Wolfgang Däubler

Das zweite Schiffsregister

Völkerrechtliche und verfassungsrechtliche Probleme einer deutschen »Billig-Flagge«

Nomos Verlagsgesellschaft
Baden-Baden

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Arbeits- und Sozialrecht
Band 16

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Prof. Dr. Wolfgang Däubler

Das zweite Schiffsregister

Völkerrechtliche und verfassungsrechtliche Probleme einer deutschen »Billig-Flagge«

Gutachtliche Stellungnahme für den Hauptvorstand der Gewerkschaft ÖTV

Nomos Verlagsgesellschaft
Baden-Baden

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Däubler, Wolfgang:
Das zweite Schiffsregister: völkerrechtl. u. verfassungsrechtl. Probleme e. dt. »Billig-Flagge«; gutachtl. Stellungnahme für d. Hauptvorstand d. Gewerkschaft ÖTV / Wolfgang Däubler. - 1. Aufl. - Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1988
(Arbeits- und Sozialrecht; Bd. 16)
ISBN 3-7890-1676-4
NE: GT

1. Auflage 1988
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1988. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Inhaltsverzeichnis

1. Der Gesetzentwurf der Koalitionsfraktionen 7

1.1. Die grundsätzliche Zielsetzung des Entwurfs 7
1.2. Umsetzung im einzelnen 9
1.3. Insbesondere: Tarifverträge über Heimatheuern 12
1.4. Verbleibendes deutsches Arbeits- und Sozialrecht 15
1.5. Erste Reaktionen auf den Gesetzentwurf 16
1.6. Völkerrechtliche und verfassungsrechtliche Einwände – nur ein Teil des Problems 18
1.7. Gegenstand der Untersuchung im einzelnen 19

2. Vereinbarkeit des Gesetzentwurfs mit geltendem Völkerrecht 21

2.1. Vereinbarkeit mit dem EG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht? 21
2.2. Verstoß gegen EG-Wettbewerbsrecht? 25
2.2.1. Teilweise Befreiung von deutschem Arbeits- und Sozialrecht – eine unzulässige Beihilfe nach Art. 92 EWG-Vertrag? 25
2.2.2. Beschäftigung von Billig-Arbeitskräften als eine Form des Dumpings? 28
2.2.3. Wettbewerb auf der Grundlage von Billig-Löhnen – Verstoß gegen die sozialpolitischen Normen des EWG-Vertrags? 29
2.3. Zusammenfassung 32

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Vereinbarkeit des Gesetzentwurfs mit Vorschriften des Grundgesetzes 33

3.1. Widerspruch zu Art. 27 GG? 33
3.1.1. Zum Inhalt der Norm 33
3.1.2. Das Erfordernis der Einheitlichkeit 37
3.1.3. Das Zweite Schiffsregister – ein Beitrag zur Funktionsfähigkeit der deutschen Handelsflotte? 39
3.1.4. Zusammenfassung 43
3.2. Vereinbarkeit des Gesetzentwurfs mit Grundrechten: Gleichheitsgebot nach Art. 3 Abs. 1 und 3 GG 43
3.2.1. Die Problemstellung 43
3.2.2. Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG? 45
3.2.3. Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG? 46
3.3. Vereinbarkeit des Gesetzentwurfs mit Grundrechten: Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG 50
3.4. Vereinbarkeit des Gesetzentwurfs mit Grundrechten: Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG 55

4. Zusammenfassung 59

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

1. Der Gesetzentwurf der Koalitionsfraktionen

Am 20. 4. 1988 haben die Fraktionen der CDU/CSU und der FDP einen Gesetzentwurf »zur Einführung eines Seeschiffahrtsregisters für deutsche Handelsschiffe im internationalen Verkehr (Internationales Seeschifffahrtsregister)« im Bundestag eingebracht. Nach der am 5. 5. 1988 erfolgten ersten Lesung im Plenum des Bundestages wird das Gesetz derzeit in den zuständigen Ausschüssen beraten.

1.1. *Die grundsätzliche Zielsetzung des Entwurfs*

Ausgangspunkt für die Initiative der Koalitionsfraktionen ist eine bestimmte Problemlage, die wie folgt geschildert wird:[1]

> »Trotz zahlreicher Maßnahmen zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Seeschiffahrt hält der Ausflaggungstrend unvermindert an. 1987 wurde von deutschen Reedern erstmals mehr Schiffstonnage unter fremder Flagge betrieben als unter der Bundesflagge. Um dieser Entwicklung Einhalt zu gebieten, muß die internationale Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Seeschiffahrt gesichert werden.«

Eine Lösung dieses Problems wird in erster Linie darin gesehen, daß ein Internationales Seeschiffahrtsregister eingerichtet wird, in das alle deutschen Seeschiffe eingetragen werden können, die im internationalen Verkehr eingesetzt sind und die die Bundesflagge führen. Dieses sog. Zweitregister gewährt eine arbeitsrechtliche Sonderstellung: Für Seeleute ohne Wohnsitz in der Bundesrepublik können Tarifverträge mit den Heimatland-Gewerkschaften abgeschlossen werden. Da sie die dort geltenden Bedingungen zugrunde legen werden (»Heimatheuern«), sind »erhebliche Einsparungen« bei den Personalkosten für den Schiffsbetrieb möglich. In der beigefügten Begründung[2] wird darauf verwiesen, die Seeschiffahrt

1 Der Gesetzentwurf findet sich in BT-Drucksache 11/2161; nach dieser Quelle wird es im folgenden zitiert. Sein wesentlicher Inhalt ist auch wiedergegeben in: DVZ v. 17. 5. 1988, S. 12.

2 BT-Drucksache 11/2161, S. 4 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

unter der Bundesflagge erlebe seit Jahren den stärksten Niedergang ihrer Geschichte. Von Ende 1977 bis Ende 1987 sei die Handelsschiffstonnage unter deutscher Flagge von 9,3 auf 3,8 Mio. BRT geschrumpft. Entsprechend habe sich die Zahl der Seeleute verringert: Während das Bordpersonal auf Seeschiffen unter deutscher Flagge Anfang 1971 55 301 Seeleute betragen habe, sei diese Zahl bis Anfang 1988 auf 19 130 gesunken, wovon 2457 in der Fischerei tätig seien. Gehe diese Entwicklung weiter, bestehe die Gefahr einer Totalausflaggung der deutschen Handelsflotte. Die Wettbewerbssituation auf dem Weltschiffahrtsmarkt sei von Überkapazität, Ratenverfall und Kostendisparität geprägt. Andere europäische Länder würden deshalb durch geplante oder schon beschlossene Gesetzgebung verschiedene Maßnahmen ergreifen, um die heimischen Wettbewerbsbedingungen sektoral an die des Weltmarkts anzupassen. Dazu gehöre auch die Einrichtung eines Zweitregisters und die erweiterte Möglichkeit zur Beschäftigung ausländischer Besatzungsmitglieder.
Die Ausgangssituation für die deutsche Handelsflotte wird im Grundsatz positiv gesehen, heißt es doch dazu:[3]

> »Die Bundesrepublik Deutschland verfügt – bezogen auf das Schiffsalter – über die modernste Flotte der Welt und einen Rückhalt an leistungsfähigen Seeschiffahrtsunternehmen. Die daraus resultierenden günstigen strukturellen Voraussetzungen des zukunftsträchtigen Wirtschaftszweiges der Seeschiffahrt können jedoch nur wirksam bleiben, wenn von Seiten des Gesetzgebers Möglichkeiten für die erforderliche sektorale Anpassung der nationalen Kostenfaktoren an die des Weltmarkts geschaffen werden.«

Unter Bezugnahme auf ein Gutachten des Bremer Instituts für Seeverkehrswirtschaft und -logistik wird der Kostennachteil der deutschen Flagge insgesamt auf ca. 800 Mio. DM pro Jahr geschätzt, wovon allein 680 Mio. DM auf den Bereich Personalkosten entfallen sollen. Vergleichsmaßstab ist dabei vermutlich das Fahren unter einer Billig-Flagge. Die in der Vereinbarung von Heimatheuern liegende Reduzierung der Schiffsbetriebskosten solle die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Seeschiffahrt sichern. Auf diese Weise könne eine angemessene Tonnage unter deutscher Flagge erhalten und damit im einzelnen erreicht werden:[4]

3 BT-Drucksache 11/2161, S. 4 re.Sp.
4 BT-Drucksache 11/2161, S. 5 li.Sp.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

»– langfristige Sicherung der qualifizierten Arbeitsplätze der deutschen Seeleute an Bord, insbesondere im Bereich der Schiffsführung, und damit Erhalt einer deutschen Ausbildung in seemännischen Berufen;
– Sicherung der mit der deutschen Seeschiffahrt direkt und indirekt zusammenhängenden Landarbeitsplätze;
– Verbesserung der sozialen Sicherheit der Seeleute auf den im Internationalen Seeschiffahrtsregister eingetragenen Schiffen gegenüber der ausgeflaggten Tonnage durch Fortführung der Arbeitslosen-, Unfall-, Kranken- sowie der Rentenversicherung entsprechend dem Status quo unter deutscher Flagge;
– Beibehaltung des besonders hohen deutschen Schiffssicherheitsstandards;
– Gewährleistung der Versorgungssicherheit im Krisenfall.«

Daneben sollen andere Mittel wie etwa Steuererleichterungen weiterverfolgt werden.

1.2. *Umsetzung im einzelnen*

Kernstück des Entwurfs ist die Einfügung eines § 21 Abs. 4 in das Flaggenrechtsgesetz.[5] Sein erster Satz soll wie folgt lauten:

»Arbeitsverhältnisse von Besatzungsmitgliedern eines im Internationalen Seeschiffahrtsregister eingetragenen Kauffahrteischiffes, die im Inland keinen Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt haben, unterliegen beim Fehlen einer Rechtswahl vorbehaltlich der Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaft nicht schon aufgrund der Tatsache, daß das Schiff die Bundesflagge führt, dem deutschen Recht.«

Satz 2 soll den Abschluß von Tarifverträgen mit ausländischen Gewerkschaften regeln, Satz 3 betrifft den Geltungsbereich derartiger Tarifverträge.
Die vorgeschlagene Vorschrift des § 21 Abs. 4 Satz 1 ist aus sich heraus nicht ohne weiteres verständlich. Für eine völkerrechtliche wie für eine verfassungsrechtliche Beurteilung ist es gleichwohl unerläßlich, den genauen Inhalt der Bestimmung festzustellen; nur dann ist eine adäquate Beurteilung möglich.

5 Gesetz über das Flaggenrecht der Seeschiffe und die Flaggenführung der Binnenschiffe (Flaggenrechtsgesetz) v. 8. Februar 1951, BGBl I, 79. Die inzwischen eingetretenen Änderungen betreffen nicht den hier interessierenden Bereich. Erstaunlich, daß Art. 1 des Gesetzentwurfs die derzeit geltende Fassung des Flaggenrechtsgesetzes offenläßt – kein Zeichen für sehr sorgfältige Redigierung des Textes.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Vorschrift des § 21 Abs. 4 Satz 1 ist kollisionsrechtlicher Natur; sie regelt die Anwendbarkeit des deutschen Arbeitsrechts in Fällen mit Auslandsberührung. Aus systematischen Gründen hätte es daher nahegelegen, sie ins Seemannsgesetz[6] aufzunehmen, da dessen § 1 für die Anwendung des deutschen Arbeitsrechts auf das Führen der Bundesflagge abstellt. Durch die Einfügung in das Flaggenrechtsgesetz ergeben sich jedoch keine inhaltlichen Unterschiede.

§ 21 Abs. 4 Satz 1 enthält inhaltlich zunächst eine negative Festlegung: Das deutsche Arbeitsrecht ist nicht schon aufgrund der Tatsache anwendbar, daß das Schiff die Bundesflagge führt. Eine solche »Negativ-Anknüpfung« ist im Internationalen Privatrecht äußerst ungewöhnlich, angesichts der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers aber nicht schon per se zu beanstanden.

Welche Rechtsordnung anstelle des Rechts der Flagge gelten soll, wird in der vorgeschlagenen Vorschrift nur teilweise deutlich. Wie die Formulierung »beim Fehlen einer Rechtswahl« deutlich macht, soll jedenfalls dann, wenn die Arbeitsvertragsparteien eine bestimmte Rechtsordnung ausdrücklich oder stillschweigend für anwendbar erklären, diese auch effektiv maßgebend sein. In der Begründung wird insoweit ausdrücklich ausgeführt, daß nach Art. 30 Absatz 1 EGBGB die Anwendung eines ausländischen Rechts vereinbart werden könne, eine Möglichkeit, die »vor allem bei ausländischen Seeleuten« in Betracht komme.[7] Dabei wird allerdings nicht berücksichtigt, daß die in Art. 30 Abs. 1 EGBGB garantierte Parteiautonomie (= Freiheit, die anwendbare Rechtsordnung zu wählen) nur zu Gunsten des Arbeitnehmers wirken darf; die zwingenden Schutzvorschriften des nach Art. 30 Abs. 2 EGBGB anwendbaren Rechts dürfen nicht unterschritten werden. Ob § 21 Abs. 4 Satz 1 des Entwurfs insoweit von Art. 30 Abs. 1 EGBGB abweichen will, erscheint zweifelhaft, da diese Vorschrift mit Art. 6 Abs. 1 des europäischen Übereinkommens über das auf Schuldverträge anwendbare Recht übereinstimmt,[8] und an anderer Stelle der Begründung ausdrücklich betont wird, den internationalen Verpflichtungen der Bundesrepublik sei Rechnung getragen worden.

Entscheidend dürfte es daher darauf ankommen, wie die – unter Aus-

6 Vom 26. Juli 1957, BGBl II, 713.

7 BT-Drucksache 11/2161, S. 6 li.Sp. oben.

8 Zum Verhältnis zwischen dem EG-Übereinkommen und Art. 30 EGBGB siehe Däubler, RIW 1987, 249 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

klammerung des Anknüpfungspunkts Flagge – »an sich« nach Art. 30 Abs. 2 EGBGB anwendbare Rechtsordnung beschaffen ist. Der – nicht unkompliziert formulierte – Art. 30 Abs. 2 EGBGB bestimmt:

> »Mangels einer Rechtswahl unterliegen Arbeitsverträge und Arbeitsverhältnisse dem Recht des Staates,
> 1. in dem der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrages gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, selbst wenn er vorübergehend in einen anderen Staat entsandt ist, oder
> 2. in dem sich die Niederlassung befindet, die den Arbeitnehmer eingestellt hat, sofern dieser seine Arbeit gewöhnlich nicht in ein und demselben Staat verrichtet,
> es sei denn, daß sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, daß der Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis engere Verbindungen zu einem anderen Staat aufweist; in diesem Fall ist das Recht dieses anderen Staates anzuwenden.«

Die dem Entwurf beigegebene Begründung geht davon aus, daß Seeleute auf Hoher See ihre Arbeit nicht »in« einem Staat verrichten, da Schiffe nicht mehr als schwimmender Gebietsteil des Flaggenstaats betrachtet werden könnten. Die Anknüpfung nach Ziff. 1 und Ziff. 2 der genannten Vorschrift scheide daher aus; es bleibe nur ein Abstellen auf die »Gesamtheit der Umstände«. Insoweit erfolge durch § 21 Abs. 4 Satz 1 eine Klarstellung; im einzelnen heißt es dazu:[9]

> »Mit der Neuregelung soll dies im Interesse der erforderlichen Rechtssicherheit jedenfalls für diejenigen Arbeitsverhältnisse geschehen, bei denen sowohl das den Arbeitsplatz bildende Seeschiff – durch Eintragung im Internationalen Seeschiffahrtsregister – als auch der Arbeitnehmer – durch Fehlen eines inländischen Wohnsitzes oder Aufenthalts – einen nicht nur vorübergehenden eindeutigen Auslandsbezug aufweisen. Merkmale wie Wohnsitz und Staatsangehörigkeit sind geeignet, die erforderliche Kontinuität der arbeitsrechtlichen Beurteilung auch ohne Anknüpfung an die Flagge zu verbürgen.«

Der Sache nach bedeutet dies, daß etwa bei der Beschäftigung philippinischer Seeleute mit Wohnsitz im Heimatland philippinisches Arbeitsrecht Anwendung finden würde. Was geschehen würde, wenn Wohnsitz und Staatsangehörigkeit auseinanderfallen (Inder mit Wohnsitz in Taiwan), ist nicht ersichtlich; vermutlich würde in der Praxis an die Staatsangehö-

9 BT-Drucksache 11/2161, S. 6 re.Sp.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rigkeit angeknüpft. Letztlich kommt es darauf allerdings nicht entscheidend an, da die intendierte Personalkostensenkung ohne Rücksicht darauf eintritt, ob nun philippinisches, chinesisches oder indisches Arbeitsrecht angewandt wird. Sichergestellt ist jedenfalls, daß im Verhältnis zu Seeleuten mit ausländischem Wohnsitz oder ständigem Aufenthalt deutsches Recht nur dann Anwendung findet, wenn es ausdrücklich vereinbart ist. Zu einer solchen Abmachung werden sich Arbeitgeber allenfalls in absoluten Ausnahmesituationen bereitfinden.[9a]

1.3. *Insbesondere: Tarifverträge über Heimatheuern*

Die Begründung des Entwurfs erweckt von ihrer Formulierung her den Eindruck, daß eine Absenkung auf das Lohnniveau der Heimatländer nur über Tarifverträge mit den dortigen Gewerkschaften möglich sei. Der Wortlaut des vorgeschlagenen § 21 Abs. 4 Satz 2 sowie allgemeine arbeitsrechtliche Grundsätze weisen jedoch in eine andere Richtung. § 21 Abs. 4 Satz 2 soll lauten:

> »Werden für die in Satz 1 genannten Arbeitsverhältnisse von ausländischen Gewerkschaften Tarifverträge abgeschlossen, so haben diese nur dann die im Tarifvertragsgesetz genannten Wirkungen, wenn sie der deutschen Gerichtsbarkeit unterworfen werden und die Gewerkschaft in Einklang mit dem Übereinkommen Nr. 87 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 9. Juli 1948 gebildet worden ist.«

Der Abschluß wirksamer, auch Schutz vor deutschen Arbeitsgerichten gewährender Tarifverträge ist danach von einer Reihe von Bedingungen abhängig.

