

Schriftliche Stellungnahme

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 5. Oktober 2020 zum

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des Vollzugs im Arbeitsschutz (Arbeitsschutzkontrollgesetz) - BT-Drucksache 19/21978

b) Antrag der Abgeordneten Susanne Ferschl, Jutta Krellmann, Matthias W. Birkwald, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Arbeitsschutzkontrollgesetz nachbessern und Ausbeutung in der Fleischindustrie beenden - BT-Drucksache 19/22488

c) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Friedrich Ostendorff, Anja Hajduk, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Faire Arbeitsbedingungen und angemessener Gesundheitsschutz für Beschäftigte in der Fleischbranche und Saisonarbeitskräfte in der Landwirtschaft - BT-Drucksache 19/19551

d) Antrag der AfD-Fraktion

Mehr Redlichkeit in der Fleischwirtschaft und faire Löhne für Leiharbeiter - BT-Drucksache 19/...

siehe Anlage

Stellungnahme
für den Ausschuss für Arbeit und Soziales

zur Vorbereitung auf die Anhörung vom 5. Oktober 2020

von

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Universität Bremen

Covid 19 – Ausbrüche in Großbetrieben der Fleischindustrie haben erneut und mit großer Intensität den Blick der Öffentlichkeit auf die dort herrschenden Arbeitsbedingungen gelenkt. Diese stehen seit vielen Jahren in der Kritik. In Schlachthöfen und bei der Weiterverarbeitung werden in großem Umfang auf der Grundlage von Werkverträgen und Arbeitskräfteverleih ausländische Arbeitnehmer eingesetzt, die in der Regel aus Rumänien, Bulgarien, Ungarn oder Polen stammen. Ihre Arbeits- und Lebensbedingungen in der Fleischindustrie bleiben weit hinter dem ansonsten in Deutschland Üblichen und Gebotenen zurück.

I. Empirische Erkenntnisse über die faktische Lage

1. Die Untersuchung in NRW

Die Arbeitsschutzverwaltung des Landes NRW hat unter dem Titel „Faire Arbeit in der Fleischindustrie“ von Juli bis September 2019 eine ungewöhnlich eingehende empirische Untersuchung über die Arbeitsbedingungen in der Fleischindustrie NRW durchgeführt.¹ Im Rahmen dieser Aktion wurden 30 Großbetriebe aus den Bereichen der Schlachtung und der Fleischverarbeitung mit ca. 17.000 Beschäftigten auf die Einhaltung von Arbeitsschutzvorschriften und des GSA Fleisch überprüft. Dabei wurden zugleich über 90 Werkvertragsfirmen in die Kontrolle einbezogen.

Bei 26 von den 30 Betrieben (= 85 %) wurden zahlreiche Verstöße gegen Arbeitsschutzrecht festgestellt. Von den vier übrigen Betrieben waren 2 bereits zuvor von der Arbeitsaufsicht intensiv kontrolliert worden; die gerügten Mängel waren im Wesentlichen abgestellt. Bei den beiden anderen handelte es sich um Betriebe, bei denen keine Schlachtung und Zerlegung durchgeführt wurde und bei denen fast ausschließlich mit eigenem Personal gearbeitet wurde.

Was die insgesamt festgestelltem 8.752 Verstöße angeht, so stand die Nichtbeachtung des Arbeitszeitrechts mit 5.863 Verstößen bei weitem im Vordergrund. Dabei wurde häufig die tägliche Höchstarbeitszeit verletzt, da die Arbeitstage bis zu 16 Stunden dauerten. Die Ruhezeit von 11 Stunden wurde in vielen Fällen nicht eingehalten; auch wurden keine Pausen gemacht. Alle diese Verstöße ergaben sich bereits aus den handschriftlichen Auszeichnungen

¹ Der Abschlussbericht ist abrufbar unter <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=faire+Arbeit+in+der+Fleischindustrie> (6.9.2020). Auf ihn wird auch im Folgenden zurückgegriffen.

oder aus freiwillig erstellten Dateien. Bei einer verlässlicheren Form der Dokumentation könnte mit einer noch erheblich höheren Zahl an Verstößen gerechnet werden.

In mehr als 2.400 Fällen wurde die gesetzlich gebotene arbeitsmedizinische Vorsorge nicht durchgeführt. Dabei unterblieben beispielsweise Untersuchungen im Zusammenhang mit der sog. Feuchtarbeit, die zu dauerhaften Schädigungen der Haut führen kann. Dasselbe war in Lärmbereichen der Fall, wo bei längerer Exposition Hörschäden drohen.

In fast 300 Fällen war der technische Arbeitsschutz zu beanstanden. Schutzeinrichtungen waren zum Teil entfernt, mit Gefahrstoffen wurde leichtsinnig umgegangen, Notausgänge waren abgeschlossen, Fluchtwege verstellt, es fehlten persönliche Schutzausrüstungen.

Die Verantwortung für die Missachtung der Arbeitszeitvorschriften und der Bestimmungen über die arbeitsmedizinische Vorsorge lag bei den Werkvertragsunternehmen, während die Schlachthofbetreiber für die Mängel des technischen Arbeitsschutzes verantwortlich waren. Als unmittelbare Konsequenz wurden 64 Bußgeldverfahren gegen Werkvertragsunternehmen eingeleitet (wobei z. B. sämtliche Arbeitszeitverstöße in einem Verfahren zusammengefasst wurden); 22 Bußgeldverfahren richteten sich gegen Schlachthofbetreiber.

In Bezug auf die Einhaltung des gesetzlichen Mindestlohns fehlte den untersuchenden Behörden die Zuständigkeit, doch wurden Verdachtsmomente deutlich, dass auch insoweit das geltende Recht missachtet wurde. Diese ergaben sich aus folgenden Umständen:

- Lohneinbehalt für persönliche Schutzausrüstung,
- Lohneinbehalt für Miete,
- Lohneinbehalt für Fahrten zum Arbeitsplatz und wieder zurück
- Lohneinbehalt für die Kosten der Einarbeitung, wenn der Arbeitnehmer sein Arbeitsverhältnis vor Ablauf von zwei Jahren beenden möchte,²
- Kürzung des Lohnes wegen Fehlverhaltens.

2. Erfahrungen in anderen Bundesländern

Von ähnlichen Erscheinungen wird aus Schleswig-Holstein berichtet.³ Dort ist das Problem relevant, dass sich Werkvertragsunternehmen weiterer Subunternehmer bedienen, so dass für

² S. das Vertragsbeispiel im Abschlussbericht S. 9

die Aufsichtsbehörden wie für den einzelnen Arbeitnehmer oft unklar bleibt, wer im konkreten Fall sein Arbeitgeber ist und wer deshalb die Verantwortung für den Arbeitsschutz und andere angemessene Arbeitsbedingungen trägt. Die Schlachthofbetreiber selbst sind Arbeitgeber nur noch eines Anteils von 15 % an den Belegschaften.

Der DGB Schleswig-Holstein Nordwest berichtet in einem Schreiben an den Sozialausschuss des schleswig-holsteinischen Landtags vom 29.1.2020⁴ von Umgehungsstrategien, durch die die Verletzung arbeitsrechtlicher Vorschriften unsichtbar bleibe. Die Arbeitszeit wird beispielsweise manuell von Vorarbeitern erfasst und so (um-)formuliert, dass kein Verstoß gegen das ArbZG ersichtlich ist. Die jeweiligen Arbeitnehmer quittieren schriftlich die Richtigkeit der Angaben, weil sie als Ausländer den Inhalt nicht verstehen oder weil sie keinen Konflikt mit dem Vorarbeiter wollen. Eine andere Methode liegt darin, die Höchstarbeitszeit von 48 Stunden pro Woche in der Weise zu wahren, dass der einzelne Arbeitnehmer im Monat zwei bis drei Urlaubstage nimmt; auf diese Weise geht der gesetzliche Urlaubsanspruch verloren. Soweit die Arbeitsschutzbehörde interveniert, wird einige Zeit nach Gesetz verfahren, ehe dann wieder zur alten Praxis zurückgekehrt wird; hier ist mit Recht von einer „Kurzzzeitgesetzestreue“ die Rede.

