

# **Arbeitsschutz schafft neues Arbeitsrecht!?**

von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Am 1.1.2021 ist das „Arbeitsschutzkontrollgesetz“ in Kraft getreten, das am 30.12.2020 im Bundesgesetzblatt erschienen ist (BGBl I S. 3334). Es verbessert die Durchsetzungsmöglichkeiten im Arbeitsschutzrecht und schließt bestimmte Beschäftigungsformen in der Fleischwirtschaft aus. Dies betrifft Werkverträge, den Einsatz von Soloselbständigen und in weitem Umfang auch die Leiharbeit. Dabei wurden neue Wege beschritten.

## **I. Der soziale Sachverhalt**

Covid 19 – Ausbrüche in Großbetrieben der Fleischindustrie haben den Blick der Öffentlichkeit auf die dort herrschenden Arbeits- und Wohnbedingungen gelenkt. In einem Entschließungsantrag, der in den Deutschen Bundestag eingebracht wurde,<sup>1</sup> heißt es:

„Mangelhafte Arbeitsbedingungen und prekäre Wohnverhältnisse von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern in der deutschen Fleischbranche sind seit Jahren bekannt: Verstöße gegen das Arbeitszeitgesetz, Verstöße gegen das Mindestlohngesetz durch unzulässige Lohnabzüge, Verstöße gegen das Arbeitsschutzgesetz und Verstöße gegen die Mindeststandards bei der Unterbringung. Das 2017 eingeführte ‘Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft’ hat bisher erst in wenigen Fällen Wirkung gezeigt.“

Diese Feststellungen stammen von der Fraktion der FDP, die nach allgemeiner Auffassung nicht im Verdacht steht, die Realität des Arbeitslebens zu Lasten der Unternehmer zu verzerren. Dem erwähnten Gesetz vom 17. Juli 2017<sup>2</sup>, üblicherweise als „GSA Fleisch“ abgekürzt, waren im Jahre 2015 Selbstverpflichtungen der wichtigsten Unternehmen vorausgegangen,<sup>3</sup> die wenig Einfluss auf die Realität hatten. Die wichtigsten konkreten Erkenntnisse über den bestehenden Zustand brachte eine empirische Untersuchung des

---

<sup>1</sup> BT-Drucksache 19/25275 S. 1

<sup>2</sup> BGBl I S. 2541, 2572

<sup>3</sup> [https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/S-T/standortoffensive-fleischwirtschaft-selbstverpflichtung-attractive-arbeitsbedingungen.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/S-T/standortoffensive-fleischwirtschaft-selbstverpflichtung-attractive-arbeitsbedingungen.pdf?__blob=publicationFile&v=1) (3.1.2021)

Landes NRW, die in der Zeit von Juli bis September 2019 durchgeführt wurde und deren Ergebnisse im Netz nachzulesen sind.<sup>4</sup>

Charakteristisch für die Arbeitsbedingungen in der Fleischindustrie ist die Tatsache, dass in weitem Umfang Werkvertragsarbeitnehmer und in sehr viel geringerem Umfang Leiharbeitnehmer eingesetzt werden. Dies betrifft insbesondere auch Betriebe, die das Kerngeschäft der Unternehmen ausmachen. Der Anteil des Fremdpersonals, zu dem auch einzelne Soloselbständige gehören, liegt dort in der Regel bei über 50 %; in manchen Unternehmen in NRW erreichte er 100 %.<sup>5</sup> Im Normalfall handelt es sich dabei um Arbeitnehmer aus Osteuropa, die des Deutschen nicht mächtig sind und die häufig in Sammelunterkünften mit Mehrbettzimmern untergebracht sind. Die in NRW, aber auch andernorts festgestellten Verstöße gegen geltendes Recht waren gravierend: Die Arbeitszeit erreichte bis zu 16 Stunden, Pausen und Ruhezeiten wurden nicht eingehalten. Die gesetzlich gebotene arbeitsmedizinische Vorsorge wurde nicht durchgeführt. Dabei unterblieben beispielsweise Untersuchungen im Zusammenhang mit der sog. Feuchtarbeit, die zu dauerhaften Schädigungen der Haut führen kann. Auch Lärmbereiche blieben unbehelligt, wo bei längerer Exposition Hörschäden drohen. Die Finanzkontrolle Schwarzarbeit ermittelte zahlreiche Fälle, in denen Teile des Mindestlohns gesetzwidrig für persönliche Schutzausrüstung, für Miete und für Fahrservice einbehalten wurden.<sup>6</sup>