Zum einen müssen die Tarifverträge der deutschen Gerichtsbarkeit unterworfen werden. Dies zu tun oder nicht zu tun, ist den jeweiligen Tarifparteien überlassen. Auch die Arbeitgeberseite, die ja als einzelner Reeder bzw. als Reederverband dem deutschen Recht untersteht, ist nach dem Gesetzentwurf nicht verpflichtet, auf eine solche »Unterwerfungsklausel« hinzuwirken. Doch davon ganz abgesehen: Völlig offen ist, ob die jeweili-

9a Wenn Hauschka-Henssler (NZA 1988, 599) demgegenüber davon ausgehen, daß grundsätzlich auch in Zukunft das deutsche Arbeitsvertragsstatut gelte, so wird dies den Intentionen der Verfasser des Entwurfs in keiner Weise gerecht. Auch der Wortlaut der vorgeschlagenen Bestimmung legt derartige Schlüsse nicht nahe.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

ge Heimatrechtsordnung überhaupt eine Prorogation, d. h. die Vereinbarung eines ausländischen Gerichtsstands in einem Tarifvertrag zuläßt. Bezogen auf das deutsche Recht, würde dies beispielsweise bedeuten, daß im Tarifvertrag für die im Ausland beschäftigten Arbeitnehmer des Goethe-Instituts[10] der Gerichtsstand des jeweiligen Aufenthaltsstaats vorgesehen wäre. Bislang hat die Literatur – soweit sie sich überhaupt mit einer solchen Fragestellung befaßt hat – in Bezug auf die Rechte des Einzelnen eine solche Abmachung abgelehnt.[11]

Zum zweiten muß die Heimatgewerkschaft dem ILO-Übereinkommen Nr. 87 entsprechen. Auch dies kann dazu führen, daß in vielen Fällen keine den Voraussetzungen des § 21 Abs. 4 Satz 2 entsprechenden Tarifverträge zustande kommen: Nicht alle Staaten der Erde haben das genannte ILO-Übereinkommen ratifiziert, auch in Staaten, die dies getan haben, sind »gelbe«, d. h. vom Arbeitgeber oder von der Staatsführung abhängige Gewerkschaften denkbar. Hinzu kommt, daß es im Einzelfall schwierig sein kann, tatsächliche Feststellungen darüber zu treffen, ob es sich um eine unabhängige Gewerkschaft handelt oder nicht.

Zum dritten besteht keinerlei Gewähr dafür, daß überhaupt irgendwelche Tarifverträge zustande kommen. Extrem hohe Massenarbeitslosigkeit in Entwicklungsländern kann dazu führen, daß nahezu beliebige Bedingungen akzeptiert werden, ohne daß die Beschäftigten sich zu einer gemeinsamen Wahrung ihrer Interessen in der Lage sehen.

Schließlich sieht der vorgeschlagene § 21 Abs. 4 Satz 3 vor, daß Tarifverträge sich ausdrücklich auf die mit ausländischen Seeleuten geschlossenen Heuerverhältnisse beziehen müssen; tun sie dies nicht, so bleiben sie ohne Bedeutung.

Was geschieht, wenn kein Tarifvertrag im Sinne des § 21 Abs. 4 Satz 2 zustande kommt? In der Begründung zu § 21 Abs. 4 Satz 2 ist dieser Fall nicht ausdrücklich, jedoch sinngemäß mit den Worten angesprochen, durch die gewählte Formulierung »solle der Abschluß von entsprechenden Einzelverträgen nicht ausgeschlossen werden«.[12] Ein anderes Ergebnis ist auch nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen schwerlich denkbar. Greift – aus welchen Gründen auch immer – kein Tarifvertrag ein, so bleibt es bei der Festlegung von Löhnen und Arbeitsbedingungen

10 Dazu etwa Friedrich RdA 1980, 109 ff.

11 Dazu etwa Walz, Multinationale Unternehmen und internationaler Tarifvertrag, Baden-Baden 1981, S. 169, 174.

12 BT-Drucksache 11/2161, S. 6 re.Sp.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

im Arbeitsvertrag. Soweit die betreffende Rechtsordnung keinen staatlich festgesetzten Mindestlohn von relevanter Höhe kennt, ist daher der Arbeitgeber faktisch in der Lage, im Arbeitsvertrag den Lohn zu vereinbaren, der in dem entsprechenden Dritte-Welt-Staat »verkehrsüblich« ist. Dies kann im Einzelfall eine Lohnhöhe bedeuten, die zwischen 5 und 20 % der entsprechenden deutschen Löhne schwankt.[13] Die Personalkosteneinsparung gewinnt eine dramatische Dimension.

Eine wirksame rechtliche Korrektur einer solchen Situation ist nicht ersichtlich. Würde der ausländische Seemann der ÖTV (oder einer anderen deutschen Gewerkschaft) beitreten, so wären deren Tarifverträge auf sein Arbeitsverhältnis voraussichtlich nicht anwendbar.[13a] Dies folgt schon daraus, daß er ausländischem Recht unterliegt,[14] würde sich aber mittelbar auch aus der vorgeschlagenen Vorschrift des § 21 Abs. 4 Satz 3 ergeben, erstrecken sich doch die von deutschen Gewerkschaften abgeschlossenen Tarifverträge üblicherweise nicht auf Arbeitsverhältnisse, die fremdem Arbeitsrecht unterstehen. Ob eine Klage auf angemessenen Lohn vor deutschen Arbeitsgerichten Erfolg hätte, kann dahinstehen: Trotz der großen Zahl ausgeflaggter Schiffe, auf denen ausländische Arbeitnehmer zu »Heimatlandheuern« arbeiten, und trotz einer sich schon über mehrere Jahrzehnte erstreckenden derartigen Praxis,[15] sind keine Urteile deutscher Gerichte ersichtlich, die deutschen Tariflohn oder wenigstens ein darunter liegendes Mindestniveau zugesprochen hätten.[16] Der Zugang zu

13 Überblick über die Arbeitskosten bei deutschen Investitionen in Exportproduktionszonen von Entwicklungsländern bei Fröbel-Heinrichs-Kreye, Umbruch in der Weltwirtschaft, Reinbek 1986, S. 470. In Sri Lanka beliefen sich die Arbeitskosten pro Stunde auf 0,15 auf 0,25 US-Dollar. Eine »Spitzenposition« nahm die Türkei mit 1,00–1,50 sowie Hongkong mit 1,12–2,10 Dollar pro Stunde ein. Die Löhne philippinischer Seeleute auf ausgeflaggten Schiffen liegen nach Auskunft der Gewerkschaft ÖTV bei etwa 20 % der an deutsche Seeleute bezahlten.

13a Anders Hauschka-Henssler NZA 1988, 559 f. mit Nachweisen für die herrschende Gegenmeinung in Fn. 26. Eine andere Frage ist, ob es »kollisionsrechtliche« Tarifverträge gibt, die eine nationale (z.B. die deutsche) Rechtsordnung auf bestimmte Arbeitsverhältnisse erstrecken können – dazu den Nachweis unten Fn. 164.

14 BAG AP Nr. 30 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau.

15 Zur Entwicklung der Ausflaggung s. Leffler, Das Heuerverhältnis auf ausgeflaggten deutschen Schiffen, Berlin 1978, S. 17 ff. Dort findet sich auch ein Hinweis darauf, daß schon 1950 nach dem Bericht eines ILO-Untersuchungsausschusses 14 deutsche Schiffe unter Panama-Flagge fuhren.

16 Anders bei den auf ausgeflaggten Schiffen verbleibenden deutschen Seeleuten, die meist in führender Position tätig sind und für die das deutsche Recht anwendbar bleibt. Siehe LAG Baden-Württemberg AP Nr. 19 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht und – bezüglich des Wahlrechts zum Seebetriebsrat – BAG AP Nr. 1 zu § 116 BetrVG 1972.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

deutschen Gerichten ist offensichtlich von der Überwindung so hoher Schwellen abhängig, daß bei der Einschätzung der praktischen Wirksamkeit der vorgeschlagenen Bestimmung ein solcher Ausweg außer Betracht bleiben muß.
Zusammenfassend läßt sich daher feststellen, daß die Verabschiedung des Entwurfs dazu führen würde, daß im Regelfall ausländische Seeleute zu Dritte-Welt-Bedingungen angeheuert werden könnten.

1.4. *Verbleibendes deutsches Arbeits- und Sozialrecht*

Der Entwurf geht ausdrücklich davon aus, daß der besonders hohe deutsche Schiffssicherheitsstandard erhalten bleibt. Dies trifft zu; die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen des Arbeitsschutzrechts werden durch das Eingreifen einer ausländischen Rechtsordnung grundsätzlich nicht berührt. Dasselbe gilt für die Vorschriften über die Sozialversicherung. § 3 Nr. 1 SGB IV ordnet an, daß die Vorschriften über die Versicherungspflicht für alle Personen gelten, die im Geltungsbereich des SGB beschäftigt sind. Dazu zählen auch deutsche Schiffe, wozu § 13 Abs. 2 SGB IV alle diejenigen Seeschiffe rechnet, die berechtigt sind, die Bundesflagge zu führen. Faktisch ergibt sich allerdings insofern eine Veränderung, als eine zusätzliche Kostenbelastung auf die Träger der Krankenversicherung zukommt: Das Beitragsaufkommen errechnet sich auf der Basis der niedrigen Heimatlöhne, während die Versicherungsleistungen (mit Ausnahme des Krankengelds) dieselben wie bei deutschen Beitragszahlern sind. Auch ist nicht auszuschließen, daß insbesondere im Bereich weniger qualifizierter Arbeitskräfte eine so große Fluktuation besteht, daß die Anwartschaftszeiten der Rentenversicherung in der Regel nicht erreicht werden.
Zweifelhaft ist die weitere Anwendung der deutschen Betriebsverfassung – eine Frage, die im Entwurf nicht angesprochen ist. Nach der Rechtsprechung des BAG findet das BetrVG grundsätzlich auch dann Anwendung, wenn für einen Teil der Belegschaft ausländisches Arbeitsrecht gilt.[17] Die ohne Anhörung des Betriebsrats erfolgte Kündigung eines amerikanischen Staatsangehörigen, der nach US-Recht beschäftigt war, wurde daher gem. § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG für unwirksam erklärt.[18] In dersel-

17 BAG AP Nr. 13 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht.
18 Siehe Fn. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ben Entscheidung blieb die Frage jedoch unentschieden, ob das BetrVG auch dann noch gilt, wenn es um eine »geschlossene ausländische Belegschaft mit einheitlichem ausländischem Arbeitsvertragsstatut« geht.[19] Auch spätere Entscheidungen haben diese Frage nicht geklärt.[20] Bei ausschließlich mit ausländischen Besatzungsmitgliedern fahrenden Schiffen muß deshalb mit einem Wegfall der Betriebsverfassung gerechnet werden.

1.5. *Erste Reaktionen auf den Gesetzentwurf*

Der Gesetzentwurf ist zwar in erster Lesung vom Parlament nicht diskutiert worden, hat jedoch gleichwohl erhebliche öffentliche Aufmerksamkeit gefunden. Seitens des Verbands deutscher Reeder wurde das Vorhaben nachhaltig begrüßt; pro Jahr und Schiff könnten auf diese Weise zwischen 300 000 DM und 1,2 Mio DM gespart werden.[21] Eine Umfrage der Deutschen Verkehrszeitung bei zahlreichen Reedern ergab gleichfalls eine sehr positive Einschätzung.[22] In einer Presseerklärung wurde für die Koalitionsfraktionen von den Abgeordneten Fischer (CDU) und Richter (FDP) die Position des Entwurfs verdeutlicht und zugleich darauf hingewiesen, die vorgelegte Lösung sei mit dem Grundgesetz vereinbar: Es erfolge eine Differenzierung nach sachlichen Gesichtspunkten, so daß Art. 3 GG nicht verletzt sei; die Möglichkeit zum Abschluß von Tarifverträgen mit Heimatland-Gewerkschaften stelle keinen Übergriff auf den grundrechtlich geschützten Bereich der Tarifautonomie nach Art. 9 Abs. 3 GG dar und schließlich sei auch Art. 27 GG nicht berührt, da die Einheit der deutschen Handelsflotte bestehen bleibe.[23]
Die Oppositionsparteien übten heftige Kritik an dem Entwurf und beantragten eine Sachverständigenanhörung vor dem Verkehrsausschuß.[24]

19 BAG AP Nr. 13 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht Bl. 2 R.
20 Einen gewissen Anhaltspunkt *für* eine Geltung (aber nicht mehr!) enthält BAG AP Nr. 16 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht Bl. 2, wonach die Betriebsverfassung »ein Stück der allgemeinen Lebensordnung (ist), in der die Bürger der Bundesrepublik Deutschland leben.« Zur anwendbaren Arbeitskampfordnung s. zuletzt Hergenröder, Der Arbeitskampf mit Auslandsberührung, Berlin 1987, S. 56 ff.
21 Mitgeteilt in: Frankfurter Rundschau vom 26. 5. 1988.
22 DVZ vom 17. 5. 1988, S. 12.
23 Pressedienst der CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag vom 20. 4. 1988 und FDP Tagesdienst vom 20. 4. 1988.
24 DVZ-Brief vom 20. 5. 1988. Siehe auch Pressemitteilung Nr. 486/88 der GRÜNEN im Bundestag. Die Anhörung fand am 21. 9. 1988 statt.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Die nachhaltigste Kritik kam von der Abteilung Seeschiffahrt der Gewerkschaft ÖTV: Die Einführung eines zweiten Registers sei eine »schiffahrtspolitische Bankrotterklärung«, die binnen kurzem zum Wegfall der noch vorhandenen 17 000 Arbeitsplätze deutscher Seeleute führe. Der geplante »arbeitsmarktpolitische Kahlschlag« könne den Ausverkauf der deutschen Flotte nicht verhindern. Die ökonomische Logik der Kostensenkungsschraube gelte im übrigen auch für Billigflaggenschiffe. Die These der Bundesregierung, qualifizierte Arbeitsplätze auf dem von ihr vorgeschlagenen Weg zu erhalten, sei unrichtig; auf ausgeflaggten Schiffen sei immer mehr auch deutsches Führungspersonal durch ausländische Seeleute ersetzt worden. Die Bundesregierung habe ihrerseits das Ausweichen auf »Billig-Flaggen« nicht behindert sondern gefördert. So habe sie sich gegen eine Schließung der offenen Register (in den Billig-Flaggen-Ländern) gewandt, habe das Doppelbesteuerungsabkommen mit Liberia erneuert, wonach deutsche Seeleute auf Schiffen unter liberianischer Flagge keine Steuern bezahlen müssen, und habe schließlich eine Verkürzung der Flaggenbindungsfrist bei bestimmten staatlichen Hilfen vorgenommen.[25] Das Beispiel der Seeschiffahrt könne im übrigen Schule machen; würde man hier Beschäftigung zu »Heimatlöhnen« zulassen, sei nicht auszuschließen, daß türkische VW-Arbeiter künftig in türkischen Pfund entlohnt würden, daß die Werften nur noch portugiesische Löhne bezahlen oder die Kostensituation im Gesundheitswesen durch Einstellung »billiger« koreanischer Krankenschwestern »entlastet« werde.[26] Der im Juni 1988 stattfindende 11. Ordentliche Gewerkschaftstag der ÖTV machte sich die wesentlichen Punkte dieser Kritik zu eigen und protestierte nachhaltig gegen die Schaffung von »arbeitsrechtlichem Niemandsland« auf deutschen Schiffen.[26a] Der Bundesvorstand des DGB forderte in einer Entschließung vom 7. Juni 1988 den Bundestag auf, den vorgelegten Entwurf abzulehnen; andernfalls würden praktisch alle deutschen Seeleute arbeitslos, die Arbeitsbedingungen auf deutschen Schiffen würden einem Rückschritt ins vorige Jahrhundert gleichkommen.[26b]

25 Zusammenfassend Benze und Eulen, in: ÖTV-Report Seefahrt Nr. 2, Juni 1988. Siehe weiter ÖTV-Report Seefahrt Nr. 1, März 1988, S. 1.

26 Überblick – auch zur Kritik der DAG – in: Frankfurter Rundschau vom 26. 5. 1988. Ganz in diesem Sinne spricht von einem »Domino-Effekt« Hauschka RIW 1988, 612.

26a Protokoll des 11. Ordentlichen Gewerkschaftstags der ÖTV, S. 680 ff. (Beschlüsse Nr. 438, 438a und 438b).

26b Zitiert nach dem Protokoll des ÖTV-Gewerkschaftstags, a.a.O., S. 681c.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die ÖTV verwies zusätzlich auf verfassungsrechtliche Bedenken. Verletzt sei der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 und 3 GG, die Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG sowie das Sozialstaatsprinzip. Außerdem werde durch die Einführung einer gespaltenen Flagge die in Art. 27 GG vorgesehene Einheitlichkeit der deutschen Handelsflotte aufgegeben.[27] Auch ein Hamburger Rechtsanwalt kam in einem Kurzgutachten zu diesem Ergebnis.[28] Dem widersprachen einzelne Autoren,[28a] die jedoch den Entwurf gleichfalls sehr kritisch kommentierten.[28b]

1.6. *Völkerrechtliche und verfassungsrechtliche Einwände – nur ein Teil des Problems*

Die vorliegende gutachtliche Stellungnahme hat sich zum Ziel gesetzt, die völkerrechtliche und verfassungsrechtliche Zulässigkeit der geplanten Neuregelung zu überprüfen. Es geht also ausschließlich um die Frage, ob die Rahmenbedingungen für gesetzgeberisches Handeln im konkreten Fall eingehalten sind oder nicht. Sollte die Antwort negativ sein, wären damit die Probleme der deutschen Seeschiffahrt in keiner Weise gelöst. Es stünde lediglich fest, daß *dieses* Mittel aus Rechtsgründen nicht geeignet ist, die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Seeschiffahrt zu sichern. Die politische Auseinandersetzung müßte sich daher auf andere Bereiche verlagern. Neben angebotsorientierten Maßnahmen, die insbesondere in Steuererleichterungen und Finanzhilfen bestehen können, kommen insbesondere nachfrageorientierte Regelungen in Betracht; dabei geht es darum, den die deutsche Flagge führenden Schiffen dort einen höheren Anteil zu sichern, wo die Bundesregierung ihren Einfluß geltend machen kann.[29] Sich nur auf rechtliche Auseinandersetzungen zu konzentrieren, wäre für die Gewerkschaft unter solchen Bedingungen verhängnisvoll.[30]

27 ÖTV-Report Seefahrt Nr. 1, März 1988, S. 1.

28 Geffken, Gesetzentwurf verfassungswidrig! Vorstellungen der Regierungsparteien verstoßen gegen das Grundgesetz, Manuskript, 13 Seiten, wiedergegeben in: DVZ vom 17. 5. 1988, S. 10.

28a Hauschka-Henssler NZA 1988, 597 ff.; Herber Hansa 1988, 645 ff.

28b So insbes. Hauschka-Henssler NZA 1988, 597 ff. sowie Hauschka RIW 1988, 610: Arbeitsrecht 2. Klasse.

