

SCHRIFTEN DES
DEUTSCHEN VEREINS FÜR INTERNATIONALES SEERECHT
REIHE A: BERICHTE UND VORTRÄGE

HEFT 87

PROF. DR. WILFRIED ERBGUTH

**DIE ZWEITREGISTERENTSCHEIDUNG
DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS
– Hintergrund, Würdigung und Konsequenzen
für die Schifffahrt –**

HAMBURG 1995

DIE ZWEITREGISTERENTSCHEIDUNG
DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS

- Hintergrund, Würdigung und Konsequenzen für die Schifffahrt -

Vortrag
von
Prof. Dr. Wilfried Erbguth,
Rostock

gehalten vor dem
Deutschen Verein für Internationales Seerecht
am 20. März 1995

Hamburg 1995

**DIE ZWEITREGISTERENTSCHEIDUNG
DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS**

- Hintergrund, Würdigung und Konsequenzen für die Schifffahrt - *

Prof. Dr. Wilfried Erbguth, Rostock

I. Einleitung

„Im Ostseefährdienst weht eine neue Flagge“¹. An sich keine besonders aufregende Schlagzeile, wenn sich dahinter nicht der Bericht einer Tageszeitung über die mit dem sog. „Heuer-Dumping“ verbundenen Probleme verbergen würde.

Jüngster Fall ist der Boykott der vor Hanko liegenden „Akademik Guber“ seitens der finnischen Seeleutegewerkschaft. Die Gewerkschaft wendet sich dagegen, daß die Heuer der ukrainischen Besatzung nur 200 US-Dollar pro Monat beträgt, während der von der Internationalen Transportarbeiterföderation (ITF) festgesetzte Mindestlohn erheblich höher liegt. Danach müßten die Seeleute zwischen 1100 und 3000 Dollar erhalten. Der finnische Boykott erfolgt in Abstimmung mit der Gewerkschaft für Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr (ÖTV) im Rahmen einer neuen Strategie der Zusammenarbeit zwischen den Gewerkschaften mit dem Ziel, den sich aus dem Anheuern von Seeleuten aus Billig-Lohn-Ländern ergebenden Wettbewerbsvorteil abzubauen. Inzwischen hat die Reederei eine einstweilige Verfügung gegen die finnische Seeleutegewerkschaft beantragt². Damit wird ein neues Kapitel im Streit um die Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Seeschifffahrt und der des deutschen Seemanns aufgeschlagen, das mit dem heutigen Thema, dem Urteil des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 10. Januar 1995 zum Internationalen Seeschiffregister,

* Vortrag anlässlich der Mitgliederversammlung des Deutschen Vereins für Internationales Seerecht am 20.03.1995 in Hamburg.

¹ Norddeutsche Neuste Nachrichten (NNN) v. 01.03.1995.

² NNN v. 07.03.1995.

nur einen vorläufigen Höhepunkt, keineswegs seinen Abschluß gefunden hat. Aber bleiben wir zunächst bei dem Urteil.

II. Hintergrund der Verfassungsgerichtsentscheidung

Worum ging es? Bekanntlich ist seit Jahren eine kontinuierliche Schrumpfung der Handelsschifftonnage unter deutscher Flagge zu verzeichnen. 1987 wurde von deutschen Reedern erstmals mehr Schiffstonnage unter fremder Flagge betrieben als unter der Bundesflagge³. Das bedeutet aber nur, daß die flaggenrechtliche Bindung an die Bundesrepublik Deutschland abgebrochen ist; wirtschaftlich stehen die ausgeflaggten Schiffe nach wie vor unter dem Einfluß ihrer früheren deutschen Eigentümer. Dies ist auf eine (zivilrechtliche) Konstruktion zurückzuführen, nach der der deutsche Eigner sein Schiff einer ausländischen Gesellschaft übereignet, die ihren Sitz oft in einem Billig-Flaggen-Land hat und die von dem deutschen Reedereiunternehmen oder dessen Gesellschaftern gegründet worden ist und wirtschaftlich abhängt. Üblich ist in diesem Zusammenhang eine nur treuhänderische Übertragung. Sichergestellt wird in dem zugrunde liegenden Vertrag außerdem, daß die deutsche Reederei die Verfügung über das Schiff behält⁴.

Die Gründe für die Flucht der deutschen Reeder und der Reeder anderer Industriestaaten in billige Flaggen sind wirtschaftlicher Natur. Neben dem außerordentlichen Konkurrenzdruck aufgrund der großen Überkapazitäten im Welt-schiffahrtsmarkt und dem Schiffsverkehrsprotektionismus einzelner Länder sind ins-

³ BT-Drucksache 11/2161.

⁴ *Breuer*, Gegenwartsfragen des Verhältnisses Reeder - Staat - Flagge, in: von Münch (Hrsg.), Staatsrecht - Völkerrecht - Europarecht, Festschrift für Schlochauer, 1981, S. 251 (271 f.); *Drobnig*, Billige Flaggen im Internationalen Privatrecht, in: *Drobnig/Basedow/Wolfrum*, Recht der Flagge und „Billige Flagge“ - Neuere Entwicklungen im Internationalen Privatrecht und Völkerrecht, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 31, 1990, S. 31 (35).

besondere die hohen Betriebskosten zu nennen⁵. Der Kostennachteil der deutschen Flagge beträgt nach einem von den Küstenländern in Auftrag gegebenen Gutachten des Bremer Instituts für Seeverkehrswirtschaft und -logistik insgesamt rund 800 Millionen DM pro Jahr. Davon entfielen allein 680 Millionen DM auf den Bereich der Personalkosten⁶. Angesichts dieser Zahlen war es naheliegend, den Hebel zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit bei den Personalkosten anzusetzen. Dazu, so der Vorschlag der deutschen Reeder, müsse ihnen die Möglichkeit geboten werden, ausländische Matrosen zu „Heimatheuern“ auf der Grundlage von Tarifverträgen mit den Heimatlandgewerkschaften anzuheuern.

