

Lauprecht Postfach 3107 D-24030 Kiel

Bundesverband der See- und Hafenlotsen e. V.  
Adolph-Woermann-Haus  
Palmaille 29  
22767 Hamburg

Unser Zeichen

**199/22WA10**  
/Ja/Ko

Sekretariat

Frau Kostezki

Kontakt

0431/59009-30

Datum

29.11.2023

## Sicherung der Funktionsfähigkeit des deutschen Seelotsenwesens / Reform von § 35 SeeLG

Sehr geehrter Herr Jepsen,

wir nehmen Bezug auf die gemeinsamen Besprechungstermine vom 23.02.2022 und 18.11.2022. Sie berichteten uns von verschiedenen Problemfeldern, mit denen die Seelotsen in Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit konfrontiert sind. Dies betrifft insbesondere die Frage einer gesicherten Einkommenssituation, für die es sowohl akute, als auch in der Zukunft potentielle Bedrohungen des Berufsstandes gibt.

Einziges „Auffangnetz“ ist insoweit § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG, der regelt, dass sofern und soweit auf einem Seelotsenrevier das tarifliche Lotsgeld-Soll-Aufkommen nicht erreicht wird, die Mindereinnahmen auf Antrag einer Lotsenbrüderschaft zwischen den einzelnen Lotsenbrüderschaften auszugleichen sind. Dies zu organisieren, ist nach der gesetzlichen Konzeption Aufgabe der Bundeslotsenkammer. Nach Ihrer Einschätzung sowie praktischen Erfahrung, ist dieser Ausgleichsmechanismus jedoch als völlig unzureichend und zudem in der Praxis nicht funktionsfähig zu bezeichnen. Sie baten daher um Prüfung der Frage, ob eine staatliche Sicherung des Seelotsenwesens, d.h. die Gewährleistung eines gewissen (Mindest-)Einkommens der Seelotsen, rechtlich geboten ist. Falls ja, stellt sich die Frage, an welchen Maßstä-

**Dr. iur. Gottfried Lauprecht**  
(bis 2000)

**Michael Kohlhaas**  
(bis 2012)

**Prof. Dr. agr. Karsten Witt**  
Rechtsanwalt, Notar a. D.

**Dr. iur. Detlev Behrens**  
Rechtsanwalt,<sup>7</sup> Notar a. D.

**Dr. iur. Andreas Piltz**  
Rechtsanwalt,<sup>1</sup> Notar a. D.,  
Steuerberater

**Dr. iur. Birger Thomsen**  
Rechtsanwalt,<sup>4,12</sup> Notar

**Dr. iur. Knut Weigle**  
Rechtsanwalt,<sup>2,9</sup> Notar

**Dr. iur. Tilman Giesen**  
Rechtsanwalt,<sup>13</sup> Notar

**Jens Fickendey-Engels**  
Rechtsanwalt,<sup>1,13</sup> Notar

**Dr. iur. Frank Martens**  
Rechtsanwalt,<sup>6,7</sup> Notar

**Johannes Ruppert**  
Rechtsanwalt,<sup>7,10</sup> Notar

**Dr. iur. Daniel Ihonor**  
Rechtsanwalt,<sup>3,5</sup> Notar

**Dr. iur. Patrick Wüchner**  
Rechtsanwalt<sup>11</sup>

**Dr. iur. Stefan Kabelitz**  
Rechtsanwalt,<sup>8</sup> Zertifizierter,  
Datenschutzbeauftragter (TÜV)

**Dr. iur. Marten Waller**  
Rechtsanwalt<sup>13</sup>

**Dr. iur. Jonathan Hinze**  
Rechtsanwalt

Lorentzendamm 36  
D-24103 Kiel  
Postfach 3107, D-24030 Kiel  
Fon 04 31 - 590 09-0  
Fax 04 31 - 590 09-81  
mail@lauprecht-kiel.de  
www.lauprecht-kiel.de  
USt-ID-Nr. DE 134 833 790

Fachanwälte für

- 1 Agrarrecht
- 2 Arbeitsrecht
- 3 Bank- u. Kapitalmarktrecht
- 4 Bau- u. Architektenrecht
- 5 Erbrecht
- 6 Gewerblichen Rechtsschutz
- 7 Handels- u. Gesellschaftsrecht
- 8 Informationstechnologierecht
- 9 Medizinrecht
- 10 Steuerrecht
- 11 Verkehrsrecht
- 12 Versicherungsrecht
- 13 Verwaltungsrecht

Kieler Volksbank e.G.  
BIC GENODEF1KIL  
IBAN DE72 2109 0007 0093 0889 06

Förde Sparkasse  
BIC NOLADE21KIE  
IBAN DE72 2105 0170 0091 0144 49

Bordesholmer Sparkasse  
BIC NOLADE21BOR  
IBAN DE81 2105 1275 0010 0215 96

Commerzbank AG  
BIC DRESDEFF210  
IBAN DE94 2108 0050 0128 3510 00

ben eine solche Absicherung zu messen ist und ob § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG diesen Maßstäben genügt. Falls diese Frage wiederum mit nein zu beantworten ist, stellt sich die Frage, welche rechtlichen Konsequenzen bzw. Rechtsschutzmöglichkeiten sich hieraus möglicherweise für die Seelotsen ergeben.

Wunschgemäß erstatten wir Ihnen zu diesen Fragestellungen das folgende

## **R e c h t s g u t a c h t e n**

### **I. Ausgangslage**

Hintergrund der aufgeworfenen Fragestellung ist der Umstand, dass es bedingt durch die Coronapandemie zu erheblichen Einnahmeausfällen der Lotsenbrüderschaften gekommen war. Der in § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG verankerte Ausgleichsmechanismus unterhalb der Lotsenbrüderschaften war in dieser Konstellation wirkungslos, vielmehr waren die Lotsen auf staatliche Billigkeitsleistungen angewiesen, auf die es jedoch keinen Anspruch gibt. Es ist nicht unrealistisch, dass ähnliche Situationen in Zukunft wieder auftreten werden, sei es durch eine Pandemie, Krieg oder andere erhebliche Störungen internationaler Handelsbeziehungen bzw. des Warenverkehrs. Hierunter fällt zudem auch die Konstellation, dass eine öffentliche Infrastruktur der Schifffahrt aufgrund mangelnder staatlicher Unterhaltung seine Funktionstüchtigkeit einbüßt, d.h. in der Konsequenz einen Zusammenbruch der Schifffahrt auf der betroffenen Wasserstraße, was wiederum zu völligen Einnahmeausfällen der Seelotsen führen würde. Die Sperrung der Kanalschleusen am NOK oder Uferabbrüche am Kanal sind hier Beispiele aus jüngerer Vergangenheit, die einen Vorgeschmack auf die Probleme der Zukunft liefern.

Brechen die Einnahmen der Seelotsen weg, stehen diese in Anbetracht des nicht funktionsfähigen Ausgleichsmechanismus ungesichert da bzw. sind auf Billigkeitsleistungen des Staates angewiesen, auf die es aber keinen rechtlichen Anspruch gibt, so dass keinerlei Gewähr besteht, dass derartige Leistungen auch in zukünftigen Krisen- bzw. Notsituation gewährt werden würden. Neben den finanziellen Herausforderungen, die ein solches Szenario für die im Berufsleben stehenden Lotsen bedeutet, wirkt dies zudem auch abschreckend für mögliche Berufsanfänger, insbesondere auch weibliche Kandidatinnen, die ein grundsätzliches Interesse haben den Lotsenberuf zu ergreifen. Da die Lotsenbrüderschaften schon heute mit Nachwuchsproblemen zu kämpfen haben, würde dies eine ohnehin schwierige Situation noch weiter verschärfen. Hinzu kommt, dass mit der Lotsenausbildung (LA1) Schulabgänger den Lotsenberuf erlernen werden und nicht bereits ausgebildete Nautiker, die

den Lotsenberuf als Sekundärberuf ergreifen. Zukünftige Lotsen sind insofern als ausgebildete Spezialisten umso mehr auf ein funktionsfähiges Lotsenwesen bzw. eine soziale Mindestabsicherung angewiesen, da ein beruflicher Wechsel in die Schifffahrt als Nautiker für diese Personengruppe, anders als für aktuelle Lotsen, nur noch schwer möglich sein wird.

## II. Rechtliche Bewertung

1. Grundsatzfrage – Trägt der Staat eine Aufgabenverantwortung für die Sicherung des Seelotswesens?

Bevor die Frage beantwortet werden kann, ob § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG einen rechtlich zulässigen Sicherungsmechanismus für das Seelotswesen bzw. eine hinreichende Absicherung eines (Mindest-)Einkommens der Seelotsen darstellt, ist zu hinterfragen, ob es überhaupt eine staatliche Verpflichtung gibt, einen solchen Sicherungsmechanismus für die Seelotsen bereit zu stellen, es sich mithin hierbei überhaupt um eine staatliche Aufgabe handelt.

### a) Staatliche Aufgaben und Aufgabenverantwortung

Ausgangspunkt der rechtlichen Prüfung ist insofern die Überlegung, dass der Staat eine Verantwortung dafür trägt, die ihm zugewiesenen Aufgaben zu erfüllen. Hierfür hat sich der Rechtsbegriff der Aufgabenverantwortung herausgebildet (vgl. *Pieper* in PdK-Bund, VerfassungR, 1.1.2.2 m.w.N.). Der Begriff „Verantwortung“ bezeichnet typisierend den Umfang staatlicher Verpflichtung für das Erreichen bestimmter Ziele (*Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 3/88).

Vor der Aufgabenverantwortung steht jedoch denklogisch die Frage der Aufgabenzuständigkeit, da aus einer gesetzlichen Zuständigkeit grundsätzlich auch die Verantwortung folgt, die zugewiesene Aufgabe zu erfüllen. Die Zuständigkeitsordnung beinhaltet über ein rein formelles Verständnis hinaus somit auch die Zuweisung materieller Aufgabenverantwortung (*Berger*, Die Ordnung der Aufgaben im Staat, S. 59 ff.).

Für welche Aufgaben der Staat zuständig ist, ist Ergebnis eines politischen Willensbildungsprozesses (BVerfGE 42, 312, 332). In der Rechtswissenschaft hat sich der Oberbegriff der öffentlichen Aufgaben herausgebildet, worunter alle Aufgaben zu verstehen sind, deren Wahrnehmung im öffentlichen Interesse liegt (*Bumke*, Öffentliche Aufgabe, 55 ff.; *Peters* in FS Nipperdey, S. 877, 878; *Isensee*, HdbStR III, § 57 Rn. 136). Dabei ist zu beachten, dass öffentliche Interessen nicht ein für alle-



mal feststehen, sondern durchaus auch dem Wandel der Zeit unterliegen (*Maurer*, Allg. Verwaltungsrecht, § 1 Rn. 10). Damit einhergehend ist auch der Begriff der öffentlichen Aufgaben auch nicht statisch, sondern stets im jeweiligen gesellschaftlichen bzw. historischen Kontext zu sehen. Der Staat kann kraft seiner Allzuständigkeit als Ergebnis einer demokratischen Willensbildung die öffentlichen Aufgaben an sich ziehen (sog. Aufgabenkompetenz), er kann sie jedoch auch gesellschaftlichen Trägern zur Erfüllung überlassen (*Isensee* a.a.O.; *Peters* a.a.O.). Es steht dem Staat im Grundsatz frei, welche öffentlichen Aufgaben er wahrnehmen will und welche nicht (BVerfGE 107, 59, Ls. 1, 93 ff.).

