DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
19. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 19(11)**765**

29. September 2020

Information für den Ausschuss

ARGE Werkverträge und Zeitarbeit

Unaufgeforderte Stellungnahme 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

ArbeitsgemeinschaftWerkverträgeundZeitarbeit
Eine Initiative der Kanzlei
Prof. Dr. Tuengerthal & Kollegen
M 7,3 (Alte Reichsbank), 68161 Mannheim
Tel. +49 621 391 8010-0 / Fax +49 621 391 8010-0
info@werkvertrag-zeitarbeit.de / www.werkvertrag-zeitarbeit.de

AWZ A.029
25.09.2020, CA/gm

Gutachten

zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung des Vollzugs im Arbeitsschutz (Arbeitsschutzkontrollgesetz)

Inhalt Seite

A. Ausgangslage 5

1. Kurze Darstellung zur Entwicklung des Einsatzes von Werkverträgen in der Fleischwirtschaft, zur Historie des Gesetzes und zur Darlegung des Prüfungsumfangs 5
1.1 Zur historischen Entwicklung der Werkverträge in der Fleischwirtschaft 5
1.2 Das Arbeitsschutzkontrollgesetz 7

2. Zur Begründung des Verbots von Werkverträgen und Zeitarbeit in der Fleischwirtschaft nach dem Entwurf des Arbeitsschutzkontrollgesetzes 9

3. Die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts 11
3.1 Die betroffenen Grundrechte 11
3.2 Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Artikel 12 Absatz 1 GG 12

B. Die verfassungsrechtliche Prüfung 15

1. Zur Grundrechtsbetroffenheit 15

2. Überschreitung des Einschätzungs- und Prognosespielraums durch den Entwurf 17
2.1 Überschreitung des Einschätzungs- und Prognosespielraums durch den Entwurf aufgrund unzureichender Tatsachenbasis 17
2.2 Überschreitung des Einschätzungs- und Prognosespielraums durch den Entwurf hinsichtlich der Covid-19-Pandemie und dem Schutz der Bevölkerung 21
2.3 Überschreitung des Einschätzungs- und Prognosespielraums durch den Entwurf hinsichtlich der angeblichen systematischen Nichtbeachtung arbeitsrechtlicher Regelungen 23
2.3.1 Die Argumente im Entwurf 23
2.3.2 Keine Feststellung systematischer Verstöße 23
2.3.2.1 Feststellung von Mindestlohnverstößen nur für einen kleinen Bruchteil der Dienstleister 23
2.3.2.2 Unterdurchschnittliche Straftaten in der Fleischwirtschaft entgegen der Begründung des Entwurfs 29
2.4 Überschreiten des Einschätzungs- und Prognosespielraums durch den Entwurf hinsichtlich der angenommenen Nichtbeachtung arbeitsschutzrechtlicher Vorschriften 31
2.4.1 Zu den Überlegungen im Entwurf 31
2.4.2 Die Zweifel an den Überlegungen in der Begründung des Entwurfs im Überblick 32
2.4.3 Keine Erkenntnis zur Verteilung der Verstöße und damit zum Vorliegen eines strukturellen Problems 33

2.4.4 Mangelnde Aussagekraft der Unfallzahlen zur Einhaltung des Arbeitsschutzes 35
2.4.5 Zur fehlerhaften Einschätzung, dass es nur in Auftraggeberbetrieben ohne Werkunternehmen geringfügige Beanstandungen gibt....37
2.4.6 Keine Erkenntnisse zur strukturellen Defiziten in der Fleischwirtschaft 38
2.5 Überschreitung des Einschätzungs- und Prognosespielraums durch den Entwurf hinsichtlich der in der Praxis angeblich oft schwierigen Zuordnung der Beschäftigten....38

3. Zur Verfassungsmäßigkeit hinsichtlich der Grundrechtseingriffe für die Auftraggeber 40
3.1 Zur fehlenden Geeignetheit des Verbots von Werkverträgen und Zeitarbeit in der Fleischwirtschaft 40
3.1.1 Zu den verfassungsrechtlichen Voraussetzungen der Geeignetheit eines Grundrechtseingriffs 40
3.1.2 Fehlende Geeignetheit des Verbots bezüglich des erstrebten Schutzes in Bezug auf Covid-19 40
3.1.3 Fehlende Geeignetheit des Verbots hinsichtlich der Einhaltung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen 41
3.1.4 Zur fehlenden Geeignetheit des Verbots von Werkverträgen und Zeitarbeit in der Fleischwirtschaft zur Förderung des Arbeitsschutzes 44
3.2 Zur Erforderlichkeit 46
3.2.1 Zu den Voraussetzungen an die Erforderlichkeit eines Grundrechtseingriffs im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes 46
3.2.2 Keine Erforderlichkeit eines Verbots von Werkverträgen und Zeitarbeit in der Fleischwirtschaft hinsichtlich des Schutzes der Bevölkerung und der Belegschaft vor Covid-19....46
3.2.3 Zur fehlenden Erforderlichkeit des Verbots von Werkverträgen und Zeitarbeit in der Fleischwirtschaft zur Einhaltung arbeitsrechtlicher Vorschriften 47
3.2.4 Zur fehlenden Erforderlichkeit des Verbots von Werkverträgen und Zeitarbeit in der Fleischwirtschaft in Bezug auf die Einhaltung des Arbeitsschutzes 48
3.2.5 Zur fehlenden Erforderlichkeit des Verbots von Werkverträgen und Zeitarbeit zur Erlangung einer klaren Zuordnung der Werkbeschäftigten und Zeitarbeitskräfte sowie ihrem Arbeitgeber 49
3.3 Verstoß gegen die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne....49
3.4 Zwischenergebnis....49

4. Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Verbots von Werkverträgen in der Fleischwirtschaft hinsichtlich der Grundrechtseingriffe für Werkunternehmen....50
4.1 Zur fehlenden Geeignetheit und Erforderlichkeit des Verbots von Werkverträgen in der Fleischwirtschaft 50
4.2 Zur fehlenden Verhältnismäßigkeit des Verbots von Werkverträgen in der Fleischwirtschaft im engeren Sinne 54
4.3 Zwischenergebnis für Werkunternehmen....54

5. Verfassungsmäßigkeit des Verbots von Zeitarbeit in der Fleisch-wirtschaft hinsichtlich der Zeitarbeitsunternehmen 55

6. Zur Verfassungsmäßigkeit des Verbots von Werkverträgen und Zeitarbeit in der Fleischwirtschaft hinsichtlich der eingesetzten Werkbeschäftigten und Zeitarbeitskräfte 57

7. Ergebnis 60

A. Ausgangslage

1. Kurze Darstellung zur Entwicklung des Einsatzes von Werkverträgen in der Fleischwirtschaft, zur Historie des Gesetzes und zur Darlegung des Prüfungsumfangs

1.1 Zur historischen Entwicklung der Werkverträge in der Fleischwirtschaft

In der Fleischwirtschaft werden aus historischen Gründen seit Jahrzehnten Werkverträge in den Kernbereichen der Produktion, also der Schlachtung, Zerlegung und der Fleischverarbeitung, eingesetzt. Seine historische Ursache hatte dies aufgrund angewandter wissenschaftlicher Erkenntnisse. In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts setzte sich aufgrund von Trichinellenepidemien mit zahlreichen Toten, vor allem in den 1860-er Jahren, die Erkenntnis durch, dass die damals vorwiegend private Schlachtung in die öffentliche Hand gegeben werden musste. Geregelt wurde dies z.B. 1868 im preußischen Gesetz über die „Errichtung öffentlicher, ausschließlich zu benutzender Schlachthäuser“, dem sogenannten Schlachtzwanggesetz, das 1881 novelliert wurde. Parallel dazu konnten die städtischen Schlachter verpflichtet werden, das städtische Schlachthaus zu nutzen[1]. Auch andere deutsche Kleinstaaten und Städte erließen entsprechende Gesetze.[2] Da die Kommunen jedoch nicht über Schlachter verfügten, verpflichteten sie die örtlichen Ladenmetzger per Werkvertrag.[3] Diese Ladenmetzger waren zunächst als Soloselbstständige tätig. Mit der Modernisierung des Schlachthofwesens sowie dem Aufkommen der Bandschlachtung in den kommunalen Schlachtbetrieben wurden die Soloselbstständigen in Kopf- oder Lohnschlachterkolonnen tätig. Hier stellte sich schon recht früh die Frage, ob es sich um Selbstständige handelt oder um Arbeitnehmer, so bereits im Urteil des Reichsfinanzhofs vom 03.04.1935[4], und später etwa im Urteil des BSG vom 15.10.1970.[5] Parallel dazu verlief die Entwicklung im Bereich der Zerlegung[6].

Die Rechtsprechung der Sozialgerichte stellte sich schon früh auf den Standpunkt, dass es sich hierbei nicht um Soloselbstständige, sondern um Arbeitnehmer handelte. Spätestens in den 90-er Jahren fand in diesem Bereich eine Umstellung statt[7]. Die Schlachter- und Zerlegerkolonnen, die damals überwiegend aus Selbstständigen bestanden, wurden von Werkunternehmen, die meist aus den Obmännern dieser Kolonnen gegründet wurden, an-

[1] Stadtarchiv Lüdenscheid, LS 05 Schlachthof 1877 - 1974
[2] S. z.B. die Schlachthof-Ordnung der Stadt Köln von 1899
[3] S. Tuengerthal/Rothenhöfer, „Eine Lanze für den Werkvertrag“, Betriebsberater 2013, 53
[4] Reichsfinanzhof, Urteil vom 03.04.1935 - VI A154/35
[5] Nach dem Urteil des BSG vom 15.10.1970 - 11/12 RJ 412/67 waren am Schlachthof Bremen seit 1958 mehrere Kolonnen mit bis zu 60 Lohnschlachtern im Einsatz. Das BSG verweist ferner auf Entscheidungen des Reichsversicherungsamtes zur ***Beurteilung ähnlich gelagerter Rechtsstreitigkeiten*** in den Jahren 1911, 1926, 1927
[6] BFH, Urteil vom 28.10.1964 - V 104/61 zu einer Arbeitsgemeinschaft von selbstständigen Kuttlern
[7] z.B. BSG, Urteil vom 04.06.1998 – B 12 KR 5/97 R

gestellt und als Arbeitnehmer der Lohnsteuer unterworfen und in die Sozialversicherungssysteme eingegliedert.

Bereits an dieser Stelle lassen sich daher zwei wichtige Fakten festhalten. Erstens war das Kerngeschäft der Schlachthöfe und Zerlegebetriebe von Anfang an per Werkvertrag ausgelagert. Zweitens hatte der Einsatz von Werkverträgen in der Fleischwirtschaft seinen Grund nicht darin, Arbeitnehmer auszubeuten und Lohnkosten zu drücken. Es ging ursprünglich darum, Personal für die kommunalen Schlachthöfe zu erhalten. Die Werkverträge stellten für die zunächst als Soloselbstständige eingesetzten und später als Arbeitnehmer beschäftigten deutschen Fleischer eine übliche Tätigkeit in der Fleischwirtschaft dar.

Parallel zur skizzierten Entwicklung in Deutschland kam es im Rahmen der historischen Vorgänge in Osteuropa zum Zusammenbruch der Sowjetunion und zum Wegfall des Eisernen Vorhangs. Damit stellte sich für die westeuropäischen Staaten die Frage, welche Politik mit den neuen Nachbarn, den MOE-Staaten (mittel- und osteuropäische Staaten) betrieben werden sollte. Man entschloss sich, sich diesen Staaten politisch und wirtschaftlich anzunähern. Aufgrund der geopolitischen, historischen und wirtschaftlichen Lage fiel Deutschland hier eine besondere Vermittlerfunktion zu. Ein Instrument hierzu waren bilaterale Werkvertragsabkommen mit den einzelnen MOE-Staaten.[8]

Diese Werkvertragsabkommen dienten zweierlei. Zum einen dienten sie dem „Aufbau Ost“, als sie ein gewisses Kontingent von osteuropäischen Beschäftigten in Deutschland im Rahmen von Werkverträgen erlaubten. Im Rahmen dieses Kontingents konnten die Beschäftigten, die deutsche Tariflöhne erhalten mussten, entsprechende Devisen für ihr Land erwirtschaften, die in die heimische Wirtschaft einflossen. Zudem dienten die Werkvertragsabkommen auch als Know-how-Transfer von West nach Ost, da die osteuropäischen Werkbeschäftigten in verschiedensten Branchen in den Kernprozessen zum Einsatz kamen

[8] Hierzu führen Faist/Sieveking/Reim/Sandbrink in „Ausland im Inland – Beschäftigung von Werkvertragsarbeitnehmern in der Bundesrepublik Deutschland“ S. 10 aus:
Den entscheidenden Anstoß für die Ausweitung der MOE-Werkvertragsbeschäftigung lieferten die Transformationsprozesse in den MOE-Staaten und die darauf erfolgende Reaktion der deutschen Bundesregierung. Zwar existierte bereits seit den 70er-Jahren transnationale Unternehmenskooperationen zwischen deutschen und osteuropäischen Firmen. Doch diese Zusammenarbeit erhielt mit dem Fall des ‚Eisernen Vorhangs‘ und der damit verbundenen Annäherung der Staaten in Ost- und Westeuropa eine zusätzliche Dimension. Aufgrund ihrer geopolitischen, historischen und wirtschaftlichen Position fiel der BRD eine besondere Vermittlerfunktion in diesen Transformationsprozessen zu. Im Bereich der wirtschaftlichen Beziehungen knüpfte die BRD an ihre alte Rolle als Wirtschaftspartner der MOE-Staaten an. Darüber hinaus gab sie Hilfestellungen bei der Reorganisation bzw. dem Neuaufbau sozialpolitischer und politscher Institutionen in diesen Staaten. Insofern kann sie im Sinne von Mancur Olsen als ‚large actor‘ verstanden werden, der innerhalb der osteuropäischen Staaten aufgrund seiner überragenden wirtschaftlichen und politischen Interessen und Ressourcen die Hauptlast der Unterstützung in den Transformationsprozessen der MOE-Staaten zu tragen bereit und in der Lage war. Ein Instrument zur Hilfe bei der Transformation seitens der deutschen Bundesregierung bildeten die bilateralen Werkvertragsabkommen zur rechtlichen Spezifizierung der Werkvertragskooperation zwischen deutschen Unternehmen und ausländischen Subunternehmern.

und dabei weitere Kenntnisse erwarben, die sie mit in ihr Heimatland nahmen. Zum anderen hatten die Werkvertragsabkommen für Deutschland den Vorteil, das auf dem heimischen Arbeitsmarkt bestehende Problem der dringend benötigten Fachkräfte zu lösen. Zudem konnte damit verhindert werden, dass eine dauerhafte Migration stattfand. Die osteuropäischen Werkbeschäftigten kehrten nach Abschluss der Werkverträge wieder zurück, ließen sich also nicht in Deutschland nieder, und es erfolgte auch kein Familiennachzug. Hierdurch konnte Deutschland seinen Arbeitskräftebedarf in Bezug auf Osteuropa effektiv steuern und kontrollieren.[9]

Im Zuge der EU-Osterweiterung 2004 traten mehrere MOE-Staaten der EU bei, wie z.B. Polen, Ungarn, Tschechien und die Slowakei. Damit fielen bis auf die Baubranche die Werkvertragskontingente weg, da die osteuropäischen Unternehmen nun die Dienstleistungsfreiheit nutzen und Werkverträge ohne Kontingentierung abschließen konnten. Sie wurden daher wie bisher bei ihren früheren Auftraggebern tätig, nun allerdings nicht mehr auf der Basis der Werkvertragsabkommen, sondern auf der Basis der EU-Dienstleistungsfreiheit. Daran änderte auch die 2011 für diese Staaten eingetretene Arbeitnehmerfreizügigkeit nichts.

Bereits an dieser Stelle ist daher der allgemein gängigen Überlegung, der einzige Zweck von Werkverträgen in der Fleischwirtschaft sei die Drückung von Lohnkosten, entgegen zu treten. Historisch gesehen bauten viele Unternehmen in der Fleischwirtschaft im Kerngeschäft von Anfang an auf Werkverträgen auf. Im Verhältnis zu den MOE-Staaten waren Werkverträge von Seiten der Bundesrepublik Deutschland ausdrücklich gewünscht, wurden z.B. durch Arbeitserlaubnisse bei kontingentierten Werkbeschäftigten gefördert und dementsprechend in der Wirtschaft praktiziert. Werkverträge in der Fleischwirtschaft sind damit ein seit über hundert Jahren eingesetztes Mittel, das sich seit jeher auf das Kerngeschäft bezogen hat. Seit ca. 30 Jahren werden Werkverträge im Kerngeschäft der Schlachtung und Zerlegung auch mit osteuropäischen Unternehmen abgeschlossen[10].

1.2 Das Arbeitsschutzkontrollgesetz

Im Zuge des Einsatzes von Werkunternehmen kam es in den vergangenen Jahren auch immer wieder zu Fällen, in denen Werkbeschäftigte von ihren Arbeitgebern um ihren Lohn betrogen wurden, sei es durch Manipulation der Arbeitszeit, sei es durch unberechtigten Einbehalt von Lohnbestandteilen oder sei es schlichtweg durch Nichtauszahlung von Löh-

[9] S. Faist u.a., S. 11

[10] So z.B. BGBl. II 1989, 244, Vereinbarung zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der ungarischen Volksrepublik über die Entsendung ungarischer Arbeitnehmer aus in der ungarischen Volksrepublik ansässigen Unternehmen zur Beschäftigung auf der Grundlage von Werkverträgen.

nen. Daneben ist in Presseberichten auch immer wieder zu lesen, dass Werkbeschäftigte überhöhte Mieten für Unterkünfte zahlen mussten, sich sogar Betten mit anderen Werkbeschäftigten zum Wucherpreis teilen mussten.[11] Es wird seitens der Gewerkschaften und Bürgerinitiativen, die sich für faire und gerechte Löhne von Arbeitsmigranten einsetzen, von Sklavenarbeit und Wildwestmethoden gesprochen.

Aufgrund von verschiedenen Covid-19-Ausbrüchen in Großbetrieben der Fleischindustrie wurde der Blick der Öffentlichkeit erneut auf die Fleischwirtschaft gelenkt. Im Zuge dessen brachte Bundesarbeitsminister Heil am 20.05.2020 die Eckpunkte „Arbeitsschutzprogramm für die Fleischwirtschaft“[12] heraus. Auf dieser Basis wurde der Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des Vollzugs im Arbeitsschutz (Arbeitsschutzkontrollgesetz) federführend durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (im Folgenden BMAS) auf den Weg gebracht, der nun im Bundestag behandelt wird[13].

Der Entwurf bestimmt unter anderem Mindestbesichtigungsquoten für die Arbeitsschutzbehörden. Er erlegt Auftraggebern und Werkunternehmen auf Anforderung der Arbeitsschutzbehörden auf, eine schriftliche Arbeitsschutzvereinbarung zu gemeinsamen Arbeitsschutzmaßnahmen zu verfassen und Verantwortlichkeiten festzulegen. Arbeitgeber werden darüber hinaus verpflichtet, unter gewissen Voraussetzungen angemessene Unterkünfte zu stellen. Zudem wird in der Fleischwirtschaft eine Pflicht zur elektronischen Arbeitszeiterfassung eingeführt.

Hinsichtlich dieser Regelung besteht weitgehend Einigkeit zwischen Arbeitgebern, Verbänden, Gewerkschaften und Politik. Kern der öffentlichen Diskussion ist vielmehr das Verbot von Werkverträgen (ab 01.01.2021) und Zeitarbeit (ab 01.04.2021) in der Fleischwirtschaft. Hierzu führt Artikel 2 eine Änderung des Gesetzes zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft (GSA Fleisch) ein, und regelt in Nummer 5

§ 6a Einschränkungen des Einsatzes von Fremdpersonal

(1) Ein Unternehmer muss einen Betrieb oder, im Fall des Absatzes 3 Satz 2, eine übergreifende Organisation, in dem oder in der geschlachtet wird, Schlachtkörper zerlegt werden oder Fleisch verarbeitet wird, als alleiniger Inhaber führen.

[11] S. hierzu das Projekt „Faire Mobilität“ des DGB https://www.faire-mobilitaet.de/ Allerdings ist dies kein Spezialproblem der Fleischbranche wie beispielsweise die Reportage 37°, in einer Dokumentation über die Neckarstadt-West in Mannheim „37° Zwei Quadratkilometer Stress“ vom 29.07.2020 und die Razzia der Polizei Mannheim vom 16.09.2020 zeigen, die mit der Fleischwirtschaft nicht in Verbindung stehen und sich gegen Wuchermieten zulasten bulgarischer Migranten richtet.
[12] Eckpunkte Arbeitsschutzprogramm für die Fleischwirtschaft des BMAS vom 20.05.2020
[13] BR-Drs. 426/20

Die gemeinsame Führung eines Betriebes oder einer übergreifenden Organisation durch zwei oder mehrere Unternehmer ist unzulässig.

(2) Der Inhaber darf im Bereich der Schlachtung einschließlich der Zerlegung von Schlachtkörpern sowie im Bereich der Fleischverarbeitung Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nur im Rahmen von mit ihm bestehenden Arbeitsverhältnissen und im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung tätig werden lassen. Er darf in diesen Bereichen keine Selbstständigen tätig werden lassen. Ein Dritter darf in diesen Bereichen unbeschadet der Zulässigkeit der Überlassung von Leiharbeitnehmerinnen und Leiharbeitnehmern nach Satz 1 keine Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und keine Selbstständigen tätig werden lassen.

(3) Inhaber ist, wer über die Nutzung der Betriebsmittel und den Einsatz des Personals entscheidet. 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.

(4) Eine übergreifende Organisation ist ein überbetrieblicher, nicht notwendig räumlich zusammenhängender Produktionsverbund, in dem die Arbeitsabläufe im Bereich der Schlachtung einschließlich der Zerlegung von Schlachtkörpern oder im Bereich der Fleischverarbeitung aufeinander abgestimmt sind.

(Die unterstrichenen Passagen sollen zum 01.04.2021 wegfallen)

Das vorliegende Gutachten befasst sich ausschließlich mit der Frage der Verfassungsmäßigkeit des Verbots von Werkverträgen und Zeitarbeit in der Fleischwirtschaft. Die weiteren Regelungen zu Arbeitsschutz, Unterkünften etc. sind nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtens.

