

# Beschluss vom 10. Februar 2022, VII B 85/21

## Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft

ECLI:DE:BFH:2022:B.100222.VIIB85.21.0

BFH VII. Senat

GVG § 17a, FGO § 33 Abs 1 Nr 4, FGO § 41, FGO § 114, SchwarzArbG § 23, SAFleischWiG § 6a, SAFleischWiG § 6b, AEntG § 6 Abs 9, GG Art 19 Abs 4

vorgehend FG Hamburg, 19. Mai 2021, Az: 4 V 33/21

## Leitsätze

1. Für Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Einordnung eines Unternehmens als Betrieb der Fleischwirtschaft und diesbezüglichen eventuellen Prüfungsmaßnahmen der Zollverwaltung ist der Finanzrechtsweg gemäß § 33 Abs. 1 Nr. 4 FGO i.V.m. § 23 SchwarzArbG, § 6b Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 GSA Fleisch eröffnet.
2. Einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Ziel festzustellen, dass es sich bei der Antragstellerin nicht um einen Betrieb der Fleischwirtschaft i.S. des § 6 Abs. 9 AEntG handelt, fehlt das Rechtsschutzbedürfnis.

## Tenor

Der Beschluss des Finanzgerichts Hamburg vom 20.05.2021 - 4 V 33/21 wird insoweit aufgehoben, als im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig festgestellt wurde, dass die Beschwerdegegnerin im Zeitpunkt des Ergehens dieser gerichtlichen Entscheidung kein Betrieb der Fleischwirtschaft i.S. von § 6 Abs. 9 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes gewesen ist.

Der Antrag der Beschwerdegegnerin wird auch insoweit abgelehnt.

Die Kosten des gesamten Verfahrens hat die Beschwerdegegnerin zu tragen.

## Tatbestand

I.

- 1 Die Antragstellerin und Beschwerdegegnerin (Beschwerdegegnerin) unterhält einen Betrieb zur Herstellung von Wurstprodukten aller Art. Sie beschäftigte im Jahr 2020 insgesamt etwa ... Mitarbeiter, zu denen u.a. ... Werkvertragsarbeiter gehörten. Diese beschäftigte sie angesichts des mit dem Arbeitsschutzkontrollgesetz vom 22.12.2020 --ArbSchKontrG-- (BGBl I 2020, 3334) ausgesprochenen Beschäftigungsverbots gemäß § 6a Abs. 2 des Gesetzes zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft --GSA Fleisch-- (BGBl I 2017, 2541, 2572, zuletzt geändert durch Art. 3a ArbSchKontrG) ab dem 01.01.2021 als von Personaldienstleistern überlassene Zeitarbeiter und ab dem 01.04.2021 als eigene Arbeitnehmer weiter. Hinsichtlich der Einzelheiten des Produktionsprozesses wird auf den Beschluss des Finanzgerichts (FG) vom 20.05.2021 - 4 V 33/21 verwiesen.
- 2 Die Beschwerdegegnerin erhob am 05.02.2021 Klage beim FG (Az. 4 K 17/21), mit der sie u.a. die Feststellung begehrt, nicht unter das Verbot der Beschäftigung von Leiharbeitern nach dem GSA Fleisch zu fallen, weil sie kein Betrieb der Fleischwirtschaft gemäß § 2 Abs. 1 GSA Fleisch i.V.m. § 6 Abs. 9 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) sei; über das Klageverfahren ist bislang noch nicht entschieden worden.
- 3 Außerdem beantragte die Beschwerdegegnerin beim FG, im Wege der einstweiligen Anordnung bis zur Entscheidung in der Hauptsache festzustellen, dass sie kein Betrieb der Fleischwirtschaft i.S. von § 6 Abs. 9 AEntG

sei und somit nicht dem Geltungsbereich des § 6a GSA Fleisch und der Kontrollbefugnis des Antragsgegners und Beschwerdeführers (Hauptzollamt --HZA--) gemäß § 6b GSA Fleisch unterliege.