Durch das Gesetz zur Einführung eines zusätzlichen Registers für Seeschiffe unter der Bundesflagge im internationalen Verkehr (Internationales Seeschiffahrtsregister - ISR) vom 23. März 1989⁷ wurde das Flaggenrechtsgesetz insofern geändert, als ein zusätzliches Seeschiffahrtsregister, das ISR, auch Zweitregister genannt, eingerichtet wurde. In das Internationale Schiffahrtsregister sind auf Antrag des Eigentümers Kauffahrteischiffe einzutragen, die zur Führung der Bundesflagge berechtigt sind und im internationalen Verkehr betrieben werden. Ende Februar 1994 waren 499 Schiffe mit 3,8 Mio. BRT/BRZ im Zweitregister eingetragen.

Die Eintragung in das Zweitregister hat Konsequenzen für die arbeitsrechtliche Stellung der auf dem Schiff beschäftigten Arbeitnehmer. So bestimmt der in das Flaggenrechtsgesetz neu eingefügte § 21 Abs. 4 S. 1, daß bei Anwendung der allgemeinen arbeitsrechtlichen Kollisionsnorm des Art. 30 EGBGB allein die

⁵ von Rantzau, *Flaggenwechsel in der Seeschifffahrt. Ursachen, Wirkungen und Konsequenzen aus ökonomischer und sozialer Sicht, Verkehrswissenschaftliche Studien*, Band 30, 1977, S. 220 ff.

⁶ Gutachten zur Untersuchung von Maßnahmen zur mittel- und langfristigen Sicherung der deutschen Seeschifffahrt des Bremer Instituts für Seeverkehrswirtschaft und -logistik, 1987, auszugsweise abgedruckt unter der Überschrift „Bremer Wissenschaftler stellen fest: Die deutsche Seeschifffahrt ist noch zu retten“, in: *DAG-Schifffahrt*, 1988, S. 19f.

⁷ BGBl. I, S. 550.

Tatsache, daß ein Schiff die Bundesflagge führt, nicht zur Anwendung deutschen Rechts führen soll. Nach der bis dahin herrschenden Meinung unterfielen Seearbeitsverträge der Regelanknüpfung nach Art. 30 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB⁸. Diese führte zur Anwendung des Rechts der Flagge, denn die Flaggenanknüpfung stellt eine spezielle Arbeitsortanknüpfung dar. Begründen läßt sich das Ergebnis damit, daß das Schiff gewöhnlich als der eigentliche Arbeitsort des Seemanns genau einem Staat spezifisch zugeordnet ist⁹. Dieser Auffassung wurde durch die „negativ einseitige Kollisionsnorm“ des § 21 Abs. 4 S. 1 FIRG der Boden entzogen.

Offen bleibt allerdings, welche zusätzlichen Voraussetzungen neben der Bundesflagge von Nöten sind, damit als Rechtsfolge die Anwendung des deutschen Seearbeitsrechts eintritt. Auch sagt das Gesetz nichts darüber aus, welche andere Rechtsordnung als die deutsche denn auf die Arbeitsverträge ausländischer Seeleute ohne Wohnsitz im Bundesgebiet anzuwenden sei. Dies bemißt sich auch weiterhin nach der allgemeinen Regel des Art. 30 Abs. 2, 2. Halbsatz EGBGB; danach ist auf die Gesamtheit aller maßgeblichen Umstände abzustellen. Solche Momente können neben der Flagge etwa Nationalität von Arbeitgeber und Arbeitnehmer, Ort des Vertragsschlusses, Vertragssprache, Zahlungsort und -modalitäten für die Heuer sein. Beim Anheuern von Seeleuten im Ausland ist insofern durchweg eine engere Verbindung zu dem ausländischen Staat gegeben, mit der Konsequenz der Anwendung fremden Arbeitsrechts auf ausländische Seeleute, insbesondere ihre Bezahlung nach den in vielen ihrer Heimatländer üblichen niedrigen Heimatheuern.

⁸ *Reithmann/Martiny*, Internationales Vertragsrecht, 4. Aufl., 1988, Rdn. 733; *Gamillscheg*, ZfA 14 (1983), 307 (342); *Däubler*, RIW 1987, 249 (251 f.); *Mankowski*, RabelsZ 53 (1989), 487 (496); *Geffken*, NZA 1989, 88 (91).

⁹ *Mankowski*, RabelsZ 53 (1989), 487 (501 ff.); *Basedow*, Billigflaggen, Zweitregister und Kollisionsrecht in der deutschen Schifffahrtspolitik, in: *Drobnig/Basedow/Wolfrum*, Recht der Flagge und „Billige Flagge“ - Neuere Entwicklungen im Internationalen Privatrecht und Völkerrecht, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 31, 1990, S. 75 (83).

Eine weitere Änderung des geltenden Arbeitsrechts sieht der Satz 2 des § 21 Abs. 4 FIRG vor. Danach soll deutsches Tarifrecht nur kraft ausdrücklicher Vereinbarung der Parteien gelten. Danach können die Reeder vermeiden, daß Kollektivvereinbarungen mit ausländischen Gewerkschaften deutschem Tarifrecht unterfallen.

Ferner wird in § 21 Abs. 4 S. 3 FIRG das Erfordernis einer Erstreckungsklausel vorgesehen, um die Seeleute i.S. des § 21 Abs. 4 S. 1 FIRG, also regelmäßig ausländische Seeleute, in den Genuß der Leistungen zu bringen, die in den von den deutschen Gewerkschaften abgeschlossenen Tarifverträgen vereinbart worden sind.