2. Zur Begründung des Verbots von Werkverträgen und Zeitarbeit in der Fleischwirtschaft nach dem Entwurf des Arbeitsschutzkontrollgesetzes

Der Entwurf des Arbeitsschutzkontrollgesetzes begründet das Verbot von Werkverträgen und Zeitarbeit in der Fleischwirtschaft kurz dargestellt, wie folgt:

Er stellt hinsichtlich des Verbots von Werkverträgen und Zeitarbeit zunächst auf die Covid-19-Ausbrüche in Schlachthöfen in Nordrhein-Westfalen ab. Es sei zudem keine nennenswerte Verbesserung des Arbeitsbedingungen feststellbar. Dies habe sich im Rahmen einer Schwerpunktprüfung der Arbeitsschutzverwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen im Jahr 2019 ergeben. Hier wurden zahlreiche Rechtsverstöße festgestellt, insgesamt rund 8.800, davon fielen ca. 5.900 Verstöße auf das Arbeitszeitrecht. Teilweise arbeiteten Beschäftigte 16 Stunden an einem Tag. Vielfach sei ohne Pause gearbeitet worden. Daneben seien gra-

vierende Mängel im Bereich des technischen Arbeitsschutzes festgestellt worden. Auch seien die Arbeitsunfälle im Bereich des Schlachtens und des Zerlegens von Tieren und in der Fleischverarbeitung deutlich höher als sonst im Bereich der Nahrungsmittelindustrie. Daneben habe die Finanzkontrolle Schwarzarbeit des Zoll im Bereich der Fleischindustrie zahlreiche Verstöße gegen gesetzliche Vorgaben festgestellt. So sei Lohn für persönliche Schutzausrüstung, für Miete oder für den Fahrservice entgegen rechtlicher Bestimmungen einbehalten worden.[14]

Daneben wird bemängelt, dass der Anteil des Fremdpersonals im Kerngeschäft der Fleischindustrie vielfach über 50 % liegt, teilweise sogar bei 100%. Dabei seien bis zu 30 verschiedene Werkunternehmen im Einsatz, die einfach und schnell ausgetauscht werden können. Es ginge daher bei Werkverträgen nicht darum, Belastungsspitzen abzufedern oder darum, Spezialwissen zu nutzen, sondern es würde der eigentliche Betriebszweck des Unternehmens verfolgt. Zudem wird bemängelt, dass die Werkbeschäftigten in den Fleischbetrieben selbst eingesetzt werden und dort mit den Produktionsmitteln des Betriebs arbeiten.

Hinsichtlich der Zeitarbeit habe sich ergeben, dass die Zeitarbeitskräfte mit Werkbeschäftigten zusammenarbeiten und vergleichbare Tätigkeiten ausführen. Damit entstünde ein schwer durchschaubares Nebeneinander verschiedenster Beschäftigungsverhältnisse. Es seien in diesen Bereichen auch keine klaren Verantwortlichkeiten gegeben. Dies hätte zur Folge, dass die Einhaltung der arbeitsrechtlichen und arbeitsschutzrechtlichen Regeln häufig nicht beachtet wird. Aus diesem Grunde ergäbe sich die genannte Vielzahl von Verstößen und Arbeitsunfällen.

Von daher sollen klare Verantwortlichkeiten geschaffen werden, dass künftig kein Fremdpersonal mehr im Bereich der Schlachtung, Zerlegung und Fleischverarbeitung eingesetzt werden dürfe. Dies soll Beschäftigten einen Verantwortlichen geben, der sich um die Einhaltung der arbeitsrechtlichen und arbeitsschutzrechtlichen Regelungen kümmere und zum anderen soll so den Kontrollbehörden eine effektive und effiziente Kontrolle ermöglicht werden.

Daneben stellt der Entwurf auch auf die Unterkunftssituation ab. Allerdings wurde diesbezüglich die Arbeitsstättenverordnung geändert. Der Entwurf verbindet somit das Verbot von Werkverträgen und Zeitarbeit in der Fleischwirtschaft nicht mit der Unterbringung, sodass hierauf, auch im Folgenden nicht näher eingegangen wird.

Als Lösung zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Fleischindustrie wie auch zur Verbesserung des Gesundheitsschutzes der Bevölkerung schlägt der Entwurf vor, im Be-

[14] BR-Drs. 426/20 Seite 2 f.

reich des Kerngeschäfts der Fleischwirtschaft - der Schlachtung, der Zerlegung und der Fleischverarbeitung - ein Verbot des Einsatzes von Fremdpersonal zu erlassen. Somit ist der Einsatz von Werkbeschäftigten und Zeitarbeitskräften künftig nicht mehr zulässig. Flankiert wird dieses durch entsprechende Bußgeldtatbestände, die empfindliche Geldbußen vorsehen.[15] Eine Ausnahme von dem Verbot sieht der Entwurf für Handwerksbetriebe bis 49 Beschäftigte vor.

Weiter sieht der Entwurf keine Alternativen zum Verbot. So seien verstärkte Kontrollen nicht vergleichbar effektiv. Dies zeige die Schwerpunktprüfung des Landes Nordrhein-Westfallen, da die verstärkten Arbeitgeberprüfungen zu keiner signifikanten Verbesserung der Arbeitsbedingungen geführt hätten. Auch die Selbstverpflichtung der Branche hätten nicht zu einer Verbesserung der Arbeitsbedingungen geführt. Vielmehr würde ein Zustand zahlreicher und systematischer Rechtsverstöße zum Nachteil des beschäftigten Fremdpersonals bestehen.[16]

Als wesentliche Gründe für ein Verbot von Werkverträgen und Zeitarbeit in der Fleischwirtschaft lassen sich damit nach der Begründung des Entwurfs heranziehen:

- die Covid-19-Pandemie und der Schutz der Bevölkerung
- die systematische Nichtbeachtung arbeitsrechtlicher Regelungen
- die vielfache Nichtbeachtung arbeitsschutzrechtlicher Vorschriften und
- die in der Praxis oft schwierige Zuordnung der Arbeitnehmer

3. Die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts

3.1 Die betroffenen Grundrechte

Durch das geplante Verbot wird in eine Reihe von Grundrechten der betroffenen Unternehmen eingegriffen. Dies sind

- Artikel 2 Absatz 1 GG, Allgemeine Handlungsfreiheit
- Artikel 3 Absatz 1 GG, Allgemeiner Gleichheitssatz
- Artikel 12 Absatz 1 GG, Berufsfreiheit und
- Artikel 14 Absatz 1 GG, Eigentumsrechte der betroffenen Unternehmen

[15] BR-Drs. 426/20 Seite 4
[16] BR-Drs. 426/20 Seite 5

Inwieweit Artikel 3 Absatz 1 GG oder Artikel 14 Absatz 1 GG verletzt sind, wird streitig diskutiert. Einheitlich bejaht wird ein Eingriff in Artikel 12 Absatz 1 GG. Da Artikel 12 Absatz 1 GG das speziellere Grundrecht im Verhältnis zur allgemeinen Handlungsfreiheit nach Artikel 2 Absatz 1 GG ist, fällt letzteres nicht ins Gewicht. Von daher beschränkt sich die vorliegende Stellungnahme auf die Prüfung des Entwurfs in Bezug auf eine Verletzung von Artikel 12 Absatz 1 GG durch das geplante Verbot.

3.2 Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Artikel 12 Absatz 1 GG

Das Bundesverfassungsgericht musste sich schon relativ früh mit Eingriffen in die Berufsfreiheit auseinandersetzen. Im Apothekenurteil vom 11.06.1958[17] entwickelte das Bundesverfassungsgericht seine Dreistufentheorie. Hiernach erfolgen Eingriffe auf drei Stufen, die, je nach Eingriffsintensität, höhere Anforderungen an die Rechtfertigung stellen. Das Bundesverfassungsgericht differenziert hier zwischen

- Regelungen zur Berufsausübung, die durch vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls beschränkt werden dürfen, sodass nur übermäßig belastende und nicht zumutbare Auflagen abgewehrt werden können,
- subjektiven Berufswahlvoraussetzungen, die zum angestrebten Zweck der ordnungsgemäßen Erfüllung der Berufstätigkeit nicht außer Verhältnis stehen dürfen, und
- objektiven Zulassungsvoraussetzungen, die nur zur Abwehr schwerer und nachweisbarer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut verfassungsrechtlich gerechtfertigt sind.

In der Folgezeit hat das Bundesverfassungsgericht diese Dreistufentheorie als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes angesehen. So stellte es im Urteil vom 06.10.1987[18], das das Verbot der Leiharbeit in der Bauwirtschaft betraf, fest, dass die Verleihbetriebe zwar noch in andere Bereiche Zeitarbeitskräfte verleihen dürfen, somit eine Berufsausübungsregelung vorlag. Da es aber auch Verleiher gab, die ausschließlich oder überwiegend Zeitarbeitskräfte in die Braubranche verliehen, wirkte die Berufsausübungsregelung für diese wie eine objektive Zulassungsvoraussetzung. So führte das Bundesverfassungsgericht a.a.O. aus[19]:

Scheidet sonach ein Eingriff in die Freiheit der Berufswahl aus, läßt sich doch nicht verkennen, daß die Berufstätigkeit jedenfalls solcher Verleiher spürbar eingeschränkt wird, die vorrangig in das Baugewerbe verliehen hatten. Das Verbot ist zwar

[17] BVerfG, Urteil vom 11.06.1958, 1 BvR 596/56
[18] BVerfG, Urteil vom 06.10,1987, 1 BvR 1086, 1468, 1623/82
[19] BVerfG, Urteil vom 06.10,1987, 1 BvR 1086, 1468, 1623/82

auch für diese als bloße Regelung der Berufsausübung zu beurteilen, kommt aber wegen seiner Auswirkungen einem Eingriff in die Freiheit der Berufswahl nahe; es kann demgemäß nicht mit jeder vernünftigen Erwägung des Gemeinwohls, sondern nur mit solchen Allgemeininteressen gerechtfertigt werden, die so schwer wiegen, daß sie den Vorrang vor der Berufsbehinderung der Verleiher verdienen.

Als solche Gemeinwohlbelange von überragender Bedeutung sah das Bundesverfassungsgericht die Wiederherstellung der gestörten Ordnung auf dem Teilarbeitsmarkt des Baugewerbes mit dem Ziel der Sicherung eines geordneten Arbeitsmarktes und einer stabilen arbeitsmarkt- und sozialversicherungsrechtlichen Situation abhängig Beschäftigter. Als weiteren Gemeinwohlbelang sah es die Sicherung der finanziellen Stabilität der Träger der Sozialversicherung, sowie den Staat treffende Ausfälle im Steueraufkommen. Zudem durfte der Gesetzgeber die Effektivität tarifvertraglicher Normsetzung stärken.

Diese Gemeinwohlbelange nahm es aus der Begründung des ***Gesetzes zur Konsolidierung der Arbeitsförderung (Arbeitsförderungs-Konsolidierungsgesetz – AFKG)*** in dessen Gründen der Gesetzgeber ausführte[20]:

D. Verbot der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung:

Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung wird für den Bereich der Bauwirtschaft verboten, weil sich dort unter den besonderen Bedingungen der Tätigkeit häufig wechselnder Arbeitnehmer auf wechselnden Baustellen unter dem Deckmantel der zugelassenen Arbeitnehmerüberlassung der illegale Arbeitskräfteverleih ausgedehnt hat.

Das Verbot führt in Zusammenhang mit den von der Bundesregierung gleichzeitig beschlossenen Gesetz zur Bekämpfung illegaler Beschäftigung vorgesehenen Maßnahmen gegen illegale Leiharbeit und Schwarzarbeit zu Mehreinnahmen bei der Bundesanstalt und anderen Sozialversicherungsträgern durch die Umwandlung illegaler Arbeitsverhältnisse in legale.

Weiter führte der damalige Gesetzgeber zum sozialen Schutz der Beschäftigten aus:

Auf Leiharbeitnehmer finden die Tarifverträge des Wirtschaftszweiges, in dem sie eingesetzt werden, keine Anwendung. Daher bleibt ein bedeutender Teil der im Baugewerbe tatsächlich tätigen Arbeitnehmer vom sozialen Schutz der auf ihre Tätigkeit zugeschnittenen tariflichen Regelungen ausgeschlossen. Diese Arbeitnehmer erhalten insbesondere keine Leistungen von den Sozialkassen der Bauwirtschaft, der Urlaubs- und Lohnausgleichskasse und der Zusatzversorgungskasse (Einrichtung und Tätigkeit der Kassen beruhen auf Tarifverträgen, die für allgemeinverbindlich erklärt worden sind).

[20] BT-Drs. 9/846, S. 33 ff

Unternehmen, die Leiharbeitnehmer verleihen, haben einen erheblichen Wettbewerbsvorsprung gegenüber Bauunternehmen, die nur Stammarbeitnehmer beschäftigen, weil Verleiher für ihre im Baugewerbe tätigen Arbeitnehmer insbesondere auch keine Beiträge zu den Sozialkassen des Baugewerbes entrichten (derzeitiger Beitragssatz: 22,5 vH der Bruttolohnsumme des Betriebs). Auch die Verleiher, die in die Bauwirtschaft verleihen, haben Wettbewerbsvorteile gegenüber Bauunternehmen, die ähnliche Leistungen im Rahmen von Werkverträgen erbringen[21].

Bereits an dieser Stelle wird darauf hingewiesen, dass Teile der Literatur zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Verbots der Leiharbeit im Baugewerbe zum heutigen Zeitpunkt haben, da die obigen Erwägungen, die den Gesetzgeber damals bewogen haben, ein Verbot zu erlassen, heute nicht mehr eingreifen.[22]

Für den vorliegenden Entwurf stellt sich damit die Frage, ob die Gesetzesgründe ausreichen, um den Eingriff zu rechtfertigen.

[21] BT-Drs. 9/846, S. 35
[22] Hamann in Schüren/Hamann, § 1b Rn. 17 ff.; Boemke/Lembke, § 1b Rn. 4; Ulrici, § 1b Rn. 4

B. Die verfassungsrechtliche Prüfung

1. Zur Grundrechtsbetroffenheit

Hinsichtlich der Grundrechtsbetroffenheit ist hier nach den Adressaten der Regelung zu differenzieren. Als Adressaten kommen in Betracht:

- auftraggebende Schlacht-, Zerlege- und Fleischverarbeitungsunternehmen
- Werkvertragsunternehmen
- Zeitarbeitsunternehmen und
- Werkbeschäftigte und Zeitarbeitskräfte

Bei Zugrundlegung der oben erläuterten Dreistufentheorie ergibt sich, dass der Grundrechtseingriff ein jeweils unterschiedliches Gewicht hat.

Den auftraggebenden Schlacht-, Zerlege- und Fleischverarbeitungsunternehmen wird die Berufsausübung zukünftig nicht verboten. Sie dürfen weiter am Markt tätig sein und ihre Leistungen erbringen. Es handelt sich damit formal um eine Berufsausübungsregelung, die auf der ersten Stufe mit vernünftigen Erwägungen des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden kann. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass Artikel 12 Absatz 1 GG auch die Vertrags- und Dispositionsfreiheit der Unternehmer schützt[23]. In diese Dispositionsfreiheit greift das Verbot ein. Damit dringt es für die auftraggebenden Unternehmen in den Kernbereich von deren Berufsfreiheit vor, da es ihnen vorschreibt, wie sie wesentliche Teile ihres Unternehmens zu führen haben. Daher rechtfertigt nicht jede vernünftige Erwägung des Allgemeinwohles den Grundrechtseingriff. Die Rechtfertigungslast für den Gesetzgeber liegt damit deutlich höher, weil er unternehmerische Grundlagenentscheidungen erheblich einschränkt[24].

Für die Werkunternehmen und die Zeitarbeitsunternehmen, die aufgrund ihrer verschiedenen rechtlichen Grundvoraussetzungen nachfolgend getrennt geprüft werden, liegen hingegen objektive Berufszulassungen vor. Es wird ihnen insgesamt verboten im Bereich der Fleischwirtschaft tätig zu werden. Der Hinweis in der Begründung des Entwurfs[25], dass diese auch in Betrieben tätig werden können, die der Ausnahmeregelungen unterfallen, verfängt hier nicht. Mit den Betrieben, die der Ausnahmeregelung unterfallen, lässt sich der bisherige Geschäftsbetrieb nicht einmal ansatzweise aufrechterhalten. Dabei ist hinsichtlich

[23] Bundesverfassungsgericht Urteil vom 10.06.2009 – 1 BvR 706/08
[24] Bayreuther NZA 2020, 773 (774)
[25] BR-Drs. 426/20 – Seite 36

der Werkunternehmen darauf hinzuweisen, dass die Anforderungen insofern noch höher sind, als das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 06.10.1987, in dem es das Verbot der Leiharbeit im Baugewerbe als verfassungsmäßig angesehen hat, auch darauf abstellte, dass ***die vom Verbot erfaßte Verleihtätigkeit keinen eigenständigen Beruf im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG mit einem traditionell und auch gesetzlich ausgeprägtem Berufsbild darstellte***.[26]

Bei den Werkunternehmen verhält es sich hier anders. Wie bereits unter Ziffer 1.1.1 dargelegt, haben Werkverträge im Kernbereich der Fleischwirtschaft eine über 100-jährige Tradition. Von daher sind die Inhaber der Werkunternehmen oft gelernte Metzger/Fleischer. Sie haben oft selbst in den benannten Schlacht- und Zerlegekolonnen als selbstständige Lohnschlachter oder Ausbeiner angefangen. Oft waren sie Obmänner der Gruppe und kümmerten sich, neben ihrer Tätigkeit auf dem Schlachthof und dem Zerlegebetrieb, um die administrativen Aufgaben der Kolonne gegenüber dem Schlacht- oder Zerlegebetrieb. Als die Sozialversicherungsträger darauf drängten, dass die selbstständigen Schlachter und Ausbeiner angestellt werden, gründeten sie GmbHs und übernahmen diese als Arbeitnehmer.

Ich war bis Ende der 80er Jahre selbstständiger Ausbeiner. 1991 habe ich mit einem Kollegen zusammen mein erstes Unternehmen gegründet und die anderen Ausbeiner angestellt. Seitdem arbeite ich mit eigenem Personal auf Werkvertragsbasis in deutschen Fleischbetrieben. Seit 2003 ist die Firma in Familienhand.

(Thomas Block, Geschäftsführer der KoKo GmbH)

Ich habe vor 20 Jahren mit fünf Leuten in den Abteilungen Hähnchenfiletierung und Ausbeinen in dem Geflügelschlachtbetrieb angefangen und selbst mitgearbeitet. Die Betriebsinhaber hatten in neue Filetiertechnik investiert und suchten für diese spezielle Arbeit zusätzliches zuverlässiges Personal. Die Zusammenarbeit funktionierte gut und vertrauensvoll und somit einigten wir uns mit den Betriebsinhabern auf die Integration eines Werkvertrages für die Filetierung und Schenkelentbeinung. In den darauffolgenden 20 Jahren sind wir mit dem Auftraggeber gewachsen und setzen heute ca. 120 Personen ein.

(Rami Awad, Global Meat GmbH & Co. KG)

Die Grundrechtsbetroffenheit dieser Unternehmen, ist somit weitaus intensiver. Diese Unternehmer haben anfangs mit am Band gestanden und kennen die harte, körperliche Arbeit und die Produktionsbedingungen. Es handelt sich bei ihnen um gelernte Fleischer, die sich auf die Erbringung von Schlacht- und Zerlegeleistungen in Unternehmen der Fleischwirtschaft spezialisiert haben. Dieses traditionelle Berufsbild wird durch das Verbot beseitigt.

[26] BVerfG, Beschluss vom 06.10.1987 – 1 BvR 1086, 1468, 1623/82

Ein derartiger Vorgang ist absolut neu in der Rechtsgeschichte des Grundgesetzes. Bisher wurde noch nie ein Beruf komplett verboten.

Auch für Werkbeschäftigte liegt ein Eingriff in deren Grundrechte vor. Sie verlieren den ihnen durch Artikel 12 Absatz 1 GG gesicherten Arbeitsplatz, da ihr Arbeitgeber sie wegen des Werkvertragsverbots nicht mehr wie bisher beschäftigen kann. Für Zeitarbeitskräfte wird insofern in die Berufsausführung eingegriffen, als sie in ihrer Funktion als Zeitarbeitskräfte nicht mehr in der Fleischwirtschaft tätig sein können.

2. Überschreitung des Einschätzungs- und Prognosespielraums durch den Entwurf

2.1 Überschreitung des Einschätzungs- und Prognosespielraums durch den Entwurf aufgrund unzureichender Tatsachenbasis

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat der Gesetzgeber einen Einschätzungs- und Prognosespielraum[27]. Dieser ist dann überschritten, wenn die ***Erwägungen so offensichtlich fehlsam sind, daß sie vernünftigerweise keine Grundlage für gesetzgeberische Maßnahmen abgeben können.*** Diesen Spielraum überschreitet der Entwurf des Arbeitsschutzkontrollgesetzes gleich mehrfach.

So werden zunächst Schlachtbetriebe und Fleischverarbeitungsbetriebe auf eine Stufe gestellt. Dabei verkennt der Entwurf, dass sich die Arbeits- und Produktionsbedingungen zum einen in Schlachtbetrieben und Fleischverarbeitungsbetrieben erheblich unterscheiden, zum anderen auch innerhalb der Schlachtbetriebe zwischen Fleischbetrieben (z.B. Schweine- und Rinderschlachtung) und Weißfleischbetrieben (z.B. Geflügelschlachtung) zu unterscheiden ist. So wird in der Geflügelschlachtung ein großer Anteil der Leistung durch den Einsatz von Maschinen erbracht. Die Leistung der Beschäftigten beschränkt sich hier auf einzelne Handgriffe.

Die Unterschiede zwischen Fleischverarbeitungsbetrieben und Schlachthöfen hat bereits das Verwaltungsgericht Münster im Beschluss vom 06.08.2020[28] festgehalten. Dem Beschluss lag eine Allgemeinverfügung des Landes Nordrhein-Westfalen zugrunde, die anordnete, dass Personal von Schlacht- und Zerlegebetrieben sowie von Fleischverarbeitungsbetrieben regelmäßige Corona-Tests durchführen muss. Das Verwaltungsgericht

[27] BVerfG, Beschluss vom 06.10.1987 – 1 BvR 1086, 1468, 1623/82
[28] VG Münster, Beschluss vom 06.08.2020 – 5 L 596/20

Münster stellte in seinem Beschluss klar, dass die Arbeitsbedingungen in Fleischverarbeitungsbetrieben gänzlich anders sind als in Schlacht- und Zerlegebetrieben.

Das Fleisch wird in kleinen Stücken angeliefert, sodass eine Zerkleinerung nicht notwendig ist. Damit entfällt auch das schwere körperliche Arbeiten auf engem Raum. Auch stehen hier nicht Beschäftigte Schulter an Schulter nebeneinander, sondern der Einsatz ist, beispielsweise in der Wurstherstellung, stark maschinell geprägt.

Zudem stellt der Entwurf im Bereich des Arbeitsschutzes auf Verstöße in Nordrhein-Westfalen ab. Er legt aber an keiner Stelle dar, wieso diese Verstöße auch in anderen Bundesländern auftreten sollen. Dies ist nicht ersichtlich. Die Verhältnisse in Deutschland sind nicht überall gleich. Es gibt Regionen, die stärker industriell geprägt sind, mit großen Akteuren auf dem Fleischmarkt. Andere Bundesländer hingegen haben nur punktuell große Akteure, während wiederum andere Bundesländer von mittelständischen Unternehmen dominiert werden. Die Verhältnisse in Nordrhein-Westfalen lassen sich daher nicht auf die gesamte Bundesrepublik übertragen.

Damit setzt sich der Entwurf auch in Widerspruch zu Aussagen des BMAS auf die Kleine Anfrage der FDP vom 21.07.2020[29]. Dort stellte das BMAS hinsichtlich einzelner Fragen zum Infektionsschutz darauf ab:

Positive Ergebnisse aus einzelnen Betrieben und Regionen lassen nicht den Schluss zu, dass damit bestimmte Maßnahmen im Hinblick auf das ganze Bundesgebiet obsolet sind.

Für den umgekehrten Fall von Mängeln im Arbeitsschutz, sollen hingegen einzelne Betriebe oder Regionen für das gesamte Bundesgebiet repräsentativ sein. Auch hiermit überschreitet der Entwurf den ihm von Verfassungs wegen eingeräumten Einschätzungs- und Prognosespielraum.