29 Näher dazu der Beschluß Nr. 438a des 11. Ordentlichen Gewerkschaftstags der ÖTV, Protokoll, S. 681b.

30 Zur Verbindung von rechtlichen und außerrechtlichen Formen der Interessenvertretung siehe Däubler, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1981, 80 ff. und BetrR 1982, 389 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

1.7. *Gegenstand der Untersuchung im einzelnen*

Der vorgelegte Gesetzentwurf wirft nicht nur verfassungsrechtliche, sondern auch völkerrechtliche Probleme auf. An erster Stelle steht dabei die Frage, inwieweit die in § 21 Abs. 4 des Flaggenrechtsgesetzes vorgesehene neue Kollisionsnorm mit dem EG-Übereinkommen über das auf Schuldverträge anwendbare Recht[31] vereinbar ist. Weiter drängt sich der Einwand auf, daß die Absenkung der Lohnkosten auf ca. 5–20 % als »Lohndumping« zu qualifizieren ist, das im Hinblick auf das Recht der Europäischen Gemeinschaften zu Bedenken Anlaß geben könnte. Beides soll im Hinblick darauf untersucht werden, daß sich der Gesetzgeber aller Voraussicht nach nicht bewußt über völkerrechtliche Pflichten hinwegsetzen wird. Näher dazu unten 2.

Die verfassungsrechtliche Seite des Gesetzentwurfs ist sehr vielschichtig. Zu prüfen ist zunächst, ob die geplante Neuregelung mit der Zielsetzung des Art. 27 GG (einheitliche deutsche Handelsflotte) zu vereinbaren ist oder ob sie zu einem Zustand führt, der noch weiter als der Status quo von den verfassungsrechtlichen Vorgaben entfernt ist. Daneben sind in verschiedener Hinsicht Grundrechte angesprochen. Ob es mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und mit den spezifischen Diskriminierungsverboten des Art. 3 Abs. 3 GG vereinbar ist, auf demselben Schiff deutsche und ausländische Arbeitskräfte zu völlig unterschiedlichen Bedingungen zu beschäftigen, bedarf der eingehenden Überprüfung. Dasselbe gilt für die Vereinbarkeit der Neuregelung mit der in Art. 9 Abs. 3 GG mitgarantierten Tarifautonomie. Schließlich ergibt sich die Frage, ob die absehbare Verdrängung deutscher Seeleute aus den bisherigen Arbeitsplätzen mit der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar ist. Näher dazu unten 3.

31 BGBl 1986, II, 809.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

2. Vereinbarkeit des Gesetzentwurfs mit geltendem Völkerrecht

2.1. *Vereinbarkeit mit dem EG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht?*

Ein erstes – um das Ergebnis anzudeuten: gewichtiges – Bedenken gegen den Gesetzentwurf folgt aus Art. 6 des genannten EG-Übereinkommens. Dieser stimmt inhaltlich mit Art. 30 EGBGB überein und lautet:[32]

> »Bei Arbeitsverträgen und Arbeitsverhältnissen darf die Rechtswahl der Parteien nicht dazu führen, daß dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der ihm durch die zwingenden Bestimmungen des Rechts gewährt wird, das nach Abs. 2 mangels einer Rechtswahl anzuwenden wäre.
> Mangels einer Rechtswahl unterliegen Arbeitsverträge und Arbeitsverhältnisse dem Recht des Staates,
> 1. in dem der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrages gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, selbst wenn er vorübergehend in einen anderen Staat entsandt ist, oder
> 2. in dem sich die Niederlassung befindet, die den Arbeitnehmer eingestellt hat, sofern dieser seine Arbeit gewöhnlich nicht in ein und demselben Staat verrichtet,
> es sei denn, daß sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, daß der Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis engere Verbindungen zu einem anderen Staat aufweist; in diesem Fall ist das Recht dieses anderen Staates anzuwenden.«

Es fragt sich, ob angesichts dieser die Bundesrepublik bindenden Festlegung die Anwendung des deutschen Rechts für Arbeiten auf Schiffen unter deutscher Flagge ausgeschlossen bzw. von einer kaum je eintretenden Rechtswahl der Arbeitsvertragsparteien abhängig gemacht werden darf.
Die Verfasser des Entwurfs haben den Konflikt mit Art. 6 des EG-Übereinkommens durchaus gesehen, diesem freilich eine Auslegung gegeben, die sich bei näherer Betrachtung als unhaltbar erweist. So wird zunächst auf das »hohe Maß an Unsicherheit« hingewiesen, das bei der Heranzie-

32 Siehe Fn. 31.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hung des Art. 30 EGBGB (= Art. 6 EG-Übereinkommen) für Arbeitsverträge der Schiffsbesatzungen bestehe,[33] und dann ausgeführt:

> »Dies hängt damit zusammen, daß bei der Abfassung der relativ komplizierten Vorschrift des Art. 30 EGBGB an die besondere Situation der internationalen Seeschiffahrt nicht gedacht wurde. So verrichten die Seeleute auf Hoher See ihre Arbeit nicht ›in‹ einem Staat (Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 und 2 EGBGB). Die im Völkerrecht früher vertretene Fiktion, daß das Schiff ein schwimmender Gebietsteil des Flaggenstaats sei, läßt sich heute im Hinblick auf die rechtlichen Gegebenheiten beim Aufenthalt des Schiffes in fremden Küstengewässern und Häfen oder bei der Gefahrenabwehr auf Hoher See (z. B. Eingriffe beim Umweltschutz), aber auch im Hinblick auf die Rechtsstellung der Schiffe in Zonen von bewaffneten Konflikten nicht als Prinzip aufrechterhalten. Entscheidend kommt es daher bei Art. 30 Abs. 2 EGBGB auf die ›Gesamtheit der Umstände‹ an.«

Die darin liegende zentrale Aussage, Art. 6 Abs. 2 des EG-Übereinkommens (= Art. 30 Abs. 2 EGBGB) finde jedenfalls in seiner ersten Variante auf Schiffe keine Anwendung, da die Arbeit nicht »in einem Staatsgebiet« geleistet werde, trifft nicht zu. Richtig ist, daß das EG-Übereinkommen keine Sonderregelung für den Bereich der Seeschiffahrt enthält; der ihm beigefügte Bericht von Giuliano und Lagarde[34] hebt dies ausdrücklich hervor. Daraus kann jedoch nicht gefolgt werden, daß die Arbeit auf Schiffen wie eine solche im juristischen Niemandsland außerhalb irgendeines Staatsgebiets behandelt werden sollte – Fälle dieser Art machen sich in der Regel am Beispiel der Bohrinseln fest, das in dem Bericht von Giuliano und Lagarde mit Recht auch besondere Erwähnung erfuhr.[35] Auf die Aufnahme einer Sonderregelung für die Arbeit auf Schiffen konnte vielmehr schon deshalb verzichtet werden, weil durch das auch in anderen Ländern übliche Anknüpfen an der Flagge kein Widerspruch zur Grundregel des Art. 6 Abs. 2 Nr. 1 (Recht des Arbeitsorts) zu besorgen war.[35a] Die Nicht-Regelung kann deshalb auch nicht etwa als Ausklammerung aus dem Übereinkommen verstanden werden – eine Auffassung, die bisher nicht vertreten wurde, die sich auch die Verfasser

33 BT-Drucksache 11/2161, S. 6 li.Sp. Ähnlich Herber Hansa 1988, 647.
34 BT-Drucksache 10/503, S. 58.
35 Wie Fn. 34.
35a Nicht recht nachvollziehbar die These von Herber (Hansa 1988, 648), wonach die »Dominanz der Anknüpfung an die Flagge . . . mit dem Übereinkommen in der bisher praktizierten Form ohnehin nicht vereinbar wäre.« Sollten die Seearbeitsrechte aller EG-Mitgliedstaaten völkerrechtswidrig sein?

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

des Gesetzentwurfs nicht zu eigen machen und die dem Zweck des Art. 6 EG-Übereinkommen zuwiderlaufen würde, einen kollisionsrechtlichen Arbeitnehmerschutz zu installieren.[35b]

Ob ein Seeschiff als ein Stück »schwimmendes Territorium« des Flaggenstaats angesehen werden kann, wird in der Tat unterschiedlich beurteilt.[36] Die Skeptiker verweisen insbesondere darauf, es gebe kein völkerrechtliches Verbot, auf Hoher See befindliche Schiffe zu überfliegen oder mit einem Unterseeboot unter ihnen hindurchzufahren; auch würden sie im Hafen eines anderen Landes voll dessen Hoheitsgewalt unterliegen.[37] Dies bedeutet jedoch nur, daß die Hoheitsgewalt des Flaggenstaats nicht denselben umfassenden Charakter wie in Bezug auf ein Land-Territorium besitzt. Daß auf einem Schiff jedoch im Rahmen der beschriebenen Einschränkungen das Recht des Flaggenstaats gilt, ist unbestritten[38] und folgt im übrigen schon aus Art. 5 Abs. 1 Satz 3 des Übereinkommens über die Hohe See,[39] wonach der Flaggenstaat über die seine Flagge führenden Schiffe »seine Hoheitsgewalt und seine Kontrolle in technischen, sozialen und Verwaltungsangelegenheiten tatsächlich ausüben« muß. Die Tätigkeit auf einem Schiff ist daher zumindest *entsprechend* der Arbeit in einem Staat zu behandeln. Für das BSG wie für das BAG war dies so selbstverständlich, daß sie sich ausdrücklich der Theorie vom »schwimmenden Gebietsteil« angeschlossen haben.

> Das BSG hat in einem Urteil vom 17. Juli 1980[40] ausgeführt, Seeschiffe seien grundsätzlich als schwimmendes Staatsgebiet des Flaggenstaates anzusehen; soweit das AFG auf (bisherige) Tätigkeiten in seinem Geltungsbereich abstelle, falle Arbeit auf einem Schiff unter panamesischer Flagge nicht darunter. Ähnlich deutlich hat das BAG im Rahmen des § 116 BetrVG entschieden, Schiffe unter deutscher Flagge würden nach allgemeinem See- und Völkerrecht als deutsches Staatsgebiet gelten,[41] es gelte »das Recht der Flagge als einer Art schwimmenden Gebietsteil des Flaggenlandes«.[42]

35bAnders wohl Herber Hansa 1988, 647.

36 Überblick über den Diskussionsstand bei Schiedermair-Dörr, Der Schutz der deutschen Handelsflotte, Stuttgart 1984, S. 11 ff.

37 So insbesondere Seidl-Hohenveldern, Völkerrecht, 6. Aufl., Köln u.a. 1987, Rn 1260.

38 So auch Seidl-Hohenveldern, a.a.O., Rn 1263, wonach sogar die Konfiskation des auf Hoher See befindlichen Schiffes durch den Flaggenstaat wirksam wäre.

39 Vom 29. April 1958, BGBl 1972, II, 1091 ff.

40 7 RAr 71/79, UA S. 6.

41 BAG AP Nr. 1 zu § 116 BetrVG 1972 Bl. 5 R unter Bezugnahme auf Gamillscheg.

42 BAG a.a.O. Bl. 6. Ebenso in der Literatur etwa von Münch, Völkerrecht, Berlin–New York 1971, S. 403; Wengler, Völkerrecht, Bd. 2, Berlin u.a. 1964, S. 1073 f. unter Anerkennung der spezifischen Einschränkungen; Breuer, Gegenwartsfragen des Verhältnisses Reeder – Staat – Flagge, in: Festschrift Schlochauer, Berlin–New York 1981, S. 216.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Selbst bei ausgeflaggten Schiffen wird davon in aller Regel keine Ausnahme gemacht und auf die Anwendung deutschen Rechts verzichtet.[43] Art. 6 Abs. 2 des EG-Übereinkommens (= Art. 30 Abs. 2 EGBGB) ist somit auch auf die Arbeit auf Schiffen unter deutscher Flagge anwendbar.[44]
Die von den Verfassern des Gesetzentwurfs zugrunde gelegte Situation besteht daher gar nicht; eine Abweichung von dem nach Art. 6 Abs. 2 Nr. 1 eingreifenden Recht des Arbeitsorts ist gem. Art. 6 Abs. 1 des EG-Übereinkommens nur zu Gunsten des Arbeitnehmers möglich.
Ein letzter Versuch, die Vereinbarkeit des Gesetzentwurfes mit Art. 6 des EG-Übereinkommens zu begründen, könnte darin bestehen, auf das Merkmal der »engeren Verbindung« in Art. 6 Abs. 2 des EG-Übereinkommens abzustellen: Ist es nicht möglich, durch gesetzliche Regelung eine solche »engere Beziehung« zu schaffen, die der »Normalanknüpfung« an Arbeitsort bzw. Einstellungsort vorgehen würde? Die Verfasser des Gesetzentwurfes haben die Aufassung vertreten, der Gesetzgeber könne insoweit klarstellende Regelungen erlassen.[45] Würde man dieser These ernsthaft nähertreten, hätte dies zur Folge, daß die Bindung der Unterzeichnerstaaten an Art. 6 Abs. 2 des EG-Übereinkommens auf ein Minimum reduziert wäre. Durch »Ausfüllen« oder »Klarstellen« der »engeren Verbindung« könnte die für den Normalfall getroffene Regelung völlig aus den Angeln gehoben und so der mit dem Übereinkommen gewollte Vereinheitlichungszweck unterlaufen werden. In Wirklichkeit ist die »engere Verbindung« nach Wortlaut und Zweck des Art. 6 Abs. 2 des Übereinkommens ein Tatbestand, der objektiv über die Bindung an den Arbeitsort hinausgeht, der beispielsweise bei von deutschen Firmen ins Ausland entsandten Arbeitskräften eingreift. Nationalität und Wohnort des Arbeitnehmers können keinen solchen Fall begründen, solange der Arbeitsort der deutschen Hoheitsgewalt unterliegt; würde man dies an-

43 Vgl. Gamillscheg ZfA 1983, 318 mit Nachweisen zur US-amerikanischen Rechtsprechung Fn. 28. Die Anwendung deutschen Rechts auf ausgeflaggten Schiffen erwägt LAG Baden-Württemberg AP Nr. 19 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht. Die Frage blieb ausdrücklich dahinstehen in BAG AP Nr. 1 zu § 116 BetrVG 1972, Bl. 5 R.

44 Daran ändert sich auch dann nichts, wenn man mit einer Mindermeinung in der Literatur (Hönsch NZA 1988, 114; Palandt-Heldrich, BGB, 47. Aufl., München 1988, Art. 30 EGBGB Anm. 4a a.E.) davon ausgeht, Art. 6 Abs. 2 Nr. 1 sei unanwendbar, weil die Arbeit in verschiedenen Staaten geleistet werde: In diesem Fall greift die Anknüpfung an den Einstellungsort nach Art. 6 Abs. 2 Nr. 2 ein (zu letzterem siehe Däubler, RIW 1987, 251). Auch dann fehlt also der von den Verfassern des Gesetzentwurfs angenommene Gestaltungsspielraum.

45 BT-Drucksache 11/2161, S. 6 re.Sp.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

nehmen, wäre die Anwendbarkeit der Rechtsordnung des Arbeitsorts entgegen allgemeiner Auffassung bei fast allen Grenzgängern aufgehoben. Die »engere Verbindung« ohne Berücksichtigung des Bezugs zum Inland (d. h. des Rechts der Flagge) zu bestimmen, läuft auf eine einseitige Änderung des Übereinkommens hinaus: Dieses sieht den Vorbehalt am Ende des Art. 6 Abs. 2 nur für den Fall vor, daß trotz Berücksichtigung der Rechtsordnung des Arbeits- bzw. Einstellungsorts eine »engere Verbindung« zu einem anderen Staat besteht.

Das Ergebnis ist somit eindeutig: Die vorgeschlagene Neuregelung läßt sich nicht mit Art. 6 Abs. 2 des EG-Übereinkommens vereinbaren; ihre Verabschiedung würde einen Völkerrechtsverstoß darstellen.[45a] Auch ist nicht ausgeschlossen, daß das EG-Übereinkommen eines Tages die Qualität einer EG-rechtlichen Norm erhält,[46] die nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts[47] dem nationalen Recht vorgeht und so zur Unwirksamkeit des vorgeschlagenen § 21 Abs. 4 des Flaggenrechtsgesetzes führen würde.

2.2. *Verstoß gegen EG-Wettbewerbsrecht?*

2.2.1. *Teilweise Befreiung von deutschem Arbeits- und Sozialrecht – eine unzulässige Beihilfe nach Art. 92 EWG-Vertrag?*

Die Begründung zum Gesetzentwurf enthält keinerlei Erwägungen darüber, ob die mit seiner Realisierung für deutsche Reeder verbundenen finanziellen Erleichterungen mit dem EWG-Vertrag vereinbar sind. Dies ist an dieser Stelle nachzuholen.

Nach Art. 92 Abs. 1 EWG-Vertrag sind »staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art« mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar, wenn sie den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchti-

45a Die Tatsache, daß das Übereinkommen erst nach der Ratifikation durch einen weiteren Staat in Kraft treten wird (Jayme-Kohler IPRax 1988, 137 ff.) ändert daran nichts; zu Recht verweist Herber (Hansa 1988, 647) auf gewisse »Vor-Pflichten« der Bundesrepublik, das Übereinkommen auch jetzt zu beachten.

46 Nach Grabitz (-Schweitzer), Kommentar zum EWG-Vertrag, München, Stand: September 1987, Art. 220 Rn 9, ist das Übereinkommen nicht ausdrücklich auf Art. 220 EWG-Vertrag gestützt, doch ließe sich dies ggf. nachholen.

47 BVerfG EuGRZ 1987, 10 (»Solange II«); BVerfG EuGRZ 1988, 113.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen. Diese Vorschrift ist nach Art. 84 Abs. 2 EWG-Vertrag grundsätzlich auch auf die Seeschiffahrt anwendbar.[48]

Der Begriff »Beihilfe« ist nach herrschender Auffassung weit auszulegen, was sich schon aus der Formulierung »gleich welcher Art« ergibt.[49] Erfaßt sind daher nicht nur unmittelbare staatliche Zahlungen wie z. B. zinsgünstige Darlehen, sondern auch sonstige Unterstützungsmaßnahmen. Dazu zählt u. a. die Verminderung von Belastungen, die ohne die in Frage stehende staatliche Maßnahme bestehen würden.[50] Ob die Absenkung des Lohnniveaus als solche diese Voraussetzung erfüllt, ist – soweit ersichtlich – nicht erörtert.[51] Den gewählten Formulierungen von Rechtsprechung und Literatur entsprechend müßte allerdings eine »Sozialkostenentlastung« erfaßt sein. Letztlich kann diese Frage im vorliegenden Zusammenhang jedoch dahinstehen, da jedenfalls *eine* Folge des Ausweichens auf ausländische Arbeitsrechtsordnungen unter den Beihilfenbegriff fällt: Die niedrigeren Heimatheuern führen zu einer Reduzierung von Sozialabgaben, dies aber stellt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs[52] und nach Auffassung der Literatur[53] eine »Beihilfe« dar. Der »staatliche« Charakter wird nicht zuletzt daran deutlich, daß die (z. T. von der Höhe der Beiträge unabhängigen) Versicherungsleistungen mit Mitteln erbracht werden, die aufgrund der staatlichen Sozialgesetzgebung zwangsweise von allen erfaßten Arbeitgebern und Arbeitnehmern erhoben werden.

