
Datum: 19.01.2022
Gericht: Finanzgericht Münster
Spruchkörper: 8. Senat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 8 V 3108/21 F
ECLI: ECLI:DE:FGMS:2022:0119.8V3108.21F.00

Sachgebiet: Finanz- und Abgaberecht

Tenor:

Es wird im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig festgestellt, dass im Zeitpunkt des Ergehens dieser gerichtlichen Entscheidung die folgenden Bereiche des Betriebs der Antragstellerin am Standort in P-Stadt nicht dem Bereich der Fleischverarbeitung im Sinne des § 6a Abs. 2 GSA Fleisch unterfallen: „Verpackung“ (soweit bereits versiegelte Ware weiter verpackt wird), „Reinigung“, „Werkstatt und Betriebstechnik“, „xxx (Lager)“, „Verwaltung“ und „Produktion vegetarischer und veganer Produkte“.

Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt. Die Kosten des Verfahrens tragen die Beteiligten jeweils zur Hälfte.

Der Antrag ist wegen der Kosten ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Antragsgegner kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, soweit nicht die Antragstellerin zuvor Sicherheit in Höhe des vollstreckbaren Betrages leistet.

Die Beschwerde wird zugelassen.

Gründe: 1
I. 2
3

Die Antragstellerin begehrt die Feststellung, dass sie – mit ihrem Betrieb im Ganzen oder hilfsweise zumindest mit einzelnen Betriebsbereichen – nicht als Betrieb der Fleischwirtschaft dem Fremdpersonalverbot nach dem Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft (GSA Fleisch) unterfällt.

Die Antragstellerin ist im Bereich der Veredelung und Verpackung von Geflügel-, Schweine- und Rindfleisch sowie der Herstellung von vegetarischen und veganen Artikeln in Tiefkühlung und Kühlung tätig. Sie beliefert unter anderem den Lebensmitteleinzelhandel sowie Hersteller von Fertiggerichten, Pfannengerichten, Feinkost-Salaten und anderen Nahrungsmitteln im In- und Ausland. Weiter beliefert sie professionelle Anbieter von Verpflegungsleistungen wie beispielsweise Betriebsgastronomie, Krankenhäuser, Seniorenheime, Schulküchen etc. Insgesamt vertreibt sie ca. 650 unterschiedliche Artikel wie beispielsweise „xxx“, „xxx“, „xxx“ und „xxx“. Ein Großteil der Artikel wird auf der Internetseite der Antragstellerin (xxx) mit Foto und Beschreibung aufgeführt. Die überragend höchsten Absätze (in Kilogramm) erzielt die Antragstellerin mit den in Anlage 5 zur Antragschrift aufgeführten „Top 63-Artikeln“, welche alle Fleisch beinhalten. Auf die Anlage 5 wird wegen der Einzelheiten Bezug genommen. 4

Die Antragstellerin betreibt ihren einzigen Betrieb unter der im Rubrum genannten Anschrift. Auf dem Betriebsgrundstück befinden sich mehrere Gebäude, in welchen sich unter anderem die Abteilungen Disposition, Einkauf, Wareneingang/Qualitätskontrolle, Fakturierung, Produktion, Verpackung, Lager/Versand, Verwaltung und Werkstatt befinden. 5

Die Antragstellerin schlachtet nicht selbst. Sie kauft die von ihr zu verarbeitenden Fleischstücke von (fremdem) Schlachtbetrieben ein. 6

Die Antragstellerin beschäftigt derzeit insgesamt ca. 766 Arbeitnehmer in unterschiedlichen Geschäftsbereichen. Die Anzahl der Arbeitnehmer schwankt nur leicht. Vollzeitbeschäftigte arbeiten bei der Antragstellerin 39 Stunden in der Woche. Derzeit beschäftigt sie – aufgrund der Einführung des Fremdpersonalverbotes zum 01.04.2021 in § 6a Abs. 2 GSA Fleisch – ausschließlich Arbeitnehmer, die in einem Anstellungsverhältnis mit ihr stehen. Die Antragstellerin ist nicht tarifgebunden. 7

Mit Schreiben vom 21.10.2021 beantragte die Antragstellerin bei der Antragsgegnerin die Feststellung, dass sie kein Betrieb der Fleischwirtschaft im Sinne des § 6 Abs. 9 Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG) sei und demzufolge nicht dem GSA Fleisch unterfalle. Bezogen auf die Arbeitsstunden ihrer 766 Mitarbeiter sei sie – was weiter ausgeführt wird – zu weniger als 50 % und damit nicht überwiegend in der Fleischverarbeitung tätig. Sie sei somit kein Betrieb der Fleischwirtschaft im Sinne des § 6 Abs. 9 AEntG. Damit sei der Geltungsbereich des GSA Fleisch nicht eröffnet und das Verbot der Beschäftigung von Leiharbeitnehmern gelte für sie nicht. Um Feststellung bis zum 05.11.2021 werde aufgrund des dringend benötigten Einsatzes von Leiharbeitnehmern zur Einhaltung von Lieferterminen gebeten. Auf den Antrag nebst Anlagen wird Bezug genommen. 8

Mit Schreiben vom 05.11.2021 teilte der Antragsgegner mit, dass er die begehrte Feststellung nicht allein auf der Grundlage des schriftlich vorgetragenen Sachverhalts beantworten könne, sondern erst nach einer Prüfung vor Ort. Vor diesem Hintergrund erließ der Antragsgegner noch am 05.11.2021 eine auf § 2 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz (SchwarzArbG) gestützte Prüfungsverfügung gegenüber der Antragstellerin, auf welche Bezug genommen wird. Aufgrund dieser Verfügung überprüfte der Antragsgegner am 09.11.2021 die Betriebsstätte der Antragstellerin. Mit sechs Teams wurden die Örtlichkeiten in Augenschein genommen, die Mitarbeiter sowie die Geschäftsleitung befragt, die Produktionsstraßen sowie deren zeitliche Abläufe insbesondere im Hinblick auf die „Top 63-Artikel“ überprüft und 9

Geschäftsunterlagen zur weiteren Auswertung mitgenommen. Auf die vom Antragsgegner erstellten Prüfungsunterlagen wird wegen der Einzelheiten Bezug genommen. Die Prüfung ist noch nicht abgeschlossen. Die von der Antragstellerin begehrte Feststellung erteilte die Antragsgegnerin bisher nicht.

Die Antragstellerin hat am 17.12.2021 bei Gericht um die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nachgesucht. Unter Bezugnahme auf die Ausführungen in dem Beschluss des Finanzgerichts (FG) Hamburg vom 20.05.2021 (4 V 33/31, juris) begehrt sie im Wege der einstweiligen Anordnung die Feststellung, dass sie mit ihrem Betrieb in P-Stadt keinen Betrieb der Fleischwirtschaft im Sinne des § 2 Abs. 1 GSA Fleisch i.V.m. § 6 Abs. 9 AEntG unterhält und demzufolge nicht dem Geltungsbereich des § 6a GSA Fleisch mit dem dort normierten Fremdpersonaleinsatzverbot unterfällt. 10

Sie ist der Ansicht, der Antrag sei zulässig und begründet. 11

Der Rechtsweg zu den Finanzgerichten sei nach § 33 Abs. 1 Nr. 4 Finanzgerichtsordnung (FGO) i.V.m. § 6d Abs. 2 GSA Fleisch und § 23 SchwarzArbG eröffnet. 12

Die begehrte einstweilige Anordnung sei statthaft (§ 114 Abs. 1 Satz 1 FGO), da sie, die Antragstellerin, ihr aus der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz – GG –) abgeleitetes Recht zur Beschäftigung von Leiharbeitnehmern zu sichern beabsichtige. Sie wolle ihren Rechtskreis vor einem ungerechtfertigten Eingriff schützen, indem klargestellt werde, dass die bußgeldbewehrte Vorschrift des § 6a GSA Fleisch nicht auf ihre Tätigkeit anzuwenden sei. Damit werde die Feststellung eines konkreten Rechtsverhältnisses im Sinne von § 41 FGO begehrt, da der Antragsgegner nur dann berechtigt wäre, den geplanten Einsatz von Fremdpersonal bei der Antragstellerin zu untersagen und zu sanktionieren, wenn sie, die Antragstellerin, tatsächlich den Einschränkungen nach § 6a GSA Fleisch unterläge. 13

Sie habe auch ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) habe die Regelung, was unter dem „Bereich der Fleischverarbeitung“ nach § 6a Abs. 2 GSA Fleisch zu verstehen ist, bereits als „offensichtlich auslegungsbedürftig“ anerkannt (BVerfG, Beschluss vom 29.12.2020, 1 BvQ 165/20; 1 BvQ 166/20; 1 BvQ 167/20, NZA 2021,124, Rz. 19 und 20). Wäre sie, die Antragstellerin, ein Betrieb der Fleischwirtschaft im Sinne des § 2 Abs. 1 GSA Fleisch, wären die Verbote des § 6a GSA Fleisch auf ihren Betrieb anwendbar. Sollte sie dennoch Leiharbeitnehmer beschäftigen, drohe ihr nach § 7 GSA Fleisch der Erlass eines Bußgeld- oder Einziehungsbescheides. Es sei ihr – auch vor dem Hintergrund des Gebots effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG – nicht zuzumuten, zunächst Fremdpersonal zu Beschäftigung, um anschließend gegen einen etwaigen Bußgeldbescheid vorzugehen, zumal der Antragsgegner seine Rechtsauffassung bisher nicht eindeutig geäußert habe. Für ein weiteres Zuwarten und gegebenenfalls die Durchführung einer Feststellungsklage sehe sie sich (zeitlich) nicht in der Lage. Sie benötige – insbesondere aufgrund eines näher dargelegten Krankenstandes und drohendem weiteren Personalausfall in Zusammenhang mit der Corona-Pandemie – sofort eine rechtssichere Grundlage für die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern. 14

Der Antrag führe auch nicht zu irreversiblen Folgen und damit zu einer Vorwegnahme der Hauptsache. Irreversible Folgen würden gegenteilig vielmehr nur dann eintreten, wenn der Antragsgegner oder das Gericht in der Hauptsache zu der Einschätzung gelangen würden, dass sie, die Antragstellerin, nicht dem Anwendungsbereich des § 2 GSA Fleisch unterfalle, sie aber in der Zeit bis zu dieser Entscheidung kein Fremdpersonal beschäftigt habe. 15

Die einstweilige Anordnung sei auch begründet. Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund lägen vor.

