

# Beschluss vom 03. Mai 2023, VII B 9/22

## Zur Reichweite des Fremdpersonalverbots in der Fleischwirtschaft

ECLI:DE:BFH:2023:B.030523.VIIB9.22.0

BFH VII. Senat

SAFleischWiG § 6a Abs 2, FGO § 41 Abs 1, FGO § 114 Abs 1, AEntG § 6 Abs 9, SchwarzArbG § 2, SchwarzArbG §§ 2ff

vorgehend FG Hamburg, 07. Januar 2022, Az: 4 V 85/21

## Leitsätze

1. NV: Das Fremdpersonalverbot i.S. von § 6a Abs. 2 GSA Fleisch ist (neben dem Bereich der Schlachtung einschließlich der Zerlegung) auf den Bereich der Fleischverarbeitung beschränkt.
2. NV: Aufgrund der Umstände des jeweiligen Einzelfalls können daher bestimmte Betriebsbereiche (im Streitfall Verpackung der bereits versiegelten Ware, Tiefkühl- und Hilfs-/Betriebsstofflager, Verwaltung, Qualitätssicherung und Werkstatt) vom Fremdpersonalverbot i.S. von § 6a Abs. 2 Satz 1 GSA Fleisch nicht erfasst sein.

## Tenor

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Finanzgerichts Hamburg vom 07.01.2022 - 4 V 85/21 wird als unbegründet zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens hat die Antragstellerin zu tragen.

Die Beschwerde des Hauptzollamts gegen den Beschluss des Finanzgerichts Hamburg vom 07.01.2022 - 4 V 85/21 wird ebenfalls als unbegründet zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens hat das Hauptzollamt zu tragen.

## Tatbestand

I.

- 1 Die Antragstellerin, Beschwerdeführerin und Beschwerdegegnerin (Antragstellerin) stellt an ihrem Standort in A sog. Convenience-Produkte her, wobei einige Produktionsschritte von einer Tochtergesellschaft übernommen werden. An dem Standort in A beschäftigte die Antragstellerin im Jahr 2020 insgesamt etwa durchschnittlich ... Mitarbeiter, darin enthalten ein Anteil von ca. ... Werkvertragsarbeitern.
- 2 Die Antragstellerin beehrte beim Finanzgericht (FG) den Erlass einer einstweiligen Anordnung dahingehend, dass sie am Standort in A kein Betrieb der Fleischwirtschaft i.S. von § 6 Abs. 9 des Gesetzes über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz --AEntG--) sei. Hilfsweise beantragte sie die vorläufige Feststellung, dass bestimmte Betriebsbereiche nicht dem Bereich der Fleischverarbeitung i.S. von § 6a Abs. 2 des Gesetzes zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft (GSA Fleisch) unterfielen.
- 3 Das FG gab dem Hilfsantrag statt. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung sei zulässig. Ihm stehe das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache nicht entgegen. Die Antragstellerin begehre zudem die Feststellung eines konkreten Rechtsverhältnisses i.S. von § 41 der Finanzgerichtsordnung (FGO). Da der Antragstellerin bei einem Verstoß gegen die Verhaltenspflichten und Verbote aus dem GSA Fleisch ein Ordnungswidrigkeitenverfahren drohe, habe sie ein schützenswertes Interesse an der Feststellung, zumal die Rechtslage bislang noch nicht

höchstrichterlich geklärt sei. Der Antragstellerin gehe es nicht darum, eine Prüfung durch den Antragsgegner, Beschwerdegegner und Beschwerdeführer (Hauptzollamt --HZA--) zu verhindern, sondern Rechtsklarheit zu erlangen. Denn die Frage, ob sie dem GSA Fleisch unterliege, werde in einem Klage- bzw. vorläufigen Rechtsschutzverfahren gegen eine Prüfungsanordnung nicht geprüft.

