

Prof. Dr. Olaf Deinert

Kurzgutachten

Womit kann begründet werden, dass Werkverträge und Arbeitnehmerüberlassung nur in der Fleischindustrie verboten werden können?

Gutachten im Auftrag des
Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales
des Landes Nordrhein-Westfalen

Uslar, d. 15.7.2020

Inhalt

A.	Strukturelle Ausgangslage	3
B.	Rechtliche Würdigung	4
I.	Verbot der Werkvertragskonstruktion.....	4
1.	Verfassungsrecht.....	4
a)	Rechte der Fleischindustrie	4
(1)	Eingriff in die Berufsfreiheit	4
(2)	Ziel einer Stärkung der Arbeitnehmerrechte	5
(3)	Geeignetes Mittel.....	6
(4)	Nur für die Fleischindustrie?	9
(5)	Keine milderen Mittel	10
(6)	Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	12
b)	Rechte der Werkvertragsunternehmen.....	12
c)	Rechte der Arbeitnehmer	15
2.	Europäisches Unionsrecht.....	16
II.	Verbot der Arbeitnehmerüberlassung.....	17
1.	Berufsfreiheit der Verleiher	17
2.	Berufsfreiheit der Fleischindustrieunternehmen	18
3.	Leiharbeitsrichtlinie.....	18
C.	Ergebnisse	20
D.	Literaturverzeichnis.....	21

A. Strukturelle Ausgangslage

Prekäre Arbeits- und Wohnbedingungen für Werkvertragsarbeitnehmer in der Fleischindustrie sind ständiger Gegenstand skandalisierender Berichterstattung.¹ Der Gesetzgeber hat bereits mehrfach auf Missstände in dieser Branche reagiert.² Im Jahr 2019 wurden bei Arbeitsschutzkontrollen in Schlachtbetrieben des Landes Nordrhein-Westfalen dennoch massive Defizite festgestellt. Nach auffälligen Corona-Infektionen im Frühjahr 2020 wurden weitere Betriebsprüfungen durchgeführt, die zeigen, dass die defizitären Zustände dort nicht geringer geworden sind. Ähnliche Vorfälle werden aus Baden-Württemberg, Schleswig-Holstein und Niedersachsen berichtet. Im politischen Umfeld wird daher diskutiert, ob im Wege eines sektoralen, auf die Fleischindustrie begrenzten, gesetzlichen Verbotes von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung eine Direktanstellung der Arbeitnehmer bei den Fleischindustriunternehmen erzwungen und so die Einhaltung der Arbeitnehmerrechte effektiert werden kann. Denn die Fleischindustrie ist dadurch gekennzeichnet, dass praktisch der gesamte Produktionsprozess der Schlachthöfe auf Werkvertragsunternehmen ausgelagert ist, sodass die Produktion nahezu vollständig durch Fremdbelegschaften betrieben wird.

Nach Feststellungen des Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen (MAGS) werden in den Betrieben der Fleischindustriunternehmen praktisch keinerlei eigene Arbeitnehmer in der Produktion beschäftigt.³ Von den etwa 30 Großbetrieben geschah dies nur in zweien. Im Übrigen wird auf Basis von etwa 90 Werkverträgen der Einsatz von Fremdpersonal betrieben. Eigene Arbeitnehmer der Fleischindustriunternehmen werden vor allem in der Verwaltung und in der Aufsicht über die Produktion eingesetzt. Bauliche und technische Anlagen, technische Arbeitsmittel sowie Pausen- und Sozialräume werden vom Betreiber zur Verfügung gestellt. Werkvertragsnehmer sind regelmäßig Unternehmen mit Sitz in Deutschland oder ausländische Unternehmen mit einer Niederlassung in Deutschland. Entsendungen, die die Rechtsprechung in diesem Bereich bereits mehrfach beschäftigt haben,⁴ spielen hier offenbar kaum (noch) eine Rolle. Eingesetzt werden Arbeitnehmer aus Osteuropa, die überwiegend der deutschen Sprache nicht mächtig sind. Die Einsätze betreffen etwa 17.000 Arbeitsplätze in NRW. Die übernommenen Produktionstätigkeiten reichen von Zutrieb und Tötung von Tieren über die Zerlegung bis hin zur Fleischverarbeitung und Verpackung.

Wie weitere Kontrollen während der Corona-Pandemie ergaben, werden Beschäftigte nach Mitteilung des MAGS wechselnd in mehreren Unternehmen in Betrieben der Fleischindustrie eingesetzt. In manchen Schlachthöfen werden bis zu 30 Werkvertragsunternehmen tätig. Deren Größe variiert erheblich zwischen zwei und 5000 Beschäftigten. Der Einsatz von Solo-Selbstständigen oder Subunternehmen erfolgt aber praktisch nicht. Eine derart weitgehende Ausgliederung praktisch des gesamten Kernprozesses der betrieblichen Produktion ist bislang aus keiner anderen Branche bekannt.

¹ Vgl. etwa *Scheytt*, Mitb 3/2020, S. 54; *DGB*, Zur Situation in der deutschen Fleischindustrie, 2017.

² Erweiterung des Arbeitnehmerentsendegesetzes durch Gesetz v. 24.5.2014, BGBl. I 538; Gesetz zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte in der Fleischwirtschaft (GSA Fleisch) durch Art. 30 des Gesetzes zur Änderung des Bundesversorgungsgesetzes und anderer Gesetze v. 17.7.2017, BGBl. I 2541, zu den Gründen BT-Drs. 18/12611, S. 125 ff.

³ Vgl. hierzu und zum Folgenden MAGS NRW, Überwachungsaktion „Faire Arbeit in der Fleischindustrie“.

⁴ Zur Einschränkung grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung während der Übergangsphase nach Beitritt der MOE-8-Staaten EuGH 18.6.2015 – C-586/13, NZA 2015, 925 – Martin Meat („Alpenrind I“); zur Frage der Bindungswirkung von A1-Bescheinigungen: EuGH 6.9.2018 – C-527/16, NZA 2018, 1253 – Salzburger Gebietskrankenkasse u.a. („Alpenrind II“).

B. Rechtliche Würdigung

I. Verbot der Werkvertragskonstruktion

1. Verfassungsrecht

Ein Verbot, in der Fleischindustrie mittels Werkverträgen im Kerngeschäft der Wertschöpfung zu arbeiten berührt die Berufsfreiheit der Fleischindustrieunternehmen sowie die der Unternehmen, die auf Basis solcher Werkverträge für die Fleischindustrie tätig werden möchten (im folgenden Werkvertragsunternehmen). Demgegenüber ist die Berufsfreiheit der Arbeitnehmer dieser Werkvertragsunternehmen nur partiell berührt.

a) Rechte der Fleischindustrie

(1) Eingriff in die Berufsfreiheit

Art. 12 schützt die Berufswahl wie die Berufsausübung. Die Berufsausübung kann nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG durch Gesetz eingeschränkt werden. Im Übrigen können Eingriffe in die Berufsfreiheit aber immer durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden. Freilich lassen sich Berufswahl und –ausübung nicht trennscharf voneinander trennen, es handelt sich um ein einheitliches Grundrecht.⁵ Der Schrankenvorbehalt des Art. 12 Abs. 2 Satz 2 erfasst damit auch die Berufswahlfreiheit.⁶ Das Bundesverfassungsgericht hat dazu seit dem Apothekenurteil die sog. Stufentheorie entwickelt und geht davon aus, dass von einfachen Berufsausübungsregelungen über subjektive Zulassungsschranken bis hin zu objektiven Zulassungsschranken, die durch den Einzelnen nicht beeinflussbar sind, das Gewicht des Eingriffsziels zunehmen muss von vernünftigen Gemeinwohlerwägungen bis hin zu nachweisbaren oder höchstwahrscheinlich schwerwiegenden Gefahren für überragend wichtige Gemeinschaftsgüter.⁷ Allerdings wurde die Stufentheorie nicht stringent durchgehalten, sondern entweder um eine abschließende Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne ergänzt oder die Stufentheorie selber als Ableitung aus dem Übermaßverbot begriffen.⁸ Die Stufentheorie ist ihrerseits als schematisierte Verhältnismäßigkeitsprüfung zu verstehen.⁹ Von daher ist es sinnvoll, in der Folge einerseits auf das Gewicht des Eingriffs in die Berufsfreiheit abzustellen und am Ende die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne zu prüfen. Insoweit spielt es eine Rolle, ob das gesetzliche Werkvertragsverbot die Ausübung eines Berufs lediglich inhaltlich beschränken oder vollständig ausschließen kann.

Für die Fleischindustrie bedeutet das Werkvertragsverbot, dass die Wertschöpfung künftig nur noch mit eigenen Arbeitnehmern erfolgen kann, vorausgesetzt, auch die Arbeitnehmerüberlassung ist unzulässig in diesem Bereich (s.u. II). Damit ist die Berufsausübung für die betreffenden Unternehmen zwar nicht gegenständlich eingeschränkt. Zutrieb, Schlachtung, Fleischzerlegung und –weiterverarbeitung können weiter wie bisher stattfinden. Denn die Ge-

⁵ Sachs-Mann, Art. 12 Rn. 14.

⁶ MD/Scholz, Art. 12 (Stand: Juni 2006) Rn. 312.

⁷ BVerfG 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377 („Apothekenurteil“); BVerfG 10.6.2009 – 1 BvR 706/08 u.a., NJW 2009, 2033, Rn. 165.

⁸ v.Münch/Kunig-Kämmerer, Art. 12 Rn. 59; Sachs-Mann, Art. 12 Rn. 137 ff., 142.