Der Anordnungsanspruch ergebe sich daraus, dass sie, die Antragstellerin, keinen Betrieb der Fleischwirtschaft im Sinne des § 2 Abs. 1 GSA Fleisch in Verbindung mit § 6 Abs. 9 AEntG betreibe. Das GSA Fleisch sei gemäß § 2 Abs. 1 GSA Fleisch nur anwendbar auf „Betriebe der Fleischwirtschaft“ im Sinne des § 6 Abs. 9 AEntG. Dort seien Betriebe der Fleischwirtschaft legal definiert als Betriebe, in denen „überwiegend“ geschlachtet oder Fleisch verarbeitet werde. Geschlachtet werde bei ihr, der Antragstellerin, nicht, sondern lediglich Fleisch verarbeitet, dies aber nicht überwiegend. Nach der Rechtsprechung sei ein Betrieb im Sinne der Norm überwiegend fleischverarbeitend tätig, wenn in diesem in zeitlicher Hinsicht – bezogen auf die Gesamtarbeitszeit aller Beschäftigten im Kalenderjahr – zu mehr als 50 % Tätigkeiten erbracht würden, die der Fleischverarbeitung zuzurechnen seien (FG Hamburg, Beschluss vom 20.05.2021, 4 V 33/21, juris; Arbeitsgericht Magdeburg, Urteil vom 28.01.2016, 6 Ca 954/15, juris; Thüsing in BeckO Arbeitsrecht, § 2 GSA Fleisch, Rn. 4). Die Fleischverarbeitung umfasse dabei gemäß § 6 Abs. 9 Satz 3 AEntG alle Tätigkeiten der Weiterverarbeitung von beim Schlachten gewonnenen Fleischprodukten zur Herstellung von Nahrungsmitteln sowie deren Portionierung und Verpackung. Nach der Rechtsprechung würden aber nur solche Tätigkeiten dem Begriff der Fleischverarbeitung unterfallen, die unmittelbar am Fleischprodukt oder Nahrungsmittel selbst erfolgten. Daher markiere der Arbeitsschritt der vakuumdichten Versiegelung des Nahrungsmittels den Abschluss der Fleischverarbeitung im Sinne des § 6 Abs. 9 AEntG (FG Hamburg, Beschluss vom 20.05.2021, 4 V 33/21, juris). Nachfolgende Tätigkeiten, die zwar einen Bezug zum versiegelten Fleischprodukt hätten, aber nicht am Produkt selbst vorgenommen würden – wie Lagerung, Konfektionierung, Kommissionierung, Versand sowie kaufmännische Tätigkeiten und Hilfstätigkeiten – seien daher keine Fleischverarbeitung mehr im Sinne von § 6 Abs. 9 AEntG.

17

Sie, die Antragstellerin, betreibe bezogen auf die Gesamtarbeitszeit aller Beschäftigten im Kalenderjahr nicht überwiegend – nicht zu mehr als 50 % – Fleischverarbeitung. Sie beschäftige derzeit insgesamt 766 Arbeitnehmer, wovon 520 Arbeitnehmer im Bereich „Produktion und Verpackung“, 87 Mitarbeiter im kaufmännischen Bereich und 159 Mitarbeiter im Bereich gewerblicher Nebentätigkeiten eingesetzt würden. Von den 520 Arbeitnehmern im Bereich „Produktion und Verpackung“ würden wiederum lediglich durchschnittlich 181 Arbeitnehmer bei Arbeitsschritten bis zur vakuumdichten Verpackung des Fleischproduktes eingesetzt. Die übrigen 339 Arbeitnehmer aus dem Bereich „Produktion und Verpackung“ würden bei Arbeitsschritten eingesetzt, die der Versiegelung der Fleischprodukte nachfolgten. Damit würden lediglich 23,6 % aller Arbeitnehmer (181 von 766 Arbeitnehmer) bei der Fleischverarbeitung eingesetzt.

18

Etwas anderes ergebe sich auch nicht bei der Betrachtung der Verteilung der geleisteten Arbeitsstunden. Betrachte man den Durchschnitt der am häufigsten produzierten 63 Artikel („Top 63-Artikel“), so seien in der Zeit vom 01.01.2021 bis zum 31.07.2021 nur 34,8 % der Arbeitsstunden des Bereichs „Produktion und Verpackung“ dieser Produkte für die Fleischverarbeitung im Sinne des § 6 Abs. 9 AEntG angefallen. Die verbleibenden 63,2 % der Arbeitsstunden seien auf Arbeitsschritte nach der Versiegelung des jeweiligen Produktes und damit nicht mehr auf die Fleischverarbeitung entfallen. Dies bedeute, dass selbst bei isolierter Betrachtung des Bereichs „Produkt und Verpackung“ deutlich weniger als 50 % der insgesamt erbrachten Arbeitsstunden für die Fleischverarbeitung eingesetzt würden. Diese Berechnung beruhe zwar auf der vereinfachten Annahme, dass alle 766 Mitarbeiter in Vollzeit, d. h. 39 Stunden in der Woche, arbeiten würden. Etwas anderes ergebe sich im

19

Ergebnis aber auch nicht daraus, was weiter ausgeführt wird, bei der Berücksichtigung von Teilzeitbeschäftigten.

Auf den gesamten Betrieb gerechnet – nicht nur den Bereich „Produktion und Verpackung“ – würden 76,4 % aller Arbeitsstunden nicht im Bereich der Fleischverarbeitung, sondern in anderen Tätigkeitsbereichen erbracht (kaufmännische Tätigkeiten 11,4 %, gewerbliche Rest-Tätigkeiten 20,8 % sowie Verpackung 44,3 %). 20

Es liege auch ein Anordnungsgrund vor. Sie, die Antragstellerin, sei auf die eilige Feststellung in der Sache angewiesen, da sie aufgrund des im Umfang nicht vorhersehbaren krankheitsbedingten Personalmangels, der sich mit höchster Wahrscheinlichkeit aufgrund der äußerst dynamischen Entwicklung der Corona-Pandemie noch verschärfen werde, dringend auf den kurzfristigen Einsatz von Leiharbeitnehmern angewiesen sei. Im Dezember 2021 sei der Krankenstand auf knapp 6 % der Belegschaft im Bereich Produktion und Verpackung gestiegen. Zusätzlich hätten sich zehn Mitarbeiter in Quarantäne begeben müssen. Weitere 17 Mitarbeiter hätten gekündigt. Dies sei nicht durch kurzfristige Neueinstellungen und Umplanungen aufzufangen. Zudem werde sie, die Antragstellerin, bei nicht fristgemäßen Lieferungen mit hohen Vertragsstrafen von über 200.000 € konfrontiert. Dabei sei beispielsweise die Fehlquote für den Kunden S-Supermarkt in der ersten Jahreshälfte noch im einstelligen Bereich gewesen. In den Kalenderwochen 36 und 43 seien Fehlmengen von 30 % gemeldet worden. Auch bei dem Kunden F-Supermarkt sei es in der zweiten Jahreshälfte 2021 bereits zu einem erheblichen Rückgang der Liefermengen und der Termintreue gekommen. 21

Der Fremdpersonaleinsatz sei ihr aufgrund der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 19 Abs. 3 GG) und ihres Rechtes am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 Abs. 1 GG, Art. 19 Abs. 3 GG) gestattet. Da das GSA Fleisch auf sie, die Antragstellerin, nicht anwendbar sei, dürfe sie wie bisher auch weiterhin von ihrem Recht, Fremdpersonal einzusetzen, Gebrauch machen. Durch die unklare Rechtslage und weil der Antragsgegner keine Klarheit in der Sache herstelle, werde ihr Recht vereitelt. Ihr sei es auch nicht zumuten, ein Hauptsacheverfahren abzuwarten. Der Eingriff in ihre Rechte verschärfe sich mit jedem Tag, in welchem keine Vorkehrungen für höhere Krankenstände oder Auftragsspitzen getroffen werden könnten. 22

Im Übrigen habe der Antragsgegner selbst ausgeführt, dass er noch prüfen müsse, ob sie, die Antragstellerin, den Regelungen des GSA Fleisch unterfalle. In dieser Situation sei es nicht hinnehmbar, dass ihre Grundrechte schon jetzt eingeschränkt würden. Der Antragsgegner irre auch in der Annahme, dass sie, die Antragstellerin „das Risiko der rechtlichen Bewertung“ tragen müsse. Vor dem Hintergrund sei auch der Vortrag des Antragsgegners, sie, die Antragstellerin, habe sich seit dem 01.01.2021 hinreichend auf die neue Gesetzeslage einrichten können, nicht zielführend. Die Gesetzeslage sei unklar. Dennoch habe sie, die Antragstellerin, aufgrund des drohenden Bußgeldes den Einsatz von Leiharbeitnehmern beendet, obwohl sie das Gesetz für nicht anwendbar halte. Dies sei aber vor dem Hintergrund ihrer Grundrechte nicht weiter hinnehmbar. Ihr, der Antragstellerinnen, sei es auch durch Umstrukturierungen im Betrieb nicht hinreichend möglich, schnell auf Auftragsspitzen und unvorhersehbare Krankenstände zu reagieren. Zum einen führe sie, die Antragstellerin, nur einen Betrieb, sodass das Fremdpersonaleinsatzverbot aus § 6 GSA Fleisch für den gesamten Betrieb gelten könnte. Zum anderen sei es betriebswirtschaftlich nicht sinnvoll, Arbeitnehmer aus anderen Abteilungen in der Produktion einzusetzen, um diese sodann durch Leiharbeitnehmer zu ersetzen. Erstens stehe dem der Fachkräftemangel entgegen. Zweitens erfordere dies das doppelte Anlernen von Kräften. Eine Reaktion auf 23

Auftragsspitzen und Krankenstände sei auch nicht durch den Abschluss befristeter Arbeitsverträge möglich. Dies sei weder vom Gesetzgeber noch von ihr, der Antragstellerin, gewünscht.

Dem Antragsgegner könne auch nicht darin gefolgt werden, dass sie, die Antragstellerin, den Beschränkungen des GSA Fleisch durch den Abschluss eines Tarifvertrages hinreichend entgehen könne, was nach Ansicht des Antragsgegners einen Anordnungsgrund entfallen lasse. Dies folge schon daraus, dass die grundrechtlich geschützte negative Koalitionsfreiheit auch gewährleiste, sich nicht tariflich zu binden. Im Übrigen läge der Abschluss eines Tarifvertrages nicht allein in ihrer Hand. 24

Soweit der Antragsgegner unter Bezugnahme auf die Entscheidungen des Thüringer FG (Beschluss vom 11.11.2021, 2 V 391/21, juris) und des FG Hamburg (Beschluss vom 20.12.2021, 4 V 77/21, juris) der Ansicht sei, dass es vorliegend nicht auf das „Überwiegensprinzip“ ankomme und deswegen bereits das Bestehen eines Anordnungsgrundes abzulehnen sei, sei dies mit dem Wortlaut des § 2 GSA Fleisch und § 6 Abs. 9 Satz 1 AEntG nicht vereinbar. Bei richtiger Betrachtung der Norm regle § 2 Abs. 1 Satz 1 GSA Fleisch den Anwendungsbereich, während Satz 2 sodann definiere, wann ein Betrieb überhaupt zur Fleischwirtschaft gehöre. Dies werde an folgender Gesetzesbegründung – damals noch zu § 6 Abs. 10 AEntG – (BT-Drucksache 18/12611 Seite 125) deutlich: 25

„Zur Bestimmung des Geltungsbereichs des Gesetzes wird auf die bereits bestehende Definition in § 6 Abs. 10 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes Bezug genommen. Das Gesetz gilt danach zum einen für Betriebe der Fleischwirtschaft im Sinne des § 6 Abs. 10 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes. Zudem gilt es auch für Betriebe, die ihre Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer überwiegend in Betrieben der Fleischwirtschaft einsetzen.“ 26

Folglich seien mit „Fleischwirtschaft“ im Sinne des § 2 Abs. 1 GSA Fleisch nur Betriebe erfasst, die der Definition in § 6 Abs. 9 AEntG entsprächen. Dies bedeute, dass in diesen Betrieben „überwiegend“ Fleisch verarbeitet werden müsse. Überwiegend bedeute wiederum „größtenteils/schwerpunktmäßig“ und erfordere eine quantitative Bestimmung. Darauf, ob ein „Mischbetrieb“ vorliege, komme es hingegen nicht an. 27

Die Argumentation des Thüringer FG sei zudem zirkulär, indem es zur Bestimmung der Anwendbarkeit von § 6 Abs. 9 AEntG eine Regelung zur Anwendung von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen (§ 4 Abs. 1 Nr. 9 AEntG) heranziehe. Beides bedinge sich. 28

Eine Auslegung des Gesetzes entsprechend den Ansichten des FG Hamburg im Beschluss vom 20.12.2021 und des Thüringer FG verstoße zudem gegen den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG). Ob Arbeitsschritte wie das Portionieren, Etikettieren und Verpacken dem Anwendungsbereich des GSA Fleisch unterfielen, hänge nach deren Auslegung davon ab, ob diese Tätigkeiten am Standort der Verarbeitung des Rohfleisches erfolgen würden oder andernorts. Durch diese Auslegung würden insbesondere kleinere und mittelständische Unternehmen gegenüber Großunternehmen benachteiligt, welche die Produktion entsprechend aufspalten und auslagern könnten. Nach der Logik des Thüringer FG und des FG Hamburg müsste das Fremdarbeitnehmerverbot überdies auch in Abteilungen wie etwa dem kaufmännischen Bereich gelten, was offensichtlich unverhältnismäßig wäre. 29

Ferner führe die begehrte einstweilige Anordnung nicht zu einer Vorwegnahme der Hauptsache. Sie, die Antragstellerin, fordere nicht die Gewährung einer Leistung, welche sie anschließend sofort verbrauche, sondern lediglich den Schutz vor ungerechtfertigten Eingriffen in ihre Grundrechte.