- 4 Der Hauptantrag sei jedoch unbegründet, weil die Antragstellerin keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht habe. Es sei nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen, dass die Antragstellerin in Bezug auf ihren Standort in A nicht dem Geltungsbereich des § 2 Abs. 1 GSA Fleisch unterfalle, weil sie keinen Betrieb der Fleischwirtschaft i.S. von § 6 Abs. 9 AEntG betreibe. Das FG gehe davon aus, dass es sich bei dem Standort in A, der jedenfalls eine selbständige Betriebsabteilung i.S. von § 6 Abs. 9 AEntG sei, nicht um einen Mischbetrieb handle mit der Folge, dass das Überwiegensprinzip nicht heranzuziehen sei.
- 5 Der Hilfsantrag sei begründet, weil mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit anzunehmen sei, dass bestimmte Betriebsbereiche nicht dem Bereich der Fleischverarbeitung i.S. von § 6a Abs. 2 GSA Fleisch unterfielen. Das FG gehe davon aus, dass es einem Betrieb der Fleischwirtschaft nicht generell untersagt sei, Fremdpersonal einzusetzen. Vielmehr gelte das Fremdpersonaleinsatzverbot nicht für Bereiche außerhalb der Fleischverarbeitung. Dementsprechend unterfielen die Arbeitsschritte, die der Herstellung des verpackten Nahrungsmittels nachfolgten oder die nicht am Produkt selbst vorgenommen würden, nicht der Fleischverarbeitung. Die Antragstellerin habe auch einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht.
- 6 Gegen die Ablehnung ihres Hauptantrags erhob die Antragstellerin Beschwerde und bringt vor, das Überwiegensprinzip sei auf sämtliche fleischverarbeitenden Betriebe anwendbar und nicht nur auf Mischbetriebe. Selbst wenn es auf ihren Betriebszweck ankäme, bestünde dieser nicht allein in der Fleischverarbeitung als solcher, sondern hauptsächlich im Verpacken und Inverkehrbringen von auf diese Weise fertigverpackten Nahrungs- und Lebensmitteln.
- 7 Die Auslegung des FG widerspreche dem gesetzlichen Wortlaut und dessen Systematik und gebe weder den Telos noch die Historie des Gesetzes wieder. Sie finde auch keine Stütze in der Rechtsprechung. Das FG habe sich auch nicht damit beschäftigt, was Fleisch sei. Die Fachgerichte seien jedoch gehalten, durch Auslegung zur Bestimmtheit der Norm beizutragen und verbleibende Unklarheiten über den Anwendungsbereich einer Norm durch Präzisierung und Konkretisierung im Wege der Auslegung auszuräumen. Dies habe das FG unterlassen. Darüber hinaus setze § 6 Abs. 9 AEntG entgegen der Ansicht des FG nicht das Vorliegen eines Mischbetriebs voraus. Der Geltungsbereich dieser Norm beziehe sich auf Betriebe der Fleischwirtschaft, ohne dass man zwischen Betrieben mit einem und solchen mit mehreren Geschäftszwecken differenzieren dürfe. Ihr Geschäftszweck bestehe in dem Inverkehrbringen von fertigverpackten Nahrungs- und Lebensmitteln hauptsächlich durch logistische Handelstätigkeit, sie betreibe zumindest einen Mischbetrieb. In ihrem Betrieb würden arbeitszeitlich überwiegend verzehrfertige Nahrungsmittel verpackt, gelagert und vertrieben. Insoweit finde kein Herstellungs- oder Verarbeitungsvorgang statt, sondern es werde reine Handelstätigkeit betrieben. Die Antragstellerin weist auch auf die Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2008 (WZ 2008) hin, deren Wirtschaftszweig Fleischverarbeitung (10.13.0) das Verpacken von Fleisch nicht umfasse.
- 8 Das Gesetz zur Verbesserung des Vollzugs im Arbeitsschutz (Arbeitsschutzkontrollgesetz --ArbSchKontrG--) entbehre einer ausreichenden Tatsachenbasis und sei ungeeignet und das Verbot von Werkverträgen und Leiharbeit nicht erforderlich. Es sei auch unverhältnismäßig im engeren Sinne, weil es die Handlungs- und Entscheidungsfreiheit der betriebsbedingt gekündigten Werk- und Zeitarbeiter zu einem unerträglichen Maß einschränke.
- 9 Nach einem richterlichen Hinweis auf den Senatsbeschluss vom 10.02.2022 - VII B 85/21 (BFHE 275, 482, Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung 2022, 545) ergänzt die Antragstellerin, ein Rechtsschutzbedürfnis und ein Feststellungsinteresse seien im Streitfall zu bejahen. Die Antragstellerin verweist zudem auf verschiedene finanzgerichtliche Urteile und sieht in den Äußerungen des HZA im vorliegenden Verfahren eine konkrete Ankündigung einer Prüfung der Einhaltung von bestimmten Vorschriften und der Ahndung. Durch die gesetzlich vorgesehenen Sanktionsfolgen bestehe für sie eine existentielle Bedrohung.
- 10 Es bestehe auch ein Rechtsverhältnis i.S. von § 41 Abs. 1 FGO, weil sie --die Antragstellerin-- vom Fremdpersonaleinsatz abzusehen hätte, wenn sie als Betrieb der Fleischwirtschaft eingestuft würde und im Fall eines Verstoßes bebußt würde. Das HZA sei nach § 15 des Gesetzes zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (Mindestlohngesetz) i.V.m. §§ 2, 22 des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz --SchwarzArbG--) befugt, Prüfungsmaßnahmen als präventiv polizeiliche