Die Kostenentlastung, die die geplante Neuregelung ermöglicht, kann auch zu einer Verfälschung des Wettbewerbs führen: Sie gibt denjenigen Anbietern einen weitreichenden Vorsprung, die zwar weiter vom »good will« der deutschen Flagge profitieren, gleichzeitig jedoch die damit verbundenen Kosten bei weitem unterschreiten können. Ohne Bedeutung ist, ob dieser Fall auch effektiv eintritt oder ob die Kostenentlastung ausschließlich auf die Gewinnsituation durchschlägt und an abgesprochenen

48 EuGH Slg 1974, 359, 371; Grabitz (-v.Wallenberg) Art. 92 Rn 31.

49 Grabitz (-v. Wallenberg) Art. 92 Rn 5; Thiesing, in: von der Groeben-von Boeckh-Thiesing-Ehlermann (im folgenden: G-B-T-E), Kommentar zum EWG-Vertrag, 3. Aufl., Baden-Baden 1983, Art. 92 Rn 2.

50 Thiesing in: G-B-T-E, Art. 92 Rn 2 unter Bezugnahme auf EuGH Slg 1961, 1, 43.

51 Zur andersartigen Regelung in den Artikeln 67 und 68 Montanunion-Vertrag, s. P. Reuter, La Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, Paris 1953, No 226–230 (S. 229 ff.).

52 EuGH Slg 1974, 709, 714 ff.

53 Grabitz (-v. Wallenberg), Art. 92 Rn 15; Thiesing, in: G-B-T-E, Art. 92 Rn 4.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Preisen nichts ändert; es reicht die »drohende« Verfälschung.[54] Auch spielt es nach der Rechtsprechung des EuGH keine Rolle, wenn einzelne andere Mitgliedstaaten zu ähnlichen Maßnahmen greifen.[55]
Die Tatsache, daß die Voraussetzungen des Art. 92 Abs. 1 EWG-Vertrag erfüllt sind, führt nicht automatisch zur Rechtswidrigkeit der in Rede stehenden Maßnahmen. Zu prüfen ist vielmehr, ob Ausnahmetatbestände nach Art. 92 Abs. 2 und Abs. 3 EWG-Vertrag eingreifen können.
Während Art. 92 Abs. 2 Sonderfälle betrifft, die hier nicht einschlägig sind, kommen aus dem Katalog des Art. 92 Abs. 3 die unter Buchst. b, c und d erwähnten Ausnahmen in Betracht. Buchstabe b läßt Beihilfen »zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats« zu; damit sind Fälle gemeint, in denen es um die Bewältigung einer branchenübergreifenden Krise geht.[56] Unmittelbar einschlägig ist jedoch der Tatbestand des Art. 92 Abs. 3 Buchst. c EWG-Vertrag, wonach die »Förderung gewisser Wirtschaftszweige« unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt ist. Dem Wettbewerbsprinzip entsprechend, das der gemeinschaftsrechtlichen Organisation der Märkte für Waren und Dienstleistungen zugrunde liegt, sind damit aber nicht beliebige Leistungen zu Gunsten notleidender Wirtschaftszweige gemeint; würde man dies annehmen, wäre die Grundregel des Art. 92 Abs. 1 EWG-Vertrag weitgehend ausgehöhlt. Erfaßt sind vielmehr nur solche Beihilfen, die Strukturprobleme einer Branche bewältigen sollen; die Erhaltung des Status quo reicht nicht aus.[57] Für den konkreten Fall bedeutet dies, daß das Gemeinschaftsrecht einer umfassenden staatlichen Neuordnung des Schiffsverkehrs nicht im Wege steht, daß es aber Einzelmaßnahmen verbietet, die die Grundprobleme bestehen lassen. In diese letztere Kategorie fällt jedoch die geplante Kostensenkung durch Rückgriff auf Heimatlandheuern; sie kann die grundsätzlichen Probleme nicht bewältigen, die sich aus der Existenz von Billigflaggenschiffen (und aus anderen Umständen) ergeben, da auch die »Lohnsenkung« wegen der verbleibenden Reste des deutschen Arbeitsrechts (Arbeitsschutzrecht, Sozialversicherung usw.) zu keiner effektiven Angleichung an die Kostenstruktur ausgeflaggter Schiffe führt.[57a]

54 Vgl. Grabitz (-v. Wallenberg), Art. 92 Rn 20 ff.
55 EuGH Slg 1977, 595, 613.
56 Grabitz (-v. Wallenberg), Art. 92 Rn 49.
57 Grabitz (-v. Wallenberg), Art. 92 Rn 51.
57a Darauf verweist mit Recht Hauschka RIW 1988, 612.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die mit dem Gesetzentwurf gewollte »halbe Ausflaggung« erweitert den Kreis der den Reedern zur Verfügung stehenden Möglichkeiten, ohne die sonstigen Rahmenbedingungen irgendwie anzutasten. Von einer grundsätzlichen Bewältigung der anstehenden Probleme kann daher nicht die Rede sein, so daß ein Rückgriff auf Art. 92 Abs. 3 Buchst. c im konkreten Fall ausscheidet. Möglich wäre schließlich auch eine Subventionierung im Rahmen des Art. 92 Abs. 3 Buchst. d, doch ist hierfür ein Vorschlag der Kommission und eine mit qualifizierter Mehrheit zu treffende Entscheidung des Rats Voraussetzung.[58]
Für die vorliegende Untersuchung ergibt sich, daß die geplante Sozialkostenreduzierung einen effektiven Verstoß gegen Art. 92 Abs. 1 EWG-Vertrag darstellt.

2.2.2. *Beschäftigung von Billig-Arbeitskräften als eine Form des Dumpings?*

Die geplante drastische Reduzierung von Lohnkosten und die damit verbundene Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit deutscher Reeder läßt sich von ihrer wirtschaftlichen Funktion her als »Lohndumping« bezeichnen. Dies wirft die Frage auf, ob damit nicht ein »wettbewerbsfremder Vorteil« geschaffen wird, der den Dumping-Vorschriften des Europäischen Gemeinschaftsrechts unterfällt.
Das Anti-Dumping-Recht der Gemeinschaft ist grundsätzlich nur gegen Aktivitäten von Unternehmen aus Drittstaaten gerichtet. Die Vorschrift des Art. 91 EWG-Vertrag, die Dumping-Praktiken innerhalb der Gemeinschaft zum Gegenstand hat, ist nach allgemeiner Auffassung mit dem Ende der Übergangszeit außer Kraft getreten.[59] Dem liegt die Erwägung zugrunde, daß in einem einheitlichen Markt bei künstlicher Verbilligung von Produkten in bestimmten Gebieten alsbald eine Rückwirkung auf den ursprünglichen Absatzmarkt eintreten würde (sog. Bumerangeffekt). Wie die vorgesehenen Maßnahmen zur Herstellung des Binnenmarkts deutlich machen, ist die von Art. 91 EWG-Vertrag vorausgesetzte Einheitlichkeit mit dem Ablauf der Übergangsfrist (1970) nicht erreicht worden; von daher erschiene es vertretbar, Art. 91 über seinen Wortlaut hinaus bis zur Realisierung des Binnenmarkts weiter anzuwenden. Auch

58 Zu den auf dieser Grundlage beruhenden Schiffsbauhilfen s. die Nachweise bei Grabitz (-v. Wallenberg), Art. 92 Rn 76.
59 Landsittel-Sack RIW 1987, 453; Thiesing, in: G-B-T-E, Art. 91 Rn 1 u.a.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

wenn man diesen Schritt tun würde, läge im vorliegenden Fall jedoch kein Dumping im Sinne dieser Vorschrift vor.
Das gegen Drittstaaten gerichtete geltende Anti-Dumping-Recht der Gemeinschaft hat seine Begriffsbildung aus Art. VI GATT übernommen.[60] Danach ist lediglich das Verbringen einer Ware auf den Markt eines anderen Landes unter ihrem »normalen Wert« erfaßt, der sich insbesondere aus dem Verkaufspreis im Land des Exporteurs, hilfsweise aus den Preisen für Exporte in andere Länder sowie aus der Kostenstruktur ergibt.[61] Die Herstellung unter Ausnutzung geringerer Lohnkosten wird von diesem Tatbestand nicht erfaßt; das sog. Sozialdumping wird gemeinhin als schlichter wettbewerbskonformer Anwendungsfall von Kostenvorteilen qualifiziert;[62] lediglich in Extremfällen des Niedrigpreisimports sind Gegenmaßnahmen nach Art. XIX GATT zulässig.
Legt man dies zugrunde, so scheitert die geplante Neuregelung jedenfalls nicht an den Anti-Dumping-Regeln des EWG-Vertrags – ganz abgesehen davon, daß das geltende Recht Dumpingexporte nicht verbietet sondern an sie lediglich die Rechtsfolge knüpft, daß Abgaben bis zur Höhe der »Dumpingspanne« erhoben werden können.

2.2.3. *Wettbewerb auf der Grundlage von Billig-Löhnen – Verstoß gegen die sozialpolitischen Normen des EWG-Vertrags?*

Die Ausklammerung der »Lohnbedingungen« aus dem Dumpingbegriff hat ihre Ursache letztlich darin, daß das internationale Wirtschaftsrecht im Grundsatz nur das Verhalten der Unternehmen auf den Märkten für Güter und Dienstleistungen regeln will. Auch die meisten Bestimmungen des EWG-Vertrags sind auf diesen Bereich bezogen; die Freiheiten der Niederlassung, der Dienstleistungen und das Kapitalverkehrs sind ausschließlich dort angesiedelt. Dasselbe gilt für die Wettbewerbsvorschriften der Art. 85 ff. EWG-Vertrag; würde man sie auf den Arbeitsmarkt

60 Beseler, Die Abwehr von Dumping und Subventionen durch die Europäische Gemeinschaft, Baden-Baden 1980, S. 41.
61 Maßgebend ist die VO (EWG) Nr. 2176/84 des Rats vom 23. Juli 1984 (ABl L 201/1). Für die Seeschiffahrt besteht eine Sonderregelung in der VO (EWG) Nr. 4057/86 des Rates vom 22. Dezember 1986, ABl L 378/14. Zu ihr Werner RIW 1987, 715. Zur Einleitung eines Anti-Dumping-Verfahrems gegen ein südkoreanisches Unternehmen s. Hauschka RIW 1988, 609.
62 Beseler, a.a.O., S. 61; Kramer RIW 1975, 122; Landsittel, Dumping im Außenhandels- und Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 1987, S. 34.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

beziehen, wären Gewerkschaften als »Angebotskartelle« von vornherein gemeinschaftswidrig – ein absurdes und offensichtlich nicht gewolltes Ergebnis.
Die spezifische Ausrichtung auch des EWG-Vertrags an den Märkten für Güter und Dienstleistungen hat jedoch nicht zur Folge, daß die Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt nur Rahmenbedingungen – etwa vergleichbar der geographischen Lage oder dem Klima eines Landes – darstellen würden. Die Europäische Gemeinschaft ist vielmehr *auch* Sozialgemeinschaft; der EWG-Vertrag enthält eine Reihe von Vorschriften zum Arbeitsmarkt. Neben der Freizügigkeit der Arbeitnehmer nach Art. 48 ff. gehören dazu insbesondere die sozialpolitischen Normen der Art. 117 ff. EWG-Vertrag. Von ihrem Inhalt hängt es ab, ob die geplanten Kostensenkungsmaßnahmen mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind.
Nach seiner Präambel ist der EWG-Vertrag von den beteiligten Regierungen in dem Vorsatz geschaffen worden, »die stetige Besserung der Lebens- und Beschäftigungsbedingungen ihrer Völker als wesentliches Ziel anzustreben«.[64] Diesen Gedanken greift Art. 117 Abs. 1 EWG-Vertrag auf, indem er bestimmt:

> »Die Mitgliedstaaten sind sich über die Notwendigkeit einig, auf eine Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitskräfte hinzuwirken und dadurch auf dem Wege des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen.«

Absatz 2 derselben Vorschrift beantwortet die Frage, wie die »Angleichung im Wege des Fortschritts« bewerkstelligt werden soll. Die Schöpfer des Vertrages sehen insoweit drei Möglichkeiten, die gleichberechtigt nebeneinander stehen: Eine solche Entwicklung kann sich »sowohl aus dem eine Abstimmung der Sozialordnungen begünstigenden Wirken des Gemeinsamen Marktes als auch aus den in diesem Vertrag vorgesehenen Verfahren sowie aus der Angleichung ihrer Rechts- und Verwaltungsvorschriften ergeben«.
Besonderes Vertrauen wurde ersichtlich in die Eigendynamik der Wettbewerbsordnung auf den Märkten für Güter und Dienstleistungen (»Wirken des Gemeinsamen Marktes«) gesetzt, was nicht zuletzt daran deutlich wird, daß – abgesehen von den Regeln der Art. 123 ff. über den Euro-

63 Gute Zusammenfassung bei Schnorr, Arbeits- und sozialrechtliche Fragen der europäischen Integration, Berlin–New York 1974.
64 Dritte Begründungserwägung.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

päischen Sozialfonds – keine speziellen sozialpolitischen Verfahren oder Mittel der Rechtsangleichung vorgesehen sind. Art. 118 EWG-Vertrag verpflichtet die Kommission lediglich, eine enge Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten in sozialen Fragen zu fördern, zu denen u. a. Arbeitsrecht und Arbeitsbedingungen gezählt werden.

Aus diesen allgemeinen Bestimmungen ergibt sich ein bestimmtes Bild von Sozialordnung, das es ausschließt, den Wettbewerb durch Lohnkostensenkung zu fördern und damit soziales Dumping zu betreiben. Den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts ist vielmehr nur dann Rechnung getragen, wenn die Gemeinschaftsorgane wie die Mitgliedstaaten dafür sorgen, daß auf dem Arbeitsmarkt keine sich möglicherweise immer weiter ausdehnende Unterbietungskonkurrenz besteht.[65] Für eine solche Annahme spricht auch die Vorschrift des Art. 68 Abs. 2 Montanunion-Vertrag,[66] wo es heißt:

> »Stellt die Hohe Behörde (heute: Kommission – W.D.) fest, daß ein oder mehrere Unternehmen ungewöhnlich niedrige Preise anwenden, und daß sich diese Preise aus Löhnen ergeben, die von diesen Unternehmen auf ein im Vergleich zu den Löhnen desselben Gebietes ungewöhnlich niedriges Niveau festgesetzt worden sind, so richtet sie an diese nach Stellungnahme des Beratenden Ausschusses die erforderlichen Empfehlungen. Sind die ungewöhnlich niedrigen Löhne eine Folge von Regierungsentscheidungen, so setzt sich die Hohe Behörde mit der beteiligten Regierung ins Benehmen, an die sie nach Stellungnahme des Beratenden Ausschusses eine Empfehlung richten kann, wenn es zu keiner Einigung kommt.«

Da Empfehlungen nach Art. 14 Abs. 3 Montanunion-Vertrag hinsichtlich der von ihnen bestimmten Ziele für den Adressaten verbindlich sind, ist damit sogar eine ausdrückliche Gemeinschaftskompetenz geschaffen, um gegen unangemessen niedrige Löhne vorgehen zu können. Daß der EWG-Vertrag vergleichbare Praktiken hätte zulassen wollen, ist angesichts der zur Sozialordnung in Art. 117 gemachten Aussagen nicht anzunehmen; ein Rückschritt hinter den Montanunion-Vertrag war offensichtlich nicht gewollt.

Der EWG-Vertrag enthält darüber hinaus zwei Vorschriften, die für die Teilgebiete der Lohngleichheit von Mann und Frau (Art. 119) und des

65 Die entsprechende Pflicht der Mitgliedstaaten folgt aus Art. 5 EWG-Vertrag.

66 Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl vom 18. April 1951, BGBl 1952, II, 447.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Urlaubsrechts (Art. 120) einen »Sozialkostenwettbewerb« bewußt ausschließen wollen. Die Lohngleichheit von Mann und Frau und die Gleichwertigkeit der Urlaubsregelungen sind insbesondere auf Betreiben Frankreichs in den Vertrag aufgenommen worden, da man befürchtete, die französische Wirtschaft könne sonst Wettbewerbsnachteile erleiden. Man wollte verhindern, daß andere Länder, die auf billige weibliche Arbeitskräfte zurückgreifen oder die nur einen bescheidenen Erholungsurlaub gewähren, dadurch Wettbewerbsvorteile erlangen.[67] Angesichts der grundsätzlichen Aussage des Art. 117 EWG-Vertrag stellt dies eine Bestätigung des allgemeinen Grundsatzes dar: In zwei (damals) besonders brisanten Bereichen sollte ein »Arbeitskostendumping« ausdrücklich ausgeschlossen sein, ohne daß man deshalb etwa ein vergleichbares Vorgehen auf anderen Sektoren zulassen wollte. Mittelbar wird diese Aussage auch durch die Gleichbehandlung der aus den jeweils anderen Mitgliedstaaten kommenden Arbeitskräfte bestätigt, die ja gleichfalls zur Folge hat, daß Arbeitgeber nicht auf »Billig-Arbeitskräfte« ausweichen können.
Als Ergebnis bleibt daher festzuhalten, daß die mit dem Gesetzentwurf beabsichtigte Möglichkeit, Seeleute zu Heimatheuern zu beschäftigen, gegen Art. 117 EWG-Vertrag verstößt. Dies kann in den vom Vertrag vorgesehenen Verfahren vom EuGH festgestellt werden; die größte praktische Bedeutung dürfte das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 177 EWG-Vertrag besitzen. Daneben ist denkbar, daß unterinstanzliche Gerichte wegen des Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht von sich aus das geplante Gesetz außer Anwendung lassen. Eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG scheidet insoweit aus, da dort nur eine Überprüfung am Maßstab des Grundgesetzes erfolgen kann.

2.3. *Zusammenfassung*

Die geplante Regelung verstößt in verschiedener Hinsicht gegen Völkerrecht. Sie steht im Widerspruch zu Art. 6 Abs. 2 des EG-Übereinkommens über das auf Schuldverträge anwendbare Recht. Weiter stellt sie eine unerlaubte Beihilfe im Sinne des Art. 92 Abs. 1 EWG-Vertrag dar. Schließlich mißachtet sie Art. 117 Abs. 1 EWG-Vertrag, da sie ein sog. Lohndumping ermöglicht.