⁹ v.Münch/Kunig-Kämmerer, Art. 12 Rn. 59.

fahr, keine Arbeitnehmer zu finden, weil die Werkvertragsarbeitnehmer nicht bereit sind, unbefristete (sic!) Arbeitsverträge zu schließen,¹⁰ erscheint theoretisch. Wer sich nicht dauerhaft binden möchte, kann als Arbeitnehmer einfach beizeiten kündigen. Dass keine Arbeitnehmer aus Osteuropa bereit sind, Arbeitsverträge mit Fleischindustriunternehmen zu schließen, ist insgesamt unwahrscheinlich. Allerdings kann es eine Einschränkung der Berufsfreiheit durch Verschlechterung der Produktionsbedingungen bedeuten, wenn diese Arbeitnehmer nur zu höheren Entgelten oder sonst besseren Bedingungen bereit sind, in deutschen Schlachthöfen zu arbeiten. Insgesamt scheint es aber recht fernliegend, dass Arbeitnehmer zwar bereit sind, in den noch zu erörternden prekären Verhältnissen für die Werkvertragsunternehmen zu arbeiten, nicht aber für die Einsatzbetriebe.

Insofern bewirkt ein Werkvertragsverbot letztlich allein das Verbot einer bestimmten rechtlichen Konstruktion. Der Ausschluss einer solchen rechtlichen Konstruktion bringt allerdings zweierlei mit sich. Das Geschäftsmodell basiert darauf, sich ein Sozialkostengefälle durch Inanspruchnahme günstigerer Dienstleistungen zu Nutze zu machen, sodass der Einkauf dieser Leistung teurer wird. Zum anderen drängt das Werkvertragsverbot, wenn es wie geplant mit einem Verbot der Arbeitnehmerüberlassung verbunden wird, die Fleischindustrie zielgerichtet in die Arbeitgeberverantwortung mit den daraus folgenden Konsequenzen: Pflicht zur Abführung von Sozialabgaben und Lohnsteuer, Pflicht zur Einhaltung zwingenden Arbeitsrechts unter Einschluss eventuell anwendbarer Tarifverträge und Mindestlöhne. In dem Zusammenhang lässt sich auch nicht argumentieren, dass es bei einem Direktanstellungsgebot allein um die Vertragsfreiheit gehe, denn diese ist im unternehmerischen Bereich ebenfalls durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt ist.¹¹

Eine solche Vorgabe hat jedenfalls faktisch eine eingriffsgleiche Wirkung, weil sie zweckgerichtet das unternehmerische Handeln beeinflussen will und Fleischindustriunternehmen nicht nur reflexartig trifft.¹² Da sie allerdings nicht dazu führt, dass das Kerngeschäft der Fleischindustrie auch nur partiell eingeschränkt wird, handelt es sich um eine sogenannte Berufsausübungsregelung.¹³

(2) Ziel einer Stärkung der Arbeitnehmerrechte

Der damit verbundene Eingriff in die Berufsfreiheit bedarf einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Eine solche setzt immer die Verfolgung eines legitimen Zwecks voraus. Das Eingriffsmittel muss zu dessen Erreichung geeignet und erforderlich sein und sich mit Blick auf die Intensität des Eingriffs als verhältnismäßig im engeren Sinne erweisen.

Dabei stellt sich die Frage, welchen Zweck ein entsprechendes Werkvertragsverbot verfolgt. In dem Zusammenhang ist schon zweifelhaft, ob eine solche Regelung dem Infektionsschutz in einer Pandemielage dienen kann. Sie wäre jedenfalls ungeeignet, soweit sie dann nicht sofort wirksam würde und andererseits über das Ende der Pandemielage hinaus fortgelten würde.¹⁴ Tatsächlich geht es um den Arbeitsschutz und den Schutz der Arbeitnehmerrechte

¹⁰ Bayreuther, NZA 2020, 773, 773 f.

¹¹ BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 221; BVerfG 10.6.2009 – 1 BvR 706/08 u.a., NJW 2009, 2033, Rn. 198.

¹² Vgl. BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 222, in Bezug auf eine Tariftreuregelung: Senkung der Erwerbchancen durch Regelung arbeitsvertragsrechtlicher Vorgaben.

¹³ So auch i.E. Bayreuther, NZA 2020, 773; vgl. auch für den Fall des Ausschlusses des Zugriffs auf Fremdpersonal durch Leiharbeit BVerfG 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, 1195, 1198.

¹⁴ Darauf weist Bayreuther, NZA 2020, 773, 774 f., hin.

der betroffenen Arbeitnehmer, wie sowohl aus dem Titel als auch dem Inhalt des Eckpunkte-papiers „Arbeitsschutzprogramm für die Fleischwirtschaft“ des Bundeskabinetts v. 20.5.2020 deutlich wird. Das Bekanntwerden massenhafter Infektionen in Schlachthöfen war lediglich der äußere Anlass, gegen bereits seit längerem im politischen Raum beanstandete Missstände im Hinblick auf die Arbeitsbedingungen vorzugehen.

Dabei ist es prinzipiell Sache des Gesetzgebers, zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Gemeinwohlinteresse ergreifen will.¹⁵ Insoweit hat er einen Beurteilungsspielraum bei der Prognose und Einschätzung von Gefahren für die Allgemeinheit, denen er entgegenzutreten möchte. Dieser Spielraum ist erst dann überschritten, wenn seine Erwägungen so offensichtlich fehlerhaft sind, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für die Maßnahme bieten können.¹⁶ Die vorstehend erwähnten Informationen über Missstände in der Fleischindustrie sind vor diesem Hintergrund als Grundlage für die gesetzgeberische Entscheidung nicht zu beanstanden.

Da es sich hier um eine Berufsausübungsregelung handelt, genügt im Allgemeinen eine vernünftige Gemeinwohlerwägung zur Rechtfertigung des Eingriffs. *Bayreuther* argumentiert indes, die Rechtfertigungslast sei hier höher als bei einem Verbot der Arbeitnehmerüberlassung, weil es dort anders als hier um eine gespaltene Arbeitgeberstellung gehe.¹⁷ Freilich zeigt sich, dass der Unterschied nur gering ist, weil das Fleischindustriunternehmen auch ohne partielle Arbeitgeberstellung durch die betriebliche Organisation erheblichen Einfluss auf die Arbeitsbedingungen nimmt. Das wird im Folgenden noch zu erläutern sein.

(3) Geeignetes Mittel

Das Verbot, Arbeitnehmer in der Fleischindustrie auf Basis von Werkverträgen mittelbar zu beschäftigen, verhindert, dass diese im Wertschöpfungsprozess in exakt gleicher Weise wie eigene Beschäftigte eingesetzt werden können, ohne dass der Unternehmer die umfassende Verantwortung für die Einhaltung arbeits-, steuer- und sozialrechtlicher Bestimmungen trägt, wie dies im Falle einer Direktanstellung wäre. Andererseits haben die Unternehmen der Fleischindustrie in diesen Fällen kein Weisungsrecht gegenüber den dort eingesetzten Arbeitnehmern. Wenn nach dem tatsächlichen Bild der Tätigkeit dennoch Weisungen gegenüber den Fremdbeschäftigten erteilt würden, würde ohnehin nach §§ 9 Abs. 1 Nr. 1a, 10 Abs. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen den Beschäftigten und dem Fleischindustriunternehmen fin-giert.

Freilich bedarf es solcher Weisungen gar nicht, wenn die Aufgabe des ausgegliederten Teils der Wertschöpfungskette hinreichend exakt beschrieben ist. In solchen Fällen lässt sich mit der beschriebenen Konstruktion erreichen, dass im eigenen Betrieb die jeweilige arbeitsorganisatorische Aufgabe durch weisungsgebunden beschäftigte Arbeitnehmer (onsite) erfüllt wird, ohne dass derjenige, der eigentlich die Fäden in der Hand hält, sich um die Compliance sorgt.

Der Gesetzgeber billigt dieses Konzept ganz generell, indem er Werkvertragskonstruktionen nicht verbietet, mithin erlaubt. Dem liegt die implizite Erwartung zugrunde, dass die Compliance durch den jeweiligen Vertragspartner sichergestellt ist. Idealtypisch hält sich dieser eben an seine arbeitsvertraglichen Verpflichtungen. Das funktioniert in der Fleischindustrie aber

¹⁵ BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 224.

¹⁶ BVerfG 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, 1195, 1196.

¹⁷ *Bayreuther*, NZA 2020, 773, 774.

offenkundig nicht. Im Gegenteil wurden und werden wiederholt massive Verstöße gegen arbeitsrechtliche Verpflichtungen durch die jeweiligen Arbeitgeber/Werkvertragsunternehmen festgestellt. Zwischen Juli und September 2019 wurden im Land Nordrhein-Westfalen Schlachthöfe breit angelegt auf Einhaltung des Arbeitsschutzes überprüft. Überprüft wurden die Arbeitsplätze von 17.000 Beschäftigten und dabei fast 9000 Verstöße festgestellt, zu zwei Dritteln im Bereich des Arbeitszeitrechts. Das war teils gravierend, etwa mit Beschäftigungszeiten über 14 Stunden und Nichteinhaltung der Ruhezeit von 11 Stunden. Des Weiteren wurden knapp 2500 Fälle fehlender arbeitsmedizinischer Vorsorge festgestellt, insbesondere bei Feuchtarbeit und Arbeit unter Lärmbedingungen. Schließlich wurden Fälle technischer Arbeitsschutzmängel beanstandet, wie entfernte Schutzeinrichtungen, gefährlicher Umgang mit Gefahrstoffen, zugestellte Notausgänge und Fluchtwege, gefährliche Arbeitswerkzeuge und Fehlen persönlicher Schutzausrüstungen wie etwa Kälteschutzkleidung, Schnitenschutz, Schutzbrillen, Handschuhe und Gehörschutz.