Maßnahmen und verdachtsunabhängige Kontrollen ohne vorherige Ankündigung oder Fristeinhaltung zu treffen. Im Übrigen würde im Rahmen der Anfechtung einer Prüfungsanordnung nicht verbindlich geklärt, ob sie einen fleischverarbeitenden Betrieb i.S. von § 6 Abs. 9 AEntG unterhalte. Die Prüfungsbefugnis gemäß § 6b GSA Fleisch sei bereits dann gegeben, wenn die hinreichende Möglichkeit bestehe, dass der Anwendungsbereich des GSA Fleisch eröffnet sei.

- 11** Weiterhin teilt die Antragstellerin mit, dass seitens des HZA am 30.08.2022 eine Prüfungsverfügung gemäß §§ 2 ff. SchwarzArbG ergangen sei. Die Prüfung habe am selben Tag stattgefunden. Gegenstand der Prüfung seien insbesondere die angeblich hier relevanten Pflichten der Antragstellerin aus dem GSA Fleisch gewesen. Auf Nachfrage habe die Prüfbehörde zudem mitgeteilt, dass das HZA der Ansicht sei, dass es sich bei der Antragstellerin um einen Betrieb der Fleischwirtschaft handle. Somit liege sowohl ein konkretes Rechtsverhältnis i.S. von § 41 FGO also auch ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung vor. Es sei mit einem Obsiegen in der Hauptsache zu rechnen, weil die Herstellung von Fertiggerichten nach der Gesetzesbegründung keine Verarbeitung von Fleisch darstelle. Sie sei zwar dem Verbot des Einsatzes von Fremdpersonal durch Festanstellung der Leiharbeiter nachgekommen. Aufgrund der schwankenden Auftragslage sei es indes erforderlich, personell flexibel zu reagieren, um die wirtschaftliche Lage bewältigen zu können. Die Antragstellerin hat außerdem ein Schreiben der Bundesagentur für Arbeit vom 25.04.2022 vorgelegt, wonach sie zur Wirtschaftsunterklasse "10850 Herstellung von Fertiggerichten" gehöre. Schließlich regt sie eine konkrete Normenkontrolle durch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) an.
- 12** Die Antragstellerin beantragt sinngemäß, die Vorentscheidung aufzuheben, soweit das FG ihren Hauptantrag abgelehnt hat, und im Wege einer einstweiligen Anordnung vorläufig, bis zur Entscheidung in der Hauptsache festzustellen, dass sie am Standort in A kein Betrieb der Fleischwirtschaft i.S. von § 6 Abs. 9 AEntG ist.
- 13** Das HZA beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen.
- 14** Außerdem erhob das HZA seinerseits Beschwerde und beantragt, die Vorentscheidung insoweit aufzuheben, als darin vorläufig festgestellt wird, dass im Zeitpunkt des Ergehens dieser gerichtlichen Entscheidung die folgenden Betriebsbereiche am Standort der Antragstellerin in A nicht dem Bereich der Fleischverarbeitung i.S. von § 6a Abs. 2 GSA Fleisch unterfallen: "Verpackungsabteilung", "Tiefkühl- und Hilfs-/Betriebsstofflager", "Verwaltung, Qualitätssicherung und Werkstatt".
- 15** Zur Begründung trägt das HZA vor, die Antragstellerin unterfalle dem Geltungsbereich des § 2 Abs. 1 GSA Fleisch. Ihr Betriebszweck liege in der Herstellung von Nahrungsmitteln aus Fleisch, die aus Rohwaren produziert, portioniert, etikettiert und verpackt würden. Im Verpackungsbereich würden die hergestellten und verschlossenen Convenience-Produkte kartoniert und palettiert sowie zwischengelagert. Hierbei handle es sich um Zusammenhangstätigkeiten, die der eigentlichen Haupttätigkeit dienen. Die unmittelbar der Fleischverarbeitung unterfallende Verpackung sei zum Zeitpunkt der erstmaligen Versiegelung des Fleischprodukts noch nicht abgeschlossen, da noch kein verkehrsfähiges und -sicheres Nahrungs- bzw. Lebensmittel vorliege.
- 16** Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung sei unzulässig, weil ihr das Rechtsschutzbedürfnis fehle. Es bestehe weder ein Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten noch ein berechtigtes Interesse der Antragstellerin an den begehrten Feststellungen.
- 17** Das HZA bestätigte weiterhin mit Schreiben vom 18.11.2022, dass die Antragstellerin am Standort in A seit dem 30.08.2022 geprüft werde und die Prüfung noch nicht abgeschlossen sei. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung sei unbegründet, weil dadurch die Hauptsache vorweggenommen würde. Die Antragstellerin setze derzeit keine Leiharbeitnehmer ein, so dass momentan nicht die Gefahr bestehe, unter diesem Gesichtspunkt gegen § 6a Abs. 2 GSA Fleisch zu verstoßen. Abgesehen davon sei ein Obsiegen der Antragstellerin in der Hauptsache nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu erwarten. Das FG habe festgestellt, dass es sich bei der Antragstellerin um einen Betrieb der Fleischwirtschaft i.S. von § 6 Abs. 9 AEntG handle.
- 18** Die Antragstellerin beantragt, die Beschwerde des HZA zurückzuweisen.