67 Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972, S. 936; Forman, in: G-B-T-E, Art. 119 Rn 4; Grabitz (-Jansen), Art. 119 Rn 3, Art. 120 Rn 1.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

3. Vereinbarkeit des Gesetzentwurfs mit Vorschriften des Grundgesetzes

3.1. *Widerspruch zu Art. 27 GG?*

3.1.1. *Zum Inhalt der Norm*

Die in der juristischen Literatur wenig beachtete Vorschrift des Art. 27 GG[68] bestimmt:

»Alle deutschen Kauffahrteischiffe bilden eine einheitliche Handelsflotte.«

Art. 81 der Weimarer Reichsverfassung hatte wörtlich dasselbe ausgesagt, Art. 54 Abs. 1 der Reichsverfassung von 1871 mit leicht abweichender Formulierung eine im wesentlichen identische Regelung getroffen.[69] Die Bestimmung des Art. 27 GG wurde auf Antrag des Abgeordneten Eberhard vom Hauptausschuß des Parlamentarischen Rats einstimmig in den Verfassungstext aufgenommen; im Rahmen der weiteren Arbeiten wurde lediglich betont, sie sei notwendig, »um den deutschen Kauffahrteischiffen die Rechte zu sichern, die nach den allgemeinen Regeln des Völkerrechts oder nach bestehenden Völkerrechtsverträgen eine nationale Handelsflotte besitzt.«[70]
Der genaue normative Gehalt dieser Vorschrift ist nicht im einzelnen geklärt. Die größte Aufmerksamkeit hat der altertümliche Begriff des Kauffahrteischiffes erfahren, das seiner ursprünglichen Wortbedeutung nach nur jene Schiffe meint, mit denen der Kaufmann eigene Waren nach Übersee transportiert.[71] Gemeint ist heute allerdings nicht mehr ein solcher Fall – der nur noch bei Tankern von Mineralölgesellschaften prak-

68 In den Lehrbüchern zum Verfassungsrecht von Hesse und Stein findet sie beispielsweise keine Erwähnung.
69 Art. 54 Abs. 1 der Reichsverfassung von 1871 lautete: »Die Kauffahrteischiffe aller Bundesstaaten bilden eine einheitliche Handelsmarine«.
70 Wiedergegeben bei Schiedermair-Dörr, a.a.O. (oben Fn. 36), S. 29.
71 Zur Geschichte des Begriffs siehe v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt/Main 1957, Art. 27 Anm. III 1 a; Hoog, in: v. Münch (Hrsg.), GG-Kommentar, 2. Aufl., München 1983, Art. 27 Rn 4.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tisch wird – sondern jedes Schiff, das keinen hoheitlichen Zwecken,[72] sondern dem »Erwerb durch Seeschiffahrt« dient.[73] Im einzelnen bestehen Meinungsverschiedenheiten darüber, ob damit nur der Warentransport erfaßt ist oder ob auch weitere Erwerbsarten wie die Fischerei oder die Passagierbeförderung einbezogen sind:[74] Im vorliegenden Zusammenhang bedarf dies jedoch keiner Vertiefung, da es nicht um die Einzelabgrenzung sondern um den Status der Seeschiffahrt als solcher geht.
Einigkeit besteht demgegenüber in der Feststellung, daß Art. 27 GG durch die Entscheidung für eine »einheitliche Handelsflotte« Flotten der einzelnen Länder ausschließt.[75] Dies erklärt sich nicht zuletzt daraus, daß es zumindest zweifelhaft ist, ob die Länder als Staaten im völkerrechtlichen Sinne betrachtet würden; Länderschiffe wären daher in der Gefahr, jene Rechte nicht in Anspruch nehmen zu können, die das Völkergewohnheitsrecht und das 1958 unterzeichnete Übereinkommen über die Hohe See[76] für die unter der Flagge eines Staates fahrenden Schiffe vorsehen.
Die Vorschrift des Art. 27 GG trifft schließlich auch keine Aussage darüber, ob die Handelsflotte aus privaten oder aus staatlichen Schiffen besteht. Wie nicht zuletzt aus der historischen Entwicklung deutlich wird, enthält das Grundgesetz keine Entscheidung zu Gunsten einer vom Staat verwalteten Verkehrsanstalt (im Unterschied etwa zu Bundesbahn und Bundespost nach Art. 87 Abs. 1 GG), schließt die Einführung einer solchen durch den Gesetzgeber aber auch nicht aus, soweit dabei insbesondere die Artikel 14 und 15 GG gewahrt bleiben.[77]
Relativ ungeklärt ist die Frage, welche Schiffe als »deutsch« im Sinne des Art. 27 GG zu qualifizieren sind. Nach der Auffassung von Maunz sind damit von Verfassungs wegen alle Schiffe deutscher Eigentümer ein-

72 Die Bundesmarine fällt daher von vornherein nicht unter Art. 27 GG. Siehe Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Loseblatt, München, Art. 27 Rn 9.

73 Ebenso Abraham, Das Seerecht, 4. Aufl. , Berlin–New York 1974, S. 43; Hoog, in: v. Münch (Hrsg.), Art. 27 Rn 4; Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 27 Rn 19.

74 Siehe neben den in Fn 73 Genannten Schiedermair-Dörr, S. 32.

75 Bothe, Alternativ-Kommentar zum Grundgesetz (AK-GG), Neuwied und Darmstadt 1984, Art. 27 Rn 2; Hoog, in: v. Münch (Hrsg.), Art. 27 Rn 1, 2; v. Mangoldt-Klein, Art. 27 Anm. III 3; Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 27 Rn 5, 10; Schiedermair-Dörr, S. 30; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Grundgesetz, 8. Aufl., Neuwied und Darmstadt 1980, Art. 27 Rn 1.

76 BGBl 1972, II, 1091.

77 Zur Neutralität gegenüber der Eigentumsform ebenso Dennewitz, in: Bonner Kommentar, Erstbearbeitung, Art. 27 Anm. II; Hoog, in: v. Münch (Hrsg.), Art. 27 Rn 11.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

schließlich juristischer Personen mit Sitz in der Bundesrepublik gemeint,[78] während die Gegenposition darauf abstellt, ob ein Schiff zum Führen der deutschen Flagge berechtigt ist[79] und damit letztlich den Gesetzgeber darüber entscheiden läßt, wie der gegenständliche Anwendungsbereich des Art. 27 GG beschaffen ist. Die erste Auffassung legt es zumindest nahe, aus der Verfassung ein Verbot des Ausflaggens abzuleiten,[80] während die zweite Meinung auch dies dem Gesetzgeber überläßt.[81] Anders als die Weimarer Verfassung geht das Grundgesetz nicht davon aus, daß seine Bestimmungen nur »nach Maßgabe des Gesetzes« gelten, daß sie der jeweiligen Aktualisierung bedürfen. Dies wird nicht zuletzt in der durch Art. 1 Abs. 3 GG angeordneten unmittelbaren Wirkung der Grundrechte sowie daran deutlich, daß selbst sehr stark programmatisch formulierte Bestimmungen wie Art. 6 Abs. 5 GG und Art. 33 Abs. 5 GG mit einem unmittelbaren Geltungsanspruch versehen werden.[82] Daß Art. 27 GG hier eine Ausnahme darstellen sollte, ist nicht ersichtlich. Dies spricht entscheidend für die Meinung von Maunz. Auf der anderen Seite besteht die Gefahr, daß die Verfassung in der Weise überdehnt wird, daß eine Art stillschweigendes Verbot der Veräußerung an Ausländer in sie hineingelesen wird: Da die Ausflaggung unterschiedliche rechtliche Erscheinungsformen besitzt[83] und auch über die Einschaltung von Strohmännern erfolgen kann, wäre sie effektiv nur durch einen »Staatsangehörigkeitsvorbehalt« zu verhindern.[84] Dies als Inhalt des Art. 27 GG zu postulieren, erscheint angesichts einer jahrzehntealten gegenteiligen Praxis wenig plausibel.[85] Eine definitive Entscheidung hierüber ist jedoch nicht erforderlich, da Art. 27 GG jedenfalls die »Einrichtung« einer deutschen Handelsflotte schützt: Nach dem Willen des Verfassungsgebers soll

78 Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 27 Rn 22.
79 Nachweise bei Schiedermair-Dörr, S. 33, die selbst ebenfalls diesen Standpunkt vertreten.
80 Für ein verfassungsrechtliches Ausflaggungsverbot in der Tat Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 27 Rn 25.
81 Gegen ein verfassungsrechtliches Ausflaggungsverbot Bothe, AK-GG, Art. 27 Rn 3; Hoog, in: v. Münch (Hrsg.), Art. 27 Rn 6; Schiedermair-Dörr, S. 33.
82 Überblick bei Däubler, Der Streik im öffentlichen Dienst, 2. Aufl., Tübingen 1971, S. 107 ff.
83 Dazu Breuer, Festschrift Schlochauer, S. 218 ff.; Leffler, S. 13.
84 Vergleichbar einer auf der Grundlage des Art. 88 EGBGB geschaffenen landesrechtlichen Genehmigungspflicht für den Grundstückserwerb durch ausländische Staatsangehörige.
85 Ähnlich Bothe, AK-GG, Art. 27 Rn 3.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sie nicht nur existieren sondern auch ihre Funktion erfüllen.[86] Dies bedeutet, daß nicht jede Veräußerung ins Ausland am Grundgesetz scheitert, daß auch nicht jede Vergrößerung oder Verkleinerung der Flotte insgesamt sogleich zum verfassungsrechtlichen Problem wird, daß jedoch ein Grundbestand an Schiffen mit deutscher Flagge vorhanden sein muß, um die Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik zu sichern und sie vor der Abhängigkeit von »Transportnationen« zu bewahren.
Wie ist die Funktion der deutschen Handelsflotte im einzelnen beschaffen? Welche Zwecke muß sie erfüllen, damit ein (noch) verfassungskonformer Zustand besteht? Der Deutsche Bundestag hat im Dezember 1982 in einer einmütig angenommenen Entschließung diese Fragen wie folgt beantwortet:[87]

> »Für die Gesamtwirtschaft und insbesondere für die Küstenregion hat die deutsche Seeschiffahrt eine Schlüsselposition
> – für den leistungsfähigen, rationellen und damit preiswürdigen Transport der Außenhandelsströme,
> – für die Versorgung in Krisenzeiten,
> – für den positiven Beitrag zur Leistungsbilanz,
> – für die Beschäftigung deutscher Seeleute und
> – durch die qualitätskontrollierende Rolle beim Umweltschutz (z.B. Tankersicherheit).«

Das entspricht weithin einer im März 1988 abgegebenen Stellungnahme der Bundesregierung.[88] Auch der hier zu beurteilende Gesetzentwurf bekennt sich ausdrücklich zur »Erhaltung einer leistungsfähigen Handelsflotte unter der Bundesflagge«, um auf diese Weise die Versorgung der Bundesrepublik mit lebenswichtigen Gütern insbesondere in Krisenfällen zu sichern und die Exportinteressen der deutschen Wirtschaft zu wahren.[89] In der juristischen Literatur ist man sich gleichfalls darüber einig, daß die Flotte primär die Funktion hat, den deutschen Außenhandel zu

86 Schiedermair-Dörr, S. 36 ff.; ähnlich v. Mangoldt-Klein, Art. 27 Anm. II 2 c. Der geringen juristischen Durchdringung des Art. 27 GG entspricht es, daß sich weitere Aussagen dazu in der Standardliteratur nicht finden lassen.
87 BT-Drucksache 9/2273, S. 2.
88 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abg. Daubertshäuser, Ewen u.a., BT-Drucksache 11/2048, S. 2: »Die Bundesregierung hat immer betont, daß die Bundesrepublik Deutschland als rohstoffabhängiges und exportorientiertes Land eine qualitativ hochwertige und leistungsfähige Handelsflotte benötigt, die auf privatwirtschaftlicher Basis betrieben wird.«
89 BT-Drucksache 11/2161 S. 4 re.Sp.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

sichern und die Versorgung der Bevölkerung in Krisen- und Spannungszeiten sicherzustellen.[90]
Mißt man den vorgelegten Gesetzentwurf an diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben, so stellen sich zwei Fragen:
Ist es mit der »Einheitlichkeit« der deutschen Handelsflotte vereinbar, daß zwei Schiffsregister existieren und die Rechtsverhältnisse der Besatzungsmitglieder je nach Registereintragung unterschiedlich ausgestaltet sind?
Vermindert der Gesetzentwurf die Funktionsfähigkeit der deutschen Flotte noch weiter oder ist er ein geeignetes Mittel, der Ausflaggung entgegenzuwirken?
Beide Probleme sind unabhängig voneinander zu behandeln.

3.1.2. *Das Erfordernis der Einheitlichkeit*

Das Bekenntnis des Grundgesetzes zur »Einheitlichkeit« der deutschen Handelsflotte hat nicht nur die Bedeutung, Flotten einzelner Länder auszuschließen.[91] In der Literatur wird vielmehr auch darauf hingewiesen, daß damit eine absolute Gleichbehandlung aller deutschen Schiffe durch die Staatsorgane verbunden sei: Deutsche Hoheitsgewässer und Hafenanlagen müßten allen Schiffen in gleicher Weise zur Verfügung stehen, Art. 27 sei insoweit Spezialnorm zu Art. 3 Abs. 1 GG.[92] Daß es nicht allein um die Entscheidung für eine »Bundesflotte« (im Gegensatz zu verschiedenen Länderflotten) geht, wird nicht zuletzt auch am Wortlaut deutlich: Da schon der Begriff »Flotte« die Gesamtheit der in Frage stehenden Schiffe bezeichnet, läuft die Hinzufügung des Prädikats »einheitlich« auf eine besondere Hervorhebung des Charakters und der inneren Struktur der Flotte hinaus.
Ob und in welchem Umfang von diesem Ausgangspunkt her Rechtsunterschiede auf deutschen Schiffen zulässig sind, ist – soweit ersichtlich – bislang nicht erörtert. Dagegen spricht zunächst, daß traditionellerweise das Seearbeitsrecht – ebenso wie alle anderen Rechtsverhältnisse auf dem Schiff – durch Bundesrecht geregelt wurden, es aber wenig konsequent wäre, statt des ausgeschlossenen Landesrechts nunmehr zahllose fremde Rechtsordnungen für hinnehmbar zu erklären. Wichtiger ist freilich die

90 Schiedermair-Dörr, S. 41 ff. m.w.N.
91 Dazu oben Fn 75.
92 Hoog, in: v. Münch (Hrsg.), Art. 27 Rn 10, 11.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Erwägung, daß der Begriff »Einheitlichkeit« in Bezug auf die Funktion zu bestimmen ist, die der Handelsflotte von Verfassungs wegen zukommt. Danach hat sie eine öffentliche Aufgabe von ganz wesentlicher Bedeutung zu erfüllen, die im Krisen- oder Spannungsfall existentielle Bedeutung gewinnt. Besonders relevant ist dabei das Angewiesensein der deutschen Wirtschaft auf den Export sowie die Abhängigkeit der deutschen Bevölkerung insbesondere von der aus dem Ausland kommenden Energieversorgung. Da die Handelsflotte gleichzeitig in verfassungsrechtlich zulässiger Weise auf privatwirtschaftlicher Grundlage betrieben wird, muß zumindest sichergestellt sein, daß der Staat bei Bedarf die nötige Kontrolle ausübt, um die Funktionserfüllung sicherzustellen. Unter diesem Aspekt gesehen, bedeutet »Einheitlichkeit« dasselbe wie »Homogenität«: Auf allen Schiffen muß in gleicher Weise notfalls das unmittelbare öffentliche Interesse zur Geltung gebracht werden können. Dies bedeutet gleichmäßige Unterstellung aller in diesem Zusammenhang relevanten Rechtsverhältnisse unter deutsches Recht.[93] Dem entspricht im übrigen die auch in anderen Ländern übliche Anknüpfung am Recht der Flagge. Wollte man auf den Schiffen »Enklaven« mit ausländischem Recht zulassen, wäre diese Aufgabe nicht mehr zu erfüllen; schon die Feststellung ausländischer Arbeitsrechtsnormen ist in nicht wenigen Fällen mit großen Schwierigkeiten verbunden. Hinzu kommt, daß der Gesetzentwurf jederzeit auch eine »Auswechslung« der gesamten Besatzung zuläßt mit der Folge, daß vom Matrosen bis zum Kapitän ausschließlich Arbeitnehmer unter ausländischem Arbeitsstatut beschäftigt werden. Wer garantiert eigentlich, daß derartige Schiffe auch im Krisen- oder Spannungsfall noch voll ihre Funktion entsprechend Art. 27 GG erfüllen, wenn die Besatzungsmitglieder beispielsweise vorwiegend aus einem Land kommen, das zu den Gegenspielern der Bundesrepublik zählt?
Bestätigt wird diese Sicht der Dinge durch Art. 5 Abs. 1 Satz 3 des Übereinkommens über die Hohe See.[94] Dort ist davon die Rede, der einzelne Staat müsse über die seine Flagge führenden Schiffe »seine Hoheitsgewalt und seine Kontrolle in technischen, sozialen und Verwaltungsangelegenheiten tatsächlich ausüben«. Würde die Bundesrepublik darauf ver-

93 Daneben existieren selbstredend auch andere, im Rahmen des Art. 27 GG irrelevante Rechtsverhältnisse. So hat ersichtlich niemand etwas dagegen einzuwenden, wenn die Ehe eines ausländischen Seemanns ausländischem Recht unterliegt oder wenn er nach seinem Heimatrecht beerbt wird (vgl. Art. 14 Abs. 1, 25 Abs. 1 EGBGB).
94 BGBl 1972, II, 1092.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

zichten, die »sozialen Angelegenheiten« auf dem Schiff, d. h. insbesondere die Beschäftigungsverhältnisse der dort tätigen Personen selbst zu regeln, könnte nicht mehr von »tatsächlicher Kontrolle« die Rede sein. Dies hätte aber zur Folge, daß dann – ähnlich wie dies bei den sog. Billigen Flaggen geschieht[95] – der normale völkerrechtliche Schutz in Zweifel gezogen werden könnte, den die deutsche Flagge gewährt: Es wäre genau jener Zustand erreicht, den schon der Parlamentarische Rat durch Aufnahme des Art. 27 GG in den Verfassungstext vermeiden wollte.[96]
Das Ergebnis ist eindeutig: Der Gesetzentwurf verstößt gegen den in Art. 27 GG festgelegten Grundsatz der Einheitlichkeit der deutschen Handelsflotte.