In Brandenburg wurden im Zeitraum vom 28. Mai bis zum 19. Juni 2020 insgesamt elf Betriebe der Fleischindustrie von der Arbeitsschutzbehörde besichtigt.⁵ Die im Mittelpunkt stehenden Corona-Regeln wurden im Wesentlichen eingehalten. Zugleich gaben aber nur zwei der elf Betriebe an, die arbeitsmedizinische Vorsorge durchgeführt zu haben; auch sie konnten jedoch keine ausreichenden Unterlagen vorlegen. Insoweit bestanden deutliche arbeitsschutzrechtliche Defizite.

3. Weitere Informationen

Aufgrund von Anfragen von Bundestagsabgeordneten hat die Bundesregierung zu zahlreichen Problemen der Arbeitsverhältnisse in der Fleischwirtschaft Auskunft gegeben.⁶ Die Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS), die auch die Einhaltung des Mindestlohns (aber nicht

³ Landtags-Drucksache 19/1510 (v. 5.6.2019), auch zum Folgenden

⁴ Verfasserin: Susanne Uhl. S. auch Landtags-Drucksache 19/3501

⁵ Land Brandenburg, Überprüfung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes für Beschäftigte in der Fleischverarbeitung unter den besonderen Bedingungen der Corona-Pandemie (Sonderprojekt der Arbeitsschutzbehörde des Landes Brandenburg), 30.6.2020

⁶ S. insbesondere die Kleine Anfrage der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke u. a. und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 19/20872

des Arbeitsschutzrechts) überprüft, hat im Jahr 2014 in der Fleischbranche 445 und im Jahre 2018 332 Arbeitgeber überprüft.⁷ Dabei wurden im Jahre 2014 318 und im Jahre 2018 75 Ordnungswidrigkeitenverfahren sowie 215 (2014) bzw. 281 (2018) Strafverfahren eingeleitet. Es gab also kaum einen Betrieb, dessen Kontrolle nicht zu mindestens einem Verfahren geführt hätte.

Eine Sonderauswertung der Berufsgenossenschaft Nahrungsmittel und Gastgewerbe ergab, dass die durchschnittliche Zahl der Arbeitsunfälle je 1.000 Beschäftigten 65 % höher als im Durchschnitt der anderen Branchen dieser Berufsgenossenschaft lag. Betrachtet man ausschließlich die Werkvertragsunternehmen in der Fleischwirtschaft, so lagen die Unfallzahlen je 1000 Beschäftigten fast doppelt so hoch wie der Durchschnitt aller von dieser Berufsgenossenschaft erfassten Branchen.⁸

II. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung und die dadurch aufgeworfenen Rechtsfragen

Der Gesetzentwurf ist den Mitgliedern des Ausschusses bekannt, so dass er hier nicht wiederholt werden muss. Dasselbe gilt für den Antrag der Abg. Müller-Gemmeke und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drucksache 19/19551) und für den Antrag der Abg. Ferschl und der Fraktion DIE LINKE (BT-Drucksache 19/22488). In der juristischen Diskussion sind verschiedene Fragen aufgeführt worden, zu denen kurz Stellung genommen werden soll.

- Ist auch das Verbot der Leiharbeit neben dem Verbot von Werkvertragsarbeit verfassungskonform?

- Wie ist der Begriff des „Inhabers“ und des zu ihm bestehenden Arbeitsverhältnisses zu verstehen?

- Lässt sich die Ausnahme für die Betriebe des Fleischerhandwerks rechtfertigen?

⁷ BT-Drucksache 19/11441, S. 9 ff.

⁸ BR-Drucksache 426/20, S. 18

III. Rechtliche Stellungnahme: Ausschluss von Werkverträgen und Leiharbeit

1. Das Prüfprogramm

Der Ausschluss von Werkverträgen und Leiharbeit bei allen nicht handwerksmäßig betriebenen Unternehmen des Fleischsektors ist in erster Linie am Maßstab der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG zu messen. Betroffen sind einmal die Unternehmen der Fleischindustrie, die sich nicht mehr der bisherigen personalpolitischen Mittel bedienen können, sondern die ausschließlich auf Arbeitsverhältnisse zurückgreifen müssen. Die berufliche Betätigungsfreiheit wird aber auch bei den Werkvertragsunternehmen und den Verleihern beschränkt, denen ein bestimmtes Geschäftsfeld genommen ist. Schließlich kommen auch die Arbeitskräfte selbst als betroffene Grundrechtsträger in Betracht, obwohl bei ihnen kaum eine negative Betroffenheit vorliegen dürfte.

Bei den Unternehmen der Fleischindustrie wird im Folgenden nicht zwischen dem Ausschluss der Werkvertrags- und dem Ausschluss der Leiharbeit unterschieden, da beide gemeinsam der verfassungsrechtlichen Prüfung standhalten müssen. Würde nur eine Form für verfassungswidrig erklärt,⁹ wäre das gesamte Projekt praktisch gegenstandslos, da es unschwer möglich wäre, Werkvertragsarbeitnehmer in Leiharbeitskräfte zu verwandeln, indem die sowieso vorhandene Bestimmung der Arbeitsschritte durch das Unternehmen der Fleischindustrie konkreter gefasst und auf die Arbeitsprozesse erstreckt würde.¹⁰ Dem Unternehmen nach haben die Werkvertragsunternehmen bereits Verleiherlaubnisse erhalten. Umgekehrt lassen sich ggf. Tätigkeiten von Leiharbeitnehmern in solche verwandeln, die im Rahmen eines Werkvertrags erbracht werden, indem ein bestimmter Bereich voll der Organisationsbefugnis eines Drittunternehmers unterstellt wird.¹¹

Der Schutzbereich des Eigentums nach Art. 14 Abs. 1 GG ist nicht betroffen, da nicht in bereits erworbene Rechte eingegriffen wird, sondern lediglich Erwerbchancen und (künftige)

⁹ So etwa Boemke/Düwell u.a. NZA 2020, 1160.

¹⁰ Dies ist in dem Aufsatz von Boemke/Düwell u. a. nicht ausdrücklich bedacht worden.

¹¹ So im Ergebnis auch die amtliche Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung (BR-Drucksache 426/20 S. 15), wonach eine erhebliche Steigerung der Zahl der Leiharbeitnehmer zu erwarten wäre, wenn in der Fleischindustrie keine Werkvertragsarbeitnehmer mehr eingesetzt werden dürften.

Betätigungsmöglichkeiten erfasst sind.¹² Ob der Gleichheitsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG dadurch verletzt ist, dass lediglich eine Branche der geplanten Regelung unterworfen wird, soll in einem gesonderten Abschnitt untersucht werden..

Die Vereinbarkeit mit Unionsrecht soll gleichfalls separat behandelt werden.

IV. Berufsfreiheit der Unternehmer in der Fleischindustrie

1. Vorliegen eines Eingriffs

Die geplante Regelung zwingt die Unternehmer, Arbeitskräfte ausschließlich als eigene Arbeitnehmer zu beschäftigen. Ein Rückgriff auf Leiharbeit, Werkvertragsarbeit oder Soloselbständige ist ihnen nicht mehr möglich. Allerdings werden sich keine Schwierigkeiten bei der Rekrutierung von Arbeitnehmern ergeben, da sich die bislang im Rahmen von Werkverträgen oder als Leiharbeitnehmer eingesetzten Personen kaum dagegen wehren werden, zu potentiell deutlich besseren Bedingungen ihre bisherige Arbeit fortzusetzen.¹³ Die Beschäftigung von eigenen Arbeitnehmern lässt dem Unternehmer im Übrigen erhebliche inhaltliche Spielräume: Im Rahmen des geltenden Rechts kann er die Arbeitsverträge vorformulieren. Ob es zum Abschluss von Tarifverträgen und zur Gründung von Betriebsräten kommt, ist derzeit nicht abschätzbar. Allerdings ist damit zu rechnen, dass die Einhaltung des gesetzlichen Arbeitszeitrechts und des Arbeitsschutzrechts stärker kontrolliert und deshalb deutlich verbessert wird. Konsequenter Rechtsdurchsetzung ist aber schwerlich als solche wie ein Grundrechtseingriff zu behandeln, da rechtswidriges Verhalten nicht den Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG genießt.

Der Eingriff in die berufliche Betätigungsfreiheit erweist sich unter diesen Umständen als relativ milde; er betrifft allein die Berufsausübung, nicht die Berufswahl.

2. Rechtfertigung von Eingriffen im allgemeinen

Art. 12 Abs. 1 GG schützt die freie Wahl eines Berufes wie auch seine Ausübung; nur für letztere besteht aber in Art. 12 Abs. 1 GG ein ausdrücklicher Gesetzesvorbehalt. Nach der

¹² Ebenso die Ausarbeitung des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestags (WD 6 – 3000 – 053/20), S. 12.