Flankiert wurde die Einrichtung des Zweitregisters durch Änderungen der Schiffsbesetzungsverordnung¹⁰ mit dem Ziel, qualifizierte Arbeitsplätze in der Schiffsführung Seeleuten aus Deutschland oder anderen EG-Staaten zu sichern. So sollen bestimmte Schlüsselpositionen auf deutschen Seeschiffen, namentlich die der Kapitäne und Schiffsoffiziere, aber auch einige Positionen im Mannschaftsbereich, ausschließlich mit Personen besetzt werden, die deutsche Befähigungsnachweise haben.

„Naturgemäß“ hat die Einführung des Zweitregisters eine heftige Kontroverse unter den betroffenen Interessengruppen, den Politikern der maßgeblichen Parteien in Bund und Ländern sowie in der interessierten übrigen Fachwelt ausgelöst¹¹. Einen Schwerpunkt der Diskussion bildete die Frage der Verfassungskonformität des neu eingefügten § 21 Abs. 4 FIRG. So war es keine Überraschung und ist heutzutage (leider) der Regelfall, daß die im politischen Streit unterlegene Partei ihr „Heil“ in Karlsruhe beim Bundesverfassungsgericht suchte.

¹⁰ Verordnung vom 29.05.1989, BGBl. I, S. 1010.

¹¹ Informativ dazu *Werbke*, Die neue Rechtslage nach der Einführung des Internationalen Schiffsregisters, Schriften des Deutschen Vereins für Internationales Seerecht, Reihe A: Berichte und Verträge, Heft 69, Hamburg 1989.

III. Inhalt und Würdigung der Verfassungsgerichtsentscheidung

Wie in diesem Kreis bekannt sein dürfte, sind die Normenkontrollklage des Senats der Freien Hansestadt Bremen und der Landesregierung von Schleswig-Holstein sowie die Verfassungsbeschwerden der Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr und der Deutschen Angestelltengewerkschaft im wesentlichen ohne Erfolg geblieben. § 21 Abs. 4 S. 1 und 2 FIRG ist mit dem Grundgesetz vereinbar. Einzig § 21 Abs. 4 S. 3 FIRG verstößt gegen Art. 9 Abs. 3 des Grundgesetzes und ist damit nichtig.

Wie kam das Bundesverfassungsgericht zu diesem Ergebnis? Bei einer ersten Analyse des Urteils fällt auf, daß sich das Bundesverfassungsgericht - im Gegensatz zu den bisherigen Stellungnahmen in der Literatur zur Verfassungsmäßigkeit des Zweitregisters - schwerpunktmäßig der Prüfung des Art. 9 Abs. 3 GG widmet. Die verfassungsrechtliche Kontrolle bezüglich Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 und 3 GG fällt hingegen deutlich knapper aus.

1. Art. 9 Abs. 3 GG

Die Prüfung des Art. 9 Abs. 3 GG verläuft in traditionellen Bahnen. Zunächst wird festgestellt, daß die Norm nicht nur natürlichen und juristischen Personen die Freiheit gewährt, sich zu Koalitionen zusammenzuschließen, sondern auch Koalitionen als solche schützt. Dieser Schutz erstreckt sich auf den Bestand und die Betätigung der Koalitionen als kollektive Zusammenschlüsse zum Zweck der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Dazu gehört als spezifisch koalitionsmäßige Betätigung insbesondere der Abschluß von Tarifverträgen für die Mitglieder. Es begegnet keinen Bedenken, wenn das Bundesverfassungsgericht lapidar feststellt, daß dieser Schutzbereich durch die angegriffene Regelung berührt wird.

Umfangreichere Ausführungen finden sich hingegen bezüglich der Eingriffsqualität des § 21 Abs. 4 S. 1 und 2 FIRG. Insoweit ist zunächst bedeutsam, daß es sich bei Art. 9 Abs. 3 GG um ein Grundrecht mit einem sogenannten normgeprägten Schutzbereich handelt¹². Bei diesem ist der einzelne zum Grundrechtsgebrauch nicht schon durch seine Natur und auch nicht durch seine gesellige Natur, sondern erst durch die Rechtsordnung im Stande¹³. Bei den Grundrechten mit normgeprägten Schutzbereichen wird stets das Problem sichtbar, daß sie einerseits auf Ausgestaltung oder Prägung durch den Gesetzgeber angelegt sind, andererseits aber Grundrechte an sich dem Staat vorausliegen und ihn verpflichten sollen¹⁴. Ungeklärt ist, ob eine zulässige Grundrechtsausgestaltung eine Grundrechtsbeeinträchtigung ausschließt, also bereits auf der Stufe der Beeinträchtigung zum Tragen kommt, oder ob die Ausgestaltung eine zusätzliche Rechtfertigung von Grundrechtsbeeinträchtigungen bildet¹⁵. Auf ersteres, also den Ausschluß einer Grundrechtsbeeinträchtigung, deuten verschiedentliche Formulierungen des Bundesverfassungsgerichts hin.

Diese Sichtweise wird auch im Zweitregisterurteil bestätigt, wenn das Gericht zum einen darauf hinweist, daß der Koalitionsfreiheit zur Wahrung verfassungsrechtlich geschützter Güter Schranken gesetzt werden können, dies allerdings eine Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers nicht ausschließt, soweit er Regelungen trifft, die erst die Voraussetzungen für die Wahrnehmung des Freiheitsrechts bilden.

Welche Begründung legt das Bundesverfassungsgericht nun vor, um § 21 Abs. 4 S. 1 und 2 FIRG eine die Effektivität der Grundrechtsausübung sichernde Rolle zukommen zu lassen? Die These des Gerichts lautet, ohne die Bereitstellung des

¹² Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 3. Aufl., 1995, Art. 9 Rdn. 33.