- 4 Das FG gab dem Antrag teilweise statt und stellte mit der angefochtenen Vorentscheidung im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig fest, dass die Beschwerdegegnerin im Zeitpunkt des Ergehens der gerichtlichen Entscheidung des FG kein Betrieb der Fleischwirtschaft i.S. von § 6 Abs. 9 AEntG sei. Im Übrigen lehnte es den Antrag ab. Zur Begründung führte das FG aus, der Rechtsweg zu den Finanzgerichten sei eröffnet, weil der Gesetzgeber mit § 6b Abs. 1 Satz 1 GSA Fleisch die Prüfung der Einhaltung der Vorgaben des § 6a GSA Fleisch der Zollverwaltung überantwortet habe. Für Rechtsfragen betreffend den Kontext, ob ein Betrieb unter den sachlichen Geltungsbereich des GSA Fleisch falle, habe der Gesetzgeber durch die Verweisung in § 6b Abs. 2 GSA Fleisch auf § 23 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes (SchwarzArbG) den Rechtsweg zu den Finanzgerichten eröffnet.
- 5 Der Antrag sei auch statthaft. Die Beschwerdegegnerin erstrebe in der Hauptsache nicht die gerichtliche Klärung der abstrakten Rechtsfrage, was unter dem Begriff der Fleischverarbeitung i.S. des § 6 Abs. 9 AEntG und i.S. des § 6a Abs. 2 GSA Fleisch zu verstehen sei, sondern ob sie dem sachlichen Geltungsbereich des § 2 GSA Fleisch unterfalle und damit den Einschränkungen des Einsatzes von Fremdpersonal nach § 6a GSA Fleisch unterliege. Sie habe ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung, da ihr bei eventuellen Verstößen der Erlass eines Bußgeld- oder Einziehungsbescheides drohe.
- 6 Dem Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung stehe nicht das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache entgegen. Da das Beschäftigungsverbot betreffend Leiharbeiter in Art. 3 ArbSchKontrG am 01.04.2021 in Kraft getreten sei, müsse die Beschwerdegegnerin ab diesem Zeitpunkt mit Kontrollen durch das HZA rechnen, die zu erheblichen Grundrechtseingriffen in Form von Bußgeldahndungen führen könnten. Zudem ergäben sich für die Beschwerdegegnerin insoweit jedenfalls bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache irreversible Grundrechtseingriffe, weil sie gezwungen sei, für das benötigte Personal andere Vertragsgestaltungen zu wählen.
- 7 Der Antrag sei begründet, soweit die Beschwerdegegnerin die vorläufige Feststellung begehre, dass sie kein Betrieb der Fleischwirtschaft i.S. des § 6 Abs. 9 AEntG sei. Dem Begriff der Fleischverarbeitung dürften nur Tätigkeiten unterfallen, die unmittelbar am Fleischprodukt oder Nahrungsmittel selbst erfolgten. Allerdings spreche die Intention des Gesetzgebers, die Fleischbranche in das AEntG einzubeziehen, für ein weites Verständnis des Begriffs der Verarbeitung. Unter Würdigung aller bei der Beschwerdegegnerin durchgeführten Produktionsschritte handele es sich bei der Beschwerdegegnerin nicht um einen Betrieb, in dem überwiegend Fleisch verarbeitet werde, so dass das GSA Fleisch auf sie nicht anzuwenden sei. Abzustellen sei auf das sog. Überwiegensprinzip, das voraussetze, dass in dem Betrieb bezogen auf die Gesamtarbeitszeit aller Beschäftigten im Kalenderjahr vornehmlich Tätigkeiten erbracht würden, die der Fleischverarbeitung zuzurechnen seien. Insgesamt stellten die im Betrieb der Beschwerdegegnerin ausgeführten Tätigkeiten zu höchstens 33 % Fleischverarbeitung i.S. des § 6 Abs. 9 AEntG dar.
- 8 Die Beschwerdegegnerin habe auch einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Es sei allerdings geboten und sachgerecht, die vorläufige Feststellung, dass die Beschwerdegegnerin kein Betrieb der Fleischverarbeitung sei, auf den Zeitpunkt des Ergehens dieser gerichtlichen Entscheidung zu begrenzen, da sich das Verhältnis der in der Fleischverarbeitung eingesetzten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer jederzeit ändern könne.
- 9 Soweit die Beschwerdegegnerin die vorläufige Feststellung begehre, dass sie nicht der Kontrollbefugnis des HZA nach § 6b GSA Fleisch unterliege, sei ihr Antrag nicht begründet, weil kein Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht worden sei. Die Zollbehörden müssten vielmehr die Möglichkeit haben, überhaupt erst einmal zu prüfen und festzustellen, ob und in welchem Umfang ein Betrieb Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Bereich der Fleischverarbeitung einsetze.
- 10 Dagegen hat das HZA Beschwerde erhoben, der das FG nicht abgeholfen hat. Zur Begründung nimmt das HZA auf seinen erstinstanzlichen Vortrag im Hauptsache- und Eilverfahren Bezug und trägt ergänzend vor: Die Einordnung als Betrieb der Fleischwirtschaft i.S. von § 6 Abs. 9 AEntG müsse entgegen der Vorgehensweise des FG anhand des verfolgten Betriebszwecks erfolgen. Erst wenn im Rahmen der Prüfung des Betriebszwecks festgestellt würde, dass die Beschwerdegegnerin mehrere Betriebszwecke verfolgt, wäre zu klären, welche Tätigkeiten welchem Betriebszweck zuzuordnen seien. Denn die Anwendung des sog. Überwiegensprinzips setze voraus, dass ein Mischbetrieb mit mehreren eigenständigen Betriebszwecken vorliege, was hier gerade nicht der Fall sei, weil die Beschwerdegegnerin nur den Betriebszweck der Fleischverarbeitung verfolge. Gerade bei der Wurstherstellung handele es sich um einen typischen Fall der Fleischverarbeitung.

