

Büro der Leitung
Tgb. Nr. 18.284/19
18.544/19 Do
Eing. 03. AUG. 2020
Ausg. 05. Aug. 2020 He

Abteilung III
IIIa8-31310/2

Berlin, 3. August 2020

Bearbeitet von: [REDACTED]

Termin: 3. August 2020

⊕ Nr. 18.284/19 und Nr.

18.544/19

Herrn Staatssekretär Böhning *85318*
14/38

Frau Parl. Staatssekretärin Kramme

Kopie der Vorlage erhalten: *✓ 5.8. He*
Frau PSt'in Griese
Frau St'in Gebers
Herr St Dr. Schmachtenberg
Leiterin Leitungsstab
Leiterin Kommunikationsstab

Betreff: Abgrenzung Fleischerhandwerk und Fleischindustrie im Arbeitsschutzkontrollgesetz

Bezug: Schreiben des Landesinnungsverbands für das bayerische Fleischerhandwerk vom 8. Juli 2020 und des Bundestagsabgeordneten [REDACTED] vom 21. Juli 2020

Anlagen: - 3 -

I. Votum

- Zeichnung des beigefügten Antwortentwurfes an den Landesinnungsverband.
- Zustimmung, die Antwort an den Landesinnungsverband an Herrn MdB [REDACTED] zu versenden.

II. Sachverhalt

Der Landesinnungsverband für das bayerische Fleischerhandwerk hat offenbar bereits frühzeitig Zugang zur ersten Fassung des Referentenentwurfes für das Arbeitsschutzkontrollgesetz erhalten. Eine erste Fassung des Entwurfs wurde den Mitgliedern des ressortübergreifenden Steuerungskreises am 6. Juli zur Verfügung gestellt. Zur darin enthaltenen Ausnahmeregelung für das Fleischerhandwerk gab der Verband am 7. Juli ein Rechtsgutachten in Auftrag, das auch dem Schreiben beiliegt. Der Verband kommt zum Schluss, dass die Abgrenzung in der ersten Fassung des Referentenentwurfes „weder sachgerecht und praktikabel noch rechtlich belastbar“ sei. Vielmehr käme es darauf an, ob der Betriebsinhaber oder der Metzgermeister Einfluss auf die Ergebnisse der Produktion und die

Mitarbeiter hätten. Der Verband regt auf Basis des Gutachtens eine alternative Definition des Handwerks an.

MdB [REDACTED] wandte sich am 21. Juli an Bundesminister Heil, um die Position des Landesinnungsverbands zu unterstützen.

III. Bewertung

Schreiben und Gutachten nehmen auf die einen ersten Arbeitsentwurf Bezug. Der inzwischen vom Kabinett beschlossene Regierungsentwurf sieht als gegenüber der ersten Fassung zusätzliches Kriterium für die Abgrenzung des Handwerks das handwerksmäßiges Betreiben von Tätigkeiten nach § 1 Absatz 2 der Handwerksordnung vor. In diese Richtung zielte auch die Forderung des Verbands. Zudem wird mit der deutlichen Erhöhung des unternehmensbezogenen Schwellenwerts auf 49 tätige Personen (einschließlich Fremdpersonal) das Fleischerhandwerk auch nach Einschätzung des BMWi weitestgehend von den Regelungen bzgl. der elektronischen Arbeitszeitaufzeichnung und der Einschränkungen des Fremdpersonaleinsatzes ausgenommen. Dieses Kriterium ist vergleichsweise leicht zu kontrollieren.

Die alleinige Heranziehung des Kriteriums des persönlichen Einflusses des Betriebsinhabers oder -leiters auf seine Mitarbeiter, die der Verband vorschlägt, entspricht nicht der Rechtsprechung, die zur Abgrenzung des Handwerks von der Industrie weit überwiegend eine umfangreiche einzelfallbezogene Betrachtung vornimmt.

Abt. III schlägt vor, MdB [REDACTED] zu antworten, indem ihm die Antwort an den Landesinnungsverband nachrichtlich zur Kenntnis geschickt wird.

[REDACTED]

-S4 BMAS

Von: Kramme Anette Wahlkreis 1
Gesendet: Freitag, 10. Juli 2020 14:16
An: S4 BMAS
Betreff: Schreiben Fleischerverband Bayern
Anlagen: 1445_001.pdf; 1446_001.pdf

Kennzeichnung: Zur Nachverfolgung
Kennzeichnungsstatus: Gekennzeichnet

Liebe Kolleginnen und Kollegen,

übernehmt Ihr die Beantwortung des beigefügten Schreibens oder soll ich es über die Landesgruppe laufen lassen?