¹³ Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, 10. Aufl., 1994, Rdn. 226.

¹⁴ Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, 10. Aufl., 1994, Rdn. 230.

¹⁵ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 3. Aufl., 1995, Vorb. vor Art. 1 Rdn. 25.

Zweitregisters werden die deutschen Reeder durch das Ausflaggen ihrer Schiffe diese der deutschen Rechtsordnung gänzlich entziehen, ohne daß dem deutschen Gesetzgeber wirksame Mittel zur Verfügung stünden, jenen Trend aufzuhalten. Bezogen auf Art. 9 Abs. 3 GG würde eine Totalausflagung die Konsequenz nach sich ziehen, daß seine Anwendung für den Bereich der Hochseeschifffahrt auf Null reduziert werden würde; für die deutsche Seeleute ersetzenden Arbeitskräfte aus Billiglohn-Ländern kämen keine oder nur Tarifverträge zu Heimatbedingungen zustande. Ein ganzes Tarifgebiet würde aus dem System der innerstaatlichen Wirtschaftsbeziehungen herausgebrochen. Demgegenüber werde durch das Zweitregister ein Anwendungsfeld für Art. 9 Abs. 3 GG im Bereich der Hochseeschifffahrt gesichert, allerdings um den Preis einer Minimierung des Grundrechtsstandards.

Erscheint diese vom Bundesverfassungsgericht gegebene Begründung für die Zulässigkeit der vorgenommene Ausgestaltung des Art. 9 Abs. 3 GG aufgrund des internationalen Bezuges und der damit verbundenen erhöhten Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers noch überzeugend, so sind rechtsdogmatische Bedenken angezeigt, wenn das Gericht im weiteren verfassungskonforme Begrenzungen des Schutzbereichs von Art. 9 Abs. 3 GG in bestimmten Zielen findet. Dabei nennt es beispielsweise das Interesse des deutschen Außenhandels an der Erhaltung einer leistungsfähigen Handelsflotte, auf die auch in Krisenfällen zurückgegriffen werden kann, die Fortgeltung deutscher Sicherheitsvorschriften sowie deutschen Sozialversicherungsrechts, das Wirken gegen eine Verschmutzung der Weltmeere und andere Umweltschäden, die Sicherung der deutschen Ausbildung in seemännischen Berufen und die Sicherheit des Schiffsverkehrs. Die Reichweite zulässiger Ausgestaltung dürfte damit überspannt sein; der Unterschied zur Grundrechtsbeeinträchtigung schwimmt völlig und die Bestimmtheit der Reichweite des Schutzbereichs ist gefährdet. Diese Aspekte sind vielmehr im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs unter dem Gesichtspunkt von verfassungsimmanenten Schranken bzw. von kol-

lidierendem Verfassungsrecht zu erörtern. Hierbei handelt es sich um Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtsgüter.

Das Bundesverfassungsgericht hätte sich also entscheiden müssen: entweder zulässige Ausgestaltung unter dem Gesichtspunkt Effektivierung der Koalitionsfreiheit, d.h. in unserem Fall (leider) nur Erhaltung eines Minimums an Koalitionsfreiheit, oder Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG, der möglicherweise unter Berücksichtigung von kollidierendem Verfassungsrecht gerechtfertigt ist. Diese Sichtweise hat natürlich auch Auswirkungen auf die in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einzubringenden Ziele. Daß die Ausgestaltung eines normgeprägten Grundrechts ihrerseits verhältnismäßig sein muß, entspricht herrschender Dogmatik¹⁶. Die Ausgestaltung hat sich am Normziel des Art. 9 Abs. 3 GG zu orientieren und darf die Parität der Tarifparteien nicht verfälschen. Die Einstellung sonstiger öffentlicher Interessen erscheint aber auch hier problematisch.

Während die Verhältnismäßigkeit in Bezug auf S. 1 und 2 des § 21 Abs. 4 FIRG bejaht wird, wertet das Bundesverfassungsgericht das durch S. 3 normierte Erfordernis einer Erstreckungsklausel als unzumutbar und daher verfassungswidrig. Auch insoweit bleibt die dogmatische Verankerung des Prüfungsansatzes, Schutzbereich oder verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs, vage. Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich dogmatisch um eine unverhältnismäßige Ausgestaltung des Schutzbereichs von Art. 9 Abs. 3 GG. Die Begründung des Bundesverfassungsgerichts für die Unzumutbarkeit überzeugt dagegen; durch die Verpflichtung der deutschen Gewerkschaften, in den Tarifverhandlungen eine Erstreckungsklausel im Sinne von § 21 Abs. 4 S. 3 FIRG gesondert durchzusetzen, um ihre eigenen Mitglieder unter den Seeleuten in den Genuß der im Tarifvertrag vereinbarten Leistungen zu bringen, wird zu Lasten der Ge-

¹⁶ vgl. nur *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Stand: Dezember 1992, Art. 9 Rdn. 271; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 3. Aufl., 1995, Art. 9 Rdn. 34.

werkschaften ein Regel-Ausnahme-Verhältnis begründet und damit die Parität der Tarifvertragsparteien gestört.

2. Art. 12 Abs. 1 GG

Das Bundesverfassungsgericht prüft Art. 12 Abs. 1 GG zum einen in seiner Funktion als Abwehrrecht des Bürgers gegen den Staat und zum anderen in seiner Ausprägung als staatliche Schutzpflicht.