3.1.3. *Das Zweite Schiffsregister – ein Beitrag zur Funktionsfähigkeit der deutschen Handelsflotte?*

Die zweite – unabhängig vom Problem der Einheitlichkeit nach Art. 27 GG zu beurteilende – Frage besteht darin, ob die Einrichtung eines zweiten Schiffsregisters mit den oben skizzierten Folgen[97] den Trend zur Verkleinerung, ja »Auszehrung« der deutschen Flotte aufhalten kann oder ihn im Gegenteil noch weiter unterstützen wird. Sollte letzteres der Fall sein, läge ein weiterer Verstoß gegen Art. 27 GG vor, ist es dem Gesetzgeber doch untersagt, die Funktionsfähigkeit der deutschen Flotte von sich aus zu beeinträchtigen.
Ausgangspunkt muß zunächst die tatsächliche Situation der deutschen Seeschiffahrt sein. Schon im Jahre 1981 wies der schiffahrtspolitische Arbeitskreis des Seeverkehrsbeirats beim Bundesminister für Verkehr darauf hin, daß bei einer Fortsetzung des Trends zur Ausflaggung die Versorgung der Bundesrepublik in Krisenzeiten gefährdet sei.[98] Damals war erst gut ein Drittel der deutschen Tonnage ausgeflaggt;[99] inzwischen ist

95 Zum völkerrechtlichen Diskussionsstand s. die Nachweise bei Schiedermair-Dörr, S. 21 ff.
96 Dazu oben bei Fn. 70. Ergänzend könnte man noch darauf verweisen, daß bei der Beschäftigung ausländischer Seeleute konkurrierende staatliche Schutzpflichten entstehen, die nach der IGH-Entscheidung im Barcelona-Traction-Fall grundsätzlich unerwünscht sind. Dazu v. Münch, Internationales Seerecht, Heidelberg 1985, S. 85. Grundsätzlich anders Herber Hansa 1988, 646.
97 Oben 1.
98 Bericht des Schiffahrtspolitischen Arbeitskreises des Seeverkehrsbeirats vom 9. März 1981, Schriftenreihe des Bundesministers für Verkehr, Heft 61, Bonn 1981, S. 10.
99 BT-Drucksache 9/2273, S. 2 spricht von 34,4 %.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die 50 %-Marke überschritten.[100] Dies wirft die berechtigte Frage auf, ob der Gesetzgeber nicht verpflichtet ist, in der Weise aktiv zu werden, daß er weitere Ausflaggungen verbietet und deutsche Reeder verpflichtet, zur deutschen Flagge zurückzukehren.[101] Überlegungen dieser Art sind jedoch nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Im Zusammenhang mit dem vorgelegten Gesetzentwurf geht es vielmehr ausschließlich darum, ob eine (eventuell schon über das verfassungsrechtlich zulässige Maß hinaus) geminderte Funktionsfähigkeit noch weiter reduziert werden darf oder nicht.

Die Einrichtung eines zweiten Schiffsregisters senkt zwar in drastischer Weise die Lohnkosten, läßt aber die Schiffsbesetzungsverordnung[102] und das deutsche Sozialversicherungsrecht[103] unberührt. Anders die Ausflaggung: Sie beseitigt u. a. auch diese Reste an sozialem Schutz und damit weitere Kostenfaktoren. Unterstellt man die im Gesetzentwurf zugrunde gelegte angespannte Wettbewerbssituation der deutschen Reeder als richtig, so ist nicht einzusehen, weshalb die mit der Einrichtung des zweiten Schiffsregisters verbundene »halbe Ausflaggung« eine volle Ausflaggung sollte verhindern können: Wer die Wahl hat, 100 DM zu sparen, wird davon auch dann Gebrauch machen, wenn ihm als Alternative die Möglichkeit eröffnet wird, seine Kosten um 50 DM zu senken.[103a]

Auf der anderen Seite ist die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, daß ausschließlich solche Reeder vom zweiten Schiffsregister Gebrauch machen werden, die aus verschiedenen Gründen eine Ausflaggung überhaupt nicht ins Auge fassen. Neben den viel beschriebenen Faktoren, die für eine Ausflaggung sprechen,[104] gibt es zahlreiche Umstände, die dafür

100 So auch die Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drucksache 11/2161 S. 4 li.Sp. Zur Entwicklung im einzelnen s. die tabellarische Übersicht in BT-Drucksache 11/2048 S. 13. Weitere Angaben zur deutschen Handelsflotte bei Hoog, in: v. Münch (Hrsg.), Anhang zu Art. 27.

101 Zur Schutzpflicht des Gesetzgebers s. Schiedermair-Dörr, S. 37 ff., die auch die Verfassungsmäßigkeit eines Ausflaggungsverbots bejahen. Selbstredend wäre es mit einem derartigen Gesetzgebungsakt nicht getan; es müßten – nicht anders als bei der Landwirtschaft – staatliche Mittel bereitgestellt und ein bestimmtes unter deutschem Einfluß stehendes Auftragsvolumen gesichert werden. Über Alternativen zur bisherigen Schiffahrtspolitik s. Benze, ÖTV-Report Seefahrt, Juni 1988, Nr. 2 und ÖTV-Hauptvorstand (Hrsg.), Schiffahrtspolitisches Programm der Gewerkschaft ÖTV-Stuttgart 1982.

102 Dazu Bemm, RdA 1985, 158 ff.

103 Dazu oben 1.

103a Ebenso Hauschka RIW 1988, 612.

104 Siehe nur Leffler, S. 15 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

verantwortlich sind, daß immerhin knapp 50 % der deutschen Tonnage weiterhin unter der »teuren« deutschen Flagge betrieben werden. Nach Einschätzung des Verfassers ist dafür das Ansehen der deutschen Flagge und die damit verbundene Möglichkeit zur Akquirierung von Aufträgen, aber auch die Tatsache maßgebend, daß bei bestimmten Kontingenten Schiffe unter deutscher Flagge bevorzugt berücksichtigt werden können. In einer Reihe von Fällen ginge durch eine Ausflaggung überdies die steuerliche Förderung verloren. Schließlich können im Schiffsregister Sicherheiten zu Gunsten von Gläubigern, insbesondere von Banken eingetragen sein, die bei einer Ausflaggung mitgelöscht würden und für die sich im Billig-Flaggen-Land kein Äquivalent finden läßt.[105] In genau diesen Fällen die Bindung an deutsches Recht und damit auch die Zugehörigkeit zur deutschen Flotte im Sinne des Art. 27 GG zu lockern, bringt gegenüber dem Status quo keine bessere sondern eine schlechtere Absicherung der verfassungsrechtlich vorgeschriebenen Funktion. Das vorgeschlagene Mittel ist für das Ziel »Verhinderung weiterer Ausflaggungen« ungeeignet; erst recht besteht kein Anhaltspunkt dafür, daß ausgeflaggte Schiffe wieder ins deutsche Register zurückkehren werden.[106] In Wirklichkeit geht es daher bei der »gespaltenen« Flagge um eine Kumulation von Vorteilen; nach Art einer Rosinentheorie sollen nicht nur die ausflaggungsbereiten sondern auch jene Reeder von einem Teil der Arbeitskosten befreit werden, die weiter an den Vorzügen der deutschen Flagge partizipieren wollen.[107]

Wäre der vorgelegte Gesetzentwurf bereits geltendes Recht, müßte die hier skizzierte Kritik sich dem Einwand stellen, es sei Sache des Gesetzgebers, in Situationen der Ungewißheit Prognosen zu stellen; die rechtliche Kontrolle beschränke sich daher darauf, ob die Einschätzung des Gesetzgebers vertretbar gewesen sei. In der Tat gibt es schon aus Gründen der Gewaltenteilung eine Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, die vom Bundesverfassungsgericht wie folgt beschrieben wird:[108]

105 Vgl. den Hinweis bei Bemm, RdA 1985, 159: »Steigende Personalkosten veranlaßten manchen Reeder, sein Schiff auszuflaggen, nachdem die Schiffshypotheken abgetragen waren.«

106 Bei der von der DVZ veranstalteten Umfrage verhielten sich die Reeder reserviert gegenüber einer »Rückflaggung«; einige hielten sie für möglich, ohne aber konkrete Voraussetzungen zu nennen. Siehe DVZ vom 17. 5. 1988. Ähnliche Einschätzung bei Hauschka-Henssler NZA 1988, 601.

107 Vgl. zu dieser Einschätzung auch Breuer, in: Festschrift Schlochauer, S. 221 ff.

108 BVerfGE 50, 290, 232 f.; vgl. auch BVerfGE 38, 61, 87.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

»Prognosen enthalten stets ein Wahrscheinlichkeitsurteil, dessen Grundlagen ausgewiesen werden können und müssen; diese sind einer Beurteilung nicht entzogen. Im einzelnen hängt die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers von Faktoren verschiedener Art ab, im besonderen von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter. Demgemäß hat die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wenn auch im Zusammenhang anderer Fragestellungen, bei der Beurteilung von Prognosen des Gesetzgebers differenzierte Maßstäbe zugrunde gelegt, die von einer Evidenzkontrolle . . . über eine Vertretbarkeitskontrolle . . . bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle reichen . . .«

Ob die gesetzgeberische Prognose, das Zweite Schiffsregister könne weitere Ausflaggungen verhindern, nach diesen Maßstäben vertretbar ist, bedarf jedoch im Augenblick noch keiner Entscheidung. Vielmehr kann sich der Gesetzgeber auf seine Einschätzungsprärogative nur dann berufen, wenn er sich während des Gesetzgebungsverfahrens um eine möglichst umfassende Aufklärung des Sachverhalts bemüht hat. Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu in der Mitbestimmungsentscheidung ausgeführt:[109]

»Dieser Maßstab (d. h. der Vertretbarkeit – W.D.) verlangt, daß der Gesetzgeber sich an einer sachgerechten und vertretbaren Beurteilung des erreichbaren Materials orientiert hat. Er muß die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausgeschöpft haben, um die voraussichtlichen Auswirkungen seiner Regelung so zuverlässig wie möglich abschätzen zu können und einen Verstoß gegen Verfassungsrecht zu vermeiden.«

Würde auf ein derartiges Vorgehen verzichtet, könnte sich der Gesetzgeber von vornherein nicht auf seine spezifische Sicht der weiteren Entwicklung berufen. Notwendig ist daher insbesondere, durch Anhörung von Sachverständigen, aber auch auf andere Weise zu klären, inwieweit die Einrichtung eines zweiten Schiffsregisters Reeder effektiv von weiteren Ausflaggungen abhalten würde. Solange dies nicht geschieht, ist von der oben gegebenen Analyse auszugehen; danach ist das Zweite Schiffsregister nicht in der Lage, Ausflaggungen zu verhindern und so die Funktionsfähigkeit der deutschen Flotte zu sichern; vielmehr lockert es die Bindung der noch verbliebenen deutschen Schiffe im Verhältnis zur inländischen Staatsgewalt. Dies läßt sich mit Art. 27 GG nicht vereinbaren.

109 BVerfGE 50, 290, 334.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

3.1.4. *Zusammenfassung*

Art. 27 GG ist in zweierlei Hinsicht verletzt. Die Beschäftigung ausländischer Arbeitskräfte nach ausländischem Recht verstößt gegen den Grundsatz der Einheitlichkeit der deutschen Flotte, da die Rechtseinheit auf den Schiffen zerstört wird. Außerdem ist das Zweite Schiffsregister kein geeignetes Mittel, um weitere Ausflaggungen zu verhindern; vielmehr lockert es zusätzlich die Bindung jener Schiffe an die deutsche Staatsgewalt, die für eine Ausflaggung unter den gegebenen Umständen nicht in Betracht kommen.

3.2. *Vereinbarkeit des Gesetzentwurfs mit Grundrechten: Gleichheitsgebot nach Art. 3 Abs. 1 und 3 GG*

3.2.1. *Die Problemstellung*

Die ersten kritischen Reaktionen auf den Gesetzentwurf verwiesen insbesondere auf einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz: Ausländer mit ausländischem Wohnsitz zu Heimatheuern zu beschäftigen, lasse sich nicht mit Art. 3 Abs. 1 und 3 GG vereinbaren.[110] In der Literatur wurde bereits 1984 betont, eine Regelung, die es Reedern gestatten würde, deutsche und ausländische Matrosen unter Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit verschieden zu entlohnen, wäre mit Art. 3 Abs. 1 und 3 GG nicht vereinbar.[111]

Will man den Gesetzentwurf am Maßstab des Gleichheitssatzes überprüfen, muß man zwischen drei verschiedenen möglichen Fragestellungen unterscheiden.

- Zum einen kann man einen Gleichheitsverstoß darin sehen, daß auf deutschen Schiffen zweierlei Arbeitsrecht gilt. Damit ist jedoch ein Problemkreis angesprochen, der von Art. 27 GG erfaßt wird. Diese Bestimmung geht als Spezialnorm dem Art. 3 GG vor, sodaß auf die obigen Ausführungen[113] verwiesen werden kann.

110 ÖTV-Report Seefahrt, März 1988, Nr. 1, S. 1. Anders Herber Hansa 1988, 646.
111 Schiedermair-Dörr, S. 63.
112 Zum lex-specialis-Charakter des Art. 27 GG siehe Hoog, in: v. Münch (Hrsg.), Art. 27 Rn 11; Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 27 Rn. 3.
113 Oben 1.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

– Zum zweiten kann man einen Gleichheitsverstoß in der unterschiedlichen Entlohnung deutscher und ausländischer Seeleute bei gleicher Arbeit sehen. Eine solche Konstellation wird durch den hier zu überprüfenden Gesetzentwurf nahegelegt, muß sich jedoch keineswegs als automatische Folge einstellen: Denkbar ist auch eine Einstellungspolitik der Arbeitgeber derart, daß für bestimmte Funktionen ausschließlich Ausländer aus Dritte-Welt-Staaten oder ausschließlich Deutsche beschäftigt werden. Insoweit kann man dem Gesetzentwurf nicht unterstellen, den nicht zuletzt in § 75 Abs. 1 BetrVG niedergelegten Grundsatz »gleicher Lohn für gleiche Arbeit« aufheben zu wollen. Käme es jedoch in der Praxis zu einem Nebeneinander von deutschen und nach ausländischem Recht eingestellten Beschäftigten auf gleichen oder gleichwertigen Arbeitsplätzen, so wäre dies rechtswidrig mit der Folge, daß die Ausländer die Anhebung ihrer Vergütungen auf das Niveau der Deutschen verlangen könnten.[114] Offen bleibt allerdings die Frage, ob der Gleichheitssatz nicht schon dadurch verletzt ist, daß die Unterschiede in der Vergütung für verschiedene Tätigkeiten um ein Vielfaches gesteigert werden. Auf diesen Punkt wird zurückzukommen sein.
– Zum dritten ist zu untersuchen, inwieweit nicht nur von den Folgen sondern schon von den Anknüpfungsmomenten her ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz vorliegt. Ist es tatsächlich zulässig, an die ausländische Staatsangehörigkeit und an den Wohnsitz anzuknüpfen oder stellt dies eine verbotene Diskriminierung nach Heimat und Herkunft im Sinne des Art. 3 Abs. 3 GG dar? Ist es dem Gesetzgeber weiter erlaubt, den Arbeitsmarkt in der deutschen Seeschiffahrt beliebig zu Gunsten ausländischer Interessenten zu öffnen, während ansonsten der deutsche Arbeitsmarkt ein hohes Maß an Abschottung gegenüber Ausländern erfährt? Ist der Gesetzgeber insoweit nicht an die von ihm selbst aufgestellten Prinzipien gebunden?
Der Prüfung am Maßstab der unterschiedlichen Ausprägungen des Gleichheitssatzes kann nicht etwa entgegengehalten werden, von der Regelung seien ausschließlich Ausländer betroffen, für die keine Verantwortung der deutschen Staatsgewalt bestehe. Von den Rückwirkungen auf die deutschen Seeleute einmal ganz abgesehen – das Bundesverfassungsgericht betont in ständiger Rechtsprechung, daß kollisionsrechtliche Nor-

114 Zur Lohnangleichung nach oben als Rechtsfolge eines Verstoßes gegen Diskriminierungsverbote siehe Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 4. Aufl., Reinbek 1986, S. 637 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

men zum innerstaatlichen Recht zählen und deshalb in vollem Umfang an geltendem Verfassungsrecht zu messen sind.[115] Aus diesem Grund hat es beispielsweise die früher geltenden Regelungen für verfassungswidrig erklärt, wonach bei unterschiedlicher Staatsangehörigkeit der Ehegatten sowohl beim Ehegüterrecht als auch beim Scheidungsrecht grundsätzlich das sog. Heimatrecht des Ehemannes Anwendung fand.[116]
Im folgenden soll zunächst die Vereinbarkeit des Gesetzentwurfs mit den spezifischen Diskriminierungsverboten des Art. 3 Abs. 3 GG geprüft werden; im Anschluß daran wird es darum gehen, inwieweit der allgemeine Gleichheitssatz im Hinblick auf ein Übermaß an Lohndifferenzierung oder im Hinblick auf den Gesichtspunkt der »Systemtreue« verletzt ist.

3.2.2. *Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG?*

Die im Gesetzentwurf vorgesehene Regelung knüpft an die ausländische Staatsangehörigkeit von Seeleuten sowie daran an, daß sie keinen Wohnsitz im Geltungsbereich des Grundgesetzes besitzen. Hierin könnte eine nach Art. 3 Abs. 3 GG verbotene Benachteiligung wegen der Heimat und Herkunft liegen.
Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bezeichnet der Begriff »Heimat« die örtliche Herkunft nach Geburt oder Ansässigkeit, während der Begriff »Herkunft« darüber hinaus die ständisch-soziale Abstammung und Verwurzelung meint.[117] In Betracht kommt daher in erster Linie das Differenzierungskriterium »Heimat«.
Legt man bei der Beurteilung dieser Frage die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde, enthält der Gesetzentwurf keinen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG. Nicht erfaßt durch den Begriff »Heimat« ist danach die Tatsache, daß ein Mensch von Hause aus einer anderen Rechtsordnung unterworfen ist. So wurde es nicht als unzulässige Bevorzugung oder Benachteiligung angesehen, daß zu Zeiten, in denen ein unterschiedliches Volljährigkeitsalter bestand, DDR-Bürger die in ihrer Heimat erlangte Volljährigkeit auch bei einer Übersiedlung in die Bundesrepublik behalten konnten.[118] In einer späteren Entscheidung wurde das Kriterium »Heimat« gleichfalls restriktiv interpretiert, da eine andere

115 BVerfGE 31, 58, 73; 63, 181, 195; 68, 384, 395.
116 BVerfGE 63, 181, 195; 68, 384, 390.
117 BVerfGE 5, 17, 22.
118 BVerfGE 5, 17, 22.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Besteuerung von Ausländern mit ausländischem Wohnsitz als verfassungsrechtlich unbedenklich qualifiziert wurde.[119] Daraus folgt, daß es nicht schon gegen Art. 3 Abs. 3 GG verstößt, wenn sich die anwendbare Arbeitsrechtsordnung nach dem Wohnsitz und der Staatsangehörigkeit des Arbeitnehmers bestimmt. Anders zu entscheiden, würde bedeuten, zahlreiche als sinnvoll erachtete Regeln des internationalen Privatrechts (etwa im Familien- und Erbrecht) an Art. 3 Abs. 3 GG scheitern zu lassen. Dem das Kollisionsrecht regelnden Gesetzgeber zu verbieten, auf Staatsangehörigkeit und Wohnsitz abzustellen, ist ersichtlich nicht Ziel des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots und bislang – soweit ersichtlich – auch in der Literatur und Rechtsprechung nirgends vertreten worden. Insoweit verdient der Gesetzentwurf daher keine Beanstandung.