Mit Schreiben vom 22.12.2021 hat die Antragstellerin zudem den Erlass einer sogenannten Zwischenentscheidung („Hängebeschluss“) beantragt (Antrag zu 2.). Vorliegend sei eine Zwischenentscheidung für die Dauer des gerichtlichen Eilverfahrens zur Sicherstellung eines effektiven Rechtsschutzes erforderlich. Wenn sie, die Antragstellerin, nicht durch den Einsatz von Leiharbeitern auf weiter steigende Krankenstände reagieren könne, wären weitere Lieferschwierigkeiten unvermeidbar. Dem Antragsgegner oder Dritten drohen durch eine Zwischenentscheidung auch keine Schäden, denn sie, die Antragstellerin, würde selbstverständlich die Leiharbeitsverhältnisse sofort beenden, wenn das Gericht im Rahmen des einstweiligen Anordnungsverfahrens festgestellt sollte, dass sie als fleischverarbeitenden Betrieb dem Fremdbeschäftigungsverbot des § 2 Abs. 2 Satz 1 GSA Fleisch unterliefe. Der Zwischenentscheidung stehe auch nicht die laufende Prüfung des Antragsgegners entgegen. Die Prüfung könne vielmehr trotz einer Zwischenentscheidung fortgesetzt werden. Durch eine Zwischenentscheidung würden auch keine Wettbewerbsverzerrungen entstehen, denn auf die maßgeblichen Wettbewerber finde das GSA Fleisch ebenfalls keine Anwendung. 31

Mit Schriftsatz vom 07.01.2022 hat die Antragstellerin überdies ihr Feststellungsbegehren hilfsweise für den Fall erweitert, dass der Senat der Auffassung des FG Hamburg in dessen Entscheidung vom 20.12.2021 (4 V 77/21, juris) folgen sollte. Dann wäre zumindest festzustellen, dass die Bereiche ihres Betriebs „Verpackung“, „Reinigung“, „Werkstatt und Betriebstechnik“, „xxx (Lager)“, „Verwaltung“ und „Produktion vegetarischer und veganer Produkte“ nicht vom Anwendungsbereich des § 6a GSA Fleisch umfasst seien (Antrag zu 3.), denn insoweit handle es sich um Aufgaben, die nicht mehr dem Kernbereich der Fleischverarbeitung zuzuordnen seien und wie bei ihr in ähnlicher Art und Weise in jeder anderen Produktionsstätte – auch außerhalb von fleischverarbeitenden Betrieben – vorhanden seien. 32

Zu den einzelnen Betriebsbereichen, die nach Ansicht der Antragstellerin nicht in den Bereich der Fleischverarbeitung (§ 6a Abs. 2 GSA Fleisch) fallen, führt die Antragstellerin wie folgt aus: 33

- 1. „Verpackung“ 335

Als Bereich der „Verpackung“ bezeichne sie ausdrücklich nur Tätigkeiten, die nach abgeschlossener Produktion und Versiegelung des Fleischproduktes erfolgen würden. Bei sogenannten Frischeprodukten erfolge eine vakuumdichte Versiegelung, während gefrorene Produkte ohne Vakuum auf andere Weise versiegelt würden. Welche Arbeiten in diesem Bereich nach der Versiegelung erforderlich seien, sei je nach Produkt unterschiedlich. Die einzelnen Arbeitsschritte würden jeweils von einem Mitarbeiter ausgeführt (sogenannte „Arbeitspositionen“). Sie, die Antragstellerin, schätze, dass es über alle Produkte hinweg mehr als 30 unterschiedliche „Arbeitspositionen“ gebe. Sie beabsichtige den Einsatz von Leiharbeitnehmern insbesondere bei folgenden „Arbeitspositionen“ im Bereich „Verpackung“: 36

- Beutelkontrolle (1.1): Diese Mitarbeiter prüften (nach dem Versiegeln), ob die Ware ordnungsgemäß versiegelt sei und ob der Beutel den richtigen Inhalt habe. 37

- Beschickung Anlage (1.2): Diese Mitarbeiter seien für die Bestückung einer oder mehrerer Anlagen mit den zu verpackenden Waren, Kartons oder sonstigen Gegenständen zuständig. 39
- Beschickung Linie (1.3): Diese Mitarbeiter seien für die Bestückung einer gesamten Linie mit den benötigten Waren, Kartons oder sonstigen Gegenständen zuständig. 40
- Einpacken (1.4): Diese Mitarbeiter seien für die Verpackung einzelne Teile einer Sendung zuständig, seien es bereits versiegelte Fleischprodukte oder Gewürze oder sonstige Teile der Sendung. 41
- Ablöser (1.5): Ablöser seien Mitarbeiter, die eine Arbeitsposition übernähmen, wenn ein Mitarbeiter seine Arbeitsposition verlassen müsse (beispielsweise Toilettengang, Trinken, Pause). Es gäbe jeweils Ablöser für den Bereich Verpackung und Ablöser für den Bereich Produktion. 42
- Zupack Sortiment (1.6): Diese Mitarbeiter seien für das Packen unterschiedliche Waren von unterschiedlichen Linien in Sammelkartons zuständig. 43
- Aufpacken (1.7): Diese Mitarbeiter verpackten einzelne Pakete auf Paletten oder sonstige größere Sendungen vor. 44
- Sammlung Holzboxen (1.8): Diese Mitarbeiter verpackten einzelne Pakete in Holzboxen. 45
- Kisten Sammeln (1.9): Diese Mitarbeiter sammelten Kisten von den Linien und Anlagen. 46
- Deckel Zumachen (1.10): Diese Mitarbeiter seien für das Schließen der Verpackung nach dem Befüllen zuständig. 47
- Anlagenbediener Verpackungsstraße (1.11): Der Anlagenbediener bediene Maschinen und nehme die zu produzierenden Mengen auf, gebe sie in das IT-System ein und fahre die fertiggestellten Paletten in das Lager. 48
- Sauce Einpacken (1.12): Mitarbeiter auf dieser Position gäben Saucen zu den Sendungen. 49
- Sauce Transport (1.13): Diese Mitarbeiter transportierten die Saucen zu den jeweiligen Verpackungsstellen. 50
- Kartons Vorbereiten (1.14): Diese Mitarbeiter seien für die Vorbereitung der Kartons für das Verpacken zuständig. 51
- Schalen Auflegen (1.15): Diese Mitarbeiter seien für das Auflegen der Schalen für die Verpackung zuständig. 52
- Schweißen/Handkartonieren (1.16): Mitarbeiter auf dieser Arbeitsposition verpackten mehrere bereits versiegelte Teile in größere Säcke (z.B. 10-Kilogramm-Einheiten). 53
- Transport Paletten (1.17): Diese Mitarbeiter seien für den Abtransport der Paletten zuständig. 54

Nach Sinn und Zweck des § 6a GSA Fleisch stünde dem Einsatz von Leiharbeitnehmern in den vorgenannten Bereichen der Verpackung (1.1 bis 1.17) nichts entgegen.

• 2. „Reinigung“ sowie „Werkstatt und Betriebstechnik“ (Abteilung Technik) 556

Neben den Tätigkeiten der Verpackung sei auch ein Einsatz von Leiharbeitnehmern in den Bereichen „Reinigung“ sowie „Werkstatt und Betriebstechnik“ (Abteilung Technik) rechtlich zulässig. 57

Durch die Arbeitnehmer im Bereich „Reinigung“ werde die technisch und hygienisch einwandfreie Reinigung sichergestellt. Maschinen würden demontiert, gereinigt, desinfiziert und die Hygiene überwacht. Es finde keine Arbeit am Fleisch statt. 58

Im Bereich „Werkstatt und Betriebstechnik“ würden unter anderem Anlageninstandsetzungs- und Wartungsarbeiten vorgenommen. 59

• 3. „xxx“ (Lager) 601

Darüber hinaus sei auch die Tätigkeit im Bereich „xxx“ (Lager) nicht mehr Teil des Kernbereichs der Fleischverarbeitung. Die Mitarbeiter im dortigen Bereich nähmen Warensendungen aller Art entgegen (beispielsweise Kartons, Gewürze, Rohlinge), verbuchten diese im IT-System, sorgten für die logistische Abwicklung und stellten die Waren – unter anderem – für den Bereich Produktion und den Bereich Verpackung bereit. Sie seien dafür zuständig, die fertigverpackten Waren aus dem Bereich Verpackung in das Lager aufzunehmen und logistisch zu bearbeiten. Auch insoweit bestehe kein Bezug zur Arbeit mit Fleisch. 62

• 4. „Produktion vegetarischer und veganer Produkte“ 634

Sie, die Antragstellerin, stelle im Bereich „Produktion“ auch vegetarische und vegane Produkte her. Für diese Produkte würden Produktionslinien eingerichtet, an denen Mitarbeiter sodann teilweise ganzzeitig tätig seien. Vegetarische und vegane Produkte seien schon vom Wortlaut nicht von § 6a GSA Fleisch umfasst. Das Fremdpersonaleinsatzverbot könne daher nicht für die Produktion dieser Produkte gelten. 65

• 5. „Verwaltung“ 667

Ferner sei der Bereich „Verwaltung“, d. h. alle kaufmännischen Tätigkeiten, offenkundig nicht dem Kernbereich der Fleischverarbeitung zuzurechnen. 68

Wäre es ihr, der Antragstellerin, nur für bestimmte der genannten Bereiche oder Arbeitspositionen gestattet, Leiharbeitnehmer zu beschäftigen, so würde sie durch Umverteilung von festangestellten Arbeitnehmern dafür sorgen, dass nur im zulässigen Umfang Leiharbeitnehmer eingesetzt würden. 69