Daneben ergeben sich erhebliche Widersprüche im Vergleich zu früheren Aussagen. Der Entwurf aus dem BMAS stellt an vielen Stellen auf behauptete Missstände ab. Prüft man jedoch die früheren schriftlichen Anfragen der Fraktionen, die vom BMAS beantwortet wurden, so lagen diesem keine näheren Erkenntnisse vor. So sei exemplarisch auf folgende Anfragen verwiesen:

[29] BT-Drs. 19/21182, S. 9

- Auf die Kleine Anfrage der Linken vom 06.03.2020[30] zu Werkverträgen in der Fleischindustrie[31] teilte das BMAS nur mit, dass das GSA Fleisch ***die beabsichtigte generalpräventive Wirkung erfüllt.*** Weiter teilte es mit, dass keine Kenntnisse darüber vorliegen, ***ob die Arbeitsbedingungen von Kern- und Randbelegschaften in der Fleischindustrie stark voneinander abweichen. Der Branchenmonitor*** (Anmerkungen der Unterzeichner: Der Hans-Böckler-Stiftung) ***weist diese Aussage in den Jahren nach dem Jahr 2017 auch nicht mehr auf.***

  Auch hiervon wollte der Entwurf ca. fünf Monate später nichts mehr wissen. So ist davon die Rede, dass arbeitsrechtliche Regelungen in hohem Maße nicht beachtet werden.[32]

- Auf die Kleine Anfrage der Linken vom 09.07.2019 zu Arbeit und Gesundheit in der Fleischindustrie[33] teilte das BMAS auf die Frage zu Arbeitsunfällen in der Fleischwirtschaft noch mit

  Auf Basis der Befragungen, die der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin vorliegen (BIBB/BAuA-Erwerbstätigenbefragung bzw. BAuA-Arbeitszeitbefragung, GDA-Daten), sowie der Arbeitsunfähigkeits-Daten können keine Aussagen zur Fleischwirtschaft bzw. Fleischindustrie gemacht werden. Die Auflösung der entsprechenden Klassifikation der Wirtschaftszweige ist hierfür nicht ausreichend. Die Fleischindustrie kann nicht separat ausgewertet werden.

  Weiter führte es aus, dass der ***Bereich der Herstellung von Nahrungs- und Futtermitteln*** (***steht***) ***bei der Häufigkeit von Arbeitsunfällen nicht an der Spitze*** steht.

  Etwa ein Jahr später lag dann für den Entwurf plötzlich eine ***Sonderausfertigung der Berufsgenossenschaft Nahrungsmittel und Gastgewerbe***[34] vor, die das Verbot begründen sollte.

  Weiter teilte das BMAS auf die Kleine Anfrage der Linken[35] mit, dass keine Informationen zum Lohneinbehalt für Schutzkleidung und persönliche Schutzausrüstung, § 4 GSA Fleisch, oder Verstöße gegen das Aufrechnungsverbot nach § 5 GSA Fleisch vorliegen. Auch hier haben plötzlich ein Jahr später ***Prüfungen der Finanzkontrolle Schwarzarbeit … ergeben, dass es im Bereich der Fleischindustrie zu zahlrei-***

[30] BT-Drs. 19/17679
[31] BT-Drs. 19/11411
[32] BR-Drs. 426/20, S. 15
[33] BT-Drs. 19/11411
[34] BR-Drs. 426/20, S. 18
[35] BT-Drs. 19/11411, S. 3

chen Verstößen gegen gesetzliche Vorgaben kommt. Als Beispiel wurde genannt, dass Lohn ***für persönliche Schutzausrüstung … einbehalten***[36] wurde.

Dies widerspricht auch der Antwort des BMAS auf die Kleine Anfrage der FDP vom 21.07.2020[37]. ***Nach Kenntnis der Bundesregierung gab es in den Jahren 2018 und 2019 bei Arbeitgeberprüfungen der FKS sowohl Branchen, mit einem höheren als auch niedrigeren Anteil an festgestellten Beanstandungen***. Die Fleischwirtschaft liegt damit nach Ansicht des BMAS und des Zolls vom 31.07.2020 im Mittelfeld. Nur drei Wochen später herrschten dort so unhaltbare Zustände, dass ein Verbot beschlossen werden musste.

- Auf die Kleine Anfrage der Grünen vom 10.08.2020[38] teilte das BMAS auf Frage nach den Bruttostundenlöhnen mit

  Zu den durchschnittlichen Brutto-Stundenlöhnen von Leiharbeitskräften (Frage 4b), von Werkvertragsbeschäftigten (Frage 4c) und von Beschäftigten, die von ausländischen Subunternehmen entsendet werden (Frage 4d), in den jeweiligen Unterbranchen im Wirtschaftszweig „Schlachten und Fleischverarbeitung" liegen der Bundesregierung keine Daten vor.

  Im Entwurf des Arbeitsschutzkontrollgesetzes vom 07.08.2020, also drei Tage zuvor, wird hingegen dargelegt[39], dass Werkbeschäftigte eine schwache Verhandlungsposition auf dem Arbeitsmarkt haben und sich dies ***letztlich auch in ihrer Entlohnung nieder***schlägt.

Bereits diese Antworten des BMAS, zeigen, dass bis kurz vor den Corona-Ausbrüchen in der Fleischwirtschaft der Bundesregierung keine belastbaren Erkenntnisse vorlagen. Dies zeigt, dass es dem Entwurf an einer Tatsachenbasis fehlt. Dafür spricht auch die Antwort vom 06.03.2020[40], in der das BMAS auf die Frage nach den Arbeitsbedingungen von Kern- und Randbelegschaften, zu denen es keine Kenntnisse hat, ausführt:

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) und das Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft (BMEL) konzipieren zurzeit eine gemeinsame Studie über die Einhaltung rechtlicher Regelungen in der Fleischwirtschaft.

[36] BR-Drs. 426/20, S. 2 u. 17
[37] BT-Drs. 19/21182, S. 6
[38] BT-Drs. 19/21555, S. 6
[39] BR-Drs. 426/20, S. 18
[40] BT-Drs. 19/17679, S. 3

Das BMAS räumt mit dieser Antwort selbst ein, dass ihm bis zum 07.03.2020 noch keine belastbaren Zahlen vorlagen. So sollte zunächst einmal eine Studie entwickelt werden, damit sich die Bundesregierung hier ihre Kenntnisse verschaffen konnte. Dies zeigt, dass mit dem vorliegenden Entwurf der Einschätzungs- und Prognosespielraum verlassen wurde. Im Folgenden wird dies anhand einzelner Beispiele weiter verdeutlicht.

2.2 Überschreitung des Einschätzungs- und Prognosespielraums durch den Entwurf hinsichtlich der Covid-19-Pandemie und dem Schutz der Bevölkerung

Sieht man sich die Historie des Entwurfs des Arbeitsschutzkontrollgesetzes an, so stößt man auf die Covid-19-Pandemie. Aufgrund von Ausbrüchen in Fleischbetrieben rückte die Fleischwirtschaft in den Fokus. Auch der Entwurf stellt hierauf ab.[41] Es sollen die angeblich unzureichenden Lebens- und Arbeitsbedingungen in der Fleischindustrie, die angeblich aus Werkverträgen und Zeitarbeit resultieren, hierfür verantwortlich sein. Würden Werkverträge und Zeitarbeit abgeschafft, diene dies dem Schutz der öffentlichen Gesundheit – sowohl angesichts der aktuellen Covid-19-Pandemie als auch möglicher zukünftiger Infektionsgeschehen.

Dabei verkennt der Entwurf die wissenschaftlichen Erkenntnisse, die sich bei Untersuchung der Produktionsbedingungen ergeben haben. So hat der Virologe Drosten[42] bereits am 19.05.2020 darauf hingewiesen, dass Übertragungen auch in den USA stattgefunden haben, sodass sich Zweifel ergeben, dass es wirklich mit den Wohnverhältnissen zusammenhängt.

Auch in den USA ist das so, dass Übertragungen in Schlachthof-Situationen stattfinden. Man muss sich überlegen, ob das wirklich immer nur die prekären Wohnbedingungen der Mitarbeiter sind, also dass das alles am Wohnort stattfindet. Oder ob vielleicht noch ein anderer Faktor da reinspielt - den müsste man mal untersuchen - und zwar ist das die Umgebungstemperatur am Arbeitsplatz. Es ist ja so, wenn ich das richtig verstanden habe, dass in Schlachthöfen in ganzen Räumen, die fast Hallengröße haben, kalte Temperaturen herrschen, fast Kühlschranktemperaturen. Ich stelle mir da immer mehr die Frage, ob diese hohen Übertragungsaktivitäten in Schlachthöfen nicht etwas anzeigen, was wir auch im Winter sonst weitflächig erleben werden, nämlich diesen Temperatureffekt. Wenn es kälter wird, wird das Virus besser übertragen. Ob nicht dieser Temperatureffekt bei diesen hohen Übertragungsraten in Schlachthöfen mithilft.

[41] BR-Drs. 426/20, S. 15,
[42] https://www.ndr.de/nachrichten/info/42-Coronavirus-Update-Bei-der-Schweinegrippe-kam-alles-anders,podcastcoronavirus212.html

Bereits zum Zeitpunkt, als das Eckpunkte-Papier des BMAS am 20.05.2020 veröffentlicht wurde, gab es damit schon Zweifel aus der Wissenschaft, ob Werkverträge und die Lebens- und Arbeitsbedingungen der Werkbeschäftigten für die Covid-19-Infektionen verantwortlich sind, oder ob es nicht generell die Tätigkeit im Schlacht- und Zerlegebetrieb ist. So gab es z.B. 14.000 Corona-Infektionen, die sich auf 181 Fleischfabriken in den USA zurückführen ließen. Zudem gab es auch in Großbritannien und Frankreich Ausbrüche, ohne dass für diese Staaten die Tätigkeit von Werkunternehmen bekannt ist.[43]

Mittlerweile musste dies auch der Landtag Nordrhein-Westfalen in Bezug auf das Infektionsgeschehen bei Tönnies einräumen[44]. Hiernach ist für 91% der Testungen im Betrieb von Tönnies das Infektionsumfeld bekannt. 90% lassen sich auf den Arbeitsplatz zurückführen.

Soweit der Gesetzgeber davon ausgeht, dass ein Verbot von Werkverträgen und Zeitarbeit in der Fleischindustrie zum Gesundheitsschutz in der Bevölkerung bezüglich der Eindämmung der Verbreitung von Krankheitserregern beiträgt, ist dies durch die Wissenschaft widerlegt. So existiert seit dem 23.07.2020 eine wissenschaftliche Studie führender deutscher Virologen mit dem Titel „Investigation of a superspreading event preceding the largest meat processing plant – related SARS-Coronavirus 2 outbreak in Germany“[45]. Die Autoren kommen zu dem Ergebnis, dass aufgrund der Herunterkühlung der Raumlufttemperatur auf 10° C und der ständigen Zirkulierung der Raumluft der Hotspot entstanden ist. Hierbei wurden auch Beschäftigte infiziert, die mehr als acht Meter entfernt standen.

Dabei handelt es sich jedoch nicht um ein Werkvertrags- oder Zeitarbeitsproblem der Branche, sondern generell ist dies der Tatsache geschuldet, dass Fleisch unter hygienischen Bedingungen, also Temperaturen bis ca. 8° C, zerlegt werden muss. Zudem stehen die Beschäftigten aufgrund des Bandprozesses stets eng beieinander, was sich aus den Erfordernissen der effektiven Schlachtung und Zerlegung historisch herleitet.

Hinsichtlich der Begründung, das Verbot von Werkverträgen und Zeitarbeit diene dem Schutz der Bevölkerung anlässlich der Covid-19-Pandemie, überschreitet der Entwurf den von der Verfassung eingeräumten Spielraum. Im Übrigen sei hier kurz angemerkt, dass der Entwurf auch in zweierlei Hinsicht noch fehleranfällig wäre. Zum einen müsste der Gesetz-

[43] S. Spiegel vom 23.06.2020, Risikofaktor Fleischbetrieb
[44] https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMD17-10740.pdf
[45] https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3654517

geber viel schneller handeln, zum anderen müsste die Maßnahme beendet werden, sobald die Covid-19-Pandemie dies nicht mehr erfordert.[46]

2.3 Überschreitung des Einschätzungs- und Prognosespielraums durch den Entwurf hinsichtlich der angeblichen systematischen Nichtbeachtung arbeitsrechtlicher Regelungen

2.3.1 Die Argumente im Entwurf

Der Entwurf[47] bemängelt zunächst, dass ganze Teile des Kerngeschäfts in der Fleischwirtschaft ausgelagert sind. Insofern wird auf die obigen Ausführungen zur Historie verwiesen, wonach dies historisch bedingt ist. Die Auslagerung der Kernprozesse der Schlachtung und Zerlegung ist seit über 100 Jahren in der Fleischwirtschaft üblich.

Daneben nimmt laut dem Entwurf der Zoll an, dass entsprechende Werkverträge regelmäßig in Richtung verdeckte Arbeitnehmerüberlassung tendieren, räumt jedoch zugleich ein, dass sich diese Behauptung nur schwer gerichtsfest nachweisen lässt. Weiter verweist der Entwurf auf Kontrollen der Finanzkontrolle Schwarzarbeit in den Jahren 2016 bis 2019. Hiernach seien über 1.000 Arbeitgeberprüfungen im Bereich der Fleischwirtschaft durchgeführt worden. Diese hätten ca. 450 Ordnungswidrigkeitenverfahren sowie über 1.000 Strafverfahren, die eingeleitet wurden, zur Folge. Zudem würden die Kontrollen massiv beeinträchtigt werden, indem Subunternehmerketten eingesetzt würden.

Unterzieht man die genannten Behauptungen einer näheren Betrachtung, so ist festzustellen, dass sie nicht haltbar sind.

2.3.2 Keine Feststellung systematischer Verstöße

2.3.2.1 Feststellung von Mindestlohnverstößen nur für einen kleinen Bruchteil der Dienstleister

Festzustellen ist zunächst, dass es keine systematischen Verstöße in der ganzen Branche gibt, durch die arbeitsrechtliche Vorschriften verletzt werden. Dies verwundert zunächst angesichts der medialen Berichterstattung. Es soll auch nicht geleugnet werden, dass es entsprechende Fälle gibt. Allerdings belegen die offiziellen Zahlen die Annahme nicht.[48]

---

[46] S. auch Bayreuther, NZA 2020, 773 (775)
[47] BR-Drs. 426/20, S. 15 ff
[48] Dabei sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass es keine offiziellen Zahlen zu arbeitsrechtlichen Verstößen gibt. Es liegen lediglich Zahlen der FKS zu Mindestlohnverstößen vor, die nachfolgend zugrunde gelegt werden.

Offizielle Zahlen hierzu liefert die Finanzkontrolle Schwarzarbeit des Zolls (im Folgenden FKS), deren Aufgabe es ist, nach § 2 Absatz 1 Nr. 6 SchwarzArbG zu ***prüfen***, ***ob die Arbeitsbedingungen nach Maßgabe des Mindestlohngesetzes, des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes und des § 8 Absatz 5 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes in Verbindung mit einer Rechtsordnung nach § 3a Absatz 2 Satz 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes eingehalten werden oder wurden*** und nach Nr. 7 ***Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen zu ausbeuterischen Arbeitsbedingungen beschäftigt werden oder wurden.***

Die Beamten der FKS gehen aufgrund dieses Prüfungsauftrags in Betriebe sämtlicher Branchen und überprüfen die Einhaltung der Mindestarbeitsbedingungen. Dabei fordern sie im Rahmen ihrer Prüfungskompetenz umfangreiche Lohnbuchhaltungsunterlagen bei Werkunternehmen und Verleihern an und gleichen diese mit Informationen, die sie von den Auftraggeberbetrieben erhalten haben, (wie z.B. Zeiterfassung, Abrechnung etc.) ab. Damit liegen Zahlen vor, bei wie vielen Betrieben arbeitsrechtliche Verstöße hinsichtlich der Kernvorschrift seitens der FKS vermutet werden und daher Ordnungswidrigkeitenverfahren eingeleitet wurden.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Statistik der FKS die Branche der Fleischwirtschaft im Sinne von § 2a SchwarzArbG abbildet, von der neben Schlacht- und Verarbeitungsbetrieben darüber hinaus auch der Großhandel und der Einzelhandel mit Fleisch und Fleischwaren erfasst werden.[49] Die Zahlen haben in Bezug auf die vom Verbot betroffenen Fleischbetriebe daher ein weitaus geringeres Gewicht. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass die Statistik der FKS auch nicht danach differenziert, ob Auftraggeber oder Werkunternehmen geprüft wurden und bei welcher Gruppe die Verstöße eingetreten sind. Im Folgenden wird jedoch von diesen Zahlen ausgegangen, da andere belastbare Zahlen nicht existieren. Aber auch diese Zahlen kommen objektiv zu einem anderen Ergebnis als der Entwurf, was sich aus den folgenden Tabellen ergibt. Die Zahlen ergeben sich aus den offiziellen Anfragen der Fraktionen an die Bundesregierung und sind allesamt in öffentlich zugänglichen Bundestagsdrucksachen zu finden. Die jeweiligen Fundstellen ergeben sich aus den Fußnoten. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass es sich um eingeleitete Ermittlungsverfahren wegen angenommener Verstöße gegen Mindestlohnvorschriften handelt. Ob diese am Ende zu einem Erfolg führten, kann von hier aus nicht beurteilt werden. Selbst wenn man jedoch annimmt, dass jedes dieser Verfahren auch erfolgreich abgeschlossen wurde und jedes Verfahren ein Werkunternehmen betrifft, ergeben sich nicht die behaupteten systematischen Verstöße.

[49] BT-Drs. 19/13254

Tabellen: Eingeleitete Ermittlungsverfahren wegen Mindestlohnverstößen nach Bundesländern und Jahren (MiLoG, AEntG, AÜG) in der Fleischwirtschaft

Tabelle: 2014

Bundesländer	Arbeitgeberprüfungen 2014[50]	Eingeleitete OWi-Verfahren nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 AEntG[51]	Eingeleitete OWi-Verfahren nach § 21 Abs. 1 Nr. 9 MiLoG[52]
Baden-Württemberg	178	0	0
Bayern	157	1	0
Berlin	3	0	0
Brandenburg	8	0	0
Bremen	15	0	0
Hamburg	3	0	0
Hessen	46	0	0
Mecklenburg-Vorpommern	12	0	0
Niedersachsen	80	1	0
Nordrhein-Westfalen	104	3	0
Rheinland-Pfalz	22	0	0
Saarland	24	1	0
Sachsen	25	1	0
Sachsen-Anhalt	11	0	0
Schleswig-Holstein	25	1	0
Thüringen	19	1	0
Summe	**732**	**9**	**0**

Tabelle: 2015

Bundesländer	Arbeitgeberprüfungen 2015[53]	Eingeleitete OWi-Verfahren nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 AEntG[54]	Eingeleitete OWi-Verfahren nach § 21 Abs. 1 Nr. 9 MiLoG[55]
Baden-Württemberg	56	1	1
Bayern	70	2	0
Berlin	7	1	0
Brandenburg	15	0	0
Bremen	7	1	0
Hamburg	10	0	0
Hessen	26	1	0
Mecklenburg-Vorpommern	10	3	0
Niedersachsen	58	5	0
Nordrhein-Westfalen	98	6	0
Rheinland-Pfalz	9	0	0
Saarland	4	0	0
Sachsen	23	0	0
Sachsen-Anhalt	9	3	0
Schleswig-Holstein	27	0	0
Thüringen	16	1	0
Summe	**445**	**24**	**1**

[50] BT-Drs. 19/11441, S. 9
[51] BT-Drs. 19/11441, S. 11
[52] BT-Drs. 19/11411, S. 12
[53] BT-Drs. 19/11441, S. 9
[54] BT-Drs. 19/11441, S. 11
[55] BT-Drs. 19/11411, S. 12

Tabelle: 2016

Bundesländer	Arbeitgeberprüfungen 2016[56]	Eingeleitete OWi-Verfahren nach § 23 Abs. 1. Nr. 1 AEntG[57]	Eingeleitete OWi-Verfahren nach § 21 Abs. 1 Nr. 9 MiLoG[58]
Baden-Württemberg	16	1	1
Bayern	94	0	0
Berlin	4	2	2
Brandenburg	5	1	0
Bremen	4	0	0
Hamburg	2	0	0
Hessen	11	1	0
Mecklenburg-Vorpommern	12	0	0
Niedersachsen	53	4	4
Nordrhein-Westfalen	38	3	3
Rheinland-Pfalz	4	0	0
Saarland	10	0	0
Sachsen	5	2	1
Sachsen-Anhalt	6	0	0
Schleswig-Holstein	7	1	1
Thüringen	7	0	0
Summe	**278**	**15**	**12**

Tabelle: 2017

Bundesländer	Arbeitgeberprüfungen 2017[59]	Eingeleitete OWi-Verfahren nach § 23 Abs. 1. Nr. 1 AEntG[60]	Eingeleitete OWi-Verfahren nach § 21 Abs. 1 Nr. 9 MiLoG[61]
Baden-Württemberg	49	1	1
Bayern	26	1	1
Berlin	1	1	0
Brandenburg	8	0	0
Bremen	3	0	0
Hamburg	2	0	0
Hessen	38	0	0
Mecklenburg-Vorpommern	7	0	0
Niedersachsen	26	6	0
Nordrhein-Westfalen	32	8	2
Rheinland-Pfalz	12	0	1
Saarland	2	0	0
Sachsen	11	1	0
Sachsen-Anhalt	6	2	0
Schleswig-Holstein	7	0	0
Thüringen	3	0	1
Summe	**233**	**20**	**6**

[56] BT-Drs. 19/11441, S. 9
[57] BT-Drs. 19/11441, S. 11
[58] BT-Drs. 19/11411, S. 12
[59] BT-Drs. 19/11441, S. 9
[60] BT-Drs. 19/11441, S. 11
[61] BT-Drs. 19/11411, S. 12

Tabelle: 2018

Bundesländer	Arbeitgeberprüfungen 2018[62]	Eingeleitete OWi-Verfahren nach § 23 Abs. 1. Nr. 1 AEntG[63]	Eingeleitete OWi-Verfahren nach § 21 Abs. 1 Nr. 9 MiLoG[64]
Baden-Württemberg	53	0	0
Bayern	53	0	2
Berlin	2	0	1
Brandenburg	12	0	0
Bremen	1	0	0
Hamburg	1	0	0
Hessen	11	0	1
Mecklenburg-Vorpommern	1	0	0
Niedersachsen	53	0	0
Nordrhein-Westfalen	48	0	2
Rheinland-Pfalz	40	0	2
Saarland	6	0	0
Sachsen	35	0	6
Sachsen-Anhalt	6	0	0
Schleswig-Holstein	6	0	0
Thüringen	4	0	0
Summe	**332**	**0**	**14**

So ergibt sich über den Zeitraum von 2014 bis 2018, dass nur wenige Ordnungswidrigkeitenverfahren in der Fleischwirtschaft in Bezug auf Verstöße gegen die Einhaltung der Mindestarbeitsbedingungen durchgeführt wurden. Inwieweit diese am Ende den Verdacht bestätigen, sei, wie eingangs ausgeführt, dahingestellt. Selbst wenn man davon ausgeht, dass sämtliche Verfahren Verstöße belegt haben, und sämtliche Verfahren Dienstleister der Fleischwirtschaft betreffen, bedeutet dies, dass diese nur einen geringen Bruchteil ausmachen, wenn man sie mit der Anzahl der in Deutschland gemeldeten Dienstleister vergleicht.