- 11 Das HZA beantragt sinngemäß, die Vorentscheidung insoweit aufzuheben, als das FG dem Antrag der Beschwerdegegnerin stattgegeben hat, und ihren Antrag auch insoweit abzulehnen.
- 12 Die Beschwerdegegnerin beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen.
- 13 Auch sie nimmt auf ihr erstinstanzliches Vorbringen im Hauptsache- und Eilverfahren Bezug und ergänzt, der Betriebszweck sei irrelevant. Für die Anwendung des Überwiegensprinzips sei das Vorliegen eines Mischbetriebs keine Voraussetzung. Vielmehr komme es nach der Gesetzesbegründung darauf an, ob insgesamt in dem Betrieb überwiegend Fleisch verarbeitet werde. Bei dieser Prüfung sollten Verarbeitungsprozesse, bei denen das durch Schlachtung gewonnene Fleischprodukt als eine von mehreren Zutaten seinen Charakter als eigenständiges Produkt einbüße, nicht berücksichtigt werden. Doch selbst wenn es auf den Betriebszweck ankäme, bestünde dieser nicht in der Fleischverarbeitung als solcher, sondern überwiegend in dem Inverkehrbringen von fertigverpackten Nahrungs- und Lebensmitteln. Denn sie beziehe bereits vorzerlegtes Fleisch von Schlacht- und Zerlegebetrieben, die von ihr unabhängig seien, und veredele diese Rohstoffe lediglich zu Nahrungsmitteln für den Endverbraucher. Zudem gebe das HZA den Gegenstand ihres Unternehmens verkürzt wieder.
- 14 Zu den Einzelheiten des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Beschwerdebegründung des HZA vom 20.07.2021 und die Erwiderung der Beschwerdegegnerin vom 31.08.2021 Bezug genommen.

## Entscheidungsgründe

II.

