von ihm zumutbarerweise hinzunehmen. Denn es bedarf im kommunalen Bereich keiner besonderen Regelung, um eine Annahme des Mandats tatsächlich zu ermöglichen, da - wie ausgeführt (s. oben unter a) aa) aaa)) das Amt des Gemeinderats grundsätzlich als Ehrenamt ausgestaltet ist. Angesichts der besonderen Verhältnisse im kommunalen Bereich ist der faktische Ausschluss von der Wählbarkeit folglich zumutbare Konsequenz von Inkompatibilitätsregelungen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 04.04.1978, a.a.O., Rn. 70f.; Beschl. v. 06.10.1981, a.a.O., Rn. 39). Aus Art. 3 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK, auf den sich der Kläger beruft, ergeben sich keine weitergehenden Anforderungen.

Etwas anderes folgt auch nicht aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass eine Begrenzung der Wählbarkeit mit einer so weitreichenden Folge im Hinblick auf die Bedeutung der Wahlrechtsgleichheit nicht allein mit der verfassungsrechtlichen Ermächtigung aus Art. 137 Abs. 1 GG begründet werden kann. Ein solcher Hinweis genügt zwar für die Einführung der Unvereinbarkeitsregelung. Dadurch wird jedoch nicht ausgeschlossen, dass Differenzierungen innerhalb gesetzlicher Folgeregelungen, die auf Art. 137 Abs. 1 GG beruhen, jeweils eines sachlichen Grundes bedürfen, der dem Sinn der verfassungsrechtlichen Ermächtigung gerecht wird. Art. 3 Abs. 1 GG wirkt in dieser Weise auch auf die Auslegung der Ermächtigung des Art. 137 Abs. 1 GG ein. Dies muss in gleicher Weise dort gelten, wo als

Folge der gesetzlich festgelegten Unvereinbarkeit von Dienststellung und Mandat ein faktischer Ausschluss von der Wählbarkeit in Frage steht. Ein solcher Ausschluss ist als eine mit dem Grundsatz der Wahlgleichheit vereinbare Differenzierung nur gerechtfertigt, wenn ansonsten der Gefahr von Interessenkollisionen nicht wirksam zu begegnen ist (vgl. BVerfG, Beschl. v. 04.04.1978, a.a.O., Rn. 70f.; Beschl. v. 06.10.1981, a.a.O., Rn. 39). Hieraus ergeben sich jedoch nur Anforderungen für den Fall, dass der Gesetzgeber von der Ermächtigung des Art. 137 Abs. 1 GG in der Weise Gebrauch macht, dass er manche Angestellte von den Unvereinbarkeitsregelungen ausnimmt. Dies ist hier aber nicht der Fall. Mit dem Tatbestandsmerkmal der überwiegenden körperlichen Arbeit hat der Gesetzgeber den Begriff des Angestellten nachgezeichnet. Der Gesetzgeber hat mit § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a, Satz 2 LKrO nicht bestimmte „Angestellte“ von den Unvereinbarkeitsregelungen ausgenommen; die Frage, welche Anforderungen sich aus Art. 3 Abs. 1 GG bei Differenzierungen ergeben, stellt sich daher nicht.

3. Beim Kläger liegen die Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a LKrO vor. Als Mitarbeiter eines Eigenbetriebs ist der Kläger Arbeitnehmer des Landkreises i.S.v. § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a LKrO. Denn Eigenbetriebe sind unselbständige Anstalten des öffentlichen Rechts ohne eigene Rechtspersönlichkeit, deren Handeln dem Landkreis zuzurechnen ist und denen der Bürgermeister gemäß § 10 EigBG Weisungen erteilen kann; dieser ist Dienstvorgesetzter und oberste Dienstbehörde der Bediensteten des Eigenbetriebs (§ 11 Abs. 5 EigBG). Im Sinne des Art. 137 Abs. 1 GG sind Arbeitnehmer eines Eigenbetriebs daher Arbeitnehmer der öffentlich-rechtlichen Körperschaft selbst (vgl. von Campenhausen, a.a.O., Art. 137 Rn. 26).