¹³ Ähnlich Deinert, AuR 2020, 344, 345.

Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts handelt es sich jedoch um ein einheitliches Grundrecht¹⁴ mit der Folge, dass auch in die Berufswahl eingegriffen werden kann. Die Anforderungen, die an Eingriffe zu stellen sind, hängen von dessen Intensität und Reichweite ab. Das Bundesverfassungsgericht hat dabei eine sog. Stufentheorie entwickelt, die ihre erste Ausprägung bereits durch das sog. Apothekenurteil vom 11. 6. 1958¹⁵ erfahren hat. Einfache Regelungen der Berufsausübung lassen sich durch jede vernünftige Erwägung des Gemeinwohls rechtfertigen. Sog. subjektive Zulassungsvoraussetzungen, etwa der Nachweis einer erfolgreich absolvierten Ausbildung, sind nur zulässig, wenn es der Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter zwingend erfordert; dabei dürfen die Anforderungen (z. B. an die Ausbildung) nicht außer Verhältnis zu dem angestrebten Zweck (z. B. rechtliche Beratung der Bevölkerung durch rechtskundige Menschen) stehen. Sog. objektive Zulassungsvoraussetzungen sind vom Einzelnen her nicht beeinflussbar und deshalb als noch schwererer Eingriff nur zulässig, wenn sie der Abwehr „nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“ dienen.¹⁶ Diese sog. Stufentheorie ist in der Folgezeit in der Weise modifiziert worden, dass sie als Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips verstanden wurde. Das bedeutet u. a., dass auch eine Berufsausübungsregelung nur zum Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter zulässig ist, wenn sie in ihrer Wirkung einem Eingriff in die Freiheit der Berufswahl nahe kommt.¹⁷

3. Rechtfertigung von Eingriffen im konkreten Fall

Für die Unternehmer der Fleischindustrie stellt die geplante Regelung lediglich eine Berufsausübungsregelung dar. Diese kommt ihrerseits auch nicht in die Nähe einer Beeinträchtigung der Berufswahl, da sich lediglich die Arbeitskosten etwas erhöhen werden, was zum allgemeinen unternehmerischen Risiko gehört. Kostensteigerungen, die ihre Ursache darin haben, dass rechtswidrige Praktiken abgestellt werden, dürfen dabei nicht berücksichtigt werden.

Das Gebot, der gewerblichen Tätigkeit ausschließlich mit eigenen Arbeitskräften nachzugehen, kann sich auf vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls stützen. dafür reicht

¹⁴ BVerfG 19.7.2000 – 1 BvR 539/96 - BVerfGE 102, 197, 213

¹⁵ BVerfG 11.6.1958 – 1 BvR 596/56 - BVerfGE 7, 377 ff.

¹⁶ BVerfGE 7, 377 Leitsatz 6

¹⁷ BVerfG 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a. – NJW 1988, 1195

schon die Feststellung aus, dass nach den bisherigen Erfahrungen in Unternehmer der Fleischindustrie, die mit eigenem Personal arbeiten, sehr viel weniger Verstöße gegen Arbeitszeit- und Arbeitsschutzvorschriften festzustellen waren.¹⁸ Dazu kommt die Überlegung, dass die Zahl der Unfälle bei den Beschäftigten der Werkvertragsunternehmen am höchsten liegt.¹⁹ Diese besonders gefährliche Art von Arbeit zu beseitigen, dient daher dem Gesundheitsschutz.

Der Gesetzgeber umschreibt seine Ziele mit den folgenden Worten:²⁰

„Im Interesse der effektiveren Durchsetzung von Arbeitnehmerrechten und des Arbeits- und Gesundheitsschutzes sowie der einfacheren Durchführung von Kontrollen wird die systematische Spaltung von Belegschaften, die bislang für die industrielle Produktion von Fleisch und Fleischerzeugnissen in Deutschland kennzeichnend ist, beendet. Der Unternehmer soll sich seiner Verantwortung für die Betriebsorganisation nicht mehr durch die Einbindung Dritter entziehen können. Da die Regelungen sukzessive in Kraft gesetzt werden, können die Betriebsorganisation und Vertragsverhältnisse rechtzeitig angepasst werden.“

Das Haupt-Ziel, eine bessere Beachtung des Arbeitszeit- und Arbeitsschutzrechts sicherzustellen und die Zahl der Unfälle zu vermindern, darf allerdings nicht mit beliebigen Mitteln verfolgt werden. Vielmehr müssen diese geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sein.

Angesichts der genannten praktischen Erfahrungen besteht an der Geeignetheit kein Zweifel. Unternehmen mit klar erkennbarer Verantwortlichkeit bestimmter Personen lassen sich sehr viel leichter kontrollieren als dies in der gegenwärtigen unübersichtlichen Situation der Fall ist.

Auch die Erforderlichkeit wird man nicht bestreiten können, da bisherige Versuche wie die Selbstverpflichtungen der größeren Unternehmen und der Erlass des Gesetzes zur Sicherung

¹⁸ S. oben A II 1

¹⁹ S. oben A II 3

²⁰ BR-Drucksache 426/20 S. 34

von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft nichts an den beschriebenen Missständen geändert haben: Selbst verstärkte Kontrollen hatten keinen durchschlagenden Erfolg.²¹

In neuester Zeit wurde der Vorschlag unterbreitet, einen besseren Schutz im Arbeitszeitrecht zu schaffen: Über die im Gesetz vorgesehene elektronische Zeiterfassung hinaus solle eine Beweislastumkehr beim Streit über geleistete Überstunden erfolgen und evtl. sogar eine Wochenarbeitszeit von 48 Stunden vermutet werden.²² Abgesehen davon, dass angesichts elektronischer Zeiterfassung die Beweislastumkehr auf die Fälle beschränkt sein würde, in denen die Elektronik nicht angewandt wurde oder nicht funktionierte – Voraussetzung ist immer, dass sich die Betroffenen zur Wehr setzen und Ansprüche außergerichtlich oder gerichtlich geltend machen. Davon kann jedoch angesichts der sehr starken Abhängigkeit der ausländischen Arbeitnehmer (Sprachprobleme, keine Erfahrung mit Rechtsdurchsetzung in Deutschland, drohender Wohnungsverlust und erzwungene Heimkehr bei einem Konflikt mit dem Arbeitgeber) nicht ausgegangen werden. Wenn weiter als milderer Mittel der Abschluss eines branchenbezogenen Mindestlohntarifvertrags genannt wird, so ist dies eine Voraussetzung, die der Gesetzgeber aus eigener Macht nicht herbeiführen kann. Ein milderer Mittel als die im Gesetz vorgesehene Regelung ist daher auch im Hinblick auf diese neuen Vorschläge nicht erkennbar.

Dasselbe gilt für die Ankündigung verschiedener großer Unternehmen, in Zukunft auf Werkverträge verzichten zu wollen: Freiwillige Entscheidungen können jederzeit missachtet (ohne dass das Unternehmen materielle Sanktionen befürchten muss) und auch jederzeit wieder zurückgenommen werden. Selbst wenn entsprechende Erklärungen von allen branchenangehörigen Unternehmen abgegeben würden, wären sie deshalb kein Äquivalent für eine gesetzliche Regelung.²³

Schließlich ist das eingesetzte Mittel auch nicht unverhältnismäßig: Die Durchsetzung des geltenden Rechts und der Gesundheitsschutz verdienen den Vorrang gegenüber der Freiheit des Unternehmers, sich auch anderer Rechtsformen als des zu ihm bestehenden Arbeitsverhältnisses bedienen zu können.