Durch die Werkvertragskonstruktion verbleibt die Verantwortung für die Einhaltung des Arbeitsschutzes beim Werkvertragsunternehmen. Wenn mehrere Unternehmen Werkvertragsarbeiter einsetzen, greift allerdings die Pflicht zur Zusammenarbeit der betreffenden Arbeitgeber gemäß § 8 ArbSchG.¹⁸ Das erstreckt sich auch auf den Fremdpersonaleinsatz im Betrieb,¹⁹ sodass das Fleischindustrieunternehmen zur entsprechenden Kooperation verpflichtet ist. Selbst wenn das Fleischindustrieunternehmen keine eigenen Arbeitnehmer beschäftigt, was aber angesichts des Einsatzes von Aufsichtskräften regelmäßig nicht der Fall sein wird, greift die Regelung nach ihrem Normzweck ein, da die Gefährdungen in solchen Fällen keine geringeren sind. Gedacht ist in dem Zusammenhang zwar vor allem an die Zusammenarbeit von und mit Solo-Selbstständigen.²⁰ Nichts anderes gilt aber für das Fleischindustrieunternehmen, das dann ja letztlich ebenso wie ein Solo-Selbstständiger handeln würde. Die Fleischindustrieunternehmen müssen sich zudem nach § 8 Abs. 2 ArbSchG vergewissern, dass die Beschäftigten der Werkvertragsunternehmen angemessene Anweisungen erhalten haben. Die Regelung erfasst gerade auch den Fremdpersonaleinsatz auf Grundlage von Werk- oder Dienstverträgen.²¹ Außerdem muss das Fleischindustrieunternehmen den Fremdunternehmer nach § 5 Abs. 3 DGUV Vorschrift 1 bei der Gefährdungsbeurteilung unterstützen und zudem sicherstellen, dass bei Tätigkeiten mit besonderen Gefahren eine Überwachung durch Aufsichtsführende erfolgt. Unter dem Strich bedeutet dies, dass die Schlachthofbetreiber letztlich nur für die technischen Mängel ihrer Betriebsanlagen verantwortlich gemacht werden können. Solche Mängel wurden nach Berichten aus der Praxis auch tatsächlich auf Anordnung sofort beseitigt.²² Für den sozialen Arbeitsschutz und den technischen Arbeitsschutz der von ihnen gestellten Betriebsmittel bleiben die Werkvertragsunternehmen hingegen allein verantwortlich.

Effektiv beeinflusst die Planung des Schlachtbetriebes durch das Einsatzunternehmen die Arbeitsorganisation der Werkvertragspartner, nicht nur in technischer, sondern auch in zeitlicher Hinsicht, und damit mittelbar auch den Arbeitsschutz bei diesen. Tatsächlich müssten die Werkvertragsunternehmen bei entsprechenden Mängeln die Arbeit einstellen. Im Hinblick auf die dann ausbleibende Vertragserfüllung besteht daran aber offensichtlich kein Interesse.

¹⁸ Im Rahmen der gemeinsamen deutschen Arbeitsschutzstrategie wurde dazu die Leitlinie Arbeitsschutz bei der Kooperation mehrerer Arbeitgeber im Rahmen von Werkverträgen entwickelt.

¹⁹ HK-ArbSchR-Julius, § 8 ArbSchG Rn. 13; NK-GA/Otto, § 8 ArbSchG Rn. 2; a.A. ErfK-Wank, § 8 ArbSchG Rn. 1.

²⁰ HK-ArbSchR-Julius, § 8 ArbSchG Rn. 14.

²¹ Vgl. Pieper, ArbSchR, § 8 ArbSchG Rn. 11; NK-GA/Otto, § 8 ArbSchG Rn. 4; ErfK-Wank, § 8 ArbSchG Rn. 1.

²² MAGS NRW, Überwachungsaktion „Faire Arbeit in der Fleischindustrie“, S. 8.

Ähnlich ist es beim Arbeitszeitrecht: im Hinblick auf die Notwendigkeit der Schlachtung bis zur Verarbeitung des letzten Tieres werden die Werkvertragsunternehmen letztlich herausgefordert, das Arbeitszeitrecht zu verletzen. Dies zeigt, dass ungeachtet der rechtlichen Arbeitsschutzverantwortung der Werkvertragsunternehmen der Schlachthofbetrieb letztlich die Rahmenbedingungen dafür vorgibt, ob der Arbeitsschutz eingehalten wird. Diese Einflussbeziehung zeigt sich auch umgekehrt: in den Betrieben, die mit eigener Stammebelegschaft die Produktion fahren, wurden nach Auskünften des MAGS nur geringfügige Arbeitsschutzmängel festgestellt und zügig behoben. Es zeigt sich eine **Gefährdung der Arbeitnehmerrechte durch Trennung von Betriebsorganisation von Personalverantwortung**.

Ein Verbot entsprechender werkvertraglicher Auslagerung der Kernprozesse der Produktion ermöglicht im Wege der dadurch zu erreichenden Direktanstellung eine systematische Wahrnehmung des Arbeitsschutzes ohne die Reibungsverluste durch das Zusammenwirken von Beschäftigten mehrerer Unternehmen („aus einer Hand“). Das Fleischindustrieunternehmen wird auf diese Weise vor allem aber genötigt, den Schlachthof so zu betreiben, dass die Einhaltung des technischen und sozialen Arbeitsschutzes gewährleistet ist, und kann insoweit nicht auf die Verantwortung anderer Arbeitgeber verweisen.²³ Der **Verantwortlichkeit** für die Arbeitsbedingungen entspricht dann auch wieder die **rechtliche Verantwortung**.

So entfällt die Gefahr, dass das Fleischindustrieunternehmen als Herr des Produktionsprozesses nicht etwa nur sehenden Auges Rechtsverstöße der Vertragspartner hinnimmt, sondern diese sogar durch knappe Preiskalkulation veranlasst, unter Umständen sogar fordert. Zudem entfällt ein Anreiz für eine solche knappe Preiskalkulation, weil sich dann sämtliche Fleischindustrieunternehmen am (deutschen) Markt nach denselben arbeitsrechtlichen Bedingungen richten müssten. Der Einwand, sie seien dann verstärkter „Billigkonkurrenz“ aus dem Ausland ausgesetzt, verfängt nicht. Diese Konkurrenz gab es schon bisher. Und dennoch wurde auch bisher im Inland produziert, und zwar unter Geltung gewisser arbeitsrechtlicher Mindeststandards wie Mindestlohn, Mindesturlaub, Arbeitsschutz und -hygiene, weil MiLoG und AEntG grundsätzlich bei Arbeit im Inland, selbst bei Anwendbarkeit eines anderen Arbeitsrechts, zur Anwendung kommen.²⁴ Kein beachtlicher Einwand ist auch, dass Festeinstellungen unter Einhaltung der zwingenden Mindeststandards teurer würden als bislang der Einsatz von Werkvertragsarbeitnehmern, soweit dies darauf gründet, dass ein günstigeres Anbieten unter Ausnutzung von Rechtsverletzungen ausscheidet. Konkurrenzdruck kann nicht die Verletzung geltenden Rechts rechtfertigen. Das Bundesverfassungsgericht hat es in dem Zusammenhang ganz generell abgelehnt, die Wettbewerbsfähigkeit der betroffenen Unternehmen zum Maßstab der Beurteilung der Verfassungskonformität von Gesetzen zu machen.²⁵

Gegen diese Erwägungen lässt sich nicht vorbringen, dass ein entsprechendes Verbot auch diejenigen treffe, die sich legal verhalten. In diesem Sinne hat das Bundesverfassungsgericht im Kontext des sektoralen Arbeitnehmerüberlassungsverbots im Baugewerbe darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber vertretbar darauf abstellen könne, dass legale und illegale Tätigkeit nur schwer trennbar wären und die Zulassung legaler Tätigkeit die Nachfrage insgesamt

²³ Vgl. auch *Bayreuther*, NZA 2020, 773,775: „Wer sich indes die Arbeitsleistung von Drittbeschäftigten derart intensiv zunutze macht, dass er diese mehr oder weniger in seinen Betrieb eingliedert, muss sich fragen lassen, warum er es nicht verhindert, dass diese bei ihm über die Maßgaben des ArbZG hinaus tätig werden.“

²⁴ Vgl. *ErfK-Schlachter/Franzen*, § 8 AEntG Rn.1; *ErfK-Franzen*, § 20 MiLoG Rn. 1.

²⁵ BVerfG 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, 1195, 1198

fördere und damit eine Situation schaffe, die die betreffenden Kontrollschwierigkeiten auslöse.²⁶ Mit anderen Worten darf der Gesetzgeber durch ein entsprechendes Verbot von vornherein anstreben, dass gar kein Betätigungsfeld mit Anreiz für ein Ausweichen in die Illegalität besteht.

Ein positiver Begleiteffekt des Zwangs zur Produktion allein mit eigenen Arbeitnehmern wäre im Übrigen die Entbehrlichkeit des oftmals schwer zu führenden Nachweises verdeckter Arbeitnehmerüberlassung.²⁷

(4) Nur für die Fleischindustrie?

Allerdings ist dem möglichen Einwand nachzugehen, es gebe auch andere Branchen, die durch derartige Konstruktionen Arbeitnehmerrechte aushöhlen. Allerdings fällt es nicht ganz leicht, diese Argumentation grundrechtlich einzuordnen. Ihr scheint eine Art gleichheitsrechtlicher Aspekt inne zu wohnen. Das liefe auf die Überlegung hinaus, es verletze den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, wenn Unternehmen anderer Branchen von der Verletzung von Arbeitnehmerrechten profitieren könnten, während Unternehmen der Fleischindustrie dies nicht könnten. Das erinnert ein wenig an den Grundsatz, dass es keine Gleichheit im Unrecht gebe.²⁸ Tatsächlich handelt es sich hier aber um etwas anderes. Solange der Gesetzgeber das Verbot von Werkverträgen noch nicht geschaffen hat, liegt beim Einsatzunternehmen kein rechtswidriges Handeln vor. Vielmehr geht es darum, vom rechtswidrigen Handeln anderer zu profitieren.