Die Antragstellerin beantragt,

- 1. vorläufig, bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache, festzustellen, dass ihr Betrieb unter der Adresse W-Straße, P-Stadt kein Betrieb der Fleischwirtschaft im Sinne des § 2 Abs. 1 GSA Fleisch i.V.m. § 6 Abs. 9 AEntG ist und demzufolge nicht dem Geltungsbereich des § 6a GSA Fleisch unterfällt; 72
- 2. ihr vorläufig, bis zu einer Entscheidung über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung vom 17.12.2021, zu gestatten, Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter in ihrem Betrieb tätig werden zu lassen; 73
- 3. hilfsweise, vorläufig, bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache, festzustellen, dass die folgenden Bereiche ihres Betriebs nicht dem Bereich der Fleischverarbeitung im Sinne des § 6a Abs. 2 GSA Fleisch unterfallen: „Verpackung“, „Reinigung“, „Werkstatt und Betriebstechnik“, „xxx (Lager)“, „Verwaltung“ und „Produktion vegetarischer und veganer Produkte“. 74

Der Antragsgegner beantragt, 75

den Antrag abzulehnen. 76

Er ist der Ansicht, alle Anträge seien unzulässig und/oder unbegründet. 77

Die von der Antragstellerin begehrten vorbeugenden Feststellungen im Rahmen einer einstweiligen Anordnung seien bereits nicht statthaft. Bei den von der Antragstellerin begehrten Feststellungen handele es sich – sowohl beim Antrag zu 1. als auch beim Antrag zu 3. – nicht um feststellungsfähige konkrete Rechtsverhältnisse. Die Frage, ob ein Unternehmen in den Geltungsbereich des GSA Fleisch falle, stelle kein Recht oder Verpflichtung gegenüber dem Antragsgegner dar. Zudem handele es sich lediglich um eine Vorfrage, welche in einem Hauptverfahren nicht mittels einer Feststellungsklage geklärt werden könne, zumal es der Antragstellerin darum gehe, festzustellen, wie der Begriff der „Fleischverarbeitung“ nach dem AEntG grundsätzlich zu verstehen sei. 78

Ferner erfordere die Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes regelmäßig den Erlass einer vorherigen Maßnahme, welche sodann nachgelagert überprüft werde. Vorbeugender Rechtsschutz sei nur ausnahmsweise zulässig. Die vorbeugende Feststellungsklage diene insbesondere nicht dazu, wie vorliegend, jeglichen hypothetischen zukünftigen Sachverhalt einer gerichtlichen Prüfung unterziehen zu können. 79

Ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis ergebe sich vorliegend auch nicht aus der angestrebten Dispositionssicherheit, zumal eine Entscheidung des angerufenen Gerichts die erhoffte Rechtssicherheit nicht bieten könne. Es könne jederzeit geschehen, dass die Zuständigkeit für die Prüfung und Verfolgung eines etwaigen Verstoßes gegen das Fremdpersonalbeschäftigungsverbot von dem Antragsgegner auf die Staatsanwaltschaft übergehe, welche sodann ihre eigene Rechtsansicht zum Vorliegen eines fleischverarbeitenden Betriebes zugrunde lege. Die Nachprüfung eines etwaigen diesbezüglichen Bußgeldbescheides obliege zudem der ordentlichen Gerichtsbarkeit, welche ebenfalls eine eigene Prüfungsbefugnis besäße (vgl. auch FG Nürnberg, Urteil vom 20.07.2021, 1 K 382/21, juris). 80

Der Zulässigkeit einer etwaigen Feststellungsklage in der Hauptsache stehe zudem der Grundsatz der Subsidiarität (§ 41 Abs. 2 FGO) entgegen. Die Antragstellerin hätte die von ihr begehrte Klärung der Frage, ob sie einen fleischverarbeitenden Betrieb unterhalte, im Rahmen der Anfechtung der Prüfungsverfügung vom 05.11.2021 klären lassen können. Die diesbezügliche Einspruchsfrist sei nunmehr abgelaufen. Das Erfordernis des Vorverfahrens dürfe aber nicht umgangen werden. Wegen der (ursprünglichen) Anfechtungsmöglichkeit der Prüfungsverfügung sei der Antragstellerin auch nicht darin zu folgen, dass sie eine Klärung der streitigen Frage, ob das GSA Fleisch auf sie anwendbar sei, erst durch Anfechtung eines Bußgeldbescheids hätte erlangen können.

Der Antragstellerin fehle es zudem an einem berechtigten Feststellungsinteresse. Der Antragsgegner habe sich bisher nicht dahingehend geäußert, dass es sich bei dem Betrieb der Antragstellerin um einen solchen der Fleischwirtschaft handle. Dies könne erst nach Abschluss der begonnenen Prüfung entschieden werden. Insoweit stehe auch noch keine „andere Auffassung der zuständigen Behörde“ im Raum. 82

Der Antragstellerin fehle zudem das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis, denn es sei nicht so, dass sie plötzlich und unerwartet mit einem Bußgeldbescheid durch den Antragsgegner rechnen müsse, denn einem solchen Bescheid gehe, wie ausgeführt, eine Prüfung mit entsprechenden Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Prüfungsverfügung voraus. Zudem sei der Antrag der Antragstellerin für diese nicht zielführend, denn die begehrte Feststellung des Gerichts, dass der Betrieb der Antragstellerin kein fleischverarbeitender Betrieb sei, könne sich nur auf den Zeitpunkt der Entscheidung beschränken und könne bereits kurz darauf anders zu bewerten sein. 83

Der begehrten einstweiligen Anordnung stehe zudem das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache entgegen. Das vorläufige Rechtsschutzverfahren dürfe in der Regel nicht zu einer Befriedigung des Antragstellers führen. Eine Vorwegnahme der Hauptsache sei nur zulässig, wenn dies zur Vermeidung unzumutbarer Nachteile für den Antragsteller zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes erforderlich sei. Dann seien aber strenge Anforderungen an den Anordnungsanspruch und den Anordnungsgrund zu stellen. Der Erfolg in der Hauptsache müsse dann überwiegend wahrscheinlich sein. Vorliegend sei der Erfolg in der Hauptsache aber nicht überwiegend wahrscheinlich, da das FG Nürnberg in einem vergleichbaren Fall die Feststellungsklage als unzulässig angesehen habe (FG Nürnberg, Urteil vom 20.07.2021, 1 K 382/21, juris). 84

Die einstweilige Anordnung sei – im Hinblick auf den Antrag zu 1. – überdies unbegründet. Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund bestünden nicht. 85

Bei der Antragstellerin handle es sich um einen Betrieb der Fleischwirtschaft im Sinne des § 6 Abs. 9 AEntG, sodass das GSA Fleisch auf dem Betrieb der Antragstellerin Anwendung finde. Die Einordnung als „Betrieb der Fleischwirtschaft“ im Sinne des § 6 Abs. 9 AEntG erfolge anhand des verfolgten Betriebszwecks. Unter dem Betriebszweck sei der mit dem Betrieb erfolgte arbeitstechnische Zweck zu verstehen (BeckOK, Arb/Besgen, BetrVG, § 111 Rn. 24 unter Verweis auf BAG, Beschluss vom 17.12.1985, 1 ABR 78/83). Maßgeblich sei deshalb, welcher arbeitstechnische Zweck im Betrieb der Antragstellerin verfolgt werde, mithin, welche Tätigkeiten im Betrieb der Antragstellerin verrichtet würden und welchem Zweck diese dienten. Insofern trage die Antragstellerin selbst vor, dass sie im Bereich der Verarbeitung von Geflügel-, Schweine- und Rindfleisch sowie von vegetarischen und veganen Artikeln in Tiefkühlung und Kühlung tätig sei. Sie schlachte nicht selbst, verarbeitete aber von Schlachtbetrieben angelieferte Fleischstücke weiter. Dabei gehörten zu „Betrieben der Fleischwirtschaft“ im Sinne von § 6 Abs. 9 AEntG Betriebe und selbständige 86

Betriebsabteilungen, in denen überwiegend geschlachtet oder Fleisch verarbeitet werde. Der eindeutige Wortlaut mit der Formulierung „oder“ zeige deutlich, dass ein Betrieb auch dann ein Betrieb der Fleischverarbeitung im Sinne der Norm sei, wenn er nicht schlachte, sondern (nur) Fleisch verarbeite. Dabei umfasse gemäß § 6 Abs. 9 Satz 3 AEntG die Fleischverarbeitung „alle Tätigkeiten der Weiterverarbeitung von beim Schlachten gewonnen Fleischprodukten zur Herstellung von Nahrungsmitteln sowie deren Portionierung und Verpackung“. Damit beziehe der Gesetzeswortlaut den gesamten Prozess der Weiterverarbeitung zu Nahrungsmitteln sowie deren Portionierung und Verpackung mit ein. Da kein anderer Betriebszweck bestehe, sei der verfolgte Betriebszweck „Fleischverarbeitung“ auch für alle anderen Produktionsschritte am Standort der Antragstellerin prägend, denn diese würden ohne die Fleischverarbeitung nicht anfallen. Das Überwiegensprinzip sei lediglich bei Mischbetrieben anzuwenden, wie sich aus dem Beschluss des FG Hamburg vom 20.12.2021 (4 V 77/21, juris) ergebe.

Dabei seien sämtliche von der Antragstellerin als „Top 63-Artikel“ bezeichnete Produkte Fleischprodukte, die durch Fleischverarbeitung im Sinne von § 6 Abs. 9 Satz 3 AEntG hergestellt würden. Dies sei dann der Fall, wenn das Fleisch dem Produkt seine Prägung im Sinne einer deutlich überwiegenden Zutat gebe (Verweis auf Thüsing in BeckOK Arbeitsrecht, GSA Fleisch, § 2 Rn. 7). Eine (Fleisch-)Verarbeitung im Sinne des Gesetzes liege daher nicht vor, wenn durch den Verarbeitungsprozess das durch Schlachtung gewonnene Fleischprodukt als eine von mehreren Zutaten seinen Charakter als eigenständiges Produkt eingebüßt habe. Dies sei nach der Gesetzesbegründung (BT-Drucksache 18/910) beispielsweise der Fall

87

- bei der Herstellung von gefrorenen oder anders haltbar gemachten Fleischfertiggerichten,

88

- bei der Herstellung von Fleischsuppen und Fleischbrühen sowie

89

- bei der Herstellung von Gelatine oder ähnlichen Produkten.

90

Keines der von der Antragstellerin angeführten Produkte habe eine derartige Eigenschaftseinbuße erfahren. Bei allen „Top 63-Artikeln“ handele es sich zwar um Fleischfertiggerichte. In der Gesetzesbegründung sei aber gerade nicht das Erzeugnis „Fleischfertiggerichte“ gemeint, sondern eine Kombination verschiedener einzelner Erzeugnisse, von denen eines ein Fleischprodukt sei. Allein das Panieren oder Marinieren führe noch nicht dazu, dass das Produkt kein Fleischprodukt mehr sei. Das Panieren oder Marinieren sei gerade Ausdruck der Fleischverarbeitung. Dies entspreche auch der Auffassung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales.

91

Für den Fall, dass das Gericht der Auffassung sei, dass das Überwiegenprinzip zur Anwendung käme, würden hilfsweise die Angaben der Antragstellerin zu der Verteilung der Arbeitsstunden bestritten, zumal die Angaben lediglich Momentaufnahmen der Vergangenheit darstellen würden. Überdies gehörten die Portionierung, die Verpackung und die Etikettierung (noch) zur Wertschöpfungskette der Fleischverarbeitung. Die weiteren von der Antragstellerinnen vorgetragenen Tätigkeiten seien sogenannte Zusammenhangstätigkeiten, die bei einer etwaigen Überwiegensprüfung nach der höchstrichterlichen arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung noch dem jeweiligen Betriebszweck zuzurechnen seien.

