

Schriftliche Stellungnahme

Prof. Dr. Stefan Greiner, Bonn

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

Professor Dr. Stefan Greiner

Institut für Arbeitsrecht und
Recht der Sozialen Sicherheit

Direktor

Postanschrift:

Adenauerallee 24-42, 53113 Bonn

Besucheranschrift:

Adenauerallee 8a, 53113 Bonn

Tel.: 0228/73-9294

Tel.: 0228/73-9128 (Schr.)

Fax: 0228/73-999128

greiner@jura.uni-bonn.de

Bonn, 29.9.2020

Vorbereitende Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Arbeit und Soziales am 5.10.2020

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

I.

Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf soll im „Kerngeschäft“ der Fleischindustrie der Einsatz von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern im Rahmen von Subunternehmerverträgen (Werkverträgen) verboten werden. Auch Unternehmenskooperationen (z.B. gemeinsame Betriebe mehrerer Unternehmen) sollen gesetzlich ausgeschlossen sein. In einer zweiten Stufe soll dann die Arbeitnehmerüberlassung in der Fleischindustrie als Form des Arbeitskräfteeinsatzes untersagt werden. Derartige Strukturen förderten das Infektionsgeschehen, da sie unternehmerische Verantwortlichkeiten verschleierten und staatliche Kontrollen erschwerten.

Ferner stünden sie im Zusammenhang mit zahlreichen sozialen Missständen in diesem Wirtschaftsbereich.

Dass es in der Fleischindustrie viele soziale Missstände gibt, ist nicht zu bestreiten; allerdings enthält schon das geltende Recht teilweise Antworten hierauf: Mindestlohngesetzgebung, bestehende Regelungen zur Miethöhe (insbes. § 5 WiStrG 1954) etc. Insofern bestehen vor allem Kontroll- und Rechtsdurchsetzungsdefizite. Sofern Regelungslücken identifiziert werden (z.B. hinsichtlich der Belegung von Sammelunterkünften), ließe sich gesetzgeberisch zielgenau nachschärfen. Auch sollte jede Anstrengung darauf verwendet werden, Anreize zur tarifvertraglichen Regelung dieses Wirtschaftsbereichs zu schaffen; hierdurch sind am ehesten nachhaltige, systemkonforme und sachnahe Verbesserungen der Arbeitsbedingungen zu erwarten. Die Voraussetzungen einer Allgemeinverbindlicherklärung dürften nach § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TVG gegeben sein. Will man die Auftraggeberverantwortung bei Subunternehmerstrukturen zielgenau stärken, kann man erwägen, bestehende Regelungen aus dem Arbeitnehmerüberlassungsrecht (s. u.) auf Werk- und andere Subunternehmerverträge auszudehnen. Auch in der geplanten Anhebung bestehender Bußgeldsätze – etwa bei Verstößen gegen Vorgaben des Arbeitszeitrechts – kann ein sachgerechter Ansatz liegen, um die Rechtsdurchsetzung zu verbessern.

II.

Der Gesetzentwurf wählt dagegen einen ungleich umfassenderen Ansatz und schließt die genannten Formen des Arbeitskräfteeinsatzes im „Kerngeschäft“ der Fleischindustrie generell aus. Die Eingriffsintensität der geplanten Regelung ist im Hinblick auf die Berufsfreiheit des Grundgesetzes (Art. 12 GG), aber auch die europäische Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) und die Unionsgrundrechte (insbes. Art. 16 GrCh), beachtlich. Sie beinhaltet eine Regelung des Zuschnitts und der Organisationsstruktur von Unternehmen und kommt damit hinsichtlich der Eingriffsintensität klassischen „Berufswahlregelungen“ nahe. Zumindest stellt sie eine ausgesprochen eingriffsintensive Berufsausübungsregelung dar, die verfassungsrechtlich nur durch gewichtige Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden kann. Durch den Ausschluss des grenzüberschreitenden Einsatzes von Subunternehmern in der Europäischen Union ist auch der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet. Zu Art. 56 AEUV vertritt der EuGH – anders als hinsichtlich der Verkaufsmodalitäten bei der Warenverkehrsfreiheit – jedenfalls keine klar einschränkende Begrenzung auf ein Diskriminierungsverbot. Lässt sich statistisch eine (weit) überwiegende Betroffenheit EU-ausländischer Subunternehmer und damit eine protektionistische Wirkung der geplanten Neuregelung belegen, könnte sogar eine (mittelbar) diskriminierende Wirkung zulasten EU-ausländischer Subunternehmer angenommen werden.