- 15 Die Beschwerde des HZA ist zulässig und begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung, soweit das FG im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig festgestellt hat, dass die Beschwerdegegnerin im Zeitpunkt des Ergehens dieser gerichtlichen Entscheidung kein Betrieb der Fleischwirtschaft i.S. von § 6 Abs. 9 AEntG gewesen ist, und zur Ablehnung des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung auch insoweit. Der Senat entscheidet gemäß § 90 Abs. 1 Satz 2 der Finanzgerichtsordnung (FGO) ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss.
- 16 1. Die Beschwerde ist zulässig. Insbesondere wurde sie gemäß § 128 Abs. 3 Satz 1 FGO in der Entscheidung des FG zugelassen.
- 17 2. Im Streitfall ist der Finanzrechtsweg eröffnet.
- 18 a) Der Senat ist befugt, die Zulässigkeit des Finanzrechtswegs zu prüfen.
- 19 aa) Nach § 155 Satz 1 FGO i.V.m. § 17a Abs. 3 Satz 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) hat das FG auf die Rüge, der Rechtsweg sei unzulässig, hierüber vorab durch Beschluss zu entscheiden. Dieser Beschluss ist nach § 17a Abs. 4 Satz 4 GVG nur anfechtbar, wenn die Beschwerde zum Bundesfinanzhof (BFH) zugelassen wurde.
- 20 Das Gericht im Rechtsmittelverfahren gegen die Entscheidung in der Hauptsache prüft nach § 17a Abs. 5 GVG nicht (mehr), ob der beschrittene Rechtsweg zulässig ist. Diese Bestimmung ist jedoch nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung dann nicht anwendbar, wenn die Vorinstanz das Verfahren nach § 17a Abs. 3 Satz 2 GVG nicht beachtet hat, da den Beteiligten sonst jeder Rechtsbehelf, mit dem sie eine Nachprüfung der Entscheidung über die Zulässigkeitsfrage erreichen könnten, versagt bliebe (Beschluss des Bundesgerichtshofs --BGH-- vom 23.09.1992 - I ZB 3/92, BGHZ 119, 246; BGH-Urteil vom 25.02.1993 - III ZR 9/92, BGHZ 121, 367; BFH-Beschluss vom 24.06.2014 - X B 216/13, BFH/NV 2014, 1888, Rz 9, m.w.N.; Senatsbeschluss vom 05.11.2014 - VII B 113/14, BFH/NV 2015, 338, Rz 2, m.w.N.; BFH-Urteil vom 20.02.2019 - X R 32/17, BFHE 264, 184, BStBl II 2019, 438, Rz 15, m.w.N.; Senatsurteil vom 10.11.2020 - VII R 8/19, BFH/NV 2021, 1091; Kissel/Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz, 10. Aufl., § 17 Rz 33; MüKoZPO/Pabst, 6. Aufl., GVG § 17a Rz 29; Rathmann in Saenger, Zivilprozessordnung, 9. Aufl., GVG § 17a Rz 17; Musielak/Voit/Wittschier, ZPO, 18. Aufl., GVG § 17a Rz 21).
- 21 bb) Nach diesen Grundsätzen ist der Senat vorliegend befugt, die Zulässigkeit des Rechtswegs zu prüfen, weil das FG --trotz entsprechender Rüge des HZA-- keinen Beschluss nach § 17a Abs. 3 Satz 2 GVG gefasst, sondern die Zulässigkeit des Finanzrechtswegs erstmals in dem angefochtenen Beschluss vom 20.05.2021 über die beantragte einstweilige Anordnung geprüft und bejaht hat.
- 22 b) Die Eröffnung des Finanzrechtswegs ergibt sich im Streitfall aus § 33 Abs. 1 Nr. 4 FGO i.V.m. § 23 SchwarzArbG, § 6b Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 GSA Fleisch.

