

### 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<sup>68</sup> 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.<sup>69</sup> 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.«<sup>70</sup>

Der genaue normative Gehalt dieser Vorschrift ist nicht im einzelnen geklärt. Die größte Aufmerksamkeit hat der alttümliche Begriff des Kauffahrteischiffes erfahren, das seiner ursprünglichen Wortbedeutung nach nur jene Schiffe meint, mit denen der Kaufmann eigene Waren nach Übersee transportiert.<sup>71</sup> Gemeint ist heute allerdings nicht mehr ein solcher Fall – der nur noch bei Tankern von Mineralölgesellschaften praktiziert wird.

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.

tisch wird – sondern jedes Schiff, das keinen hoheitlichen Zwecken,<sup>72</sup> sondern dem »Erwerb durch Seeschiffahrt« dient.<sup>73</sup> 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.<sup>74</sup> 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.<sup>75</sup> 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 Völker gewohnheitsrecht und das 1958 unterzeichnete Übereinkommen über die Hohe See<sup>76</sup> 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.<sup>77</sup> 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 Schiedermaier-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; Schiedermaier-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.

schließlich juristischer Personen mit Sitz in der Bundesrepublik gemeint,<sup>78</sup> während die Gegenposition darauf abstellt, ob ein Schiff zum Führen der deutschen Flagge berechtigt ist<sup>79</sup> 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,<sup>80</sup> während die zweite Meinung auch dies dem Gesetzgeber überlässt.<sup>81</sup> 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.<sup>82</sup> 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<sup>83</sup> und auch über die Einschaltung von Strohmännern erfolgen kann, wäre sie effektiv nur durch einen »Staatsangehörigkeitsvorbehalt« zu verhindern.<sup>84</sup> Dies als Inhalt des Art. 27 GG zu postulieren, erscheint angesichts einer jahrzehntealten gegenteiligen Praxis wenig plausibel.<sup>85</sup> 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 Schiedermaier-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; Schiedermaier-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.

sie nicht nur existieren sondern auch ihre Funktion erfüllen.<sup>86</sup> 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:<sup>87</sup>

»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.<sup>88</sup> 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.<sup>89</sup> In der juristischen Literatur ist man sich gleichfalls darüber einig, daß die Flotte primär die Funktion hat, den deutschen Außenhandel zu

86 Schiedermaier-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.

sichern und die Versorgung der Bevölkerung in Krisen- und Spannungszeiten sicherzustellen.<sup>90</sup>

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.<sup>91</sup> 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.<sup>92</sup> 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 Schiedermaier-Dörr, S. 41 ff. m.w.N.

91 Dazu oben Fn 75.

92 Hoog, in: v. Münch (Hrsg.), Art. 27 Rn 10, 11.

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.<sup>93</sup> 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.<sup>94</sup> 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.

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<sup>95</sup> – 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.<sup>96</sup> 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<sup>97</sup> 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.<sup>98</sup> Damals war erst gut ein Drittel der deutschen Tonnage ausgeflaggt;<sup>99</sup> inzwischen ist

95 Zum völkerrechtlichen Diskussionsstand s. die Nachweise bei Schiedermaier-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 %.

die 50 %-Marke überschritten.<sup>100</sup> 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.<sup>101</sup> 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<sup>102</sup> und das deutsche Sozialversicherungsrecht<sup>103</sup> 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.<sup>103a</sup>

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,<sup>104</sup> 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. Schiedermaier-Dörr, S. 37 ff., die auch die Verfassungsmäßigkeit eines Ausflaggungverbots 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.

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 Kontingenzen 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.<sup>105</sup> 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.<sup>106</sup> 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.<sup>107</sup>

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:<sup>108</sup>

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.

»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 . . .«

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:<sup>109</sup>

»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.

### 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 Heimathuern zu beschäftigen, lasse sich nicht mit Art. 3 Abs. 1 und 3 GG vereinbaren.<sup>110</sup> 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 entlohen, wäre mit Art. 3 Abs. 1 und 3 GG nicht vereinbar.<sup>111</sup>

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<sup>113</sup> verwiesen werden kann.

110 ÖTV-Report Seefahrt, März 1988, Nr. 1, S. 1. Anders Herber Hansa 1988, 646.

111 Schiedermaier-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.

– 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.<sup>114</sup> 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 Seeschifffahrt 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.

men zum innerstaatlichen Recht zählen und deshalb in vollem Umfang an geltendem Verfassungsrecht zu messen sind.<sup>115</sup> 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.<sup>116</sup>

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.<sup>117</sup> 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.<sup>118</sup> 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.