Unterstellt, der Einwand träfe in seinen tatsächlichen Voraussetzungen zu, bedürfte es einer Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung. Aber auch unter dem Aspekt der Berufsfreiheit ist der Einwand ernst zu nehmen. Wenn der Gesetzgeber nämlich nur in der Fleischindustrie entsprechende Missstände zum Anlass des Einschreitens nähme, obwohl vergleichbare Missstände in anderen Branchen ebenfalls zu beobachten sind, wäre die Erforderlichkeit der Regelung zweifelhaft bzw. schon der legitime Zweck infrage gestellt: Der Gesetzgeber würde es mit seinem Gesetzesziel selber nicht so ernst nehmen. Das Bundesverfassungsgericht stellt, wenn der Gesetzgeber das eigene Schutzkonzept nur eingeschränkt verfolgt, erhöhte Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit.²⁹ In Bezug auf die Einschränkung des Nichtraucherschutzes bei Rauchverboten in Gaststätten formulierte das Gericht dazu: „Gefahreinschätzungen sind nicht schlüssig, wenn identischen Gefährdungen in demselben Gesetz unterschiedliches Gewicht beigemessen wird.“³⁰ Der Gedanke lässt sich übertragen: Wenn der Gesetzgeber bei gleichen Missständen nur in einer Branche einschreitet, ist das unverhältnismäßig. Die entscheidende Frage ist daher, ob es auch andere Branchen gibt, in denen vergleichbare Missstände festzustellen sind.

Die Verletzung von Arbeitnehmerrechten ist offensichtlich auch in anderen Branchen zu beobachten. In dem Zusammenhang werden etwa Saisonarbeitskräfte und Pflegekräfte genannt.³¹ Indes gibt es nach derzeitigem Kenntnisstand keine Branche, die in vergleichbarem

²⁶ BVerfG 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, 1195, 1196.

²⁷ Freilich wird ein solches Abgrenzungsproblem allein ein Verbot nicht vor Art. 12 Abs. 1 GG rechtfertigen können, vgl. BVerfG 4.4.1967 – 1 BvR 84/65, AP Nr. 7 zu § 37 AVAVG, für die Abgrenzungsvermeidung von der Arbeitsvermittlung durch Verbot der Arbeitnehmerüberlassung

²⁸ Zu dieser Problematik etwa Sachs-Osterloh/Nußberger, Art. 3 Rn. 46 ff.

²⁹ Zur Problematik der Folgerichtigkeit und zur Kritik vgl. v.Münch/Kunig-Kämmerer, Art. 12 Rn. 64.

³⁰ BVerfG 30.7.2008 – 1 BvR 3262/07 u.a., NJW 2008, 2409, Rn. 135.

³¹ Mitt. In: AuR 2020, 317.

Maße ihre Betriebe in vertraglichen Netzwerkstrukturen organisiert und weithin ohne eigene Arbeitnehmer produziert, zugleich aber durch die betrieblichen Dispositionen die Rahmenbedingungen für die Einhaltung des Arbeitsschutzes verantwortet. Branchenbezogene gesetzgeberische Reaktionen erfolgten bislang vor allem mit Blick auf Schwarzarbeit und Verletzung von Beitragspflichten zur Sozialversicherung. Insoweit ist an die Regelungen des SchwArbG, aber auch § 28e Abs. 2 sowie Abs. 3 ff. SGB IV und zuletzt das Paketbotenschutzgesetz³² mit seinen Regelungen in § 28e Abs. 3g SGB IV sowie § 150 Abs. 3 SGB VII zu erinnern.

Grundsätzlich kann der Gesetzgeber, wenn er einen Missstand feststellt und dagegen einschreiten möchte, sich auf den Bereich beschränken, in dem er den Missstand beobachtet. Dies ist im Sinne der Verhältnismäßigkeit sogar geboten. Das schließt es nicht aus, zu beobachten, ob es weitere Branchen gibt, in denen vergleichbare Zustände herrschen. Angesichts des Einschätzungsspielraums, den das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber insoweit zusteht, darf er sich darauf stützen, ein Verbot auf die Branche zu beschränken, in der er besonders ausgeprägte Gefahren und Missstände erkennt.³³ Der Gesetzgeber hat insbesondere in der Kurier-, Express- und Paketbranche ebenfalls erhebliche Missstände bei der Auslagerung von Aufgaben des Kerngeschäfts durch Werkverträge festgestellt. Hier hat er kriminelle Strukturen für möglich gehalten und darauf mit dem Paketbotenschutzgesetz reagiert. Dazu hat er zunächst eine Nachunternehmerhaftung nach den Vorbildern der Bau- und Fleischwirtschaft installiert, um große Unternehmen für die Einhaltung der rechtlichen Verpflichtungen durch ihre Nachunternehmer in die Pflicht zu nehmen, und dabei auch berücksichtigt, dass Generalunternehmer unter Umständen selber durch ihre Preispolitik erst die Ursache für die Missstände setzen.³⁴ Wenn der Gesetzgeber angesichts dieser Umstände in der Paketbranche zunächst nur mit einer Nachunternehmerhaftung reagiert und erwartet, dass die Ordnung auf dem Teilarbeitsmarkt dadurch wiederhergestellt wird, ist das durch seine Einschätzungsprärogative gedeckt. Das hindert ihn nicht, in Branchen, in denen er feststellt, dass die Missstände durch entsprechende Regelungen nicht beseitigt werden konnten, weitere Eingriffe vorzunehmen, wie das nun in der Fleischwirtschaft beabsichtigt ist.

(5) Keine milderen Mittel

Der Eingriff ist nicht gerechtfertigt, wenn es ein ebenso geeignetes Mittel gibt, das weniger eingreift.³⁵ Auch insoweit hat der Gesetzgeber einen Einschätzungs- und Prognosespielraum.³⁶

Ein solches milderes Mittel läge sicherlich in Selbstverpflichtungen der Fleischindustrie, durch ihre Nachfragemacht auf Compliance bei den Vertragspartnern zu drängen. Diese gab es aber bereits und hat die vom MAGS 2019 festgestellten Verstöße nicht verhindern können.³⁷ Die Fleischindustrie findet erkennbar nicht aus eigener Kraft den Weg aus dieser Situation heraus.³⁸ Eine Selbstverpflichtung scheidet als milderes Mittel daher aus.

³² Gesetz zur Einführung einer Nachunternehmerhaftung in der Kurier-, Express- und Paketbranche zum Schutz der Beschäftigten (Paketboten-Schutz-Gesetz) v. 15.11.2019, BGBl. I 1602.

³³ BVerfG 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, 1195, 1199.

³⁴ BT-Drs. 19/13958, S. 1, 7,9

³⁵ BVerfG 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, 1195, 1197.

³⁶ BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 225

³⁷ MAGS NRW, Überwachungsaktion „Faire Arbeit in der Fleischindustrie“, S. 10.

³⁸ Krause, NZA 1/2020, Editorial.

Bayreuther führt als mögliches milderes Mittel an, dass Fleischindustriunternehmen entsprechend § 11 Abs. 6 AÜG auf die Gewährleistung des Sicherheits- und Gesundheitsschutzes und ferner auf die Erfassung der Arbeitszeit verpflichtet werden könnten und außerdem für Mindestlohn und Sozialversicherungsbeiträge haften.³⁹ Teilweise gibt es entsprechende Regelungen allerdings bereits. So wurden verschiedene Verpflichtungen im GSA Fleisch ausgerechnet für diese Branche geschaffen, ohne dass die Beschäftigungsbedingungen der Arbeitnehmer sich verbessert hätten. Zudem vermutet *Bayreuther* selber, dass in nicht unbeträchtlichem Maße verdeckte Arbeitnehmerüberlassung stattfinde. Das hätte zur Folge, dass wegen eines fingierten Arbeitsverhältnisses ohnehin in Wirklichkeit das Fleischindustriunternehmen verpflichtet wäre. Eine bloß verstärkte Zuschreibung von Sekundärverantwortungen lässt eine Behebung der Missstände nach allem nicht erwarten. Zudem entfielen dadurch weitgehend die Vorteile der Ausgliederung der Kernproduktion, sodass auch zweifelhaft ist, ob es sich überhaupt um ein *milderes* Mittel handeln würde.