Anders sieht es hingegen für die Staatsaufgaben aus. Staatsaufgaben stellen einen Unterfall der öffentlichen Aufgaben dar. Hierbei handelt es sich um solche, die von der Verfassung, d.h. dem Grundgesetz, vorgegeben sind. Diese sind zwingend vom Staat wahrzunehmen (BVerfGE 12, 205, 243; *Isensee* a.a.O. Rn. 137 m.w.N.). Bei den Staatsaufgaben, also grundgesetzlich vorgegebenen Aufgaben zur Erreichung von vom Verfassungsgeber bereits definierten Zielen im öffentlichen Interesse, lässt sich insofern auch unproblematisch eine Verantwortung des Staates, diese Aufgaben zu erfüllen, identifizieren.

Abhängig von dem mit der jeweiligen Aufgabe verfolgten Ziel, ergibt sich jedoch noch eine Abstufung dahingehend, wie der Staat dieser Verantwortung gerecht zu werden hat. Es ist, anders formuliert, nicht Aufgabe des Staates, jede Aufgabe, auch nicht zwingend jede Staatsaufgabe, selbst zu erfüllen. Konkret wird von einer bloßen Rahmenverantwortung einerseits bis hin zu einer Erfüllungsverantwortung andererseits gesprochen (*Pier* a.a.O.). Die Rahmenverantwortung bezeichnet lediglich die Grundverantwortung des Staates, für einen gemeinwohlverträglichen Interessenausgleich zwischen Privaten zu sorgen. Hierzu stellt der Verfassungsstaat insbesondere eine Privatrechtsordnung zur Verfügung. Die Erfüllungsverantwortung hingegen beschreibt solche Sektoren, in denen der Staat die anstehenden Aufgaben selbst bewältigt, d.h. insbesondere diese durch eigene Beamte selbst erfüllt. Zwischen diesen beiden Polen gibt es einen umfangreichen Katalog von Zwischenformen, die sich von der bloßen Bereitstellung eines Rechtsrahmens bis zur Selbsterledigung durch den Staat bewegen. Hierzu werden etwa die Überwachungs-, Beobachtungs-, Förderungs-, Finanzierungs-, Gewährleistungs-, Regulierungs-, Lenkungs- oder Organisationsverantwortung genannt, um nur einige Beispiele zu nennen. Darüber hinaus sind aber auch andere Begrifflichkeiten gebräuchlich, die entweder synonym für eine dieser oder auch gänzlich andere Verantwortungskategorien genannt werden.

Wird eine bestimmte Form der Aufgabenerfüllung nicht bereits ausdrücklich durch das Grundgesetz oder einfachgesetzlich vorgegeben, so hat sich die Entscheidung für eine bestimmte Form der Auf-



gabenerfüllung am Ziel der in Rede stehenden Aufgabe zu orientieren. Je gewichtiger das mit der Aufgabe verfolgte Ziel, desto höher die Anforderungen an den Staat, seiner darauf bezogenen Verantwortung nachzukommen. Wesentliche Determinanten für das Gewicht eines Ziels sind die Grundrechte (*Korloth* in Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 97. EL Januar 2022, Art. 30 Rn. 18; BVerwGE 106, 64 (77 f.)). Mit anderen Worten: Je grundrechtssensibler eine Aufgabe ist, desto strengere Maßstäbe sind an die staatliche Aufgabenverantwortung anzulegen.

Heruntergebrochen auf das Seelotswesen ist insofern zu hinterfragen, woraus sich eine staatliche Aufgabenzuständigkeit, das Recht der Seelotsen und in diesem Zusammenhang die Frage der Einkommenssicherung zu regeln, ergibt. Hieraus lassen sich dann wiederum Schlussfolgerungen ziehen, welchem Ziel die staatliche Regelung jenes Feldes dient. Anhand des Gewichts dieses Ziels lässt sich dann der Umfang der Aufgabenverantwortung des Staates für die Regelung des Seelotswesens (und darin inkludiert die Frage der Einkommenssicherung) bestimmen.

#### b) Staatliche Aufgabenverantwortung im Bereich des Seelotswesens

Eine unmittelbare staatliche Aufgabe, das Seelotswesens zu organisieren bzw. diesbezüglich einen Rechtsrahmen zu schaffen, ergibt sich aus dem Grundgesetz nicht. Vielmehr wird dies aus anderen Regelungskomplexen abgeleitet.

##### aa) Grundlegende Feststellungen zur Aufgabenzuständigkeit des Bundes für das Seelotswesen

Die Gesetzgebungskompetenz für das erste Seelotsgesetz führte der Gesetzgeber auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 21 GG zurück (vgl. BT-Drucks. 393/1953, S. 10; vgl. auch *Ehlers*, Seelotsgesetz, 3. Online-Ausgabe 2021, Einleitung, Rn. 5). Danach ist der Bund zuständig für die Hochsee- und Küstenschifffahrt sowie die Seezeichen, die Binnenschifffahrt, den Wetterdienst, die Seewasserstraßen und die dem allgemeinen Verkehr dienenden Binnenwasserstraßen.

Die Aufgabenzuständigkeit des Bundes für das Seelotswesen wird darüber hinaus auch aus Art. 89 Abs. 2 GG abgeleitet. Nach Art. 89 Abs. 1 GG ist der Bund Eigentümer der bisherigen Reichswasserstraßen. Gemäß Art. 89 Abs. 2 GG verwaltet er die Bundeswasserstraßen durch eigene Behörden. Er nimmt die über den Bereich eines Landes hinausgehenden staatlichen Aufgaben der Binnenschifffahrt und die Aufgaben der Seeschifffahrt wahr, die ihm durch Gesetz übertragen werden. Die Aufgaben der Seeschifffahrt wurden wiederum im Gesetz über die Aufgaben des Bundes auf dem Gebiete der Seeschifffahrt vom 22. November 1950 (Seeaufgabengesetz) näher definiert. Nach § 1 Nr. 2 des SeeAufgG (in der heutigen Fassung) obliegt dem Bund unter anderem die Abwehr von

Gefahren für die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs sowie die Verhütung von der Seeschiffahrt ausgehender Gefahren.

Darüber hinaus ordnet auch das Seelotsgesetz selbst eine Aufgabenzuständigkeit des Bundes an. In § 3 Abs. 1 des Seelotsgesetz ist geregelt, dass die Einrichtung und Unterhaltung des Seelotswesens sowie die Aufsicht über das Seelotswesen Aufgaben des Bundes sind.

Als wesentlichen Grund für die 1954 mit dem Seelotsgesetz vorgenommene Vereinheitlichung des Seelotswesens sah der historische Gesetzgeber insbesondere die Erfüllung der dem Bund obliegenden Verkehrssicherungspflicht bezüglich seiner Wasserstraßen (vgl. BT-Drucks. 393/1953, S. 10). Die Verkehrssicherungspflicht des Bundes ergibt sich aus seiner Eigenschaft als Eigentümer der Bundeswasserstraßen (früher: Reichswasserstraßen) gemäß Art. 89 Abs. 1 GG. Insoweit ist das Seelotsgesetz Teil der dem Staat obliegenden Maßnahmen zur „maritimen Verkehrssicherung“ (Ehlers, a.a.O., Rn. 4).

Wegen des öffentlichen Interesses an leistungsfähigen Lotsendiensten als Komponente des maritimen Verkehrssicherungssystems, werden Einrichtung und Unterhaltung des Seelotswesens sowie die Aufsicht über das Seelotswesen in § 3 Abs. 1 SeelotsG als unmittelbare staatliche Aufgaben definiert (Ehlers, a.a.O. § 3 Rn. 1) und dem Bund zugewiesen.

Historisch betrachtet war Anlass für die Schaffung des Seelotsgesetzes aber auch, einen in früheren Zeiten gegebenen „hemmungslosen freien Wettbewerb der vorhandenen Lotsen in geordnete Bahnen zu lenken“ (vgl. BT-Drucks. 393/1953, S. 10).

Aus der so beschriebenen gesetzlichen Zuständigkeit leitete bereits der historische Gesetzgeber die Pflicht des Bundes ab, für die Sicherheit des Verkehrs auf den betroffenen Revieren zu sorgen (vgl. BT-Drucks. 393/1953, S. 11). Dazu gehört nach der Gesetzesbegründung des ersten Seelotsgesetzes insbesondere die Vorsorge für einen ständigen Lotsendienst, dessen Träger auf den Revieren nur der Bund sein könne (vgl. BT-Drucks. 393/1953, S. 11). Als Konsequenz daraus, dass der Bund die eigentliche Lotsung aber nichtbeamteten Kräften überlassen wollte, sah es der Gesetzgeber als geboten an, dass er sich weitergehende Aufsichtsrechte und Beschränkungen des freien Berufs vorbehalten müsse (vgl. BT-Drucks. 393/1953, S. 11).

Seit 1959 gehört die Bundesrepublik Deutschland zudem der IMO (International Maritime Organization) an. Die Bedeutung des Einsatzes qualifizierter Lotsen bei Zufahrten zu Häfen und anderen Gebieten, in denen spezialisierte Ortskenntnisse erforderlich sind, wurde von der IMO 1968 mit der



Resolution A.159 (ES.IV) formell anerkannt. Die Resolution empfiehlt den Regierungen der Mitgliedsstaaten, Lotsendienste dort zu organisieren, wo sie sich wahrscheinlich als wirksamer erweisen als andere Maßnahmen, und die Schiffe und Schiffsklassen zu definieren, für die die Beschäftigung eines Lotsen obligatorisch ist. Weitere Resolutionen und Beschlüsse der IMO treffen Regelungen für die Anforderungen an die Ausbildung, Zertifizierung, Einsatzbereiche und Arbeitsbedingungen von Lotsen und prägen damit ebenfalls die rechtliche Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland als IMO-Mitglied, ein funktionsfähiges Seelotswesen zu organisieren.

Die Frage, inwieweit den Staat eine Verantwortung trifft, ein Seelotswesen rechtlich zu organisieren, beantwortet aber noch nicht, inwieweit ihn eine Verantwortung trifft, dabei auch eine finanzielle (Mindest-)Absicherung der Seelotsen zu gewährleisten.

Hierzu ist anzumerken, dass der Gesetzgeber bereits im Zusammenhang mit der Schaffung des ersten Seelotsgesetzes erkannte, dass bei der Festsetzung der Lotsgelder der Bund „sein Interesse an einem qualifizierten Lotsenstand verfolgen und deshalb geeigneten Nautikern einen genügenden Anreiz für die Ausübung des Gewerbes bieten“ müsse (vgl. BT-Drucks. 393/1953, S. 12). Dies sei nur möglich, wenn den Seelotsen bei „normalem Verkehrsumfang ein Einkommen verbleibe, das ihrer seemännischen und fachlichen Vorbildung und der besonderen Verantwortung ihres Berufes Rechnung trage“ (vgl. BT-Drucks. 393/1953, S. 12). Hieraus leitete der Gesetzgeber ein gewisses Mindestmaß bei der Festsetzung der Lotsgebühren (heute: Lotsabgaben) und Lotsgelder ab. Diese, in § 45 Abs. 3 S. 2 SeeLG eingezogene Untergrenze wird in der juristischen Literatur zutreffend als „Reflex“ der staatlichen Verantwortung bezeichnet (Zschoche, Seelotsgesetz, 2022, § 28, Rn. 37).