Nachdem weder die Selbstpflichtungen noch das GSA Fleisch den Fortbestand solcher Bedingungen verhindert hatten, entschloss sich die Bundesregierung zu einer neuen gesetzlichen Regelung. Der Bundestag beschloss mit Zustimmung des Bundesrats das „Gesetz zur Verbesserung des Vollzugs im Arbeitsschutz (Arbeitsschutzkontrollgesetz)“ vom 22. Dezember 2020<sup>7</sup>, das zwei Regelungsschwerpunkte besitzt: Zum einen geht es um die bessere Durchsetzung von Arbeitsschutznormen im allgemeinen (unten II), ein Anliegen, das dem Gesetz den Namen gegeben hat. Zum andern werden die Fleischunternehmen verpflichtet, eine elektronische Zeiterfassung zu praktizieren (unten III) und insbesondere keine Werkvertragsarbeitnehmer, keine Soloselbständigen und grundsätzlich auch keine Leiharbeitnehmer mehr einzusetzen, sondern ihre Aufgaben ausschließlich mit eigenen Beschäftigten zu erfüllen (unten IV). Ein solches Verbot von „Fremdbelegschaften“ ist

---

<sup>4</sup> <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=faire+Arbeit+in+der+Fleischindustrie> (6.9.2020)

<sup>5</sup> Angaben nach der Amtlichen Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drucksache 19/21978, S. 2/3

<sup>6</sup> BT-Drucksache 19/21978 S. 2

<sup>7</sup> BGBl I S. 3334

neuartig und hat deshalb auch einige Widerstände hervorgerufen.<sup>8</sup> Handwerksbetriebe mit bis zu 49 Beschäftigten sind von dieser Neuregelung ausgenommen (unten V).

## **II. Verbesserte Durchsetzung des Arbeitsschutzrechts**

Arbeitsschutzrecht ist öffentliches Recht. Seine Durchsetzung erfolgt mit hoheitlichen Mitteln. Diese kann nur funktionieren, wenn die zuständigen Behörden zu Kontrollen berechtigt sind und wenn sie auch über die Ressourcen verfügen, um von ihren Befugnissen Gebrauch zu machen. Hier setzt das neue Gesetz an und ergänzt das Arbeitsschutzgesetz in einer Reihe von Punkten. Zugleich werden damit Verpflichtungen der Bundesrepublik aus dem Unionsrecht und aus völkerrechtlichen Abkommen einer Erfüllung näher gebracht.<sup>9</sup>

### **1. Auswahl der kontrollierten Betriebe, Häufigkeit der Kontrollen**

Rechtsgrundlage für die Kontrolle und Durchsetzung der Regeln des Arbeitsschutzgesetzes und der auf seiner Grundlage erlassenen Verordnungen ist § 21 ArbSchG. Er soll nach dem Willen des Gesetzgebers eine Verstärkung erfahren. Eher an eine Selbstverständlichkeit erinnert allerdings die in seinen Abs. 1 eingefügte Vorgabe, bei der Auswahl der zu kontrollierenden Betriebe seien Art und Umfang der betrieblichen Gefährdungspotentiale zu berücksichtigen. Hohes Gefährdungspotential sollte m. E. auch ohne ausdrücklichen Hinweis des Gesetzgebers Anlass zu häufigeren und gründlicheren Kontrollen geben.

Bedeutsamer ist der neu eingefügte § 21 Abs. 1a: Die zuständigen Landesbehörden haben sicherzustellen, dass im Laufe eines Kalenderjahres eine Mindestanzahl an Betrieben kontrolliert wird. Diese „Mindestbesichtigungsquote“ wird ab dem Kalenderjahr 2026 auf fünf Prozent der im jeweiligen Land vorhandenen Betriebe festgelegt. Dies dürfte gegenüber dem Status quo eine Verbesserung darstellen, obwohl man sich einen anspruchsvolleren Prozentsatz hätte vorstellen können. Bei schematischer Gleichbehandlung aller Betriebe (die es so in der Realität glücklicherweise nicht gibt) würde die ab 2026 geltende Regelung darauf hinauslaufen, dass jeder Betrieb alle 20 Jahre einmal kontrolliert wird. Was fehlt, ist eine Regelung, die die Länder verpflichtet, die Behörden mit den nötigen personellen Ressourcen auszustatten. Dabei hätte man sich an Art. 52 Abs. 4 DSGVO orientieren können, wonach

---

<sup>8</sup> S. Thüsing u. a. NZA 2020, 1160.

<sup>9</sup> Zu den völkerrechtlichen und unionsrechtlichen Pflichten im Arbeitsschutzrecht s. MünchArbR-Kohte, 4. Aufl. 2018, § 172 Rn. 37 ff., § 173.

jede Aufsichtsbehörde für den Datenschutz mit den personellen, technischen und finanziellen Ressourcen, Räumlichkeiten und Infrastrukturen ausgestattet werden muss, die sie benötigt, um ihre Aufgaben und Befugnisse effektiv wahrnehmen zu können. Was zum Schutz personenbezogener Daten mit Recht vorgesehen wird, sollte doch auch zum Schutz von Leben und Gesundheit möglich sein – eine Klarstellung wäre hier von Nutzen gewesen.