# Entscheidungsgründe

II.

- 19** Die Beschwerde der Antragstellerin ist unbegründet, weil ihr Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit der im Hauptantrag begehrten Feststellung nach summarischer Prüfung zwar zulässig, aber unbegründet ist.
- 20** Die Beschwerde des HZA ist ebenfalls unbegründet, weil die Entscheidung des FG über den Hilfsantrag der Antragstellerin, mit der das FG vorläufig festgestellt hat, dass im Zeitpunkt seiner Entscheidung die Betriebsbereiche "Verpackungsabteilung", "Tiefkühl- und Hilfs-/Betriebsstofflager", "Verwaltung, Qualitätssicherung und Werkstatt" am Standort in A nicht dem Bereich der Fleischverarbeitung i.S. von § 6a Abs. 2 GSA Fleisch unterfallen, nicht zu beanstanden ist.
- 21** 1. Die Beschwerde der Antragstellerin ist unbegründet.
- 22** a) Ob der Finanzrechtsweg eröffnet ist, hat der beschließende Senat nicht zu prüfen, weil er insoweit an die Entscheidung des FG gebunden ist.
- 23** Das Gericht im Rechtsmittelverfahren gegen die Entscheidung in der Hauptsache prüft nach § 17a Abs. 5 des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) nicht (mehr), ob der beschrittene Rechtsweg zulässig ist. Eine Ausnahme besteht lediglich dann, wenn einer der Beteiligten die Zulässigkeit des Rechtswegs rügt und die Vorinstanz das Verfahren nach § 17a Abs. 3 Satz 2 GVG nicht beachtet hat. Dieser Fall ist vorliegend nicht gegeben, weil keiner der Beteiligten die Inanspruchnahme des Finanzrechtswegs gerügt hat.
- 24** b) Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Inhalt des Hauptantrags ist zulässig.
- 25** aa) Der Antrag ist statthaft.
- 26** Eine vorläufige Feststellung kann im Streitfall grundsätzlich beantragt werden, weil die Beschäftigung von Personen außerhalb eines mit dem Betriebsinhaber bestehenden Arbeitsverhältnisses unter bestimmten Voraussetzungen eine Ordnungswidrigkeit darstellt (vgl. z.B. § 7 Abs. 1 Nr. 2 und 3, Abs. 2 Nr. 4 und 5 GSA Fleisch) und die Antragstellerin daher ein Interesse daran hat, die Frage, ob sie ein Betrieb der Fleischwirtschaft i.S. von § 6 Abs. 9 AEntG ist, bereits zu einem Zeitpunkt klären zu lassen, zu dem ihr noch keine Ordnungswidrigkeit zur Last gelegt wird.
- 27** Dem steht nicht entgegen, dass im Besteuerungsverfahren eine vorbeugende Feststellungsklage ausgeschlossen ist (vgl. Urteil des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 08.04.1981 - II R 47/79, BFHE 133, 308, BStBl II 1981, 581, unter 4.). Denn die Antragstellerin begehrt keine Feststellung zu einem Steuerbescheid, dessen Rechtmäßigkeit vorrangig im Rahmen einer Anfechtungsklage nach § 40 Abs. 1 Alternative 1 FGO rechtsschutzwahrend überprüft werden könnte. Vielmehr stehen vorliegend derzeitige und etwaige künftige Prüfungsmaßnahmen der Zollverwaltung (vgl. Prüfungsverfügung vom 30.08.2022 für eine Prüfung nach §§ 2 ff. SchwarzArbG und u.a. auch in Bezug auf die Einschränkungen des § 6a Abs. 2 GSA Fleisch am Standort in A) und damit ein Verwaltungshandeln ohne Bezug zum Steuerrecht im Streit.
- 28** bb) Aufgrund der derzeit laufenden Prüfung durch das HZA besteht zwischen der Antragstellerin und dem HZA auch ein Rechtsverhältnis i.S. von § 41 Abs. 1 FGO, das Gegenstand einer Feststellungsklage nach § 41 Abs. 1 FGO vor den Finanzgerichten sein kann.
- 29** Rechtsverhältnis i.S. des § 41 Abs. 1 FGO ist jede aus einem konkreten Sachverhalt resultierende, durch Rechtsnormen geordnete rechtliche Beziehung zwischen Personen oder zwischen Personen und Sachen (ständige Rechtsprechung, vgl. z.B. Senatsurteil vom 29.07.2003 - VII R 39, 43/02, BFHE 202, 411, BStBl II 2003, 828, unter 2.b, m.w.N.; BFH-Urteil vom 30.03.2011 - XI R 5/09, BFH/NV 2011, 1724).
- 30** c) Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist im Hauptantrag jedoch unbegründet, weil durch die beantragte Feststellung die Hauptsache vorweggenommen würde, ohne dass die Antragstellerin dafür eine Rechtfertigung glaubhaft gemacht hat.
- 31** aa) Grundsätzlich darf die einstweilige Anordnung die Entscheidung im Hauptsacheverfahren nicht vorwegnehmen. Etwas anderes gilt jedoch im Hinblick auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 des Grundgesetzes --GG--) dann, wenn ohne vorläufigen Rechtsschutz schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile

entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre (BVerfG-Beschlüsse vom 19.10.1977 - 2 BvR 42/76, BVerfGE 46, 166, und vom 25.10.1988 - 2 BvR 745/88, BVerfGE 79, 69; Senatsbeschlüsse vom 27.01.2016 - VII B 119/15, BFH/NV 2016, 1586, Rz 39, und vom 09.07.2020 - VII S 23/20 (AdV), BFH/NV 2020, 1104, Rz 36).

- 32** Dies wäre im Streitfall gegeben, weil zumindest für den beantragten Zeitraum (bis zur Entscheidung in der Hauptsache) über die eventuelle Einordnung der Antragstellerin als Betrieb der Fleischwirtschaft entschieden würde.
- 33** bb) Eine Ausnahmesituation, die eine Vorwegnahme der Hauptsache rechtfertigen würde, liegt nach summarischer Prüfung im Streitfall nicht vor.
- 34** (1) Die Antragstellerin hat nicht nachvollziehbar dargelegt, dass sie gezwungen ist, eine Ordnungswidrigkeit zu begehen, um Rechtsschutz zu erlangen. Vielmehr ist dem Vorbringen der Antragstellerin zu entnehmen, dass sie derzeit auf den Einsatz von Fremdpersonal verzichtet. Dies hat auch das HZA aufgrund der bisherigen Feststellungen im Rahmen der Überprüfung der Antragstellerin bestätigt (S. 4 des Schreibens des HZA vom 18.11.2022). Auch wenn dies der noch ungeklärten Rechtslage geschuldet ist und zur Vermeidung von Ordnungswidrigkeiten dient, ist jedenfalls aus diesem Grund eine Vorwegnahme der Hauptsache nicht gerechtfertigt.
- 35** (2) Dass der Antragstellerin infolge der Anwendung des § 6a GSA Fleisch nicht wieder gut zu machende wirtschaftliche Nachteile drohen, ist ebenfalls nicht in ausreichender Weise dargelegt worden.
- 36** Insbesondere sind ihre Ausführungen zu Einschränkungen der Produktions- und Lieferfähigkeit sowie zu offenen Stellen zu unsubstantiiert, um eine Vorwegnahme der Hauptsache rechtfertigen zu können (vgl. ...).
- 37** (3) Abgesehen davon ist nach summarischer Prüfung ein Obsiegen der Antragstellerin in der Hauptsache auch nicht deshalb mit hoher Gewissheit zu erwarten, weil die Rechtslage klar und eindeutig wäre und daher die Gefahr einer Fehlentscheidung zu Gunsten der Antragstellerin nicht bestünde (vgl. BFH-Beschluss vom 13.11.2002 - I B 147/02, BFHE 201, 80, BStBl II 2003, 716, unter II.4.).
- 38** Gemäß § 2 Abs. 1 GSA Fleisch gilt dieses Gesetz für die Fleischwirtschaft, zu der Betriebe i.S. von § 6 Abs. 9 AEntG gehören. Demnach handelt es sich bei Betrieben der Fleischwirtschaft um Betriebe oder selbständige Betriebsabteilungen, in denen überwiegend geschlachtet oder Fleisch verarbeitet wird. Außerdem werden damit Betriebe und selbständige Betriebsabteilungen angesprochen, die ihre Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen überwiegend in Betrieben der Fleischwirtschaft einsetzen. Gemäß § 6 Abs. 9 Satz 2 AEntG umfasst das Schlachten alle Tätigkeiten des Schlachtens und Zerlegens von Tieren mit Ausnahme von Fischen. Nach § 6 Abs. 9 Satz 3 i.V.m. Satz 4 AEntG umfasst die Verarbeitung alle Tätigkeiten der Weiterverarbeitung von beim Schlachten gewonnenen Fleischprodukten zur Herstellung von Nahrungsmitteln sowie deren Portionierung und Verpackung, es sei denn, die Behandlung, Portionierung oder Verpackung erfolgt auf Anforderung des Endverbrauchers.
- 39** Unabhängig davon, ob das Überwiegensprinzip in § 6 Abs. 9 Satz 1 AEntG nur dann zur Anwendung gelangt, wenn es sich nicht um Betriebe oder selbständige Betriebsabteilungen, die zur Branche "Schlachten und Fleischverarbeitung" (§ 4 Abs. 1 Nr. 9 AEntG) gehören, sondern um Mischbetriebe handelt, ist ein Obsiegen der Antragstellerin in der Hauptsache zumindest nicht mit hoher Gewissheit zu erwarten.
- 40** Die Antragstellerin verarbeitet an ihrem Standort in A Fleisch, indem sie angelieferte Fleischteile weiterverarbeitet und daraus Convenience-Produkte herstellt. Daher hat der beschließende Senat Zweifel, ob es sich hierbei hauptsächlich um eine Handelstätigkeit handeln kann.
- 41** Weiterhin ist anhand der von der Antragstellerin vorgelegten Zahlen nicht eindeutig nachvollziehbar, welche Tätigkeiten ihrem Standort in A zuzurechnen sind. Mit Schriftsatz vom 05.08.2021 hat sie vor dem FG vorgetragen, dass einige Produktionsprozesse von ihrer Tochtergesellschaft, der Firma B (B), übernommen würden. Dies betrifft nach ihrem eigenen Vortrag die Warenannahme, den Auspackbereich und den Schneiderraum (S. 6 f.). Gleichwohl hat die Antragstellerin die auf diesen Bereich fallenden Arbeitsstunden in die insgesamt angefallene Stundenzahl (S. 16) sowie in die Übersicht über die "Ist-Stunden Wj 20/21" (Anlage ASt 2) einbezogen. Sie hat jedoch nicht dargelegt, in welchem Verhältnis die B zu ihr steht bzw. warum ihr die von der B geleisteten Stunden zuzurechnen sein sollen. Auch wenn die Antragstellerin die genannten Bereiche im Rahmen des vorliegenden Verfahrens selbst der Fleischverarbeitung zurechnet (S. 16), kommt es für die Einordnung der Antragstellerin an ihrem Standort in A

maßgeblich darauf an, welchen Betriebszweck sie dort verfolgt und ob der Standort überhaupt als selbständiger Betriebsteil anerkannt werden kann. Auch dies kann nicht mit ausreichender Gewissheit beurteilt werden, weil unklar ist, welche Tätigkeiten die einzelnen Niederlassungen erfüllen und in welchem Verhältnis sie zueinander stehen.