Zugleich ergab sich nach Auffassung des Gesetzgebers aber auch eine „gewisse obere Grenze“ aus der Schifffahrts- und Hafenpolitik im Interesse der Förderung des Verkehrs (vgl. BT-Drucks. 393/1953, S. 12). Wobei allerdings anzumerken ist, dass der Wortlaut des Seelotsgesetz diesen Gedanken nicht trägt, da sich § 45 Abs. 3 S. 1, 2. HS SeeLG („das öffentliche Interesse an der Förderung des Verkehrs ist zu berücksichtigen“) nur auf die Lotsabgaben, nicht auf die Lotsgelder bezieht. Vielmehr führt das Gesetz insoweit aus, dass die Lotsgelder so zu bemessen sind, dass die Seelotsinnen und Seelotsen bei normaler Inanspruchnahme ein Einkommen und eine Versorgung haben, die ihrer Vorbildung und der Verantwortung ihres Berufes entsprechen und die Seelotsen-anwärterinnen und Seelotsenanwärter einen Unterhaltsbeitrag erhalten können.

Der Gesetzgeber erkannte ferner, dass die Seelotsen zwar grundsätzlich Gewerbetreibende sein sollten. Weil aber der Bund ein „starkes Interesse daran habe, dass sich die Seelotsen bei der Ausübung ihres gefährvollen Berufs nicht durch die Ungewissheit über ihre Versorgungslage beeinträch-



tigen lassen“, sah es der Gesetzgeber als geboten an, den Bruderschaften zur Pflicht zu machen, Maßnahmen für eine ausreichende Versorgung zu treffen und die Durchführung dieser Maßnahmen zu überwachen (vgl. BT-Drucks. 393/1953, S. 15). Zugleich profitierte der Staat davon, die Freiberuflichkeit der Lotsen an Stelle des Berufsbeamtentums treten zu lassen. Denn auf diese Weise konnte er sowohl die Alimentation der Lotsen als auch die Haftung in Form der Staatshaftung auf die privatrechtliche Ebene verlagern (Zschoche a.a.O.).

Als Teil der Gesetzgebungsmaterialien ist eine Stellungnahme der Bundesregierung zu Änderungsvorschlägen des Bundesrates zum Entwurf des ersten Seelotsgesetzes im Zusammenhang mit den Fragestellungen rund um die Versorgung der Lotsen instruktiv: Der Bundesrat hatte die Streichung des damaligen § 29 Abs. 1 Nr. 6 SeelotsG beantragt. Danach sollte den Lotsenbruderschaften aufgegeben werden, Maßnahmen zu treffen, die eine ausreichende Versorgung der Seelotsen und ihre Hinterbliebenen für den Fall des Alters, der Berufsunfähigkeit und des Todes gewährleisten. Die Bedenken des Bundesrates bezüglich der Zuständigkeit des Bundes für diese Regelung teilte die Bundesregierung nicht. Für die Lotsen in den Revieren stellte die Bundesregierung fest, dass diese „öffentliche Aufgaben des Bundes erfüllen und aus diesem Grunde Beschränkungen unterworfen sind, die für den freien Gewerbetreibenden nicht bestehen“. Insbesondere seien Umfang und Dauer ihrer Tätigkeit begrenzt. Da ihre Dienstfolge durch Börtordnungen geregelt werde, fehle ihnen die den freien Gewerbetreibenden eigene Entfaltungsmöglichkeit. Die Bundesregierung sah es deshalb als Aufgabe des Bundes an, die Versorgung aller im öffentlichen Auftrag tätigen Revierlotsen als „Bestandteil der Ordnung des Revierlotswesens“ gesetzlich zu regeln (vgl. BT-Drucks. 393/1953, S. 20).

Als Teil der beschriebenen Aufgaben des Bundes versteht dieser es daher auch, die privatrechtlichen Lotsgelder öffentlich-rechtlich festzusetzen. Dem soll das verkehrspolitische Interesse an einer Einkommenssicherung der Seelotsen einerseits und das Interesse an einer möglichst niedrigen Belastung der Schifffahrt von und zu den deutschen Häfen sowie auf dem Nord-Ostsee-Kanal andererseits zugrunde liegen (Ehlers, Seelotsgesetz, § 45, Rn. 3; Ilgner, Die Rechtsordnung des deutschen Seelotswesens, 1993, S. 232 f.).

#### bb) Grundrechtsrelevanz der Tarifzuständigkeit des Bundes nach § 45 Abs. 2 SeeLG

Zur Verwirklichung der vorstehend genannten Ziele hat der Bund mit § 45 Abs. 2 SeeLG die Tarifhoheit an sich gezogen. Er ist es, der die Tarifhöhen der Lotsen festlegt. Damit geht einher, dass das im Rahmen der Berufsausübungsfreiheit sowie der Privatautonomie eigentlich vorgesehene

freie Aushandeln von Leistung und Gegenleistung zwischen Lotsen und denjenigen, die von den Lotsdiensten Gebrauch machen, faktisch ausgeschaltet ist.

#### (1) Eingriff in den Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit

Hierdurch wird in verfassungsrechtlicher Hinsicht in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit eingegriffen. Art. 12 Abs. 1 GG schützt sowohl die freie Berufswahl, als auch die freie Berufsausübung. Der Charakter als Abwehrrecht ist dabei sowohl bei unmittelbaren als auch bei mittelbaren Eingriffen betroffen, wenn diese zumindest eine sogenannte berufsregelnde Tendenz aufweisen (*Scholz in Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 99. EL September 2022, Art. 12 GG, Rn. 300*). Nur dort, wo lediglich eine allgemeine Möglichkeit der Beeinträchtigung eines nicht näher bestimmbar Personenkreises gegeben ist, ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der Schutzbereich dieses Grundrechts nicht mehr berührt (BVerfG, Beschluss v. 11.10.1977, Az.: 1 BvR 343/73; 83/74; 183, 428/75).

Einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit hat die Rechtsprechung insbesondere dann angenommen, wenn der Staat durch Gebührenrecht in die Freiheit der Entgeltfindung im Bereich der freien Berufe eingreift (vgl. Nachweise aus der Rechtsprechung bei *Ruffert in BeckOK Grundgesetz, Epping/Hillgruber, 53. Edition, Stand: 15.11.2022, GG Art. 12, Rn. 112, m.w.N.*).

Vergleichbar ist die Lage im Bezug auf die Tarifzuständigkeit des Bundes nach § 45 Abs. 2 SeeLG. Wie beim Gebührenrecht der freien Berufe, hat der Bund auch hier die eigentlich dem einzelnen Berufsträger obliegende Preisfindung für die von ihm erbrachten Leistungen an sich gezogen. Damit verbunden ist ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der betroffenen Lotsen.

Ein solcher Eingriff ist aber nicht per se rechtlich unzulässig. Vielmehr kann ein Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung nach der grundlegenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gerechtfertigt sein, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen; der Grundrechtsschutz beschränkt sich auf die Abwehr in sich verfassungswidriger, weil etwa übermäßig belastender und nicht mehr zumutbarer Auflagen (BVerfG, Urteil v. 11.6.1958, Az.: 1 BvR, 596/56, Leitsatz 6a)).

Ob im Fall des Eingriffs in die Berufsausübungsfreiheit durch die Tarifzuständigkeit des Bundes nach § 45 Abs. 2 SeeLG von einer verfassungsmäßigen Rechtfertigung auszugehen ist, wird im Folgenden beantwortet.

## (2) Eingriff in die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Privatautonomie

Zunächst ist weiter von Bedeutung, dass neben der Berufsausübungsfreiheit auch die aus der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG folgende Privatautonomie von der Tarifzuständigkeit des Bundes betroffen ist. Als Privatautonomie ist das Recht zu verstehen, Verträge im Rahmen der zivilrechtlichen Ordnung frei zu schließen und aufzulösen (*Di Fabio* in Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 99. EL September 2022, GG Art. 2 Abs. 2, Rn. 101). Dabei ist nicht nur die Freiheit zum Vertragsschluss (oder Nichtabschluss) geschützt, sondern auch die Freiheit, Verträge inhaltlich im Rahmen der Gesetze frei zu gestalten (sogenannte Abschluss- und Gestaltungsfreiheit, vgl. *Di Fabio*, a.a.O.). Umfasst von diesem Schutzbereich ist mithin auch die freie Ausgestaltung von Entgelten für Lotdienstleistungen. Die gesetzliche Festlegung dieser Gegenleistungen bewirkt damit zugleich einen Eingriff in die verfassungsrechtlich geschützte Privatautonomie der betroffenen Lotsen.

Auch die Privatautonomie gilt als verfassungsrechtlich geschütztes Gut aber nicht schrankenlos. Sie findet ihre Grenze vielmehr insbesondere in den Rechten und Freiheiten Dritter. Hierzu zählen alle verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechte Dritter (*Di Fabio*, a.a.O., Rn. 44).

## (3) Rechtfertigung der Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit und die Privatautonomie

Die dargestellten Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit und die Privatautonomie der Seelotsen sind verfassungsrechtlich nicht per se unzulässig. Entscheidend ist vielmehr, ob hinreichende Rechtfertigungsgründe vorliegen, die bei einer Abwägung der wechselseitigen betroffenen Interessen dazu führen, dass die Eingriffe in die genannten Grundrechte gerechtfertigt sind.

Aus der oben ausführlich dargestellten Gesetzeshistorie lässt sich ableiten, dass das vom Gesetzgeber vorgefundene frühere System, in dem dieses freie Aushandeln gegeben war, zu Ungleichgewichten der Teilnehmer auf Angebots- und Nachfrageseite geführt habe. Offenbar ging der historische Gesetzgeber davon aus, dass deshalb das freie Aushandeln der Lotsentgelte zwischen Nachfrager und Lotsen die Zielsetzung der Verkehrssicherheit der dem Bund unterstehenden Wasserstraßen und damit der maritimen Sicherheit an sich gefährden würde.

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass das Lotswesen nicht nur der Sicherheit des Schiffsverkehrs dient, sondern gerade auch dem Schutz der Gesundheit einer Vielzahl von Personen, die bei einem Versagen des Seelotsen aufgrund von Ausfallerscheinungen gefährdet würden (vgl. nur OVG Schleswig, Urteil vom 21.02.2019, Az.: 3 LB 7/16, Rn. 35 bezogen auf die verfassungsrechtliche



Rechtfertigung einer Altersgrenze für den Beruf der Lotsen). Zweck des Gesetzes sei es unter anderem, die Wahrscheinlichkeit von Havarien zu verringern. Bei Strandung oder Kollision von Schiffen sei nicht nur das Leben der Besatzung und anderer Betroffener, sondern auch das Eigentum an Schiff und Ladung sowie die Unversehrtheit der Umwelt in Gefahr. Das Lotswesen diene damit besonders wichtigen Gemeinschaftsgütern (so OVG Schleswig, a.a.O.).