Eingewendet wird ferner, dass der Staat durch verstärkte Kontrollen dem Missbrauch Einhalt gebieten müsse.⁴⁰ Dem ist auf abstrakter Ebene ohne weiteres zuzustimmen. Staatlicher Gesetzesvollzug muss dafür sorgen, dass Gesetze effektiv eingehalten werden, schon im Interesse der Unternehmen, die im Wettbewerb sonst Nachteile dadurch erlitten, dass sie sich an das geltende Recht halten. Tatsächlich zielt das Eckpunktepapier des Kabinetts auch auf einen entsprechenden Ausbau von Kontrollen. Auch hatte das Land NRW eine Forcierung der Kontrolltätigkeit im Nachgang zu den massiven Beanstandungen im Jahr 2019 angekündigt.⁴¹ Die Ergebnisse der Kontrollen im Frühjahr 2020 haben aber gezeigt, dass dies nicht von Erfolg gekrönt war. Das Bundesverfassungsgericht hat darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber auch insoweit einen Beurteilungsspielraum hat, ob ein Ausbau der Überwachungsbehörden und eine Verstärkung ihrer Befugnisse genüge. Dabei hat es betont, dass angesichts begrenzter öffentlicher Mittel das von der Gesellschaft erwartbare Maß einer Bekämpfung von Missständen an Grenzen stoße und der Gesetzgeber ab einem gewissen Punkt Mittelaufstockungen als unzumutbar ansehen könne.⁴² Wenn er diese Grenze als überschritten ansieht, kann er die rechtlichen Grundlagen des Missbrauchs beseitigen. Verstöße in dem beschriebenen Ausmaß lassen sich nur bedingt durch Kontrollen verhindern. Der Arbeitsschutz kann nicht rund um die Uhr in den Betrieben die Einhaltung von Sicherheit- und Hygienemaßregeln kontrollieren. Ist ein Wirtschaftszweig in erheblichem Umfang dadurch gekennzeichnet, dass das geltende Recht unterlaufen wird, kann der Staat nicht dazu verpflichtet sein, die Kontrollen unbegrenzt auszuweiten. Auch Dauereinsätze von Aufsichtspersonen durch Schlachthofbetreiber oder Werkvertragsunternehmen mittels Gebühren finanzieren zu lassen, sind ein Mittel, auf das der Gesetzgeber sich im Rahmen seines Beurteilungsspielraums nicht einlassen muss. Abgesehen davon wäre dies mit erheblichen Kosten für die Fleischindustrie verbunden, so dass der Kostenvorteil des Werkvertragesinsatzes ohnehin wahrscheinlich weitgehend entfielen, sodass zweifelhaft erscheint, ob man es überhaupt mit einem milderen und nicht nur mit einem anderen Mittel zu tun hätte.

Auch ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt wäre kein milderes Mittel, weil es nicht gleich geeignet wäre. Denn die Versagung der Erlaubnis setzt Anzeichen voraus, dass gegen Arbeitnehmerrechte verstoßen werden wird. Diese werden in der Regel aus vorangegangenen Tun abgeleitet. Nach Erkenntnissen des MAGS aus den Prüfungen im Frühjahr 2020 ergibt sich aber,

³⁹ *Bayreuther*, NZA 2020, 773, 775.

⁴⁰ *Bayreuther*, NZA 2020, 773, 775 f.

⁴¹ MAGS NRW, Überwachungsaktion „Faire Arbeit in der Fleischindustrie“, S. 10.

⁴² BVerfG 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, 1195, 1197.

dass Werkvertragsunternehmen fluide Strukturen haben. Wenn einem Unternehmen die Erlaubnis entzogen wird, ist daher zu erwarten, dass in Kürze ein anderes Unternehmen das aus dem Verkehr gezogene Werkvertragsunternehmen ersetzt, hinter dem dieselben wirtschaftlichen Interessen stecken, das dieselben Arbeitnehmer einsetzt und dessen Lenkung durch entsprechende Akteure der Branche erfolgt.

Schließlich wäre eine digitale Erfassung der Arbeitszeiten in Schlachthöfen möglicherweise eine notwendige, sicher jedoch keine hinreichende Bedingung, um arbeitsrechtskonforme Zustände herzustellen. Wenn Arbeitszeitverstöße maßgeblich mitveranlasst sind durch die betriebliche Organisation des Schlachthofes ermöglichen digitale Erfassungen die Aufdeckung von Arbeitszeitverstößen, nicht aber unbedingt deren Verhinderung, weil die Fleischindustrieunternehmen kein Interesse an der Einhaltung des Arbeitszeitrechts haben, solange sie keine arbeitszeitrechtliche Verantwortung trifft.⁴³ Das Eckpunktepapier der Bundesregierung sieht die verpflichtende digitale Arbeitszeitverfassung daher folgerichtig als eine von mehreren weiteren Maßnahmen neben dem Werkvertragsverbot an.

(6) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Mit Blick auf die vorherrschenden Missstände in der Fleischindustrie handelt es sich um ein so dringliches Anliegen, dass die Interessen der Fleischindustrie hinter dem verfolgten Gesetzgebungsziel zurücktreten müssen. Es geht hier vor allem um wirtschaftliche Interessen im Hinblick auf günstigere Kostenkalkulation und eventuell um organisatorische Interessen durch Auslagerung der Personalverantwortung. Angesichts des Einflusses der Schlachthofbetreiber auf die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten und die durch die Selbstverpflichtung auch von den Betreibern erkannte eigene Verantwortung für diese Situation ist das Verbot zumutbar. Das Bundesverfassungsgericht hat das mit Blick auf ein sektorales Arbeitnehmerüberlassungsverbot so ausgedrückt „Wer zur Berufsausübung auf die Mitwirkung abhängig Beschäftigter angewiesen ist, muss die Heranziehung zur ungeteilten arbeits- und sozialrechtlichen Verantwortung für die Arbeitskräfte, derer er sich bedient, von vornherein in Rechnung stellen und kann sie nicht als unzumutbar ablehnen“.⁴⁴ Für ein Werkvertragsverbot kann letztlich nichts anderes gelten.

b) Rechte der Werkvertragsunternehmen

Ein offensichtlich noch intensiverer Eingriff würde durch ein Werkvertragsverbot in die Berufsfreiheit der Werkvertragsunternehmen erfolgen. Zwar sind diese nicht gehindert, selber Schlachtbetriebe zu betreiben. Das wäre aber offenkundig mit einer erheblichen Änderung ihrer betrieblichen Organisation, mithin mit einer Veränderung ihrer gesamten Tätigkeit verbunden. Denn bislang haben solche Unternehmen im Wesentlichen ohne eigene Produktionsmittel einzelne Teile der Produktion der Fleischindustrieunternehmen betrieben. Dieses Tätigkeitsfeld entfielen durch einen Zwang zur Direktanstellung für die Fleischindustrieunternehmen vollständig. Je nachdem, ob diese Tätigkeiten sich als einzige Tätigkeiten der Werkvertragsunternehmen darstellen oder als nur ein Teil ihres Portfolios, liefe dies darauf hinaus, einen ganzen Beruf oder jedenfalls Teile des Berufes zu verbieten und würde für andere Tä-

⁴³ Auch *Bayreuther*, NZA 2020, 773, 775, diskutiert digitale Zeiterfassung nur als zusätzliche Maßnahmen neben einer Sekundärverantwortlichkeit der Schlachthofbetreiber.

⁴⁴ BVerfG 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, 1195, 1198.

tigkeiten im Schlachtbereich zu wahrscheinlich erheblichen Investitionen zwingen. In dem Zusammenhang ist anerkannt, dass Berufsausübungsregelungen wegen ihrer wirtschaftlich erdrosselnden Wirkung die Freiheit der Berufswahl beeinträchtigen können.⁴⁵ Ein generelles Berufsverbot geht in seinem Gewicht noch über eine objektive Zulassungsschranke hinaus. Im Hinblick darauf ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu fordern, dass mit der gesetzlichen Regelung schwerwiegenden Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut begegnet werden soll. Entsprechend hat das Bundesverfassungsgericht im Verbot der Arbeitnehmerüberlassung für Verleiher eine objektive Berufsausübungsschranke gesehen, die einer Rechtfertigung durch ein überragendes Gemeinschaftsgut bedürfe.⁴⁶ Am selben Maßstab hat das Gericht den Fall gemessen, dass ein sektorales Verbot gerade diejenigen trifft, die ihren Beruf bislang in eben diesem Sektor ausgeübt haben.⁴⁷

Sicherheit und Gesundheitsschutz für die betroffenen Arbeitnehmer sind ein solches überragend wichtiges Gemeinschaftsgut. Das gilt jedenfalls dann, wenn es nicht nur um marginale Gefährdungen, sondern um massive und systematische Rechtsverletzungen geht, die Lebensrisiken und die Gefahr schwerer Körper- und Gesundheitsverletzungen mit sich bringen. Das ist nach den Feststellungen zu den Arbeitsbedingungen in den nordrhein-westfälischen Schlachthöfen der Fall.⁴⁸ Massive Arbeitszeitverstöße, teils über 14 Stunden, regelmäßig mit werktäglichen Arbeitszeiten von über 10 Stunden bedeuten eine erhebliche Gesundheitsgefahr; dasselbe gilt für unterlassene arbeitsmedizinische Vorsorgeuntersuchungen. Versperrte Notausgänge und offene Brandschutztüren können Lebensgefahren mit sich bringen. Demonitierte Schutzvorrichtungen und fehlende persönliche Schutzausrüstungen bringen Gefahren erheblicher Körperverletzungen mit sich. Wenn in 30 Betrieben knapp 9000 Verstöße festgestellt werden, und auch derartige Ausmaße nicht als völlige „Ausreißer“ erscheinen, ist ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut gefährdet.

Durch ein Werkvertragsverbot lässt sich aber noch ein weiterer Missstand bekämpfen: Offenkundig gibt es bei den Werkvertragsunternehmen regelmäßig grobe Verletzungen von Arbeitnehmerrechten, etwa durch Lohninbehalt für Persönliche Schutzausrüstungen oder unzulässige Bindungen über Rückzahlungsklauseln für eine zweimonatige Anlernphase^{49, 50} Ein besonderes Problem besteht offensichtlich im Unterlaufen des Mindestlohns über eine schwer nachvollziehbare Konstruktion. An sich würde durch den Mindestlohn ein Preiskampf über die

⁴⁵ BVerfG, 16.3.1971 – 1 BvR 52/66 u.a., NJW 1971, 1255, 1256.

⁴⁶ BVerfG 4.4.1967 – 1 BvR 84/65, AP Nr. 7 zu § 37 AVAVG.

⁴⁷ BVerfG 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, 1195, 1196.

⁴⁸ Vgl. neben den Ausführungen oben die Fallbeispiele in: MAGS NRW, Überwachungsaktion „Faire Arbeit in der Fleischindustrie“, S. 12.