- 23** aa) Nach § 33 Abs. 1 Nr. 4 FGO ist der Finanzrechtsweg in anderen als den in den Nummern 1 bis 3 bezeichneten öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten gegeben, soweit für diese durch Bundesgesetz oder Landesgesetz der Finanzrechtsweg eröffnet ist. Dabei handelt es sich um eine abdrängende Sonderzuweisung i.S. von § 40 Abs. 1 Satz 1 der Verwaltungsgerichtsordnung, wonach der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben ist, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind.
- 24** Eine bundesgesetzliche Regelung in diesem Sinne enthält § 23 SchwarzArbG i.V.m. § 6b Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 GSA Fleisch. Nach § 23 SchwarzArbG ist in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten über Verwaltungshandeln der Behörden der Zollverwaltung nach diesem Gesetz der Finanzrechtsweg gegeben. Diese Rechtswegzuweisung ist gemäß § 6b Abs. 2 GSA Fleisch im Zusammenhang mit § 6b Abs. 1 Satz 1 GSA Fleisch anzuwenden, wonach die Prüfung der Einhaltung der Vorgaben des § 6a den Behörden der Zollverwaltung obliegt. Lediglich im Hinblick auf die Prüfung der Einhaltung der Vorgabe des § 6a Abs. 3 Satz 4 Nr. 1 Buchst. a GSA Fleisch ist die Bundesagentur für Arbeit zuständig. Diese Ausnahme liegt hier jedoch nicht vor.
- 25** Der Wortlaut des § 23 SchwarzArbG ("Verwaltungshandeln") deutet darauf hin, dass der Gesetzgeber mit dieser Rechtswegzuweisung in erster Linie konkrete Prüfungsmaßnahmen der Zollverwaltung im Blick hatte. Dies wird durch die Begründung zu Art. 1 des Entwurfs eines Gesetzes zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und damit zusammenhängender Steuerhinterziehung (BTDrucks 15/2573, S. 28) bestätigt, wonach sich die Eröffnung des Finanzrechtswegs auf alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten über Verwaltungsakte der Behörden der Zollverwaltung nach diesem Gesetz beziehen sollte. Auch wenn demnach davon auszugehen ist, dass bereits erfolgtes Verwaltungshandeln den Hauptanwendungsfall des § 23 SchwarzArbG darstellt, bedeutet dies jedoch nicht und ist der Regelung im Übrigen auch nicht zu entnehmen, dass der Gesetzgeber Rechtsstreitigkeiten, die in einem engen Zusammenhang mit Prüfungsmaßnahmen der Zollverwaltung stehen, in jedem Fall aus der Rechtswegzuweisung hat ausschließen wollen.
- 26** Vielmehr entspricht es allgemeiner Rechtsauffassung, dass für die Bejahung eines bestimmten Rechtswegs ein enger Sachzusammenhang zwischen dem geltend gemachten und dem die gesetzliche Rechtswegzuweisung begründenden Rechtsanspruch entscheidend sein kann (vgl. Beschluss des Großen Senats für Zivilsachen des BGH vom 22.03.1976 - GSZ 2/75, BGHZ 67, 81; Senatsurteil vom 20.11.1979 - VII R 38/77, BFHE 129, 445, BStBl II 1980, 249; BFH-Urteil vom 07.12.1990 - III R 2/88, BFHE 163, 277, BStBl II 1991, 422, unter 1.; Senatsbeschluss vom 10.09.1991 - VII B 143/91, BFHE 165, 315, BStBl II 1991, 896; vgl. auch Gutachten des Großen Senats des BFH vom 17.04.1951 - GrS D 1/51 S, BFHE 55, 277, BStBl III 1951, 107, zu Art. 19 Abs. 4 des Grundgesetzes; Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts --BVerwG-- vom 28.01.2021 - 1 WB 14/20; BVerwG-Urteil vom 23.06.2016 - 2 C 18/15, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht - Rechtsprechungs-Report --NVwZ-RR-- 2016, 907). Maßgeblich ist, welchem Rechtsweg eine Sache nach dem Grundsatz des "Sachzusammenhangs" am ehesten zuzuordnen ist. Der Gesichtspunkt der Fachgerichtsbarkeit stellt daher ein Kriterium dar, das bei der Bestimmung des Rechtswegs eine Rolle spielen kann (vgl. BVerwG-Urteil vom 05.05.1983 - 5 C 52/81, Deutsches Verwaltungsblatt 1983, 942, juris-Rz 15).
- 27** bb) Ausgehend von diesen rechtlichen Grundlagen hat das FG im Streitfall die Eröffnung des Finanzrechtswegs gemäß § 6b Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 GSA Fleisch i.V.m. § 23 SchwarzArbG zu Recht bejaht, auch wenn das HZA noch keinen Verwaltungsakt erlassen und insbesondere noch keine konkreten Prüfungsmaßnahmen ergriffen hat. Die Eröffnung des Finanzrechtswegs ergibt sich vorliegend aus dem engen Sachzusammenhang zwischen dem Begehren der Beschwerdegegnerin und der Prüfungscompetenz des HZA nach § 6b Abs. 1 Satz 1 GSA Fleisch. Der Beschwerdegegnerin geht es nicht nur um die Feststellung, dass sie kein Betrieb der Fleischwirtschaft i.S. von § 6 Abs. 9 AEntG ist. Vielmehr strebt sie mit ihrem Antrag auch die Feststellung an, dass sie nicht dem Geltungsbereich des § 6a GSA Fleisch und somit nicht der Kontrollbefugnis des HZA gemäß § 6b GSA Fleisch unterliegt. Das Ziel der Beschwerdegegnerin geht somit auch dahin, künftige Prüfungsmaßnahmen des HZA zu verhindern, für die der Gesetzgeber jedoch ausdrücklich die Finanzgerichtsbarkeit als die zuständige Fachgerichtsbarkeit bestimmt hat.
- 28** 3. Die Beschwerde ist auch begründet, weil der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung i.S. des § 114 Abs. 1 FGO unzulässig ist und das FG die vorläufige Feststellung, dass die Beschwerdegegnerin im Zeitpunkt des Ergehens der gerichtlichen Entscheidung des FG kein Betrieb der Fleischwirtschaft i.S. von § 6 Abs. 9 AEntG sei, somit zu Unrecht getroffen hat.
- 29** a) Gemäß § 114 Abs. 1 Satz 1 FGO kann das Gericht auf Antrag, auch schon vor Klageerhebung, eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des

bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Nach § 114 Abs. 1 Satz 2 FGO sind einstweilige Anordnungen auch zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, nötig erscheint, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen (sog. Regelungsanordnung). Voraussetzung für einen erfolgreichen Antrag ist, dass der Antragsteller einen Grund für die zu treffende Regelung (sog. Anordnungsgrund) und den Anspruch, aus dem er sein Begehren herleitet (sog. Anordnungsanspruch), schlüssig dargelegt und deren tatsächliche Voraussetzungen glaubhaft gemacht hat. Fehlt es an einer der beiden Voraussetzungen, kann die einstweilige Anordnung nicht ergehen (§ 114 Abs. 3 FGO i.V.m. § 920 Abs. 2 der Zivilprozessordnung; Senatsbeschluss vom 22.12.2006 - VII B 121/06, BFHE 216, 38, BStBl II 2009, 839, m.w.N.).

- 30** Eine einstweilige Anordnung kann zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes auch in Gestalt einer vorläufigen Feststellung des in der Hauptsache sachlich Begehrten getroffen werden (vgl. Beschluss des Bundesverfassungsgerichts --BVerfG-- vom 07.04.2003 - 1 BvR 2129/02, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht --NVwZ-- 2003, 856, unter II.1.b; Beschluss des Hamburgischen Obergerichtes --OVG-- vom 29.10.2014 - 2 Bs 179/14, NVwZ-RR 2015, 361; Beschluss des OVG Rheinland-Pfalz vom 29.08.2018 - 6 B 10774/18, NVwZ-RR 2019, 103). Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG ist es einem Betroffenen nicht zuzumuten, die Klärung verwaltungsrechtlicher Zweifelsfragen auf der Anklagebank erleben zu müssen. Der Betroffene hat vielmehr ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse daran, den fachgerichtlichen Rechtsweg als "fachspezifischere" Rechtsschutzform einzuschlagen, insbesondere wenn dem Betroffenen andernfalls ein Ordnungswidrigkeitenverfahren droht (vgl. BVerfG-Urteile vom 13.01.1969 - I C 86.64, BVerfGE 31, 177, und vom 17.01.1972 - I C 33.68, BVerfGE 39, 247; BVerfG-Beschluss in NVwZ 2003, 856).
- 31** b) Nach dieser Maßgabe ist der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung statthaft. 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 Nrn. 2 und 3, Abs. 2 Nrn. 4 und 5 GSA Fleisch) und die Beschwerdegegnerin daher ein Interesse daran hat, die Frage, ob sie einen Betrieb der Fleischwirtschaft unterhält, bereits zu einem Zeitpunkt zu klären, zu dem ihr noch keine Ordnungswidrigkeit zur Last gelegt wird.
- 32** Dem steht nicht entgegen, dass im Besteuerungsverfahren eine vorbeugende Feststellungsklage ausgeschlossen ist (vgl. BFH-Urteil vom 08.04.1981 - II R 47/79, BFHE 133, 308, BStBl II 1981, 581, unter 4.). Denn die Beschwerdegegnerin begehrt keine Feststellung zu einem Steuerbescheid, dessen Rechtmäßigkeit im Rahmen einer Anfechtungsklage nach § 40 Abs. 1 Alternative 1 FGO rechtsschutzwahrend überprüft werden könnte. Vielmehr stehen vorliegend etwaige zukünftige Prüfungsmaßnahmen der Zollverwaltung und damit ein Verwaltungshandeln ohne Bezug zum Steuerrecht im Streit.
- 33** c) Allerdings fehlt dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung das Rechtsschutzbedürfnis, soweit er nicht bereits durch das FG abgelehnt worden ist.
- 34** aa) Es bestehen bereits Zweifel, ob überhaupt ein Rechtsverhältnis vorliegt, das Gegenstand einer Feststellungsklage nach § 41 Abs. 1 FGO vor den Finanzgerichten sein kann.
- 35** 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).
- 36** Ein Rechtsverhältnis in diesem Sinne besteht im Streitfall zwischen der Beschwerdegegnerin und dem HZA nicht, weil das HZA noch keine Prüfungsmaßnahmen bei der Beschwerdegegnerin durchgeführt oder konkrete Maßnahmen auch nur angekündigt hat. Zum jetzigen Zeitpunkt ist die Beschwerdegegnerin lediglich potentielle Adressatin eines (abstrakt-generellen) Gesetzes. Daran ändert nichts, dass nach dem Vorbringen der Beschwerdegegnerin im erstinstanzlichen Erörterungstermin am 18.03.2021 keine einvernehmliche vorläufige Regelung getroffen werden konnte und danach die Möglichkeit besteht, dass das HZA eine Kontrollbefugnis ausüben und Sanktionen verhängen könnte.
- 37** bb) Der Beschwerdegegnerin fehlt insbesondere deshalb das Rechtsschutzbedürfnis für ihren Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, weil nach summarischer Prüfung davon auszugehen ist, dass die Klage im Hauptsacheverfahren (Az. 4 K 17/21) unzulässig ist, weil ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung,



dass die Beschwerdegegnerin kein Betrieb der Fleischwirtschaft i.S. des § 6 Abs. 9 AEntG ist, bisher nicht dargelegt wurde.