III.

Sowohl im Hinblick auf die verfassungs- und unionsrechtliche Rechtfertigung als auch die einfachrechtliche Systemkonformität begegnet der Regelungsansatz Bedenken: Werkverträge und andere Subunternehmerverträge sind ein klassisches Organisationsmodell für arbeitsteiliges Wirtschaften. In einem marktwirtschaftlichen System war die Entscheidung über den Zuschnitt der Unternehmertätigkeit immer grundrechtlich geschützter Kernbestand der unternehmerischen Berufsfreiheit. Für eine soziale Marktwirtschaft ist unbestritten essentiell, dass der Gesetzgeber hierfür einen wirksamen Rahmen sozialpolitischer Schutzmechanismen setzt – wie dies z.B. durch Regelungen des Arbeitszeit-, Mindestlohn- und Arbeitsschutzrechts verbreitet geschieht.

Die geplante Regelung bewirkt innerhalb dieses Systems eine deutliche Koordinatenverschiebung: Die bisherige charakteristische Trennung zwischen der unternehmerischen Entscheidung über Gegenstand und Zuschnitt der eigenen Unternehmenstätigkeit einerseits und der (sozial)staatlichen Setzung eines Regelungsrahmens für unternehmerische Betätigung wird durchbrochen. Wohl erstmals im sozial-marktwirtschaftlichen System der Bundesrepublik Deutschland wird der Zuschnitt der Unternehmenstätigkeit selbst zum Gegenstand staatlicher Steuerung: Gesetzlich wird ein „Kerngeschäft“ definiert und die ausschließliche Beschäftigung eigener Arbeitskräfte im „Kerngeschäft“ vorgeschrieben. Bislang war es stets eine unternehmerische Gestaltungsaufgabe, das eigene „Kerngeschäft“ und damit den Gegenstand der eigenen Tätigkeit zu definieren. Mit der geplanten Regelung trifft im Grunde der Gesetzgeber selbst eine klassische unternehmerische Entscheidung.

IV.

Die beschriebene Koordinatenverschiebung beschränkt sich nicht auf die Fleischindustrie: Schon aus Gründen der gebotenen Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG) dürfte eine Sonderregelung für die Fleischindustrie nicht dauerhaft zu legitimieren sein: Die Gesetzesbegründung versucht, einen spezifischen Regelungsbedarf in dieser Branche zu belegen, indem auf ein besonderes Infektionsgeschehen und besondere Missstände verwiesen wird. Damit wird an zweifellos aufsehenerregende Vorfälle im Kontext der gegenwärtigen Covid-19-Pandemie angeknüpft, die es allerdings auch in anderen Branchen gab (etwa bei Gemüsebauern oder jüngst in der Kraftfahrzeugindustrie). Noch viel weniger kann die pandemische Sondersituation derart eingriffsintensive branchenspezifische Regelungen legitimieren, die auch nach Bewältigung der Pandemie aufrecht erhalten und mit Wirkung zum 1.4.2021 noch verschärft werden sollen. Viel spricht dafür, die Diskussion insgesamt losgelöst vom aktuellen Rahmen der Covid-19-Pandemie zu führen und keine Verknüpfung zu den besonderen Bedingungen der Pandemie herzustellen: Es geht nicht um eine Begleitfrage der Covid-19-Pandemie, sondern um eine ganz grundsätzliche, branchen- und situationsunab-

hängige Strukturfrage: Inwieweit darf und soll der Staat in einer sozialen Marktwirtschaft regulatorisch auf Tätigkeitszuschnitt und Organisation des Arbeitskräfteeinsatzes in Unternehmen einwirken?