⁴⁹ Die fragliche Klausel, von der berichtet wurde, sah eine zweijährige Bindung ohne Staffelung des Rückzahlungsbetrags und ohne Differenzierung nach dem Rückzahlungsgrund vor. Selbst wenn man unterstellt, dass das Anlernen einen geldwerten Vorteil für den Arbeitnehmer mit sich bringt (zu diesem Erfordernis BAG 11.4.2006 – 9 AZR 610/05, BB 2006, 2134, 2135), ist jedenfalls zweifelhaft, ob der Vergütungsaufwand des Arbeitgebers allein der Fortbildung und nicht auch der Tätigkeit im Rahmen der Werkvertragserfüllung korrespondiert. Unzulässig ist jedenfalls, bei einer Lehrgangsdauer mit Vergütungsfortzahlung bis zu zwei Monaten eine längere als einjährige Bindung zu vereinbaren (BAG 15.12.1993 – 5 AZR 279/93, NZA 1994, 835, 836). Ferner ist eine Staffelung des Rückzahlungsbetrages nach zurückgelegter Bindung erforderlich (BAG 15.9.2009 – 3 AZR 173/08, NZA 2010, 342, 345). Schließlich ist eine Rückzahlungsklausel unwirksam, wenn sie nicht so nach dem Grund des Ausscheidens differenziert, dass die Rückzahlung ausgeschlossen ist, wenn der Arbeitnehmer die Gründe für das Ausscheiden nicht in der Hand hatte (BAG 24.6.2004 – 6 AZR 383/08, NZA 2004, 1035, 1036). Insgesamt zu den Grenzen für die Rückzahlung von Fortbildungskosten *Deinert*, in: Däubler/Bonning/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, § 307 BGB Rn. 101 ff.

⁵⁰ Vgl. MAGS NRW, Überwachungsaktion „Faire Arbeit in der Fleischindustrie“, S. 9; weitere Beispiele in: *DGB*, Zur Situation in der deutschen Fleischindustrie, S. 9 ff.

Arbeitsbedingungen der Fremdbeschäftigten begrenzt werden. Denn dieser ist gemäß § 20 MiLoG immer bei Inlandsarbeit zu gewährleisten. Verbreitet ist allerdings der Einsatz ausländischer Arbeitnehmer, die Unterkünfte vor Ort benötigen. Die Arbeiter werden zu einem Großteil in desolaten Unterkünften untergebracht. Ende Mai 2020 stellte das MAGS bei der Prüfung von 650 Unterkünften mit mehr als 5300 Personen über 1800 mittlere und gravierende Beanstandungen fest, vom Fehlen einfacher Hygienemaßnahmen bis hin zu Ungezieferbefall, Brandschutzmängeln und Einsturzgefahr. Teils wurde sogar eine Mehrfachbelegung von Betten festgestellt. Die Unterkünfte werden nach Erkenntnissen des MAGS über verbundene Unternehmen zu überhöhten Preisen zur Verfügung gestellt. So wird gleichsam über den Gewinn bei der Vermietung ermöglicht, durch das Werkvertragsunternehmen Leistungen zu Preisen anzubieten, die mit geringeren Einstandskosten kalkulieren. Ausweichstrategien der Arbeitnehmer sind nicht zu beobachten. Vielmehr werden Arbeitsverträge und Mietverträge miteinander verknüpft. Bei solchen Rechtsverletzungen handelt es sich ebenfalls nicht um banale Übertretungen, sondern um systematischen Rechtsbruch, der für die betroffenen Arbeitnehmer Würdeverletzend ist. Die Bekämpfung der Gefahr solcher Rechtsverletzungen ist daher ebenfalls als ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut anzusehen. Nicht von ungefähr beschreibt das Eckpunktepapier der Bundesregierung ein besonderes Schutzbedürfnis für Arbeitnehmer, die temporär in Deutschland tätig werden, eingeschränkte Sprachkenntnisse haben und keine Möglichkeit haben, auf dem Wohnungsmarkt eine Wohnung zu finden.

Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht die Durchsetzung des Arbeitsrechts in seiner Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit der Erstreckung des Arbeitsvermittlungsmonopols der Bundesanstalt für Arbeit auf die Arbeitnehmerüberlassung als kein überragendes Gemeinwohlinteresse angesehen, obwohl es davon ausging, dass die arbeitsrechtliche Lage der überlassenen Arbeitnehmer „in mancher Hinsicht zu Zweifeln Anlass geben“ möge.⁵¹ Es hat insoweit auf die Möglichkeit der individuellen Rechtswegbeschreitung der betroffenen Arbeitnehmer verwiesen. Hiervon unterscheidet sich die Lage der Arbeitnehmer in der Fleischindustrie aber offenkundig erheblich. Sicherheit und Gesundheitsschutz ist ein so wichtiges Gut, dass es nicht der Rechtsdurchsetzung durch den einzelnen allein überantwortet ist, sondern durch staatliche Behörden durchgesetzt wird. Es macht einen Unterschied, ob Arbeitnehmer erheblichen Gesundheitsgefahren oder gar Lebensgefahren ausgesetzt sind, oder ob Kündigungsfristen oder Urlaubsansprüche nicht gewahrt werden. Hinzu kommt, dass die überwiegend ausländischen, sprachunkundigen, schlecht vergüteten und schlecht ausgebildeten Arbeitnehmer offenkundig ihre Rechte nicht allein durchsetzen können.

Theoretisch wären derartige Rechtsverletzungen auch durch die Fleischindustrieunternehmen selber nicht ausgeschlossen. Im Falle der Festanstellung wäre die Gefahr der Isolation in Werkvertragskolonnen allerdings reduziert, was dem Abbau von Informationsdefiziten und solidarischer Hilfe insbesondere bei der Unterkunftssuche dienlich wäre. Vor allem aber könnte die Vertretung der Arbeitnehmerinteressen durch Betriebsräte solche offensichtlichen groben Verletzungen von Arbeitnehmerrechten verhindern. Der Betriebsrat hat ein Überwachungsmandat nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Zwar ist es grundsätzlich nicht ausgeschlossen, dass bei entsprechenden Inlandsbetrieben⁵² die Werkvertragsarbeitnehmer Betriebsräte nach dem BetrVG wählen. Das geschieht aber ganz offenkundig nicht. Betriebsräte in den Schlachthöfen sind für diese wiederum nicht zuständig. Auch wenn sich deren Unterrichts-

⁵¹ BVerfG 4.4.1967 – 1 BvR 84/65, AP Nr. 7 zu § 37 AVAVG.

⁵² Zum von der Rechtsprechung favorisierten sog. Territorialitätsprinzip vgl. zuletzt BAG 24.5.2018 – 2 AZR 54/18, NZA 2018, 1396; BAG 23.5.2018 – 7 ABR 60/16, NZA 2018, 1562.

anspruch nach § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG auf den Einsatz von Fremdpersonal erstreckt, vertreten sie nicht deren Interessen. Anders wäre es im Falle einer Direktanstellung. Die betreffenden Betriebsräte könnten dann auch die Interessen der Arbeitnehmer in der Produktion vertreten. Eine gewisse Plausibilität hierfür ergibt sich aus dem Umstand, dass in den erwähnten Betrieben, in denen eigene Arbeitnehmer eingesetzt wurden und marginalere Verstöße gegen das Arbeitsschutzrecht zu verzeichnen waren, diese durch Betriebsräte vertreten waren.

Dass entsprechenden Missständen im Kontext der Unterbringung ergänzend durch Mindeststandards für Unterkünfte und Erstreckung der Arbeitsschutzkontrollen auf solche begegnet werden kann, soll nicht in Abrede gestellt werden.

Eine entsprechende Regelung ist für die Werkunternehmer selbst dann zumutbar, wenn sie sich selber pflichtgemäß verhalten haben. Angesichts bereits eingetretener und drohender Schäden für die betroffenen Arbeitnehmer überwiegt das Gesetzesziel die individuellen Interessen der Unternehmer.⁵³

c) Rechte der Arbeitnehmer

Für Arbeitnehmer, die noch keinen Arbeitsvertrag mit einem Werkvertragsunternehmen geschlossen haben, entfällt allein die Aussicht auf Ausübung ihres Berufes bei bestimmten Unternehmen. Die Berufsfreiheit wird dadurch nur unwesentlich beschränkt.⁵⁴ Die Berufsfreiheit schützt zwar die freie Wahl des Arbeitsplatzes, verschafft aber keinen Anspruch auf Abschluss eines Vertrages bei einem bestimmten Arbeitgeber. Auch wird die Berufsausübung ansonsten kaum dadurch beeinträchtigt, dass sie nur bei bestimmten Arbeitgebern, nämlich unmittelbar bei den Betreibern der Schlachthöfe angestellt werden können.

Anders stellt sich die Lage für Arbeitnehmer dar, die bereits bei Werkvertragsunternehmen beschäftigt sind. Deren grundrechtlich geschütztes Interesse⁵⁵ an der Beibehaltung des einmal gewählten Arbeitsplatzes wird durch das Gebot der Direktanstellung beeinträchtigt, weil im Falle der Beendigung des Werkvertrages die Gefahr einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus betriebsbedingten Gründen gemäß § 1 Abs. 3 KSchG droht, soweit überhaupt Kündigungsschutz besteht. Die vorstehend genannten Gründe, die einen Eingriff in die Rechte der Fleischindustrieunternehmen und der Werkvertragsunternehmen rechtfertigen, rechtfertigen aber auch den Eingriff in die Rechte dieser Arbeitnehmer.

Angesichts des sich so ergebenden Einstellungsbedarfs bei den Fleischindustrieunternehmen droht ohnehin keine lange Arbeitslosigkeit, sodass die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne allemal gewahrt ist.

⁵³ Vgl. für das gesetzgeberische Ziel der Wiederherstellung der gestörten Ordnung auf dem Teilarbeitsmarkt des Baugewerbes durch ein sektorales Verleihverbot BVerfG 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, 1195, 1197.