## **2. Besserer Informationsstand**

Von unbestreitbarer Nützlichkeit ist die auf einer Anregung des Bundesrats beruhende Vorschrift des § 21 Abs. 3a, wonach der zuständige Unfallversicherungsträger nach einer Betriebsbesichtigung über zahlreiche Punkte zu informieren ist. Auf diese Weise soll die Kontrolltätigkeit beider Instanzen verbessert und die Arbeitsteilung zwischen ihnen gefördert werden.<sup>10</sup> Auch hier fragt man sich allerdings, weshalb eine so naheliegende Verhaltensweise einer gesetzgeberischen Hilfe bedarf. Die Überwindung datenschutzrechtlicher Hürden kann nicht der Anlass sein, da außer dem Namen des Betriebes keine personenbezogenen Daten übermittelt werden. Aus der Begründung wird aber deutlich, dass eine solche Teilung des Informationsstands und des Wissens bisher nicht Praxis ist.

## **3. Erleichterung von Kontrollen**

Arbeiten Beschäftigte mehrerer Arbeitgeber an einem „Arbeitsplatz“, d. h. einer Betriebsstätte zusammen, so sind die Arbeitgeber nach § 8 Abs. 1 ArbSchG zur Zusammenarbeit verpflichtet. Sie haben sich wechselseitig über Gesundheitsgefahren zu unterrichten und die Gegenmaßnahmen abzustimmen. Nach dem neuen § 22 Abs. 1 Satz 2 ArbSchG kann die zuständige Behörde nunmehr verlangen, dass „das Ergebnis der Abstimmung über die zu treffenden Maßnahmen nach § 8 Absatz 1 schriftlich vorgelegt wird.“

Die mit der Überwachung beauftragten Personen dürfen nach § 22 Abs. 2 Satz 1 und 2 ArbSchG Betriebsstätten, Geschäfts- und Betriebsräume nur zu den Betriebs- und Arbeitszeiten betreten und dort bestimmte Maßnahmen treffen. Davon macht § 22 Abs. 2 Satz 5 ArbSchG dann eine Ausnahme und lässt Maßnahmen ohne Zustimmung des Arbeitgebers auch zu anderen Zeiten zu, wenn dies zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche

---

<sup>10</sup> Bericht des Arbeits- und Sozialausschusses, BT-Drucksache 19/25141 S. 27

Sicherheit oder Ordnung erforderlich ist oder wenn sich die Arbeitsstätte in einer Wohnung befindet. Beide Fälle werden nunmehr entkoppelt: Satz 5 schreibt die bisherigen Regelung fort und benutzt das übliche Begriffspaar „Sicherheit *und* Ordnung“. Der neue Satz 6 betrifft die in jüngster Zeit so wichtig gewordene Arbeit zu Hause und begrenzt Maßnahmen „ohne Einverständnis der Bewohner oder Nutzungsberechtigten“ generell auf den Fall, dass sie zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung erforderlich sind. Insoweit wird das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung eingeschränkt, was Art. 10 des Gesetzes wegen des Zitiergebots des Art. 19 Abs. 1 GG ausdrücklich hervorhebt.

#### **4. Angemessene Unterkünfte**

Die schlechte Unterbringung ausländischer Arbeitnehmer, wie sie aus der Fleischwirtschaft bekannt geworden ist, wurde vom Gesetzgeber nicht direkt angegangen. Vielmehr wurde die Bundesregierung durch § 18 Abs. 2 Nr. 3a ArbSchG ermächtigt, durch Verordnung vorzuschreiben, welche Anforderungen Unterkünfte für bestimmte Beschäftigte zu erfüllen haben.<sup>11</sup>

### **III. Elektronische Zeiterfassung**

Mangelhafte Erfassung der Arbeitszeit gehört zu den Missständen, die in der Fleischwirtschaft festgestellt wurden; tatsächlich geleistete Arbeitsstunden wurden – um es zurückhaltend auszudrücken - nicht immer vollständig erfasst. Der Gesetzgeber verzichtete allerdings darauf, dieses auch in anderen Branchen auftretende Problem insgesamt anzugehen. Vielmehr beschränkte er sich insoweit auf die Fleischwirtschaft und ordnete in § 6 des Gesetzes zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft („GSA Fleisch“) eine elektronische Zeiterfassung an. Damit werde die Chance einer korrekten Erfassung erhöht.<sup>12</sup> Zugleich wird dadurch für einen beschränkten Bereich den Anforderungen des EuGH Rechnung getragen, wonach die Arbeitszeit ganz generell mit Hilfe eines „objektiven, verlässlichen und zugänglichen Systems“ erfasst werden muss.<sup>13</sup> Dies ist zu berücksichtigen,

---

<sup>11</sup> Richtlinien dazu gab es schon in den 1970-er Jahren, die aber an der schlechten Stellung der „Gastarbeiter“ auf dem Wohnungsmarkt nichts änderten – dazu Däubler DuR 1974, 1, 26 (abrufbar unter [www.daeubler.de/aufsaeetze/](http://www.daeubler.de/aufsaeetze/))