In der Sache dürfte eine „herausgreifende“ Regelung nur für die Fleischindustrie kaum zu rechtfertigen sein. Vielmehr liegt – schon mit Blick auf das grundgesetzliche Gebot, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln – zumindest die flächendeckende Ausdehnung auf alle stark von menschlicher Arbeit geprägten Wirtschaftsbereiche nahe. Allein mit den in der Vergangenheit festgestellten Gesetzesverstößen lässt sich ein branchenspezifisch erhöhtes Regelungs- und Anforderungsniveau nicht sachgerecht und dauerhaft legitimieren.

Damit gerät man aber in neue Abgrenzungsschwierigkeiten. Schon das Beispiel der Fleischindustrie zeigt, dass die Abgrenzung der stark von menschlicher Arbeitskraft geprägten Wirtschaftsbereiche schwerfällt und keinesfalls an der klassischen ökonomischen Grenzziehung zwischen produzierendem/verarbeitendem Gewerbe und Dienstleistungssektor anknüpfen kann: Die Fleischverarbeitung ist keine klassische Dienstleistung, vielmehr verarbeitendes Gewerbe. Die Grenze zwischen dienstleistungs- und betriebsmittelgeprägten Tätigkeiten zu ziehen, fällt schwer, hat immer ein stark wertendes Element und ist bei anderen Regelungsmaterien – etwa im Recht des Betriebsübergangs – richtigerweise auf dem Rückzug. Mit einer flächendeckenden Anwendung auf alle oder jedenfalls die stark von menschlicher Arbeit geprägten Wirtschaftsbereiche verstärken sich die dargelegten Bedenken hinsichtlich der unverhältnismäßigen Beschränkung von Freiheitsrechten weiter.

V.

Im Kern geht es um die Frage, wo *generell* – d. h. branchen- und sektorenübergreifend – die Grenzen legitimer Arbeitsteilung liegen. Alles spricht dafür, dass es auch in der Fleischindustrie und in anderen stark von menschlicher Arbeitskraft geprägten Wirtschaftsbereichen Konstellationen geben kann, in denen der Subunternehmereinsatz von legitimen Interessen getragen ist. Beispielhaft angeführt werden kann dafür etwa die dezentralisierte Umsetzung der unternehmerischen Aufgabe ohne Aufbau einer eigenen, räumlich diversifizierten Betriebsstruktur, der Einsatz von „Experten“ eines spezialisierten Subunternehmers für bestimmte im eigenen Betriebsablauf anfallende Tätigkeiten oder die Bewältigung von Belastungsspitzen (etwa im Weihnachtsgeschäft oder der Grillsaison). Nochmals besonders hervorgehoben sei das Anliegen einer räumlich diversifizierten Struktur, der insbesondere in der Fleischwirtschaft zunehmende Bedeutung beigemessen werden sollte: Tierwohl und Klimaschutz sprechen klar dafür, lange Transportwege zu zentralisierten Großbetrieben zu vermeiden und stattdessen das Entstehen einer kleinteiligen, örtlich diversifizierten Unternehmensstruktur zu unterstützen. Schon aus diesem Blickwinkel dürfte es ein zu weitgehender Ansatz sein, mit dem vorliegenden Gesetzentwurf praktisch alle Formen von Unternehmenskoope-

ration und Subunternehmereinsatz implizit als rechtsmissbräuchlich zu etikettieren.