²¹ BR-Drucksache 426/20 S. 5

²² Boemke/Düwell u. a., NZA 2020, 1160, 1166

²³ Ebenso im Ergebnis BR-Drucksache 426/20 S. 37

V. Berufsfreiheit der Werkvertragsunternehmer und der Verleiher

1. Werkvertragsunternehmer

a) Intensität des Eingriffs

Die Werkvertragsunternehmer können stärker als die Unternehmer der Fleischindustrie betroffen sein. Soweit sie für den Fleischsektor tätig sind, wird ihr Geschäftsbereich auf die Betriebe des Fleischerhandwerks beschränkt. Andere Einsatzfelder sind zwar nicht betroffen, doch ist denkbar, dass sich einzelne Unternehmen ausschließlich auf die Fleischindustrie konzentriert haben. Der Wechsel in einen anderen Bereich kann daher oft unvermeidbar sein. Dies ist allerdings ohne große Abschreibungen und Wertberichtigungen möglich, da im Fleischsektor typischerweise mit den Produktionsmitteln der Industrieunternehmen, nicht aber mit eigenen Gegenständen gearbeitet wird. Insoweit ist eine „Umstellung“ nicht wesentlich schwieriger, als wenn aus irgendwelchen Gründen ein Auftrag verloren geht. Der Unterschied besteht allein darin, dass zu einem bestimmten Stichtag der gesamte Arbeitseinsatz in der Fleischindustrie sein Ende findet, doch liegt zwischen dem Gesetzentwurf und dem Inkrafttreten (1.1.2021 bzw. 1.4.2021) ein Zeitraum von einigen Monaten, so dass die notwendig werdende Umstellung in zumutbarer Weise vorbereitet werden kann. Deshalb wird man nicht sagen können, dass die vorgesehene Regelung einem Eingriff in die Freiheit der Berufswahl nahe kommt. Vielmehr geht es um einen Vorgang, der der Insolvenz des Hauptkunden vergleichbar ist, ein Ereignis, das im Wirtschaftsleben auch sonst nicht ausgeschlossen werden kann.

b) Unanwendbarkeit des Art. 12 Abs. 1 GG?

Aufgrund der Selbstverpflichtungen der Großunternehmen der Fleischindustrie²⁴ gründeten die osteuropäische Firmen, die ursprünglich als Werkvertragsunternehmen tätig waren, deutsche Tochtergesellschaften, die die Arbeitsverhältnisse zu den in der Fleischwirtschaft eingesetzten Arbeitskräften übernahmen. Auf diese Weise wurde insbesondere die Anwendbarkeit des deutschen Sozialversicherungsrechts sicher gestellt. Dennoch handelte es

²⁴ Oben A I 1

sich weiter wirtschaftlich gesehen um Gesellschaften, die zu 100 % Unternehmen aus den osteuropäischen Mitgliedstaaten der EU gehören.

Art. 12 Abs. 1 GG ist ein Deutschenrecht, das neben natürlichen Personen nach Art. 19 Abs. 3 GG auch inländischen juristischen Personen zusteht. Ausländische juristische Personen und Personenvereinigungen werden insoweit nicht als Grundrechtsträger eingestuft.²⁵ Dies bedeutet, dass sie sich für ihre wirtschaftliche Tätigkeit im Inland allenfalls auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen können.²⁶ In der Literatur wird nun der Standpunkt vertreten, auch inländische Gesellschaften seien nicht durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt, soweit sie von ausländischen Staatsangehörigen beherrscht würden.²⁷ Eine abweichende Sicht ist allerdings für Unternehmen geboten, die sich in einem anderen Mitgliedstaat der EU befinden. Soweit sie sich im Anwendungsbereich des EU-Rechts bewegen, müssen sie wegen des allgemeinen Verbots der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit wie deutsche Unternehmen behandelt werden.²⁸ Ob man dies im vorliegenden Fall annehmen kann, erscheint zweifelhaft, doch kann es letztlich dahinstehen, da auch bei voller Anwendung des Art. 12 Abs. 1 GG kein Grundrechtsverstoß vorliegen würde.

c) Rechtfertigung des Eingriffs

Der unter a) dargelegte Eingriff in die Berufsfreiheit ist jedenfalls dann gerechtfertigt, wenn er Allgemeininteressen dient, die so schwer wiegen, dass sie den Vorrang vor der Behinderung der beruflichen Tätigkeit verdienen.²⁹ Dies hat das BVerfG sogar für den weitergehenden Fall angenommen, dass es um eine Regelung geht, die einem Eingriff in die Berufswahl nahe kommt.

Im konkreten Fall geht es um den Gesundheitsschutz der Beschäftigten, der innerhalb der bisherigen Strukturen in erheblichem Umfang gefährdet ist: Unzulässig lange Arbeitszeiten, unterbleibende Vorsorgeuntersuchungen trotz gefährdender Arbeitsbedingungen, fehlende

²⁵ BVerfG v. 1.3.1967 – 1 BvR 46/66 – BVerfGE 21, 207 Orientierungssatz 1: „Wortlaut und Sinn des Art. 19 Abs. 3 GG verbieten eine ausdehnende Auslegung auf ausländische juristische Personen.“ Ebenso aus neuerer Zeit BVerfG 14.7.1999 – 1 BvR 2226/94 u. a. - BVerfGE 100, 313, 364: „Auf ausländische juristische Personen findet Art. 10 GG gemäß Art. 19 Abs. 3 GG ohnehin keine Anwendung.“

²⁶ Auch insoweit skeptisch Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 12. Aufl., München 2012, Art. 9 Rn. 21 mwN

²⁷ Nachweise bei Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 12 Rn. 13

²⁸ BVerfG 19.7.2011 – 1 BvR 1916/09 – NJW 2011, 3428

²⁹ BVerfG 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 – NJW 1988, 1195, 1196, auch zum Folgenden

persönliche Schutzausrüstungen, versperrte Notausgänge.³⁰ Der Gesundheitsschutz ist ein legitimes Ziel des Gesetzgebers, das höheren Rang als die konkrete Ausübungsform der Berufsfreiheit der Werkvertragsunternehmen besitzt.

Das Mittel – direkte Anstellung bei dem Industrieunternehmen – ist zur Erreichung dieses Zwecks geeignet und mit Rücksicht auf die Vergeblichkeit aller bisherigen Versuche auch erforderlich.³¹ Dem Gesetzgeber steht insoweit ein weiter Beurteilungsspielraum zu. Von Verfassungs wegen ist daher nicht zu prüfen, ob eine Lösung wie nach dem Seearbeitsrecht vorzuzugswürdig wäre: Dort werden alle auf dem Schiff Tätigen kraft Gesetzes zur Belegschaft gerechnet und insoweit abgesichert, als der Reeder für die Verpflichtungen von Werkvertragsunternehmen, Verleihern usw. selbstschuldnerisch haftet.³² Dass die Regelung auch nicht unverhältnismäßig im engeren Sinne ist, folgt schon aus der im Rahmen des Art. 12 Abs. 1 GG erfolgten Abwägung.³³

2. Verleiher

Die praktische Rolle der Leiharbeit in der Fleischindustrie ist nicht in allen Einzelheiten geklärt. Auf der einen Seite wird festgestellt, dass sie in diesem Sektor praktisch keine Rolle spiele.³⁴ Auf der anderen Seite gaben die Unternehmen, die 2015 die Selbstverpflichtung unterschrieben hatten, an, bei ihnen belaufe sich der Anteil der Leiharbeit auf 5 bis 10 Prozent.³⁵ Fest steht jedenfalls, dass sie zahlenmäßig keine wesentliche Bedeutung hat; insoweit besteht ein gravierender Unterschied zur Situation, als die Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe verboten wurde, weil damals rund 20 % *aller* Leiharbeiter im Bausektor tätig waren.

Angesichts dieser Umstände wiegt der gesetzgeberische Eingriff in die Berufsfreiheit der Verleiher weniger schwer als der in die Berufsfreiheit der Werkvertragsunternehmer: Es wird keine oder nur eine minimale Zahl von Verleihern geben, die sich auf die Fleischindustrie spezialisiert haben und die nunmehr vor Umstellungsprobleme gestellt sind. Von daher kann nicht die Rede davon sein, es bestehe eine Eingriffsintensität, die der Berufswahlregelung

³⁰ S. die Zusammenfassung bei Deinert, AuR 2020, 344, 349

³¹ S. oben III 3

³² Dazu Maul-Sartori NZA 2013, 1128; Däubler, NZA 2019, 1601, 1606

³³ Wie hier im Ergebnis Deinert, AuR 2020, 344, 350.