Schönes Wochenende Euch!

LG

Eingang: Abt. III, 13.07.

Ausgang: 13.07.

zuständig: IIIa8
uh

zwV	Antw.	Stn.	AE für Pst Nr.: 18.284/13
Büro der Parlamentarischen Staatssekretärin Anette Kramme im BMAS			
10. JULI 2020			
Min.	PST	ST	L-Reg. zdA
Verfügung Abt. III			
Termin 03.08.20		Kopie für: 54	

Wahlkreisbüro
Anette Kramme, MdB
Parlamentarische Staatssekretärin
beim Bundesminister für Arbeit und Soziales

Friedrich-Puchta-Str. 22
95444 Bayreuth

Telefon
Telefax

<http://www.annette-kramme.de>

Wir verarbeiten Ihre Daten entsprechend den Bestimmungen der Europäischen Datenschutzgrundverordnung:
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=DE>

Weitere Informationen finden Sie in unserer Datenschutzerklärung:
https://www.annette-kramme.de/impressum_datenschutzerklaerung

-----Ursprüngliche Nachricht-----

Von:
Gesendet: Freitag, 10. Juli 2020 14:16
An: Kramme Anette Wahlkreis 1
Betreff: Attached Image



Fleischerverband Bayern • Proviantbachstr. 5 • 86153 Augsburg

Mitglied des Deutschen Bundestages
Frau
Anette Kramme
Friedrich-Puchta-Str. 22
95444 Bayreuth

Landesinnungsverband für das
bayerische Fleischerhandwerk
Proviantbachstr. 5
86153 Augsburg

Tel. [REDACTED]
[REDACTED]
www.fleischerverband-bayern.de

Augsburg, 08.07.2020

Eilt! Bitte sofort vorlegen!

**BMAS: Referentenentwurf Arbeitsschutzkontrollgesetz
Abgrenzung zwischen Betrieben der Fleischindustrie und des Fleischerhandwerks**

Sehr geehrte Frau Kramme,

in oben bezeichneter Angelegenheit hat das BMAS einen Referentenentwurf zum Gesetz zur Verbesserung des Vollzugs im Arbeitsschutz vorgelegt. Dieser Referentenentwurf nimmt erfreulicherweise Betriebe des Fleischerhandwerks von der elektronischen Zeiterfassung sowie den Einschränkungen des Einsatzes von Fremdpersonal aus. Damit stellt sich jedoch die Frage, wie Betriebe des Fleischerhandwerks von Betrieben der Fleischindustrie abzugrenzen sind.

Nach dem Referentenentwurf sollen zum Fleischerhandwerk Unternehmer der Fleischwirtschaft zählen, „die in die Handwerksrolle eingetragen sind und in der Regel nicht mehr als [...] Personen tätig werden lassen.“ Die Bezugnahme auf die in der Handwerksrolle eingetragenen Betriebe einerseits sowie die in dem Betrieb tätigen Personen andererseits ist jedoch **weder sachgerecht und praktikabel noch rechtlich belastbar**. Dies bestätigt auch ein von uns beauftragtes Rechtsgutachten, das wir als Anlage beifügen.

Zunächst sind in die Handwerksrolle auch Betriebe der Fleischindustrie eingetragen, was der Referentenentwurf in seiner Begründung selbst einräumt. Anhand des Eintrags in der Handwerksrolle ist damit eine Abgrenzung nicht möglich, was auch in der Rechtsprechung anerkannt ist.

Zum anderen kann eine Abgrenzung zwischen Fleischerhandwerks- und Industriebetriebe nicht über die Anzahl der im Betrieb tätigen Personen erfolgen; der Referentenentwurf will hier auf 11,7 Mitarbeiter abstellen. In der Rechtsprechung wurde aber bspw. auch eine Großbäckerei mit ca. 600 Mitarbeitern – einer Größe, die generell auf industrielle Betriebe hindeutet – die Handwerksmäßigkeit zugesprochen. Daher ist auch die Anzahl der im Betrieb Tätigen kein taugliches Kriterium.