Durchaus legitim scheint dagegen die Frage, ob es noch Ausdruck grundgesetzlich geschützter Unternehmerfreiheit oder nicht vielmehr ein rechtsmissbräuchliches Verhalten ist, wenn Unternehmen sich in einem stark arbeitskraftgeprägten Wirtschaftsbereich praktisch ausschließlich auf die Bereitstellung einer stark zentralisierten Betriebsinfrastruktur beschränken und den Arbeitskräfteeinsatz nahezu ausschließlich über Subunternehmer ohne eigene Betriebsstätte, ohne nennenswerte eigene Betriebsmittel und ohne besonders Know-how organisieren. Anzuraten ist, die Regelung eines Verbots von Subunternehmerkonstruktionen zielgenau auf diese Rechtsmissbrauchsfälle zu konzentrieren. Der vorliegende Entwurf kehrt das Regel-Ausnahme-Verhältnis von legitimer unternehmerischer Strukturentscheidung und Rechtsmissbrauch um, indem jede noch so legitime Form klassischer Arbeitsteilung unterbunden werden soll. Richtigerweise sollte stattdessen eine allgemeine Typologie des rechtsmissbräuchlichen Subunternehmereinsatzes entwickelt und das Gesetzesvorhaben zielgenau darauf fokussiert werden.

VI.

Mindestens ebenso schwer wiegen die Bedenken hinsichtlich eines Verbots der Arbeitnehmerüberlassung. Nicht erst seit der AÜG-Reform des Jahres 2017 ist diese Form des Arbeitskräfteeinsatzes stark reguliert und unterliegt umfangreichen gesetzlichen Kontrollmöglichkeiten. Das AÜG beinhaltet heute eine Vielzahl an Regularien – angefangen von der Erlaubnispflicht (§ 1 Abs. 1 AÜG) über den Equal-pay/treatment-Grundsatz (§ 8 AÜG), spezifische Lohnuntergrenzen (§ 3a AÜG) bis hin zu einer (teils auch aus Arbeitnehmersicht kontraproduktiven) Regelung der Höchsteinsatzdauer (§ 1 Abs. 1b AÜG). Besonders hervorzuheben ist die kumulierte Verantwortung von Ver- und Entleihunternehmen für Fragen des Arbeitsschutzes (§ 11 Abs. 6 AÜG); dies erfasst insbesondere auch den Infektionsschutz. Durch Erlaubnis- und Meldepflicht bestehen heute im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung so wirksame behördliche Kontrollmöglichkeiten wie wohl in keinem anderen Arbeitsmarktsegment.

Bereits mit seinem Adia-Interim-Urteil (*BVerfG*, 4.4.1967, 1 BvR 84/65, BVerfGE 21, 261 = NJW 1967, 974) hat das BVerfG festgestellt, dass die Arbeitnehmerüberlassung ein verfassungsrechtlich durch Art. 12 Abs. 1 GG geschütztes Berufsbild darstellt. Dies steht jedoch nicht der punktuellen Untersagung der Arbeitnehmerüberlassung in einzelnen Berufsfeldern aus hinreichend gewichtigen Gründen des Allgemeininteresses entgegen (vgl. *BVerfG*, 6.10.1987, 1 BvR 1086/82, BVerfGE 77, 84 = NZA 1989, 28). Auch insofern besteht jedoch ein strenger Rechtfertigungsmaßstab; in der Einordnung des BVerfG handelt es sich um eine „Berufsausübungsregelung, die allerdings wegen ihrer einschneidenden

Wirkung nur durch schwerwiegende Allgemeininteressen gerechtfertigt ist“ (BVerfG, 6.10.1987, 1 BvR 1086/82, BVerfGE 77, 84 = NZA 1989, 28).