³⁴ Deinert, AuR 2020, 344, 351

³⁵ BR-Drucksache 426/20 S. 14

nahekomme.³⁶ Vielmehr geht es um den Wegfall eines ganz kleinen Segments – und das noch mit mehrmonatiger Ankündigungsfrist. Der Hauptzweck, weshalb auch die Leiharbeit in der Fleischindustrie ausgeschlossen wurde, liegt im Umgehungsschutz: Würde man sie nicht einbeziehen, wäre in vielen Fällen eine „Verwandlung“ von Werkvertragsarbeitnehmern in Leiharbeiter zu erwarten.³⁷

Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit bestimmen sich nach denselben Grundsätzen wie im Verhältnis zu den Werkvertragsunternehmen. Insoweit bestehen auch hier keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Ein Rückgriff auf die Entscheidung des BVerfG zum Verbot der Leiharbeit im Bausektor und die dazu geführte Diskussion führt nicht weiter.³⁸ Während es dort um die Bekämpfung illegaler Überlassung unter dem Deckmantel legaler Vorgänge ging, steht hier der Gesundheitsschutz der betroffenen Beschäftigten und die Durchsetzung des Arbeitsschutzrechts im Vordergrund. Dies sind inkomparable Rechtsgüter; der Gesundheitsschutz hat die stärkere Rechtfertigungskraft bei Eingriffen in die Berufsausübung. Die bisherigen Missstände, die niemand bestreitet, wurden auch nicht dadurch vermieden, dass § 11 Abs. 6 AÜG das für den Entleiherbetrieb geltende Arbeitsschutzrecht auch auf die Leiharbeiter bezieht.

VI. Berufsfreiheit der Arbeitnehmer

Wenig praktische Bedeutung hat die Frage, ob auch die Berufsfreiheit der Arbeitnehmer beeinträchtigt ist.

Wer auf der Suche nach einem Arbeitsplatz ist, wird keine Möglichkeit mehr haben, im Rahmen eines Werkvertrags mit einem Unternehmen der Fleischindustrie oder als Leiharbeiter in der Fleischindustrie tätig zu werden. Dies ist ohne grundrechtliche Bedeutung, da weder Art. 12 Abs. 1 GG noch eine andere Vorschrift des deutschen Rechts einen Anspruch auf einen bestimmten Arbeitsplatz gibt. Angesichts der Arbeitsbedingungen, die dort in der Regel bestehen, wird dies in der Praxis so gut wie niemand bedauern.

³⁶ So aber Boemke/Düwell u. a. NZA 2020, 1160, 1163

³⁷ Ebenso Deinert, AuR 2020, 344, 351

³⁸ Anders Boemke/Düwell u. a. NZA 2020, 1160 ff.

Wer bereits im Rahmen eines Werkvertrags oder als Leiharbeiter in einem Unternehmen der Fleischindustrie tätig ist, sieht sich in seiner Berufsfreiheit betroffen. Er kann ab 1.1.2021 (oder als Leiharbeiter ab 1.4.2021) nicht mehr in der bisherigen Eigenschaft auf seinem Arbeitsplatz tätig sein. Dies kann dazu führen, dass er von seinem Arbeitgeber an anderer Stelle eingesetzt wird, doch ist auch denkbar, dass dies nicht möglich ist und deshalb eine betriebsbedingte Kündigung ausgesprochen wird, die allerdings nach den Grundsätzen der sozialen Auswahl nicht ihn persönlich treffen muss. Näher liegend ist überdies, dass zwar das Arbeitsverhältnis zum Werkvertragsunternehmer bzw. Verleiher aufgelöst wird, dass aber die gleiche Tätigkeit beim jetzt zuständigen „Inhaber“ fortgeführt wird. Im Ergebnis ist also ein bereits beschäftigter Arbeitnehmer sehr viel weniger in seiner Berufsfreiheit betroffen als ein Werkvertragsunternehmer oder ein Verleiher.³⁹ Auch insoweit bestehen also keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

VII. Vereinbarkeit mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG

Die Beschränkung der gesetzgeberischen Intervention auf eine Branche könnte sich dem Einwand aussetzen, hier werde gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen; auch in anderen Branchen gebe es Missstände und Rechtsverletzungen, die nicht zu vergleichbaren Maßnahmen führen würden.

Der Regierungsentwurf hat eingehend dargelegt, worin aus seiner Sicht die Besonderheiten des Fleischsektors liegen.⁴⁰ Werkvertrags- und Leiharbeiter werden weitestgehend in Bereichen eingesetzt, die das „Kerngeschäft“ des Fleischunternehmens ausmachen. Dabei werden die Arbeitsprozesse in kleine Teile zerlegt; die amtliche Begründung spricht von „Zutrieb“, „Tötung“, „Schlachtung einschließlich Ausweiden“, „Kuttelei“, „Grobzerlegung“, „Feinzerlegung“, „Convenience“ und „Verpackung“.⁴¹ Dies erleichtert die Vergabe an Drittunternehmen unterschiedlicher Größe. Der Anteil des Fremdpersonals bewegt sich auch im Kerngeschäft zwischen 50 % und 100 %. Vergleichbare Erscheinungen sind aus anderen Branchen nicht bekannt. Hinzu kommt die Besonderheit, dass angesichts der Standardisierung der Arbeitsvollzüge ein Drittunternehmen unschwer durch ein anderes ersetzt werden kann. Dies schafft einen Unterbietungswettbewerb zwischen ihnen. Da die Lohnkosten für das

³⁹ Ebenso Deinert, AuR 2020, 344, 350

⁴⁰ BR-Drucksache 426/20 S. 2 f., 13 f.

⁴¹ BR-Drucksache 426/20 S. 14

einzelne Unternehmer der wichtigste Kostenfaktor sind, werden diese nach unten gedrückt. Dies ist umso leichter möglich, als sich die aus Osteuropa kommenden Beschäftigten in einer Situation weitestgehender Abhängigkeit befinden: Ohne Sprachkenntnisse und Beratung, oft in einer vom Arbeitgeber gegen Entgelt gestellten Sammelunterkunft lebend, sehen sie keinerlei Möglichkeit, sich einzeln oder gar kollektiv zur Wehr zu setzen. Auch dies ist in seiner Zuspitzung eine Besonderheit der Fleischbranche. Gerade hier einzuschreiten, stellt schon deshalb keine Verletzung des Gleichheitssatzes dar.

Hinzu kommt ein weiteres. Wird für den Gesetzgeber ein Missstand in einem bestimmten Bereich sichtbar, weil die Medien darüber berichten oder weil es zahlreiche Beschwerden aus dem fraglichen Bereich gibt, so steht es ihm frei, die ihm geeignet erscheinenden Gegenmaßnahmen zu ergreifen. Es liegt in seinem Beurteilungsermessen, ob er dabei auch andere Branchen einbeziehen will, wo entsprechende Missstände vermutet werden oder bereits aufgetreten sind. Er kann sich stattdessen auch vorbehalten, die dortige Entwicklung weiter zu beobachten und z. B. darauf zu hoffen, dass der Eingriff in einer Branche das Verhalten der Beteiligten in einer anderen Branche automatisch ändern wird, weil sie nicht von einer ähnlichen Regelung erfasst werden wollen. Auch steht es ihm frei, mit unterschiedlichen Mitteln gegen vergleichbare Missstände vorzugehen. So wurden etwa in der Kurier-, Express- und Paketbranche Missstände durch das Paketbotenschutzgesetz vom 19. November 2019⁴² ansatzweise bekämpft, das eine Nachunternehmerhaftung für die Sozialversicherungsbeiträge einführt.⁴³ Im vorliegenden Zusammenhang ist es schließlich von Interesse, dass das „Arbeitsschutzkontrollgesetz“ zugleich für alle Branchen die Kontrolle der Einhaltung von arbeitsschutzrechtlichen Vorschriften verbessert; anderswo bestehende Schwierigkeiten und Missstände werden also keineswegs ausgeblendet.

Der Gesetzgeber verletzt unter diesen Umständen den Gleichheitssatz nicht, wenn er den erkannten Besonderheiten der Fleischindustrie und den dort existierenden Missständen durch Erlass von Normen Rechnung trägt, die sich ausschließlich auf diese Branche beziehen.⁴⁴

⁴² BGBl I S. 1602

⁴³ Zur Frage, ob dies genügt, s. Däubler, Arbeitsrecht, 13. Aufl., Frankfurt/Main 2020, Rn. 1036b

⁴⁴ Ebenso Deinert, AuR 2020, 344, 348.

VIII. Vereinbarkeit mit Unionsrecht

Art. 56 AEUV garantiert die Dienstleistungsfreiheit, gibt also jedem Unternehmen das Recht, seine Dienste in einem anderen Mitgliedstaat anzubieten. Nach der Rechtsprechung des EuGH enthält sie nicht nur ein Diskriminierungs-, sondern auch ein Behinderungsverbot.⁴⁵ Die Dienstleistungsfreiheit ist also nicht nur dann berührt, wenn ein ausländischer Anbieter schlechter als ein inländischer behandelt wird. Vielmehr erfasst sie auch allgemeine Einschränkungen wie die Ladenschlusszeiten oder das Verbot der Sonntagsarbeit. Von daher ist sie auch durch den Ausschluss von Werkverträgen und Leiharbeit in der deutschen Fleischindustrie berührt, da diese Regel zwar für alle Anbieter unterschiedslos gelten soll, aber eine Beschränkung ihres Tätigkeitsbereichs mit sich bringt.