Vielmehr kommt es bei der Abgrenzung von einer handwerklichen zu einer industriellen Tätigkeit darauf an, ob der Betriebsinhaber oder der handwerkliche Betriebsleiter (Meister) maßgeblichen Einfluss auf die Mitarbeiter hat. Entsprechende Kriterien sind nicht (mehr) erfüllt, wenn einzelne Produkte in einem Durchlaufverfahren – und damit industriell – hergestellt werden, bei dem die Handfertigkeit der im Produktionsbetrieb beschäftigten Metzgermeister keinen Einfluss auf das Ergebnis haben kann.

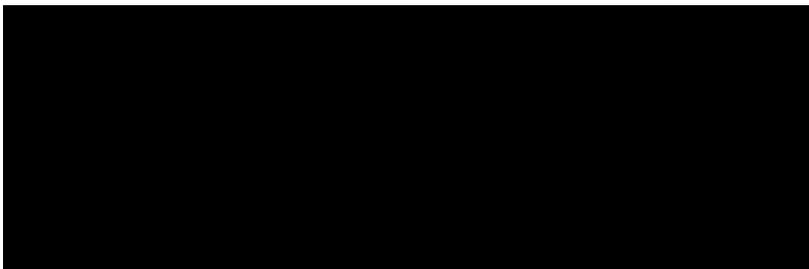
Unseres Erachtens ist daher die in dem als Anlage beigefügten Rechtsgutachten entwickelte Definition praktikabel, sachgerecht und vor allem rechtlich belastbar. Wir regen daher nicht zuletzt aufgrund der in der Praxis dringend benötigten Rechtssicherheit nachfolgende Definition für das Fleischerhandwerk an:

„Zum Fleischerhandwerk im Sinne dieses Gesetzes gehören Unternehmen der Fleischwirtschaft, bei denen der Betriebsinhaber oder der handwerkliche Betriebsleiter (Meister) auf die Mitarbeiter persönlich maßgeblichen Einfluss hat.“

Wir bitten Sie, diesen Vorschlag wohlwollend zu prüfen und im Gesetzgebungsverfahren zu unterstützen.

Gerne stehen wir Ihnen für Rückfragen zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Weiss · Walter · Fischer-Zernin
Rechtsanwälte · Wirtschaftsprüfer · Steuerberater

Weiss · Walter · Fischer-Zernin, Kardinal-Faulhaber-Str. 10, 80333 München

Per E-Mail
Landesinnungsverband für das bayerische
Fleischerhandwerk
Herrn [REDACTED]
Proviantbachstraße 5
86153 Augsburg

München
Dr. Karl Heinz Weiss
Rechtsanwalt
Prof. Dr. Dr. h.c. Otto L. Walter J.D. (bis 2003)
Rechtsanwalt
Prof. Dr. Robert Kröpffe (bis 1998)
Rechtsanwalt
Dr. Susanne Weiss
Rechtsanwältin
Dr. Oliver Wulff, LL.M. (Tulane Univ.)
Rechtsanwalt
Dipl.-Kfm. Roland Chmiel
Wirtschaftsprüfer
Dr. Enno Engbers
Rechtsanwalt
Dr. Friedrich Scheuffele
Rechtsanwalt, Licencié en Droit (Caen)
Dr. Jan Kreldau
Rechtsanwalt
Dipl.-Kfm. Nikolaus Kunze*
Steuerberater
Beatrix Lippert
Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht
Dr. Markus Kraus
Rechtsanwalt, Maître en Droit (Bordeaux)

Hamburg
Dr. Vincent Fischer-Zernin (bis 2017)
Rechtsanwalt
Dr. Axel May
Rechtsanwalt
Sebastian Fischer-Zernin, Dipl.-Kfm., LL.M. (Leuven)
Rechtsanwalt
Berthold von Plate, LL.M. (Univ. o. Western Cape)
Rechtsanwalt
Folkert Niemeyer
Rechtsanwalt
Christine Rehding
Rechtsanwältin
Dr. Eise Huth
Rechtsanwältin

Rosenheim
Dr. Susanne Weiss*
Rechtsanwältin
Dipl.-Kfm. Nikolaus Kunze
Steuerberater
Beatrix Lippert*
Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht

München, den 08.07.2020

Akte/Zeichen
70/19-MK nt

Sekretariat:
[REDACTED]

BMAS: Referentenentwurf Arbeitsschutzkontrollgesetz
Abgrenzung zwischen Betrieben der Fleischindustrie und des Fleischerhandwerks