Keine genaue Festlegung trifft das Gericht hinsichtlich der Einstufung der Maßnahme als Berufsausübungs- oder Berufswahlregelung. Diese hängt davon ab, ob die Ausübung eines Berufs oder einer bloßen Berufsmodalität ausgeschlossen wird¹⁷. Die beschränkte Zulassung als Kassenarzt wäre etwa eine Wahlregelung, wenn die Rechtsprechung im Kassenarzt nicht nur die Modalität des Berufs Arzt sehen würde¹⁸. 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 Rolle¹⁹. Das Bundesverfassungsgericht läßt die Frage offen, weil selbst für den Fall einer Beschränkung der Berufswahl diese noch mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar wäre; denn die Regelung ist in Verbindung mit der Schiffsbesetzungsverordnung darauf angelegt ist, deutschen Seeleuten (auch im Bereich der Mannschaften) angesichts der Ausfluggungsalternative zumindest einen gewissen Anteil an Arbeitsplätzen zu erhalten.

Des weiteren prüft das Bundesverfassungsgericht, ob der Gesetzgeber seine Schutzpflicht gegenüber den Seeleuten aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt hat. Da es

¹⁷ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 3. Aufl., 1995, Art. 12 Rdn. 22.

¹⁸ BVerfGE 11, 30 (41); 12, 144 (147).

¹⁹ BVerfGE 13, 181 (186); 30, 292 (313).

dies im Ergebnis verneint, kann es offenlassen, ob eine Schutzpflicht vorliegend überhaupt besteht.

Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten bildet den Mittelpunkt der aktuellen Diskussion um objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte²⁰. Hier wird die Erweiterung der klassischen Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat am offensichtlichsten. Schutzpflichten legen dem Staat auf, den einzelnen Bürger vor Ein- oder Übergriffen in seine Rechtssphäre durch andere private Dritte zu schützen und durch positive Maßnahmen eine Rechtsgutverletzung zu vermeiden. Er soll sich - in der Diktion des Bundesverfassungsgerichts - „schützend und fördernd“ vor die Grundrechte stellen²¹. Fraglich ist aber, mit welcher Intensität und Genauigkeit sich konkrete Handlungspflichten des Gesetzgebers aus der Verfassung ableiten lassen, deren Einhaltung vom Bundesverfassungsgericht dann überprüft werden kann. Hier ist Zurückhaltung geboten, um den Weg vom parlamentarischen Gesetzesstaat zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat - wie *Böckenförde* eindrucksvoll formuliert hat²² - nicht zu beschleunigen. Die Schutzpflicht ist zum einen Handlungsnorm für Legislative und Exekutive, zum anderen Kontrollnorm der Judikative. Doch die Kontrollnorm bleibt an Umfang und Dichte hinter der Handlungsnorm zurück. Der praktische Interpretationsvorrang liegt im System der demokratischen Gewaltenteilung bei der Legislative²³. Insofern kann lediglich das „Ob“, nicht jedoch das „Wie“

²⁰ vgl. nur *Diellein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992; *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987; *Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rdn. 77 ff., 86 ff.; *S. König*, Drittschutz, 1993, S. 199 ff.

²¹ BVerfGE 39, 1 (41 ff.).

²² *Böckenförde*, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1990.

²³ *Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rdn. 162.

der Erfüllung der Schutzpflicht als grundrechtsgeboten qualifiziert werden²⁴. Die Schutzpflicht legt dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers allein ein dem Übermaßverbot des Abwehrrechts korrelierendes „Untermaßverbot“²⁵ auf²⁶.

Wenn das Bundesverfassungsgericht in der kürzlich ergangenen Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch dem zur Neuregelung verpflichteten Gesetzgeber außerordentlich detaillierte Vorgaben macht - und damit die Schutzpflicht möglicherweise überdehnt -, so wird es in der vorliegenden Entscheidung dem - selbst aufgestellten - Postulat der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers gerecht. Dergestalt skizziert das Gericht zunächst die Voraussetzungen des Grundrechtsgebrauchs, die von Umständen abhängen, die aufgrund ihrer Internationalität von der deutschen öffentlichen Gewalt nicht oder zumindest nicht grundlegend beeinflußt werden können.

Einen ebenfalls nur unter engen Voraussetzungen überprüfbaren Handlungsspielraum erkennt das Bundesverfassungsgericht für den Einsatz von Haushaltsmitteln an. Innerhalb dieses so gesteckten Rahmens sieht das Gericht die Bandbreite der Möglichkeiten ausgeschöpft, wobei es zum einen auf die umfangreichen Finanzmittel und Steuervorteile verweist und zum anderen die Änderung der Schiffsbesetzungsverordnung, die qualifizierte Positionen für deutsche Seeleute auf den Zweitregisterschiffen offenhält, ins Feld führt.

²⁴ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19. Aufl., 1993, Rdn. 350; Dreier, Jura 1994, 505 (513).

²⁵ Soweit ersichtlich wurde dieser Begriff erstmals von *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 (228) verwandt.

²⁶ BVerfGE 88, 203 (254); *Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rdn. 165.

3. Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG

Kern der verfassungsrechtlichen Überprüfung des § 21 Abs. 4 S. 1 und 2 FIRG am Maßstab der Menschenwürde und der allgemeinen Handlungsfreiheit bildet die Frage, inwieweit die Öffnung gegenüber der Anwendung fremder Rechtsordnungen auf deutschen Schiffen, für die nun der Weg freigemacht worden ist, zulässig ist. In diesem Zusammenhang sind zwei Problemstellungen zu unterscheiden. Zum einen gilt es zu klären, ob die Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht so weit gehen kann, eine pauschale Würdigung ausländischer Rechtsordnungen hinsichtlich ihrer Verfassungskonformität vorzunehmen. Einer solchen Prüfung stünde die internationale Offenheit und Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes entgegen. Das Bundesverfassungsgericht ist somit auf die Kontrolle beschränkt, ob die Entscheidung für ein bestimmtes Regelungsprinzip, insbesondere die Auswahl der Anknüpfungspunkte, mit dem Grundgesetz vereinbar ist²⁷.