	Fleischwirtschaftliche Unternehmen			
Jahr	**Gesamt**	**davon Dienstleister**	**Verstöße gesamt**	**Verstöße prozentual**
2014	15.084	544	9	1,65%
2015	14.637	515	25	4,85%
2016	14.264	506	27	5,33%
2017	13.789	469	26	5,54%
2018	13.277	413	14	3,39%
2019	12.997	480[65] bzw. 428[66]		

[62] BT-Drs. 19/11441, S. 9
[63] BT-Drs. 19/11441, S. 11
[64] BT-Drs. 19/11411, S. 12
[65] BT-Drs. 19/17679, S. 6, 7
[66] BT-Drs. 19/21182, S. 4

So waren es in den Jahren 2014 und 2018 nur ca. 2% bzw. 3% der Dienstleister, in den Jahren 2015 bis 2017 ca. 5% bis 5,5%. Dies bedeutet, dass der weit überwiegende Anteil der Dienstleister, ca. 95% bis 98%, ordentlich arbeitet und seinen Beschäftigten die ihnen zustehenden Arbeitsbedingungen auch zukommen lässt.

Die gleichen Zahlen ergeben sich für das Jahr 2019. Hier ist das Zahlenmaterial uneinheitlich, da nach Angaben der BGN gegenüber der Bundesregierung 480 Dienstleister[67] bzw. 428 Dienstleister[68] in der Fleischwirtschaft tätig sind. Legt man hier zugunsten des Entwurfs 428 Dienstleister zugrunde und setzt diese mit den Verfahren mit den Verfahren von 2019 ins Verhältnis, ergibt sich ein ähnliches Bild aus der nachfolgenden Tabelle.

Tabelle: 2019

Bundesländer	Eingeleitete Ermittlungsverfahren (MiLoG, AEntG, AÜG) 2019 (alle Branchen)[69]	Anzahl Arbeitgeber-prüfungen[70] in der Fleischwirtschaft	Eingeleitete Ermittlungsverfahren (MiLoG, AEntG, AÜG) für die Fleischwirtschaft 2019[71]
Baden-Württemberg	581	19	0
Bayern	698	23	1
Berlin	220	7	0
Brandenburg	271	10	0
Bremen	89	3	0
Hamburg	71	2	0
Hessen	367	77	5
Mecklenburg-Vorpommern	136	6	0
Niedersachsen	305	34	0
Nordrhein-Westfalen	1.188	67	6
Rheinland-Pfalz	215	35	0
Saarland	54	2	0
Sachsen	298	31	2
Sachsen-Anhalt	183	4	0
Schleswig-Holstein	137	10	0
Thüringen	157	10	0
Summe	**4.970**	**340**	**14**

Es kam hiernach zu 14 eingeleiteten Ermittlungsverfahren, bezogen auf 428 Dienstleister. Dies macht eine Quote von ca. 3% aus. Auch 2019 waren somit ca. 97% der Dienstleister in der Fleischwirtschaft gesetzestreu. In Bezug auf alle Branchen, machte die Fleischwirtschaft nur einen kleinen Bruchteil aus.

[67] BT-Drs. 19/17679, S. 7
[68] BT-Drs. 19/21182, S. 4
[69] BT-Drs. 19/18583, S. 30
[70] BT-Drs. 19/18583, S. 26
[71] BT-Drs. 19/18583, S. 33

Auch ein Vergleich unter den Bundesländern zeigt, dass entsprechende Fälle nur punktuell auftreten. So wurden in einzelnen Bundesländern keine Ordnungswidrigkeitenverfahren eingeleitet, z.B. liegen für Hamburg von 2014 bis 2019 keine Verstöße vor[72]. In vielen anderen Bundesländern waren hingegen nur ein oder zwei Verstöße festzustellen. Lediglich in Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen und 2018 in Sachsen kam es zu mehr Verstößen.

Es ist damit festzuhalten, dass die in den Medien bekannt gewordenen Fälle Einzelfälle sind, die durchaus in dem einen oder anderen Bundesland in einem Jahr vermehrt auftreten können. Über die Jahre und durch die Bundesrepublik hinweg lassen sich jedoch keine systematischen Verstöße feststellen. Der weit überwiegende Anteil der Dienstleister arbeitet gesetzestreu.

2.3.2.2 Unterdurchschnittliche Straftaten in der Fleischwirtschaft entgegen der Begründung des Entwurfs

Auch der Hinweis in der Begründung des Entwurfs auf Erkenntnisse der FKS aus ***weit über 1 000 Arbeitgeberprüfungen*** auf ***über 1 000 Strafverfahren*** scheint nur auf den ersten Blick für ein Verbot zu sprechen, legt er doch den Schluss nahe, dass bei jeder Arbeitgeberprüfung eine Straftat aufgetreten ist.

Sieht man sich jedoch die nachfolgende Tabelle an, die Zahlen aus der Jahresbilanz der FKS enthält, zeigt sich, dass in der Fleischwirtschaft deutlich weniger Strafverfahren eingeleitet werden als im Durchschnitt aller Branchen.

Tabelle: Bekämpfung der Schwarzarbeit und der illegalen Beschäftigung

	2016[73]	**2017[74]**	**2018[75]**	**2019[76]**
Prüfung von Arbeitgebern	40.374	52.209	53.491	54.733
Eingeleitete Ermittlungsverfahren wegen Straftaten	104.494	107.903	111.004	114.997
Eingeleitete Ermittlungsverfahren wegen Ordnungswidrigkeiten	21.821	26.142	28.466	31.366

Legt man die amtliche Zollstatistik zugrunde, so zeigt sich, dass bezogen auf die Gesamttätigkeit des Zolls, Strafverfahren in der Fleischwirtschaft weit unterdurchschnittlich eingeleitet werden. So ergab sich für die Gesamtjahresstatistik des Zolls im Bereich der ***Bekämpfung***

[72] BT-Drs. 19/11441, S. 11
[73] https://www.zoll.de/SharedDocs/Broschueren/DE/Die-Zollverwaltung/jahresstatistik_2018.html
[74] s. Fußnote 72
[75] s. Fußnote 72
[76] https://www.zoll.de/SharedDocs/Broschueren/DE/Die-Zollverwaltung/jahresstatistik_2019.html?nn=287024

der Schwarzarbeit und der illegalen Beschäftigung für die Jahre 2017 bis 2019 im Gegensatz zur Fleischwirtschaft mit dem Faktor 1:1 ein Faktor 1:2. Dort wurden nämlich ca. 50.000 Arbeitgeber jährlich geprüft und über 100.000 Strafverfahren eingeleitet. Für das Jahr 2016 beträgt das Verhältnis sogar 1:2,5. Hier wurden nur ca. 40.000 Arbeitgeber überprüft und ebenfalls über 100.000 Strafverfahren eingeleitet.

Diese Statistik des Zolls zeigt, dass es innerhalb der Fleischwirtschaft prozentual zu weitaus weniger Strafverfahren kommt als in anderen Branchen. Das angebliche Argument in der Begründung des Entwurfs, dass aufgrund der weit über 1.000 Arbeitgeberüberprüfungen es zu über 1.000 Strafverfahren kam, ist somit ein Argument für die Fleischwirtschaft, da sie 50% (für 2017 bis 2019) bis 60% (2016) unter dem Durchschnitt liegt. Vor diesem Hintergrund ein Verbot von Werkverträgen und Zeitarbeit mit Hinweis auf die Strafverfahren zu fordern, geht an der Sache vorbei. Der Entwurf überschreitet damit den verfassungsrechtlich eingeräumten Beurteilungsspielraum.

Diese Erkenntnis verschärft sich noch mehr, wenn man prüft, welche Strafverfahren seitens des Zolls eingeleitet werden. Auch hierzu liegen amtliche Zahlen vor. So erfolgte weitestgehend unbeachtet von der Öffentlichkeit im Mai/Juni 2020 nach Ankündigung des Eckpunktepapiers eine Schwerpunktprüfung in der Fleischwirtschaft. So wurden 3.116 Personen[77] überprüft. Dabei kam es zu folgenden Verfahren:

Eingeleitete Strafverfahren	**23**
- davon Urkundenfälschung	10
- davon illegaler Aufenthalt ohne Aufenthaltstitel (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG)	4
- davon Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB)	2
- davon Aufenthalt ohne Pass (§ 95 Abs.1 Nr. 1 AufenthG)	1
- davon Einschleusen von Ausländern (§ 96 AufenthG)	1
Eingeleitete Ordnungswidrigkeitenverfahren	**19**
- davon Nichtmitführen von Ausweispapieren (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 SchwarzArbG)	10
- davon Verstöße gegen das Mindestlohngesetz (§ 21 Abs. 1 MiLoG)	6
- davon Aufzeichnungspflichtverletzungen (§ 7 Abs. 1 Nr. 2 GSA Fleisch)	2
- davon Verstoß gegen Arbeitgeberhinweispflicht (§ 8 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG)	1

Wie sich aus der Antwort der parlamentarischen Staatssekretärin Ryglewski vom 11.09.2020 ergibt, wurden hier 23 Strafverfahren eingeleitet und 19 Ordnungswidrigkeitenverfahren[78]. Interessant für die Frage der Beurteilung der Strafverfahren in Bezug auf die Werkunternehmen ist die Tatsache, dass lediglich zwei Strafverfahren Arbeitgeberpflichten

[77] BT-Drs. 19/22308, Frage 5 und 6
[78] BT-Drs. 19/22308, Frage 5 und 6

betreffen, nämlich das Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt nach § 266a StGB. 20 Verfahren betreffen Delikte von Arbeitnehmern. Bei den Ordnungswidrigkeiten ist es ähnlich. Hier gilt z.B. in der Fleischwirtschaft eine Mitführungspflicht von Ausweisdokumenten, § 2a SchwarzArbG. Von den 19 eingeleiteten Ordnungswidrigkeitenverfahren betraf mehr als die Hälfte, also 10 Verfahren, die fehlende Mitführung von Ausweispapieren.

Soweit seitens des Entwurfs auf einen Phänomenbericht des Bundeskriminalamtes hinsichtlich des Verschaffens von falschen amtlichen Ausweisen und illegaler Beschäftigung hingewiesen wird, ist dieser nicht über das Internet beim BKA auffindbar. Interessant sind jedoch andere Berichte des BKA in Bezug auf den Vorwurf der ausbeuterischen Arbeitsbedingungen in der Fleischwirtschaft. So teilte die Bundesregierung auf eine Anfrage der Grünen nach ausbeuterischen Arbeitsbedingungen vom 07.04.2020[79] mit, dass eine Auswertung nach Branchen nicht erfolgt. Auch das Bundeskriminalamt erwähnt in seinen Bundeslagebildern Menschenhandel von 2015[80] bis 2016[81] und Bundeslagebildern Menschenhandel und Ausbeutung 2017[82] und 2018[83] nicht die Fleischindustrie. Als Branchen werden genannt die Landwirtschaft (2015, 2018), das Baugewerbe (2015, 2016, 2017, 2018), Gastronomie (2016, 2017, 2018), Haushalt (2016, 2017, 2018), Fabrik (2017, 2018) und die Pflege (2018). Die Fleischwirtschaft wird hingegen nicht separat erwähnt, sodass davon auszugehen ist, dass hier nicht die Fälle auftreten, wie sie der Gesetzgeber zugrunde legt.

2.4 Überschreiten des Einschätzungs- und Prognosespielraums durch den Entwurf hinsichtlich der angenommenen Nichtbeachtung arbeitsschutzrechtlicher Vorschriften

2.4.1 Zu den Überlegungen im Entwurf

Weiter stellt der Entwurf auf Verstöße im Bereich des Arbeitsschutzes ab. Hierbei verweist er auf eine Schwerpunktprüfung in Nordrhein-Westfalen, die von Juli bis September 2019 stattgefunden hat. Es wurden im Rahmen dieser Schwerpunktprüfung 30 Großbetriebe mit über 90 Werkunternehmen und die Arbeitsplätze von 17.000 Beschäftigten überprüft. Es wurden ca. 8.800 Rechtsverstöße festgestellt, davon rund 5.900 Verstöße gegen das Arbeitszeitrecht. Dabei haben Beschäftigte über 16 Stunden an einem Arbeitstag gearbeitet und teilweise keine Pausen gemacht. In knapp 2.500 Fällen fehlte die arbeitsmedizinische Vorsorge. Es wurden auch in ca. 300 Fällen technische Arbeitsschutzmängel festgestellt und in 100 Fällen Mängel in der Organisation des technischen Arbeitsschutzes. Zudem be-

[79] BT-Drs 19/18583, S. 17
[80] BKA Bundeslagebild Menschenhandel 2015
[81] BKA Bundeslagebild Menschenhandel 2016
[82] BKA Bundeslagebild Menschenhandel 2017
[83] BKA Bundeslagebild Menschenhandel 2018

stand der Verdacht auf Mindestlohnverstöße. Weiter nimmt der Entwurf in seiner Begründung an, dass in Fällen, in denen Betriebe mit eigener Stammbelegschaft im Produktionsbereich arbeiten, nur geringfügige Arbeitsschutzmängel festgestellt wurden. Zudem seien die Verantwortlichen zeitnah zu Fragen der Aufsichtsbehörden sprachfähig gewesen und dadurch sei die Überprüfung deutlich effizienter durchführbar gewesen.

Daneben hält der Entwurf fest, dass sich eine besondere Schutzbedürftigkeit der Beschäftigten aus der stark körperlich belastenden und gefährlichen Arbeit ergibt. So hat eine Sonderauswertung der Berufsgenossenschaft Nahrungsmittel und Gastgewerbe (im Folgenden BGN) ergeben, dass die durchschnittliche Anzahl der Arbeitsunfälle je 1.000 Beschäftigte in der Fleischwirtschaft 65% höher ist als im Durchschnitt für die anderen Branchen der BGN. Für Werkunternehmen sind die Unfallzahlen je 1.000 Beschäftigte im Durchschnitt zu anderen Branchen der BGN fast doppelt so hoch.

Der Entwurf sieht daher vor, Werkverträge und Zeitarbeit in dieser Branche auch aus diesen Gründen zu verbieten.

2.4.2 Die Zweifel an den Überlegungen in der Begründung des Entwurfs im Überblick

Zu differenzieren ist zunächst, dass hier zwei Behörden unabhängig voneinander für den Arbeitsschutz verantwortlich sind. So sind zum einen Behörden der Bundesländer verantwortlich (nachfolgend Arbeitsschutzbehörden), zum anderen die BGN. Beide führen, grundsätzlich jeweils für sich aber auch in Abstimmung miteinander[84], Überprüfungen durch, wonach die zuständigen Landesbehörden und die Unfallversicherungsträger auf der Grundlage einer gemeinsamen Beratungs- und Überwachungsstrategie eng zusammenarbeiten und den Erfahrungsaustausch sicherstellen. Von daher wird getrennt auf die Arbeitsschutzbehörden und die BGN abgestellt.

So ist zunächst auf die obigen Ausführungen unter Ziffer 2.1 zu verweisen. In einer Antwort auf die Kleine Anfrage der Linken vom 09.07.2019[85] hinsichtlich der Arbeit und Gesundheit in der Fleischindustrie zu Krankheitstagen und Arbeitsunfällen im Bereich der Fleischindustrie gab das zuständige BMAS an, dass keine Daten vorlagen und damit ***keine Aussagen zur Fleischwirtschaft getroffen werden*** können[86] bzw. ***keine Aussagen zur Fleischindustrie gemacht werden*** können[87]. Auch hielt das BMAS fest, dass ***der Bereich der Herstellung von Nahrungs- und Futtermitteln*** (***steht***) ***bei der Häufigkeit von Arbeitsunfäl-***

[84] S. § 21 Abs. 3 ArbSchG
[85] BT-Drs. 19/11441
[86] BT-Drs. 19/11441, S. 2
[87] BT-Drs. 19/11441, S. 5

len nicht an der Spitze steht.[88] Von daher ist es interessant, wenn knapp zehn Monate später der Entwurf auf Arbeitsschutzverstöße in der gesamten Branche gestützt wird. Aber, wie bereits bei der angeblichen Nichtbeachtung von arbeitsrechtlichen Vorschriften, gibt es auch hier offizielle Zahlen, die zu einem anderen Ergebnis gelangen. Der im Entwurf zitierte Abschlussbericht des Landes Nordrhein-Westfalen zur Überwachungsaktion „Faire Arbeit in der Fleischindustrie“ kommt zwar zu einer Vielzahl von Verstößen. Rechnet man diese auf die 30 Auftraggeber und 90 Werkunternehmen um, so gelangt man zu rund 70 Verstößen je Unternehmen, was zunächst eine beachtliche Zahl ist.

Allerdings enthält der Bericht nur wenige konkrete Zahlen und weist erhebliche Differenzen zu den weiteren offiziellen Zahlen von Nordrhein-Westfalen für das Jahr 2019 auf. Zudem ergibt sich die Schlussfolgerung der Begründung des Entwurfs, wonach nur bei Betrieben mit eigener Stammbelegschaft wenige Arbeitsschutzmängel festgestellt wurden, nicht. Ebenso wenig lässt sich die Begründung aufrecht erhalten, wonach nur in Stammbetrieben Ansprechpartner zur Verfügung standen und die Überprüfung deutlich effizienter durchführbar gewesen sein soll.

2.4.3 Keine Erkenntnis zur Verteilung der Verstöße und damit zum Vorliegen eines strukturellen Problems

Aus dem Abschlussbericht ergibt sich zunächst nicht, wie sich die Arbeitszeitverstöße auf die Unternehmen aufteilen. Lediglich die Fallbeispiele am Ende geben hierzu vereinzelt Aufschluss. So waren z.B. bei einem Schlachtbetrieb ca. 100 Werkbeschäftigte im Einsatz, für die ca. 700 Arbeitszeitverstöße ermittelt wurden. Daraus ergibt sich aber nicht, ob die Arbeitszeitverstöße alle Beschäftigten betrafen oder sich auf eventuell 30 Beschäftigte fokussierten. Um nun verlässlich einschätzen zu können, ob es sich hierbei um ein strukturelles Problem handelt, wäre es erforderlich gewesen, die Arbeitszeitverstöße näher aufzuschlüsseln. Das Beispiel zeigt nämlich, dass bei einem Beschäftigten durchaus mehrere Arbeitszeitverstöße vorliegen können. Da sich die im Rahmen der Schwerpunktprüfung erhobenen Arbeitszeiten über einen Zeitraum von vier bis fünf Wochen, also 20 bis 25 Arbeitstage, beziehen, könnte auch der andere Extremfall eingetreten sein, dass sich die 5.800 Arbeitszeitverstöße im Ergebnis auf 300 bis 400 Beschäftigte beschränken, wenn zu Lasten dieser jeweils 15 bis 20 Verstöße vorliegen. Dies könnte dann tatsächlich nur einer Handvoll Unternehmen zur Last gelegt werden kann. Dafür sprechen die beispielhaften handschriftlichen Arbeitszeitaufzeichnungen auf Seite 8 des Abschlussberichts. Diese dokumentieren für einen einzigen Beschäftigten 18 Verstöße (elf Überschreitungen der

[88] BT-Drs. 19/11441, S. 6

Höchstarbeitszeit, § 3 ArbZG, und sieben Verstöße hinsichtlich der Nichteinhaltung der Ruhezeit von elf Stunden, § 5 ArbZG).

Dafür, dass es nur wenige Unternehmen betrifft, sprechen z.B. wieder die Daten zu den eingeleiteten Ordnungswidrigkeitenverfahren wegen Mindestlohnverstößen. Soweit nämlich der Vorwurf erhoben wird, dass Werkbeschäftigte unbezahlte Überstunden machen müssen, geht damit regelmäßig ein Mindestlohnverstoß einher. Soweit also im vorliegenden Fall in Nordrhein-Westfalen erhebliche Arbeitszeitverstöße festgestellt wurden, spricht viel dafür, dass auch entsprechende Mindestlöhne nicht gezahlt wurden. Sieht man sich die diesbezüglich 2019 eingeleiteten Ermittlungsverfahren an - der Zoll war laut Abschlussbericht bei zwei Prüfungen dabei - so ergeben sich für das Jahr 2019 für die Fleischwirtschaft in Nordrhein-Westfalen sechs Ermittlungsverfahren.[89]

Für eine verlässliche Einschätzung zur Begründung des Verbots werden daher auch verlässliche Daten benötigt. Ein Abschlussbericht, der nur Fallbeispiele aufführt, ist hierfür nicht geeignet.

Daneben ist festzuhalten, dass die Zahlen im Abschlussbericht von den Zahlen im Arbeitsschutzbericht des Landes Nordrhein-Westfalen von 2019 erheblich abweichen. So stellt der Abschlussbericht von Dezember 2019 auf die erwähnten 8.800 Verstöße ab.[90] Der Jahresbericht hingegen sieht für die gesamte Leitbranche ***Nahrungs- und Genussmittel*** insgesamt 1.576 Beanstandungen für das komplette Jahr 2019 vor. Es stellt sich hier die Frage, wie diese Differenz zu erklären ist, zumal die Zahlen für den Arbeitsschutz Nordrhein-Westfalen am 25.02.2020 erstellt wurden, also die Ergebnisse der Überwachungsaktion hier eingeflossen sind. Geht man davon aus, dass alle Zahlen stimmen, lässt sich die Differenz nur so erklären, dass in den Abschlussbericht sämtliche Verstöße, also auch Kleinstverstöße aufgenommen wurden, und in die Jahresstatistik nur Beanstandungen aufgenommen wurden, die ein gewisses Gewicht hatten. Dies zeigt aber auch zugleich, dass die bloße Anzahl der Verstöße im Abschlussbericht in Nordrhein-Westfalen keine verlässliche Einschätzung erlaubt, da sie kleine Mängel und gravierende Mängel des Arbeitsschutzes auf eine Stufe stellt. Daher lassen sich auf dieser Basis keine Aussagen zum Stand des Arbeitsschutzes in der Fleischwirtschaft treffen.

[89] BT-Drs 19/18583, S. 33
[90] Abschlussbericht des Landes Nordrhein-Westfalen

2.4.4 Mangelnde Aussagekraft der Unfallzahlen zur Einhaltung des Arbeitsschutzes

Auch hinsichtlich der BGN geht der Entwurf von unzutreffenden Voraussetzungen aus. So stellt der Entwurf auf die höheren Unfallzahlen bei Beschäftigten von Werkunternehmen ab und leitete daraus her, dass der Arbeitsschutz nicht eingehalten wird. Allerdings ist es bereits fraglich, ob sich eine Kausalität von der Anzahl der Arbeitsunfälle in verschiedenen Branchen zur Einhaltung des Arbeitsschutzes überhaupt ziehen lässt[91]. Denn festgestellt wurde nur eine Korrelation, also eine Beziehung von Arbeitsunfällen zu Werkunternehmen in der Fleischwirtschaft und Arbeitsunfällen in anderen Branchen.

Die Behauptung in der Begründung des Entwurfs lässt sich aber nur aufrechterhalten, wenn es einen Erfahrungssatz gibt, wonach der Grund für eine erhöhte Anzahl von Arbeitsunfällen in einer Branche stets im fehlenden Arbeitsschutz zu sehen ist. Dies ist aber bereits fraglich. So kann ein höheres Unfallrisiko auch schlicht daraus resultieren, dass die Tätigkeit gefährlicher ist und daraus eher Arbeitsunfälle resultieren. Dass dies so ist, zeigt sich bereits am Grundsatz, wie Berufsgenossenschaften und damit auch die BGN ihre Beiträge ermitteln. Dies macht sie nämlich nicht nach dem alleinigen Kopfprinzip ihrer Mitglieder, sondern indem sie die Tätigkeit von Mitgliedsunternehmen nach der damit einhergehenden Gefahr einordnet und Unternehmen mit gleichem Gefahrengrad in einer Gefahrtarifstelle bzw. Gefahrklasse zusammenlegt. So hält die BGN etwa in ihrer Kurzerläuterung zum Gefahrtarif 2019[92] fest:

Die Vertreterversammlung der BGN hat in ihrer Sitzung am 21. Juni 2018 einen neuen Gefahrtarif beschlossen. Er ist wichtig für die Berechnung des Beitrags, der sich aus einem jährlich fixen Beitragsfuß, der Lohnsumme und eben der Gefahrklasse des je-

---

[91] Risse, NJW 2020, 2383, Mathematik, Statistik und die Juristerei. Risse legt dar, dass zwingend zwischen Korrelation und Kausalität unterschieden werden muss. Dies zeigt er an folgendem Beispiel:
Ein juristisches Beispiel dafür, wie wichtig die Differenzierung zwischen Kausalität und Korrelation ist: In einem Arzthaftungsprozess wird dem Arzt A ein fahrlässig begangener Kunstfehler bei einer Blinddarmoperation vorgeworfen. Der Anwalt des klagenden Patienten legt als Beweismittel unter anderem eine Statistik vor: Bei Blinddarmoperationen kommt es bundesweit durchschnittlich in 5 % aller Fälle zu Komplikationen, bei Arzt A weist die Statistik für letztes Jahr 81,81 % Komplikationen auf. Operiert Arzt A, kommt es also 16-mal (!) häufiger zu Komplikationen als im Bundesdurchschnitt. Ein Beweis, zumindest ein Anscheinsbeweis dafür, dass die Komplikationen bei der Operation des Klägers auf den unfähigen Arzt A zurückgehen, oder? Wieder liegt zunächst nur eine Korrelation zwischen den Fakten „Arzt A operiert" und „Es kommt häufig zu Komplikationen" vor.
Vier Erklärungen sind denkbar: (i) Es mag sein, dass Arzt A tatsächlich schlecht operiert und daher häufig Komplikationen verursacht. Gut möglich ist aber auch der umgekehrte Ursachenzusammenhang: (ii) Arzt A, ein Spitzenchirurg, wird nur in den wirklich komplizierten, kritischen Fällen gerufen. Hier verursachen also die komplikationsanfälligen Operationen den Einsatz des Arztes A. Oder eine externe Ursache ist für die hohe Komplikationsrate bei Operationen von A verantwortlich: (iii) Das Gerät des Krankenhauses, mit dem das Operationsbesteck von A sterilisiert wird, ist seit einem Jahr unentdeckt mangelhaft. Und schließlich die vierte Ursache: (iv) Die 81,81 % sind schlicht Zufall. Wer's für extrem unwahrscheinlich hält: A hat im letzten Jahr nur elf Blinddarmoperationen durchgeführt, in neun davon kam es zu Komplikationen, also in 81,81 %. Die durch die ungerade Prozentzahl suggerierte Verlässlichkeit der Statistik beeindruckt plötzlich deutlich weniger; Zufall ist eine ernstzunehmende Option.

[92] Gefahrtarif der BGN 2019 – hier Erläuterung der BGN in „***BGN Gefahrtarif kurz***"

weiligen Unternehmens berechnet. Je weniger Unfälle und Berufskrankheiten in der Branche verzeichnet werden, desto geringer ist also der Beitrag.

Erforderlich ist damit ein Blick auf die Gefahrklasse und damit den Gefahrtarif der BGN, um verschiedene Branchen innerhalb einer Berufsgenossenschaft vergleichen zu können.[93]

Tabelle: Auszug der Gefahrtarife der BGN für 2019

Gefahrtarifstelle	Gewerbegruppe	Gewerbezweige	Gefahrklasse
10	**95**	**Be- und Verarbeitung von Fleischwaren, Wildbret; Herstellung von Wurstwaren**	4,25
12	11 51 **96**	Bäckereien, Konditoreien Mühlen **Branchentypische Dienstleistungen in der Fleischwirtschaft**	5,34
13	47 **94**	Kühlhäuser; Kunsteisbahnen; Herstellung von Roheis; Eiswürfelns, Crusheis **Be- und Verarbeitung von Geflügel**	6,40
14	83	Schausteller	18,15

Sieht man sich den Gefahrtarif der BGN für 2019 an, so ergibt sich dreierlei.

- Es ist zunächst festzuhalten, dass in der Gewerbegruppe 96 „Branchentypische Dienstleistungen in der Fleischwirtschaft“, die Werkunternehmen, in der Gefahrklasse 5,34 zusammengefasst werden. Dabei zeigt sich, dass sie sowohl die gleiche Gefahrklasse haben wie Bäckereien und Konditoreien als auch wie Mühlen. Für Bäckereien, Konditoreien und Mühlen ist jedoch nicht bekannt, dass hier erhebliche Arbeitsschutzmängel in irgendeiner Form geltend gemacht werden.

- Des Weiteren zeigt sich, dass die Gefahrklasse geringer ist als im Bereich „Be- und Verarbeitung von Geflügel“. Die Werkunternehmen haben somit eine geringere Gefahrklasse als die Geflügelschlachtung.

- Schließlich liegen sie fast genau in der Mitte zwischen der Be- und Verarbeitung von Geflügel mit 6,40 und der Be- und Verarbeitung von Fleischwaren, Wildbret, Herstellung von Wurstwaren mit 4,25.

Die Behauptung in der Begründung des Entwurfs, bei Werkunternehmen bestünden erhebliche Arbeitsschutzmängel, die im Verhältnis zu anderen Branchen zu erhöhten Unfallzahlen führen, ist daher insoweit unzutreffend, als aus den Unfallzahlen Rückschlüsse auf den Arbeitsschutz gezogen werden.

[93] Gefahrtarif der BGN für 2019

In Bezug auf den Arbeitsschutz konnte die BGN vielmehr keine negativen Auffälligkeiten in der Fleischwirtschaft feststellen. So stellte sie zwar in den Jahren 2018 und 2019 über 19.000 Mängel bei ca. 6.000 Betriebskontrollen[94] im Fleischgewerbe fest – die auch Kontrollen in Handwerksbetrieben umfasste. Allerdings hielt sie auch fest, dass ***der Anteil der Beanstandungen im Schnitt etwa so hoch wie in anderen Branchen der BGN*** ist.[95] Von der BGN werden im Schnitt ca. 10% aller Betriebe besichtigt und geprüft. In der Fleischwirtschaft lag dieser Anteil 2018 und 2019 höher, bei über 15%. Zudem führte die BGN in den großen Schlachtbetrieben zwei Besichtigungen pro Jahr durch.[96] Auch der LASI (Länderausschuss für Arbeitsschutz und Sicherheitstechnik), der diesbezüglich angefragt wurde, hat ***keine statistisch gesicherten Erkenntnisse dazu …, ob der Anteil der Verstöße pro Prüfung höher oder geringer als in anderen Branchen war.***[97]

2.4.5 Zur fehlerhaften Einschätzung, dass es nur in Auftraggeberbetrieben ohne Werkunternehmen geringfügige Beanstandungen gibt

Schließlich geht der Entwurf dahin fehl, dass nur in Betrieben mit eigener Stammbelegschaft wenige Arbeitsschutzmängel vorliegen. Der Abschlussbericht stellt dies auch für Betriebe fest, in denen Werkunternehmen eingesetzt werden[98]. So führte er auf Seite 7 aus:

Bei nur vier Betrieben wurden wenige relevante Arbeitsschutzmängel festgestellt. Zwei dieser Betriebe hat die Arbeitsschutzverwaltung aufgrund von Beschwerden oder Unfällen in den zurückliegenden Monaten schon vor der Überwachungsaktion überprüft. Diese Überprüfungen, bei der auch Anordnungen zur Beseitigung von Mängeln getroffen wurden, haben offensichtlich die Arbeitsschutzsituation in diesen Betrieben bereits positiv beeinflusst. Bei den anderen beiden Betrieben mit wenigen Mängeln handelt es sich um Betriebe, bei denen keine Schlachtung und Zerlegung durchgeführt sowie mit fast ausschließlich eigenem Personal gearbeitet worden ist.

Der Arbeitsschutzbericht zeigt somit auf, dass es äußerst zielführend ist, Mängel im Bereich des Arbeitsschutzes auch mit Auftraggeberbetrieben und Werkunternehmen zu besprechen. Die beiden früher beanstandeten Betriebe stellten diese Mängel ab und gaben kaum Anlass zu Beanstandungen, genau wie die in der Begründung des Entwurfs benannten Stammbetriebe. Zudem übersieht die Begründung des Entwurfs, dass in den Betrieben, in denen nur Stammbeschäftigte im Einsatz waren, keine Schlachtung und Zerlegung durchgeführt wurde. Diese Betriebe sind daher für die Frage, ob ein Verbot von Werkverträgen

[94] BT-Drs. 19/21182, S. 6
[95] BT-Drs. 19/21182, S. 7
[96] BT-Drs. 19/21182, S. 7
[97] BT-Drs. 19/21182, S. 7
[98] Abschlussbericht des Landes Nordrhein-Westfalen

und Zeitarbeit in der Schlachtung und Zerlegung zu einem verbesserten Arbeitsschutz führt, überhaupt nicht ergiebig. Auch insoweit überschreitet der Entwurf den Einschätzungs- und Prognosespielraum.

2.4.6 Keine Erkenntnisse zur strukturellen Defiziten in der Fleischwirtschaft

Daher ist festzuhalten, dass der Entwurf den Einschätzungs- und Prognosespielraum überschreitet. Der Abschlussbericht aus Nordrhein-Westfalen gibt keine verlässliche Auskunft über die genauen Verstöße und die Verteilung der Verstöße. Der Jahresbericht aus Nordrhein-Westfalen legt vielmehr nahe, dass ein Großteil der Verstöße eher gering ist. Die Anzahl der eingeleiteten Ordnungswidrigkeitenverfahren durch den Zoll in Nordrhein-Westfalen legt ebenfalls nahe, dass die Arbeitszeitverstöße nur von einer Handvoll Werkunternehmen begangen wurden. Hinsichtlich der Zahlen der BGN ist darauf hinzuweisen, dass nur die Gefahrklasse die verschiedenen Branchen vergleicht. Hier sind Werkunternehmen weniger gefahrträchtig als Geflügelschlachtereien und genauso gefahrträchtig wie Bäckereien, Konditoreien und Mühlen. Dies bestätigt auch die BGN gegenüber einer Anfrage des BMAS, wonach die Beanstandungen im Schnitt genauso hoch sind wie in anderen Branchen auch. Damit ist es fehlerhaft, davon auszugehen, dass bei Werkunternehmen mehr Beanstandungen zu finden sind.

2.5 Überschreitung des Einschätzungs- und Prognosespielraums durch den Entwurf hinsichtlich der in der Praxis angeblich oft schwierigen Zuordnung der Beschäftigten

Schließlich ist festzuhalten, dass der Entwurf unzutreffend davon ausgeht, dass es Schwierigkeiten hinsichtlich der Zuordnung der Arbeitnehmer in der Praxis gibt. Diese folgen weder aus angeblichen Subunternehmerketten, noch würden diese eine Zuordnung erschweren.

Soweit die Begründung des Entwurfs auf angebliche Subunternehmerketten abstellt, belegt sie nicht, worauf sie diese Erkenntnis stützt. Das Gutachten von Deinert[99], das vom Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen in Auftrag gegeben wurde, kommt bereits in seiner Einleitung bei der strukturellen Ausgangslage zu dem Ergebnis[100]:

[99] Deinert, Kurzgutachten „Womit kann begründet werden, dass Werkverträge mit Arbeitnehmerüberlassung nur in der Fleischindustrie verboten werden können?“ vom 15.07.2020
[100] Deinert, Kurzgutachten S. 3 u. S. 16

In manchen Schlachthöfen werden bis zu 30 Werkvertragsunternehmen tätig. Deren Größe variiert erheblich zwischen zwei und 5000 Beschäftigten. Der Einsatz von Solo-Selbständigen oder Subunternehmen erfolgt aber praktisch nicht.

Das scheint freilich nach bisheriger Erkenntnis eine eher theoretische Konstellation, weil entsprechende Subunternehmerketten in der Fleischindustrie praktisch nicht vorkommen.

Auch die Unterzeichner, die schon mehrere Audits zur werkvertraglichen Abwicklung in der Fleischwirtschaft durchgeführt und hierbei mit gerichtlich vereidigten Dolmetschern Beschäftigte zu ihren Arbeitsbedingungen befragt haben, konnten nicht feststellen, dass die Beschäftigten bei Sub-Subunternehmen angestellt waren. Diese verwiesen immer auf ihren Arbeitgeber, der mit dem Vertragspartner des Auftraggebers identisch war.

Selbst wenn aber Subunternehmerketten vorlägen, führten diese nicht zu einer schwierigen Zuordnung der Arbeitnehmer. Nach § 28a Absatz 4 SGB IV[101] besteht in der Fleischwirtschaft eine Sofortmeldepflicht. Diese dient der Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung und besteht für Arbeitgeber, die bestimmten Wirtschaftsbereichen zuzuordnen sind, u.a. der Fleischwirtschaft. Diese haben für alle Arbeitnehmer eine Sofortmeldung an die Rentenversicherung abzugeben, die spätestens bei Beschäftigungsaufnahme zu erstatten ist. Sie enthält den Vor- und Familiennamen des Arbeitnehmers, die Versicherungsnummer, die Betriebsnummer des Arbeitgebers und den Tag der Beschäftigungsaufnahme. Wird hiergegen verstoßen, kann ein Bußgeld bis zu 25.000,- € nach § 111 Absatz 1 Nr. 2, Absatz 4 SGB IV[102] festgesetzt werden. Stellt also die FKS im Rahmen einer Kontrolle eines Fleischbetriebes fest, dass ein Arbeitnehmer nicht von seinem Arbeitgeber angemeldet wurde, kann sie bereits heute ein empfindliches Bußgeld erlassen. Flankiert wird dies noch durch die Mitführungspflicht von Ausweisen in der Fleischwirtschaft nach § 2a Absatz 1 SchwarzArbG[103]. Hiernach müssen Beschäftigte in der Fleischwirtschaft ihren Personalausweis, Pass, Passersatz oder Ausweisersatz mitführen. Machen sie dies nicht, kann nach § 8 Absatz 2 Nr. 1 SchwarzArbG[104] gegen sie ein Bußgeld bis zu 5.000,- € verhängt werden.

Wenn also Zollbeamte bei der Kontrolle eines Fleischbetriebes Personen antreffen, können sie sehr schnell feststellen, wer dort tätig ist, und bei wem die Person als beschäftigt gemeldet ist. Die Behauptung in der Begründung des Entwurfs, angetroffene Beschäftigte ließen sich in der Praxis oft nur schwierig zuordnen, ist nicht nachvollziehbar. Auch hier ist der

[101] § 28a Abs. 4 SGB IV
[102] § 111 Absatz 1 Nr. 2, Abs. 4 SGB IV
[103] § 2a Abs. 1 SchwarzArbG
[104] § 8 Abs. 2 Nr. 1 SchwarzArbG

Spielraum überschritten. Die Sofortmeldepflicht und die Mitführungspflicht von Ausweisen wurde gerade für Zollkontrollen wie in der Fleischwirtschaft eingeführt, damit Überprüfungen effektiv durchgeführt werden können. Die unter 2.3.2.2 dargelegte Statistik der Zollkontrollen im Mai/Juni 2020 zeigt auch, dass gegen zehn Beschäftigte wegen Nichtmitführens von Ausweisen Ordnungswidrigkeitenverfahren eingeleitet wurden. Dies zeigt, dass der Zoll durchaus in der Lage ist, die ihm an die Hand gegebenen Mittel auch einzusetzen.

3. Zur Verfassungsmäßigkeit hinsichtlich der Grundrechtseingriffe für die Auftraggeber

3.1 Zur fehlenden Geeignetheit des Verbots von Werkverträgen und Zeitarbeit in der Fleischwirtschaft

3.1.1 Zu den verfassungsrechtlichen Voraussetzungen der Geeignetheit eines Grundrechtseingriffs

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind Eingriffe in Grundrechte am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu prüfen:

Ein grundrechtseinschränkendes Gesetz genügt diesem Grundsatz nur, wenn es geeignet und erforderlich ist, um die von ihm verfolgten legitimen Zwecke zu erreichen, und die Einschränkungen des jeweiligen grundrechtlichen Freiheitsraums hierzu in angemessenem Verhältnis stehen.[105]

Für die Frage der Geeignetheit stellt das Bundesverfassungsgericht[106] darauf ab, ob das geplante Verbot ***den erstrebten Rechtsgüterschutz zumindest fördern kann***. Dies ist hinsichtlich der erstrebten Rechtsgüter nach der Begründung des Entwurfs nicht der Fall.

3.1.2 Fehlende Geeignetheit des Verbots bezüglich des erstrebten Schutzes in Bezug auf Covid-19

In Bezug auf Covid-19 wurde oben unter Ziffer 2.2 dargelegt, dass das Ausbruchsgeschehen den Arbeitsbedingungen insgesamt in der Fleischwirtschaft geschuldet ist. Es sollte mittlerweile herrschende Meinung sein, dass die Ausbreitung des Corona-Virus am Arbeitsplatz unabhängig von der vertraglichen Konstruktion zwischen Auftraggeber, Werkunternehmen und Werkbeschäftigten bzw. Verleiher, Entleiher und Zeitarbeitskräfte erfolgt.

[105] BVerfG, Urteil vom 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15 u.a.
[106] BVerfG, Urteil vom 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, Rn. 260

Das Corona-Virus hat Stammbeschäftigte, Werkbeschäftigte und Zeitarbeitskräfte zugleich betroffen.

Grund waren die speziellen Risiken in der Fleischwirtschaft. Ursächlich für die Verbreitung waren demnach Ventilatoren und Lüftungsanlagen ohne spezielle Hepa-Filter, wodurch sich das Virus über eine Entfernung von acht Metern verbreitete, und die anstrengende körperliche Arbeit und die niedrige Arbeitstemperatur, die aus Hygienegründen einzuhalten ist. Die zunächst angenommenen Wohnverhältnisse und Transporte waren hingegen nicht ursächlich. Hier ergab sich, dass 90% der rückverfolgbaren Virusinfektionen über den Betrieb erfolgten.[107]

Von daher sind allenfalls gesetzliche Maßnahmen geeignet, die eine Covid-19-Infektion für alle Arbeitnehmer in der Fleischwirtschaft verhindern oder maßgeblich reduzieren. An einer Vertragskonstellation anzusetzen, geht fehl.

3.1.3 Fehlende Geeignetheit des Verbots hinsichtlich der Einhaltung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen

Ebenso ist das geplante Verbot nicht geeignet, dafür zu sorgen, dass Auftraggeber als zukünftige Arbeitgeber auch arbeitsrechtliche Bestimmungen einhalten. Das geplante Verbot wird dies nicht fördern. Dies ergibt sich zunächst aus der Begründung des Entwurfs selbst[108], die zu Recht darauf hinweist, dass die meist aus dem Ausland stammenden Werkbeschäftigten aufgrund der vorliegenden Sprachbarrieren besonders schutzbedürftig und auf Hilfe angewiesen sind. Weiter geht sie davon aus, dass durch die Verknüpfung von Arbeitsverträgen (sowie durch deren Befristung) mit Mietverträgen sowie der täglichen Arbeitseinteilung eine starke Abhängigkeit besteht. Diese nimmt der Entwurf zu den Werkunternehmen an. Es ist jedoch bereits jetzt abzusehen, dass die gleiche Abhängigkeit bestehen wird, wenn die Werkbeschäftigten bei den Auftraggebern angestellt werden. Auch dann besteht nach wie vor die Sprachbarriere. Sie sind nach wie vor, wie der Entwurf annimmt[109], eher niedrig qualifiziert und haben aufgrund der schlechten wirtschaftlichen Bedingungen im Heimatland auch eine schwache Verhandlungsposition auf dem Arbeitsmarkt. An diesen ganzen Grundproblemen ändert das besagte Verbot überhaupt nichts. Die ausländischen Produktionshelfer und -helferinnen werden weiter nicht die Sprache lernen, haben ein niedriges Qualifikationsniveau und sind darauf angewiesen, dass ihnen Wohnraum beschafft

[107] https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMD17-10740.pdf
[108] BR-Drs. 426/20, S. 17 ff
[109] BR-Drs. 426/20, S. 18

wird. Dieser wird auch mit dem Arbeitsvertrag in irgendeiner Form verknüpft sein. Das Verbot tauscht nur die Arbeitgeber aus, ohne am Grundproblem anzusetzen.

Auch die Betriebsräte werden hieran nichts ändern können, soweit es sie überhaupt in der Fleischwirtschaft gibt.[110] Sie können zwar formell Einblick in Lohnunterlagen nehmen, an der faktischen Abhängigkeit der osteuropäischen Beschäftigten ändert dies jedoch nichts. So bleibt zu vermuten, dass die Unterlagen sauber sein werden, auch wenn sich faktisch nichts ändert. Zudem haben auch Betriebsräte die Sprachbarriere, d.h. die ehemaligen Werkbeschäftigten werden sich nicht an die Betriebsräte wenden können, da sie deren Sprache nicht sprechen, und die Betriebsräte können mit diesen keinen Kontakt aufnehmen. Und dass Betriebsräte von tausenden Werkbeschäftigten monatlich die Lohnabrechnungen überprüfen, ist allenfalls theoretisch denkbar.

Auch aus kriminalistischer Erfahrung ist davon auszugehen, dass sich nichts ändern wird. Bereits heute sind Mindestlohnverstöße mit Bußgeldern bis zu 500.000,- € belegt. Für Auftraggeber, die Werkunternehmen beauftragen, von denen sie wissen oder fahrlässig nicht wissen, dass sie den Mindestlohn nicht zahlen, kann ebenso ein Bußgeld in Höhe von 500.000,- € verlangt werden. Es widerspricht kriminalistischen Erfahrungen, dass Auftraggeber, die dies vorher nicht beeindruckt hat, sich nun von den entsprechenden Bußgeldern beeindrucken lassen werden, wenn sie Arbeitgeber sind. Daneben besteht ohnehin eine Bürgenhaftung des Auftraggebers für die Mindestlöhne nach den §§ 13 MiLoG, 14 AEntG.

Das Verbot wird vielmehr den Druck auf die Werkbeschäftigten verschärfen, wenn man auf die Anwerbung abstellt.[111] So wird in der Begründung des Entwurfs ausgeführt, dass ***die Anwerbung der sich oft in problematischen wirtschaftlichen Bedingungen befindlichen Werkvertragsarbeitnehmerinnen und -arbeitnehmer im Ausland unter Ausnutzung ihrer besonderen Hilflosigkeit geschieht. Dabei schrecken die Anwerbenden auch vor Betrug und Täuschung nicht zurück. Schuldknechtschaft, die Vortäuschung falscher Tatsachen sowie Gewalt oder Nötigung vor Ort schaffen eine starke Abhängigkeit.***

Das Verbot wird hieran nichts ändern, sondern das Problem vielmehr verschärfen. Dies lässt sich daran veranschaulichen, wenn man berücksichtigt, was weiter erlaubt sein wird. So verbietet das Gesetz nicht, dass die bisherigen Werkunternehmen, die negativ aufgefallen sind, weiter in Osteuropa Personal anwerben. Dieses Personal dürfen sie auch nach Deutschland vermitteln. Der Entwurf verbietet dies nicht. Da bereits rumänische Dienstleis-

[110] BT-Drs, 19/6323, S. 4. Der Bundesregierung liegen hierzu keine näheren Informationen vor.
[111] BR-Drs. 426/20, S. 18

ter in Rumänien per Fernsehwerbung Arbeitskräfte für Deutschland anwerben, ist davon auszugehen, dass dies weiter erfolgen wird.[112] Dies belegt auch die im Entwurf benannte Analyse der Servicestelle gegen Arbeitsausbeutung, Zwangsarbeit und Menschenhandel[113]. Hier ist von Werbefilmen die Rede, mit Hilfe derer osteuropäische Werkbeschäftigte angeworben werden.[114]

Wenn aber weiterhin osteuropäische Beschäftigte im Heimatland angeworben werden, werden die Firmen, die hierfür auch Kosten haben, auch eine entsprechende Vermittlungsprovision verlangen. Provisionen in Höhe von zwei bis drei Monatsgehältern dürften hier keine Seltenheit sein, und wenn diese mit dem Heimatrecht vereinbar sind, wird sich hiergegen nichts einwenden lassen.[115] Die osteuropäischen Beschäftigtem werden diese in Deutschland für die Vermittler abarbeiten müssen. Des Weiteren benötigen die Beschäftigten weitere Unterstützung in Deutschland, etwa beim Transport oder bei der Wohnungssuche. Die entsprechende geplante Regelung in der Arbeitsstättenverordnung, wird hier nicht weiterhelfen, da es sich zum einen bei den Wohnungen nicht zwingend um Gemeinschaftsunterkünfte handeln muss und zum anderen die Vermittlung nicht auf Veranlassung des Arbeitgebers erfolgt. Dieses Kriterium lässt sich durch eine vom Auftraggeber unabhängige Tätigkeit der rumänischen Vermittler umgehen. Die osteuropäischen Beschäftigten werden daher weiterhin die Mieten und die Transportkosten an die osteuropäischen Vermittler bezahlen. Sie geraten damit noch mehr in die Abhängigkeit, da sie auch die Provision zahlen müssen, während vorher die Vermittler als Werkunternehmer ihren Unternehmergewinn aus der laufenden Tätigkeit bezogen, die Werkbeschäftigten somit jederzeit ihre Tätigkeit einstellen konnten.

Das geplante Verbot wird daher die vom Entwurf bemängelten ausbeuterischen Verhältnisse nur auf eine andere Ebene verlagern und die Situation der ausländischen Beschäftigten verschärfen. Da sich die Anwerber alle im Ausland befinden werden, werden sie auch dem Zugriff von Zoll und Staatsanwaltschaften entzogen. Der deutsche Staat entledigt sich damit jeglicher Einwirkungsmöglichkeiten, um gegen Arbeitsausbeutung vorzugehen.

Für Zeitarbeitskräfte gelten schließlich die gleichen Erwägungen. Hier kommt noch weiter erschwerend hinzu, dass Zeitarbeitsunternehmen regelmäßig der Aufsicht der Bundesagentur für Arbeit unterliegen. Diese prüft Unternehmen bei Verlängerung der Arbeitneh-

[112] „Subunternehmer in der Fleischindustrie“, Wirtschaftswoche vom 20.07.2020
[113] Zwangsarbeit und Arbeitsausbeutung verhindern, Servicestelle gegen Arbeitsausbeutung, Zwangsarbeit und Menschenhandel
[114] https://www.youtube.com/watch?v=cWNsYDLadIA
[115] Nach § 296 SGB III wären nach deutschem Recht bis zu 2.000,- € Provision zulässig. Für osteuropäische Beschäftigte, die aus schwierigen wirtschaftlichen Verhältnissen kommen, würde somit bereits die deutsche Regelung zu einer erheblichen Verschuldung führen.

merüberlassungserlaubnis, die für einen Zeitraum von drei Jahren immer befristet für nur ein Jahr erteilt wird. Dabei prüft die Bundesagentur für Arbeit auch die Einhaltung der arbeitsrechtlichen Kernvorschriften. Sind die Zeitarbeitskräfte direkt beim Auftraggeber angestellt, entzieht man sie dem Schutz der Bundesagentur für Arbeit. Das Verbot ist daher für Zeitarbeitskräfte nicht nur nicht förderlich, sondern sogar schädlich. Damit fehlt es an der Geeignetheit.

3.1.4 Zur fehlenden Geeignetheit des Verbots von Werkverträgen und Zeitarbeit in der Fleischwirtschaft zur Förderung des Arbeitsschutzes

Das Verbot von Werkverträgen und Zeitarbeit in der Fleischwirtschaft ist auch nicht geeignet, den Arbeitsschutz zu fördern. Auch dies ergibt sich, wenn man sich die Begründung des Entwurfs näher anschaut.[116] So stellt der Entwurf darauf ab, dass die Arbeitsabläufe wesentlich von den räumlichen Gegebenheiten und der technischen Ausstattung des jeweiligen Fleischbetriebs abhängen. Da der Auftraggeber entscheidet, wann und in welcher Menge Tiere zur Schlachtung angeliefert werden, bestimmt er auch in weiten Teilen die Arbeit. Dementsprechend richten sich auch die Tätigkeiten der Werkbeschäftigten danach. Nach Ansicht des Entwurfs ist das Fremdpersonal weitgehend in den Arbeitsablauf des Fleischbetriebs eingegliedert.[117] Weiter seien die Werkbeschäftigten und Zeitarbeitskräfte besonders schutzbedürftig. Dies ergibt sich aus der stark körperlichen belastenden und gefährlichen Arbeit. Daher seien die Unfallzahlen im Durchschnitt auch doppelt so hoch wie in den anderen Branchen der BGN.

Legt man diese Einschätzung zugrunde, so ergibt sich, dass ein Verbot von Werkverträgen und Zeitarbeit auch hieran nichts ändert. Es wurde bereits oben unter Ziffer 2.4.4 dargelegt, dass die Arbeitsunfälle selbst kein verlässlicher Indikator sind, da der Vergleich hinkt. Die verschiedenen Branchen unterscheiden sich nach ihrer Gefährlichkeit. Von daher ist ein Blick auf die Gefahrklassen der BGN zu werfen. Hiernach nehmen Werkunternehmen hinsichtlich der Gefahrklassen genau die Mitte ein zwischen Fleischverarbeitungsbetrieben und Geflügelschlachtbetrieben. Sie sind in einer Gefahrklasse mit Bäckereien, Konditoreien und Mühlen.[118] Würden die Auftraggeber nun die Werkbeschäftigten und Zeitarbeitskräfte einstellen, änderte sich nichts an der ***stark körperlich belastenden und gefährlichen Arbeit***. Die Arbeit wird nicht leichter, nur weil der Schlachtbetrieb die Beschäftigten einstellt, und sie wird auch nicht ungefährlicher, dies umso mehr, als der Auftraggeberbetrieb für den technischen Arbeitsschutz der Maschinen verantwortlich ist. Wenn der Arbeitsschutzbericht

[116] BR-Drs. 426/20, S. 15 ff
[117] BR-Drs. 426/20, S. 15 f
[118] Gefahrtarif der BGN für 2019

aus Nordrhein-Westfalen hier 300 erhebliche Mängel in 30 Auftraggeberbetrieben feststellt, ist nicht ersichtlich, wieso ein Verbot von Werkverträgen und Zeitarbeit hier zu einer Verbesserung führen soll.

Zudem geht die Begründung des Entwurfs davon aus, dass die Auftraggeberbetriebe wesentlich die Arbeitsabläufe bestimmen. Wenn aber die Auftraggeberbetriebe wesentlich die Arbeitsabläufe bestimmen, werden sie dies auch, wenn sie die Arbeitgeber der Werkbeschäftigten und Zeitarbeitskräfte geworden sind. Es ist auch nicht ersichtlich, wieso sich die Menge der zu schlachtenden Tiere mit der zu erledigenden Arbeit ändern soll, nur weil die Werkbeschäftigten und Zeitarbeitskräfte zukünftig angestellt sind. Die Begründung geht selbst davon aus, dass sich dies ***tages- bis stundenaktuell nach den Kundenaufträgen des Fleischbetriebs*** richtet. Die Kunden der Fleischbetriebe richten ihre Aufträge aber nicht danach, ob ihre Lieferanten die Werkbeschäftigten und Zeitarbeitskräfte selbst angestellt haben oder ob diese als Fremdpersonal im Einsatz sind.

Insoweit schließlich die Begründung darauf abstellt,[119] dass in seltenen Fällen, in denen Betriebe mit eigener Stammbelegschaft im Produktionsbereich arbeiten, nur geringfügige Arbeitsschutzmängel festgestellt wurden, bezieht sie sich erkennbar auf den Abschlussbericht „Faire Arbeitsbedingungen in der Fleischwirtschaft“,[120] wenn dort ausgeführt wird

Bei nur vier Betrieben wurden wenige relevante Arbeitsschutzmängel festgestellt. …. Bei den anderen beiden Betrieben mit wenigen Mängeln handelt es sich um Betriebe, bei denen keine Schlachtung und Zerlegung durchgeführt sowie mit fast ausschließlich eigenem Personal gearbeitet worden ist.

Dazu ist auf die obigen Ausführungen unter Ziffer 2.4.5 zu verweisen, wonach es sich hierbei nicht um einen Schlacht- und Zerlegebetrieb handelt. Von daher hinkt das Beispiel. Zum anderen unterschlägt der Entwurf hier eine wesentliche Passage des Abschlussberichts, wenn dort ausgeführt[121] wird:

Bei nur vier Betrieben wurden wenige relevante Arbeitsschutzmängel festgestellt. Zwei dieser Betriebe hat die Arbeitsschutzverwaltung aufgrund von Beschwerden oder Unfällen in den zurückliegenden Monaten schon vor der Überwachungsaktion überprüft. Diese Überprüfung, bei der auch Anordnungen zur Beseitigung von Mängeln getroffen wurden, haben offensichtlich die Arbeitsschutzsituation in diesen Betrieben bereits positiv beeinflusst. Bei den anderen beiden Betrieben …

[119] BR-Drs. 426/20, S. 20
[120] Abschlussbericht Nordrhein-Westfalen „Faire Arbeitsbedingungen in der Fleischwirtschaft“ , S. 7
[121] Abschlussbericht Nordrhein-Westfalen „Faire Arbeitsbedingungen in der Fleischwirtschaft“ , S. 7

Das Beispiel zeigt, dass in den anderen beiden Betrieben, die Werkunternehmen eingesetzt hatten, ebenfalls wenige Mängel auftraten. Dies lag daran, dass die Arbeitsschutzverwaltung hier schon einmal tätig geworden ist und auf Probleme hingewiesen hat. Die Betriebe und die Werkunternehmen haben hier entsprechend reagiert und sind ihren Arbeitgeberpflichten und Auftraggeberpflichten nachgekommen.

Das Verbot von Werkverträgen und Zeitarbeit in der Fleischwirtschaft ist damit auch nicht geeignet, den Arbeitsschutz in irgendeiner Form zu fördern. Der Entwurf widerlegt sich selbst.

3.2 Zur Erforderlichkeit

3.2.1 Zu den Voraussetzungen an die Erforderlichkeit eines Grundrechtseingriffs im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Auch wenn bereits an dieser Stelle die Geeignetheit der gesetzlichen Regelungen nicht gegeben ist und damit Grundrechtseingriffe verfassungswidrig sind, soll im Folgenden noch die fehlende Erforderlichkeit dargelegt werden.

Das Verbot ist dann erforderlich, wenn es keine milderen Mittel gibt, die denselben Erfolg mit gleicher Sicherheit erreichen.

3.2.2 Keine Erforderlichkeit eines Verbots von Werkverträgen und Zeitarbeit in der Fleischwirtschaft hinsichtlich des Schutzes der Bevölkerung und der Belegschaft vor Covid-19

Das Verbot von Werkverträgen und Zeitarbeit in der Fleischwirtschaft ist auch nicht erforderlich, um die Belegschaft oder die Bevölkerung vor Covid-19 zu schützen. So wären zuvorderst anstelle des Verbots Maßnahmen nach dem Infektionsschutzgesetz zu ergreifen, wie sie auch sonst in anderen Bereichen der Wirtschaft ergriffen werden. Diese sind alle milder als ein Verbot von Werkverträgen und Zeitarbeit. Es ist auch nicht ersichtlich, wieso ausgerechnet in der Fleischwirtschaft ein Verbot erforderlich ist, wenn in anderen Branchen weniger einschneidende Maßnahmen genügen, wie sie sich z.B. aus dem SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard[122] des BMAS, ergeben.

Das Verbot von Werkverträgen und Zeitarbeit in der Fleischwirtschaft ist damit auch nicht erforderlich, um Covid-19-Erkrankungen der Belegschaft oder der Bevölkerung zu verhindern.

[122] SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard

3.2.3 Zur fehlenden Erforderlichkeit des Verbots von Werkverträgen und Zeitarbeit in der Fleischwirtschaft zur Einhaltung arbeitsrechtlicher Vorschriften

Das Verbot von Werkverträgen und Zeitarbeit wäre auch nicht das mildeste Mittel, um die Einhaltung arbeitsrechtlicher Vorschriften zu gewährleisten. Mildere Mittel existieren bereits und müssen nur seitens der Verwaltung angewandt werden.

So drohen bereits jetzt nach § 21 Absatz 1 MiLoG für Werkunternehmen, die Mindestlöhne nicht bezahlen, Bußgelder bis 500.000,- €. Dies ist sehr schnell verwirklicht, wenn die in der Begründung des Entwurfs genannten Fälle von ***unzulässigen Lohnabzügen und Vorenthalten des letzten Lohns***[123] auftreten. In diesen Fällen liegt regelmäßig ein Mindestlohnverstoß vor. Ebenso trifft den Auftraggeber nach § 21 Absatz 2 MiLoG eine Bußgeldhaftung bis 500.000,- € wenn er weiß oder fahrlässig nicht weiß, dass die Mindestlöhne nicht gezahlt werden. Gegenüber allen Werkunternehmen und Auftraggebern, die die Ansicht vertreten, aus den Mindestlohnverstößen ließe sich ein Geschäft machen, sei auf § 17 Absatz 4 OWiG verwiesen. Hiernach kann die Geldbuße über den gesetzlichen Rahmen hinaus erhöht werden, um einen wirtschaftlichen Vorteil abzuschöpfen. Ein prominentes Beispiel hierfür ist VW. Der VW-Konzern zahlte im Diesel-Skandal eine Milliarde Euro Bußgeld. Dieses setzte sich zusammen aus 5 Mio. € Bußgeld aus der verletzten Vorschrift sowie einer Abschöpfung wirtschaftlicher Vorteile in Höhe von 995 Mio. €[124]. Nur am Rande sei erwähnt, auch wenn dies hiermit nichts zu tun hat, dass damit auch den Wuchermieten, Arbeitszeitbetrügereien und dergleichen zu Lasten der eingesetzten Beschäftigten sehr schnell und effektiv die Grundlage entzogen werden kann. Voraussetzung ist natürlich, dass man das Instrumentarium auch anwendet. Hierbei handelt es sich auch um ein milderes und genauso effektives Mittel. Es betrifft nur Täter, die sich nicht an die Spielregeln halten. Entzieht man ihnen die Vermögensgrundlage, wird sich sehr schnell herumsprechen, dass sich solche Taten nicht lohnen[125].

Festzuhalten ist damit, dass das Verbot von Werkverträgen und Zeitarbeit in der Fleischwirtschaft zur Einhaltung arbeitsrechtlicher Pflichten auch nicht erforderlich ist. Das bisherige Instrumentarium genügt vollkommen und trifft die Richtigen, wenn man es denn auch anwendet.

[123] BR-Drs. 426/20, S. 18
[124] Tagesspiegel vom 13.06.2018, VW zahlt im Dieselskandal 1 Milliarde Euro Bußgeld
[125] iGZ, Z!Direkt 02/2020, Prof. Schüren: Der Bärendienst. Problemlösungen mit dem großen Stein

3.2.4 Zur fehlenden Erforderlichkeit des Verbots von Werkverträgen und Zeitarbeit in der Fleischwirtschaft in Bezug auf die Einhaltung des Arbeitsschutzes

Unter Ziffer 3.1.4 wurde bereits auf den Arbeitsschutzbericht des Landes Nordrhein-Westfalen verwiesen[126], wonach Auftraggeber, die Werkunternehmen im Einsatz hatten, Beanstandungen der Arbeitsschutzverwaltung ausgeräumt hatten, sodass nur noch wenige Mängel gefunden wurden. Dies zeigt neben der fehlenden Geeignetheit, dass es auch mildere Mittel gibt, um Auftraggeber und Werkunternehmen anzuhalten, den Arbeitsschutz einzuhalten.

Daneben ergibt sich aus dem weiteren Entwurf, dass Instrumente geschaffen wurden, die geeignet sind, den Arbeitsschutz zu verbessern und deutlich milder aber genauso effektiv sind. So ist nach § 22 Absatz 1 Satz 2 nF ArbSchG[127] die Arbeitsschutzbehörde berechtigt, wenn Beschäftigte mehrerer Arbeitgeber an einem Arbeitsplatz tätig sind, von den Arbeitgebern oder den verantwortlichen Personen zu verlangen, dass diese sich über die zu treffenden Maßnahmen im Bereich des Arbeitsschutzes abstimmen. Dieses muss auf Verlangen schriftlich vorgelegt werden. Nach Ansicht des Entwurfs[128] soll diese Regelung dazu beitragen, ***in der Zusammenarbeit mehrerer Arbeitgeber zu verlässlichen Absprachen und einer transparenten Zuordnung der jeweiligen Verantwortlichkeiten zu kommen. Darauf sollen die Arbeitsschutzbehörden gezielt hinwirken können.***

Der Entwurf geht somit selbst davon aus, dass diese schriftliche Arbeitsschutzvereinbarung den Arbeitsschutz erhöht und Transparenz in Bezug auf Verantwortlichkeiten erreicht. Diese Einschätzung ist zutreffend. Wenn mehrere Arbeitgeber, deren Beschäftigte zusammenarbeiten, eine gemeinsame schriftliche Arbeitsschutzvereinbarung abschließen, werden darin auch die Verantwortlichen festgehalten, die den Arbeitsschutzbehörden in punkto Arbeitsschutz genauso Rede und Antwort stehen müssen, wie wenn der Arbeitgeber allein mit Stammbeschäftigten tätig ist.

In die gleiche Richtung geht auch die Pflicht zur digitalen Zeiterfassung nach § 6 GSA Fleisch nF[129]. Nach Ansicht des Entwurfs[130] erleichtert dies die Kontrolle der aufgezeichneten Arbeitszeit, da es zu einer besseren Lesbarkeit führt und auch eine IT-gestützte Auswertung der Unterlagen möglich ist. Damit erhöht sich auch die Chance einer korrekten Er-

[126] Abschlussbericht Nordrhein-Westfalen „Faire Arbeitsbedingungen in der Fleischwirtschaft“, S. 7
[127] BR-Drs. 426/20, S. 2
[128] BR-Drs. 426/20, S. 3
[129] BR-Drs. 426/20, S. 4
[130] BR-Drs. 427/20, S. 34

fassung. Die digitale Zeiterfassung ist ebenfalls ein milderes Mittel als das Verbot von Werkverträgen und Zeitarbeit in der Fleischwirtschaft.

3.2.5 Zur fehlenden Erforderlichkeit des Verbots von Werkverträgen und Zeitarbeit zur Erlangung einer klaren Zuordnung der Werkbeschäftigten und Zeitarbeitskräfte sowie ihrem Arbeitgeber

Das Verbot von Werkverträgen und Zeitarbeit in der Fleischwirtschaft ist auch nicht erforderlich, um Beschäftigte ihrem Arbeitgeber besser zuordnen zu können. Unter Ziffer 2.5 wurde bereits dargelegt, dass schon heute über die Sofortmeldepflicht und die Pflicht zum Mitführen von Ausweisen effektive Mittel bestehen, um Beschäftigte, die bei einer Kontrolle angetroffen werden, zu erfassen und ihrem Arbeitgeber zuzuordnen. Zudem gibt es empfindliche Bußgelder, wenn hiergegen verstoßen wird. Diese betreffen sowohl die angetroffenen Personen als auch deren Arbeitgeber. Diese Mittel haben sich in der Praxis bewährt und werden deutschlandweit von den Zollbehörden effektiv eingesetzt. Hierbei handelt es sich um ein milderes und genauso effektives Mittel, wie das Verbot von Werkverträgen und Zeitarbeit in der Fleischwirtschaft. Das Verbot ist damit auch nicht erforderlich, um Beschäftigte ihrem Arbeitgeber zuzuordnen.

3.3 Verstoß gegen die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist bei einem Grundrechtseingriff in Artikel 12 Absatz 1 GG auf die unter Ziffer A. 3.2 erwähnte Dreistufentheorie abzustellen.

Für Auftraggeber liegt ein Eingriff in eine Berufsausübungsregelung vor. Hiernach wirkt zwar grundsätzlich jede vernünftige Erwägung des Allgemeinwohls rechtfertigend. Erschwerend kommt hier aber hinzu, dass durch das Verbot von Werkverträgen und Zeitarbeit in unternehmerische Grundfreiheiten der Auftraggeber eingegriffen wird. Es bleibt grundsätzlich jedem Unternehmer selbst überlassen, die Art und Weise zu bestimmen, wie er seinen Betrieb führt. Wenn er sein Kerngeschäft auslagern möchte, steht ihm dies frei. In die Entscheidung über diese Grundlagen kann in unserer freien Wirtschaftsordnung vom Gesetzgeber nicht eingegriffen werden, weil sie den Kern der unternehmerischen Freiheit betrifft.

3.4 Zwischenergebnis

Es ist festzuhalten, dass der Entwurf weder geeignet, noch erforderlich ist, um an den beanstandeten Grundproblemen etwas zu ändern. Er wird das Problem vielmehr verschärfen.

An der Ausbreitung des Corona-Virus am Arbeitsplatz wird sich durch das Verbot nichts ändern. Denn diese gestaltet sich unabhängig von der vertraglichen Konstruktion. Auch die zunächst angenommenen Wohnverhältnisse und Transporte waren nicht ursächlich.

Weiterhin ist anzunehmen, dass das Verbot lediglich die Arbeitgeber austauscht, ohne am Grundproblem anzusetzen. Das Abhängigkeitsverhältnis aufgrund der Sprachbarriere wird sich hierdurch nicht verändern, genauso wenig wie die Einhaltung arbeitsrechtlicher Vorschriften. Es widerspricht kriminalistischen Erfahrungen, dass sich Auftraggeber durch ein solches Verbot beeindrucken lassen, wenn sie künftig Arbeitgeber statt Auftraggeber sind. Sollten – was wahrscheinlich ist – weiterhin osteuropäische Arbeitskräfte angeworben werden, benötigen diese weiterhin Unterstützung bei Transport, Wohnungssuche usw., wofür hohe Provisionen zu erwarten sind, was die Abhängigkeit der Werkbeschäftigten nur verstärkt.

Abschließend ist anzumerken, dass bereits ausreichende mildere Mittel und Instrumentarien existieren, welche nur angewandt werden müssen. Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit des Verbots sind demnach zu verneinen.

4. Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Verbots von Werkverträgen in der Fleischwirtschaft hinsichtlich der Grundrechtseingriffe für Werkunternehmen

4.1 Zur fehlenden Geeignetheit und Erforderlichkeit des Verbots von Werkverträgen in der Fleischwirtschaft

Hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit des Verbots von Werkverträgen in der Fleischwirtschaft für Grundrechtseingriffe gegen Werkunternehmen lassen sich im Ergebnis die gleichen Ausführungen tätigen wie für Auftraggeber. Soweit für diese ein Verbot weder geeignet noch erforderlich ist, ist es auch nicht für Werkunternehmen geeignet und erforderlich. Zusätzlich ergeben sich für Werkunternehmen allerdings noch weitere Gründe, die gegen die Erforderlichkeit des Verbotes sprechen.

So ist zunächst festzuhalten, dass auch der Entwurf anerkennt[131], dass sich aufgrund des GSA Fleisch ***die Zahlungsmoral der fleischwirtschaftlichen Dienstleistungsunternehmen im Hinblick auf die Abführung von Beiträgen an die Unfallversicherung verbessert hat.*** Dies hatte das Bundesministerium für Arbeit und Soziales bereits am 09.07.2019 auf eine Kleine Anfrage der Linken zu ***Arbeit und Gesundheit in der Fleischindustrie***

[131] BR-Drs. 426/20, S. 3

ausgeführt.[132] So hatte das BMAS auf die Frage der Linken, ob ***die seit 2017 geltende Nachunternehmerhaftung in der Fleischindustrie im GSA Fleisch aus Sicht der Bundesregierung zu einer Verbesserung der Arbeitsbedingungen geführt*** hat, geantwortet:

Nach Erkenntnissen der Berufsgenossenschaft Nahrungsmittel Gastgewerbe (BGN) nehmen die fleischwirtschaftlichen Auftraggeber aus der Schlacht- und Zerlegeindustrie inzwischen in ihren Werk-/Dienstleistungsverträgen mit den Nachunternehmern zunehmend Bestimmungen zu den Arbeitsbedingungen der von den Subunternehmern eingesetzten Beschäftigten auf. So werden die Dienstleister z. B. vertraglich verpflichtet, den Mindestlohn zu zahlen, die Selbstverpflichtung der fleischwirtschaftlichen Unternehmen für attraktivere Arbeitsbedingungen aus dem Jahr 2015 inhaltlich zu beachten und den Verhaltenskodex der Fleischwirtschaft (Regelwerk des Verbandes der Fleischwirtschaft e. V., kurz VDF) einzuhalten, wozu insbesondere die angemessene Unterbringung der Beschäftigten des Nachunternehmers gehört. Die Auftraggeber lassen sich ein Überprüfungsrecht einräumen und bei Verstößen drohen Vertragsstrafen.

Diese Veränderungen sind auch auf die Einführung der Nachunternehmerhaftung zurückzuführen als einem Teil des Gesamtpakets an Maßnahmen und Entwicklungen der letzten Jahre (Mindestlohngesetz, Kontrollen, negative Berichterstattung, Selbstverpflichtungserklärung fleischwirtschaftlicher Auftraggeber usw.).

Weiter teilte das BMAS mit, dass zu Verstößen gegen unberechtigte Lohnabzüge nach GSA Fleisch ***keine Informationen*** bzw***. keine statistischen Erfassungen*** vorliegen. Es lagen lediglich statistische Erfassung hinsichtlich der Arbeitszeitaufzeichnungspflicht aus § 6 GSA Fleisch vor. Hierzu teilte das BMAS mit[133]:

Verstöße gegen die verkürzte Arbeitszeitaufzeichnungspflicht aus § 6 GSA-Fleisch werden seit 2018 durch die Zollverwaltung statistisch erfasst. Im Jahre 2018 sowie im ersten Quartal 2019 wurden durch die FKS keine Ermittlungsverfahren nach § 7 Absatz 1 Nummer 2 GSA-Fleisch wegen Verstoßes gegen § 6 GSA-Fleisch festgestellt.

In die gleiche Richtung ging auch eine Kleine Anfrage der Linken vom 06.03.2020, kurz vor dem Auftreten der Corona-Hotspots[134]. Auch hier äußerte sich das BMAS ähnlich positiv.

Bei der Regelung im Gesetz zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte in der Fleischwirtschaft (GSA Fleisch) handelt es sich um eine noch recht neue Regelung. Dennoch liegen der Bundesregierung erste Hinweise von der zuständigen Berufsgenossenschaft vor, dass sich in der gesetzlichen Unfallversicherung die Zahlungsmoral

[132] BT-Drs. 19/11441
[133] BT-Drs. 19/11441, S. 3
[134] BT-Drs. 19/17679, S. 2

der fleischwirtschaftlichen Dienstleistungsunternehmen in den Jahren 2017 und 2018 gegenüber dem Zeitraum der Jahre 2014 bis 2016 signifikant verbessert hat. Dies lässt erkennen, dass die Regelung die beabsichtigte generalpräventive Wirkung erfüllt.

Zwar lagen keine belastbaren Zahlen vor, eine Einschätzung konnte sie aufgrund der positiven Antwort der BGN jedoch schon abgeben werden.

Hinsichtlich des Arbeitsschutzes ist zudem bei Werkunternehmen besonders zu berücksichtigen, dass der Betriebsrat des Auftraggeberbetriebes insoweit Rechte hat. So hatte beispielsweise das Bundesarbeitsgericht im Beschluss vom 12.03.2019[135] klargestellt, dass der Betriebsrat eine Unterrichtungsanspruch über den Umfang von Arbeitsunfällen von Fremdpersonal hat. In dem Verfahren ging es um einen Kurier- und Expressbetrieb, der 1.300 Beschäftigte hatte und bei dem etwa 2.500 Beschäftigte anderer Logistikunternehmen eingesetzt waren. Der Betriebsrat verlangte erfolgreich die Unterrichtung über in der Vergangenheit eingetretene Arbeitsunfälle. Daraus ließen sich nach Ansicht des Bundesarbeitsgericht nämlich Rückschlüsse für Gefahren ziehen. Der Unterrichtungsanspruch war sehr weitgehend, betraf also auch Datum und Uhrzeit des Unfalls, Unfallstelle, Unfallhergang sowie erlittene Verletzungen, kurzum alles, was der Betriebsrat benötigt, um zur Erfüllung seiner Aufgaben die Gefahren einschätzen zu können. Den Betriebsräten werden damit Mittel an die Hand gegeben, um Unfallgefahren im Auftraggeberbetrieb zu erkennen und mit dem Auftraggeber zu besprechen. Dies wirkt sich wiederum auf die Werkbeschäftigten aus, die hiervon profitieren.

Daneben ist in der Rechtsprechung anerkannt und wird in der Praxis der Berufsgenossenschaften praktiziert, dass Fremdpersonal bei Arbeitsunfällen einen Anspruch gegen den Auftraggeberbetrieb hat. Dogmatisch wird dies hergeleitet aus der Rechtsfigur des Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter. Diese ist in der gesamten Rechtsordnung anerkannt. Daher kommt es auch nicht auf die genaue Art des Vertrages an. Es genügt, dass ein Dritter nach dem Inhalt des Vertrages bestimmungsgemäß mit der Hauptleistung in Berührung kommen soll. So führt beispielsweise das Oberlandesgericht Hamm im Urteil vom 10.05.2016[136] aus:

Der Geschädigte hat Anspruch gegen die Beklagte zu 1) auf Schadensersatz aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, hier aus dem zwischen der Spedition E und der Beklagten zu 1) bestehenden Werkvertrag (§ 631 BGB) oder Frachtvertrag (§ 407 Abs. 1 HGB). Auf die genaue rechtliche Einordnung des Vertrages, die dem Senat mangels Kenntnis der vertraglichen Bestimmungen nicht möglich ist,

[135] BAG, Beschluss vom 12.03.2019 – 1 ABR 48/17
[136] OLG Hamm, Urteil vom 10.05.2016 – 9 U 53/15

kommt es für die Frage, ob der Geschädigte in dessen Schutzwirkung einbezogen ist, nicht entscheidend an. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes kann ein Dritter in die aus einem Vertrag folgenden Sorgfalts- und Schutzpflichten einbezogen werden, wenn er mit der Hauptleistung nach dem Inhalt des Vertrages bestimmungsgemäß in Berührung kommen soll, ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers an der Einbeziehung des Dritten besteht, den Interessen des Schuldners durch Erkennbarkeit und Zumutbarkeit der Haftungserweiterung Rechnung getragen wird und der Dritte schutzbedürftig ist (BGH, Urteil vom 18. Februar 2014, VI ZR 383/12; Urteil vom 24. Oktober 2013, III ZR 82/11). Beispiele für solche Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter finden sich häufig bei Schuldverhältnissen, in deren Rahmen die Arbeitnehmer einer Vertragspartei mit der Hauptleistung aus dem Vertrag ihres Arbeitgebers mit dem anderen Teil in Berührung kommen.

In der Praxis wird, wie sich aus dem Urteil ergibt, dies dadurch verwirklicht, dass die Berufsgenossenschaft als Unfallversicherungsträger zunächst bei entsprechenden Arbeitsunfällen einspringt. Der Anspruch des Fremdpersonals geht dann auf die Berufsgenossenschaft nach § 116 Absatz 1 Satz 1 SGB X über und die Berufsgenossenschaft geht dann gegen den Auftraggeber vor.

Nur am Rande sei erwähnt, dass dies auch umgekehrt der Fall ist, also wenn Werkbeschäftigte Personal des Auftraggebers durch einen Arbeitsunfall schädigen. So hatte beispielsweise das Oberlandesgericht Braunschweig entschieden[137]. In dem Verfahren hatten Werkbeschäftigte einen Eimer mit brennbarer Flüssigkeit stehenlassen, der Feuer gefangen hatte. Bei dem Brand zog sich ein Stammmbeschäftigter des Auftraggeberbetriebs schwere Verletzungen zu. Auch hier trat die Berufsgenossenschaft des Unfallversicherungsträgers ein und ging gegen das Werkunternehmen vor.

Dies und die obigen Ausführungen zeigen, dass unsere Rechtsordnung bereits ein umfassendes Schutzsystem für Werkbeschäftigte kennt. Dies sind mildere Mittel, als ein Verbot von Werkverträgen in der Fleischwirtschaft. Es besteht allenfalls ein Vollzugsdefizit dahingehend, dass gegen unseriöse Werkunternehmen nicht durch die Behörden vorgegangen wird oder dass ausländische Beschäftigte aufgrund der Sprachbarriere und des eventuell geringen Bildungs- und Qualifikationsniveaus ihre Rechte nicht wahrnehmen. Ein Verbot von Werkverträgen wird und kann hieran nichts ändern.

[137] OLG Braunschweig, Urteil vom 07.03.1986 – 2 U 259/85

4.2 Zur fehlenden Verhältnismäßigkeit des Verbots von Werkverträgen in der Fleischwirtschaft im engeren Sinne

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit ist, wie bereits oben ausgeführt, die Dreistufentheorie anzuwenden. Dabei wiegt besonders schwer, wie bereits unter Ziffer 1.1 und 2. ausgeführt, dass das Verbot das Berufsbild des selbstständigen Schlacht- und Zerlegeunternehmers beseitigt. Dies ist, soweit ersichtlich, bislang noch nie geschehen. Ein Verbot ist daher nur gerechtfertigt, wenn dies zur Abwehr nachweisbarer und schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut gerechtfertigt ist. Diese Gefahren sind jedoch, wie bereits ausgeführt, nicht gegeben. Hinzu kommt, dass die Beseitigung von Verstößen nicht Aufgabe der Werkunternehmen ist, die sich an die gesetzlichen Regelungen halten. Dies ist Sache des Staates und seiner Kontrollbehörden. Im Gegenteil, es wird Werkunternehmen untersagt, gegen unseriöse Mitbewerber vorzugehen.

Dies hat der BGH in einem Urteil vom 23.06.2016[138] ausgeführt. In dem Fall ging es um ein Unternehmen im Messebereich, das im Verdacht stand, illegale Arbeitnehmerüberlassung zu betreiben. Ein Mitbewerber ging gegen dieses Unternehmen vor und nahm es auf Unterlassung in Anspruch. Der BGH lehnte entsprechende Ansprüche aus allen erdenklichen Anspruchsgrundlagen ab. Somit bestehen keine rechtlichen Möglichkeiten für Unternehmen, gegen illegal handelnde Konkurrenten vorzugehen.

Von daher gehen die Forderungen der Politik, die Fleischwirtschaft müsse sich selbst reinigen, an der Sache vorbei. Werkunternehmen können gegen Mitbewerber definitiv nicht vorgehen. Ihnen sind vom Gesetzgeber die Hände gebunden, zuständig sind nach dem Willen des Gesetzgebers allein die Kontrollbehörden. Wenn der Gesetzgeber aber ausschließlich die Kontrollbehörden dazu befähigt, gegen entsprechende Missstände vorzugehen, sind diese auch verpflichtet, zu handeln. Das Verbot von Werkverträgen ist daher für die betroffenen Werkunternehmen unverhältnismäßig. Der Gesetzgeber kann nicht auf der einen Seite von Werkunternehmen verlangen, was er ihnen auf der anderen Seite verwehrt.

Das Verbot von Werkverträgen in der Fleischwirtschaft ist daher auch unverhältnismäßig.

4.3 Zwischenergebnis für Werkunternehmen

Das Verbot von Werkverträgen in der Fleischwirtschaft ist in Bezug auf Werkunternehmen daher weder geeignet, noch erforderlich. Bei Werkunternehmen kommt erschwerend hinzu, dass sich nach dem GSA Fleisch bereits signifikante Verbesserungen nach Einschätzung

[138] BGH, Urteil vom 23.06.2016 – 1 ZR 71/15

des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales ergeben haben. Zudem hat der Betriebsrat des Auftraggeberbetriebs auch beim Einsatz im Werkunternehmen in Bezug auf Arbeitsunfälle entsprechende Unterrichtungsrechte gegenüber dem Auftraggeberbetrieb. Außerdem entfalten Werkverträge zwischen Auftraggeber und Werkunternehmen Schutzwirkung zugunsten der Werkbeschäftigten, insbesondere bei Arbeitsunfällen. Kommt es hier in der Praxis zu einem Unfall, tritt die Berufsgenossenschaft als Unfallversicherungsträger ein und nimmt den Auftraggeberbetrieb in Regress. Das Verbot ist zudem nicht verhältnismäßig im engeren Sinne, dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass Werkunternehmen, die sich an Recht und Gesetz halten, nicht gegen unseriöse Konkurrenten vorgehen dürfen. Die Rechtsprechung schiebt dem einen Riegel vor. Damit sind ausschließlich die Kontrollbehörden gefordert.

Das Verbot ist damit auch in Bezug auf die Berufsfreiheit von Werkunternehmen verfassungswidrig.

5. Verfassungsmäßigkeit des Verbots von Zeitarbeit in der Fleischwirtschaft hinsichtlich der Zeitarbeitsunternehmen

Auch hinsichtlich der Zeitarbeitsunternehmen ist bezüglich der Geeignetheit und Erforderlichkeit auf die obigen Ausführungen unter Ziffer 3. abzustellen. Die dortigen Ausführungen gelten auch für Zeitarbeitsunternehmen. Es fehlt damit auch bei Zeitarbeitsunternehmen an der Geeignetheit des Verbots bezüglich des Schutzes der Belegschaft und der Bevölkerung vor Covid-19, der Einhaltung der arbeitsrechtlichen Regelungen und des Arbeitsschutzes.

Daneben gibt es für Zeitarbeitsunternehmen noch weitere Gründe, die gegen die Erforderlichkeit sprechen. So weist das AÜG bereits umfassende Schutzvorschriften zugunsten der Zeitarbeitskräfte auf. Hinsichtlich der arbeitsrechtlichen Vorschriften bestimmt § 8 AÜG, dass Zeitarbeitskräften für die Zeit der Überlassung an den entleihenden Fleischbetrieb die im Betrieb des Entleihers für vergleichbare Beschäftigte geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts gewährt werden müssen. Hiervon darf nur abgewichen werden, wenn dies in einem Tarifvertrag geregelt ist. Für die Zeitarbeitskräfte in der Fleischwirtschaft geltend entsprechende DGB-Tariflöhne und die Lohnuntergrenze in der Zeitarbeit (im Osten 9,88 €, 10,10 € ab 01. Oktober 2020 und 10,15 € im Westen) - ab 01.04.2021, wenn das Verbot der Zeitarbeit in der Fleischwirtschaft in Kraft treten soll, sieht die Lohnuntergrenze einen Stundensatz für alle Zeitarbeitskräfte in Höhe von 10,45 € vor.

Wird eine solche Arbeitsbedingung nicht gewährt, kann eine Geldbuße bis zu 500.000,- € nach § 16 Absatz 1 Nr. 7a, Absatz 2 AÜG festgesetzt werden. Wie bereits unter Ziffer 3.2.3 ausgeführt, ist es auch hier nicht möglich, dass unseriöse Verleiher dies zum Geschäftsmodell machen. Auch hier greift § 17 Absatz 4 OWiG, wonach eine Geldbuße den wirtschaftlichen Vorteil abschöpfen soll. Hier sind daher Geldbußen in Millionenhöhe möglich, wenn entsprechende wirtschaftliche Vorteile zu Lasten der Zeitarbeitskräfte durch unseriöse Verleiher generiert würden.

Daneben haben Zeitarbeitskräfte auch einen strukturellen Schutz durch die Bundesagentur für Arbeit. Da Leiharbeit nur mit behördlicher Erlaubnis möglich ist, § 1 Absatz 1 Satz 1 AÜG, entscheidet die Bundesagentur für Arbeit als behördliche Kontrollinstanz über die Erteilung der Erlaubnis. Nach § 3 Absatz 1 AÜG muss der Verleiher die erforderliche Zuverlässigkeit besitzen. Diese wird dahingehend überprüft, ob er die Vorschriften des Sozialversicherungsrechts einhält, Lohnsteuer einbehält und abführt, und hauptsächlich die Vorschriften des Arbeitsschutzrechts und seine arbeitsrechtlichen Pflichten einhält, § 3 Absatz 1 Nr. 1 AÜG. Zudem muss seine Betriebsorganisation so gestaltet sein, dass er in der Lage ist, die üblichen Arbeitgeberpflichten ordnungsgemäß zu erfüllen, § 3 Absatz 1 Nr. 2 AÜG. Schließlich wird die Erlaubnis versagt, wenn er seine Pflicht zur Einhaltung der wesentlichen Arbeitsbedingungen nicht erfüllt, § 3 Absatz 1 Nr. 3 AÜG.

Erfüllt ein Verleiher diese Anforderungen, wird die Erlaubnis zunächst nur für ein Jahr erteilt. Sie wird erst dann unbefristet erteilt, wenn der Verleiher drei aufeinander folgende Jahre lang erlaubt tätig war. In diesem Zeitraum werden Verleiher regelmäßig von der Bundesagentur für Arbeit überprüft. Diese nimmt Einblick in die Personalakten und überprüft die Einhaltung der Arbeitgeberpflichten. Damit werden Zeitarbeitskräfte strukturell geschützt und unzuverlässige Verleiher verschwinden vom Markt. Dieser strukturelle Schutz ist einzigartig. Keine andere Branche wird von der Bundesagentur für Arbeit überwacht. Zeitarbeitskräfte genießen damit einen besonders hohen Schutzstatus. Mit einem Verbot der Leiharbeit in der Fleischwirtschaft wird dieser strukturelle Schutz beseitigt.

Auch im Bereich des Arbeitsschutzes ist der Entleiher bereits heute nach § 11 Absatz 6 AÜG für den Arbeitsschutz zuständig. Daran würde sich nichts ändern, wenn er selbst Arbeitgeber wird. Deswegen kann hier auch nicht der Vergleich zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 06.10.1987[139] gezogen werden. Das Bundesverfassungsgericht begründete sein Urteil auch damit, dass die Überwachung sich aufgrund der ständig wechselnden Baustellen als schwierig gestaltete. In der Fleischwirtschaft sind die Zeitarbeitskräfte jedoch in standortgebundenen Betrieben im Einsatz. Eine Überprüfung der Fleischbe-

[139] BVerfG, Urteil vom 06.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a.

triebe in punkto Arbeitsschutz erfasst damit zugleich auch die Zeitarbeitskräfte, da der Entleiher für den Arbeitsschutz der Zeitarbeitskräfte nach § 11 Absatz 6 AÜG verantwortlich ist.

Als Ergebnis ist für die Zeitarbeitsunternehmen daher festzuhalten, dass auch ein Eingriff in deren Grundrechte verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt ist. Im Übrigen ist dies ganz herrschende Meinung in der Literatur.[140]

6. Zur Verfassungsmäßigkeit des Verbots von Werkverträgen und Zeitarbeit in der Fleischwirtschaft hinsichtlich der eingesetzten Werkbeschäftigten und Zeitarbeitskräfte

Auch für die betroffenen Werkbeschäftigten und Zeitarbeitskräfte, die ihren Arbeitsplatz bei ihrem Arbeitgeber verlieren werden, bestehen die obigen verfassungsrechtlichen Hindernisse. Ein Verbot von Werkverträgen und Zeitarbeit in der Fleischwirtschaft ist weder geeignet noch erforderlich, deren Rechte durchzusetzen. Zusätzlich kommen für diese auch weitere erschwerende Einschränkungen hinzu. Die vorliegende Stellungnahme beschränkt sich auf eine kurze Darstellung, da die Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit ein Unternehmensverband ist und daher das Hauptaugenmerk des Gutachtens auf den Rechten der Unternehmen liegt. Da in der öffentlichen Diskussion gewisse Aspekte jedoch nicht angesprochen werden, wird aus Gründen der Vollständigkeit noch auf die Situation der betroffenen Beschäftigten eingegangen.

Soweit der Entwurf davon ausgeht, dass Werkbeschäftigte und Zeitarbeitskräfte im Auftraggeberbetrieb angestellt werden, geht er an der Realität vorbei, da er ein wesentliches Problem, das in der Begründung selbst angesprochen wird, außer Acht lässt. In der Begründung wird an mehreren Stellen nämlich darauf hingewiesen, dass für Werkbeschäftigte ***Sprachbarrieren*** bestehen, aus denen die besondere Hilfsbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit resultiert[141]. Wie bereits unter Ziffer 3.1.3 dargelegt, wird das Verbot zum einen hieran nichts ändern. Zum anderen sind die Sprachbarrieren gerade der Grund, weshalb Werkbeschäftigte im Rahmen von Werkverträgen in Deutschland tätig werden. Rechtlich gesehen müssten sie dies nämlich nicht, sondern könnten aufgrund der bestehenden Arbeitnehmerfreizügigkeit überall in Deutschland Arbeit suchen und Arbeit finden. Rein faktisch können sie jedoch nur über Werkverträge deutschlandweit in allen Branche tätig werden. Dies liegt am speziellen Charakter des Werkvertrags.