Fraglich ist zwar, ob das freie Aushandeln von Leistung und Gegenleistung im Bereich der Seelotsen tatsächlich dazu führen würde, dass die vorgenannten Rechtsgüter ernstlich gefährdet würden. Anderenfalls fehlte es jedenfalls an der Geeignetheit der Tarifzuständigkeit des Bundes für das Erreichen des Schutzes der genannten Rechtsgüter, sodass sich hieraus die Verfassungswidrigkeit der Tarifzuständigkeit ergeben könnte. Unterstellt man aber die oben beschriebenen Annahmen des historischen Gesetzgebers als richtig – was mangels gegenteiliger tatsächlicher Anhaltspunkte an dieser Stelle nicht abschließend beurteilt werden kann – läge hierin eine hinreichende Rechtfertigung für die durch § 45 Abs. 2 SeeLG bewirkten Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit und in die Privatautonomie.

c) Ableitung einer Pflicht zur staatlichen Gewährleistung eines Mindesteinkommens aus der Tarifzuständigkeit des Staates

Geht man insofern davon aus, dass der Staat in verfassungskonformer Weise die Tarifzuständigkeit für die Seelotsen an sich gezogen hat, lässt sich hieraus als zwingendes Gegenstück die Pflicht des Staates ableiten, für ein Mindesteinkommen der Lotsen zu sorgen (vgl. *Ilgner*, a.a.O., S. 236 ff.). Hierfür spricht maßgeblich, dass die Aufgabe der Erfüllung staatlicher Verkehrssicherungspflichten bzw. der Gewährleistung der maritimen Sicherheit ein hohes Maß an Qualität des Lotsenberufs erfordert. Dieses kann auf Dauer nur sichergestellt werden, wenn ein gewisses, deutlich über dem allgemeinen Existenzminimum liegendes Einkommen abgesichert ist.

Weil aber Lotsen aufgrund der staatlichen Tarifzuständigkeit und des darin liegenden Eingriffs in die Privatautonomie nicht selbst Sorge dafür tragen können, ausbleibende Lotsaufträge (z.B. pandemiebedingt oder infolge weltweiter Krisensituationen und entsprechend abgeschwächter Nachfrage) durch höhere Tarife auszugleichen und die Lotsen zugleich infolge der Bestallung verpflichtet sind, eine Verfügbarkeit jederzeit vorzuhalten, ist es somit als Kehrseite der staatlichen Tarifhoheit auch eine staatliche Aufgabe (nach *Zschoche* a.a.O. ein „Reflex“), mit geeigneten Instrumenten ein Unterschreiten von Solleinnahmen auszugleichen. Im Extremfall wäre sonst davon auszugehen, dass ohne eine solche Mindestabsicherung eine Abwanderung in andere, sicherere Berufszweige drohte, die infolge des generellen Fachkräftemangels auch die Verfügbarkeit von Lotsen gefährden könnte.

Auf diese Weise könnte dem Staat auch die Erfüllung seiner dargestellten Aufgaben, insbesondere die Gewährleistung der maritimen Sicherheit, erschwert und letztlich unmöglich werden.

### c) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann damit festgehalten werden, dass es im Bereich des Seelotswesens eine staatliche Aufgabenzuständigkeit gibt.

Diese wird aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 21 GG abgeleitet, demnach der Bund zuständig ist für die Hochsee- und Küstenschifffahrt sowie die Seezeichen, die Binnenschifffahrt, den Wetterdienst, die Seewasserstraßen und die dem allgemeinen Verkehr dienenden Binnenwasserstraßen. Ferner wird auf Art. 89 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. § 1 SeeAufG abgestellt, demnach der Bund die staatlichen Aufgaben der Binnenschifffahrt und die Aufgaben der Seeschifffahrt wahrnimmt, die ihm durch Gesetz übertragen werden, wozu auch die Abwehr von Gefahren für die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs sowie die Verhütung von der Seeschifffahrt ausgehender Gefahren zählen.

Der historische Gesetzgeber sah seinen Auftrag, ein Seelotsgesetz zu verabschieden, insbesondere in der Verpflichtung, auf seinen eigenen Bundeswasserstraßen seiner Verkehrssicherungspflicht nachzukommen. Da sich das Bedürfnis nach einem Seelotswesen allerdings nicht bloß auf die bundeseigenen Wasserstraßen beschränkt, ergibt sich die Aufgabenzuständigkeit des Bundes im Hinblick auf alle übrigen Wasserstraßen auch aus dem Seeaufgabengesetz, demnach die Abwehr von Gefahren und die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs sowie die Verhütung von der Seeschifffahrt ausgehender Gefahren zu den Aufgaben des Bundes zählt, womit auch Seeschifffahrt auf anderen Wasserstraßen, als den bundeseigenen, erfasst ist. Das Seelotswesen dient insofern in erster Linie der Gefahrenabwehr bzw. ist Teil der „maritimen Verkehrssicherheit“.

Hinzu trat der Aspekt, den vormalig „hemmungslosen“ Wettbewerb der Seelotsen in „geordnete Bahnen“ lenken zu wollen, wobei die Frage des Einkommens der Seelotsen in einem Spannungsfeld angesiedelt ist zwischen dem Bedürfnis, qualifizierter Nautiker einen Anreiz zu geben den Lotsenberuf zu ergreifen, einerseits und andererseits dem aus der Schifffahrts- und Hafenpolitik folgenden Interesse an der Förderung des Verkehrs, was eine „gewisse Obergrenze“ des Verdienstes der Lotsen bedingt (allerdings sei auch an dieser Stelle noch einmal betont, dass sich dieser Gedanke zumindest im Hinblick auf die Lotsgelder nicht im Wortlaut des § 45 Abs. 3 SeeLG wiederfinden lässt).

Für die hier aufgeworfene Fragestellung der Absicherung eines (Mindest-)Einkommens der Lotsen spielt die „gewisse Obergrenze“ der Lotsgelder, um auch der Schifffahrts- und Hafenpolitik Rechnung

zu tragen, letztlich aber keine weitere Rolle. Vielmehr steht die Frage einer finanziellen Untergrenze im Raum. Insoweit ist ferner anzumerken, dass wenn der Gesetzgeber mit der Inanspruchnahme der Tarifoheit den Lotsen die Möglichkeit nimmt, ihre Lotsgelder privatautonom festzusetzen und somit selbst für eine soziale Mindestabsicherung zu sorgen, er gewissermaßen als Kehrseite oder Reflex dieser Entscheidung seinerseits auch Vorsorge für eine soziale Mindestabsicherung treffen muss.

#### d) Rechtliche Schlussfolgerungen

Aus dem vorstehenden Befund lassen sich folgende rechtliche Schlussfolgerungen ziehen:

- Die gesetzliche Regelung des Seelotsenwesens dient in erster Linie der Gefahrenabwehr bzw. ist Teil der „maritimen Verkehrssicherheit“.
- Um dieses gesetzgeberische Ziel zu erreichen, werden qualifizierte Nautiker benötigt.
- Diesem Personenkreis muss ein finanzieller Anreiz gegeben werden, um den Beruf zu ergreifen.
- Dieser Anreiz beinhaltet auch eine soziale Absicherung „nach unten“, d.h. ein gewisses Mindesteinkommen.
- Zudem hat der Staat die Tarifoheit der Seelotsen an sich gezogen und ihnen somit die Möglichkeit genommen, privatautonom Lotsgelder festzusetzen und so selbst eine Mindestabsicherung in Krisenzeiten sicherstellen.

Die Gewährleistung einer finanziellen Mindestabsicherung der Lotsen ist insofern als eine „mitgezogene“ Verpflichtung des Gesetzgebers, um das übergeordnete Ziel der maritimen Verkehrssicherheit zu gewährleisten, sowie ferner als Kehrseite der staatlichen Tarifoheit zu bezeichnen.

#### 2. Erfüllt § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG diese Anforderungen?

Ausgehend von dem vorstehend gefundenen Ergebnis, stellt sich nunmehr die Frage, ob der Bund mit § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG seiner Verpflichtung, eine finanzielle Mindestabsicherung der Seelotsen zu gewährleisten, auch gerecht geworden ist.



a) Bestandsaufnahme

§ 35 Abs. 1 SeeLG regelt, dass die Bundeslotsenkammer die ihr durch Gesetz oder Verordnung übertragenen Aufgaben zu erfüllen hat. Gemäß § 35 Abs. 2 SeeLG obliegt es der Bundeslotsenkammer insbesondere [...]

*6. sofern und soweit auf einem Seelotsenrevier das tarifliche Lotsgeld-Soll-Aufkommen nicht erreicht wird, die Mindereinnahmen auf Antrag einer Lotsenbrüderschaft zwischen den einzelnen Lotsenbrüderschaften auszugleichen;*

§ 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG stellt die einzige Regelung im Seelotsgesetz dar, die eine soziale Absicherung der Lotsen „nach unten“ regelt. Die Vorschrift sieht einen Ausgleichsmechanismus unterhalb der Lotsenbrüderschaften auf einem Seelotsenrevier vor und delegiert die Zuständigkeit für die Durchführung des Ausgleichs auf die Bundeslotsenkammer. Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist die Abwendung existenzieller Notlagen der Gesamtheit der Mitglieder einer Lotsenbrüderschaft (Zschoche, Seelotsgesetz, § 35, Rn. 19).

In der Literatur wird diesbezüglich vertreten, über § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG sollten nur „erhebliche“ Fortfälle des Lotseinkommens in einzelnen Lotsenbrüderschaften relevant sein und auch nur dann, wenn diese für eine längere Zeit bestehen (Zschoche, a.a.O., will einen Ausfall von wenigen Tagen oder Wochen nicht ausreichen lassen). Der Mechanismus solle erst dann greifen, wenn die Mitglieder einer Lotsenbrüderschaft nicht mehr in der Lage sind, ihren Lebensunterhalt zu bestreiten und ihren laufenden Zahlungsverpflichtungen nachzukommen (Zschoche, a.a.O.). Hierzu ist allerdings anzumerken, dass § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG keine solchen Einschränkungen bzw. Voraussetzungen für den Ausgleichsmechanismus enthält. Nach dessen Wortlaut ist weder eine derart prekäre Situation der betreffenden Lotsen vorausgesetzt noch ein über mehrere Wochen andauernder Zustand. Anders, als von der Literatur angenommen (vgl. Zschoche, a.a.O., Rn. 20), differenziert die Vorschrift auch nicht zwischen plötzlichen und punktuellen Gründen für eine Unterschreitung und solchen, die auf einer allgemeinen Veränderung z.B. der Schifffahrtsströme beruhen. Alleinige Voraussetzung für den Ausgleichsmechanismus des § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG ist nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut des Gesetzes das Nichterreichen des tariflichen Lotsgeld-Soll-Aufkommens.