- 42 Im Übrigen wurde der Standort der Antragstellerin in A bei der Deutschen Rentenversicherung unter der Wirtschaftsunterklasse "10130 Fleischverarbeitung" geführt. Unabhängig davon, welchem Stellenwert dieser Einordnung für die Beurteilung der Antragstellerin nach dem GSA Fleisch zukommt, wertet der beschließende Senat die Auskunft der Deutschen Rentenversicherung jedenfalls als Indiz dafür, dass die Antragstellerin an ihrem Standort in A einen Betrieb der Fleischwirtschaft unterhält.
- 43 Auch wenn die Antragstellerin vorgebracht hat, dass sie an ihrem Standort in A nunmehr bei der Bundesagentur für Arbeit unter der Wirtschaftsunterklasse "10850 Herstellung von Fertiggerichten" geführt wird (vgl. Auskunft der Bundesagentur für Arbeit vom 25.04.2022), führt dies allein nicht zu einem anderen Ergebnis. Änderungen der Wirtschaftsklassen können auch auf Mitteilungen des betroffenen Unternehmens zurückzuführen sein. Auch wenn die Auskunft der Bundesagentur für Arbeit als Indiz zu werten ist, führt dies unter Berücksichtigung der oben dargestellten Gründe nicht dazu, dass ein Obsiegen der Antragstellerin in der Hauptsache mit hoher Gewissheit zu erwarten wäre (vgl. Senatsbeschluss vom 22.09.2022 - VII B 183/21, BFH/NV 2022, 1302, Rz 38). Zudem ist dem Vorbringen der Antragstellerin kein hinreichend nachvollziehbarer Grund für die geänderte Einordnung zu entnehmen.
- 44 2. Die Beschwerde des HZA ist unbegründet, weil das FG nach summarischer Prüfung zu Recht die Bereiche "Verpackungsabteilung", "Tiefkühl- und Hilfs-/Betriebsstofflager", "Verwaltung, Qualitätssicherung und Werkstatt" nicht der Fleischverarbeitung zugeordnet hat.
- 45 a) Wie eingangs ausgeführt umfasst nach § 6 Abs. 9 Satz 3 i.V.m. Satz 4 AEntG die Verarbeitung alle Tätigkeiten der Weiterverarbeitung von beim Schlachten gewonnenen Fleischprodukten zur Herstellung von Nahrungsmitteln sowie deren Portionierung und Verpackung, es sei denn, die Behandlung, Portionierung oder Verpackung erfolgt auf Anforderung des Endverbrauchers.
- 46 Wie sich aus § 2 Abs. 1 Satz 2 GSA Fleisch und § 6a Abs. 2 Satz 1 GSA Fleisch ergibt, unterscheidet der Gesetzgeber zwischen Betrieben der Fleischwirtschaft und dem Bereich der Fleischverarbeitung. Das Fremdpersonalverbot ist demnach --wie das FG zu Recht ausgeführt hat-- nach § 6a Abs. 2 GSA Fleisch (neben dem Bereich der Schlachtung einschließlich der Zerlegung) auf den Bereich der Fleischverarbeitung beschränkt. Dies spricht dafür, dass nicht alle Tätigkeiten eines Unternehmens diesem Verbot unterliegen, auch wenn das Unternehmen insgesamt als solches der Fleischwirtschaft zuzuordnen ist.
- 47 Auch aus den Gesetzgebungsmaterialien ergeben sich Anhaltspunkte für diese einschränkende Auslegung. Für die Einfügung des § 6a GSA Fleisch durch Art. 2 Nr. 5 ArbSchKontrG waren die aus Sicht des Gesetzgebers unzulänglichen Arbeitsbedingungen in der Fleischindustrie (z.B. COVID-19-Ausbrüche in Schlachthöfen in Nordrhein-Westfalen und eine höhere Zahl an Arbeitsunfällen im Bereich des Schlachtens, des Zerlegens von Tieren und der Fleischverarbeitung als sonst im Bereich der Nahrungsmittelindustrie) sowie der Umfang von Werkverträgen und Leiharbeit mit der Folge eines "nur schwer durchschaubaren Nebeneinander verschiedenster Beschäftigungsverhältnisse" (BTDrucks 19/21978, S. 2 f.) maßgeblich.
- 48 Darüber hinaus werden in der Begründung des Entwurfs der Bundesregierung für ein ArbSchKontrG im Zusammenhang mit der Beschäftigung von Fremdpersonal in der Fleischverarbeitung auch Convenience und Verpackung genannt (BTDrucks 19/21978, S. 20 oben), wobei offen bleibt, welche Verpackung gemeint ist. Eine Verpackung der bereits versiegelten Ware in Kartons und das Bestücken von Paletten, um die Waren befördern zu können, sind allerdings auch bei anderen Waren erforderlich und haben keinen spezifischen Bezug zur Verarbeitung von Fleisch. Jedenfalls ist kein Grund für eine Ungleichbehandlung ersichtlich. Auch nach der WZ 2008 ist die "Verpackung von Fleisch" aus der Unterklasse 10.13.0 "Fleischverarbeitung" ausgenommen und gehört in die Unterklasse 82.92.0 "Abfüllen und Verpacken". Diese Unterklasse umfasst kommerzielle Abfüll- und Verpackungstätigkeiten im Lohnauftrag, auch mittels automatischer Verfahren. Die Bereiche der Betriebsführung, der An- und Verkauf, Technik, Qualitätssicherung, Endkontrollen und Verwaltung standen ohnehin nicht im Fokus des Gesetzgebers, weil diese regelmäßig durch betriebseigenes Personal wahrgenommen würden (BTDrucks 19/21978, S. 21).
- 49 b) Eine teilweise Vorwegnahme der Hauptsache steht der beantragten Feststellung der Antragstellerin nicht