<sup>12</sup> So die Begründung zum RegE, BT-Drucksache 19/21978 S. 36

<sup>13</sup> EuGH NZA 2019, 683 - CCOO

wenn manuelle Eingaben in ein elektronisches System, etwa eine Excel-Tabelle erfolgen, was nach der amtlichen Begründung zulässig bleibt.<sup>14</sup>

## **IV. Das Direktanstellungsgebot für die Fleischwirtschaft**

Der inhaltliche Schwerpunkt des Gesetzes liegt auf dem „Direktanstellungsgebot“, d. h. der Verpflichtung von Unternehmen der Fleischwirtschaft, nur noch eigene Arbeitskräfte einzusetzen. Diese Bestimmungen werden als § 6a in das GSA Fleisch eingefügt. Adressat der Verpflichtungen ist der „Inhaber“ des Unternehmens; daneben werden aber auch Werkvertragsunternehmer und Verleiher in die Pflicht genommen. Damit sind in Korrektur der bisherigen Praxis klare Verantwortlichkeiten geschaffen, die Voraussetzung für eine wirksame Kontrolle sind.

### **1. Der „Inhaber“ als neuer Arbeitgeber**

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

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

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

---

<sup>14</sup> BT-Drucksache 19/21978 S. 36

## **2. Alleinige Inhaberschaft**

Nach § 6a Abs. 1 Satz 1 muss der Unternehmer den Fleischbetrieb als „alleiniger Inhaber“ führen. Soweit Personengesellschaften oder juristische Personen Inhaber sind, ist es ohne Bedeutung, wenn mehrere Gesellschafter oder Geschäftsführer/Vorstände zusammenwirken, da ihr Verhalten automatisch dem (alleinigen) „Inhaber“ zugerechnet wird. Dies gilt auch dann, wenn im Einzelfall keine Gesamtvertretung, sondern Einzelvertretung besteht. So ist es denkbar, dass der eine für den ordnungsgemäßen Zustand der Betriebsmittel, ein anderer für den Personaleinsatz zuständig ist. Inhaber bleibt auch in diesem Fall die einheitliche Größe „OHG“ oder „GmbH“ oder „AG“.

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

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

## **3. Die übergreifende Organisation**

Aus Konzernen ist das Phänomen der „Sparten“ bekannt, bei denen nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG durch Tarifvertrag ein „Spartenbetriebsrat“ errichtet werden kann. Dabei handelt es sich um wirtschaftliche Einheiten, die von einem „Spartenleiter“ geführt werden und die beispielsweise alle Teile eines Konzerns zusammenfassen, die mit der Herstellung und dem Vertrieb eines bestimmten Produkts befasst sind. In der Regel gehören die einbezogenen Abteilungen oder Gruppen zu unterschiedlichen Konzerngesellschaften, deren

Geschäftsführer wenig oder keinen Einfluss auf die in der Sparte getroffenen Entscheidungen haben.<sup>15</sup> § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG eröffnet die Möglichkeit, die Betriebsverfassung an die realen Entscheidungsstrukturen anzupassen.

Ähnliches geschieht in § 6a GSA Fleisch, wo von einer „übergreifenden Organisation“ die Rede ist. Sie stellt nach der Definition in § 6a Abs. 4 einen „überbetrieblichen, nicht notwendig räumlich zusammenhängenden Produktionsverbund (dar), in dem die Arbeitsabläufe im Bereich der Schlachtung einschließlich der Zerlegung von Schlachtkörpern oder im Bereich der Fleischverarbeitung aufeinander abgestimmt sind.“ Wer in einer solchen übergreifenden Organisation die Entscheidungen über die Nutzung der Betriebsmittel und den Einsatz des Personals trifft, ist „Inhaber“. Anders und vom einzelnen Betrieb her gesehen formuliert es § 6a Abs. 3 Satz 2: „Wenn aufgrund der räumlichen oder funktionalen Einbindung des Betriebes in eine übergreifende Organisation die Arbeitsabläufe in dem Betrieb inhaltlich oder zeitlich im Wesentlichen vorgegeben sind, ist Inhaber, wer die übergreifende Organisation führt.“ Dabei wird aber nicht vorausgesetzt, dass – wie die Begründung sagt – die Vorgaben hinsichtlich der Arbeitsabläufe zeitlich oder inhaltlich überwiegen.<sup>16</sup> Den einzelnen Einheiten kann also durchaus ein gewisses Maß an Autonomie zustehen, solange nur eine Art Rahmenplan besteht, der von einer bestimmten Stelle vorgegeben ist.

Diese (nur) auf den ersten Blick überraschende Regelung rechtfertigt sich mit dem Gedanken des Umgehungsschutzes:<sup>17</sup> Würde es die Regeln zur übergreifenden Organisation 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.

Die Zusammenarbeit zwischen einzelnen voneinander unabhängigen Unternehmen soll durch die vorliegende Regelung nicht behindert werden. Notwendig ist lediglich, dass sie nicht gesellschaftsrechtlich, organisatorisch oder wirtschaftlich miteinander verbunden sind.<sup>18</sup> Zur

<sup>15</sup> Dazu DKW-Trümner, BetrVG, 17. Aufl. 2020, § 3 Rn. 65 ff.