Zum anderen ist das Verhältnis der ausländischen Rechtsvorschriften und darauf gegründeten Vereinbarungen zur deutschen Rechtsordnung abzustecken²⁸. Denkbar erscheint, daß Grundrechte, die dem deutschen materiellen Privatrecht gegenüber durchgreifen, auch ausländisches materielles Privatrecht, das ihnen widerspricht, unanwendbar machen. Grund solcher Wirkung der Grundrechte wäre ihr Gewicht als unverzichtbare Forderungen der materiellen Gerechtigkeit. Da aber die materiell-privatrechtliche (sachliche) Gerechtigkeit der internationalprivatrechtlichen (räumlichen) nachgeht²⁹, wird das deutsche Wesen mithin nicht allen und überall aufdrücken, wirken die Grundrechte auf (vom Internationalen Privatrecht berufenes) Auslandsrecht nicht so schroff wie gegenüber Inlands-

²⁷ BVerfGE 31, 58 (73).

²⁸ BVerfGE 31, 58 (73 ff.).

²⁹ *Kegel*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl., 1987, S. 81.

recht. Vielmehr muß im Einzelfall geprüft werden, ob und inwieweit ein Grundrecht die Anwendung ausländischen Rechts hindert³⁰. Vorliegend weist das Bundesverfassungsgericht „prophylaktisch“ daraufhin, daß deutsche Gerichte bei der Anwendung ausländischen Privatrechts die Grundrechte in jenem Sinne zu beachten haben, weil die Durchsetzung unabdingbarer deutscher Grundrechtsstandards bereits einfach-gesetzlich aus der ordre public-Klausel des Art. 6 EGBGB folge.

4. Art. 3 Abs. 3 GG

Die Prüfung des Art. 3 Abs. 3 GG wird vom Bundesverfassungsgericht zu recht knapp abgehandelt. Es entspricht seiner ständigen Rechtsprechung, daß der Begriff „Heimat“ keineswegs mit dem Wohnsitz oder dem gewöhnlichen Aufenthaltsort zusammenfällt³¹, sondern die örtliche Herkunft meint³². Somit besteht für die durch § 21 Abs. 4 S. 1 FIRG ermöglichte Anknüpfung an den Wohnsitz oder tatsächlichen Aufenthaltsort kein Differenzierungsverbot.

5. Art. 3 Abs. 1 GG

Als juristisch delikater erweist sich hingegen die Vorgehensweise des Gerichts bei Art. 3 Abs. 1 GG. Die rechtswissenschaftliche Diskussion über Inhalt und Bedeutung des Art. 3 GG hat in den 80er Jahren ein „Comeback“ erfahren. Zurückzuführen ist dies auf die sich ausbreitende Kritik an den mangelnden Konturen der - und dies ist durchaus doppeldeutig gemeint - „Willkür-Rechtsprechung“ des Bundesverfassungsgerichts. Bekanntlich gipfelte die Debatte in der Behandlung des Gleichheitssatzes auf der Staatsrechtslehrertagung 1988³³. Die Lehre

³⁰ BVerfGE 31, 58 (77).

³¹ BVerfGE 38, 128 (135); 48, 281 (287).

³² BVerfGE 5, 17 (22); 48, 281 (287 f.)

³³ VVDStRL 47 (1989), 7 ff.

vom Willkürverbot sah sich folgenden zwei Einwänden ausgesetzt: Zum einen wird ihr die mangelnde Griffigkeit und rationale Nachprüfbarkeit entgegengehalten; zum anderen findet sich bemängelt, daß die Rechtsprechung zu einer Ver selbständigung des Willkürverbots von Art. 3 Abs. 1 GG führe und im Rahmen jener Willkürprüfung eine allgemeine Gerechtigkeitskontrolle stattfinde³⁴.

Diese Kritik hat sich insofern durchgesetzt, als nunmehr eine Änderung der Rechtsprechung, insbesondere seitens des Ersten Senats, zu beobachten ist³⁵. In seinen jüngeren Judikaten findet sich inzwischen die Aussage, daß sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber ergeben, die vom bloßen Willkürverbot bis hin zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitsanforderungen reichen. Die Abstufung der Anforderungen folge aus Wortlaut und Sinn des Art. 3 Abs. 1 GG sowie aus seinem Zusammenhang mit anderen Verfassungsnormen. Bei Regelungen, die Personengruppen verschieden behandeln oder die sich auf die Wahrnehmung von Grundrechten nachteilig auswirken, prüft der Senat demzufolge im einzelnen, ob für die vorgesehene Differenzierung Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können³⁶.

Im Verhältnis zur früheren „Willkürklausel“³⁷ bedeutet jene neuere Rechtsprechung eine Erhöhung der Kontrolldichte durch inhaltlich klarere Maßstäbe³⁸. Es

³⁴ Dazu eingehend *Gusy*, JuS 1982, 30 (34 f.); *Stein*, in: AK I, 2. Aufl., 1989, Art. 3 Rdn. 29 ff.

³⁵ Dazu *Schoch*, DVBl. 1988, 863 (875); *Maaß*, NVwZ 1988, 14 ff.; *Robbers*, DÖV 1988, 749 (751 ff.).

³⁶ BVerfGE 82, 126 (146).

³⁷ BVerfGE 1, 14 (52).

³⁸ *Hesse*, AöR 109 (1984), 174 (188); *Wendt*, NVwZ 1988, 778 (781); *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GGK I, 4. Aufl., 1992, Art. 3 Rdn. 14.

findet eine Ausdehnung der verfassungsgerichtlichen Überprüfung auf die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes statt³⁹.