⁵⁴ Vgl. BVerfG 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, 1195, 1198.

⁵⁵ Vgl. BVerfG 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, BVerfGE 97, 169, 175 ff.

2. Europäisches Unionsrecht

Das intendierte Verbot, Schlachthöfe im Wege der Werkvertragsvergabe zu betreiben, berührt auch die Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 AEUV. Diese umfasst neben dem Diskriminierungsverbot ein Beschränkungsverbot im Sinne der sogenannten Gebhard-Formel.⁵⁶ Danach ist die Dienstleistungsfreiheit auch vor Behinderungen und anderen Maßnahmen, die sie unattraktiv machen, geschützt. Soweit das Werkvertragsverbot es Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten unmöglich macht, im Wege von Werkverträgen Tätigkeiten im Kerngeschäft von Fleischindustrieunternehmen zu übernehmen, ist eine solche Beschränkung ohne weiteres gegeben. Überdies geht der EuGH davon aus, dass auch die Erbringung von Dienstleistungen mithilfe von Subunternehmern durch die Dienstleistungsfreiheit geschützt wird.⁵⁷ Das scheint freilich nach bisheriger Erkenntnis eine eher theoretische Konstellation, weil entsprechende Subunternehmerketten in der Fleischindustrie praktisch nicht vorkommen. Letztlich kommt es aber nicht darauf an, ob bereits durch diese theoretische Möglichkeit die Dienstleistungsfreiheit beschränkt wird, weil eine Beschränkung in jedem Falle in dem Werkvertragsverbot läge.

Maßnahmen, die die Ausübung der Grundfreiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, sind nur zulässig, wenn sie in nichtdiskriminierender Weise angewendet werden, durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt und zu dessen Erreichung geeignet und erforderlich sind.⁵⁸ Der Schutz der Arbeitnehmer wird von der Rechtsprechung des EuGH als ein solches Allgemeininteresse anerkannt.⁵⁹ Der Arbeitnehmerschutz, der durch das Werkvertragsverbot angestrebt wird, kann folglich eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durchaus rechtfertigen.⁶⁰ Wie unter 1 a und b ausgeführt, geht es um den Schutz der Arbeitnehmer vor schwerwiegenden Verletzungen ihrer Rechte im Hinblick auf Sicherheit und Gesundheit, aber auch um den Schutz ihrer vertraglichen Rechte. Das Werkvertragsverbot ist dazu auch geeignet und erforderlich, wie unter 1 a (3)-(5) und 1 b ausgeführt.

Der EuGH hat allerdings klargestellt, dass bei Maßnahmen in Bereichen, die einer erschöpfenden Harmonisierung unterliegen, die Prüfung allein nach Maßgabe der harmonisierten Bestimmungen und nicht anhand des Primärrechts erfolgt.⁶¹ In diesem Sinne hat der EuGH auch die Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG als vorrangiges Sekundärrecht gegenüber der Niederlassungsfreiheit eingeordnet.⁶² Nach Art. 16 Abs. 1 und 3 dieser Richtlinie dürfen die Mitgliedstaaten Anforderungen stellen, die der Durchsetzung ihrer Beschäftigungsbedingungen dienen, sofern die gewählten Maßnahmen nicht wegen der Staatsangehörigkeit diskriminieren und geeignet und erforderlich sind. Insoweit ergeben sich keine strengeren Maßstäbe als im Falle der unmittelbaren Anwendung der Dienstleistungsfreiheit, sodass das Werkvertragsverbot auch der Dienstleistungsrichtlinie standhielte.

⁵⁶ EuGH 30.11.1995 – C-55/94, EuZW 1996, 92 - Gebhard; EuGH 25.10.2001 – C- 49/98 u.a., NZA 2001, 1377 - Finalarte.

⁵⁷ EuGH 18.3.2004 – C-314/01, NVwZ 2004, 967 – Siemens Österreich.

⁵⁸ EuGH 30.11.1995 – C-55/94, EuZW 1996, 92 – Gebhard; EuGH 25.10.2001 – C- 49/98 u.a., NZA 2001, 1377, Rn. 33 ff. – Finalarte.

⁵⁹ EuGH 23.11.1999 -C-369/96 u.a., NZA 2000, 85, Rn. 36 – Arblade m.w.N.; EuGH 17.11.2015 - C-115/14, NZA 2016, 155, Rn. 70 – RegioPost.

⁶⁰ Krause, NZA 1/2020, Editorial

⁶¹ EuGH 17.11.2015 – C-115/14, NZA 2016, 155, Rn. 57 – Regio Post.

⁶² EuGH 4.7.2019 – C-377/17, JZ 2019, 886 – Kommission/Deutschland; EuGH 30.1.2018 – C-360/15 u.a., EuZW 2018, 244 – X und Visser.

Zu prüfen bleibt aber, ob ein sektorales Verbot von Werkverträgen nur für die Fleischindustrie mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar ist. Zweifel können sich ergeben, weil der EuGH das Tariftreueverlangen für Bauleistungen nach niedersächsischem Landesvergaberecht für unvereinbar mit der Entsenderichtlinie als Konkretisierung der Dienstleistungsfreiheit angesehen hat.⁶³ Insoweit hat der Gerichtshof beanstandet, dass durch den fraglichen Tarifvertrag nicht alle Arbeitnehmer erfasst wurden. Freilich hielt der EuGH die Regelung deshalb für nicht gerechtfertigt, weil sie nur öffentliche Bauaufträge betraf und zudem einen nicht allgemeinverbindlichen Tarifvertrag. Er betonte sodann, dass es keine Hinweise gebe, dass andere Arbeitnehmer des Baugewerbes nicht gleichermaßen schutzbedürftig seien.⁶⁴ Der Sache nach hat der EuGH also die Inkonsistenz der Regelung beanstandet, weil sie das Schutzanliegen nicht vollständig durchzusetzen versuchte. Mit einer solchen Fallgestaltung hat man es vorliegend allerdings nicht zu tun. Vielmehr folgt der spezifische Schutzbedarf der betreffenden Arbeitnehmer gerade aus dem Auseinanderfallen von Betriebsorganisation und Personalverantwortung in der Fleischindustrie. Der betreffende Sektor ist damit vollständig erfasst. Derzeit gibt es keine Anhaltspunkte für einen vergleichbaren Regelungsbedarf in anderen Branchen. Das aber sektoral beschränkte Regelungen für einen bestimmten regelungsbedürftigen Bereich geschaffen werden, hat der EuGH grundsätzlich nicht beanstandet. So war das AEntG in seiner ursprünglichen Fassung hinsichtlich der Erstreckung tarifvertraglicher Regelungen auf entsandte Arbeitnehmer in seinem Anwendungsbereich auf Baugewerbe und Seeschifffahrtsassistenten beschränkt. Dennoch hat der EuGH die Regelungen im Wesentlichen gebilligt, ohne an dieser Beschränkung Anstoß zu nehmen.⁶⁵ Bereits früher hatte der Gerichtshof betont, dass der Schutz der Arbeitnehmer gerade im Baugewerbe wegen dessen besonderer Bedingungen eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen könne.⁶⁶ Vorliegend hat man es ebenfalls mit besonderen Schutzregelungen in einer Branche zu tun, die durch besondere Bedingungen gekennzeichnet ist.

II. Verbot der Arbeitnehmerüberlassung

1. Berufsfreiheit der Verleiher

Für Verleiher bedeutet ein Verbot der Arbeitnehmerüberlassung in der Fleischindustrie eine Berufsausübungsregelung, wenn diesen der Einsatz in den betreffenden Schlachtbetrieben nicht mehr möglich ist.⁶⁷ Ebenso hat es das BVerfG mit Blick auf das sektorale Überlassungsverbot im Baugewerbe nach § 1b AÜG gesehen.⁶⁸ Die Überlassung von Arbeitnehmern bleibt weiter möglich. Selbst die Überlassung von Arbeitnehmern der für die Fleischindustrie relevanten Berufe ist nicht ausgeschlossen, soll das Verleihverbot doch nur für die Fleischindustrie, nicht jedoch für das Handwerk greifen. Das unterscheidet das sektorale Verbot von einem generellen Verbot der Arbeitnehmerüberlassung, das ein objektives Berufsausübungshindernis bedeuten würde⁶⁹.

⁶³ EuGH 3.4.2008 – C-346/06, AP Nr. 16 zu Art. 49 EG – Ruffert.

⁶⁴ A.a.O. Rn. 40.

⁶⁵ EuGH 25.10.2001 – C-49/98, EuZW 2001, 759 – Finalarte.

⁶⁶ EuGH 28.3.1996 – C-272/94, EuZW 1996, 399, Rn. 16 – Guiot; vgl. auch EuGH 23.11.1999 – C-369 u.a., NZA 2000, 85, Rn. 36 - Arblade.

⁶⁷ *Bayreuther*, NZA 2020, 773.

⁶⁸ BVerfG 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, 1195, 1196.

⁶⁹ Vgl. BVerfG 4.4.1967 – 1 BvR 84/65, AP Nr. 7 zu § 37 AVAVG.

Ein solches Verbot lässt sich nicht unmittelbar wegen etwaiger festgestellter Missstände im Hinblick auf Arbeitsschutz und sonstige Arbeitnehmerrechte rechtfertigen, weil die Arbeitnehmerüberlassung in der Fleischindustrie praktisch keine Rolle spielt. Allerdings besteht die Gefahr, dass im Falle eines Werkvertragsverbots die entsprechenden Strukturen über Verleihunternehmen fortgesetzt werden. Letztlich rechtfertigt sich ein entsprechendes Überlassungsverbot dadurch, dass es der Verhinderung einer Umgehung des Werkvertragsverbots dient. Dies ist nicht entbehrlich im Hinblick darauf, dass Arbeitnehmerüberlassung erlaubnispflichtig ist. Insoweit sind dieselben Erwägungen maßgeblich wie hinsichtlich eines Erlaubnisvorbehalts für Werkvertragskonstruktionen (s.o. I 1 a (5)).