<sup>16</sup> BR-Drucksache 426/20 S. 36

<sup>17</sup> So auch die amtliche Begründung: BR-Drucksache 426/20 S. 36

<sup>18</sup> BR-Drucksache 426/20 S. 35

Vermeidung von Missverständnissen wäre es wünschenswert gewesen, dies im Gesetzestext selbst (und nicht nur in der Begründung des Regierungsentwurfs ) zu betonen.

#### **4. Begründung eines neuen Arbeitsverhältnisses**

Mit dem Inhaber bzw. demjenigen, der die übergreifende Organisation leitet, müssen Arbeitsverhältnisse bestehen. Wird die übergreifende Organisation von einer Führungskraft als natürlicher Person dirigiert, so wird aber nicht sie Vertragspartner, sondern das Unternehmen, das die Führungskraft beschäftigt.<sup>19</sup> Ohne Bedeutung ist, ob die einzelnen Betriebe zum selben Unternehmen gehören, ob sie jeweils zu eigenständigen GmbHs verselbständigt sind oder ob es eine konzernrechtliche Abhängigkeit zwischen ihnen gibt: Entscheidend ist allein, wer in letzter Instanz den Produktionsprozess steuert. Das Arbeitsverhältnis entsteht nicht kraft Gesetzes, sondern muss wie in anderen Fällen rechtsgeschäftlich begründet werden.

Das Gesetz enthält keine Vorgaben, wer in Zukunft Arbeitnehmer des jeweiligen Inhabers sein wird. Dies können auch diejenigen Personen sein, die bisher im Rahmen von Werkverträgen oder als Soloselbständige eingesetzt wurden. Ab 1.4.2021 kommt auch die Übernahme von Leiharbeitnehmern in Betracht. Da das Gesetz am 16. Dezember 2020 vom Bundestag beschlossen wurde und am 1. Januar 2021 in Kraft trat, ist schon aus praktischen Gründen ein Personenaustausch größeren Stils ausgeschlossen. Weder die Werkvertragsunternehmer, die Soloselbständigen oder die Verleiher noch die einzelnen Arbeitskräfte werden sich einer Übernahme widersetzen. In der Presse wurde bereits im Juli 2020 berichtet, mehrere große Schlachtunternehmen hätten mit der Übernahme von Arbeitskräften in Festanstellung begonnen.<sup>20</sup> Dass es insoweit keine Schwierigkeiten gibt, wird nicht zuletzt daran deutlich, dass die 2015 abgegebenen „Selbstverpflichtungen“ der großen Fleischunternehmen auch das Verhalten der Werkvertragsunternehmer und der übrigen Beteiligten zum Gegenstand hatten.<sup>21</sup> Der einfachste Weg wäre, dass die Beschäftigten ein Schreiben erhalten, in dem der Arbeitgeberwechsel und die Arbeitsbedingungen niedergelegt sind. Das Einverständnis der Beschäftigten, die dadurch ja

---

<sup>19</sup> So ausdrücklich die amtliche Begründung, BR-Drucksache 426/20 S. 35.

<sup>20</sup> <https://www.agrarheute.com/tier/diese-schlachtunternehmen-verzichten-werkvertraege-570629> (abgerufen am 3. 1. 2021)

<sup>21</sup> S. Fn. 3. So wurde beispielsweise versprochen, die Arbeitsverhältnisse der Werkvertragsarbeiter so umzugestalten, dass sie der deutschen Sozialversicherung unterfallen.

eine deutliche Verbesserung ihrer Situation erfahren, kann ausdrücklich, aber auch konkludent dadurch erfolgen, dass sie in Kenntnis dieses Schreibens weiterarbeiten.

## **5. Verhältnis zu den bestehenden Arbeitsverhältnissen**

Kommt es nicht zu einer solchen einvernehmlichen Lösung, bleiben die zu den bisherigen Arbeitgebern bestehenden Arbeitsverträge bestehen. Eine Rechtsgrundlage für ihre Auflösung ist nicht ersichtlich. Sie einfach für gegenstandslos zu erklären, könnte auch Bedenken im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG erwecken. Ihr Fortbestand hat zur Folge, dass die schon bisher in dem fraglichen Bereich Tätigen nunmehr bei zwei Arbeitgebern beschäftigt sind – vorausgesetzt, der Inhaber hat ihnen mitgeteilt, dass er nunmehr eine Arbeitgeberstellung einnimmt, und sie haben dem nicht widersprochen.