92

Überdies fehle es auch an einen Anordnungsgrund. Mit einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit des Erfolges in der Hauptsache sei aufgrund der inzwischen ergangenen finanzgerichtlichen Entscheidungen nicht (mehr) zu rechnen (FG Nürnberg, Urteil vom

93

20.07.2021, 1 K 382/21, juris; Thüringer FG, Beschlüsse vom 02. und 11.11.2021, 2 V 360/21, 2 V 361/21 und 2 V 391/21 sowie FG Hamburg, Beschluss vom 20.12.2021, 4 V 77/21). Zudem habe sich die Antragstellerin auf das Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern bereits hinreichend einstellen können, denn das derzeitige Verbot sei seit dem 01.04.2021 in Kraft und die geplante Einführung schon länger bekannt. Gegen die Eilbedürftigkeit spreche ferner, dass die Antragstellerin die gerichtliche Entscheidung durch ständig neue Schriftsätze und sukzessiv gestellte (neue) Anträge verzögere.

Auch der Antrag zu 2. auf eine Zwischenentscheidung sei abzulehnen. Eine solche würde insbesondere zu einer unzulässigen Privilegierung der Antragstellerin gegenüber anderen Betrieben der Fleischwirtschaft führen. Im Übrigen setze die Kontrollbefugnis nach § 6b GSA Fleisch nicht zwingend einen Betrieb der Fleischwirtschaft voraus. Dem Antragsgegner als Behörde der Zollverwaltung obliege nach § 6b Abs. 1 GSA Fleisch i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 9 SchwarzArbG die Prüfung der Einhaltung der Vorgaben des § 6a GSA Fleisch. Insofern eröffne bereits die Möglichkeit des Vorliegens eines entsprechenden Betriebes die Prüfungsbefugnis.

94

Der hilfsweise gestellte Feststellungsantrag zu 3. sei – in Ermangelung eines feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses – ebenfalls unzulässig und im Übrigen teilweise unbegründet. Die Bereiche „Verpackung“, „Reinigung“, „Werkstatt und Betriebstechnik“, „xxx (Lager)“, „Verwaltung“, „Produktion vegetarischer und veganer Produkte“ des Betriebs der Antragstellerin würden zumindest teilweise dem Bereich der Fleischverarbeitung im Sinne des § 6a Abs. 2 GSA Fleisch unterfallen.

95

Zu den Bereichen und Arbeitspositionen im Einzelnen trägt der Antragsgegner wie folgt vor:

96

- Verpackung (1.): Gemäß § 6 Abs. 9 Satz 3 AEntG umfasse die Fleischverarbeitung alle Tätigkeiten der Weiterverarbeitung von beim Schlachten gewonnenen Fleischprodukte zur Herstellung von Nahrungsmitteln sowie deren Portionierung und Verpackung. Dabei gehe die „Verpackung“ im Sinne der Norm über die Versiegelung des Fleischprodukts hinaus und reiche bis zum Erreichen der Verkehrsfähigkeit und Vertriebsfähigkeit des Produkts. Einige der von der Antragstellerin zum Bereich „Verpackung“ aufgeführten Arbeitspositionen gehörten damit noch zur Fleischverarbeitung. Die Herstellung eines Fleischproduktes als Nahrungs- und Lebensmittel sei erst dann vollendet, wenn es in vollem Umfang seinen bestimmungsgemäßen Zweck zu erfüllen in der Lage sei. Dies sei dann der Fall, wenn zwingende Vorgaben aus dem Lebensmittelrecht zum Zwecke des Konsumenten- und Verbraucherschutzes eingehalten würden. Daher falle der Bereich „Verpackung“ jedenfalls nicht insgesamt aus der Fleischverarbeitung heraus. Vielmehr seien die einzelnen Arbeitspositionen wie folgt zu betrachten:

97

- Beutelkontrolle (1.1)

~~99~~

Die Beutelkontrolle unterfalle unmittelbar der Fleischverarbeitung im Sinne des § 6a Abs. 2 GSA Fleisch. Ohne ordnungsgemäße Versiegelung handele es sich nicht um ein verkehrssicheres und verkaufsfähiges Produkt. Gleiches gelte, wenn es sich um einen unrichtigen Beutelinhalt handele. Die Position gehöre noch zur Qualitätssicherung und Qualitätskontrolle und gehöre damit zur Fleischverarbeitung.

100

- Beschickung Anlage (1.2)

~~100~~2

Zur Verpackungstätigkeit im Sinne des § 6 Abs. 9 Satz 3 2 Alt. AEntG zähle auch die Erstverpackung des vakuumierten Fleischproduktes (z.B. in Form der Kartonierung). Erst wenn das hergestellte Fleischprodukt mit dieser Verpackung versandfertig sei, sei damit der zur Verarbeitung gehörende Verpackungsvorgang als Teil des Produktionsprozesses abgeschlossen. Nach Abschluss des Produktionsprozesses erfolgende Tätigkeiten wie etwa die Verbringung der versandfertigen Fleischprodukte in ein Zwischenlager seien hingegen von den Einschränkungen des Fremdpersonaleinsatzes nicht mehr umfasst. Dies ergebe sich auch aus den Angaben des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales auf dessen Homepage. Vor diesem Hintergrund stelle die Beschickung der Anlage noch Fleischverarbeitung im Sinne des § 6a Abs. 2 GSA Fleisch dar, sofern es sich um eine Tätigkeit im Rahmen der Erstverpackung handele.	103
• Beschickung Linie (1.3)	1005
Für die Beschickung der Linie gelte das zur Beschickung der Anlage (1.2) Gesagte entsprechend.	106
• Einpacken (1.4)	1008
Die Arbeitsposition „Einpacken“ sei Fleischverarbeitung im Sinne von § 6a Abs. 2 GSA Fleisch, sofern es sich um eine Tätigkeit im Rahmen der Erstverpackung handele.	109
• Ablöse (1.5)	11101
Ob ein „Ablöser“ im Bereich der Fleischverarbeitung (§ 6a Abs. 2 GSA Fleisch) tätig werde, bestimme sich danach, wen er ablöse. Löse er beispielsweise einen Mitarbeiter aus der Beutelkontrolle (1.1) ab, gelte das dort Gesagte.	112
• Zupack Sortiment (1.6)	11134
Die Arbeitsposition „Zupacken Sortiment“ erfolge nach der Erstverpackung und stelle somit keine Fleischverarbeitung im Sinne von § 6a Abs. 2 GSA Fleisch dar.	115
• Aufpacken (1.7)	11167
Die Arbeitsposition „Aufpacken“ stelle keine Fleischverarbeitung im Sinne von § 6a Abs. 2 GSA Fleisch dar.	118
• Sammlung Holzboxen (1.8)	11120
Die Arbeitsposition „Sammlung Holzboxen“ stelle keine Fleischverarbeitung im Sinne von § 6a Abs. 2 GSA Fleisch dar.	121

• Kisten Sammeln (1.9)	122 3
Die Arbeitsposition „Kisten Sammeln“ stelle keine Fleischverarbeitung im Sinne von § 6a Abs. 2 GSA Fleisch dar.	124
• Deckel Zumachen (1.10)	125 6
Die Arbeitsposition „Deckel Zumachen“ stelle keine Fleischverarbeitung im Sinne von § 6a Abs. 2 GSA Fleisch dar, wenn damit ein Deckel einer „übergeordneten Sendung“ gemeint sei. Sofern der Deckel der Verpackung des Fleischproduktes selbst gemeint sei, mit der das Fleischprodukt verkauft werde, gehöre diese Arbeitsposition noch zur Erstverpackung und damit zur Fleischverarbeitung.	127
• Anlagenbediener Verpackungsstraße (1.11)	128 9
Die Arbeitsposition „Anlagenbediener Verpackungsstraße“ stelle keine Fleischverarbeitung im Sinne von § 6a Abs. 2 GSA Fleisch dar.	130
• Sauce Einpacken (1.12)	131 2
Die Arbeitsposition „Sauce Einpacken“ gehöre noch zur Fleischverarbeitung im Sinne von § 6a Abs. 2 GSA Fleisch, soweit die Sauce zum vertriebenen Fleischprodukt gehöre und die Erstverpackung nur mit der Sauce vollständig sei.	133
• Sauce Transportieren (1.13)	133 5
Die Arbeitsposition „Sauce Transportieren“ stelle keine Fleischverarbeitung im Sinne von § 6a Abs. 2 GSA Fleisch dar.	136
• Kartons Vorbereiten (1.14)	137 8
Die Arbeitsposition „Kartons Vorbereiten“ stelle keine Fleischverarbeitung im Sinne von § 6a Abs. 2 GSA Fleisch dar.	139
• Schalen Auflegen (1.15)	140 1
Die Arbeitsposition „Schalen Auflegen“ stelle keine Fleischverarbeitung im Sinne von § 6a Abs. 2 GSA Fleisch dar, wenn damit das Zusammenstellen aus verschiedenen Produkten in eine Schale für eine „übergeordneten Sendung“ gemeint sei. Sofern das Fleischprodukt in der Schale verkauft werde, gehöre diese Arbeitsposition noch zur Erstverpackung und damit zur Fleischverarbeitung.	142

• Schweißen/Handkartonieren (1.16)	144
Die Arbeitsposition „Schweißen/Handkartonieren“ gehöre noch zur Fleischverarbeitung im Sinne von § 6a Abs. 2 GSA Fleisch, sofern das Produkt in den dort gepackten Einheiten vertrieben werde. Denn auch wenn die Teile, die in größeren Säcken (zum Beispiel in 10-Kilogramm-Einheiten) verpackt würden, bereits versiegelt seien, erreiche das Produkt erst durch die Zusammenfassung in dieser Einheit, in der es vertrieben werde, seinen bestimmungsgemäßen Zustand. Die jeweilige Einheit stelle die Erstverpackung dar.	145
• Transport Paletten (1.17)	146
Die Arbeitsposition „Transport Paletten“ stelle keine Fleischverarbeitung im Sinne von § 6a Abs. 2 GSA Fleisch dar.	148
- „Reinigung, Werkstatt und Betriebstechnik“ (2.):	149
Die in den Bereichen „Reinigung, Werkstatt und Betriebstechnik“ anfallenden Tätigkeiten seien grundsätzlich keine Fleischverarbeitung im Sinne von § 6a Abs. 2 GSA Fleisch, sofern es sich jeweils um abgetrennte und aus dem Produktionsablauf der Fleischverarbeitung vollständig losgelöste Schritte handele. Sofern jedoch beispielsweise Reinigungstätigkeiten (teilweise) auch durch das Personal erfolge, dass auch zuvor das Fleisch verarbeitet habe, sei dies anders zu bewerten.	150
- „xxx“ (Lager) (3.)	151
Die in den Bereichen „BeverCool“ (Lager) anfallenden Tätigkeiten seien keine Fleischverarbeitung im Sinne von § 6a Abs. 2 GSA Fleisch, sofern es sich um die von der Antragstellerin insoweit beschriebenen Tätigkeiten handele. Würden dort noch weitere Tätigkeiten ausgeübt, wie beispielsweise das Abwiegen vom Fleisch oder die Temperaturprüfung, sei dies anders zu bewerten.	152
- Produktion vegetarischer und veganer Produkte (4.)	153
Ob es sich bei der Produktion vegetarischer und veganer Produkte um Fleischverarbeitung im Sinne von § 6a Abs. 2 GSA Fleisch handele, könne mangels hinreichender Angaben und Glaubhaftmachung zu den diesbezüglichen Tätigkeiten nicht beurteilt werden. Von Bedeutung könnte beispielsweise sein, ob insoweit eine eindeutige Trennung zur Fleischverarbeitung erfolge, beispielsweise indem anderes Personal und separate Maschinen eingesetzt würden.	154
- Verwaltung (5.)	155
Der Bereich „Verwaltung“, d.h. alle kaufmännischen Tätigkeiten, seien nicht der Fleischverarbeitung im Sinne von § 6a Abs. 2 GSA Fleisch zuzurechnen.	156
Zusammenfassend ist der Antragsgegner zum (Hilfs-)Antrag zu 3. der Ansicht, dass das Fremdpersonaleinsatzverbot des § 6a Abs. 2 GSA Fleisch nur dort greife, wo fleischverarbeitende Tätigkeiten verrichtet würden. Die Fleischverarbeitung ende mit der (ersten) Verkaufsverpackung. Außerhalb der Fleischverarbeitung sei der Antragstellerin der Einsatz von Fremdpersonal weiterhin möglich. Dem stehe nicht entgegen, dass es sich dabei	157

gegebenenfalls um sogenannte „Zusammenhangstätigkeiten“ handele, welche dem Betriebszweck „Fleischverarbeitung“ zuzuordnen seien. Auf die Einordnung des Betriebes der Antragstellerin als Betrieb der Fleischwirtschaft habe es keinen Einfluss, dass einzelne Tätigkeiten nicht der Fleischverarbeitung unterfielen und dort Fremdpersonal eingesetzt werden könne.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Gerichtsakte einschließlich der Eidesstattlichen Versicherungen und den Inhalt der beigezogenen Verwaltungsakte Bezug genommen. 158