Das Verbot würde auch die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne wahren, weil Arbeitnehmerüberlassung in der Fleischindustrie bislang praktisch keine Rolle spielt. Die Berufsfreiheit ist hier nur unter dem Aspekt berührt, ein neues Berufsfeld zu eröffnen.

2. Berufsfreiheit der Fleischindustrieunternehmen

Das Überlassungsverbot wird sich in gleicher Weise auf die Fleischindustrie aus wie ein Werkvertragsverbot. Dem Gesetzgeber geht es ja gerade um die Direktanstellung und das Überlassungsverbot sichert dieses letztlich lediglich ab. Es ist daher in gleichem Maße gerechtfertigt wie das Werkvertragsverbot (o. I 1 a).

3. Leiharbeitsrichtlinie

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist die grenzüberschreitende Überlassung von Arbeitnehmern Ausübung der Dienstleistungsfreiheit.⁷⁰ Insoweit bedarf ein sektorales Verbot der Arbeitnehmerüberlassung einer Rechtfertigung, die auch im Schutz der betreffenden Arbeitnehmer liegen kann. So hat der EuGH eine Rechtfertigung des sektoralen Überlassungsverbots für Arbeiter des Baugewerbes nach § 1b AÜG nicht grundsätzlich in Zweifel gezogen, sondern allein die Sonderregelungen der alten Gesetzesfassung, die einen Sitz oder eine Niederlassung im Inland erforderten, als unverhältnismäßig beanstandet.⁷¹

Auch hier hat man es freilich wiederum mit einem Bereich zu tun, der sekundärrechtlich determiniert ist. Art. 4 der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG verlangt von den Mitgliedstaaten eine Überprüfung ihrer Leiharbeitsverbote und lässt nur solche zu, die aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind, wobei der Unionsgesetzgeber ausdrücklich als Allgemeininteresse den Schutz der Leiharbeiter und die Erfordernisse von Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz anerkennt. Der Sache nach bedeutet Art. 4 Abs. 1 der Leiharbeitsrichtlinie eine Konkretisierung der primärrechtlichen Dienstleistungsfreiheit.⁷² Der EuGH geht im Zusammenhang mit Art. 4 der Richtlinie allerdings davon aus, dass es sich allein um eine Überprüfungspflicht handelt, die den Gerichten nicht gestattet, mangels Rechtfertigung eine Beschränkung unangewendet zu lassen.⁷³ Ob daraus allerdings folgt, dass Art. 4 keinerlei materiell-rechtliche Wirkung habe,⁷⁴ erscheint jedoch zweifelhaft. Wäre dies der Fall, bliebe es jedenfalls dabei, dass ein entsprechendes Verbot an der Dienstleistungsfreiheit zu messen

⁷⁰ EuGH 17.12.1981 – 279/80, AP Nr. 9 zu Art. 177 EWG-V – Webb; EuGH 10.2.2011 – C-307/09 u.a., NZA 2011, 283 - Vicoplus.

⁷¹ EuGH 25.10.2001 – C-493/99, NZA 2001, 1299.

⁷² Generalanwalt Szpunar, Schlussanträge in der Rs. 533/13, Rn. 139.

⁷³ EuGH 17.3.2015 – C-533/13, EuZW 2015, 385 – AKT; vgl. Ulber-Ulber, § 1b Rn. 5..

⁷⁴ So Franzen/Gallner/Oetker-Rebhahn/Schörghofer/Kolbe, Art. 4 RL 2008/104/EG Rn. 3.

wäre – mit dem nämlichen Ergebnis. Mehr spricht aber ohnehin dafür, dass Mitgliedstaaten Verbote nur unter den Voraussetzungen des Art. 4 vorsehen dürfen, denn an sie richtet sich ja das Prüfgebot.

Der deutsche Gesetzgeber hat diese Vorgaben nicht zum Anlass genommen, das Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe zu revidieren. Ob das richtig ist,⁷⁵ wird in der Literatur in Zweifel gezogen,⁷⁶ muss hier aber nicht näher untersucht werden. Es stellt sich allein die Frage, ob ein sektorales Verbot der Arbeitnehmerüberlassung in der Fleischindustrie diesen Anforderungen standhielte. Das ist der Fall. Die Gründe, die das Verbot verfassungsrechtlich rechtfertigen, rechtfertigen auch eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit, weil es wiederum um einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses geht.

⁷⁵ So *Ulber*, AuR 2010, 10, 13.

⁷⁶ *ErfK-Wank*, § 1b AÜG Rn. 5 m.w.N.

C. Ergebnisse

Die durch die Kontrollbehörden festgestellten Missstände beim Einsatz von Werkverträgen in der Fleischindustrie rechtfertigen ein sektorales Verbot von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung durch ein Direktanstellungsgebot für die Fleischindustrieunternehmen:⁷⁷

1. Der Gesetzgeber darf das Direktanstellungsgebot wählen, um drohende schwere Schäden für Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer in den Schlachthöfen der Fleischindustrie durch das Auseinanderfallen von Betriebsorganisation und Personalverantwortung abzuwenden. Im Rahmen seines Beurteilungsspielraums darf er davon ausgehen, dass mildere Mittel nicht zur Verfügung stehen. Dies rechtfertigt einen Eingriff nicht nur in die Berufsfreiheit der Schlachthofbetreiber, sondern auch in die Berufsfreiheit der Werkvertragsunternehmen und eventueller Verleiher. In Bezug auf Werkvertragsunternehmen ist die Maßnahme zudem zur Effektuierung vertraglicher Rechte der betroffenen Arbeitnehmer gerechtfertigt.
2. Da Gefährdungen der Arbeitnehmerrechte durch Betriebsorganisation ohne Personalverantwortung in anderen Branchen bislang nicht in vergleichbarem Ausmaß bekannt geworden sind, darf die gesetzliche Regelung auf Betriebe der Fleischindustrie beschränkt bleiben. Das ist im Sinne des Prinzips der Verhältnismäßigkeit sogar geboten.
3. Die Gründe, die entsprechende sektorale Werkvertrags- und Arbeitnehmerüberlassungsverbote vor Art. 12 Abs. 1 GG rechtfertigen, sind auch zwingende Gründe des Allgemeininteresses, die eine Beschränkung der unionsrechtlichen Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen. Dadurch sind sie auch mit der Dienstleistungsrichtlinie und der Leiharbeitsrichtlinie vereinbar.

⁷⁷ I.E. ebenso *Krause*, NZA 1/2020, Editorial; der Sache nach ebenfalls *Bayreuther*, NZA 2020, 773 ff., der allerdings (ebd.S. 775, 776) nicht daran glauben mag, dass die fraglichen Missstände tatsächlich in dem angegebenen Ausmaß existieren.

D. Literaturverzeichnis

Bayreuther, Frank, Verbot von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung in der Fleischwirtschaft, NZA 2020, 773.

Boecken, Winfried/Düwell, Franz Josef/Diller, Martin/Hanau, Hans (Hrsg.), *Gesamtes Arbeitsrecht*, Baden-Baden 2016 (zitiert: NK-GA/Bearbeiter).

Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Eckpunkte „Arbeitsschutzprogramm für die Fleischwirtschaft“, 20.5.2020.

Däubler, Wolfgang/Bonin, Birger/Deinert, Olaf, *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht*, 4. Aufl., München 2014.

Deutscher Gewerkschaftsbund, *Werkverträge – Subunternehmer – Arbeitsbedingungen*, Zur Situation in der deutschen Fleischindustrie, Standpunkte und Fallbeispiele, Berlin 2017.

Franzen, Martin/Gallner, Inken/Oetker, Hartmut (Hrsg.), *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*, 3. Aufl., München 2020.

Geschäftsstelle der Nationalen Arbeitsschutzkonferenz, *Leitlinie Arbeitsschutz bei der Kooperation mehrerer Arbeitgeber im Rahmen von Werkverträgen*, Berlin 2019.

Kohte, Wolfhard/Faber, Ulrich/Feldhoff, Kerstin (Hrsg.), *Gesamtes Arbeitsschutzrecht*, 2. Aufl. Baden-Baden 2018 (zitiert: HK-ArbSchR-Bearbeiter).

Krause, Rüdiger, *Der Dschungel lichtet sich – Werkvertragsverbot in der Schlachtindustrie*, NZA 1/2020, Editorial.

Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.), *Grundgesetz*, Loseblattwerk, Werkstand: Feb. 2020 (zitiert: MD/Bearbeiter).

Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen, *Überwachungsaktionen. „Faire Arbeit in der Fleischindustrie“*. Abschlussbericht, Düsseldorf 2019.

Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 20. Aufl., München 2020 (zitiert: ErfK-Bearbeiter).

Münch, Ingo von/Kunig, Philip (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, Bd. 1, 6. Aufl., München 2012 (zitiert: v.Münch/Kunig-Bearbeiter).

Pieper, Ralf, *Arbeitsschutzgesetz*, 6. Aufl., Frankfurt/M. 2017.

Sachs, Michael (Hrsg.), *Grundgesetz*, 8. Aufl., München 2018 (zitiert: Sachs-Bearbeiter).

Scheytt, Stefan, *Geschäftsmodell auf der Kippe*, Mitb 3/2020, S. 54.

Ulber, Jürgen, *Die Richtlinie zur Leiharbeit*, AuR 2010, 10.

Ulber, Jürgen (Hrsg.), *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*, 5. Aufl. Frankfurt/M. 2011.