Dass es in einem Arbeitsverhältnis zwei oder mehr Arbeitgeber geben kann, ist in der Rechtsprechung des BAG seit langer Zeit anerkannt.<sup>22</sup> Voraussetzung dafür sei nicht, dass die Arbeitgeber in einem bestimmten, insbesondere gesellschaftsrechtlichen Rechtsverhältnis zueinander stehen, dass sie einen gemeinsamen Betrieb führen oder den Arbeitsvertrag gemeinsam abschließen. Ausreichend, aber auch erforderlich sei ein rechtlicher Zusammenhang zwischen den arbeitsvertraglichen Beziehungen des Arbeitnehmers zu den einzelnen Arbeitgebern, der es verbiete, diese Beziehungen rechtlich getrennt zu behandeln. Dieser Zusammenhang könne sich aus einer Auslegung des Vertragswerks der Parteien, aber auch aus zwingenden rechtlichen Wertungen ergeben.<sup>23</sup>

Der rechtliche Zusammenhang wird im vorliegenden Fall durch den neuen § 6a GSA Fleisch hergestellt. Im konkreten Fall bedeutet dies, dass die beiden Arbeitgeber Gesamtgläubiger nach § 428 BGB sind: Sie können beide die Arbeitsleistung fordern, der Arbeitnehmer muss aber nur einmal leisten. Die Verpflichtung, für die Gesundheitsschutz zu sorgen und weitere Arbeitgeberpflichten treffen beide Unternehmen. Umgekehrt bestehen auch die Entgeltansprüche gegen beide Arbeitgeber, die gesamtschuldnerisch haften. Entsprechende Überlegungen wurden im Übrigen schon in der Vergangenheit im Konzernrecht angestellt, wonach die Konzernspitze weitgehend in die Arbeitgeberposition einrücken sollte.<sup>24</sup> Dieser

---

<sup>22</sup> BAG NJW 1984, 1703, bestätigt durch BAG NZA 1988, 32, 33 und durch BAG NZA 2006, 592, 594 Tz. 21

<sup>23</sup> So ausdrücklich BAG NZA 2006, 592, 594 Tz. 21

<sup>24</sup> S. statt aller Henssler, Der Arbeitsvertrag im Konzern, Berlin 1983

Gedanke wird hier auf den „Inhaber“ bzw. die Leitung der „übergreifenden Organisation“ angewandt.

Aus der amtlichen Begründung ergibt sich weiter, dass die einzelnen Beschäftigten nur innerhalb des mit dem Inhaber geschlossenen Arbeitsvertrags tätig werden dürfen. Ihre Abordnung oder Überlassung an einen Werkvertragsunternehmer ist ausgeschlossen.<sup>25</sup> Bestehen Meinungsverschiedenheiten mit dem ursprünglichen Vertragsarbeitgeber, hat insoweit die Entscheidung der Leitung den Vorrang.

## 6. Die Sonderregelung zur Leiharbeit

Schon der Regierungsentwurf sah vor, dass die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern in Fleischbetrieben erst ab 1. April 2021 untersagt sein sollte. Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens wurden verfassungsrechtliche Bedenken gegen das Verbot der Leiharbeit laut, die von insgesamt elf Autoren in dieser Zeitschrift vorgetragen wurden.<sup>26</sup> Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens ging es jedoch primär um die Frage, dass die Fleischfabrikation saisonalen Schwankungen unterliege, die ohne den Einsatz von Leiharbeitnehmern nicht zu bewältigen seien („Grillsaison“).<sup>27</sup> Der Arbeits- und Sozialausschuss fügte deshalb Bestimmungen ein, die den Einsatz von Leiharbeit „zur Abdeckung saisonaler Auftragsspitzen“ zulassen.<sup>28</sup> Dabei sind aber einige Schwellen zu überwinden, die für Verleiher wie für Entleiher recht ungewohnt sind.

Der Rückgriff auf Leiharbeit ist nur tarifgebundenen Unternehmen der *Fleischverarbeitung* möglich; Schlachten und Zerlegen sind nicht erfasst. In nichttarifgebundenen Unternehmen ist dieser Ausweg generell verschlossen; eine arbeitsvertragliche Verweisung auf Tarifverträge genügt nicht. Wenn der Tarifvertrag den Einsatz von Leiharbeitnehmern zulässt, muss er bestimmte Rahmenbedingungen beachten:

Die Leiharbeit ist nur bis zu einer Quote von acht Prozent des Arbeitsvolumens der Stammarbeitskräfte im Kalenderjahr zulässig. Zu diesem Zweck ist die Arbeitszeit in der

<sup>25</sup> BR-Drucksache 426/20 S. 35

<sup>26</sup> Thüsing u. a. NZA 2020, 1160 ff. Die verfassungsrechtliche und unionsrechtliche Seite wurde in der Begründung zum Regierungsentwurf eingehend und mit positivem Ergebnis geprüft (BT-Drucksache 19/21978 S. 38 – 42). Gegen das Verbot der Werkverträge wurden im Schrifttum keine Stimmen laut. Eingehend und überzeugend auch zum Bereich Leiharbeit Deinert AuR 2020, 344 ff.