II. 159

Der insgesamt zulässige Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist (nur) im Hilfsantrag (Antrag zu 3.) begründet. 160

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist zulässig. 161

Der Rechtsweg zu den Finanzgerichten ist nach § 33 Abs. 1 Nr. 4 FGO i.V.m. § 6b Abs. 2 GSA Fleisch, § 23 SchwarzArbG eröffnet. 162

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist statthaft. Nach § 114 Abs. 1 Satz 2 FGO kann das Gericht auf Antrag nicht nur eine einstweilige Anordnung treffen, wenn in Bezug auf den Streitgegenstand die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des betreffenden Zustands die Verwirklichung des Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (Sicherungsanordnung, § 114 Abs. 1 Satz 1 FGO), oder wenn in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis eine vorläufige Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint (Regelungsanordnung, § 114 Abs. 1 Satz 2 FGO). Eine einstweilige Anordnung kann vielmehr auch in Gestalt einer vorläufigen Feststellung des in der Hauptsache sachlich Begehrten getroffen werden (BVerfG, Beschluss vom 07.03.2017, 1 BvR 1314/12, BVerfGE 145, 20, Rn. 86; BVerfG, Beschluss vom 07.04.2003, 1 BvR 2129/02, juris, Rn. 14; BVerfG, Urteil vom 18.12.1985, 2 BvR 1167/84, BVerfGE 71, 305, Rn. 77; BVerfG, Beschluss vom 05.05.1987, 2 BvR 104/87, juris, Rn. 35; Hamburgisches OVG, Beschluss vom 19.09.1986, BS V 144/86, NJW 1987, 1215). Eine solche Feststellungsanordnung kommt in Fällen in Betracht, in denen ein Betroffener Rechtsschutz zur Sicherung seiner Rechte sucht, die er aus der von ihm angegriffenen gesetzlichen Regelung herleitet (BVerfG, Beschluss vom 14.08.2013, 2 BvR 1601/13, juris, Rn. 3; BVerfG, Beschluss vom 24.06.1992, 1 BvR 1028/91, juris, Rn. 20), weil er Klarheit hinsichtlich der Frage benötigt, ob die angegriffenen gesetzlichen Regelungen, die bei einem Verstoß bußgeldbewehrt sind, auf die von ihm ausgeübten Tätigkeiten überhaupt Anwendung finden und wie weit diese dann jeweils reichen (BVerfG, Beschluss vom 29.12.2020, 1 BvQ 165/20, Rn. 19; FG Hamburg, Beschluss vom 20.05.2021, 4 V 33/21, juris). 163

Die Antragstellerin begehrt in der Hauptsache die Feststellung eines konkreten Rechtsverhältnisses im Sinne des § 41 FGO. Sie begehrt im Hauptantrag die Feststellung, dass sie keinen Betrieb der Fleischwirtschaft im Sinne des § 2 Abs. 1 GSA Fleisch unterhält und dementsprechend das Fremdpersonaleinsatzverbot gemäß § 6a GSA Fleisch für sie nicht gilt. Damit begehrt die Antragstellerin die vorbeugende Feststellung eines konkreten Rechtsverhältnisses (ebenso FG Hamburg, Beschluss vom 20.05.2021, 4 V 33/21, juris; Thüringer Finanzgericht, Beschluss vom 11.11.2021, 2 V 391/21; FG Hamburg, Beschluss vom 20.12.2021, 4 V 77/21; a. A. FG Nürnberg, Urteil vom 20.07.2021, 1 K 382/21, juris). 164

Die Antragstellerin besitzt auch das hierfür erforderliche berechnigte Feststellungsinteresse. Als berechnigtes Feststellungsinteresse für eine Feststellungsklage im Sinne des § 41 Abs. 1 HS 2 FGO genügt grundsätzlich jedes konkrete, vernünftigerweise bestehende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art (vgl. z.B. Teller in: Gräber, FGO, 9. Aufl., § 41 Rn. 28). Die von der Antragstellerin begehrte Feststellung, kein Betrieb der Fleischwirtschaft im Sinne von § 6 Abs. 9 AEntG i.V.m. § 2 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GSA Fleisch zu sein, stellt ein solches Interesse dar (ebenso FG Hamburg, Beschluss vom 20.05.2021, 4 V 33/21, juris; Thüringer Finanzgericht, Beschluss vom 11.11.2021, 2 V 391/21; FG Hamburg, Beschluss vom 20.12.2021, 4 V 77/21).

Die Feststellung ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil sie vorbeugend, vor Erlass eines Bußgeld oder Einziehungsbescheides gemäß § 7 GSA Fleisch, begehrt wird. Denn die Antragstellerin hat das für die Zulässigkeit einer vorläufigen Feststellungsklage erforderliche besondere Rechtsschutzinteresse und das berechnigte Interesse an einer baldigen vorläufigen Feststellung. Ein solches kommt in Betracht, wenn substantiiert und in sich schlüssig Umstände vorgetragen werden, wonach ein weiteres Abwarten unzumutbar ist, weil ein bestimmtes, künftig zu erwartendes Handeln einer Behörde zu einer nicht oder nur schwerlich wiedergutzumachenden Rechtsverletzung führen würde, die über die reine Geldleistung hinausgehende einschneidende Beeinträchtigungen mit sich brächte. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn dem Vollstreckungsschuldner erhebliche Nachteile drohen, die seine persönliche oder wirtschaftliche Existenz gefährden und die nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen wieder gutzumachen sind (BFH, Urteil vom 28.11.2017, VII R 30/15, BFH/NV 2018, 405; BFH, Beschluss vom 30.09.2020, VII B 96/19, BFH/NV 2021, 781). Eine solche Unzumutbarkeit kann sich aus einem drohenden Bußgeldverfahren ergeben, weil es in der Regel unzumutbar ist, zunächst gegen möglicherweise einschlägige Bußgeldvorschriften zu verstoßen und sich dann gegen ein Bußgeld vor dem Amtsgericht gerichtlich zur Wehr zu setzen (vgl. zu den Grundsätzen der sogenannten Damokles-Rechtsprechung des BVerfG und des Bundesverwaltungsgerichts – BVerwG –, BVerfG, Beschluss vom 07.04.2003, 1 BvR 2029/02, juris; BVerwG, Urteil vom 23.06.2016, 2 C 18/15, juris). So liegt der Fall hier. Aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes ist es der Antragstellerin nicht zuzumuten, zunächst gegen die aus ihrer Sicht nicht einschlägigen Bußgeldvorschriften zu verstoßen und damit eine Ordnungswürdigkeit nach § 7 Abs. 2 GSA Fleisch zu begehen. Die Antragstellerin hat auch ein schutzwürdiges Interesse daran, den Finanzrechtsweg als sachnähere und fachspezifische Rechtsschutzform einzuschlagen, wenn ihr wegen der Klärung verwaltungsrechtlichem Handelns der Zollbehörde ein Ordnungswidrigkeitsverfahren droht (BVerwG, Urteil vom 23.06.2016, 2 C 18/15, juris; Thüringer Finanzgericht, Beschluss vom 11.11.2021, 2 V 391/21). Anders als beim Verbotstatbestand, der der Entscheidung des BFH vom 30.09.2020 (VII B 96/19, BFH/NV 2021, 781) zugrunde lag, handelt es sich bei § 6a GSA Fleisch auch nicht um eine bloße Ermächtigungsgrundlage, die der Behörde nach deren Ermessen den Erlass einer Untersagungsverfügung ermöglichte, sondern um ein unmittelbar geltendes gesetzliches Verbot.

Das Feststellungsbegehren ist vorliegend auch nicht im Hinblick auf die bereits erlassene Prüfungsverfügung subsidiär. Dies folgt schon daraus, dass im Rahmen einer Anfechtung der Prüfungsanordnung nicht verbindlich geklärt würde, ob die Antragstellerin einen fleischverarbeitenden Betrieben im Sinne des § 6 Abs. 9 ArbEG unterhält, denn – wie der Antragsgegner selbst ausführt – besteht die Prüfungsbefugnis gemäß § 6b GSA Fleisch bereits dann, wenn die hinreichende Möglichkeit besteht, dass der Anwendungsbereich des GSA Fleisch eröffnet ist (ebenso Thüringer Finanzgericht, Beschluss vom 11.11.2021, 2 V 391/21). Im Übrigen bezieht sich die konkrete Prüfungsverfügung auch auf andere

Prüfungsbereiche, wie Verstöße gegen das SchwarzArbG. Schließlich entspricht es auch nicht dem Interesse der Antragstellerin, welche eine Klärung ihrer Rechtsfrage im Rahmen der Prüfung gerade begehrt.