§ 24 Abs. 1 Satz 2 LKrO findet auf den Kläger keine Anwendung. Er verrichtet nicht überwiegend körperliche Arbeit. Das Verwaltungsgericht hat das im angefochtenen Urteil mit eingehender zutreffender Begründung ausgeführt. In soweit weist der Senat die Berufung aus den Gründen der angefochtenen Entscheidung als unbegründet zurück und sieht von einer weiteren Darstellung der Entscheidungsgründe ab (§ 130b Satz 2 VwGO). Zum diesbezüglichen Berufungsvorbringen ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass es - wie

bereits ausgeführt (s. oben unter 2. a) aa) bbb) und 2. a) bb)) - auf die tarifrechtlichen Fragen, die der Kläger mit der Berufung geltend macht, nicht entscheidend ankommt. Der Gesetzgeber hat mit den Tatbestandsmerkmalen des Arbeitnehmers und des überwiegenden Verrichtens körperlicher Arbeit den Begriff des Angestellten des öffentlichen Dienstes i.S.v. Art. 137 Abs. 1 GG zulässig nachgezeichnet. Es ist daher bei der Prüfung, ob diese gesetzlichen Tatbestandsmerkmale im Fall des Klägers erfüllt sind, rechtlich unerheblich, wie die Tätigkeit des Klägers nach altem und neuem Tarifrecht einzustufen wäre. Maßgeblich ist allein, ob er überwiegend körperliche Arbeit verrichtet. Dass dies nicht der Fall ist, zeigt auch die Erklärung des Klägers - ohne dass es darauf entscheidend ankäme, da der Senat dies selbständig zu prüfen hat - in der Berufungsverhandlung, dass er die tarifrechtliche Einordnung seiner Tätigkeit für maßgeblich halte, die tatsächliche Beschreibung seiner Tätigkeit im erstinstanzlichen Urteil jedoch zutreffe.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Revision ist nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO wegen grundsätzlicher Bedeutung zuzulassen. Die Rechtsfrage, wie der Begriff des Angestellten des öffentlichen Dienstes i.S.v. Art. 137 Abs. 1 GG nach dem Wegfall der Unterscheidung von Angestellten und Arbeitern im Tarifrecht des öffentlichen Dienstes auszulegen ist, hat über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen das Urteil steht den Beteiligten die Revision an das Bundesverwaltungsgericht zu.

Die Revision ist bei dem Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Schubertstraße 11, 68165 Mannheim oder Postfach 10 32 64, 68032 Mannheim, innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils schriftlich einzulegen. Die Revisionsfrist ist auch gewahrt, wenn die Revision innerhalb der Frist bei dem Bundesverwaltungsgericht schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung der Bundesregierung über den elektronischen

Rechtsverkehr beim Bundesverwaltungsgericht und beim Bundesfinanzhof vom 26. November 2004 (BGBl. I S. 3091) eingelegt wird.

Die Revision muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Die Revision ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils zu begründen. Die Begründung ist bei dem Bundesverwaltungsgericht, Simsonplatz 1, 04107 Leipzig, schriftlich oder in elektronischer Form einzureichen.

Die Begründung muss einen bestimmten Antrag enthalten, die verletzte Rechtsnorm und, soweit Verfahrensmängel gerügt werden, die Tatsachen angeben, die den Mangel ergeben.

Für das Revisionsverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer in Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Bevollmächtigte sind nur Rechtsanwälte oder Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaats der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, die die Befähigung zum Richteramt besitzen, zugelassen. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen.

Vor dem Bundesverwaltungsgericht sind auch die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 VwGO bezeichneten Organisationen einschließlich der von ihnen gebildeten juristischen Personen gemäß § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 7 VwGO als Bevollmächtigte zugelassen, jedoch nur in Angelegenheiten, die Rechtsverhältnisse im Sinne des § 52 Nr. 4 VwGO betreffen, in Personalvertretungsangelegenheiten

und in Angelegenheiten, die in einem Zusammenhang mit einem gegenwärtigen oder früheren Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmern im Sinne des § 5 des Arbeitsgerichtsgesetzes stehen, einschließlich Prüfungsangelegenheiten. Die in § 67 Abs. 4 Satz 5 VwGO genannten Bevollmächtigten müssen durch Personen mit der Befähigung zum Richteramt handeln. Ein Beteiligter, der nach Maßgabe des § 67 Abs. 4 Sätze 3, 5 und 7 VwGO zur Vertretung berechtigt ist, kann sich selbst vertreten.

Ellenberger

Hettich

Pohl

Beschluss
vom 18. Dezember 2015

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird nach § 63 Abs. 2 Satz 1, § 47 Abs. 1, § 52 Abs. 2 GKG auf 5.000,-- EUR festgesetzt.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

Ellenberger

Hettich

Pohl