<sup>27</sup> <https://www.agrarheute.com/management/agribusiness/bundestag-verschaerft-arbeitsschutz-regeln-schlachthoefen-576302> (3.1.2021)

<sup>28</sup> BT-Drucksache 19/25141 S. 31

Fleischverarbeitung „separat und manipulationssicher“ zu erfassen. Dies entspricht den Vorgaben des EuGH.<sup>29</sup> Eine weitere, für Großunternehmen relevante Grenze liegt darin, dass die eingesetzten Leiharbeiter insgesamt das kalenderjährliche Arbeitsvolumen von 100 in Vollzeit beschäftigten Arbeitnehmern nicht überschreiten dürfen. Diese Rahmenbedingungen haben nicht nur die Entleiher, sondern auch die Verleiher zu beachten, was bei der Verhängung von Sanktionen Bedeutung gewinnen kann. Der Einsatz von Leiharbeitern ist den Behörden der Zollverwaltung im Einzelnen anzuzeigen.

Ein Leiharbeiter darf höchstens vier aufeinander folgende Monate an denselben Entleiher überlassen werden. Frühere Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher werden angerechnet, sofern sie nicht länger als sechs Monate zurückliegen. Schließlich wird ganz bescheiden bestimmt, dass § 8 Abs. 2 bis 4 AÜG keine Anwendung finden. Dies bedeutet, dass lediglich § 8 Abs. 1 AÜG eingreift, der Equal Pay und Equal Treatment anordnet. Diese gelten daher als zwingende Bestimmungen. Die hier zu erwartenden Erfahrungen können wertvolle Hinweise für eine Neuregelung geben, sollte der EuGH zu dem Ergebnis kommen, dass die heute üblichen Leiharbeitstarife den „Gesamtzuschutz“ verfehlen, den die EU-Leiharbeitsrichtlinie den Tarifparteien als Grenze vorgibt.<sup>30</sup>

Die hier referierten Regeln haben den Sinn, eine Umgehung der neuen gesetzlichen Regelungen zu verhindern.<sup>31</sup> Würde man die Leiharbeit in weitem Umfang zulassen, könnten zahlreiche Werkvertragsarbeiter unschwer, d. h. durch kleine organisatorische Änderungen zu Leiharbeitern gemacht werden, was den bisherigen Zustand aufrecht erhalten würde. Die erweiterte Zulassung der Leiharbeit hat einen der (die angebliche Verfassungswidrigkeit rügenden) Kritiker veranlasst, die Neuregelung nachhaltig zu begrüßen.<sup>32</sup>

## **V. Die Ausnahme für Handwerksbetriebe**

---

<sup>29</sup> S. oben III

<sup>30</sup> S. den Vorlagebeschluss des BAG vom 16.12.2020 – 5 AZR 143/19 (A), Pressemitteilung Nr. 48/20

<sup>31</sup> BT-Drucksache 19/25141 S. 32.

<sup>32</sup> Düwell NZA Heft 24/2020 Editorial

## 1. Die Grundsatzregelung

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

Da das Kriterium des „handwerksmäßigen“ Betriebens wenig konturenscharf ist, sieht das Gesetz einen Grenzwert von 49 Personen vor; erst bei dessen Überschreitung ist der Handwerksbereich verlassen und die allgemeinen Regeln §§ 6 – 6b GSA Fleisch finden Anwendung. Der Referentenentwurf hatte demgegenüber die Grenze bei 30 Personen gezogen.

## 2. Das Problem des Grenzwerts

Der Regierungsentwurf stützte den gewählten Grenzwert auf die in einer Empfehlung der EU-Kommission gegebene Definition „kleiner Unternehmen“, die die Grenze ebenfalls bei 49 Personen zieht.<sup>33</sup> Dies überzeugt nicht, da es sich lediglich um eine unverbindliche Festlegung handelt und da es um kleine Unternehmen schlechthin, nicht aber um spezifisch handwerklich arbeitende wirtschaftliche Einheiten geht. Weiter beruft sich die Bundesregierung auf die Umsatzzahlen; bei den „Kleinunternehmen“ hätten sich diese im Jahre 2017 durchschnittlich zwischen 68.722 und 89.799 € pro Arbeitnehmer belaufen, während die Unternehmen mit 50 und mehr Beschäftigten einen Umsatz von 210.701 € pro Beschäftigtem erzielten.<sup>34</sup> Dies besagt für die Bestimmung des Grenzwerts jedoch relativ wenig: Würde man die Kleinunternehmen bei 20 oder 30 Arbeitnehmern enden lassen, wären aller Wahrscheinlichkeit nach die Umsatzdifferenzen noch sehr viel höher. Die Umsatzzahlen können die Ausnahme als solche rechtfertigen, nicht aber eine konkrete Grenzziehung.