- 38** (1) Nach § 41 Abs. 1 FGO kann durch Klage die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts begehrt werden, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat. Die Feststellung kann nicht begehrt werden, soweit der Kläger seine Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können (§ 41 Abs. 2 Satz 1 FGO). Dies gilt nicht, wenn die Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts begehrt wird (§ 41 Abs. 2 Satz 2 FGO).
- 39** Soll ein künftiger nachteiliger Verwaltungsakt oder ein sonstiges nachteiliges Verwaltungshandeln mit Hilfe einer sog. vorbeugenden Feststellungsklage vermieden werden, ist dies nur dann zulässig, wenn mit dem nachträglichen Rechtsschutz im Wege einer Gestaltungs- oder Leistungsklage nicht mehr korrigierbare Rechtsverluste verbunden sind, wenn also die vorbeugende Feststellungsklage zur Erreichung eines effektiven Rechtsschutzes unumgänglich ist (vgl. Senatsurteil vom 11.12.2012 - VII R 69/11, BFH/NV 2013, 739, Rz 15, m.w.N.; Senatsbeschluss vom 30.09.2020 - VII B 96/19, BFH/NV 2021, 781; s.a. Steinhauß in Hübschmann/Hepp/Spitaler --HHSp--, § 41 FGO Rz 157, m.w.N.; von Beckerath in Gosch, FGO § 41 Rz 74, m.w.N.).
- 40** Hierzu hat der beschließende Senat in Bezug auf eine Zahlungsaufforderung, die eine um Vollstreckung ersuchte Behörde an einen Steuerpflichtigen als Vollstreckungsschuldner gerichtet hatte, ausgeführt, ein Interesse an einem vorbeugenden Rechtsschutz komme in Betracht, wenn der Steuerpflichtige substantiiert und in sich schlüssig Umstände vortrage, wonach ein weiteres Abwarten unzumutbar sei, weil ein bestimmtes, künftig zu erwartendes Handeln der Behörde zu einer nicht oder nur schwerlich wiedergutzumachenden Rechtsverletzung führen würde. Das sei der Fall, wenn dem Steuerpflichtigen erhebliche Nachteile drohten, die seine persönliche oder wirtschaftliche Existenz gefährdeten und die sich nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen wieder korrigieren ließen. Unzulässig sei eine solche Klage hingegen insbesondere dann, wenn sie auf eine rechtsgutachterliche Stellungnahme des FG hinausliefe, unter welchen Voraussetzungen das Finanzamt in einem bestimmten Fall tätig werden müsse, oder wenn lediglich die hypothetische Möglichkeit einer späteren Rechtsverletzung oder eines späteren Schadens geltend gemacht werde (Senatsurteil vom 28.11.2017 - VII R 30/15, BFH/NV 2018, 405, Rz 14, m.w.N.; vgl. auch Steinhauß in HHSp, § 41 FGO Rz 157; Krumm in Tipke/Kruse, § 41 FGO Rz 6; von Beckerath in Gosch, FGO § 41 Rz 74; Gräber/Teller, Finanzgerichtsordnung, 9. Aufl., § 41 Rz 20).
- 41** Auf dieser Grundlage hat der beschließende Senat mit Beschluss in BFH/NV 2021, 781 auch ein berechtigtes Interesse an der Feststellung, dass ein Beteiligter im Rahmen einer sog. Tax Law Clinic unentgeltlich Hilfe in Steuersachen leisten darf, verneint.
- 42** (2) Eine vorbeugende Feststellungsklage zur Erreichung eines effektiven Rechtsschutzes ist vorliegend nicht unumgänglich, weil die Beschwerdegegnerin ihre Rechte durch eine spätere Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann und eine Feststellungsklage daher gemäß § 41 Abs. 2 Satz 1 FGO subsidiär ist. Bei einer (etwaigen) Prüfungsverfügung handelt es sich um einen Verwaltungsakt (vgl. § 6b Abs. 2 GSA Fleisch i.V.m. § 22 SchwarzArbG und § 118 der Abgabenordnung --AO-- analog), der mit dem Einspruch bzw. der Anfechtungsklage angefochten und gegen dessen Vollziehung die Aussetzung derselben sowohl beim HZA als auch beim FG beantragt werden kann. Demnach besteht auch zu einem späteren Zeitpunkt noch die Möglichkeit, die Durchführung einer etwaigen Prüfung zumindest vorübergehend zu verhindern, bis im Wege eines summarischen Verfahrens nach § 361 AO bzw. § 69 FGO über deren Rechtmäßigkeit entschieden worden ist.
- 43** (3) Darüber hinaus strebt die Beschwerdegegnerin lediglich eine rein rechtsgutachterliche Prüfung des FG an, indem sie festgestellt haben will, dass sie kein Betrieb der Fleischwirtschaft i.S. von § 6 Abs. 9 AEntG ist und somit nicht der Prüfungsbefugnis des HZA unterliegt. Das HZA hat weder eine Prüfung der Beschwerdegegnerin angekündigt noch gibt es konkrete Anhaltspunkte dafür, dass eine solche Prüfung unmittelbar bevorsteht. Im Übrigen vermag der beschließende Senat in dem Umstand, dass das HZA lediglich in Aussicht gestellt hat, von einer Kontrollbefugnis Gebrauch zu machen und ggf. Sanktionen zu verhängen, keine existentielle Bedrohung der Beschwerdegegnerin zu erkennen. Konkrete Bußgeldforderungen stehen somit nicht im Raum. Vielmehr sieht die Beschwerdegegnerin lediglich eine hypothetische Möglichkeit, bei etwaigen Verstößen mit Bußgeldern belegt zu werden.
- 44** Es besteht jedoch gerade der Sinn und Zweck einer Prüfung darin, etwaige Verstöße gegen die Vorgaben des § 6a GSA Fleisch aufzudecken. Die Zollbehörden müssen daher die Möglichkeit haben, überhaupt erst einmal festzustellen, ob es sich bei der Beschwerdegegnerin um einen Betrieb der Fleischwirtschaft handelt. Denn nur so kann beurteilt werden, inwieweit die Beschwerdegegnerin den Einschränkungen des § 6a GSA Fleisch unterliegt