3.2.3. *Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG?*

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts enthält Art. 3 Abs. 1 GG ein Verbot willkürlicher Ungleichbehandlung. So wird etwa betont:[120]

> »Der Gleichheitssatz wird durch eine Sonderregelung verletzt, wenn sich ein vernünftiger, aus der Natur der Sache sich ergebender oder sonstwie einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung nicht finden läßt, d. h. wenn die Regelung als willkürlich bezeichnet werden muß.«

Bei der Bestimmung des in Betracht kommenden Grundes ist danach zu fragen, ob die Gleichheit oder Ungleichheit in dem jeweils in Betracht kommenden Zusammenhang so bedeutsam ist, »daß ihre Beachtung bei einer gesetzlichen Regelung nach einer am Gerechtigkeitsdenken orientierten Betrachtungsweise geboten erscheint«.[121] Übertragen auf den vorliegenden Zusammenhang bedeutet dies, daß danach zu fragen ist, ob die Tatsache, daß von Ausländern wie von Deutschen auf einem Schiff unter deutscher Flagge gearbeitet wird, so bedeutsam ist, daß bei einer »am Ge-

119 BVerfGE 19, 119, 126. Es ging um die Besteuerung von Wertpapierzinsen. Das Gericht stellte darauf ab, daß Anknüpfungspunkt der Regelung der besondere volkswirtschaftliche Tatbestand sei, daß der Besitz von inländischen Wertpapieren durch Ausländer eine andere Bedeutung als der Besitz durch Inländer habe.

120 BVerfGE 12, 341, 348.

121 BVerfGE 9, 124, 129, ständige Rechtsprechung.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

rechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise« eine Ungleichbehandlung oder ein bestimmtes Ausmaß an Ungleichbehandlung unterbleiben muß. Der vergleichsweise unbestimmte Maßstab des »Gerechtigkeitsgedankens« wird in zweierlei Hinsicht mit Inhalt erfüllt: Zum einen wird danach gefragt, ob eine vom Gesetzgeber vorgenommene Differenzierung vor dem Sozialstaatsprinzip Bestand hat, zum andern stellt sich das Problem, ob eine Abweichung von einer vom Gesetzgeber selbst gesetzten Sachgesetzlichkeit eine ausreichende Rechtfertigung besitzt.
Was zunächst die Vorgabe »Sozialstaatsprinzip« betrifft, so existieren zahlreiche Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in denen eine gesetzliche Regelung am Maßstab des im Lichte des Sozialstaatsprinzips gesehenen Gleichheitsgrundsatzes überprüft wurde.[122] Das Sozialstaatsprinzip selbst wird im Sinne einer Pflicht des Staates gesehen, für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen.[123] Zur Erfüllung dieser Aufgabe steht dem Gesetzgeber ein »weiter Gestaltungsspielraum« zur Verfügung.[124] Auch sei er nicht zur Korrektur jeglicher unbillig erscheinender Härte verpflichtet.[125] Davon abgesehen, ist die Grundrichtung staatlicher Gestaltung jedoch schon früh dahin bestimmt worden, das Sozialstaatsprinzip solle schädliche Auswirkungen schrankenloser Freiheit verhindern und die Gleichheit fortschreitend bis zu einem vernünftigerweise zu fordernden Maß verwirklichen.[126] Daraus ist später etwa die Konsequenz gezogen worden, vermögensmäßige Unterschiede (im konkreten Fall: zwischen einem mittellosen und einem über Vermögen verfügenden Mündel) dürften durch die Ausgestaltung einer gesetzlichen Regelung (hier: Honorarzahlung an Vormund nur bei vermögendem Mündel) nicht noch weiter verstärkt werden.[127] Während bei der Herstellung von »mehr Gerechtigkeit«, »besserer sozialer Sicherheit« usw. nur äußerst unbestimmte verfassungsrechtliche Gebote vorhanden sind, sieht sich eine Verschärfung von Ungleichheiten einer intensiveren verfassungsgerichtlichen Kontrolle ausgesetzt.[128]

122 BVerfGE 39, 316, 326; 45, 376, 389; 54, 251, 273.
123 BVerfGE 27, 253, 283, bestätigt u.a. durch BVerfGE 69, 272, 314.
124 BVerfGE 59, 231, 263.
125 BVerfGE 27, 253, 315.
126 BVerfGE 5, 85, 206.
127 BVerfGE 54, 251, 273.
128 Als weiteres Beispiel ließe sich die Rechtsprechung zur steuerlichen Absetzung von Parteispenden nennen: Durch die unbeschränkte Absetzbarkeit darf die in der Gesellschaft vorhandene Ungleichheit nicht auch noch in die politische Sphäre hinein verlängert werden. Vgl. insbes. BVerfGE 8, 51,68; 52, 63, 88.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die so bestimmten Anforderungen des Sozialstaatsprinzips bestehen auch gegenüber Ausländern. Zwar gilt insoweit kein Universalprinzip, jedoch hat das Bundesverfassungsgericht die staatliche Verantwortung ausdrücklich auf diejenigen Ausländer erstreckt, die im Geltungsbereich deutscher Gesetze leben.[129] Dies umfaßt auch Schiffe unter deutscher Flagge – gleichgültig in welches Schiffsregister sie eingetragen sind.
Legt man diese Maßstäbe zugrunde, so erscheint es grob unbillig und sozial nicht mehr vertretbar, wenn durch die geplante Neuregelung eine Beschäftigung zu »Heimatheuern« ermöglicht wird. Die im Verhältnis zu deutschen Arbeitnehmern sowieso häufig bestehende Schlechterstellung wird drastisch verstärkt; die Lebensverhältnisse der im deutschen Herrschaftsgebiet sich befindenden Menschen werden nicht »aneinander angeglichen« sondern in bisher unbekanntem Ausmaß auseinanderentwickelt. Solange auf den Schiffen noch deutsche Seeleute tätig sind, würde dort eine Zwei-Klassen-Gesellschaft existieren, die bislang nie ernsthaft in Erwägung gezogen wurde: Die polemische Formulierung von den »Rassentarifen« ist inhaltlich voll berechtigt, wenn eine (immer größer werdende) Gruppe von Beschäftigten 20 % oder noch erheblich weniger der Löhne erhält, die deutschem Tarifniveau entsprechen. Daß dies im Hinblick auf das Sozialstaatsgebot nicht mehr als »sachlich« qualifiziert werden kann, wird nicht zuletzt daran deutlich, daß die Vereinbarung von »Hungerlöhnen« nach deutschem Recht sittenwidrig ist[131] und daß beispielsweise eine Bezahlung von 40 % unter Tarif als eindeutig sittenwidrig qualifiziert wurde.[132] Schon von daher wird deutlich, daß das Argument der Kostenentlastung für die Reeder keine sachliche Rechtfertigung bringen kann – anders zu entscheiden, würde bedeuten, elementare Verfassungsgrundsätze zu kosten- und konjunkturabhängigen Größen zu degradieren.[133]

129 BVerfGE 51, 1, 27: »Der Gesetzgeber (ist) durch das verfassungsrechtliche Sozialstaatsgebot grundsätzlich nur verpflichtet, denen eine soziale Sicherheit zu garantieren, für die er verantwortlich ist. Das sind in erster Linie deutsche Staatsangehörige und die in seinem Gebiet lebenden Ausländer. Eine weitergehende Verantwortung kann ihm schon deshalb nicht obliegen, weil die Mittel für die Finanzierung der gesetzlichen Rentenversicherung teilweise durch Beitragsleistungen der im Inland lebenden Generation und durch Steuermittel aufgebracht werden.«

130 Siehe die Nachweise bei Däubler, Das Arbeitsrecht 2, S. 668 ff. Vgl. weiter – speziell zum Bereich der Seeschiffahrt – Geffken, AiB 1987, 11.

131 BAG AP Nr. 30 zu § 138 BGB.

132 ArbG Essen und LAG Düsseldorf, BB 1978, 256.

133 Vgl. auch H. P. Schneider, VVdStRL 43 (1985), S. 23: Grundrechte dürfen nicht »konjunkturabhängig«, kein Spielball des Marktes sein.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Das Ergebnis ist eindeutig: Die vom Gesetzentwurf gewollte Möglichkeit, ausländische Seeleute zu »Heimatheuern« zu beschäftigen, verstößt gegen den Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip.

Art. 3 Abs. 1 GG ist weiter auch insoweit verletzt, als der Gesetzgeber sich ohne zureichenden Grund von seiner sonstigen Arbeitsmarktpolitik entfernen würde.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muß der Gesetzgeber einmal getroffene Wertentscheidungen auch bei Folgeregelungen konsequent durchhalten.[134] Dies bedeutet nicht, daß der Gesetzgeber an die von ihm selbst statuierte Sachgesetzlichkeit auf alle Zeiten gebunden wäre; Durchbrechungen des einmal gewählten Ordnungsprinzips sind möglich, doch müssen die Gründe um so gewichtiger sein, je größer die Abweichung von der bisherigen Ordnung ist.[135]

Im vorliegenden Zusammenhang ist zunächst auf den in den §§ 18 und 19 AFG niedergelegten Vorrang der Beschäftigungsinteressen deutscher Arbeitnehmer zu verweisen.[136] Dieses Prinzip wird von der Rechtsprechung extensiv in der Weise interpretiert, daß nicht nur der Zugang von Ausländern zum deutschen Arbeitsmarkt beschränkt, sondern darüber hinaus auch die Inländer bei der Arbeitsvermittlung bevorzugt berücksichtigt werden.[137] Ob diese Grundentscheidung und ihre Handhabung in jeder Hinsicht zu befriedigen vermögen, ist hier nicht das Problem. Vielmehr geht es allein um die Feststellung, daß sich der Gesetzgeber durch sehr weitreichende Maßnahmen für einen Schutz der Beschäftigungsinteressen deutscher Staatsbürger entschieden hat.

Im Bereich der Seeschiffahrt gilt schon bisher insofern eine Ausnahme, als § 9 Ziff. 2 der Arbeitserlaubnisverordnung[138] für die Beschäftigung von Ausländern auf deutschen Seeschiffen keine Arbeitserlaubnis verlangt.[139] Dies mag man damit rechtfertigen, daß bei im Ausland vorge-

134 Überblick bei v. Mangoldt-Klein-Starck, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl., München 1985, Art. 3 Abs. 1 Rn 33.

135 Siehe die Nachweise in BVerfGE 59, 36, 49.

136 Dazu eingehend Bieback, Arbeitserlaubnisrecht, Frankfurt/Main 1985, S. 37 ff.

137 BSGE 43, 153, 160; 47, 93, 98; zur Kritik s. Bieback, S. 37 ff.; Däubler, Das Arbeitsrecht 2, S. 672 ff.

138 In der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Dezember 1980, BGBl 1, 1754, berichtigt BGBl 1981, I, 1245, zuletzt geändert durch Gesetz vom 6. Januar 1987, BGBl I, 89.

139 Die gewerkschaftliche Forderung zur Ausdehnung der Arbeitserlaubnispflicht auf die Seeschiffahrt ist wiedergegeben bei Kittner, Arbeits- und Sozialordnung, 13. Aufl., Köln 1988, S. 231.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nommenen Einstellungen die Einschaltung deutscher Behörden schwierig wäre und daß eine Kontrolle mit unverhältnismäßigem Verwaltungsaufwand verbunden wäre.[140] Die im Gesetzentwurf vorgeschlagene Regelung würde jedenfalls weit darüber hinausgehen, da sie nicht nur die Beschäftigung von Ausländern schlechthin freigibt, sondern durch den Verzicht auf die Anknüpfung an das Recht der Flagge auch die Beschäftigung zu Heimatheuern ermöglicht. Von der Wirkung her gesehen handelt es sich dabei um eine Regelung, die die deutschen Seeleute der Unterbietungskonkurrenz durch Beschäftigte aussetzt, die sich mit (legalisierten) Hungerlöhnen begnügen müssen. Eine Gruppe von deutschen Beschäftigten aber einem solchen »Verdrängungswettbewerb« auszusetzen, ihnen über kurz oder lang alle Beschäftigungschancen zu nehmen, ist das genaue Gegenteil von der in den §§ 18, 19 AFG niedergelegten Beschäftigungspolitik. Eine solche fundamentale Abweichung von der ansonsten befolgten »Sachgesetzlichkeit« müßte ganz gravierende Gründe für sich ins Feld führen können; wie schon oben im Zusammenhang mit der Erörterung des Sozialstaatsprinzips deutlich geworden, kann davon jedoch in keiner Weise die Rede sein. Auch hier ist die Konsequenz unabweisbar: Der Gesetzentwurf verstößt nicht zuletzt deshalb gegen Art. 3 Abs. 1 GG, weil er einen Systembruch darstellt.

3.3. *Vereinbarkeit des Gesetzentwurfs mit Grundrechten: Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG*

Der Gesetzentwurf verfolgt das in der Begründung ausdrücklich hervorgehobene Ziel, die Personalkosten der deutschen Reeder dadurch zu senken, daß die Beschäftigung von Ausländern zu »Heimatheuern« ermöglicht wird.[141] Auf den durch die Neuregelung erfaßten Schiffen sind bislang deutsche (und ausländische) Seeleute zu deutschen Tarifbedingungen beschäftigt. Die gesetzliche Regelung könnte ihr Ziel also nur erreichen, wenn diese Arbeitnehmer in großem Umfang durch Arbeitskräfte aus Ländern der Dritten Welt ersetzt würden. Dafür, daß dieser Effekt auch tatsächlich eintreten würde, spricht schon das betriebswirtschaftliche Interesse der deutschen Reeder; aus ihrer Sicht führen die drastischen

140 Ob dies wirklich überzeugt, kann hier dahinstehen. In der Literatur sind keine Zweifel in dieser Richtung ersichtlich.

141 BT-Drucksache 11/2161 S. 4 re.Sp.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Lohnunterschiede zu einer erheblichen Reduzierung der Personalkosten. Auch das Kündigungsschutzrecht würde einen solchen Personenaustausch nicht definitiv verhindern. Zum einen besteht die Möglichkeit, befristete Arbeitsverhältnisse mit den bisherigen Beschäftigten nicht mehr zu verlängern und ausscheidende deutsche Arbeitskräfte durch Ausländer mit »Heimatheuern« zu ersetzen. Zum zweiten bietet aber auch das geltende Kündigungsschutzrecht keine definitive Arbeitsplatzsicherheit; nur ein geringer Teil gekündigter Arbeitnehmer nimmt effektiv die Arbeitsgerichte in Anspruch, aus zahlreichen Gründen werden dort häufig Abfindungsvergleiche geschlossen.[142] Ernsthafte Meinungsverschiedenheiten könnten unter diesen Umständen nur in bezug auf die Frage bestehen, ob ein Personenaustausch auch in bezug auf Arbeitnehmer in Leitungsfunktionen droht. Der Gesetzentwurf geht offensichtlich davon aus, daß insoweit weiter deutsche Seeleute beschäftigt werden;[143] die Erfahrungen mit ausgeflaggten Schiffen sprechen jedoch dafür, daß nach einiger Zeit auch insoweit auf billigere ausländische Arbeitskräfte (etwa aus Polen oder Jugoslawien) zurückgegriffen wird.[144] Selbst wenn man mit den Verfassern des Gesetzentwurfs davon ausgeht, daß eine gewisse Anzahl qualifizierter Arbeitsplätze für Deutsche erhalten bleibt, stellt sich die Frage, ob die Neuregelung mit der Berufsfreiheit deutscher Seeleute nach Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar ist.

Art. 12 Abs. 1 GG schützt nicht nur die selbständige, sondern auch die abhängige Beschäftigung. Dies hat das Bundesverfassungsgericht verschiedentlich betont;[145] die Literatur ist dem einmütig gefolgt.[146] Das bedeutet, daß eine gesetzliche Regelung, die die Beschäftigungschancen von Arbeitnehmern betrifft, an Art. 12 Abs. 1 GG zu messen ist.

Art. 12 Abs. 1 GG ist – wie schon der Wortlaut deutlich macht – kein vorbehaltlos gewährtes Grundrecht. In bezug auf das Maß zulässiger gesetzlicher Einschränkungen hat die Rechtsprechung des Bundesverfassungs-

142 Vgl. Falke-Höland u.a., Kündigungspraxis und Kündigungsschutz in der Bundesrepublik Deutschland. Forschungsbericht, hrsg. vom Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung, 2 Bände, Bonn o.J. (1981). Zu weiteren Einzelheiten s. Däubler, Das Arbeitsrecht 2, S. 504 ff.

143 BT-Drucksache 11/2161, S. 2: »Langfristige Sicherung der qualifizierten Arbeitsplätze der deutschen Seeleute an Bord.«

144 Dazu Benze, ÖTV-Report Seefahrt, Juni 1988, Nr. 2 unter Bezugnahme auf entsprechende Mitteilungen des Landesarbeitsamts Schleswig-Holstein.