Diese sehr weite Auslegung, die auf eine Anerkennung einer umfassenden Gewerbefreiheit mit Wirkung auch gegenüber Privaten hinausläuft,⁴⁶ wird dadurch auf ein sozial verträgliches Maß zurückgenommen, dass in weitem Umfang Einschränkungen auch durch den nationalen Gesetzgeber zugelassen werden. Sie müssen nichtdiskriminierend sein (was selbstverständlich ist), durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt und für diesen Zweck geeignet und erforderlich sein.⁴⁷ Den Arbeitnehmerschutz sicherzustellen, wird von der Rechtsprechung des EuGH als im Allgemeininteresse liegend angesehen.⁴⁸

Im konkreten Fall bedeutet dies, dass der Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit zu rechtfertigen vermag.⁴⁹ Was die Geeignetheit und die Erforderlichkeit betrifft, so gelten die gleichen Grundsätze wie im deutschen Recht; insoweit kann auf die obigen Grundsätze verwiesen werden.⁵⁰

Soweit die Grundfreiheiten durch Verordnungen oder Richtlinien konkretisiert sind, ist in erster Linie auf diese zurückzugreifen.⁵¹ Für die Dienstleistungsfreiheit bedeutet dies, dass Beschränkungen in erster Linie an der Dienstleistungsrichtlinie⁵² zu messen sind. Diese

⁴⁵ EuGH 30.11.1995 – C 55/94 – EuZW 1996, 92 - Gebhard

⁴⁶ Kritisch dazu Däubler AuR 2008, 409 ff.

⁴⁷ EuGH 30.11.1995 – C 55/94 – EuZW 1996, 92 – Gebhard; EuGH 25.10.2001 – C 49/98 u. a. – AuR 2002, 34 Tz. 33 ff. - Finalarte

⁴⁸ EuGH 23.11.1999 – C 369/96 u.a. – NZA 2000, 85 Tz. 36 – Arblade; EuGH 17.11.2015 – C-115/14 – AuR 2016, 164 Tz. 70 - RegioPost

⁴⁹ Ebenso Deinert, AuR 2020, 344, 350 f.

⁵⁰ Dazu oben III 3

⁵¹ EuGH 17.11.2015 – C-115/14 – AuR 2016, 164 Tz. 70 – RegioPost; dazu Heuschmid, AuR 2015, 164.

⁵² Richtlinie Nr. 2006/123/EG v. 12. 12. 2006, ABI Nr. L 376/36

enthält in Art. 16 eine Ermächtigung, wonach eine Einschränkung zur Durchsetzung der Beschäftigungsbedingungen zulässig ist, sofern sie geeignet und erforderlich und nichtdiskriminierend ist. Damit sind ersichtlich keine strengeren Anforderungen als auf der Ebene des Primärrechts formuliert. Ähnlich verhält es sich mit der speziellen Dienstleistung „Leiharbeit“, da Art. 4 Abs. 1 der Leiharbeitsrichtlinie⁵³ bestimmt:

„Verbote oder Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit sind nur aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt; hierzu zählen vor allem der Schutz der Leiharbeitnehmer, die Erfordernisse von Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz oder die Notwendigkeit, das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarktes zu gewährleisten und eventuellen Missbrauch zu verhüten.“

Auch dies sind keine strengeren Anforderungen als bei unmittelbarem Rückgriff auf die Dienstleistungsfreiheit.

Das geplante Gesetzesvorhaben verstößt daher auch nicht gegen Unionsrecht.

⁵³ Richtlinie Nr. 2008/04/EG v. 19.11.2008, ABI Nr. L 327/9

IX. Der „Inhaber“ als Adressat des § 6a GSA Fleisch n. F.

1. Das Grundmodell

Die Vorschrift des § 6a GSA Fleisch n. F. verwendet eine ungewöhnliche Terminologie, weil sie sich nicht an Rechtsstrukturen, sondern an den realen Entscheidungszentren orientiert. Sie bedarf daher der Erläuterung.

Adressat der Verpflichtung, nur mit eigenen Arbeitskräften zu arbeiten, ist der „Inhaber“. Die wenigsten Schwierigkeiten ergeben sich bei einem einzelkaufmännischen Unternehmen: Der Eigentümer leitet sein Unternehmen, das einen oder mehrere Betriebe haben kann. Er ist der „Inhaber“ und deshalb die Person, mit der alle im Fleischunternehmen eingesetzten Personen einen Arbeitsvertrag haben müssen.

Schwieriger wird es, wenn das Unternehmen einer Personengesellschaft gehört. Inhaber ist hier nach § 6a Abs. 3 Satz 1 „wer über die Nutzung der Betriebsmittel und den Einsatz des Personals entscheidet.“ Dies ist bei der OHG wie bei der KG ein vertretungsberechtigter Gesellschafter, der diese Entscheidungen aber nicht für seine Person, sondern in Vertretung der OHG bzw. KG trifft. Diese sind jeweils „Inhaber“ des Unternehmens; mit ihnen müssen daher die Arbeitsverträge abgeschlossen werden.

Gehört das Unternehmen einer GmbH, einer AG oder einer Genossenschaft, so verhält es sich im Prinzip gleich: Ein Geschäftsführer trifft die Entscheidungen über die Nutzung der Betriebsmittel und den Einsatz des Personals. Auch hier werden diese Entscheidungen der juristischen Person zugeordnet, die dadurch zum „Inhaber“ wird. Mit ihr müssen deshalb auch die Arbeitsverträge abgeschlossen werden.

2. Alleinige Inhaberschaft

Nach § 6a Abs. 1 Satz 1 muss der Unternehmer den Fleischbetrieb als „alleiniger Inhaber“ führen. Soweit Personengesellschaften oder juristische Personen Inhaber sind, ist es ohne Bedeutung, wenn mehrere Gesellschafter oder Geschäftsführer/Vorstände zusammenwirken,

da ihr Verhalten automatisch dem (alleinigen) „Inhaber“ zugerechnet wird. Dies gilt auch dann, wenn im Einzelfall keine Gesamtvertretung, sondern Einzelvertretung besteht. So ist es denkbar, dass der eine für den ordnungsgemäßen Zustand der Betriebsmittel, der andere für den Personaleinsatz zuständig ist. Inhaber bleibt auch in diesem Fall die einheitliche Größe OHG“ oder „GmbH“ oder „AG“.

Beim einzelkaufmännischen Unternehmen muss es dabei bleiben, dass auch bei einer Delegation einzelner Aufgaben an Führungskräfte deren Entscheidungen dem Inhaber zugerechnet werden. Dies entspricht auch der bisherigen Praxis.

Die „alleinige“ Inhaberschaft, die man auch als „Prinzip der Einzelleitung“ bezeichnen könnte, schließt es aus, dass ein Betrieb von zwei Unternehmen gleichzeitig geführt wird. Der aus der Betriebsverfassung bekannte „Gemeinschaftsbetrieb“ hat im Bereich der Fleischwirtschaft keinen Platz. Dasselbe gilt für Gemeinschaftsunternehmen, deren Anteile zu je 50 % bei zwei verschiedenen Gesellschaften liegen („Mehrmütterorganschaft“). Zwar sind solche Beteiligungsverhältnisse nicht verboten, doch dürfen sie nicht auf die Arbeitsorganisation „durchschlagen“. Auf diese Weise wird verhindert, dass sich die Verantwortung für Arbeitsverhältnisse aufteilt und so unklare und schwer kontrollierbare Zuordnungen entstehen könnten.

3. Die „übergreifende Organisation“

Aus Konzernen ist das Phänomen der „Sparten“ bekannt, bei denen nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG durch Tarifvertrag auch ein „Spartenbetriebsrat“ errichtet werden kann. Dabei handelt es sich um wirtschaftliche Einheiten, die von einem „Spartenleiter“ geführt werden und die beispielsweise alle Teile eines Konzerns zusammenfassen, die mit der Herstellung und dem Vertrieb eines bestimmten Produkts befasst sind. In der Regel gehören die beteiligten Abteilungen oder Gruppen zu unterschiedlichen Konzerngesellschaften, deren Geschäftsführer wenig oder keinen Einfluss auf die in der Sparte getroffenen Entscheidungen haben.⁵⁴ § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG eröffnet die Möglichkeit, die Betriebsverfassung an die realen Entscheidungsstrukturen anzupassen.