Ungeklärt ist aber nach wie vor, inwieweit das Gericht die Einzelausprägungen des Übermaßverbots, also Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit, kontrolliert. Während im Schrifttum teilweise eine vollständige Verhältnismäßigkeitsprüfung gefordert wird⁴⁰, begnügen sich andere mit der Prüfung der Geeignetheit und Angemessenheit⁴¹. Auf den Grundsatz der Erforderlichkeit wird verzichtet, weil es nicht darauf ankommen könne, ob das Differenzierungskriterium das „mildeste“ Mittel darstelle oder andere Kriterien dem Ziel besser hätten dienen können; ansonsten würde der Gesetzgeber zu weitgehend eingeschränkt. Das Bundesverfassungsgericht formuliert verschiedentlich, daß das zur Erreichung des sachgerechten Ziels eingesetzte Mittel angemessen sein muß⁴². Der darin liegenden erhöhten Kontrolldichte korrespondiert eine Einschränkung der vom Bundesverfassungsgericht ständig betonten Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers⁴³. Dadurch werden die Gleichheitsgrundrechte den Freiheitsgrundrechten sehr stark angenähert⁴⁴.

Auch die Zweitregisterentscheidung liegt auf dieser Linie, indem sie sich an das neue Schema für die Gleichheitsprüfung hält. In einem ersten Schritt erfolgt die Feststellung der Unterschiede, wobei es auf das Differenzierungskriterium (*tertium comparationis*) und das Differenzierungsziel ankommt. Differenzie-

³⁹ BVerfGE 70, 230 (240 f.); 71, 146 (156); Sondervotum *Katzenstein*, BVerfGE 74, 28 (30); *Hesse*, AöR 109 (1984), 174 (189), *Robbers*, DÖV 1988, 749 (751 f.).

⁴⁰ *Schoch*, DVBl. 1988, 863 (874); *Kloepfer*, Gleichheit als Verfassungsfrage, 1980, S. 62 f.; *Alexy*, Theorie der Grundrecht, 1985, S. 391 Fn. 91; *Wendt*, NVwZ 1988, 778 (785).

⁴¹ *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GGK I, 4. Aufl., 1992, Art. 3 Rdn. 29.

⁴² BVerfGE 51, 1 (24); 81, 208 (224).

⁴³ BVerfGE 17, 319 (330; 50, 177 (191)).

⁴⁴ Konsequenz zu Ende geführt hat diesen Ansatz *Kloepfer* durch die Übernahme des Prüfungsschemas der Freiheitsgrundrechte auf das Gleichheitsrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG, *Kloepfer*, Gleichheit als Verfassungsfrage, 1980, S. 56 ff., 64.

rungskriterium ist Wohnsitz oder ständiger Aufenthalt der Seeleute, weil sich daran die Geltung des jeweiligen (deutschen oder ausländischen) Arbeitsvertragsstatuts bemißt. Es kommt somit zu einer Ungleichbehandlung verschiedener Gruppen von Seeleuten auf den im Zweitregister eingetragenen Schiffen. Differenzierungsziel ist das Zurückdrängen der Ausflagung durch die Schaffung einer Möglichkeit für die Reeder, die Personalkosten zu senken. In einem zweiten Schritt findet eine Bewertung dahingehend statt, ob Art und Gewicht der festgestellten Unterschiede die rechtliche Ungleichbehandlung rechtfertigen - oder anders ausgedrückt, ob ein angemessenes Verhältnis zwischen dem Differenzierungskriterium und dem Differenzierungsziel besteht.

Da die Ungleichbehandlung an personenbezogene Merkmale anknüpft, wendet das Bundesverfassungsgericht einen strengen Prüfungsmaßstab an. Insofern kommt es zu dem Ergebnis, daß die Anknüpfung an den Wohnsitz oder ständigen Aufenthaltsort darin seine Berechtigung findet, daß die Betroffenen zu dem Recht ihres Aufenthaltsortes in der Regel ein besonders enges Verhältnis haben. Auch die Durchbrechung des Prinzips „gleiche Arbeit, gleicher Lohn“ finde in den geringeren Lebenshaltungskosten der jeweiligen Heimatländer ihre Rechtfertigung. Diesbezüglich sei nur fragend angemerkt, ob die auf die Lebenshaltungskosten am Wohnsitz abgestimmte Heuer nicht faktisch dazu führt, daß die ausländischen Seeleute an ihr Schiff gefesselt werden, weil sie einen Landgang in Ländern mit gegenüber ihrem Heimatland höherem Preisniveau nicht finanzieren können. Insgesamt stellt das Gericht aber zurecht auf den starken Auslandsbezug des Sachverhalts und die besonderen Bedingungen der internationalen Handelsschifffahrt ab. Deshalb schlägt der Ansatzpunkt einer erhöhten Kontrolldichte im Ergebnis nicht durch.

6. Art. 27 GG

Art. 27 GG wird im Urteil des Bundesverfassungsgerichts nur am Rande erwähnt. Im Rahmen der Abwägung von Art. 9 Abs. 3 GG läßt es offen, ob die Erhaltung einer deutschen Handelsflotte sogar durch Art. 27 GG den Rang eines verfassungsrechtlich geschützten Gutes erhält. Diese Überlegungen gehen auf neuere Untersuchungen im Schrifttum zurück, die aus Art. 27 GG sogar eine verfassungsrechtliche Einrichtungsgarantie bezüglich der deutschen Handelsflotte herleiten⁴⁵.