145 BVerfGE 7, 377, 397; 39, 334, 369 ff.; 50, 290, 363.

146 Badura, Staatsrecht, München 1986, S. 146; Lecheler, VVDStRL 43 (1985), 64; Scholz, in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 12 Rn 7; eingehend Gerd Hoffmann, Berufsfreiheit als Grundrecht der Arbeit, Baden-Baden 1981, S. 259.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gerichts eine Reihe von Kriterien entwickelt. Nach den grundlegenden Ausführungen im sog. Apotheken-Urteil[147] kann in die Berufs*ausübung* eingegriffen werden, »soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen«. Im Gegensatz dazu darf die Freiheit der Berufs*wahl* nur dann eingeschränkt werden, wenn es der Schutz »besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter zwingend erfordert«. Liegt diese Voraussetzung vor, so ist zwischen subjektiven und objektiven Zulassungsvoraussetzungen zu unterscheiden. Während die ersteren im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips zulässig sind, kommen die letzteren im allgemeinen nur zur Abwehr »nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut« in Betracht.
Die Frage, ob eine bestimmte Regelung nur die Berufsausübung oder auch die Berufswahl betrifft, bestimmt sich nach ihren objektiven Wirkungen; die Absicht des Gesetzgebers spielt insoweit keine Rolle.[148] Ohne Bedeutung ist weiter, ob eine Regelung speziell die berufliche Betätigung zum Gegenstand hat oder ob sie sich auf ganz andere Fragen bezieht, jedoch auf die Berufsausübung zurückwirkt. So hat das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit der sog. Schankerlaubnissteuer ausgeführt:[149]

> »Der Schutz des Einzelnen vor Beschränkungen seiner freien Berufswahl wäre aber nur unvollkommen gewährleistet, wollte man nur solche Vorschriften am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich prüfen, die die berufliche Betätigung unmittelbar zum Gegenstand haben. Der besondere Freiheitsraum, den Art. 12 Abs. 1 GG sichern will, kann auch durch Vorschriften berührt werden, die infolge ihrer tatsächlichen Auswirkungen geeignet sind, die Freiheit der Berufswahl mittelbar zu beeinträchtigen, obwohl sie keinen unmittelbar berufsregelnden Charakter tragen.«

Entscheidend sei, ob eine derartige Regelung ihrer wirtschaftlichen Auswirkungen wegen in die Nähe einer Zulassungsvoraussetzung komme.[150] Mit denselben Erwägungen wurde der Ausschluß aus einer Einrichtung des sog. Zweiten Bildungswegs am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 gemessen. Im einzelnen hieß es dazu:[151]

147 BVerfGE 7, 377, 378 (LS 6), auch zum folgenden.
148 BVerfGE 13, 181, 186; 30, 292, 313.
149 BVerfGE 13, 181, 185 f.
150 BVerfGE 13, 181, 186.
151 BVerfGE 41, 251, 262.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

»Der besondere Freiheitsraum, den Art. 12 Abs. 1 GG sichern will, wäre ... nur unvollkommen gewährleistet, wenn ausschließlich solche Vorschriften am Maßstab dieses Grundrechts geprüft würden, die unmittelbar auf die berufliche Betätigung abzielen; andere Maßnahmen können infolge ihrer tatsächlichen Auswirkungen ebenfalls geeignet sein, die Berufsfreiheit mittelbar derart erheblich zu beeinträchtigen, daß ihre Einbeziehung in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG geboten ist.«

Überträgt man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall, so wird zunächst deutlich, daß der kollisionsrechtliche Charakter der vorgeschlagenen Änderungen ohne Bedeutung ist. Entscheidend ist allein der berufsregelnde Effekt der Vorschriften, der nach dem Gesagten außer Zweifel steht. Es reicht aus, daß durch die Neuregelung eine Entwicklung in Gang gesetzt wird, die zu einem deutlichen Verlust an Arbeitsplätzen führt. Die Auswirkungen der geplanten Neuregelung würden im Ergebnis weit über eine bloße Berufsausübungsregelung hinausreichen. Würde man den Zustand, der nach Verabschiedung des Entwurfs bestehen würde, in die Gesetzessprache übertragen, so müßte das Grundgesetz einen Art. 12 b erhalten, der wie folgt zu formulieren wäre:

»Der Beruf eines Seemanns kann nur dann ausgeübt werden, wenn sich für den Arbeitsplatz kein vergleichbar qualifizierter Arbeitnehmer aus einem anderen Staat finden läßt.«

Ihrer Wirkung nach geht eine Regelung, die die Beschäftigungsmöglichkeiten deutscher Seeleute beliebig zur Disposition eines internationalen Arbeitsmarkts stellt, über eine objektive Zulassungsvoraussetzung hinaus: Wird etwa wie im früheren Gaststätten- und Kassenarztrecht auf das Bestehen eines bestimmten Bedürfnisses nach Dienstleistungen abgestellt, besteht immerhin noch ein nicht unerheblicher Restbereich, in den der Einzelne zumindest nach Absolvierung längerer Wartefristen eindringen kann. Im Gegensatz dazu ist es nach dem Gesetzentwurf keineswegs ausgeschlossen (ja sogar wahrscheinlich), daß der Beruf des Seemanns für Deutsche insgesamt verschwinden wird. Selbst wenn man aber davon ausgehen würde, daß (lediglich) eine objektive Zulassungsvoraussetzung besteht, würde sie den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts nicht genügen: »Nachweisbare oder höchstwahrscheinliche schwere Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut« mögen zwar darin liegen, daß die Gefahr einer Totalausflaggung der deutschen Handelsflotte

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

besteht, doch kann diesen Gefahren durch mildere Mittel als durch ein faktisches Berufsverbot für Seeleute begegnet werden.
Dem läßt sich auch nicht entgegenhalten, daß Art. 12 Abs. 1 GG von einer wettbewerblichen Verfassung des Arbeitsmarkts ausgehe,[152] im vorliegenden Zusammenhang aber nichts anderes als eine Universalisierung des Wettbewerbs vorliege. Zum einen sollte in diesem Zusammenhang nicht übersehen werden, daß Art. 12 Abs. 1 GG ein Deutschen-Grundrecht enthält, Ausländern also nicht von vornherein volle Gleichbehandlung verspricht. Daraus folgt, daß auch das in dieser Vorschrift (angeblich) enthaltene Wettbewerbsprinzip von vornherein auf Deutsche beschränkt ist. Zum zweiten stehen hier keine Entwicklungen in Rede, die sich autonom und ohne staatliches Zutun auf der Grundlage des Wettbewerbs vollziehen.[153] Vielmehr geht es um eine geplante gesetzliche Regelung, die in die überkommene Ordnung der Arbeitsmärkte eingreift und die deutsche Seeleute der Unterbietungskonkurrenz durch die Arbeitsmärkte der Entwicklungsländer aussetzt. Eine solche Änderung der Arbeitsmarktverfassung ist in ihrer Wirkung nicht anders als eine direkte staatliche Reglementierung zu beurteilen, die etwa den Reedern nach Ablauf einer flexiblen Übergangsfrist die Beschäftigung (billiger) ausländischer Arbeitskräfte zur Pflicht machen würde: Niemand hätte in einem solchen Fall Bedenken, die Berufsfreiheit der von ihren Arbeitsplätzen verdrängten Arbeitnehmer als verletzt anzusehen. Angesichts der Tatsache, daß die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durchgehend nicht nach dem Regelungsinstrumentarium sondern allein nach dem Regelungseffekt fragt,[154] können beide Fälle nicht unterschiedlich behandelt werden.
Schließlich ist auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Berufsausübungsregelungen zu verweisen: Danach liegt eine (unzulässige) Verletzung des Rechts auf freie Berufswahl dann vor, wenn die betroffenen Berufsangehörigen »in aller Regel und nicht nur in Ausnahmefällen« wirtschaftlich nicht mehr in der Lage sind, den gewählten Beruf ganz oder teilweise zur Grundlage ihrer Lebensführung zu machen:[155] Genau dies wäre die Situation der deutschen Seeleute, die auf unabsehbare Zukunft

152 Dafür etwa Schneider VVDStRL 43 (1985), 21; Scholz, in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 12 Rn. 84.
153 Beispiel: Entwicklung des Lichtsatzverfahrens, das den traditionellen Beruf des Setzers überflüssig macht. Dazu G. Hoffmann, a.a.O., S. 259.
154 Dazu oben Fn 148–151.
155 BVerfGE 30, 292, 314, bestätigt durch BVerfGE 38, 61, 85 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

nicht nur im Einzelfall sondern insgesamt keine Chance mehr hätten, ihrem erlernten Beruf nachzugehen.
Zusammenfassend läßt sich daher feststellen, daß die geplante Neuregelung nicht mit Art. 12 Abs. 1 GG zu vereinbaren ist.

3.4. *Vereinbarkeit des Gesetzentwurfs mit Grundrechten: Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG*

In den ersten Reaktionen auf den Gesetzentwurf wurde neben einem Verstoß gegen den Gleichheitssatz insbesondere auch eine Verletzung des Art. 9 Abs. 3 GG gerügt.[156] In der Tat bedarf es keiner sehr großen Fantasie, um sich vorzustellen, daß nach Inkrafttreten und praktischer Umsetzung der geplanten Regelung nicht mehr viel von Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie der deutschen Gewerkschaften übrigbleiben würde: Der Anwendungsbereich der bisherigen Tarifverträge würde immer geringer, für die die deutschen Seeleute ersetzenden Arbeitskräfte aus Billig-Lohn-Ländern kämen keine oder nur Tarifverträge zu »Heimatbedingungen« zustande. Ein ganzes »Tarifgebiet« würde aus dem System der innerstaatlichen industriellen Beziehungen herausgebrochen.
Sieht man nicht bereits darin einen Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 GG,[157] so ergibt sich dieser jedenfalls unter zwei spezifischen Aspekten:

(1) Wenn der Gesetzentwurf sein Ziel erreichen soll, müssen die Reeder notwendigerweise das Recht besitzen, systematisch Arbeitskräfte einzustellen, die als Staatsangehörige von Entwicklungsländern nicht unter die bestehenden Tarifverträge fallen: Da das deutsche Arbeitsrecht auf sie grundsätzlich nicht anwendbar ist, wären sie nicht einmal dann in den Schutz bestehender Tarifverträge einbezogen, wenn sie Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft werden würden.[158]
Nach allgemeiner Auffassung folgt aus Tarifverträgen die sog. Durchführungspflicht, d. h. die Pflicht beider Seiten, die jeweiligen Mitglieder zu einem tariftreuen Verhalten zu veranlassen und damit dem Tarifvertrag effektiv Beachtung zu verschaffen.[159] Dem Arbeitgeber ist es daher – wie

156 ÖTV-Report Seefahrt, März 1988, Nr. 1 S. 1; Geffken, DVZ v. 17. 5. 1988, S. 12.
157 So etwa die in Fn 156 mitgeteilten Stellungnahmen.
158 Dazu oben 1 mit Fn 14.
159 Zur Durchführungspflicht s. zuletzt BAG DB 1988, 1171.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Nikisch zu Recht festgestellt hat[160] – untersagt, den Tarifvertrag dadurch zu unterlaufen, daß er den größten Teil der tarifgebundenen Arbeitnehmer entläßt und sie durch nicht tarifgebundene ersetzt. Dasselbe gilt nach zutreffender Ansicht von Hueck-Nipperdey auch dann, wenn der Arbeitgeber sich grundsätzlich weigert, Gewerkschaftsmitglieder einzustellen und statt dessen planmäßig mit Außenseitern kontrahiert.[161] In beiden Fällen erreicht der Tarifvertrag nicht sein Ziel, allen in seinem Geltungsbereich tätigen Gewerkschaftsmitgliedern auch tatsächlich den vereinbarten Mindeststandard zu sichern.[162] Der Gesetzentwurf will die Arbeitgeberseite nun offensichtlich von dieser Pflicht dispensieren; sie soll das Recht erhalten, die von ihr selbst abgeschlossenen Tarifverträge durch systematische Einstellung von ausländischen Arbeitskräften zu unterlaufen.

Bestehende wie auch künftige Tarifverträge der Gewerkschaft ÖTV oder anderer Gewerkschaften werden jedoch auch in anderer Weise entwertet. Nach bisheriger Rechtslage entfalten sie gem. § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG unmittelbare und zwingende Wirkung auch gegenüber solchen ausländischen Gewerkschaftsmitgliedern, die keinen Wohnsitz im Inland besitzen. Mit dem Inkrafttreten der geplanten Regelung würde sich daran insofern Entscheidendes ändern, als diese Beschäftigtengruppe durch schlichte vertragliche Abmachung aus dem Geltungsbereich des deutschen Rechts herausgenommen und einer ausländischen Rechtsordnung unterstellt werden könnte.[162a] Dies bedeutet aber, daß nicht mehr wirklich von einer »Unabdingbarkeit« der tariflichen Mindestregelung die Rede sein kann: Diese besteht gerade darin, im Einzelvertrag keine Abweichung »nach unten« zuzulassen.

Der Gesetzentwurf hätte somit zur Folge, daß bestehende (aber auch künftig von der ÖTV für ihre Mitglieder abzuschließende) Tarifverträge zwei große Defizite hätten, die sie nur noch als »Schatten« eines wirkli-

160 Arbeitsrecht, Bd. II, 2. Aufl., Tübingen 1959, S. 347.

161 Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. II/1, Berlin-Frankfurt/Main 1967, S. 334.

162 Ebenso in der neueren Literatur Däubler-Hege, Tarifvertragsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 1981, Rn 278. Zu den Konsequenzen, die sich daraus zu Gunsten der Erhaltung tariflicher Bedingungen bei der Privatisierung ergeben, s. Däubler, Privatisierung als Rechtsproblem, Neuwied und Darmstadt 1980, S. 137 ff.

162a Anders Hauschka-Henssler NZA 1988, 600; ihre These, deutsche Tarifverträge könnten auch Arbeitsverhältnisse unter ausländischem Recht ergreifen, stellt im internationalen Privatrecht eine Mindermeinung dar, die bisher nicht vertreten wurde. Zur Möglichkeit eines Rechtswahl-Tarifvertrags s. sogleich im Text.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

chen Tarifvertrags erscheinen ließen: Sie könnten von der Arbeitgeberseite jederzeit durch Einstellung ausländischer Arbeitskräfte unterlaufen werden und sie könnten überdies bei einem Teil der heutigen ausländischen Beschäftigten im Wege von Einzelverträgen unanwendbar gemacht werden. Eine solche Minimierung, ja Zerstörung von Tarifwirkungen läßt sich nicht mit Art. 9 Abs. 3 GG vereinbaren; für den Bereich der Seeschiffahrt wäre der verfassungsrechtlich garantierte Kernbereich der Tarifautonomie verletzt.[163]

(2) Eine zweite Abweichung vom verfassungsrechtlich gebotenen Rahmen eines Tarifsystems ergibt sich, wenn man die kollektive Interessenvertretung der ausländischen Arbeitskräfte in Betracht zieht. Da Art. 9 Abs. 3 GG nicht auf Deutsche beschränkt ist, besitzen auch sie das Recht, deutschen Gewerkschaften beizutreten. Ob diese dann allerdings das Recht besitzen, diese Arbeitskräfte tariflich in die deutsche Arbeitsrechtsordnung zu übernehmen, gewissermaßen einen tariflichen Statutenwechsel vorzunehmen, ist keineswegs gesichert.[164] Geht man davon aus, daß eine solche Abmachung keine gerichtliche Anerkennung findet oder – wahrscheinlicher – faktisch nicht durchgesetzt werden kann, so ist die deutsche Gewerkschaft gezwungen, lediglich Tarifverträge nach Heimatrecht der Beschäftigten abzuschließen. Dies aber bedeutet, daß der Umfang ihrer Handlungsmöglichkeiten zur Disposition zahlreicher ausländischer Gesetzgeber steht, die sich beispielsweise für Höchstlöhne, aber auch für Zwangsschlichtung und Strafbarkeit des Streiks entscheiden können.[165] Auch wenn man von diesem letzten Extremfall einmal absieht,[166] ist damit die Tarifautonomie deutscher Gewerkschaften nicht einmal mehr im Kernbereich gewährleistet – ungeachtet der Tatsache, daß es nachgerade abenteuerlich erscheint, eine deutsche Gewerkschaft zum Abschluß von Tarifverträgen ausländischen Rechts zu zwingen, gleichzeitig aber die Anerkennung des geltenden Tarif- und Schlichtungs-

163 Daß zur Kernbereichsgarantie auch die Unabdingbarkeit von Tarifverträgen gehört, betonen zu Recht Herschel, AuR 1981, 266 und Wiedemann, in: Beuthien (Hrsg.), Arbeitnehmer oder Arbeitsteilhaber? Stuttgart 1987, S. 157. Für das Unterlaufungsverbot kann nichts anderes gelten. Zum ganzen siehe auch Plander, AuR 1986, 71.

164 Dazu zuletzt Walz, a.a.O., S. 156 Fn 3 m.w.N Die besseren Argumente sprechen für eine solche Möglichkeit.

165 Überblick über die Arbeitsrechtsordnungen von Liberia, Panama, Singapur und Zypern bei Leffler, a.a.O., der aber nur den Stand 1976 wiedergibt. Neuere einschlägige Publikationen sind nicht ersichtlich.

166 Der durch den ordre public-Vorbehalt des Art. 6 EGBGB zu korrigieren wäre.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rechts zur Voraussetzung für eine Koalition im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG zu machen.[167]

Der Gesetzentwurf hält auch insoweit dem Maßstab der Verfassung nicht stand. Er bewirkt Eingriffe in den durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Kernbereich der Tarifautonomie.

167 BVerfGE 4, 96, 107; 18, 18, 28; BAG AP Nr. 25 zu § 2 TVG.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

4. Zusammenfassung

Der Gesetzentwurf läßt sich mit geltendem Völkerrecht nicht vereinbaren. Er verstößt gegen Art. 6 Abs. 2 des Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht. Außerdem enthält er eine nach Art. 92 Abs. 1 EWG-Vertrag unzulässige Beihilfe; auch läßt sich das durch die geplante Rechtsänderung ermöglichte »Lohndumping« nicht mit Art. 117 EWG-Vertrag vereinbaren.

Auch verfassungsrechtliche Vorgaben sind nicht beachtet. Das geplante Gesetz würde gegen den in Art. 27 GG niedergelegten Grundsatz der Einheitlichkeit der deutschen Handelsflotte verstoßen, da die Rechtseinheit auf den Schiffen zerstört wird. Außerdem ist das Zweite Schiffsregister kein geeignetes Mittel, um weitere Ausflaggungen zu verhindern; vielmehr lockert es zusätzlich die Bindung jener Schiffe an die deutsche Staatsgewalt, die für eine Ausflaggung unter den gegebenen Umständen nicht in Betracht kommen.

Der Gesetzentwurf steht auch im Widerspruch zu Grundrechten. Der im Lichte des Sozialstaatsprinzips auszulegende Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG verbietet das geplante Ausmaß an Lohndifferenzierung. Auch ist Art. 3 Abs. 1 GG insoweit verletzt, als sich der Gesetzgeber ohne zureichenden Grund von den allgemeinen Prämissen seiner Beschäftigungspolitik entfernen würde. Die zu erwartende Verdrängung der meisten deutschen Seeleute von ihren Arbeitsplätzen ist mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar. Schließlich läßt es sich nicht mit der in Art. 9 Abs. 3 GG enthaltenen Garantie des Kernbereichs der Tarifautonomie in Einklang bringen, wenn die Arbeitgeberseite in die Lage versetzt wird, die von ihr selbst abgeschlossenen Tarifverträge zu unterlaufen. Die deutschen Gewerkschaften können auch nicht ohne Verfassungsverstoß auf den Abschluß von Tarifverträgen nach ausländischem Recht verwiesen werden.

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748922421 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA