

Schriftliche Stellungnahme

Prof. Dr. Gregor Thüsing, Bonn

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

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

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

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

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

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

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

d) Antrag der Abgeordneten René Springer, Marc Bernhard, Petr Bystron, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der AfD

Mehr Redlichkeit in der Fleischwirtschaft und faire Löhne für Leiharbeiter - BT-Drucksache 19/22923

siehe Anlage

Der Entwurf enthält zahlreiche und weitgehende Neuerungen. Vieles und zu Vielem könnte man etwas sagen. Doch: *non multa, sed multum*. Nur die mir wichtigsten Punkte seien herausgegriffen. Das Verbot von Werkverträgen gehört dazu nicht. Die Fleischwirtschaft hat sich hierauf schon eingestellt. Bei anderen Regelungen würde das sehr viel schwieriger sein, und ohne einen Nutzen für irgendwen:

I. Tarifvertrag als vorrangiges Regelungsinstrument

Ein *Ceterum censeo* freilich vorab, weil es mit wichtig ist: Vieles von dem, was das Gesetz regelt, könnten die Tarifvertragsparteien regeln – und besser. Es ist bedauerlich, vielleicht sogar ärgerlich, dass die Tarifvertragsparteien nicht die Gunst der Stunden nutzen und im Windschatten des Gesetzgebungsverfahrens den Versuch eines Flächentarifvertrags in Angriff nehmen. Die Arbeitgeberseite hat dazu ihre Bereitschaft signalisiert, die NGG hat einen anberaumten Termin platzen lassen, und dies obwohl die Arbeitgeberseite angeboten hat, von Anfang an einen Moderator mit ins Boot zu holen, der sicherstellen sollte, das daraus tatsächlich was wird. Das wäre eine große Chance gewesen. Ein Tarifvertrag kann präziser, detailgenauer und flexibler die Dinge anpacken als das Gesetz. Und: Es ist **kollektiv ausgeübte Privatautonomie, nicht staatlicher Oktroi**. Wer als Gewerkschaft lieber auf den Gesetzgeber setzt als auf das Verhandlungsmandat, der macht sich überflüssig. **Wir brauchen aber starke, relevante Gewerkschaften** – dann müssen sie die Gelegenheit beim Schopfe packen. Mir ist dieses fehlende Vertrauen in die eigene Kraft und Aufgabe – wenn auch als Außenstehendem - nicht vermittelbar.

II. Verbot von Leiharbeit

Das Verbot von Leiharbeit ist kühn und verfassungsrechtlich wie europarechtlich nicht zu rechtfertigen. Wer mir nicht glaubt, der mag einer Vielzahl von Arbeitsrechtlern glauben: Professoren, Richter, Anwälte, allesamt als Autoren und Herausgebern von Kommentaren des AÜG Kenner der Materie: Professor Dr. *Burkhard Boemke*, Professor *Franz Josef Düwell*, Professor Dr. *Stefan Greiner*, Professor Dr. *Wolfgang Hamann*, Professor Dr. *Heinz-Jürgen Kalb*, Dr. *Martin Kock*, Professorin Dr. *Anja Mengel*, Dr. *Guido Motz*, Professor Dr. *Peter Schüren*, Professor Dr. *Gregor Thüsing*, Professor Dr. *Rolf Wank*. Wir haben einen gemeinsamen Beitrag in der Neuen Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA 2020, S. 1160 ff.)

veröffentlicht, weil wir zwar das Ziel des Gesetzes teilen, dafür jedoch geeignete und verhältnismäßige Mittel einfordern. Dazu gehört das Verbot der Leiharbeit nicht. **Unser Fazit ist eindeutig:**

„Die vorstehenden Überlegungen haben ergeben, dass der derzeitige Entwurf weder mit Verfassungs- noch Europarecht zu vereinbaren ist. Das heißt indes nicht, dass der Gesetzgeber nicht handeln kann – und soll. Doch er sollte sich auf die Fehlentwicklungen konzentrieren, die tatsächlich dem Arbeitnehmerschutz entgegenstehen. Schon im Eckpunktepapier des BMAS vom 20.5.2020 werden die Missstände benannt, denen abgeholfen werden soll: „Überbelegungen und Wuchermieten, Verstöße gegen Hygiene-, Abstands- und Arbeitsschutzbestimmungen (insbesondere fehlende Schutzausrüstung, zu geringer Sicherheitsabstand, keine arbeitsmedizinische Versorgung) sowie Verstöße gegen das Mindestlohn- und Arbeitszeitgesetz.“ Eben daran ist anzuknüpfen. Die juristische Werkzeugkiste ist voll, aber es fehlt der Mut, sie anzuwenden.“

Diese Stellungnahme hat schon erste Kreise gezogen in der wissenschaftlichen Diskussion und diese hat uns bestärkt. Prof. Dr. *Markus Stoffels* von der Universität Heidelberg schreibt in seinem Blog des Beck-Verlags:

„Schon frühzeitig sind in einem Beck-Blog-Beitrag vom 20.5.2020 verfassungsrechtliche Zweifel an einem solchen Verbot geäußert worden. Im neuesten Heft der NZA (2020, 1160) wird in einem Gemeinschaftsbeitrag zahlreicher prominenter Arbeitsrechtler die Kritik an diesem Gesetzgebungsvorhaben sehr deutlich und publikumswirksam artikuliert. In dem Beitrag der Autoren Boemke, Düwell, Greiner, Hamann, Kalb, Kock, Mengel, Motz, Schüren, Thüsing und Wank wird eindringlich vor einer arbeitsrechtlichen Fehlregulierung gewarnt, die an den eigentlichen Gesetzeszielen vorbeigehe. Der derzeitige Entwurf sei weder mit Verfassungs- noch mit Europarecht zu vereinbaren. Die Stellungnahme ist aber auch deshalb interessant, weil sehr plausibel alternative Regelungsmöglichkeiten aufgezeigt werden (Vergütung, Mietbedingungen, Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz), die zielgenauer wirken würden. Summa summarum ein wichtiger Beitrag, der im Gesetzgebungsverfahren unbedingt berücksichtigt werden sollte.“¹

Dies knüpft an einen früheren Beitrag an, der ebenfalls in die gleiche Richtung geht:

„Angesichts der offenkundigen Missstände in dieser Branche wird man ein Einschreiten des Gesetzgebers grundsätzlich gutheißen können. Allerdings stellt sich schon die Frage der

¹ <https://community.beck.de/2020/09/11/das-geplante-verbot-der-arbeitnehmerueberlassung-in-der-fleischindustrie-in-der-kritik>

Verhältnismäßigkeit und damit auch der Verfassungsmäßigkeit eines derart weitgehenden Verbots. Die grundrechtlich gewährleistete unternehmerische Freiheit umfasst immerhin auch die Entscheidung, ob eine bestimmte Leistung durch eigene Arbeitskräfte oder aber durch Dritte auf der Basis von Werkverträgen bzw. unter Inanspruchnahme von Leiharbeit erbracht wird.“²

Warum so viele der rechtlich Kundigen tatsächlich einmal einer Meinung sind – viel zu selten bei Juristen – hat einen einfachen Grund: Sowohl der europäische als auch der deutsche Gesetzgeber haben die Leiharbeit reguliert. Es existiert ein Erlaubnisvorbehalt, der unseriöse Verleiher ausschließt. Seit 2017 besteht zum Schutz vor Substituierung der Stammbeslegschaft eine Höchstüberlassungsdauer und zur sozialen Absicherung der Leiharbeiter eine verbesserte Regelung zur Gleichstellung mit Stammarbeitnehmern (*Equal-Pay-Gebot*). Die Tätigkeit bei dem Entleiher unterliegt den für den Betrieb des Entleihers geltenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Arbeitsschutzrechts; die sich hieraus ergebenden Arbeitgeberpflichten obliegen dem Entleiher. Der Betriebsinhaber ist persönlich verantwortlich. Anders als bei Werkverträgen kann nicht auf die Verantwortung eines Dritten verwiesen werden. Es entsteht kein Überwachungs- und Korrekturdefizit, wie es wegen der Werkvertragsketten von den Zoll- und Arbeitsschutzbehörden beklagt wird; denn der Betriebsinhaber ist als Entleiher vor Ort stets "greifbar". Ihm können die erforderlichen Maßnahmen zur Abhilfe aufgegeben werden. Zudem sind die Leiharbeiter seit fast 20 Jahren im Entleiherbetrieb wahlberechtigt. Seit 2017 ist klargestellt, dass sie nicht nur „wählen“, sondern auch für die Schwellenwerte der Betriebsverfassung „zählen“. So ist sichergestellt, dass der Betriebsrat sie gegenüber dem Betriebsinhaber vertreten kann. Die tragenden Gründe, die für ein Verbot der Werkverträge sprechen, gelten demnach nicht für ein Leiharbeitsverbot.

Zudem: Ein Verbot wäre kontraproduktiv. Die Fleischwirtschaft hat wegen ihrer saisonabhängigen Nachfrageschwankungen nach Geflügel, Rind oder Schwein einen erheblichen Bedarf an Zusatzarbeitskräften, die temporär eingesetzt werden. Bei einem Leiharbeitsverbot entstehen keine Dauerarbeitsplätze, vielmehr weicht der jeweilige Schlachtbetrieb für sein Saisongeschäft auf befristete Einstellungen aus. Die Befristung geht zu Lasten der Arbeitnehmer. Diese haben so lange Leerlauf, bis sie eine andere befristete Stelle finden. Demgegenüber hat ein Leiharbeiter ein Dauerarbeitsverhältnis mit seinem Verleiher. Das überdauert wegen des Synchronisationsverbots verleihfreie Zeiten. Der

² <https://community.beck.de/2020/05/20/verbot-von-leiharbeit-und-werkvertraegen-in-der-fleischindustrie>

Arbeitnehmer wechselt nur den Entleiherbetrieb, nicht den Arbeitgeber. Gerade hier zeigt sich der legitime Zweck von Leiharbeit: Es geht um die Abdeckung von Auftragsspitzen. Insoweit hat schon 2003 das Bundesarbeitsgericht festgestellt: Leiharbeit ist ein akzeptiertes Mittel des Personaleinsatzes. Der Gesetzentwurf will die Fortsetzung der Substituierung von Stammbeschaften durch ein Ausweichen auf Leiharbeit verhindern. Sind wegen der Besonderheiten dieser Branche die allgemeinen Bestimmungen zu wenig effektiv, dann mag eine sektorale Regelung getroffen werden. Diese kann in einer wesentlich kürzeren Höchstüberlassungsdauer bestehen, die gezielt den Ausgleich für Arbeitsspitzen absichert. In Betracht kommt auch eine weitere Schärfung des Gleichstellungsgebots, nach der keine Unterschreitung des Equal-Pay-Gebots zulässig ist. Bevor ein branchenweites Verbot verhängt wird, bedarf es der Prüfung dieser milderer Mittel. Das gebietet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit!

Die Gesetzesbegründung versucht das Verbot mit dem Hinweis zu rechtfertigen, die Einheit von Arbeitsvertragsarbeitgeber und Weisungsgeber erleichtere die Kontrolle von Arbeitsverstößen. Das mag zuweilen stimmen - doch könnte man mit diesem Argument jegliche Leiharbeit in jeglicher Branche verbieten. Das kann schon aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht rechtens sein. Die Karlsruher Richter haben deutlich gemacht, dass ein Verbot der Leiharbeit ohne hinreichende sachliche Gründe unzulässig ist. Zu Recht weist das Gericht darauf hin, dass "Grundrechte nicht nur nach Maßgabe dessen bestehen, was an Verwaltungseinrichtungen vorhanden ist". Führt die Aufstockung von Kontrolleinrichtungen zur Gewährleistung eines effektiven Schutzniveaus bei milderer Einschränkung, so gebührt dieser unter dem Aspekt der Erforderlichkeit der Vorrang. Vor allem aber ist das Verbot an den Vorgaben des Artikel 4 der Leiharbeitsrichtlinie zu messen: Es braucht hinreichende Gründe des Allgemeininteresses für ein Verbot. Zu diesen Gründen gehören der Schutz der Leiharbeitnehmer, die Erfordernisse von Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz sowie die Notwendigkeit, das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarktes zu gewährleisten und Missbrauch der Leiharbeit zu verhüten. Und eben diese Gründe sind in einer solchen Pauschalität nicht ersichtlich.

Deshalb täte der Gesetzgeber gut daran, mutig voranzuschreiten, fokussiert auf das, was wirklich hilft: mehr Kontrollen, präzisere Vorgaben für angemessene Unterkünfte und für eine fälschungssichere digitale Arbeitszeiterfassung, damit der Arbeits- und Gesundheitsschutz gewährleistet und auch jede Arbeitsstunde wirklich bezahlt wird. Das Verbot der Leiharbeit

sollte nicht zum Beifang werden. Das zeigen nicht zuletzt auch die apodiktischen Hinweise von Kollegen *Deinert* zur Rechtfertigung seines Gutachtens und zur Erwiderung auf die geballte Kollegenmeinung. Wenn selbst ihm keine substantiellere Begründung des Verbots einfällt, dann zeigt dies, wie klug es wäre, davon abzulassen. War er rügt, dass man „übersehen“ oder „verkannt“ habe, wurde detailreich analysiert und in den verfassungs- und europarechtlichen Kontext eingeordnet.

III. Verbot der Zusammenarbeit von Unternehmen unter Abstimmung von Arbeitsabläufen

Nicht weniger problematisch und in seinen Folgen wohlmöglich weitreichender ist das ja schon im Vorfeld kritisierte Kooperationsverbot.³ Was damit gemeint ist, erschließt sich nicht auf den ersten Blick. Ein Betrieb oder eine vom Gesetz neu definierte „übergreifende Organisation“ der Fleischverarbeitung darf nur einen Inhaber haben (§ 6a Abs. 1 GSA Fleisch-E). Dazu wird der Begriff des Betriebsinhabers in § 6a Abs. 3 GSA-Fleisch-E abweichend vom Betriebsverfassungsgesetz definiert. Ergänzend wird in § 6a Abs. 4 des Entwurfs die überbetriebliche Organisation definiert, Auch diese darf nur einen Inhaber haben (§ 6a Abs. 1 GSA Fleisch-E). Sie ist immer dann gegeben, wenn in einem überbetrieblichen, nicht notwendig räumlich zusammenhängenden Produktionsverbund „die Arbeitsabläufe im Bereich der ... Fleischverarbeitung aufeinander abgestimmt sind“. Ein Verstoß hiergegen ist mittelbar über § 7 Abs. 1 Nr. 1-3 GSA Fleisch-E als Ordnungswidrigkeit sanktioniert. Daraus folgt: Es soll ordnungswidrig sein, dass mehrere Unternehmen aufeinander abgestimmt in den Arbeitsabläufen der Fleischverarbeitung zusammenarbeiten. Denn sonst würde es mehrere Betriebs- oder Organisationsinhaber geben, die jeweils ihre Arbeitnehmer arbeiten lassen, und das darf in einer übergreifenden Organisation nicht sein.

In den Eckpunkten vom 20.5. sind diese Regelungen nicht vorgesehen. Die Eckpunkte beschränken sich vielmehr auf Regelungen des Arbeitnehmerschutzes. Es finden sich keine Vorhaben zur Regelung der Unternehmens- und Konzernorganisation. Der Entwurf verlagert damit die Regelungen weit über das angestrebte Maß hinaus, ohne die Sinnhaftigkeit dargelegt zu haben. Denn die Entwurfsbegründung erläutert auf mehreren Seiten, warum von einer

³ S. etwa die Stellungnahme der BDA zum Referentenentwurf, abrufbar unter <https://www.bmas.de/DE/Service/Gesetze/arbeitsschutzkontrollgesetz.htm>.

Verfassungs- und Europarechtskonformität des Verbots der Werkverträge und der Leiharbeit auszugehen ist. Im Hinblick auf diesen noch schwerwiegenden Eingriff in die Unternehmerfreiheit und Dienstleistungsfreiheit verliert er aber kein Wort. Auch das vom MAGS NRW in Auftrag gegebene Gutachten von Prof. Dr. *Olaf Deinert* verhält sich hierzu nicht. Die verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Herausforderungen sind bislang nicht geprüft worden, obwohl erste juristische Stellungnahmen bereits Annahmen, dass schon das Verbot von Werkverträgen und das einschränkungslose Verbot von Leiharbeit unverhältnismäßig sein könnte (s. *Bayreuther*, NZA 2020, S. 773). Umso höher sind die Würden hier, denn hier wird kein Arbeitnehmerschutz formuliert, sondern es werden Strukturvorgaben für die Unternehmensorganisation gemacht. Der Eingriff in die Unternehmerfreiheit des Art 12 GG und die europäischen Grundfreiheiten sind hier umso weitgehender. **Eine intensive verfassungs- und europarechtliche Prüfung ist daher erforderlich und steht noch aus.** Das inzwischen vorliegende Gutachten von *Däubler* im Auftrag des DGB und der NGG stellt demgegenüber lapidar fest:

„Diese auf den ersten Blick überraschende Regelung rechtfertigt sich mit dem Gedanken des Umgehungsschutzes. Würde es diese Bestimmungen nicht geben, könnte man weiterhin einzelne Arbeitsschritte jeweils einer Gesellschaft zuordnen, die dann ihre eigenen Arbeitnehmer beschäftigen würde. „Zutrieb“, „Tötung der Tiere“, „Zerlegung“, „Verarbeitung“ usw. wären jeweils eine selbständige Einheit, die auf der Grundlage eines wie auch immer benannten Vertrages einen Teil des Produktionsprozesses in eigener Verantwortung erledigen würde. Damit wären im Prinzip die heutigen Verhältnisse beibehalten, die zu verändern zentrales Ziel des Gesetzes ist.“⁴

Dieser schlanke Hinweis greift zu kurz. Die Regelung ist nicht nur überraschend, sie ist auch wie die folgenden Überlegungen deutlich machen werden - viel zu weitreichend. Hier genauer hinzusehen drängt sich auf. Denn das Europarecht statuiert mit der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 ff. AEUV und der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV dabei sowohl auf Seiten des Unternehmers bzw. (Betriebs-)Inhabers oder Arbeitgebers als auch des Vertragspartners bzw. Arbeitnehmers Schranken, mit denen ein solches Verbot der Kooperation zwischen verschiedenen Unternehmen der Fleischwirtschaft in Einklang zu bringen wäre. Im Vordergrund der verfassungsrechtlichen Legitimierung eines Verbots steht die in Art. 12 GG verankerte Berufsfreiheit der verschiedenen Akteure der Fleischwirtschaft. Als Grundrecht gewährleistet diese jedem Einzelnen, jede erlaubte Tätigkeit als Beruf zu

⁴ *Däubler*, Arbeitsrechtliche Probleme der Fleischindustrie, S.28, abrufbar
<https://www.dgb.de/themen/++co++6cd6afb2-f8de-11ea-8297-001a4a160123>

ergreifen.⁵ Der Schutz des Grundrechts kommt dabei den Akteuren gleichermaßen zu. Ein Kooperationsverbot muss vor diesem Hintergrund aus verschiedenen Blickwinkeln beleuchtet werden.

Eine Rechtfertigung mit dem **Ziel des Arbeitnehmerschutzes** ist nicht möglich: Es geht also um Arbeitnehmerschutz, wie auch die Eckpunkte deutlich machen: „Gerade für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die sich in verschiedenen Bereichen nur temporär in Deutschland aufhalten, über eingeschränkte Sprachkenntnisse verfügen und keine Möglichkeit haben, auf dem Wohnungsmarkt eine Wohnung zu finden, besteht ein besonderes Schutzbedürfnis.“

Nun ist der Arbeitnehmerschutz wohl das zentrale Anliegen allen Arbeitsrechts und im Kern nicht nur verfassungsrechtlich zulässig, sondern – wie das BVerfG beim Kündigungsschutz deutlich macht hat – auch geboten.⁶ Das Sozialstaatsprinzip enthält einen Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber. Es verpflichtet ihn, für einen Ausgleich der Gegensätze zu sorgen. Darüber hinaus gebietet es staatliche Fürsorge für Einzelne oder Gruppen, die aufgrund ihrer persönlichen Lebensumstände oder gesellschaftlicher Benachteiligungen an ihrer persönlichen oder sozialen Entfaltung gehindert sind.⁷ Sicherlich: *pacta sunt servanda*. Die Rechtsordnung will die Einigung der Parteien im Grundsatz anerkennen und schützt dies gerade durch die Vertrags- und Berufsfreiheit. Sie macht sich damit die Einigung der Vertragsparteien zu eigen, erzwingt ihre Befolgung und sanktioniert Verstöße. Doch gilt ebenso: Die absolute Vertragsfreiheit zu proklamieren, jeden Vertrag für wirksam zu erklären, schlicht weil er durch den beidseitigen Konsens legitimiert ist, heißt den Triumph der Gewalt, der List oder jeder anderen Überlegenheit auf Verfassungsebene zu heben, hieße, wie es v. Jhering gesagt hat, ein Jagdpass für Räuber und Piraten mit dem Recht der freien Pürsch auf alle, die ihnen in die Hände fallen.⁸

Der Arbeitnehmerschutz würde durch das Kooperationsverbot jedoch nicht unmittelbar geregelt. So schon die Eignung des Verbots in Frage stehen. Für den Arbeitsschutz kann

⁵ Grundlegend BVerfG v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, NJW 1958, 1035, 1036.

⁶ BVerfG, Beschl. v. 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, BVerfGE 97, 169, 178.

⁷ BVerfG, Beschl. v. 3.4.2001 – 1 BvL 32/97, BVerfGE 103, 293, 306 f.; Beschl. v. 27.4.1999 – 1 BvR 2203/93, BVerfGE 100, 271, 284;

⁸ S. v. Jhering, Der Zweck im Recht Bd. 1, 1877, S. 146.

insbesondere auch auf die sonstigen Inhalte des GSA Fleisch verwiesen werden, das ja gerade auch für Dienstleister in Schlachtbetrieben gilt und hier einen branchenspezifischen weitgehenden Schutz realisiert:

Ziel des Gesetzes ist es unter anderem, die Umgehung der Pflicht zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen durch die Beauftragung von Nachunternehmern zu verhindern. Daher wird eine Durchgriffshaftung für Sozialversicherungsbeiträge eingeführt. Das zuvor nur für Unternehmer des Baugewerbes geltende System der Haftung für Gesamtsozialversicherungsbeiträge und für Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung wurde auf den Bereich der Fleischwirtschaft ausgedehnt. Zudem wird festgelegt, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Arbeitsmittel, Schutzkleidung und persönliche Schutzausrüstung unentgeltlich zur Verfügung stellen und Instand halten muss. Ferner ist das Arbeitsentgelt in Euro zu berechnen und auszuzahlen. Verboten wird, dass der Arbeitgeber mit eigenen Forderungen gegenüber dem unpfändbaren Teil des Vergütungsanspruchs des Arbeitnehmers aufrechnet. In Bezug auf die nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz zu erstellenden Dokumente soll festgelegt werden, dass hierfür kürzere als im Arbeitnehmer-Entsendegesetz festgelegte Fristen gelten. So soll der Beginn der täglichen Arbeitszeit von Arbeitnehmern sowie Leiharbeitnehmern unmittelbar bei Arbeitsaufnahme, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit am Tag der Arbeitsleistung aufgezeichnet werden. Verstöße gegen das Gesetz werden mit Bußgeldern geahndet, die bis zu 50.000,00 EUR betragen können.

Beim Arbeitslohn nun würde das Direktanstellungsgebot ebenso wie das Kooperationsverbot zu keinem Unterschied führen, denn es gibt bislang leider keinen Flächentarifvertrag und der gesetzliche Mindestlohn gilt bereits jetzt und würde unverändert gelten, wenn in Folge verbotener Zusammenarbeit der Akteure der Fleischindustrie alle Arbeiter beim Schlachthofinhaber selbst angestellt wären.⁹ Eine darüberhinausgehende Verpflichtung zur Entgeltzahlung besteht nicht.

Selbst im Fleischerhandwerk verdient eine Hilfskraft ohne Ausbildung in NRW nach dem einschlägigen Tarifvertrag nur 1542 Euro im Monat bei 39h pro Woche, und damit nicht mehr als der gesetzliche Mindestlohn – und ungelernete Arbeitskräfte, die nur periodisch im Jahr beschäftigt werden (max. 50 Tage im Jahr), verdienen tarifvertraglich seit 2017 nur 1504 Euro, was durch den gesetzlichen Mindestlohn inzwischen überholt ist.¹⁰

⁹ Einzelheiten Thüsing/Pöppers, MiLoG/AEntG, 2. Aufl. 2016, § 22 MiLoG Rn. 1.

¹⁰ S. Tarifregister des Landes NRW, abrufbar unter <http://www.tarifregister.nrw.de/material/fleischer1.pdf>, letzter Abruf v. 1.10.2020.

Wer hier höhere Löhne will, der muss den gesetzlichen Mindestlohn erhöhen, oder aber die Tarifvertragsparteien zu höheren Löhnen ermutigen, und diese dann für allgemeinverbindlich erklären. Das Kooperationsverbot ist hierfür ungeeignet; es verhindert mit anderen Worten ausbeuterische Lohnbedingungen nicht. Dem entspricht auch die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Bundestagsfraktion DIE LINKE, BT-Drucks. 19/17679, S. 3: „Die Bundesregierung hat keine Kenntnis darüber, ob die Arbeitsbedingungen von Kern- und Randbelegschaften in der Fleischindustrie stark voneinander abweichen“. Dann kann man auch nicht mit dem Hinweis auf den Arbeitnehmerschutz die Randbelegschaften verbieten.

Bleibt als mögliche **Rechtfertigung der in den Gesetzgebungsmaterialien betonte Wille, Umgehungen des Gesetzes** zu verhindern, also das Verbot von Leiharbeit und Werkverträge nicht leerlaufen zu lassen, auf das ja auch *Däubler* wie eingangs dargelegt als Rechtfertigung abstellt. Es scheint in der Tat der zentrale Rechtfertigungspunkt nach der Konzeption des Gesetzes. Das wiederum würde voraussetzen, dass diese verfassungskonform sind. Zumindest beim Verbot der Leiharbeit wird das ja vielfach bestritten.¹¹, auch beim Verbot von Werkverträgen ist Kritik vernehmbar.¹² Teilt man diese Ansicht, dann teilt das Kooperationsverbot, dass nur dem Schutz dieser Regelungen dient, das juristische Schicksal dieser Regelungen. Wenn man aber das Verbot von Werkverträgen und Leiharbeit für verfassungs- und europarechtskonform hält. dann gilt das nicht notwendig auch für das Kooperationsverbot.

Dabei ist unbestritten: Der Gesetzgeber kann „Vorfeldschutz“ schaffen und Umgehungen verbieten. Im Strafrecht gibt es das abstrakte Gefährdungsdelikt, das den Schutzbereich weiter zieht, als es das konkrete Gefährdungsdelikt oder das Erfolgsdelikt tut.¹³ Er darf gleichsam einen „Zaun um die Thora“ bauen: das eigentlich gemeinte Gebot wird durch ergänzende Verhaltenspflichten erweitert, um jedenfalls dessen Erfüllung durchzusetzen.¹⁴ Ein solcher Vorfeldschutz aber müsste verhältnismäßig sein. Es fehlt ihm schlicht die Erforderlichkeit. Ginge es nur um die Verhinderung der Gesetzesumgehung, könnte es auf diese Fälle beschränkt

¹¹ S. hierzu *Thüsing et alii*, NZA 2020, 1160 ff.

¹² Fragend-tastend *Bayreuther*, NZA 2020, 773. Entschieden und eindrucksvoll *Greiner*, FAZ v. 30.9.2020.

¹³ Zur Unterscheidung s. Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/*Zieschang*, StGB, 5. Aufl. 2017, § 316 Rn. 2 ff.

¹⁴ S. zur entspr. Auslegungsmaxime und Gesetzgebungsgenese im jüdischen Recht den Talmud die Mischna: Abbot I 1; dazu *Stemberger*, Epochen der jüdischen Literatur, 1991, S. 79 f.

werden. Der Gesetzgeber könnte sich mit einer Fassung begnügen, die sich ausdrücklich auf solche Kooperationen beschränkt, die rechtsmissbräuchlich die Ziele des Gesetzes umgehen.

§ 6a Abs. 1 würde dann etwa wie folgt lauten: „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, wenn die gemeinsame Führung durch zwei oder mehrere Unternehmer rechtsmissbräuchlich mit dem Ziel zur Umgehung des Arbeitnehmerschutzes erfolgt“.

Das tut es aber nicht wie die z.B. vom Verband der Ernährungswirtschaft¹⁵ genannten Beispiele erfasster Sachverhalte gezeigt haben, auf die hier verwiesen werden kann.

Das „schlechte Gewissen“ des Gesetzes offenbart seine Begründung. Dort heißt es: „Nicht erfasst wird die sinnvolle Kooperation verschiedener Unternehmen, die jeweils einen oder mehrere Produktionsschritte durch eigene Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ausführen, sofern diese nicht gesellschaftsrechtlich, organisatorisch oder wirtschaftlich miteinander verbunden sind (Kooperationsverbände). § 6a Abs. 3 und 4 soll den Gestaltungsmissbrauch verhindern, indem zum Beispiel eine „künstliche“ (gesellschaftsrechtliche und/oder organisatorische) Abspaltung von wirtschaftlichem Vorteil und unternehmerischer Verantwortung durch gezielte Organisation der Abläufe und/oder Gestaltung der Strukturen unterbunden wird.“¹⁶ Das Problem an dieser Begründung: Es ist nur (spät im Gesetzgebungsverfahren eingefügte) Erläuterung, die im Wortlaut des Gesetzes keinen Anhaltspunkt hat – was auch *Däubler* kritisiert und daher eine Klarstellung vorschlägt.¹⁷ Zudem: Gerade im Konzern führt dies zu Problemen, weil „sinnvolle Kooperation verschiedener Unternehmen“ eben nur zulässig sein soll „sofern diese nicht gesellschaftsrechtlich, organisatorisch oder wirtschaftlich miteinander verbunden sind“. Und das ist im Konzern eben der Fall. **Auch wenn es also sinnvoll ist, sollen Kooperationen verboten sein, weil die Kooperation sich in einem Konzern abspielt. Das kann nicht richtig sein.**

¹⁵ Stellungnahme des Verbandes der Ernährungswirtschaft e. V. zum Referentenentwurf des Arbeitsschutzkontrollgesetzes vom 23.07.2020, abrufbar https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Gesetze/Stellungnahmen/arbeitschutzkontrollgesetz-verband-der-ernaehrungswirtschaft.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (dort freilich bezeichnet als „Verband der Ernährungswissenschaft. Einen solchen Verband gibt es aber nur in Österreich: <https://www.veoe.org/>).

¹⁶ BT-Drucksache 19/21978, 35.

¹⁷ *Däubler*, Arbeitsrechtliche Probleme der Fleischindustrie, S.29.

Wie weit der Gesetzgeber ausholt, zeigt nicht zuletzt auch die zwischenzeitlich auf der Internetseite des BMAS veröffentlichten Fragen und Antworten zur möglichen Umgehung des Gesetzes. Das BMAS nennt als einziges Beispiel einer zulässigen Zusammenarbeit die *komplette Übernahme* der Produktion des einen Unternehmen nach temporärer Schließung eines anderen. Das ist nicht Zusammenarbeit in der Produktion, sondern Verlagerung von Produktion.¹⁸ Alles andere steht in der Gefahr der Unzulässigkeit.

Kurz: Das derzeit avisierte, allumfassende Kooperationsverbot aus § 6a GSA-Fleisch ist deutlich überschießend, kann nicht bei jeglicher unternehmerischen Interaktion unter Abstimmung von Arbeitsabläufen mit der Verhinderung von Gesetzesverstößen gegen den Arbeitsschutz begründet werden und ist daher für die Schlachthofinhaber schlicht unverhältnismäßig.

Darüber hinaus begegnet das Kooperationsverbot in seiner jetzigen Fassung tiefgreifenden **Bestimmtheitsbedenken**, die sich aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten speisen: Denn der Gesetzgeber muss dem Normadressaten verdeutlichen, welche Verhaltensweisen er verbieten und ggf. sanktionieren will.¹⁹ Mit zunehmender Eingriffsintensität der betreffenden Norm steigen die Anforderungen an die Bestimmtheit.²⁰ Im Rahmen von § 7 GSA-Fleisch, der Verstöße gegen § 6a GSA-Fleisch absichert, daran anzuknüpfen, dass „die Arbeitsabläufe im Bereich der ... Fleischverarbeitung aufeinander abgestimmt sind“, genügt diesen Anforderungen wohl kaum. Auch eine Auslegung hilft nicht weiter. Denn immer dann, wenn Unternehmen der Fleischwirtschaft künftig in irgendeiner Weise die Produktionsprozesse des jeweils anderen zur Grundlage der eigenen Produktion machen, droht das Risiko des Ordnungsgelds nach § 7 GSA-Fleisch – ohne, dass man genau fassen könnte, wann genau. Dabei erfolgt nahezu jede Zusammenarbeit von Unternehmen (nicht nur in der Fleischwirtschaft) in Abstimmung aufeinander. Die Folge wäre, dass jeder Produktionsschritt einer Fleischverarbeitung – vom Schlachten des Schweins über die Zerlegung bis zur Schimmelveredelung der Salami – bei einem einzigen Unternehmen liegen muss, denn eine

¹⁸ „Verbot von Werkverträgen und Leiharbeit im Gesetzentwurf zum „Arbeitsschutzkontrollgesetz“ - Fragen und Antworten zur möglichen Umgehung“, abrufbar https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Pressemitteilungen/2020/fragen-und-antworten-zur-mgl-umgehung-arbeitsschutzkontrollgesetz.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

¹⁹ Ausführlich BVerfGE 110, 33 ff. (54 f.) sowie Maunz/Düring/*Grzeszok*, GG, 90. EL 2020, Art. 20 GG Rn. 59 ff.

²⁰ Grundlegend BVerfGE 49, 168 ff. (181); 59, 104 ff. (114).

Übergabe des Zwischenprodukts an den jeweils nächsten Unternehmer ist ohne Abstimmung der Produktionsabläufe faktisch nicht möglich. Es ist – gerade vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit – nicht ersichtlich, womit das begründet werden könnte.

Das BMAS hat vor wenigen Tagen diese Fragen noch einmal in einem **Infopapier zur Inhaberregelung** adressiert und versucht, den durch und durch verunglückten Gesetzestext geradezurücken. Dort stellt es fest: „Eine übergreifende Organisation liegt nur unter folgenden Voraussetzungen vor:

1. Es muss zwischen mehreren Betrieben ein überbetrieblicher Produktionsverbund bestehen.
2. Die Arbeitsabläufe müssen in dem Produktionsverbund dergestalt aufeinander abgestimmt sein, dass sie inhaltlich oder zeitlich im Wesentlichen vorgegeben sind.“

Zudem erläutert es: „Ein Produktionsverbund liegt vor, wenn nach der Verkehrsanschauung davon auszugehen ist, dass die zusammenwirkenden Unternehmen zumindest teilweise ein gemeinsames Produktionsziel verfolgen. Damit ist in Abgrenzung zum Produktionsverbund von vornherein nicht erfasst die sinnvolle Kooperation von Unternehmen, die jeweils im Wesentlichen eigenständige, voneinander unabhängige Produktionsziele verfolgen.“ **Das ist interessant – nur es steht so nicht im Gesetz.** Und solange es nicht im Gesetz steht, ist eine solche Interpretation durch die Exekutive juristisch belanglos. **Damit diese Norm handhabbar wird, muss – es hilft nichts – der Gesetzestext geändert werden.** Danach muss – wie jetzt auch das Ministerium ausführt – klargestellt werden: „Die verschiedenen Betriebsstätten bilden nur dann eine übergreifende Organisation, wenn in ihnen die Arbeitsabläufe inhaltlich oder zeitlich im Wesentlichen vorgegeben sind. Danach genügt keine Abstimmung der Arbeitsprozesse zwischen gleichberechtigten Unternehmen auf Augenhöhe. Nicht hinreichend ist es insofern, wenn Unternehmen der Fleischwirtschaft künftig in irgendeiner Weise die Produktionsprozesse und Arbeitsplanung des jeweils anderen zur Grundlage der eigenen Produktion machen. Auch die bloße Übergabe eines Zwischenprodukts an das nächste Unternehmen begründet für sich genommen noch keine übergreifende Organisation, auch nicht, wenn diese Anlieferung von Arbeitnehmern erfolgt, oder im Wissen und unter der Voraussetzung stattfindet, dass beim Folgeunternehmen zu dieser Zeit Arbeitnehmer tätig sind.“

All dies hilft gegen die Unbestimmtheit der Norm nicht. §6a Abs. 4 GSA Fleisch muss auf Missbrauchssituationen begrenzt werden – es handelt sich ja um eine Ordnungswidrigkeit! Die

vom Infopapier geforderte „qualitative Betrachtung“ der Fremdbestimmung wird von der Praxis nicht geleistet werden können. Weil es nur Vorfeldschutz ist, muss er eng und spezifisch gefasst werden.

III. Was ist der Kernbereich von Schlachten und Fleischverarbeitung? Ein anderes Arbeitsrecht für die Verpackung von Wurst als für Käse?

Die Eckpunkte hatten noch ein klares Bild vor Augen. „Ab dem 1. Januar 2021 soll das Schlachten und die Verarbeitung von Fleisch in Betrieben der Fleischwirtschaft im Sinne des § 6 Absatz 10 Arbeitnehmer-Entsendegesetzes nur noch von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern des eigenen Betriebes zulässig sein“. Der Entwurf sieht demgegenüber vor, dass Werkverträge und Leiharbeit auch in der Portionierung und Verpackung von Fleisch und Fleischprodukten verboten werden soll („Zutrieb, Tötung, Schlachtung einschließlich Ausweiden, Kuttelei, Grobzerlegung, Feinzerlegung, Convenience und Verpackung“).²¹ Wer Wurst schneidet und verpackt, der verarbeitet sie nicht. Ich halte es für überzeugend, was schon zum Referentenentwurf geäußert wurde²²: Das sind Logistikleistungen, die in jeder Produktion und nicht anders als in anderen Wirtschaftsbereichen stattfinden. Es ist nicht erklärbar, warum bei der Verpackung von Käse ein anderes Arbeitsrecht gelten soll als bei der Verpackung von Wurst. Das Verbot braucht eine spezifische, von anderen Branchen abgrenzbare Gefährdungslage des Gesundheitsschutzes und der Beeinträchtigung von Arbeitnehmerrechten gibt. Diese wurden nicht dargelegt und können nicht dargelegt werden. Die vorgesehenen Pauschalregelungen sind unverhältnismäßig und verstoßen gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 GG. **Zumindest die Verpackung und Logistik ist aus dem Verbot auszunehmen.**

IV. Was man stattdessen tun kann: Regulierung des Entgelts für Unterkünfte

Über all diese Kritik darf nicht vergessen werden: Das Ziel des Gesetzes ist sinnvoll und gut. Und es gäbe bessere Wege, dieses Ziel zu erreichen. Nicht ideologiebelastete Schnellschüsse, sondern Regelungen konkret am Problem. Ich zitiere aus der Stellungnahme des Deutschen

²¹ Drucksache 426/20 - 14 -

Gewerkschaftsbundes vom 23. Juli 2020²³ zum Referentenentwurf des Arbeitsschutzkontrollgesetzes vom 21. Juli 2020. Sie macht in der Vorbemerkung auf S. 2 deutlich:

„Die Wohnungen sind Voraussetzung dafür, dass überhaupt eine Arbeitsleistung erbracht werden kann. Diese Kosten sollten nicht auf die Beschäftigten abgewälzt werden, zumindest muss eine Begrenzung erfolgen.“

Auf S. 12 der Stellungnahme folgt dann die unmissverständliche Forderung der Unentgeltlichkeit:

„Der DGB ist der Auffassung, dass Unterkünfte nach Arbeitsstättenverordnung in der Regel unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden sollten. Die Bereitstellung dieser Unterkünfte ist gemäß den Anforderungen und Maßnahmen für Arbeitsstätten nach § 3 Absatz 1 ArbStättV unter Nr. 4.4. ein Erfordernis damit überhaupt eine Arbeitsleistung erbracht werden kann und sollte somit **nicht den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Rechnung gestellt werden.**“

Und weiter auf S. 12 der Stellungnahme:

„Wird dafür trotzdem eine Geldleistung verlangt, so sollten dafür **Höchstbeträge** in dem Anhang 4.4. der ArbStättV aufgenommen werden. Diese Höchstbeträge sollten (brutto, warm) die Festsetzungen in der Sozialversicherungsentgeltverordnung (SvEV) nicht überschreiten.“

Umsonst wird man das nicht machen können, denn das wäre eine ungerechtfertigte Benachteiligung der nicht entsandten Arbeitnehmern und Arbeitnehmern anderer Branchen, die für ihre Wohnung zahlen müssen. Denn dass hier bislang auch in anderen Wirtschaftszweigen keine Verpflichtung zur kostenfreien Überlassung besteht, ist allgemeine Meinung. So führt *Teuscher* aus (BeckOK-ArbSchR/*Teuscher*, 2. Ed. 2020, ArbStättV Anhang Rn. 143):

„Weder die ArbStättV noch die konkretisierende Arbeitsstättenregel ASR A4.4 befasst sich mit der Kostenfrage in Bezug auf die Bereitstellung der Unterkünfte. **Daher besteht eine Pflicht zur Bereitstellung, nicht jedoch zur unentgeltlichen Überlassung an die Beschäftigten.** Dies ist in allgemeinen arbeitsvertraglichen Vereinbarungen separat zu regeln.“

²³ https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Gesetze/Stellungnahmen/arbeitsschutzkontrollgesetz-dgb.pdf?__blob=publicationFile&v=2

Damit liegt er auf einer Linie mit anderen Stimmen des Schrifttums. Noch eindeutiger äußert sich *Wiebauer*, der explizit die entgeltliche Vermietung von Unterkünften für möglich hält (Landmann/Rohmer/*Wiebauer*, GewO, 84. EL Februar 2020, Anhang zur ArbStättV, Rn. 86):

„Die Verordnung verlangt keine unentgeltliche Bereitstellung von Unterkünften; auch eine Vermietung der Räume an die Beschäftigten ist möglich. Inwieweit die Beschäftigten einen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Erstattung der Miete haben, richtet sich nach dem Arbeitsvertrag sowie den allgemeinen arbeitsrechtlichen Regelungen.“

Und *Schucht* folgt ihm in einem bekannten Kommentar (Kollmer/*Wiebauer*/*Schucht*/*Schucht*, Arbeitsstättenverordnung, 4. Aufl. 2019, 4.4 Unterkünfte, Rn. 7):

„Das Arbeitsstättenrecht verhält sich nicht zur Kostenfrage in Bezug auf die Bereitstellung von Unterkünften. Aus diesem Grund existiert insoweit **keine Pflicht zur unentgeltlichen Überlassung erforderlicher Unterkünfte** [...]. Ob und wenn ja, welche Kostenerstattungsansprüche der Beschäftigten gegen den jeweiligen Arbeitgeber existieren, ist anhand der allgemeinen arbeitsvertraglichen Regelungen zu ermitteln [...].“

Dabei muss es aus Gleichbehandlungsgründen bleiben. Aber Hinweise auf Höchstgrenzen wären schon sehr hilfreich. Die Anständigen trifft es nicht und die schwarzen Schafe könnte man besser packen.

IV. Was man stattdessen tun kann: Konsequenter Überwachung

Ebenso möchte ich mich entschieden dem Vorschlag des Kommissariats der deutschen Bischöfe anschließen. Auch dies ist ein Vorschlag, der sehr viel besser zum Ziel führt:

„So ist ausdrücklich zu begrüßen, dass die Leistungsfähigkeit des staatlichen Aufsichtshandelns im Arbeitsschutz mit dem Entwurf wieder gestärkt und mit der Einführung einer Mindestbesichtigungsquote im Arbeitsschutzgesetz eine Mindestzahl und Dichte an Betriebsbesichtigungen gewährleistet werden soll. Dabei bleibt den Ländern allerdings bis 2026 eine recht lange Übergangszeit zur Umsetzung dieser neuen Mindestbesichtigungsquote. Hier wäre eine kürzere Übergangszeit angebracht.“²⁴

²⁴ Ebenfalls abrufbar <https://www.bmas.de/DE/Service/Gesetze/arbeitsschutzkontrollgesetz.html>.

Meine Bitte also: Überarbeiten Sie den Entwurf mit dem Ziel eines passgenaueren Arbeitnehmerschutzes. Und wenn deswegen an der einen Stelle zurecht gelockert wird, kann an der anderen Stelle nachgelegt werden.