Der Grenzwert gilt in Bezug auf die „in der Regel“ Beschäftigten. Vorübergehend kann die Anzahl daher auch höher sein, wenn sie im Normalfall die 49-Personengrenze nicht

---

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

<sup>34</sup> BR-Drucksache 426/20, S. 33

überschreitet. Die amtliche Begründung spricht davon, dass Personen nicht mitgezählt werden, die zur Abdeckung eines saisonalen Mehrbedarfs beschäftigt werden.<sup>35</sup> Damit sind nur kurzzeitige Arbeitsverhältnisse von höchstens zwei bis drei Monaten Dauer erfasst. Missbräuchlich wäre es, einen großen Teil des Jahres zu einzelnen spezifischen „Nachfragehöhepunkten“ zu erklären und beispielsweise von der Weihnachtssaison, gefolgt von der Ostersaison, der Pfingstaison, der Sommer-Grillsaison und der Oktoberfest-Saison zu sprechen.<sup>36</sup> Insoweit kann das Betriebsverfassungsrecht als Vorbild dienen, wo gleichfalls auf die Anzahl der „in der Regel“ beschäftigten Arbeitnehmer abgestellt wird, ohne dass sich dabei in relevantem Maße Missbräuche ergeben hätten. Die dortige Praxis sollte daher hierher übertragen werden.

Bei der Bestimmung der Beschäftigtenzahl werden nach § 2 Abs. 2 Satz 4 GSA Fleisch n. F. diejenigen Personen nicht mitgezählt, die ausschließlich mit dem Verkauf und damit in unmittelbarem Zusammenhang stehenden Tätigkeiten befasst sind, sowie Auszubildende, die sich in der Ausbildung zum Fachverkäufer im Lebensmittelhandwerk mit Schwerpunkt Fleischwirtschaft befinden. Werkvertragsarbeitnehmer, Soloselbständige und Leiharbeitnehmer sind nach § 2 Abs. 2 Satz 3 GSA Fleisch dagegen mitzuzählen, obwohl sie nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Inhaber des Handwerksbetriebs stehen. Auf diese Weise wird entgegen dem in anderen Bereichen Üblichen auf die Zahl der tatsächlich für das Unternehmen tätigen Personen abgestellt. Die Zulassung von Fremdpersonal wird mit dem Argument gerechtfertigt, kleinere Unternehmen hätten sehr viel mehr Schwierigkeiten, personelle Engpässe mit eigenem Personal zu überwinden.<sup>37</sup> Dies mag zutreffen, doch ist der Rückgriff auf Fremdpersonal nicht an das konkrete Vorliegen einer solchen Voraussetzung, d. h. eines „Engpasses“, gebunden. Auch teilt der Gesetzgeber ersichtlich die Einschätzung der Regierung,<sup>38</sup> dass das Fleischerhandwerk für die bekannten Missstände sehr viel weniger anfällig ist als Großbetriebe

Die Gefahr, dass das Gebot der Direktanstellung mit Hilfe des „Handwerksprivilegs“ nach § 2 Abs. 2 GSA Fleisch umgangen wird, besteht nach derzeitigem Erkenntnisstand nicht. Würde ein Großunternehmen lauter kleine Einheiten mit bis zu 49 Personen abspalten, so könnten die Arbeitsabläufe gleichwohl nur in der Weise organisiert werden, dass jedes Kleinunternehmen im Rahmen einer übergreifenden Planung einen bestimmten Schritt im

<sup>35</sup> BR-Drucksache 426/20, S. 33

<sup>36</sup> So die Befürchtung in der Stellungnahme des DGB v. 23.7.2020, S. 8

<sup>37</sup> BR-Drucksache 426/33, S. 33.

<sup>38</sup> BR-Drucksache 426/33, S. 33.

gesamten Arbeitsprozess vollzieht. Damit wären aber die Voraussetzungen einer „übergreifenden Organisation“ im Sinne des § 6a Abs. 4 GSA Fleisch erfüllt,<sup>39</sup> was das dirigierende Unternehmen automatisch in die Arbeitgeberposition bringt. Dennoch bleibt abzuwarten, ob und in welcher Weise sich Umgehungsversuche in der Praxis herausbilden.

## **VI. Fazit**

Das Arbeitsschutzkontrollgesetz bringt eine Reihe kleinerer Verbesserungen im Arbeitsschutzrecht. Der inhaltliche Schwerpunkt liegt auf den Bedingungen in der Fleischwirtschaft. Neben der obligatorischen elektronischen Zeiterfassung ist insbesondere das Gebot von Bedeutung, ausschließlich mit eigenen Beschäftigten tätig zu werden. Ein solches Verbot der Schaffung von „Randbelegschaften“ ist neu. Rechtstechnisch fällt die Orientierung an den tatsächlichen Entscheidungszentren ins Auge: Das Arbeitsverhältnis muss zum „Inhaber“ bzw. zum Leiter einer „übergreifenden Organisation“ bestehen. Beide Begriffe sind im Arbeitsrecht bislang unbekannt und machen einen denkbaren Streit um Durchgriffshaftung oder Gesetzesumgehung gegenstandslos. Die Ausnahme für Handwerksbetriebe ist eher großzügig ausgefallen, doch ändert dies nichts an der Richtigkeit des Gesamtkonzepts.

---

<sup>39</sup> Dazu oben IV 3.