Eine von einer Mindereinnahmesituation betroffene Lotsenbrüderschaft hätte einen entsprechenden Antrag an die Bundeslotsenkammer zu stellen. Diese ist dann verpflichtet, diesem Antrag Folge zu leisten. Bleibt sie untätig, kann die Aufsichtsbehörde gegen Sie einschreiten (Ehlers, Seelotsengesetz, 3. Online-Auflage 2021, § 35 Rn. 6). Wie der Antrag innerhalb der Bundeslotsenkammer bear-

beitet bzw. der Ausgleich dort praktisch vollzogen werden soll, regelt das Seelotsgesetz nicht. Vielmehr liegt dies im Bereich der Selbstverwaltungskompetenz des Bundeslotsenkammer. Die teilweise vertretene Auffassung, demnach ein Antrag nach § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG für seine Annahme zunächst noch eine Mehrheit oder gar Einstimmigkeit in der Mitgliederversammlung der Bundeslotsenkammer finden müsste (so *Zschoche*, Seelotsgesetz, § 35, Rn. 21), dürfte hingegen nicht mit dem Gesetzeszweck des § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG vereinbar sein, da die Mitgliederversammlung der Bundeslotsenkammer es anderenfalls in der Hand hätte, die Vorschrift durch eine Nichtannahme des Antrags ins Leere laufen zu lassen.

In der Praxis spielt der Ausgleichsmechanismus jedoch ohnehin keine Rolle. Er ist bislang seit Einführung des § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG im Jahr 1984, soweit hier bekannt, nicht praktiziert worden.

#### b) Rechtliche Schlussfolgerungen

##### (1) Mindestabsicherung ist durch § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG gegeben

Noch einmal ist zu betonen, dass das Seelotsgesetz in erster Linie Gefahrenabwehrrecht ist. Das gesetzgeberische Ziel liegt in der Sicherung der Verkehrssicherung auf den Bundeswasserstraßen sowie ferner der Sicherstellung der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs auf allen übrigen Wasserstraßen („maritime Verkehrssicherung“).

Der Bund würde dieser Aufgabe bzw. seiner Aufgabenverantwortung nicht mehr nachkommen, wenn der von ihm definierte gesetzliche Rahmen im Bereich des Seelotswesens nicht mehr geeignet ist, dieses Ziel zu erreichen.

D.h. das gesetzliche Ziel würde verfehlt werden, wenn für qualifizierte Nautiker kein hinreichender Anreiz mehr bestünde, den Beruf zu ergreifen bzw. auszuüben. Es müsste also eine Situation eintreten, dass auf Grund eines fehlenden oder mangelnden sozialen Sicherungsmodus „nach unten“ nicht mehr genügend Berufsträger vorhanden wären, um die maritime Verkehrssicherheit zu gewährleisten.

Vor diesem gedanklichen Hintergrund ist zunächst einmal zu konstatieren, dass der Gesetzgeber eine Regelung geschaffen hat, die eine soziale Absicherung der Lotsen „nach unten“ beinhaltet, nämlich § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG. Er hat seine Aufgabenverantwortung somit durchaus wahrgenommen.

Zudem hat der Umstand, dass der in § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG vorgesehene Mechanismus bislang, jedenfalls soweit hier bekannt, zwischen den Lotsenbrüderschaften nicht praktiziert wurde, auch offensichtlich nicht dazu geführt, dass nicht mehr hinreichend Nautiker den Beruf ergreifen bzw. ausüben, somit eine Gefahr für die maritime Verkehrssicherheit entstanden sei.

Auch führt der Umstand, dass der Ausgleichsmechanismus des § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG bislang nicht von den Lotsenbrüderschaften praktiziert wurde, nicht zur Rechtswidrigkeit der Vorschrift. Vielmehr ist dies eine autonome Entscheidung der Lotsenbrüderschaften, wobei in diesem Zusammenhang allerdings auch anzumerken ist, dass dies u.a. daran liegt, dass zum einen viele Lotsenbrüderschaften selbst Maßnahmen getroffen haben, um nicht auf den Ausgleichsmechanismus zurückgreifen zu müssen (so wird in vielen Brüderschaften bewusst ein Personalunterbestand gefahren, um eine Unterschreitung der Solleinnahme in wirtschaftlich schwächeren Zeiten zu vermeiden, auch wenn der Preis hierfür Überarbeit bereits zu Normalzeiten bedeutet) und zum anderen durch die Gewährung von staatlichen Billigkeitsleistungen während der Corona-Pandemie ein „Lackmus-test“ von § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG verhindert werden konnte.

Der Gesetzgeber ist somit seiner aus der maritimen Verkehrssicherung „mitgezogenen“ Verpflichtung, eine soziale Mindestabsicherung der Lotsen zu regeln, jedenfalls grundsätzlich durchaus nachgekommen.

## (2) Verfassungswidrigkeit von § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG?

Anders wäre dies allerdings zu bewerten, wenn § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG keine rechtliche Wirksamkeit für sich beanspruchen würde, insbesondere weil er mit höherrangigem Recht unvereinbar sein könnte.

Problematisch könnte hier insbesondere das Verhältnis zum Eigentumsgrundrecht des Art. 14 GG sein, da ein Ausgleichsmechanismus bei Unterschreiten des tariflichen Lotsgeld-Soll-Aufkommens einer Lotsenbrüderschaft zwingend zu Lasten der übrigen, zum Ausgleich verpflichteten Lotsenbrüderschaften geht, die einen Anteil des ihnen zustehenden Lotsgeldes abzugeben haben.

### aa) Unvereinbarkeit von § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG mit Art. 14 Abs. 1 GG?

#### aaa) Meinungsstand



In der Literatur wird vertreten, § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG sei deshalb verfassungswidrig, weil diese Regelung in die Eigentumsrechte der Lotsen der zum Ausgleich verpflichteten Bruderschaften eingreife und dieser Eingriff nicht gerechtfertigt sei (vgl. *Ilgner*, a.a.O., S. 239).

Diesem Ansatz liegt die Annahme zugrunde, dass dem Bund aufgrund seiner Tarifizzuständigkeit auch die Verantwortung für das Einkommensniveau der Lotsen zukomme (*Ilgner*, a.a.O., S. 236). Zudem seien die Bruderschaften eigenständige Berufseinheiten und damit ein „berufsorganisatorisch geschlossenes System“. Der Ausgleich von Mindereinnahmen innerhalb dieses Systems betreffe nur das Verhältnis der jeweiligen Bruderschaft zum Tarifgeber, also zum Staat, nicht aber die Gesamtheit der Bruderschaften. Solange im Verhältnis Bruderschaft-Tarifgesetzgeber die Möglichkeit zum Ausgleich Tarifvertrag Mindereinnahmen durch z.B. steuerfinanzierte Zuschüsse bestehe, hätten Eingriffe in die Zuständigkeiten anderer Berufsangehöriger zu unterbleiben (*Ilgner*, a.s.O., S. 238).

Folgt man diesem Ansatz und hält die Vorschrift des § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG für verfassungswidrig, erreicht man das Ergebnis, dass es an einem rechtlich belastbaren Instrument fehlte, das einen Ausgleich der Unterschreitung des Tarifsolls gewährleistet. Nachfolgend wird aufgezeigt, dass tatsächlich gewichtige Argumente für eine Verfassungswidrigkeit des § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG sprechen:

#### bbb) Verfassungsrechtliche Prüfung

##### (i) Schutzbereich

Zu unterstellen ist zunächst die Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 14 GG. Zwar schützt Art. 14 GG grundsätzlich nur das Eigentum und hierzu zählende Rechtspositionen, nicht aber das Erworbenne als Vermögen.

Nach der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts betrifft der Schutz der Eigentumsgarantie aber grundsätzlich alle vermögenswerten Rechte, die dem Berechtigten von der Rechtsordnung in der Weise zugeordnet sind, dass dieser die damit verbundenen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung zu seinem privaten Nutzen ausüben darf (vgl. BVerfGE 112, 93 = NJW 2005, 879 m.w.N.). Damit schützt die Eigentumsgarantie nicht nur dingliche oder sonstige gegenüber jedermann wirkende Rechtspositionen, sondern auch schuldrechtliche Ansprüche (vgl. BVerfGE 83, 201 = NJW 1991, 1807 m.w.N.). Art. 14 Abs. 1 GG gewährleistet das Recht, die geschützten vermögenswerten Rechte innezuhaben, zu nutzen, zu verwalten und über sie zu verfü-

gen. Bisher hat das Bundesverfassungsgericht den Schutz des Einkommens die Eigentumsgarantie jedenfalls in steuerrechtlichen Fragen bejaht (BVerfG, Beschluss v. 18.01.2006, Az.: 2 BvR 2194/99).

Zwar ist noch nicht höchstrichterlich entschieden, ob dies auch generell gilt. Die zitierten Entscheidungen lassen sich aber bezogen auf ihre tragenden Erwägungen auf die Auszahlungsansprüche der Lotsen gegen die Lotsenbrüderschaften übertragen. Geht man demzufolge davon aus, dass der Auszahlungsanspruch des einzelnen Lotsen gegen die Lotsenbrüderschaft ein von Art. 14 GG geschütztes Recht darstellt, so tangiert in der logischen Konsequenz die Verkürzung jenes Anspruchs des Lotsen auf Auszahlung des ihm zustehenden Anteils am Lotsgeld durch die Umlage nach § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG den Schutzbereich der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG.

#### (ii) Eingriff

Geht man von der Eröffnung des Schutzbereichs der Eigentumsgarantie aus, begründet eine Verkürzung dieses Anspruchs durch den Ausgleich zwischen den Brüderschaften aber noch nicht ohne weiteres einen verfassungswidrigen Eingriff in dieses Recht. In der Systematik einer Grundrechtsprüfung ist vielmehr danach zu fragen, ob ein solcher Eingriff durch hinreichende Gründe gerechtfertigt ist.

Insoweit ist zu berücksichtigen, dass das Eigentum zwar durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützt ist. Der Schutz gilt aber nicht grenzenlos. Zum einen sieht Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG vor, dass Inhalt und Schranken des Eigentums durch Gesetze bestimmt werden können (sog. Inhalts- und Schrankenbestimmungen). Zum anderen unterliegt das Eigentum der sogenannten Sozialpflichtigkeit gemäß Art. 14 Abs. 2 S. 2 GG. Das Eigentum ist also grundsätzlich immer im Zusammenhang mit der Rolle des Betroffenen im sozialen Gesamtgefüge zu sehen.

Im Fall des § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG sprechen aber gute Gründe für die Annahme, dass der Eingriff in das Eigentumsrecht der Lotsen tatsächlich nicht gerechtfertigt und damit verfassungswidrig ist:

#### (iii) Verfassungsmäßig Rechtfertigung

Als eine Inhalts- und Schrankenbestimmung, die einen Eingriff in das Eigentumsrecht der betroffenen Lotsen rechtfertigen könnte, kann § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG in Betracht kommen.