Dem Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung steht auch das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache nicht entgegen. Eine einstweilige Anordnung darf grundsätzlich nur auf den Erlass einer einstweiligen Regelung gerichtet sein und das Ergebnis der Hauptsache nicht vorwegnehmen oder diesem endgültig vorgreifen. Ist Gegenstand der Hauptsache ein Feststellungsbegehren, kann der Anordnungsantrag grundsätzlich nur eine vorläufige Feststellung zum Inhalt haben. Eine Vorwegnahme der Hauptsache ist indes u.a. zulässig, wenn sie zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes schlechterdings notwendig ist, d.h. wenn die sonst zu erwartenden Nachteile für den Antragsteller oder Dritte erheblich, unzumutbar und nicht mehr zu beseitigen wären (BVerfG, Beschluss vom 08.09.2014, 1 BvR 23/14, juris). So liegt der Fall hier: Seit dem Inkrafttreten des Fremdbeschäftigungsverbot in § 6a GSA Fleisch zum 01.04.2021 muss die Antragstellerin mit Kontrollen durch den Antragsgegner rechnen. Diese können zu erheblichen Grundrechtseingriffen in Form von Bußgeldahndungen nach § 7 GSA Fleisch führen. 168

Aus diesem Grund hat die Antragstellerin vorsorglich sämtliche Leiharbeitnehmerverhältnisse beendet, wodurch die Antragstellerin in ihrer beruflichen Tätigkeit eingeschränkt wird (vgl. BVerfG, Beschluss vom 29.12.2020, 1 BvQ 152/20, juris); diese Einschränkungen sind jedenfalls bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache insoweit irreversibel, als die Antragstellerin gezwungen ist, für das benötigte Personal andere Vertragsgestaltungen zu wählen. Dass die begehrte vorübergehende Aussetzung der aus § 6a GSA Fleisch folgenden Verbote als solche gegebenenfalls nicht mehr rückgängig gemacht werden könnte, steht dem Erlass der einstweiligen Anordnung nicht entgegen. Denn eine solche zeitweise Vorwegnahme wohnt jeder vorläufigen Entscheidung notwendigerweise inne (BVerfG, 31.03.2003, 2 BvR 1779/02, juris; BFH, Beschluss vom 27.01.2016, VII B 119/15, juris; FG Hamburg, Beschluss vom 20.05.2021, 4 V 33/21, juris). Ferner wird durch die begehrte gerichtliche Eilentscheidung die Hauptsache nicht irreversibel vorweggenommen, sondern der Antragstellerin lediglich eine vorläufige Rechtsposition eingeräumt, die auf den Zeitpunkt des Ergehens einer gerichtlichen Entscheidung beschränkt ist (ebenso FG Hamburg, Beschluss vom 20.12.2021, 4 V 77/21, juris). 169

Der Antrag ist jedoch im Hauptantrag (Antrag zu 1.) unbegründet. Die Antragstellerin hat insoweit keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Nach der in diesem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gebotenen summarischen Prüfung ist nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit anzunehmen, dass die Antragstellerin mit ihrem Betrieb in P-Stadt nicht dem Geltungsbereich des § 2 Abs. 1 GSA Fleisch unterfällt, weil sie keinen Betrieb der Fleischwirtschaft im Sinne des § 6 Abs. 9 AEntG betreibt. 170

Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 GSA Fleisch gilt dieses Gesetz für die Fleischwirtschaft, wobei zur Fleischwirtschaft im Sinne des GSA Fleisch Betriebe im Sinne von § 6 Abs. 9 AEntG gehören (§ 2 Abs. 1 Satz 2 GSA Fleisch). Gemäß § 6 Abs. 9 Satz 1 AEntG sind Betriebe der Fleischwirtschaft Betriebe und selbstständige Betriebsabteilungen, in denen überwiegend geschlachtet oder Fleisch verarbeitet wird. Während das Schlachten alle Tätigkeiten des Schlachten und Zerlegens von Tieren umfasst (§ 6 Abs. 9 Satz 2 AEntG), unterfallen der Verarbeitung alle Tätigkeiten der Weiterverarbeitung von beim Schlachten gewonnenen Fleischprodukten zur Herstellung von Nahrungsmitteln sowie deren Portionierung und Verpackung (§ 6 Abs. 9 Satz 3 AEntG). 171

§ 6 Abs. 9 AEntG wurde – damals noch als § 6 Abs. 10 AEntG – eingeführt durch das Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetz vom 24.05.2014 (BGBl. I 2014, 538), um die „Fleischbranche in das AEntG“ einzubeziehen (BT-Drucksache 18/910 vom 25.03.2014, Seite 6). Dabei wollte der Gesetzgeber nach der Gesetzesbegründung mit der Aufnahme der fleischverarbeitenden Betriebe in den Katalog des AEntG alle Tätigkeiten der Weiterverarbeitung von beim Schlacht gewonnenen Fleischprodukte zur Herstellung von Nahrungsmitteln sowie deren Positionierung und Verpackung erfassen (BT-Drucksache 18/910 vom 25.03.2014, Seite 9). Hierzu zählen nach der Gesetzesbegründung insbesondere die Herstellung von getrocknetem, gesalzenem, geräuchertem, gefrorenem oder anders haltbar gemachtem Fleisch sowie die Herstellung von Fleischerzeugnissen wie Würste, Schinken, Pasteten, Fleischkonserven oder Ähnlichem (BT-Drucksache 18/910 vom 25.03.2014, Seite 9). Demgegenüber sollten Verarbeitungsprozesse, bei denen „das durch Schlachtung gewonnene Fleischprodukt als eine von mehreren Zutaten seinen Charakter als eigenständiges Produkt einbüßt“ (Bundestagsdrucksache 18/910 vom 25.03.2014, Seite 9) keine Fleischverarbeitung im Sinne des Gesetzes (mehr) sein. Der erkennende Senat schließt sich insoweit der Ansicht und den Ausführungen des 4. Senats des FG Hamburg in dessen Beschlüssen vom 20.05.2021 (4 V 33/21 juris) und vom 20.12.2021 (4 V 77/21) an, dass aus der Gesetzesbegründung ein weites Verständnis des Begriffs der (Fleisch-)Verarbeitung in § 6 Abs. 9 Satz 3 AEntG zu entnehmen ist. Danach ist die gesamte Wertschöpfungskette der Verarbeitung der durch das Schlachten gewonnenen Fleischprodukte bis zur fertigen Herstellung von Nahrungsmitteln unter den Begriff der Fleischverarbeitung im Sinne von § 6 Abs. 9 Satz 3 AEntG zu subsumieren. Sofern der Arbeits- bzw. Herstellungsprozess bis zum (fertigen) Nahrungsmittel auch Arbeitsschritte der Portionierung oder Verpackung umfasst – wie typischerweise die Produktportionierung und Produktverpackung –, unterfallen auch diese der Fleischverarbeitung im Sinne des § 6 Abs. 9 AEntG (FG Hamburg, Beschluss vom 20.12.2021, 4 V 77/21, juris).

Etwas anderes folgt auch nicht aus dem sogenannten „Überwiegensprinzip“. Der beschließende Senat folgt insoweit dem Thüringer Finanzgericht (Beschluss vom 11.11.2021, 2 V 391/21 juris) und der jüngeren Auffassung des Finanzgerichts Hamburg (Beschluss vom 20.12.2021, 4 V 77/21, juris) darin, dass sich die Prüfung, ob ein Betrieb ein solcher der Fleischwirtschaft im Sinne des § 6 Abs. 9 AEntG ist, nur dann nach dem Überwiegensprinzip beurteilt, wenn es sich bei dem in Rede stehenden Betrieb um einen Mischbetrieb handelt. Handelt es sich dagegen bei dem zu beurteilenden Betrieb um keinen Mischbetrieb, unterfällt ein solcher Betrieb bereits dann dem AEntG, wenn der von ihm verfolgte (alleinige) Geschäftszweck zu einer der im Katalog des AEntG aufgeführten Branchen gehört. Demgegenüber ist ein Betrieb als Mischbetrieb anzusehen, wenn er mehrere konkrete eigenständige Tätigkeitsbereiche und damit mehrere Geschäftszwecke verfolgt (Bundesarbeitsgericht – BAG –, Urteil vom 26.08.1998, 4 AZR 471/97, juris; FG Hamburg, Beschluss vom 20.12.2021, 4 V 77/21, juris; Zimmer, NZA 2022, i.E.). Der Geschäftszweck eines Betriebes ist dabei der Unternehmensgegenstand, d. h. der Bereich und die Art der wirtschaftlichen Betätigung des Unternehmens (FG Hamburg, Beschluss vom 20.12.2021, 4 V 77/21, juris, m.w.N.). Soweit das FG Hamburg im Beschluss vom 20.05.2021 (4 V 33/21, juris) noch von einem weitergehenden Anwendungsbereich des Überwiegensprinzips ausgegangen seien sollte, hält auch das FG Hamburg hieran ausdrücklich nicht mehr fest (Beschluss vom 20.12.2021, 4 V 77/21, juris).

In Anwendung dieser Kriterien ist der beschließende Senat nach summarischer Prüfung der Ansicht, dass der Betrieb der Antragstellerin in P-Stadt ein fleischverarbeitender Betrieb im Sinne von § 6 Abs. 9 AEntG ist. Die Antragstellerin unterhält dort keinen Mischbetrieb mit mehreren Unternehmensgegenständen, sodass sich eine Prüfung nach dem

Überwiegensprinzip erübrigt. Hierfür spricht nach summarischer Prüfung insbesondere, dass die Antragstellerin mit ihrem Betrieb in P-Stadt nicht mehrere eigenständige Geschäftszwecke verfolgt, sondern insgesamt im Bereich der Veredelung und Packung von Geflügel-, Schweine- und Rindfleisch sowie der Herstellung von vegetarischen und veganen Artikeln in Tiefkühlung und Kühlung tätig ist. Die Antragstellerin beliefert nach eigenen Angaben unter anderem den Lebensmitteleinzelhandel sowie Hersteller von Fertigménüs, Pfannengerichten, Feinkost-Salaten und anderen Nahrungsmitteln im in und Ausland. Weiter beliefert die Antragstellerin professionelle Anbieter von Verpflegungsleistungen wie Betriebsgastronomie, Krankenhäuser, Seniorenheime und Schulkantinen. Im Rahmen dieses Unternehmenszwecks produziert und vertreibt die Antragstellerin ca. 650 unterschiedliche Artikel. Bereits aus der Darstellung der Produktpalette auf der Homepage der Antragstellerin ergibt sich, dass die allermeisten von der Antragstellerin produzierten und vertriebenen Produkte – wie sie auch selbst angibt – Geflügel-, Schweine- oder Rindfleisch enthalten. Insbesondere ist auch nicht ersichtlich, dass die Herstellung der vegetarischen und veganen Artikel einen selbständigen Betriebsteil darstellen könnte; vielmehr ist dieser Bereich organisatorisch, räumlich und personell mit dem fleischverarbeitenden Bereich verflochten.

Selbst wenn man aber von einem Mischbetrieb ausginge – mit einem vom Geschäftszweck „Herstellung und Vertrieb von Fleischgerichten“ zu unterscheidenden Geschäftszweck „Herstellung und Vertrieb vegetarischer und veganer Gerichte“ –, wäre der Betrieb der Antragstellerin als Betrieb der Fleischwirtschaft einzustufen. Der Senat geht davon aus, dass bei der Frage, ob in einem Betrieb im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 2 GSA Fleisch i.V.m. § 6 Abs. 9 Satz 1AEntG „überwiegend geschlachtet oder Fleisch verarbeitet wird“, Hilfstätigkeiten jeweils einem Geschäftszweck zuzurechnen sind (a.A. FG Hamburg, Beschluss vom 20.05.2021, 4 V 33/21, juris). Nach dieser Maßgabe überwiegt im Betrieb der Antragstellerin eindeutig der Geschäftszweck „Herstellung und Vertrieb von Fleischgerichten“. Die Anzahl der von der Ausstellerin produzierten und vertriebenen vegetarischen und/oder veganen Produkte ist im Verhältnis zu fleischhaltigen Produkte schon absolut betrachtet verschwindend gering. Unter Berücksichtigung der Absatzmengen gilt dies nach summarischer Prüfung erst recht. Aus der als Anlage 5 beigefügten Aufstellung der „Top 63-Artikel“ ergibt sich, dass keines der 63 überragend absatzstärksten Produkte ein vegetarisches oder veganes Produkt ist. Bei dieser Sachlage kann jedenfalls im Rahmen der gebotenen summarischen Prüfung auf einen konkreten Vergleich der auf die einzelnen Geschäftszwecke entfallenden Arbeitsstunden verzichtet werden. 175