entgegen. Insofern sieht der beschließende Senat eine hohe Wahrscheinlichkeit für ein Obsiegen in der Hauptsache im Umfang des Hilfsantrags, was eine Vorwegnahme der Hauptsache rechtfertigt.

- 50** Dies ergibt sich nach summarischer Prüfung insbesondere daraus, dass die Antragstellerin zwar Fleischstücke verarbeitet, aber im Ergebnis Convenience-Produkte herstellt, was dafür spricht, dass im fraglichen Betrieb mehrere Verarbeitungsschritte durchgeführt werden, die der eigentlichen Verarbeitung der Fleischstücke nachgelagert sind. Zudem hat die Antragstellerin --wie bereits erwähnt-- bei der Bundesagentur für Arbeit eine Einordnung in die Wirtschaftsunterklasse "10850 Herstellung von Fertiggerichten" erreicht, was --ungeachtet des unzureichenden Vortrags hinsichtlich der eigentlichen Gründe für die Änderung der Einordnung-- ebenfalls ein Indiz dafür darstellt, dass es im Betrieb der Antragstellerin und wahrscheinlich auch am Standort in A Verarbeitungsschritte gibt, die von der Fleischverarbeitung zu unterscheiden sind. Insofern bestehen Anhaltspunkte dafür, dass der Streitfall anders liegt als der der Senatsentscheidung in BFH/NV 2022, 1302 zugrunde liegende Sachverhalt (Herstellung von Fleisch- und Wurstspezialitäten).
- 51** Ob die vom Hilfsantrag umfassten Tätigkeitsbereiche im Zusammenhang mit der Fleischverarbeitung stehen, bedarf einer genaueren Betrachtung im Hauptsacheverfahren, zumal die bei der Antragstellerin derzeit laufende Außenprüfung noch nicht abgeschlossen ist.
- 52** Auch wenn im Verfahren zur Hauptsache noch genauere Feststellungen zu den einzelnen Tätigkeitsbereichen erforderlich sind, sprechen die erheblichen Eingriffe in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen (insbesondere Art. 2 Abs. 1, Art. 3 und Art. 12 GG) dafür, vorläufigen Rechtsschutz im Umfang des Hilfsantrags zu gewähren.
- 53** c) Ein Anordnungsgrund ergibt sich aus den erheblichen Grundrechtseingriffen (Art. 2 Abs. 1, Art. 3 GG), die infolge des Fremdarbeiterverbots im Raum stehen.
- 54** 3. Die Kostenentscheidungen beruhen auf § 135 Abs. 2 FGO.

Quelle: [www.bundesfinanzhof.de](http://www.bundesfinanzhof.de)