Die Prüfung, ob die Rechte des einzelnen Lotsen aus Art. 14 Abs. 1 GG durch den Ausgleich nach § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG in verfassungswidriger Weise verletzt werden, erfolgt dreistufig: Nur dann, wenn der Gesetzgeber mit dieser Vorschrift ein geeignetes Mittel zur Erreichung eines legitimen Zwecks gewählt hat, das auch erforderlich ist und die widerstreitenden Interessen in einen angemessenen Ausgleich bringt, kann der Eingriff in die Eigentumsrechte der betroffenen Lotsen gerechtfertigt sein. Im Einzelnen:

(α) Geeignetheit

Geht man von der Annahme aus, dass § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG den oben beschriebenen Zielen dient, namentlich den Erhalt der Funktionsfähigkeit des Lotswesens insbesondere durch Förderung qualifizierter Lotsen um wiederum die dem Staat obliegende Verkehrssicherung seiner Wasserwege zu gewährleisten, liegt hierin ohne Weiteres ein legitimes Ziel.

Ob § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG auch geeignet ist, dieses legitime Ziel zu fördern, kann mangels empirischer Informationen an dieser Stelle nicht abschließend eingeschätzt werden. Hieran können aber Zweifel bestehen: Der bisherige Ausgleichsmechanismus ist darauf ausgelegt, dass von einem Unterschreiten des tariflichen Lotsgeld-Soll-Aufkommens betroffene Lotsen bzw. Lotsenbrüderschaften durch die übrigen Brüderschaften unterstützt werden sollen. Dies soll im Ergebnis dazu führen, dass bei keiner Brüderschaft das tarifliche Lotsgeld-Soll-Aufkommen unterschritten wird.

Denklogisch setzt dies aber voraus, dass die übrigen Brüderschaften überhaupt in der Lage sind, die Unterschreitung der Sollbetriebseinnahmen einer Brüderschaft finanziell auszugleichen. Gerade bei längerfristigen Ereignissen, wie z.B. einer zeitweisen Sperrung der Elbe oder des Nord-Ostsee-Kanals, liegt die Annahme nahe, dass die von diesen Ereignissen betroffenen Lotsenbrüderschaften nicht über längere Zeit in der Lage sein werden, die betroffene Brüderschaft in der vom Gesetz vorgesehenen Weise zu unterstützen und das tarifliche Lotsgeld-Soll-Aufkommen sicherzustellen.

Hinzu kommt, dass gerade bei Ereignissen, die vielbefahrene Wasserstraßen wie den Nord-Ostsee-Kanal betreffen, ein wohl überwiegender Anteil aller Seelotsen betroffen wäre. Dies könnte dazu führen, dass nur eine Minderheit von Lotsen auf anderen Revieren überhaupt nach § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG in Anspruch genommen werden könnte. In diesem Fall erscheint es ausgeschlossen, diese Minderheit in der Lage wäre, das tarifliche Lotsgeld-Soll-Aufkommen für die von einem der genannten Ereignisse betroffene Mehrheit der Lotsen über einen längeren Zeitraum zu gewährleisten.



Das Gesetz dürfte zudem so zu verstehen sein, dass Ausgleichsleistungen nach § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG nicht dazu führen dürfen, dass in den in Anspruch genommenen Lotsenbrüderschaften ihrerseits das tarifliche Lotsgeld-Soll-Aufkommen unterschritten werden würde. Der Ausgleichsmechanismus könnte von vornherein deshalb nur dann und insoweit greifen, wie das Soll-Aufkommen in anderen Brüderschaften in einem Maße (deutlich) überschritten wird, dass ausreichend Mittel für eine Ausgleichszahlung bestehen, ohne dass die ausgleichende Brüderschaft das tarifliche Lotsgeld-Soll-Aufkommen selbst unterschreitet.

Es scheint nicht ausgeschlossen, dass es solche Konstellationen geben kann, in denen ein Ausgleich über § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG ein taugliches Mittel ist, um zumindest vorübergehend in von einer Sollunterschreitung betroffenen Revieren das Lotswesen aufrechtzuerhalten. Der Fall, in dem keine Brüderschaft in der Lage wäre, die Unterschreitung des tariflichen Lotsgeld-Soll-Aufkommens einer Brüderschaft durch Ausgleichsleistungen auszugleichen, ist bei Lichte betrachtet aber vom Gesetz nicht erfasst. Schon hieran zeigt sich, dass die Regelung des § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG allenfalls in bestimmten Fällen als Mittel geeignet sein kann, um das oben beschriebene Ziel der Aufrechterhaltung des Lotswesens zu erreichen. Es verbleiben aber realistische Szenarien, in denen dieser Ausgleichsmechanismus von vornherein ungeeignet für die Erreichung dieses Zwecks ist. Wie oben ausgeführt, betrifft dies insbesondere Konstellationen, in denen keine oder nicht ausreichend viele Brüderschaften in der Lage sind, Ausgleichszahlungen zu leisten, ohne selbst das tarifliche Lotsgeld-Soll-Aufkommen zu unterschreiten.

Nach alledem ist es schon zweifelhaft, ob die Vorschrift des § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG überhaupt im rechtlichen Sinne geeignet ist. Verneint man die Geeignetheit mit den genannten Gründen, fehlt es schon aus diesem Grund an einer hinreichenden verfassungsrechtlichen Rechtfertigung eines Eingriffs in die Eigentumsgarantie der Seelotsen.

#### (β) Erforderlichkeit

Erhebliche Zweifel bestehen ferner daran, dass dieses Ausgleichsinstrument im rechtlichen Sinne erforderlich ist. Erforderlich ist eine Einschränkung eines Grundrechts nur dann, wenn kein milderes, gleich geeignetes Mittel verfügbar ist.

In der Literatur finden sich Stimmen, die als milderes Mittel eine staatliche Subventionierung befürworten, wonach der Staat Mindereinnahmen durch Haushaltsmittel auffangen könne (vgl. *Ilgner*, a.a.O., S. 236). Schon dies würde unbestreitbar dazu führen, dass in Eigentumsrechte der Lotsen



anderer Bruderschaften überhaupt nicht bzw. nur sehr mittelbar über die Steuerlast eingegriffen würde.

Auch wenn auf diese Weise eine betroffene Personengruppe – die der Lotsen – gegen eine andere, wesentlich größere – die Gemeinschaft der Steuerzahler – ausgetauscht würde, wäre ein etwaiger darin liegender Eingriff doch erheblich weniger intensiv für einzelne Personen.

Weiter spricht für eine fehlende Erforderlichkeit folgendes: Ein Eingriff des Staates in die grundrechtlich geschützten Positionen der Lotsen anderer Bruderschaften verbietet sich schon deshalb, weil der Staat im Rahmen seiner Tarifoheit gemäß § 45 Abs. 2 SeelotsG letztlich selbst ein probates Mittel in der Hand hat, Mindereinnahmen auszugleichen. So ist es dem Staat ohne weiteres möglich, einen Ausgleich temporärer Sollunterschreitungen durch Berücksichtigung bei der Tariffestlegung für Folgezeiten vorzunehmen. Auf diese Weise könnten vorübergehende Defizite in folgenden Jahren wieder erwirtschaftet werden, d.h. ein Minus durch höhere Tarife wieder aufgeholt oder zumindest verringert werden. Abhängig davon, ob dies praktisch tatsächlich umsetzbar ist – auch hier fehlen letztlich hinreichende empirische Daten – würde für einen Ausgleich zwischen den Bruderschaften kein hinreichender Grund mehr bestehen. Auch aus diesem Grund fehlt es an der Erforderlichkeit des mit dem Ausgleichsinstrument des § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG verbundenen Eingriffs in das Eigentum der jeweils anderen Lotsen.

Als weiteres gleich geeignetes aber wesentlich milderer Mittel kommt zudem noch folgendes in Betracht: An die Stelle des derzeitigen fallbezogenen Ausgleichs zwischen den Lotsen könnte ein von Lotsen über entsprechende Abzüge von ihren Einkünften gespeister Ausgleichsfonds treten. Dies würde nicht nur vermeiden, dass einzelne Lotsen im Fall der Tarifsollunterschreitung bei anderen Bruderschaften einen Teil ihres Einkommens abgeben müssten. Es würden vielmehr auch der öffentliche Haushalt und damit Steuermittel nicht berührt. Mit einem solchen Ausgleichsfonds könnte vielmehr jede Bruderschaft selbst Vorsorge für etwaige Sollunterschreitungen treffen. Hierdurch würde jeder Eingriff in Grundrechte von in anderen Bruderschaften organisierten Lotsen vermieden.

Bereits die vorstehenden, ohne Anspruch auf Vollständigkeit und praktische sowie wirtschaftlich Umsetzbarkeit skizzierten Alternativen belegen, dass der Eingriff in die Eigentumsrechte der Lotsen anderer Bruderschaften nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein kann. Es fehlt insoweit an der Erforderlichkeit dieses Grundrechtseingriffs für die Erreichung der oben genannten Ziele.

(γ) Angemessenheit

Unterstellt man - abweichend von dem vorstehend gefundenen Ergebnis - zunächst die Erforderlichkeit des § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG, hinge dessen Vereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 1 GG auch noch davon ab, ob diese Vorschrift die gegenüberstehenden Interessen in einen angemessenen Ausgleich bringt. Zu betrachten sind dabei das Interesse der von Mindereinnahmen betroffenen Lotsen, das Tarifsoll zu erreichen und das Interesse der zum Ausgleich verpflichteten Lotsen an einer ungekürzten Auszahlung des Lotsgeldes.

Letztlich ist dies zwar eine Wertungsfrage, die nicht eindeutig in die eine oder andere Richtung beantwortet werden kann. Es sprechen aber überzeugende Argumente dafür, die Angemessenheit der Regelung und damit ihre Verfassungsmäßigkeit abzulehnen:

Das deutsche Lotswesen ist durch die Eigenständigkeit der einzelnen Lotsenbrüderschaften und der dazugehörigen Reviere geprägt. Auch wirtschaftlich hängt der einzelne Lotse entscheidend von den Verhältnissen des jeweiligen Reviers ab, für welches er und seine Brüderschaft „zuständig“ sind. So dürften die Verhältnisse zum Teil deutlich voneinander abweichen. Auch wird es nicht flächendeckend lukrative Zeiten bei allen Revieren geben, sondern diese werden sich in Abhängigkeit von unterschiedlichsten Faktoren unterscheiden.

Ein Ausgleich besonders überdurchschnittlicher Einnahmen unter den Lotsenbrüderschaften ist nicht vorgesehen. Jede Brüderschaft bzw. die in ihr organisierten Lotsen dürfen solche über dem Soll liegenden Einnahmen behalten. Insoweit besteht kein ständiger „Finanzausgleich“ zwischen den Lotsenbrüderschaften.

Dass aber im Fall einer „bloßen“ Unterschreiten des – nicht statischen, sondern mit einer gewissen Dynamik festgelegten – Tarifsolls ein zwingender Grund für einen Ausgleich zwischen den Brüderschaften bestehen soll, ist fragwürdig. Dies gilt umso mehr, als eben das o.g. Instrument der Tarifierung besteht, mit dem Mindereinnahmen in Folgejahren ausgeglichen werden könnten.

Da das Tarifsoll zudem eine dynamisch sich verändernde Größe ist, ist damit auch das Mindesteinkommen der einzelnen Lotsen dynamisch. Dass die übrigen Lotsen dafür aufzukommen haben sollen, wenn der Tarifgeber das Tarifsoll in einzelnen Gebieten unrichtig bestimmt, oder aber die dem Soll zugrundeliegenden Erwartungen sich vereinzelt nicht erfüllen, überzeugt nicht.