Schließlich handelt es sich nach summarischer Prüfung auch bei den von der Antragstellerin produzierten (fleischhaltigen) Tiefkühlartikeln um Fleischverarbeitung im Sinne von § 6 Abs. 9 AEntG. Insoweit haben diese Produkte durch den Verarbeitungsprozess ihren Charakter als eigenständiges Produkt noch nicht eingebüßt, da es vorliegend gerade um den Verarbeitungsprozess zum fleischhaltigen Tiefkühlartikel – und nicht um die Verarbeitung tiefgekühlten Fleisches bei der Produktion anderer Nahrungsmittel – geht. 176

Für den Senat ist zwar nachvollziehbar, dass wesentliche Arbeitsstunden auch noch nach dem Verpacken der Ware anfallen. Ebenso ist für den Senat nachvollziehbar, dass wesentliche Arbeiten ohne Kontakt zum Fleisch außerhalb der Produktionsabteilung z. B. in der Geschäftsleitung, in der Produktentwicklung, im Vertrieb etc. geleistet werden. Der Senat ist aber der Ansicht, dass insoweit keine selbstständigen Betriebszwecke verfolgt werden, sondern dass es sich bei diesen Tätigkeiten um „Zusammenhangstätigkeiten“ handelt, die der eigentlichen Haupttätigkeit, der Herstellung von Nahrungsmitteln (ganz überwiegend) aus Fleisch, dienen, zu ihrer sachgerechten Ausführung notwendig sind und nach der Verkehrssitte üblicherweise von den Produzenten miterledigt werden (vgl. FG Hamburg, 177

Beschluss vom 20.12.2021, 4 V 77/21, juris, m.w.N.). Damit unterhält die Antragstellerin nach summarischer Prüfung insgesamt einen fleischverarbeitenden Betrieb im Sinne von § 2 GSA Fleisch in Verbindung mit § 6 Abs. 9 AEntG.

Der Antrag auf Erlass einer Zwischenentscheidung wird abgelehnt. Vor dem Hintergrund der hiesigen Entscheidung über den Eilantrag vom 17.12.2021 fehlt der Antragstellerin jedenfalls das allgemeine Rechtsschutzinteresse. Da die Zwischenentscheidung lediglich für den Zeitraum bis zur Entscheidung über den Eilantrag vom 17.12.2021 begehrt wurde und über den Eilantrag vom 07.12.2021 nunmehr bereits entschieden worden ist. 178

Soweit die Antragstellerin mit dem Hilfsantrag (Antrag zu 3.) die vorläufige Feststellung begehrt, dass sie mit näher bezeichneten Bereichen ihres Betriebes nicht der Fleischverarbeitung im Sinne des § 6a Abs. 2 GSA Fleisch unterfällt, ist ihr Antrag zulässig und begründet. 179

Der Hilfsantrag ist zulässig. Der Senat ist insbesondere der Ansicht, dass die Antragstellerin für die nunmehr hilfsweise beehrte Feststellung ein Rechtsschutzbedürfnis hat, obwohl sie die insoweit beehrte Feststellung noch nicht ausdrücklich vorprozessual beim Antragsgegner geltend gemacht hat, denn die nunmehr beehrte Feststellung – zumindest mit einzelnen Bereichen ihres Betriebes nicht dem Fremdpersonaleinsatzverbot des § 6a Abs. 2 GSA Fleisch zu unterliegen – ist als „Weniger“ in der ursprünglich außerprozessual beehrten Feststellung – mit ihrem gesamten Betrieb nicht dem Fremdarbeitnehmerverbot zu unterlegen – enthalten. 180

Die Antragstellerin hat im Hinblick auf den Hilfsantrag einen Anordnungsanspruch und einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. 181

Die Antragstellerin hat einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Nach summarischer Prüfung ist mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit anzunehmen, dass die Bereiche des Betriebs der Antragstellerin „Verpackung“ (soweit dort bereits versiegelte Ware weiter verpackt wird), „Reinigung“, „Werkstatt und Betriebstechnik“, „xxx (Lager)“, „Verwaltung“ und „Produktion vegetarischer und veganer Produkte“ nicht der Fleischverarbeitung im Sinne des § 6a Abs. 2 GSA Fleisch unterfallen. 182

Gemäß § 6a Abs. 2 GSA Fleisch darf der Inhaber im Bereich der Schlachtung einschließlich der Zerlegung von Schlachtkörpern sowie im Bereich der Fleischverarbeitung Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nur im Rahmen von mit ihm bestehenden Arbeitsverhältnissen tätig werden lassen (Satz 1). Er darf in diesem Bereich keine Selbstständigen tätig werden lassen (Satz 2). Ein Dritter darf in diesem Bereich keine Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und keine Selbstständigen tätig werden lassen und keine Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter in diesem Bereich überlassen (Satz 3). Damit hat der Gesetzgeber den Einsatz von Fremdpersonal in der Fleischwirtschaft eingeschränkt. 183

Der Senat ist – ebenso wie das FG Hamburg im Beschluss vom 20.12.2021 (4 V 77/21, juris) – der Ansicht, dass nicht alle Tätigkeiten eines Betriebes der Fleischwirtschaft dem Fremdpersonaleinsatzverbot unterfallen, sondern nur Tätigkeiten „im Bereich der Fleischverarbeitung“. Der Antragstellerin ist es damit nicht generell untersagt, Fremdpersonal einzusetzen. Dies folgt daraus, dass § 6 Abs. 9 AEntG den Begriff der Fleischverarbeitung aus tarifrechtlichen Gründen ausgehend vom Geschäftszweck tätigkeitsbezogen definiert, während das in § 6a Abs. 2 GSA Fleisch normierte Fremdpersonaleinsatzverbot funktional zu verstehen ist. Für diese Auslegung von § 6a Abs. 2 GSA Fleisch spricht neben dem Wortlaut bereits die Begründung der Bundesregierung zum Gesetzesentwurf (BT-Drucksache 184

19/21978, 2 und 3) zu § 6a GSA Fleisch vom 31.08.2020. Dort heißt es:

Werkvertragsarbeitnehmerinnen und -arbeitnehmer werden weitestgehend im Bereich eingesetzt, die das Kerngeschäft der Fleischindustrie ausmachen, also in der Schlachtung und Zerlegung sowie in der Fleischverarbeitung (Zutrieb, Tötung, Schlachtung einschließlich Ausweiden, Kutterei, Grobzerlegung, Feinzerlegung etc.). 185

(...) 186

Hierzu soll geregelt werden, dass künftig kein Fremdpersonal mehr im Bereich der Schlachtung einschließlich der Zerlegung und im Bereich der Fleischverarbeitung eingesetzt werden darf. 187

Weiter heißt es in der Entwurfsbegründung (BT-Drucksache 19/21978, 34): 188

§ 6a schränkt den Einsatz von Fremdpersonal in der Fleischwirtschaft mit Ausnahme des Fleischhandwerks (§ 2 Abs. 2) ein. Mit gewerberechtlichen Bestimmungen wird sichergestellt, dass Unternehmer (§ 14 BGB) in Betrieben der Fleischwirtschaft im Bereich der Schlachtung einschließlich der Zerlegung sowie der Fleischverarbeitung nur noch eigene Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer einsetzen. Die Übertragung dieser Tätigkeiten an Nachunternehmer auf Grundlage von Werkverträgen (§ 631 BGB) wird innerhalb des jeweiligen Produktionsstandortes grundsätzlich ausgeschlossen. Gleiches gilt ab dem 01.04.2021 für die Arbeitnehmerüberlassung (BT-Drucksache 19/21978, 34). 189

Damit sollte das Fremdpersonaleinsatzverbot nicht generell für Betriebe der Fleischverarbeitung, sondern lediglich für die Tätigkeitsfelder bzw. Arbeitsschritte der Schlachtung einschließlich der Zerlegung sowie der Fleischverarbeitung eingeführt werden. Der Klammerzusatz in der Entwurfsbegründung – *(Zutrieb, Tötung, Schlachtung einschließlich Ausweiden, Kutterei, Grobzerlegung, Feinzerlegung etc.)* – spricht zudem dafür, dass die Fleischverarbeitung hier enger auszulegen ist als in der tariflichen Bestimmung des § 6 Abs. 9 AEntG und nur den Kernbereich der Fleischverarbeitung betreffen sollte. 190

Vor dem Hintergrund ist der Senat jedenfalls im summarischen Verfahren und im Interesse einer grundrechtsschonenden Auslegung des Tatbestandsmerkmals „im Bereich der Fleischverarbeitung“ der Ansicht, dass das Fremdarbeitnehmerverbot aus § 6a Abs. 2 GSA Fleisch nur im Kernbereich der Fleischverarbeitung gilt. Um insoweit eine möglichst klare Abgrenzung zu ermöglichen, teilt der Senat im Ergebnis die Ansicht des FG Hamburg im Beschluss vom 20.05.2021 (4 V 33/21, juris), dass der Kernbereich der Fleischverarbeitung mit der vakuumdichten Versiegelung des Fleisches (oder bei nicht vakuumdichte Versiegelung etwa bei Tiefkühlkost mit der anderweitige Versiegelung des Fleisches) endet. Nachfolgend kommen Mitarbeiter mit dem Fleisch nicht mehr unmittelbar in Kontakt. 191

In Anwendung dieser Kriterien unterfallen die im Tenor genannten Tätigkeiten bzw. Arbeitspositionen im Betrieb der Antragstellerin – soweit sie in der von der Antragstellerin dargelegten Art und Weise ausgeführt werden – nicht dem Fremdarbeitnehmerverbot aus § 6a Abs. 2 GSA Fleisch. 192

Die Antragstellerin hat auch einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Dies folgt bereits daraus, dass die Regelungen des GSA Fleisch in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 Abs. 1 GG) der Antragstellerin eingreifen und der Antragsgegner den dort am 21.10.2021 gestellten Antrag 193

noch nicht beschieden hat. Ein weiteres Zuwarten ist der Antragstellerin vor dem Hintergrund des glaubhaftgemachten Personalengpasses nicht zuzumuten.

Die vorläufige Feststellung, dass die im Tenor bezeichneten Tätigkeiten bzw. Bereiche nicht dem Fremdpersonaleinsatzverbot des § 6a Abs. 2 GSA Fleisch unterfallen, wird auf den Zeitpunkt des Ergehens dieser gerichtlichen Entscheidung begrenzt (§ 114 Abs. 3 FGO i.V.m. § 938 Abs. 1 Zivilprozessordnung). Der getroffenen gerichtlichen Feststellung liegen die derzeitigen tatsächlichen Verhältnisse bei der Antragstellerin zugrunde. Der Antragstellerin ist es unbenommen, die Arbeitsprozesse und Arbeitsabläufe jederzeit zu ändern (vgl. ebenso FG Hamburg, Beschluss vom 20.12.2021, 4 V 77/21, juris). 194

Die Kostenentscheidung beruht auf § 136 Abs. 1 FGO. 195

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit und die Abwendungsbefugnis beruht auf § 151 Abs. 1 Satz 1 FGO, § 151 Abs. 3 FGO analog, § 155 FGO i. V. m. § 708 Nr. 10, § 711 ZPO (vgl. FG Hamburg, Beschluss vom 10.01.2012, 4 V 288/11, juris mit weiterer Begründung). 196

Die Zulassung der Beschwerde beruht – auch im Hinblick auf das beim BFH anhängige Beschwerdeverfahren VII B 85/21 – auf § 128 Abs. 3 i.V.m. § 115 Abs. 2 FGO. 197