[140] s. Boemke/Düwell/Greiner/Hamann/Kalb/Kock/Mengel/Motz/Schüren/Thüsing/Wank, NZA 2020, 1160
[141] BR-Drs. 426/20, S. 17 f

Beim Werkvertrag schuldet das Werkunternehmen einen Erfolg und ist für die Herbeiführung des Erfolges alleine verantwortlich. Die alleinige Verantwortung wird in der Praxis dadurch herbeigeführt, dass das Werkunternehmen die Arbeitseinsätze der Werkbeschäftigten gestaltet. Dies erfolgt notwendigerweise durch Weisungen. Da die Werkbeschäftigten regelmäßig nicht die deutsche Sprache sprechen, werden Vorarbeiter eingesetzt, die zweisprachig sind. Sie sprechen also die Heimatsprache der Werkbeschäftigten und die deutsche Sprache. Hierdurch sind sie in der Lage, den Werkbeschäftigten die nötigen Anweisungen zu geben, und die Werkbeschäftigten sind in der Lage, überhaupt die Arbeitsleistung in Deutschland zu erbringen. Diese Vorarbeiter werden aber nur im Rahmen von Werkverträgen eingesetzt. Im Rahmen von Zeitarbeit, wo die Arbeitssuchenden direkt bei deutschen Unternehmen eingesetzt werden, ist der Entleihbetrieb bzw. der Arbeitgeber für die Arbeitsanweisungen verantwortlich. Diese Arbeitsanweisungen erfolgen regelmäßig in Deutsch, da der normale deutsche Arbeitgeber nicht in der Lage ist, in mehreren osteuropäischen Sprachen mit den Beschäftigten zu kommunizieren. Es wäre auch ein erheblicher Verwaltungsaufwand, sämtliche Dokumente, Arbeitsanweisungen und dergleichen in die unterschiedlichsten Landessprachen übersetzen zu lassen. Aus diesem Grunde werden in deutschen Betrieben nur Beschäftigte tätig, die zumindest die Grundzüge der deutschen Sprache beherrschen. Für Arbeitssuchende mit Sprachbarrieren ist damit der komplette deutsche Arbeitsmarkt verschlossen. Dieses Problem beheben ausschließlich die Werkverträge, da hier Vorarbeiter mit entsprechenden Sprachkenntnissen eingesetzt werden.

Zudem ergeben sich für Arbeitssuchende, die die Sprache nicht sprechen, noch weitere praktische Probleme im Alltag, die nur über den Werkvertragseinsatz behoben werden. Arbeitssuchende, die hier tätig werden wollen, benötigen selbstverständlich eine Wohnung. Hierfür müssen sie regelmäßig mit einem deutschen Vermieter in Kontakt treten und damit die Sprache sprechen. Der Vermieter wird zudem eine Kaution verlangen, die der aus einem osteuropäischen Land stammende und wirtschaftlich schlechter gestellte Arbeitssuchende nur schwer aufbringen können wird. Selbst wenn ihm dies gelingt, muss er hier Behördengänge absolvieren, etwa sich beim Einwohnermeldeamt melden und deutsche Formulare ausfüllen. Die Einwohnermeldeämter sind nicht dahingehend ausgestattet, dass sie in mehreren osteuropäischen Sprachen mit den Arbeitssuchenden kommunizieren können. Sie müssen weiter Bankkonten eröffnen, damit das Gehalt überwiesen werden kann. Sie erhalten Post von deutschen Behörden, z.B. Sozialversicherungen, Finanzamt, etc., die sie verstehen müssen. Dann müssen sie sich mit den deutschen Gepflogenheiten vertraut machen und bei Verstößen mit Ordnungsbehörden kommunizieren. Schließlich müssen Arbeitssuchende aus Osteuropa im Krankheitsfall selbstverständlich auch Ärzte aufsuchen. Hier müssen sie ihre Probleme in irgendeiner Form schildern, damit die Ärzte die Krankheit behandeln können. Vor all diesen Hürden stehen Arbeitssuchende aus Osteuropa, die die

deutsche Sprache nicht beherrschen. Auch hierüber helfen in der Praxis die Werkunternehmen hinweg. Sie unterstützen ihre Beschäftigten bei Behördengängen, der Eröffnung von Bankkonten und dolmetschen bei Angelegenheiten mit Behördenvertretern und bei Arztbesuchen. Es ist lebensfern, davon auszugehen, dass diese Rolle die deutschen Auftraggeber in Zukunft übernehmen werden.

Das Verbot von Werkverträgen und Zeitarbeit verschließt daher dem Arbeitssuchenden aus Osteuropa den deutschen Arbeitsmarkt und stellt damit auch aus diesem Grunde einen erheblicher Eingriff in dessen Berufsfreiheit dar. Aus diesen Gründen spricht im Übrigen auch vieles für einen Verstoß gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit der EU nach Artikel 45 AEUV[142].

Daneben ist bereits jetzt absehbar, dass die Direkteinstellung zu Lohneinbußen führen. So kann es zwar sein, dass Werkunternehmen und Arbeitgeberbetrieb auf Stundenbasis abrechnen. Es ist jedoch oftmals so, dass beim Werkunternehmen ein Akkordlohn, der nach unten durch den Mindestlohn abgesichert ist, gezahlt wird. Da eine Reihe von Werkbeschäftigten für eine gewisse Zeit in Deutschland arbeiten möchten, um die Familie im Heimatland zu unterstützen, kommt es vor, dass Werkunternehmen neben dem gesetzlichen Mindestlohn auch einen Akkordlohn gewähren, der es den Werkbeschäftigten ermöglicht, mehr Geld in der gleichen Zeit zu verdienen. Wird nun im Auftraggeberbetrieb ein Stundenlohn gezahlt, der unter dem früheren Akkordlohn liegt, führt dies unmittelbar zu Lohneinbußen.

Selbst wenn jedoch im Auftraggeberbetrieb ein höherer Stundenlohn bezahlt wird als beim Werkunternehmen, kann es zu Lohneinbußen kommen. Dies scheint auf den ersten Blick zwar widersprüchlich, in der Praxis kommt es jedoch immer wieder vor, dass Auftraggeber zwar einen höheren Stundenlohn zahlen, jedoch Überstunden nicht ausgezahlt werden, sondern Freizeitausgleich gewährt wird, also Überstunden abgefeiert werden müssen. Für eine Vielzahl von Werkbeschäftigten, deren Ziel es ist, so viel Geld wie möglich zu verdienen, um die Familie zuhause zu unterstützen, haben hieran jedoch überhaupt kein Interesse. Somit kann es zwar sein, dass sie nominal mehr pro Stunde verdienen, effektiv erhalten sie jedoch weniger auf das Konto überwiesen, als wenn sie beim Werkunternehmen gearbeitet hätten. Werkunternehmen hingegen kennen die speziellen Ziele und Wünsche ihrer osteuropäischen Beschäftigten und unterstützen diese im Sinne einer Mitarbeiterbindung, indem sie Überstunden ausbezahlen.

Daneben berücksichtigt der Entwurf nicht, dass Zeitarbeitskräfte ausnahmslos Equal Pay oder einen vom DGB ausgehandelten Tariflohn erhalten. Der Eingangstariflohn in der Zeitar-

[142] Art. 45 AEUV

beit sieht derzeit einen Stundensatz von 10,15 € und einen Zuschlag von 0,20 € (im Osten ab 01.10.2020 von 10,10 € + 0,20 € Zuschlag) vor, der Mindestlohn in der Fleischwirtschaft beträgt hingegen derzeit 9,35 € pro Stunde. Zeitarbeitskräfte verdienen damit 1,- € in der Stunde weniger als bisher. Im Übrigen gilt ohnehin die zwingende Lohnuntergrenze. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen unter Ziffer 5. verwiesen, wonach Beschäftigte ab 01.10.2020 10,10 € (im Osten) bzw. 10,15 € (im Westen) und ab 01.04.2021, also mit Eintritt des Verbots der Zeitarbeit in der Fleischwirtschaft, 10,45 € erhalten. Zudem erhalten Zeitarbeitskräfte Urlaubs- und Weihnachtsgeld nach dem Tarifvertrag, das ihnen ebenfalls genommen wird. Für Zeitarbeitskräfte führt das Verbot damit zu einer unmittelbaren Schlechterstellung, die neben die oben unter Ziffer 5. erwähnte strukturelle Schlechterstellung tritt.

Schließlich wird einem Werkbeschäftigten de facto ein neuer Arbeitgeber aufgezwungen, da das Werkunternehmen als sein bisheriger Arbeitgeber ihn entlassen muss.

Für Werkbeschäftigte und Zeitarbeitskräfte ist daher festzuhalten, dass das Verbot verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt ist.

7. Ergebnis

Das Verbot für Werkverträge und Zeitarbeit in der Fleischindustrie ist verfassungswidrig und verletzt die Betroffenen in ihrem Grundrecht aus Artikel 12 Absatz 1 GG.

- Werkverträge in der Fleischwirtschaft haben eine lange Tradition. Wie gezeigt wurde, handelte es sich hierbei weder damals, noch heute um ein Mittel zur Ausbeutung von Beschäftigten. Der Entwurf sieht nun jedoch die Unzulässigkeit des Einsatzes von Werkbeschäftigten und Zeitarbeitskräften in der Fleischindustrie, sowie eine Erhöhung der Bußgelder vor. Eine Verstärkung der Kontrollen sei nicht gleich effektiv, weshalb der allgemeine Gleichheitssatz (Artikel 3 Absatz 1 GG), die Berufsfreiheit (Artikel 12 Absatz 1 GG) und die Eigentumsrechte der betroffenen Unternehmen (Artikel 14 Absatz 1 GG) zurücktreten müssten. Die zur Begründung eines solchen Verbots aufgeführten Argumente sind allerdings weder stichhaltig, noch nachvollziehbar.

- Hierzu zählen insbesondere die zahlreichen Covid-19-Ausbrüche in Schlachthöfen in Nordrhein-Westfalen, welche laut dem Entwurf auf die schlechten Arbeitsbedingungen und Unterkunftszustände zurückzuführen seien. Allerdings konnte wissenschaftlich widerlegt werden, dass ein Verbot von Werkverträgen und Zeitarbeit in der Fleischindustrie zum Gesundheitsschutz anlässlich der Covid-19-Pandemie in der Bevölkerung bei-

trägt. Es handelt sich hier nämlich nicht um ein Werkvertrags- oder Zeitarbeitsproblem der Fleischbranche, sondern ist generell den Umständen geschuldet, unter denen Fleisch hygienisch verarbeitet werden muss.

- Ebenso wurden schlechte Arbeitsschutzmaßnahmen und die daraus resultierenden hohen Zahlen an Arbeitsunfällen im Bereich des Schlachtens und Zerlegens von Tieren beanstandet. Dass ein höheres Unfallrisiko auch schlicht daraus resultieren kann, dass die Tätigkeit gefährlicher ist und daraus eher Arbeitsunfälle resultieren, bleibt unbeachtet. Aber auch, dass die BGN keinerlei negative Auffälligkeiten in der Fleischwirtschaft feststellen konnte. Vielmehr hielt sie fest, dass der Anteil der Beanstandungen im Schnitt etwa so hoch wie in anderen Branchen ist.

- Offizielle Zahlen belegen weiter, dass die Fleischwirtschaft weder von systematischen Verstößen gegen arbeitsrechtliche Vorschriften besonders betroffen ist, noch dass es innerhalb der Fleischwirtschaft prozentual zu weitaus mehr Strafverfahren kommt, als in anderen Bereichen. Das Gegenteil ist der Fall, denn der überwiegende Anteil der Dienstleister arbeitet ordentlich und gesetzestreu.

- Auch die Aussage, es bestehe durch das schwer durchschaubare Nebeneinander verschiedenster Beschäftigungsverhältnisse eine Schwierigkeit hinsichtlich der Zuordnung der Arbeitnehmer ist im Hinblick auf die bestehende Sofortmeldepflicht, die Mitführungspflicht von Ausweisen in der Fleischwirtschaft und die geringen verzeichneten Verstöße hiergegen nicht haltbar. Von organisierter Verantwortungslosigkeit kann dementsprechend nicht die Rede sein.

- Demnach ist festzuhalten, dass der Entwurf des Verbots von Werkverträgen und Zeitarbeit in der Fleischwirtschaft weder erforderlich, geeignet, noch verhältnismäßig und somit verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt ist. Die durch den Gesetzesentwurf bemängelten Verhältnisse werden durch das geplante Verbot nicht verbessert, sondern vielmehr verschärft und auf eine andere Ebene verlagert. Es existieren bereits mildere Mittel, welche seitens der Verwaltung nur angewandt werden müssen und eine signifikante Verbesserungen hat nach Einschätzung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales auch bereits stattgefunden.

Das Verbot ist demnach verfassungswidrig.

Christian Andorfer
Geschäftsführer

Heiko Greulich
Rechtsanwalt

ArbeitsgemeinschaftWerkverträgeundZeitarbeit
Eine Initiative der Kanzlei
Prof. Dr. Tuengerthal & Kollegen
M 7,3 (Alte Reichsbank), 68161 Mannheim
Tel. +49 621 391 8010-0 / Fax +49 621 391 8010-0
info@werkvertrag-zeitarbeit.de / www.werkvertrag-zeitarbeit.de

AWZ A.029
25.09.2020, CA/gm

Gutachterliche Stellungnahme zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung des Vollzugs im Arbeitsschutz (Arbeitsschutzkontrollgesetz)

Kurzzusammenfassung

Ausgangslage

Werkverträge in der Fleischwirtschaft haben eine lange Tradition (vgl. Gutachten A. 1.). Wie gezeigt wurde, handelte es sich hierbei weder damals, noch heute um ein Mittel zur Ausbeutung von Beschäftigten. Der Entwurf sieht nun jedoch die Unzulässigkeit des Einsatzes von Werkbeschäftigten und Zeitarbeitskräften in der Fleischindustrie, sowie eine Erhöhung der Bußgelder vor. Eine Verstärkung der Kontrollen sei nicht gleich effektiv, weshalb der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Absatz 1 GG), die Berufsfreiheit (Art. 12 Absatz 1 GG) und die Eigentumsrechte der betroffenen Unternehmen (Art. 14 Absatz 1 GG) zurücktreten müssten (vgl. Gutachten A. 3.1). Die zur Begründung eines solchen Verbots aufgeführten Argumente sind allerdings weder stichhaltig, noch nachvollziehbar.

Erhebliche Mängel im Einschätzungssielraum des Gesetzgebers hinsichtlich Covid-19 (vgl. Gutachten B. 2.2)

Besonders kritisiert wurde hinsichtlich der zahlreichen Covid-19-Ausbrüche in Schlachthöfen in Nordrhein-Westfalen, welche laut dem Entwurf auf die schlechten Arbeitsbedingungen und Unter-

kunftszustände zurückzuführen seien. Allerdings konnte wissenschaftlich widerlegt werden, dass ein Verbot von Werkverträgen und Zeitarbeit in der Fleischindustrie zum Gesundheitsschutz anlässlich der Covid-19-Pandemie in der Bevölkerung beiträgt. Es handelt sich hier nämlich nicht um ein Werkvertrags- oder Zeitarbeitsproblem der Fleischbranche, sondern ist generell den Umständen geschuldet, unter denen Fleisch hygienisch verarbeitet werden muss. Auch die zunächst angenommenen Wohnverhältnisse und Transporte waren nicht ursächlich (vgl. Gutachten B. 3.1.2). An der Ausbreitung des Corona-Virus am Arbeitsplatz wird sich folglich durch das Verbot nichts ändern. Denn diese gestaltet sich unabhängig von der vertraglichen Konstruktion.

Erhebliche Mängel im Einschätzungssielraum des Gesetzgebers in sonstiger Hinsicht

Ebenso wurden schlechte Arbeitsschutzmaßnahmen und die daraus resultierenden hohen Zahlen an Arbeitsunfällen im Bereich des Schlachtens und Zerlegens von Tieren beanstandet. Dass ein höheres Unfallrisiko auch schlicht daraus resultieren kann, dass die Tätigkeit gefährlicher ist und daraus eher Arbeitsunfälle resultieren, bleibt unbeachtet. Aber auch, dass die BGN keinerlei negative Auffälligkeiten in der Fleischwirtschaft feststellen konnte. Vielmehr hielt sie fest, dass der Anteil der Beanstandungen im Schnitt etwa so hoch wie in anderen Branchen ist. (vgl. Gutachten B. 2.2)
Offizielle Zahlen belegen weiter, dass die Fleischwirtschaft weder von systematischen Verstößen gegen arbeitsrechtliche Vorschriften besonders betroffen ist, noch dass es innerhalb der Fleischwirtschaft prozentual zu weitaus mehr Strafverfahren kommt, als in anderen Bereichen. Das Gegenteil ist der Fall, denn der überwiegende Anteil der Dienstleister arbeitet ordentlich und gesetzestreu. (vgl. Gutachten B. 2.3)
Auch die Aussage, es bestehe durch das schwer durchschaubare Nebeneinander verschiedenster Beschäftigungsverhältnisse eine Schwierigkeit hinsichtlich der Zuordnung der Arbeitnehmer ist im Hinblick auf die bestehende Sofortmeldepflicht, die Mitführungspflicht von Ausweisen in der Fleischwirtschaft und die geringen verzeichneten Verstöße hiergegen nicht haltbar. Von organisierter Verantwortungslosigkeit kann dementsprechend nicht die Rede sein. (vgl. Gutachten B. 2.5)

Zur Verfassungsmäßigkeit des Verbots von Werkverträgen in der Fleischwirtschaft (vgl. Gutachten 4. – 6.)

Demnach ist festzuhalten, dass der Entwurf des Verbots von Werkverträgen und Zeitarbeit in der Fleischwirtschaft weder erforderlich, geeignet, noch verhältnismäßig und somit verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt ist. Die durch den Gesetzesentwurf bemängelten Verhältnisse werden durch das geplante Verbot nicht verbessert, sondern vielmehr verschärft und auf eine andere Ebe-

ne verlagert. Es existieren bereits mildere Mittel, welche seitens der Verwaltung nur angewandt werden müssen und eine signifikante Verbesserungen hat nach Einschätzung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales auch bereits stattgefunden.

Das Verbot ist demnach im Ergebnis verfassungswidrig.

Christian Andorfer
Geschäftsführer

Heiko Greulich
Rechtsanwalt

ArbeitsgemeinschaftWerkverträgeundZeitarbeit
Eine Initiative der Kanzlei
Prof. Dr. Tuengerthal & Kollegen
M 7,3 (Alte Reichsbank), 68161 Mannheim
Tel. +49 621 391 8010-0 / Fax +49 621 391 8010-0
info@werkvertrag-zeitarbeit.de / www.werkvertrag-zeitarbeit.de

AWZ A.029
18.09.2020, CA/ea

Vorschlag
für eine Änderung
des Arbeitsschutzkontrollgesetzes

Artikel 2

2. § 2 wird wie folgt geändert:

a) Der Wortlaut wird Absatz 1.

b) Folgender Absatz 2 wird angefügt: „

„(2) Die §§ 6 bis 6b finden auf das Fleischerhandwerk keine Anwendung. Zum Fleischerhandwerk im Sinne dieses Gesetzes gehören Unternehmer der Fleischwirtschaft, die in der Regel nicht mehr als ~~49~~ 500 Personen[1] tätig werden lassen und

1. ihre Tätigkeiten nach § 1 Absatz 2 der Handwerksordnung handwerksmäßig betreiben und in die Handwerksrolle des zulassungspflichtigen Handwerks oder in das Verzeichnis des zulassungsfreien Handwerks oder handwerksähnlichen Gewerbes eingetragen sind oder

2. juristische Personen oder rechtsfähige Personengesellschaften sind, deren Mitglieder oder Gesellschafter ausschließlich Unternehmer im Sinne des Satzes 2 Nummer 1 sind.

Bei der Bestimmung der Anzahl der in der Regel tätigen Personen nach Satz 2 sind auch die bei Nachunternehmern tätigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Leiharbeitnehmerinnen und Leiharbeitnehmer sowie Selbstständige mitzuzählen.“

3. § 4 wird wie folgt geändert

a) In Absatz 1 wird nach dem Wort „Arbeitnehmerinnen“ das Wort „oder“ durch das Wort „und“ ersetzt.

[1] IfM Bonn: KMU-Definition

b) In Absatz 2 werden nach dem Wort „die“ die Wörter „Arbeitnehmerinnen und“ eingefügt.

4. § 6 wird wie folgt geändert:

a) In Satz 1 wird vor dem Wort „aufzuzeichnen“ das Wort „elektronisch“ eingefügt und wird der Punkt am Ende durch die Wörter „und diese Aufzeichnung elektronisch aufzubewahren.“ ersetzt.

b) Satz 2 wird aufgehoben. 5. Nach § 6 werden die folgenden §§ 6a und 6b eingefügt:

„§ 6a
Einschränkungen des Einsatzes von Fremdpersonal

(1) Ein Unternehmer muss einen Betrieb oder, im Fall des Absatzes 3 Satz 2, eine übergreifende Organisation, in dem oder in der geschlachtet wird, oder Schlachtkörper zerlegt werden ~~oder Fleisch verarbeitet wird~~, als alleiniger Inhaber führen soweit keine Ausnahme nach Absatz 5 vorliegt. Die gemeinsame Führung eines Betriebes oder einer übergreifenden Organisation durch zwei oder mehrere Unternehmer ist unzulässig.

(2) Der Inhaber darf vorbehaltlich von Absatz 5 im Bereich der Schlachtung einschließlich der Zerlegung von Schlachtkörpern ~~sowie im Bereich der Fleischverarbeitung~~ Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nur im Rahmen von mit ihm bestehenden Arbeitsverhältnissen und im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung tätig werden lassen. Er darf in diesen Bereichen keine Selbstständigen tätig werden lassen. Ein Dritter darf in diesen Bereichen unbeschadet der Zulässigkeit der Überlassung von Leiharbeitnehmerinnen und Leiharbeitnehmern nach Satz 1 keine Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und keine Selbstständigen tätig werden lassen.

(3) Inhaber ist, wer über die Nutzung der Betriebsmittel und den Einsatz des Personals entscheidet. 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.

(4) Eine übergreifende Organisation ist ein überbetrieblicher, nicht notwendig räumlich zusammenhängender Produktionsverbund, in dem die Arbeitsabläufe im Bereich der Schlachtung einschließlich der Zerlegung von Schlachtkörpern oder im Bereich der Fleischverarbeitung aufeinander abgestimmt sind.

(5) Der Inhaber darf im Bereich der Schlachtung einschließlich der Zerlegung von Schlachtkörpern Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer anderer Unternehmen tätig werden lassen, wenn diese Gewähr für die Einhaltung des Arbeitsschutzes bieten. Die Gewähr für die Einhaltung des Arbeitsschutzes wird geboten, wenn

a) das Unternehmen im Vorjahr am Prämienverfahren des zuständigen Unfallversicherungsträgers teilgenommen hat oder

b) das Gütesiegel „Sicher mit System“ oder ein vergleichbares Zertifikat des zuständigen Unfallversicherungsträgers erhalten hat. Für den Zeitraum von der Antragstellung bis zur Entscheidung des zuständigen Unfallversicherungsträgers gilt die Gewähr für die Einhaltung des Arbeitsschutzes als gegeben.

Wird einem Unternehmen von seinem zuständigem Unfallversicherungsträger nicht die Gewähr für die Einhaltung des Arbeitsschutzes bescheinigt, gilt eine frühere Gewähr für die Abwicklung der nach Satz 1 erlaubt abgeschlossenen Verträge als fortbestehend, jedoch nicht länger als zwölf Monate.

~~Artikel 3~~

~~Weitere Änderung des Gesetzes zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft~~

~~Das Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft, das zuletzt durch Artikel 2 dieses Gesetzes geändert worden ist, wird wie folgt geändert:~~

~~1. § 6a Absatz 2 wird wie folgt geändert:~~

~~a) In Satz 1 werden die Wörter „und im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung“ gestrichen.~~

~~b) Satz 3 wird wie folgt gefasst:~~

~~„Ein Dritter darf in diesen Bereichen keine Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und keine Selbstständigen tätig werden lassen und keine Leiharbeitnehmerinnen und Leiharbeitnehmer überlassen.“~~

~~2. Dem § 7 Absatz 2 Nummer 6 werden die Wörter „oder einen Leiharbeitnehmer oder eine Leiharbeitnehmerin überlässt“ angefügt.~~