Eine solche Ausgleichspflicht stellt sich auch nicht deshalb als verhältnismäßig dar, weil es ein besonderes Solidargefüge innerhalb des Lotswesens gäbe, das von Verfassung wegen berücksichtigt werden müsste. Dies mag allenfalls für Lotsen derselben Brüderschaft angenommen werden, zumal

diese durch eine gemeinsame Börtordnung und dasselbe Revier eng miteinander verbunden sind. Dieser Solidargedanke kommt letztlich auch in den Statuten der einzelnen Bruderschaften zum Ausdruck. Die deutschen Lotsen bilden aber keine über die einzelnen Bruderschaften hinausgehenden Solidargemeinschaften, die aus übergeordneten Gründen einander zum Beistand und Ausgleich verpflichtet wären.

Auch der Vergleich mit den Gruppen anderer Freiberufler, deren Aufgaben im öffentlichen Interesse liegen (z.B. Notare) zeigt, dass ein gegenseitiger Ausgleich von Sollunterschreitungen ein Unikum des Seelotswesens ist. Der darin liegende Grundrechtseingriff lässt sich entsprechend auch nicht mit Verweis auf die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben begründen.

Im Ergebnis sprechen damit gewichtige Argumente dafür, eine Pflicht zum finanziellen Ausgleich zwischen den Lotsen der einzelnen Bruderschaften als unverhältnismäßigen Eingriff in die durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Rechtspositionen der betroffenen Lotsen anzusehen.

#### (ccc) Zwischenergebnis

Der in § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG geregelte Ausgleichsmechanismus stellt einen verfassungswidrigen Eingriff in die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG zum Nachteil der zur Abgabe verpflichteten Lotsen dar.

#### bb) Verfassungswidrige Regelungslücke?

Ein weiterer Aspekt, der zur rechtlichen Unwirksamkeit von § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG führen könnte, ist der Umstand, dass die Vorschrift offensichtlich lückenhaft ist.

Die Regelung legt den Fall zu Grunde, dass sofern und soweit auf einem Seelotsenrevier das tarifliche Lotsgeld-Soll-Aufkommen nicht erreicht wird, die Mindereinnahmen auf Antrag einer Lotsenbruderschaft zwischen den einzelnen Lotsenbruderschaften auszugleichen sind. Dieser Ausgleichsmechanismus funktioniert aber nur dann, wenn die Einnahmen der übrigen Bruderschaften in dem jeweiligen Seelotsrevier ausreichen, um die Mindereinnahmen der antragsstellenden Lotsenbruderschaft auszugleichen.

Erreichen jedoch alle Lotsenbruderschaften auf einem Seelotsrevier das tarifliche Lotsgeld-Soll-Aufkommen nicht, gibt es auch keine Ausgleichsmasse, die zwischen den einzelnen Bruderschaften zu verteilen wäre (*Zschoche* in Seelotsgesetz, § 35, Rn. 20). Insbesondere die



Corona-Pandemie hat gezeigt, dass derartige Konstellationen möglich sind, wenn gleichermaßen alle Seelotsreviere bzw. alle Bruderschaften auf einem Seelotsrevier von einem massiven Rückgang bzw. Ausfall von Einnahmen betroffen sind. Hierbei handelt es sich somit um eine Konstellation, die der Gesetzgeber offensichtlich nicht gesehen hat bzw. die § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG schlicht nicht abdeckt.

Eine Gesetzeslücke kann nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit der Vorschrift führen. Diese Konstellation wird unter dem Stichwort des „gesetzgeberischen Unterlassens“ diskutiert. Ein gesetzgeberisches Unterlassen liegt dann vor, wenn ein an sich verfassungsgemäßes Gesetz eine verfassungswidrige Lücke enthält (vgl. BVerfGE 44, 249; 51, 166; 51, 193; 51, 356; 73, 118; 74, 203). Nicht jede Gesetzeslücke führt jedoch zur Verfassungswidrigkeit der Norm. Vielmehr muss gerade im Bestehen der Lücke eine Verletzung des Grundgesetzes liegen.

Eine Lücke liegt hier, wie bereits ausgeführt, im Fall des § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG vor. Fraglich ist jedoch, ob der Gesetzgeber rechtlich verpflichtet gewesen ist, eine Regelung zu schaffen, die die beschriebene Lücke füllt, und ob das Fehlen einer solchen Regelung somit einen Verstoß gegen die Verfassung darstellt. Mögliche Verfassungsverstöße aus der Perspektive der Seelotsen könnten sich hier unter dem Gesichtspunkt der sozialen Mindestabsicherung als Bestandteil der Gewährleistung der maritimen Verkehrssicherheit sowie als „Kehrseite“ der staatlichen Tarifhoheit ergeben.

#### aaa) Maritime Verkehrssicherheit

Wie bereits dargelegt, ist die soziale Absicherung der Seelotsen im Kern eine „mitgezogene“ bzw. reflexartige Folge aus dem gesetzgeberischen Ziel, die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs auf den Seewasserstraßen („maritime Verkehrssicherheit“) zu gewährleisten. Dies wird aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 21 GG abgeleitet, demnach der Bund zuständig ist für die Hochsee- und Küstenschifffahrt sowie die Seezeichen, die Binnenschifffahrt, den Wetterdienst, die Seewasserstraßen und die dem allgemeinen Verkehr dienenden Binnenwasserstraßen. Ferner wird auf Art. 89 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. § 1 SeeAufG abgestellt, demnach der Bund verantwortlich ist für die Bundeswasserstraßen. Um qualifizierte Lotsen zu gewinnen, muss der Gesetzgeber den Lotsen insofern eine gesicherte Einnahmesituation ermöglichen, was auch ein gewisses Mindesteinkommen beinhaltet. Würde der Gesetzgeber keine qualifizierten Lotsen mehr gewinnen können, könnte der aus der Verfassung abzuleitende Auftrag der maritimen Verkehrssicherung nicht mehr erreicht werden.

Die Frage lautet insofern, ob sich hieraus auch ableiten lässt, dass durch das Fehlen einer Regelung für die spezielle Konstellation, dass keine Lotsenbrüderschaft auf einem Revier das tarifliche Lotsgeld-Soll-Aufkommen erreicht, somit keine Masse zur Verteilung vorliegt, das Ziel der maritimen Verkehrssicherung nicht mehr erreicht werden würde.

Insoweit ist zunächst einmal zu konstatieren, dass das Bestehen der beschriebenen Regelungslücke zumindest bislang nicht dazu geführt hat, dass keine hinreichende Zahl qualifizierter Nautiker mehr bereit war, den Beruf der Seelotsen zu ergreifen bzw. auszuüben. Insoweit ist bereits die tatsächliche Situation ein Indiz dahingehend, dass das Fehlen einer Regelung für den Fall, dass nicht hinreichend Ausgleichsmasse auf einem Seelotsrevier vorhanden ist, um Mindereinnahmen einer Brüderschaft auszugleichen, das gesetzgeberische Ziel der maritimen Verkehrssicherheit nicht gefährdet hat. Es erscheint auch nicht lebensnah, dass die beschriebene Regelungslücke in Zukunft eine signifikante Zahl von Nautikern bzw. angehenden Lotsen davon abhalten wird den Lotsenberuf zu ergreifen. Dies insbesondere deshalb, da die problematisierte Situation eines Unterschreitens des Lotsgeld-Soll-Aufkommens bei sämtlichen Lotsenbrüderschaften eine atypische Situation darstellt, wie sie im Fall der Corona-Pandemie eingetreten ist und jedenfalls aus heutiger Perspektive nicht zu erwarten steht, dass sich etwas derartiges in ähnlicher Weise in Zukunft gehäuft wiederholen wird. Selbstverständlich besteht auch in Zukunft die Gefahr, dass sich durch Pandemien, Kriege oder andere Störungen des weltweiten Warenverkehrs die beschriebene „Verteilungslücke“ auftun wird. Davon auszugehen, dass diese abstrakte Gefahr den Lotsenberuf derart unattraktiv macht, dass dadurch die maritime Verkehrssicherheit gefährdet ist, erscheint jedoch nur schwer vertretbar.

Aus dem gesetzgeberischen Ziel, die maritime Verkehrssicherheit zu gewährleisten, lässt sich somit nach hiesiger rechtlicher Bewertung keine gesetzgeberische Handlungspflicht zum Lückenschluss in § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG ableiten, da nicht davon auszugehen ist, dass in einem solchen atypischen Sonderfall, der von der gesetzlichen Regelung nicht erfasst ist, eine Gefährdung der maritimen Verkehrssicherheit eintritt, die wiederum dadurch entsteht, dass das Lotswesen mangels qualifizierter Lotsen insgesamt vor einem Zusammenbruch stehen würde.

#### bbb) Staatliche Tarifoheit

Etwas anderes könnte sich allerdings dann ergeben, wenn man auf die Verpflichtung des Staates, den Lotsen eine Mindestabsicherung als „Kehrseite“ der staatlichen Tarifoheit zu gewährleisten, abstellt. Unter diesem Gesichtspunkt ist zu konstatieren, dass wenn es in einer Sondersituation keine Ausgleichsmaße mehr für die Verteilung gibt, es de facto auch keine soziale Mindestabsicherung für die Lotsen mehr gibt. Dies mag nicht so weit gehen, dass das Seelotswesen insgesamt dadurch

zusammenbricht, jedoch führt es unzweifelhaft dazu, dass die Lotsen in dieser Konstellation keine soziale Absicherung mehr haben.

Wie bereits oben dargestellt, stellt die staatliche Tarifhoheit im Bereich des Lotsenwesens einen Eingriff in die Berufsfreiheit gem. Art. 12 GG der Seelotsen dar, da die Privatautonomie in diesem Bereich ausgeschaltet wird. Dieser Eingriff lässt sich jedoch verfassungsrechtlich rechtfertigen, da, so jedenfalls der Befund des historischen Gesetzgebers, das freie Aushandeln der Lotsentgelte zwischen Nachfrager und Lotsen die Zielsetzung der Verkehrssicherheit der dem Bund unterstehenden Wasserstraßen und damit der maritimen Sicherheit an sich gefährden würde.

Wenn sich aus diesem Umstand einerseits ableiten lässt, dass der Gesetzgeber als „Kehrseite“ der staatlichen Tarifhoheit den Lotsen eine gewisse soziale Mindestabsicherung garantieren muss, da diese durch das weitgehende Ausschalten der Privatautonomie nicht selbst Vorsorge treffen können, so lässt sich andererseits auch ableiten, dass diese soziale Mindestabsicherung nicht lückenhaft sein darf, da sie anderenfalls, jedenfalls in Teilbereichen, schlicht nicht gegeben wäre. Selbst wenn die Konstellation, dass gleichermaßen alle Seelotsreviere bzw. alle Bruderschaften auf einem Seelotsrevier von einem massiven Rückgang bzw. Ausfall von Einnahmen betroffen sind, als atypisch zu bezeichnen sein dürfte, so ist dies aber auch nicht gänzlich abwegig, wenn man bedenkt, wie erst in jüngerer Vergangenheit Pandemie und Krieg die Wirtschaft getroffen und weltweite Warenströme nachhaltig beeinträchtigt haben. Dass in derartigen Konstellationen eine Vielzahl von Lotsenbruderschaften bzw. Revieren von erheblichen Einnahmeausfällen betroffen sein können, sodass nicht mehr genug „Verteilmasse“ für den Ausgleichsmechanismus aus § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG vorhanden ist, ist insofern ein nicht bloß fernliegendes Szenario. In dieser Konstellation wäre eine soziale Mindestabsicherung, die eigentlich als „Kehrseite“ der staatlichen Tarifhoheit zu fordern ist, nicht mehr gegeben. Gerade auf Grund der staatlichen Tarifhoheit ist es den Lotsen jedoch nicht möglich diese Lücke selbst zu schließen bzw. ihre Lotsgelder entsprechend anzupassen. Diese Lücke ist daher als ein nicht mehr gerechtfertigter Eingriff in Art. 12 GG in Form des gesetzgeberischen Unterlassens zu werten.