(vgl. Senatsurteil vom 18.08.2020 - VII R 34/18, BFHE 271, 80, Rz 98, zur Verpflichtung zur Zahlung des gesetzlichen Mindestlohns nach § 20 des Gesetzes zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns). Dass eine eventuelle Prüfung durch das HZA rechtsmissbräuchlich wäre, ist nicht ersichtlich, weil die Beschwerdegegnerin zumindest teilweise Fleisch verarbeitet und damit nicht von vorneherein auszuschließen ist, dass sie in den Anwendungsbereich des GSA Fleisch fällt.

- 45 cc) Die Beschwerdegegnerin hat auch nicht darzulegen vermocht, dass ihr eine unzumutbare und nur schwerlich wiedergutzumachende Rechtsverletzung droht, wenn sie nicht bereits im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes eine einstweilige Einschätzung zu der Frage erhält, ob sie ein Betrieb der Fleischwirtschaft i.S. des § 6 Abs. 9 AEntG ist.
- 46 Das GSA Fleisch ist eine allgemeingültige Regelung, die gemäß § 1 Abs. 1 GSA Fleisch für alle Betriebe in der Fleischwirtschaft gilt. Die Einhaltung der rechtlichen Vorgaben liegt in der unternehmerischen Verantwortung und wird allen in der Fleischwirtschaft tätigen Unternehmen gleichermaßen abverlangt. Warum die Beschwerdegegnerin im Vergleich zu anderen Unternehmen, die Fleisch verarbeiten und daher möglicherweise in den Anwendungsbereich des § 6a GSA Fleisch fallen, in besonderer Weise beeinträchtigt ist, hat sie nicht dargelegt und ist auch im Übrigen nicht ersichtlich. Vielmehr beschränkt sich die Belastung der Beschwerdegegnerin durch das GSA Fleisch auf die Pflicht zur Einhaltung der darin enthaltenen Vorschriften.
- 47 4. Einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde für die Dauer des Beschwerdeverfahrens hat das HZA nicht gestellt, weshalb es insofern und aufgrund der Entscheidung über die Beschwerde selbst keiner Entscheidung bedarf.
- 48 5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 1 FGO.

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