Auf dieser Grundlage hat das BVerfG im Jahre 1987 ein branchenbezogenes Verbot der Arbeitnehmerüberlassung in der Bauwirtschaft (vgl. § 1b AÜG) für verfassungskonform befunden und dafür entscheidend auf den Aspekt des Sozial-schutzes in der Bauwirtschaft rekurriert. Tragend waren seinerzeit die „Sicherung eines geordneten Arbeitsmarktes und einer stabilen arbeits- und sozialversiche-rungsrechtlichen Situation abhängig Beschäftigter“ in der Baubranche. Es scheint nicht ausgeschlossen, diesen Rechtfertigungsansatz auf andere Wirtschaftsberei-che jenseits der Bauwirtschaft zu übertragen. Allerdings müssten sich dazu auch heute noch vergleichbare Gefährdungen hinreichend valide belegen lassen. Die seinerzeitige Entscheidung bezog sich auf eine Fassung des AÜG, die ein weit-aus geringeres Regulierungsniveau aufwies als dies heute der Fall ist. Insbeson-dere existierten weder Equal-pay/treatment-Grundsatz (§ 8 AÜG) noch spezifi-sche Lohnuntergrenzen (§ 3a AÜG) oder ein allgemeiner Mindestlohn. Die be-hördlichen Kontrollmöglichkeiten waren deutlich zurückhaltender ausgestaltet als dies heute der Fall ist. Angesichts dieser Weiterentwicklung des Regelungsniveaus im AÜG scheint ausgesprochen fraglich, ob die 1987 formulierte verfas-sungsrechtliche Einschätzung heute aufrechterhalten werden kann.

Dies gilt umso mehr mit Blick auf die unionsrechtliche Ebene. Die Sichtweise des europäischen Richtliniengebers bei Erlass der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG war erkennbar von der Einschätzung geprägt, dass es sich bei der Arbeitnehmer-überlassung um ein im Kern förderungswürdiges, innovatives Beschäftigungs-mo-dell handele. Es sollte somit – wie die Erwägungsgründe 18 und 12 der Richtlinie 2008/104/EG deutlich zeigen – nur verhältnismäßigen Beschränkungen des mit-gliedsstaatlichen Rechts unterworfen werden können. Ein generelles branchen-bezogenes Verbot der Arbeitnehmerüberlassung muss folglich so konsistent aus-gestaltet und begründet sein, dass es auch den unionsrechtlichen Rechtferti-gungsanforderungen standzuhalten vermag.

VII.

Zusammenfassend: Sowohl aus rechtlicher als auch aus ordnungspolitischer Perspektive scheint es geboten und vorzugswürdig, kein umfassendes Verbot des Arbeitskräfteeinsatzes im Wege von Subunternehmerverträgen, Arbeitnehmer-überlassung und Unternehmenskooperationen zu statuieren, sondern vielmehr zunächst bestehende Rechtsdurchsetzungs- und Kontrolldefizite zu beheben. Ergänzend kann man sich der anspruchsvollen Aufgabe widmen, rechtsmiss-bräuchliche Fälle des Subunternehmereinsatzes trennscharf zu definieren und diese zum Gegenstand eines gesetzlichen Verbots zu machen. Der vorliegende Gesetzentwurf geht weit darüber hinaus, indem letztlich jede Form unternehmeri-scher Arbeitsteilung in der Fleischindustrie gesetzlich ausgeschlossen wird. Ande-rerseits bleibt er dahinter zurück, weil er die Betrachtung in rechtlich problemati-

scher Weise auf eine Branche verengt. Tatsächlich geht es um allgemeine Grundfragen unserer Wirtschafts- und Sozialordnung.

So legitim, nachvollziehbar und lobenswert das gesetzgeberische Anliegen, Ausbeutung und eklatante soziale Missstände beheben zu wollen, auch ist: Der Blick für die Verhältnismäßigkeit sollte dabei nicht verloren gehen. Das Prinzip Arbeitsteilung ist im Ausgangspunkt viel zu essentiell für das Funktionieren der Marktwirtschaft und des europäischen Binnenmarktes, als dass man es generell infrage stellen sollte, wenn mildere Regulierungsinstrumente zur Behebung der zweifellos erkennbaren Missstände zur Verfügung stehen.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Stefan Greiner', written in a cursive style.

Prof. Dr. Stefan Greiner