⁵⁴ Dazu Trümmer, in: Däubler/Klebe/Wedde (Hrsg.), Kommentar zum BetrVG, 17. Aufl., 2020, § 3 Rn. 65 ff.

Ähnliches geschieht in § 6a GSA Fleisch n. F., wo von einer „übergreifenden Organisation“ die Rede ist. Sie besteht nach der Definition in § 6a Abs. 4 in einem „überbetrieblichen, nicht notwendig räumlich zusammenhängenden Produktionsverbund, in dem die Arbeitsabläufe im Bereich der Schlachtung einschließlich der Zerlegung von Schlachtkörpern oder im Bereich der Fleischverarbeitung aufeinander abgestimmt sind.“ Wer in einer solchen übergreifenden Organisation die Entscheidungen über die Nutzung der Betriebsmittel und den Einsatz des Personals trifft, ist „Inhaber“. Anders und vom einzelnen Betrieb her gesehen formuliert es § 6a Abs. 3 Satz 2: „Wenn aufgrund der räumlichen oder funktionalen Einbindung des Betriebes in eine übergreifende Organisation die Arbeitsabläufe in dem Betrieb inhaltlich oder zeitlich im Wesentlichen vorgegeben sind, ist Inhaber, wer die übergreifende Organisation führt.“ Dabei wird aber nicht vorausgesetzt, dass – wie die Begründung sagt – die Vorgaben hinsichtlich der Arbeitsabläufe zeitlich oder inhaltlich überwiegen.⁵⁵ Den einzelnen Einheiten kann also durchaus ein gewisses Maß an Autonomie zustehen, solange nur eine Art Rahmenplan besteht, der von einer bestimmten Stelle vorgegeben ist.

Mit demjenigen, der die übergreifende Organisation leitet, müssen Arbeitsverhältnisse bestehen. Wird die übergreifende Organisation von einer Führungskraft als natürlicher Person dirigiert, so wird aber nicht die Führungskraft als solche Vertragspartner, sondern das Unternehmen, das die Führungskraft beschäftigt.⁵⁶ Ohne Bedeutung ist, ob die einzelnen Betriebe zum selben Unternehmen gehören, ob sie jeweils zu eigenständigen GmbHs verselbständigt sind oder ob es eine konzernrechtliche Abhängigkeit zwischen ihnen gibt: Entscheidend ist allein, wer in letzter Instanz den Produktionsprozess steuert. Die zu den bisherigen Arbeitgebern bestehenden Arbeitsverhältnisse bleiben bestehen. Dass es in einem Arbeitsverhältnis zwei oder mehr Arbeitgeber geben kann, ist von der Rechtsprechung des BAG seit langer Zeit anerkannt.⁵⁷ Zur Verdeutlichung sei aus der jüngsten Entscheidung zitiert:⁵⁸

„Es entspricht zwar der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, dass ebenso wie auf Arbeitnehmerseite auch auf Arbeitgeberseite mehrere natürliche oder juristische Personen bzw. mehrere rechtlich selbständige Gesellschaften an einem Arbeitsverhältnis beteiligt sein können. Für die Annahme eines einheitlichen

⁵⁵ BR-Drucksache 426/20 S. 36

⁵⁶ So ausdrücklich die amtliche Begründung, BR-Drucksache 426/20 S. 35.

⁵⁷ BAG v. 27.3.1981 – 7 AZR 523/78 - NJW 1984, 1703, bestätigt durch BAG 5.3.1987 – 2 AZR 623/85 - NZA 1988, 32, 33 und durch BAG v. 16.2.2006 – 8 AZR 211/05 - NZA 2006, 592, 594 Tz. 21

⁵⁸ BAG v. 16.2.2006 – 8 AZR 211/05 – NZA 2006, 592, 594 Tz. 21

Arbeitsverhältnisses ist auch nicht Voraussetzung, dass die Arbeitgeber zueinander in einem bestimmten - insbesondere gesellschaftsrechtlichen - Rechtsverhältnis stehen, einen gemeinsamen Betrieb führen oder den Arbeitsvertrag gemeinsam abschließen. Ausreichend, aber auch erforderlich ist ein rechtlicher Zusammenhang zwischen den arbeitsvertraglichen Beziehungen des Arbeitnehmers zu den einzelnen Arbeitgebern, der es verbietet, diese Beziehungen rechtlich getrennt zu behandeln. Dieser rechtliche Zusammenhang kann sich aus einer Auslegung des Vertragswerks der Parteien, aber auch aus zwingenden rechtlichen Wertungen ergeben (BAG 27. März 1981 - 7 AZR 523/78 - BAGE 37, 1 = AP BGB § 611 Arbeitgebergruppe Nr. 1 = EzA BGB § 611 Nr. 25; 5. März 1987 - 2 AZR 623/85 - BAGE 55, 117 = AP KSchG 1969 § 15 Nr. 30 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 38)“

Im konkreten Fall bedeutet dies, dass die beiden Arbeitgeber Gesamtgläubiger nach § 428 BGB sind: Sie können also beide die Arbeitsleistung fordern, der Arbeitnehmer muss aber nur einmal leisten. Dasselbe würde gelten, wenn man die beiden Einheiten als „Mitarbeiter“ qualifizieren würde. Die Verpflichtung, für den Gesundheitsschutz zu sorgen, und weitere Arbeitgeberpflichten treffen beide Unternehmen in gleicher Weise. Entsprechende Überlegungen wurden schon in der Vergangenheit im Konzernrecht angestellt, wonach die Konzernspitze weitgehend in die Arbeitgeberposition einrücken sollte.⁵⁹ Dieser Gedanke wird hier auf die faktische Leitung der „übergreifenden Organisation“ angewandt. Entsprechende Regelungen existieren auch im französischen Konzernarbeitsrecht. Auch kennt das deutsche Recht etwa in § 10 AÜG die Begründung von Arbeitsverhältnissen kraft Gesetzes.

Diese (nur) auf den ersten Blick überraschende Regelung rechtfertigt sich mit dem Gedanken des Umgehungsschutzes:⁶⁰ Würde es diese Bestimmung nicht geben, könnte man weiterhin einzelne Arbeitsschritte jeweils einer Gesellschaft zuordnen, die dann ihre eigenen Arbeitnehmer beschäftigen würde. „Zutrieb“, „Tötung der Tiere“, „Zerlegung“, „Verarbeitung“ usw. wären jeweils eine selbständige Einheit, die auf der Grundlage eines wie auch immer benannten Vertrages einen Teil des Produktionsprozesses in eigener Verantwortung erledigen würde. Damit wären im Prinzip die heutigen Verhältnisse beibehalten, die zu verändern zentrales Ziel des Gesetzes ist.

⁵⁹ S. statt aller Henssler, Der Arbeitsvertrag im Konzern, Berlin 1983

⁶⁰ So auch die amtliche Begründung: BR-Drucksache 426/20 S. 36

Aus der amtlichen Begründung ergibt sich weiter, dass die einzelnen Beschäftigten nur innerhalb des mit dem Inhaber geschlossenen Arbeitsvertrags tätig werden dürfen. Ihre Abordnung oder Überlassung an einen Werkvertragsunternehmer ist ausgeschlossen.⁶¹ Bestehen Meinungsverschiedenheiten mit dem ersten Vertragsarbeitgeber, hat insoweit die Entscheidung der Leitung den Vorrang.

Die Zusammenarbeit zwischen einzelnen voneinander unabhängigen Unternehmen soll durch die vorliegende Regelung nicht behindert werden. Notwendig ist lediglich, dass sie nicht gesellschaftsrechtlich, organisatorisch oder wirtschaftlich miteinander verbunden sind.⁶² Zur Vermeidung von Missverständnissen sollte dies in der amtlichen Begründung möglicherweise durch ein Beispiel verdeutlicht werden.