Eine solche Betrachtungsweise widerspricht bereits der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung für eine staatsferne, also privatwirtschaftliche Seeschifffahrt. Der Wortlaut des Art. 27 GG setzt zwar die Existenz von Schiffen unter deutscher Flagge voraus, fordert aber nicht den Schutz ihres Bestandes⁴⁶. Ferner erscheint es schwierig, zu bestimmen, welche Minimalstandards gegebenenfalls zu gewährleisten wären. Überdies bietet die Entstehungsgeschichte für eine solche Interpretation keine Anhaltspunkte⁴⁷. Schließlich sieht sich selbst das institutionelle *Grundrechtsverständnis* nach wie vor Einwänden ausgesetzt; manche sprechen gar von einer „Fehlentwicklung“⁴⁸: Schon der Begriff der Institution ist kaum gesichert zu erfassen; des weiteren besteht die Tendenz zur Absicherung des jeweiligen status quo und letztendlich wird zurecht die Gefahr einer Verrin-

⁴⁵ Dörr, Die deutsche Handelsflotte und das Grundgesetz, 1988, S. 150 ff.; Däubler, Das zweite Schiffsregister, 1988, S. 35 f.; Schiedermaier/Dörr, Der Schutz der deutschen Handelsflotte, Ein Rechtsgutachten für die Gewerkschaft ÖTV, 1984, S. 36 f.; demnächst *Erbguth*, in: Sachs (Hrsg.) GG, Kommentar, 1995, Erl. zu Art. 27.

⁴⁶ Basedow, Billigflaggen, Zweitregister und Kollisionsrecht in der deutschen Schifffahrtspolitik, in: Drobniß/Basedow/Wolfrum, Recht der Flagge und „Billige Flagge“ - Neuere Entwicklungen im Internationalen Privatrecht und Völkerrecht, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 31, 1990, S. 75 (107).

⁴⁷ Basedow, Billigflaggen, Zweitregister und Kollisionsrecht in der deutschen Schifffahrtspolitik, in: Drobniß/Basedow/Wolfrum, Recht der Flagge und „Billige Flagge“ - Neuere Entwicklungen im Internationalen Privatrecht und Völkerrecht, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 31, 1990, S. 75 (107).

⁴⁸ Merten, *VerwArch.* 73 (1982), 103 (109).

gerung des individuellen Grundrechtsverständnisses gesehen⁴⁹. Die vormalige Euphorie hinsichtlich institutioneller Sichtweisen weicht vermehrter Skepsis⁵⁰.

IV. Ausblick

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts bestätigt weitgehend die momentan bestehende Rechtslage. In der Praxis geht es seit dem 10. Januar 1995 nicht mehr um „Sein oder Nichtsein“ des Internationalen Seeschiffahrtsregisters; vielmehr werden die Tarifparteien bemüht sein, einen Interessenausgleich herzustellen. Ein solcher könnte darin bestehen, jeweils eigenständige Tarifverträge für die (deutschen) Offiziere und die (ausländischen) Mannschaften zu schließen. Dadurch würden zwar die Möglichkeiten, die der Gesetzgeber den Reedern eingeräumt hat, nicht vollständig ausgenutzt. Dies wäre aber ohnehin nur gegen den Widerstand der Gewerkschaften möglich, wie das Beispiel des Boykotts der „Akademik Guber“ zeigt.

Zur Zeit noch „Zukunftsmusik“ ist die Einführung eines über die bisherigen EU-ROS-Entwürfe⁵¹ hinausgehenden Gemeinschaftsregisters, welches eine einheitliche Flaggenhoheit der EU-Mitglieder gegenüber sämtlichen EU-Schiffen ermög-

⁴⁹ Böckenförde, NJW 1974, 1529 (1533); Windhorst, Verfassungsrecht I, 1994, § 4 Rdn. 46; von Münch, in: in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GGK I, 4. Aufl., 1992, Vorb. Art. 1-19 Rdn. 24.

⁵⁰ So pointiert auch von Münch, in: in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GGK I, 4. Aufl., 1992, Vorb. Art. 1-19 Rdn. 24.

⁵¹ Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Einrichtung eines Gemeinschafts-Schiffsregisters und über das Führen der Gemeinschaftsflagge durch Seeschiffe (Abl. C 263/11 v. 16.10.1989). Der Vorschlag ist von der Kommission dem Rat am 02.08.1989 vorgelegt worden (Abl. C 263/11 v. 16.10.1989). Ein geänderter Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Einrichtung eines Gemeinschafts-Schiffsregisters und über das Führen der Gemeinschaftsflagge durch Seeschiffe (Abl. C 19/10 v. 25.01.1992) ist von der Kommission am 13.12.1991 gemäß Art. 149 Abs. 3 EWGV vorgelegt worden. Das Parlament hat den Rat in seiner Entschließung vom 16.09.1993 aufgefordert, diesen Vorschlag der Kommission anzunehmen (Abl. C 268/171 v. 04.10.1993).

lichen würde. Freilich wäre dem Konkurrenzdruck der Billigflaggen-Länder dadurch auch nicht abgeholfen.

Als Resümee läßt sich festhalten, daß durch das Zweitregister, dessen Verfassungsmäßigkeit uns nun bestätigt wurde, nicht alle Schwierigkeiten der deutschen Handelsschifffahrt gelöst sind. Ein bezeichnendes Licht wirft hierauf die kürzliche Erklärung des deutschen Zweitregisters zur Billigflagge durch die Internationale Transportarbeiterföderation⁵². Insgesamt gesehen verbleibt daher ein gewisser Beigeschmack. Allerdings hatte der Gesetzgeber, so sah es wohl auch das Bundesverfassungsgericht, nur die Wahl zwischen Pest oder Cholera, d.h. zwischen Totalausflagung oder Zweitregister.

⁵² NNN (Fn. 1) v. 17.03.1995.