Folgt man also der hier vertretenen Auffassung, dass die Gewährleistung einer sozialen Mindestabsicherung der Lotsen auch die Kehrseite der staatlichen Tarifhoheit ist, so weist § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG eine verfassungswidrige Regelungslücke für diejenigen atypischen Fälle vor, in denen es keine hinreichende Ausgleichsmaße zum Verteilen gibt.

Damit kann als weiteres Zwischenergebnis festgehalten werden, dass auch die Lückenhaftigkeit des § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG zu seiner Verfassungswidrigkeit führt.



### c) Ergebnis

Somit ist festzuhalten, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung von § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG seiner Verantwortung, eine soziale Mindestabsicherung der Seelotsen „nach unten“ zu gewährleisten, jedenfalls grundsätzlich nachgekommen ist. Die Regelung ist jedoch als verfassungswidrig zu bezeichnen, da sie zum einen einen Eingriff in das aus Art. 14 GG folgende Eigentumsgrundrecht aller übrigen, vom Ausgleichsmechanismus betroffenen Seelotsen bedeutet und zum anderen auch eine verfassungswidrige Regelungslücke aufweist, da sie atypische Fälle, in denen es gar keine zu verteilende „Ausgleichsmaße“ gibt, nicht abdeckt. Dies ist, in Anbetracht der staatlichen Tarifhoheit, die es den Lotsen verwehrt durch Anpassung ihrer Lotsgelder jene Lücke selbst zu schließen, als Eingriff in Art. 12 GG im Wege des gesetzgeberischen Unterlassens zu werten.

### 3. Rechtliche Konsequenzen

Es stellt sich abschließend die Frage, was aus dem vorstehend gefundenen Ergebnis folgt bzw. welche Handlungsoptionen den Seelotsen insoweit zu Gebote stehen. Die Seelotsen könnten insofern entweder versuchen, die bestehende Regelung bzw. das hier gefundene Ergebnis einer gerichtlichen Überprüfung zuzuführen (a) oder aber es wäre eine gesetzliche Neuregelung anzustreben (b).

#### a) Mögliche Rechtsbehelfe

Was eine gerichtliche Überprüfung des § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG angeht, so ist zu konstatieren, dass die Optionen hierfür begrenzt sind. Der einzige zur Verfügung stehende Individualrechtsbehelf gegen Gesetze ist die Verfassungsbeschwerde gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG. Diese ist jedoch fristgebunden, bei Verfassungsbeschwerden gegen Gesetz auf ein Jahr, vgl. § 93 Abs. 3 BVerfGG. Die Jahresfrist ist im Hinblick auf das Seelotsgesetz bereits lange verstrichen, so dass dieser Weg versperrt ist.

Es verbleibt somit nur noch die Möglichkeit der sog. Inzidentkontrolle, d.h. ein Gericht müsste im Rahmen eines Streits um die Anwendung des § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG inzident die Verfassungsgemäßheit der Vorschrift prüfen. Hält dieses Gericht das Gesetz für verfassungswidrig, so setzt es das Verfahren aus und holt die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu dieser Frage ein (sog. konkrete Normenkontrolle). Das Verfahren wird deswegen auch Richtervorlage genannt und ist in Art. 100 Abs. 1 GG sowie §§ 80 ff. BVerfGG geregelt.

Um einen solchen Anwendungsfall zu provozieren, müsste eine Lotsenbrüderschaft einen Ausgleichsantrag nach § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG an die Bundeslotsenkammer stellen. Vollzieht die Bundeslotsenkammer dann jenen Ausgleich, könnten die zum Ausgleich verpflichteten Lotsenbrüderschaften gegen diese Entscheidung gegenüber der Bundeslotsenkammer Rechtsmittel einlegen. Im Rahmen eines dann zu führenden Prozesses könnte § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG der beschriebenen Inzidentkontrolle unterzogen werden.

b) Vorschlag für eine gesetzliche Neuregelung

Die dargestellte Aufgabenzuständigkeit des Bundes überlässt diesem ein breites Spektrum an Handlungsmöglichkeiten. Letztlich liegt es in seinem Ermessen, mit welchem verfassungsgemäßen Instrument er seiner Aufgabe nachkommt, ein Mindesteinkommen der Lotsen zu sichern. Wie aufgezeigt, ist der Ausgleich nach § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG indes kein taugliches Mittel, weil es in verfassungswidriger Weise in die Eigentumsrechte der betroffenen Lotsen eingreift.

Um den verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf die Eigentumsgarantie aus Art. 14 Abs. 1 GG Rechnung zu tragen und damit die Belastung der Lotsen anderer Lotsenbrüderschaften zu vermeiden, wäre ein denkbarer Ansatz die Einrichtung eines staatlichen Fonds, aus dem bei Unterschreitung der Solleinnahmen ein Ausgleich an die von den anzurechnenden Einnahmen betroffenen Lotsen gezahlt werden könnte. Ein solcher Fonds könnte bei gleichzeitiger Vermeidung der Belastung sämtlicher Lotsen aus den Tarifeinnahmen gespeist werden. Da es dem Bund im Rahmen seiner Tarifzuständigkeit obliegt, die Höhe der Tarife festzulegen, wäre die Finanzierung eines solchen Fonds im Rahmen einer Umlage auf die von den Lotsdiensten profitierende Seeschifffahrt ein praktikabler Ansatz.

Bezüglich der Höhe der über einen solchen Fonds sicherzustellenden Lotseinnahmen drängt es sich auf, nach dem Vorbild des § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG das tarifliche Lotsgeld-Soll-Aufkommen als Mindestbetrag abzusichern. Auf diese Weise würde dem Ziel Rechnung getragen, das Lotswesen dadurch aufrecht zu erhalten, dass auch langfristig die Attraktivität des Lotsenberufs gewährleistet wird, gerade auch in den beschriebenen Sondersituationen.

Sinnvoll wäre es zudem, bei Schaffung eines solchen Fonds nicht nur die Seelotsen, sondern auch die der jeweiligen Landesgesetzgebung unterfallenden Hafenlotsen einzubeziehen. Die Notwendigkeit tauglicher Ausgleichsmechanismen besteht bei den Hafenlotsen in gleicher Weise, wie bei den Seelotsen. Insoweit wäre es zur Vereinheitlichung des Rechts zu erwägen, die Bundes- und Landesgesetzgebung aufeinander abzustimmen. Dies könnte beispielsweise über entsprechende Öff-

nungsklauseln geschehen, die es den jeweiligen Ländern ermöglicht sich dem Bundessystem anzuschließen, um den Aufbau von Parallelstrukturen auf Landesebene zu vermeiden. Zugleich könnte der Fonds auch übergreifend auf Basis von Bund-Länder-Vereinbarungen über Mittel des Bundes und der Länder finanziert werden. Denn naheliegend ist, dass Seelotsen und Hafenlotsen bei bestimmten Ereignissen (z.B. Sperrung der Elbe) in ähnlicher Weise von einer Reduzierung der Einnahmen betroffen wären. Schafft der Gesetzgeber eine Grundlage für ein Fondsmodell, wäre es deshalb zweckmäßig, wegen der gleichen Betroffenheit von See- und Hafenlotsen auch gleiche Ausgleichsmechanismen für beide Gruppen vorzuhalten.

Um die praktische Anwendbarkeit von Ausgleichsansprüchen zu gewährleisten, wäre es ferner erforderlich, das Seelotsgesetz um eine Vorschrift zu ergänzen, die bestimmt, unter welchen Voraussetzungen Lotsen zu Ausgleichsleistungen aus diesem Fonds berechtigt sein sollen. Weiter wäre zu regeln, durch wen der Fond verwaltet wird und an welchen Adressaten entsprechende Anträge auf Auszahlung zu richten sein sollen. Zweckmäßig wäre es insoweit, die Verwaltung des Fonds der Bundeslotsenkammer zu überlassen, an die auch entsprechende Anträge auf Auszahlung zu stellen wären.

### **III. Ergebnis**



Dem Staat kommt insbesondere wegen seiner Zuständigkeit für die Sicherheit der maritimen Schifffahrt und dem Schutz der damit verbundenen Individualrechtsgüter die Aufgabenzuständigkeit für die Sicherung eines funktionierenden Lotswesens zu. Er hat sich dazu entschieden, zu diesem Zweck die Bestimmung über Grund und Höhe der Lotstarife, also die Tarifzuständigkeit, mit der Vorschrift des § 45 Abs. 2 SeeLG an sich zu ziehen. Die Prüfung dieser Vorschrift im Rahmen dieses Gutachtens hat ergeben, dass die Tarifzuständigkeit des Staates im Bereich des Lotswesens verschiedenen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt ist. Zweifelhaft ist, ob der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit und die Privatautonomie durch § 45 Abs. 2 SeeLG gerechtfertigt ist.

Nimmt man allerdings die Verfassungsgemäßheit der Tarifzuständigkeit an, ergibt sich aus der Beschränkung der freien Entgeltfestsetzung durch die Lotsen spiegelbildlich die Verpflichtung des Staates, ein angemessenes Entgeltniveau für die Seelotsen zu gewährleisten. Dies dient der Aufrechterhaltung eines funktionierenden und kompetenten Lotswesens und damit zugleich der Sicherheit der maritimen Schifffahrt. Der Gesetzgeber hat sich dazu entschieden, ein solches Mindesteinkommen bei Unterschreitung der Solleinnahmen mit dem in § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG geregelten Ausgleichsmechanismus sicherzustellen. Diese Vorschrift führt im Falle seiner Anwendung zu einer Vermögensverschiebung zwischen den Lotsenbrüderschaften. Hierin liegt ein verfassungsrechtlich



nicht gerechtfertigter Eingriff in die Eigentumsgarantie der betroffenen Lotsen. Die Vorschrift des § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG erweist sich damit als verfassungswidrig. Infolgedessen fehlt es an einer hinreichenden gesetzlichen Absicherung des Mindesteinkommens der Lotsen. Infolge seiner Aufgabenzuständigkeit ist der Staat deshalb verpflichtet, eine verfassungskonforme Alternative zu dem in § 35 Abs. 2 Nr. 6 SeeLG geregelten Ausgleichsmechanismus zu schaffen.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Waller

Rechtsanwalt

Dr. Kabelitz

Rechtsanwalt