Besteuerung von Ausländern mit ausländischem Wohnsitz als verfassungsrechtlich unbedenklich qualifiziert wurde.<sup>119</sup> 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:<sup>120</sup>

»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«.<sup>121</sup> 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-

<sup>119</sup> 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.

<sup>120</sup> BVerfGE 12, 341, 348.

<sup>121</sup> BVerfGE 9, 124, 129, ständige Rechtsprechung.

rechrigkeitsgedanken 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.<sup>122</sup> Das Sozialstaatsprinzip selbst wird im Sinne einer Pflicht des Staates gesehen, für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen.<sup>123</sup> Zur Erfüllung dieser Aufgabe steht dem Gesetzgeber ein »weiter Gestaltungsspielraum« zur Verfügung.<sup>124</sup> Auch sei er nicht zur Korrektur jeglicher unbillig erscheinender Härte verpflichtet.<sup>125</sup> 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.<sup>126</sup> 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.<sup>127</sup> 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.<sup>128</sup>

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.

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.<sup>129</sup> 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<sup>131</sup> und daß beispielsweise eine Bezahlung von 40 % unter Tarif als eindeutig sittenwidrig qualifiziert wurde.<sup>132</sup> 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.<sup>133</sup>

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 Seeschifffahrt – Geßken, 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.

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.<sup>134</sup> 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.<sup>135</sup>

Im vorliegenden Zusammenhang ist zunächst auf den in den §§ 18 und 19 AFG niedergelegten Vorrang der Beschäftigungsinteressen deutscher Arbeitnehmer zu verweisen.<sup>136</sup> 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.<sup>137</sup> 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 Seeschifffahrt gilt schon bisher insofern eine Ausnahme, als § 9 Ziff. 2 der Arbeitserlaubnisverordnung<sup>138</sup> für die Beschäftigung von Ausländern auf deutschen Seeschiffen keine Arbeitserlaubnis verlangt.<sup>139</sup> 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 Seeschifffahrt ist wiedergegeben bei Kittner, *Arbeits- und Sozialordnung*, 13. Aufl., Köln 1988, S. 231.

nommenen Einstellungen die Einschaltung deutscher Behörden schwierig wäre und daß eine Kontrolle mit unverhältnismäßigem Verwaltungsaufwand verbunden wäre.<sup>140</sup> 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 Gegen teil 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.<sup>141</sup> 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.

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.<sup>142</sup> Ernsthaftes 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;<sup>143</sup> die Erfahrungen mit ausgeflogten Schiffen sprechen jedoch dafür, daß nach einiger Zeit auch insoweit auf billigere ausländische Arbeitskräfte (etwa aus Polen oder Jugoslawien) zurückgegriffen wird.<sup>144</sup> 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;<sup>145</sup> die Literatur ist dem einmütig gefolgt.<sup>146</sup> 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, VVDSRL 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.

gerichts eine Reihe von Kriterien entwickelt. Nach den grundlegenden Ausführungen im sog. Apotheken-Urteil<sup>147</sup> kann in die Berufsausübung eingegriffen werden, »soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen«. Im Gegensatz dazu darf die Freiheit der Berufswahl 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.<sup>148</sup> 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:<sup>149</sup>

»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.<sup>150</sup> 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:<sup>151</sup>

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.

»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 Gesetzesprache 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

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,<sup>152</sup> 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.<sup>153</sup> 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,<sup>154</sup> 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.<sup>155</sup> 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.

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.<sup>156</sup> 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,<sup>157</sup> 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.<sup>158</sup>

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.<sup>159</sup> 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.

Nikisch zu Recht festgestellt hat<sup>160</sup> – 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.<sup>161</sup> In beiden Fällen erreicht der Tarifvertrag nicht sein Ziel, allen in seinem Geltungsbereich tätigen Gewerkschaftsmitgliedern auch tatsächlich den vereinbarten Mindeststandard zu sichern.<sup>162</sup> 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.<sup>162a</sup> 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.

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.<sup>163</sup>

(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.<sup>164</sup> 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.<sup>165</sup> Auch wenn man von diesem letzten Extremfall einmal absieht,<sup>166</sup> 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.

rechts zur Voraussetzung für eine Koalition im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG zu machen.<sup>167</sup>

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.