⁶¹ BR-Drucksache 426/20 S. 35

⁶² BR-Drucksache 426/20 S. 35

X. Die Ausnahme für das Fleischerhandwerk

I. Die Grundsatzregelung

§ 2 Abs. 2 GSA Fleisch n. F. nimmt das Fleischerhandwerk insbesondere von der Regelung des § 6a GSA Fleisch n. F. sowie von der elektronischen Zeiterfassung aus. Voraussetzung für die Zugehörigkeit zum Handwerk ist, dass die Tätigkeit „handwerksmäßig“ betrieben wird und der Unternehmer in die Handwerksrolle des zulassungspflichtigen Handwerks oder in das Verzeichnis des zulassungsfreien Handwerks oder handwerksähnlichen Gewerbes eingetragen ist. Gleichgestellt sind juristische Personen oder rechtsfähige Personengesellschaften, deren Mitglieder ausschließlich Handwerker in dem eben definierten Sinne sind.

Da das Kriterium des „handwerksmäßigen“ Betreibens wenig konturenscharf ist, sieht der Gesetzentwurf einen Grenzwert von 49 Personen vor; erst bei dessen Überschreitung ist der Handwerksbereich verlassen. Der Referentenentwurf hatte demgegenüber die Grenze bei 30 Personen gezogen; der DGB hatte in seiner Stellungnahme vom 23. Juli 2020 eine Herabsetzung auf zehn Personen verlangt.

II. Das Problem des Grenzwerts

Der Regierungsentwurf stützt den höheren Grenzwert auf die in einer Empfehlung der EU-Kommission gegebene Definition „kleiner Unternehmen“, die die Grenze ebenfalls bei 49 Personen zieht.⁶³ Dies überzeugt wenig, da es sich lediglich um eine unverbindliche Festlegung handelt und da es um kleine Unternehmen schlechthin, nicht aber um spezifisch handwerklich arbeitende wirtschaftliche Einheiten geht. Weiter beruft sich die Bundesregierung auf die Umsatzzahlen; bei den „Kleinunternehmen“ hätten sich diese im Jahre 2017 durchschnittlich zwischen 68.722 und 89.799 € pro Arbeitnehmer belaufen, während die Unternehmen mit 50 und mehr Beschäftigten einen Umsatz von 210.701 € pro Beschäftigtem erzielten.⁶⁴ Dies besagt für die Bestimmung des Grenzwerts jedoch relativ wenig: Würde man die Kleinunternehmen bei 20 oder 30 Arbeitnehmern enden lassen, wären aller Wahrscheinlichkeit nach die Umsatzdifferenzen noch sehr viel höher. Wo man die Grenze zieht, ist dadurch nicht vorbestimmt.

⁶³ BR-Drucksache 426/20, S. 33 unter Bezugnahme auf die Empfehlung 2003/361/EG

⁶⁴ BR-Drucksache 426/20, S. 33

Der nach Möglichkeit nach unten zu korrigierende Grenzwert gilt in Bezug auf die „in der Regel“ Beschäftigten. Vorübergehend kann die Anzahl daher auch höher sein, wenn sie im Normalfall die 49-Personengrenze nicht überschreitet. Die amtliche Begründung spricht davon, dass Personen nicht mitgezählt werden, die zur Abdeckung eines personellen saisonalen Mehrbedarfs beschäftigt werden.⁶⁵ Damit sind nur kurzzeitige Arbeitsverhältnisse von höchstens zwei bis drei Monaten Dauer erfasst. Missbräuchlich wäre es, einen großen Teil des Jahres zu einzelnen spezifischen „Nachfragehöhepunkten“ zu machen und beispielsweise von der Weihnachtssaison, gefolgt von der Ostersaison, der Pfingstaison, der Sommer-Grillsaison und der Oktoberfest-Saison zu sprechen.⁶⁶ Insoweit kann das Betriebsverfassungsrecht als Vorbild dienen, wo gleichfalls auf die Anzahl der „in der Regel“ beschäftigten Arbeitnehmer abgestellt wird, ohne sich dabei in relevantem Maße Missbräuche ergeben hätten. Die dortige Praxis muss hierher übertragen werden.

Bei der Bestimmung der Beschäftigtenzahl sind nach § 2 Abs. 2 Satz 3 GSA Fleisch n. F. Leiharbeitnehmer, Werkvertragsarbeitnehmer und Soloselbständige mitzuzählen, die im Handwerksunternehmen eingesetzt werden. Auf diese Weise wird entgegen dem in anderen Bereichen Üblichen auf die Zahl der tatsächlich für das Unternehmen tätigen Personen abgestellt. Die Zulassung von Fremdpersonal wird mit dem Argument gerechtfertigt, kleinere Unternehmen hätten sehr viel mehr Schwierigkeiten, personelle Engpässe mit eigenem Personal zu überwinden.⁶⁷ Dies mag zutreffen, doch ist der Rückgriff auf Fremdpersonal nicht an das Vorliegen einer solchen Voraussetzung gebunden. Auch gibt die Regierung ihrer Überzeugung Ausdruck, dass das Fleischerhandwerk für die bekannten Missstände sehr viel weniger anfällig sei als Großbetriebe.⁶⁸

Die Gefahr einer Umgehung des § 6a GSA Fleisch besteht nach derzeitigem Erkenntnisstand erst einmal nicht. Würde sich ein Großunternehmen in lauter Kleinunternehmen mit bis zu 49 Personen aufspalten, so könnten die Arbeitsabläufe nur in der Weise organisiert werden, dass jedes Kleinunternehmen im Rahmen einer übergreifenden Planung einen bestimmten Arbeitsschritt im Rahmen des gesamten Arbeitsprozesses vollzieht. Dies würde aber die Voraussetzungen einer „übergreifenden Organisation“ im Sinne des § 6a Abs. 4 GSA Fleisch

⁶⁵ BR-Drucksache 426/20, S. 33

⁶⁶ So die Befürchtung in der Stellungnahme des DGB v. 23.7.2020, S. 8

⁶⁷ BR-Drucksache 426/33, S. 33.

⁶⁸ BR-Drucksache 426/33, S. 33.

erfüllen⁶⁹ und damit das dirigierende Unternehmen automatisch in die Arbeitgeberposition bringt. Es bleibt dennoch abzuwarten, ob und in welcher Weise sich Umgehungsversuche in der Praxis herausbilden. Ebenso wird die ungewohnte Terminologie, die sich nicht an Rechtsstrukturen, sondern an realen Abläufen und Entscheidungsstrukturen orientiert, von den Arbeitsgerichten auszulegen sein.

⁶⁹ Dazu näher oben C III

XI. Zusammenfassung

I. Der Ausschluss von Werkvertrags- und Leiharbeit sowie der Beschäftigung von Soloselbständigen in den mittleren und größeren Unternehmen der Fleischwirtschaft verstößt nicht gegen das Grundgesetz. Die in Art. 12 Abs. 1 GG garantierte Berufsfreiheit der Unternehmen der Fleischwirtschaft ist nicht verletzt, Auch die stärkere Betroffenheit der Werkvertragsunternehmen führt nicht zu einem Verfassungsverstoß, da der mit dem Gesetzentwurf beabsichtigte Gesundheitsschutz im vorliegenden Fall den Vorrang vor der Freiheit beruflicher Betätigung der Werkvertragsunternehmer und der Verleiher hat. Die Berufsfreiheit der betroffenen Arbeitnehmer ist nicht in nennenswertem Umfang tangiert.

Die geplante Regelung verstößt auch nicht gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.

Nicht verletzt sind weiter die Dienstleistungsfreiheit des Unionsrechts sowie die Dienstleistungs- und die Leiharbeitsrichtlinie.

II. „Inhaber“ im Sinne des Gesetzentwurfs ist, wer den Arbeitsprozess steuert. Dies gilt nicht nur für Betriebe und Unternehmen, sondern auch für „übergreifende Organisationen“. Der Gesetzgeber stellt allein auf die tatsächliche Arbeitsorganisation ab; das Vorliegen von wirtschaftlichen oder konzernmäßigen Abhängigkeiten spielt keine Rolle. Das Abstellen auf die reale Steuerung des Arbeitsprozesses ist nicht zu beanstanden; vielmehr handelt es sich um eine notwendige Ergänzung, die eine Umgehung der Neuregelung durch Aufspaltung in kleine Unternehmen verhindert.

III. Die Ausklammerung des Fleischerhandwerks aus der gesetzlichen Neuregelung ist im Grundsatz nicht zu beanstanden. Der vorgesehene Grenzwert von 49 Personen erscheint allerdings ungerechtfertigt hoch, obwohl die im Unternehmen eingesetzten Werkvertrags- und Leiharbeiter sowie Soloselbständige mitgerechnet werden.