Sehr geehrter Herr [REDACTED]

in oben Angelegenheit danken wir für Ihre Anfrage vom 07.07.2020. In dieser teilten Sie mit, dass Ihnen ein Referentenentwurf des BMAS zum Gesetz zur Verbesserung des Vollzugs im Arbeitsschutz vorliegt. Dieser Referentenentwurf nimmt Betriebe des Fleischerhandwerks in § 2 Abs. 2 GSA Fleisch-E von der elektronischen Zeiterfassung sowie den Einschränkungen des Einsatzes von Fremdpersonal aus. Insofern gehen Sie derzeit der Frage nach, wie die Abgrenzung der Betriebe des Fleischerhandwerks von der Fleischindustrie über die jeweils im Unternehmen tätigen Personen (einschließlich des Fremdpersonals) nach § 2 Abs. 2 S. 2 und 3 GSA Fleisch-E sachgerecht, praktikabel sowie rechtlich belastbar erfolgen können und bitten um unsere Einschätzung.

Als *Ergebnis* lässt sich vorab festhalten, dass sowohl die Rechtsprechung als auch die Literatur als Abgrenzungskriterien zwischen Betrieben des Fleischerhandwerks und solchen der Fleischindustrie insbesondere auf das Ausmaß der Arbeitsteilung und die persönliche Einflussnahme des Betriebsinhabers bzw. -leiters auf die praktische Arbeit abstellen; die Anzahl der Mitarbeiter sowie die Eintragung in die Handwerksrolle sind demgegenüber nach ganz herrschender Ansicht keine

Büro München
Kardinal-Faulhaber-Straße 10
80333 München

Büro Rosenheim
Prinzregentenstraße 20

Büro Hamburg
[REDACTED]

tauglichen Abgrenzungskriterien. Vor diesem Hintergrund regen wir folgende Definition des Fleischerhandwerks in § 2 Abs. 2 S. 2 GSA Fleisch-E an:

„Zum Fleischerhandwerk im Sinne dieses Gesetzes gehören Unternehmen der Fleischwirtschaft; bei denen der Betriebsinhaber oder der handwerkliche Betriebsleiter (Meister) auf die Mitarbeiter persönlich maßgeblichen Einfluss hat.“

Dies ist nicht mehr der Fall, wenn einzelne Produkte in einem Durchlaufverfahren hergestellt werden, bei dem die Handfertigkeit der im Produktionsbetrieb beschäftigten Metzgermeister keinen Einfluss auf das Ergebnis haben kann (vgl. LG Offenburg, Urt. v. 15.9.2017 – 5 O 54/16 KfH, zitiert nach *beck-online*).

Im Einzelnen hierzu Folgendes:

1. Ausgangssituation

- 1.1. In den letzten Jahren wurden verstärkt Maßnahmen und Initiativen ergriffen, um die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Mitarbeiter in der Fleischwirtschaft zu verbessern. Dennoch hielt die Kritik an und hat im Rahmen der COVID-19 Pandemie einen neuen Höhepunkt erreicht. Insbesondere Verstöße gegen Hygiene-, Abstands- und Arbeitsschutzbestimmungen veranlassten das Kabinett zu einem Eckpunktepapier „Arbeitsschutzprogramm für die Fleischwirtschaft“.
- 1.2. Dieses Eckpunktepapier sieht eine Novellierung des GSA Fleisch vor, dem der vorliegende Referentenentwurf – unter Federführung des BMAS – nachkommt. Demnach darf die Fleischindustrie ab Inkrafttreten des Gesetzes im Bereich der Schlachtung, Zerlegung und Fleischverarbeitung kein Fremdpersonal mehr einsetzen (vgl. § 7 GSA Fleisch-E). Der Einsatz von Werkvertrags- und Leiharbeitnehmern ist damit zukünftig in diesem Bereich nicht mehr zulässig. Zudem enthält § 6 GSA Fleisch-E eine verpflichtende digitale Zeiterfassung. Verstöße gegen GSA Fleisch-E sind bußgeldbewehrt.

Aufgrund der handwerkstypischen Arbeitsweise, der vergleichsweise geringen Anzahl an Beschäftigten sowie der transparenten Organisationsstruktur sind Handwerksbetriebe, die Tätigkeiten im Bereich der Schlachtung, Zerlegung und Verarbeitung nachgehen, nach § 2 Abs. 2 S. 2 und 3 GSA Fleisch-E von der Pflicht zur digitalen Arbeitszeiterfassung (§ 6 GSA Fleisch-E) sowie dem Verbot des Einsatzes von Fremdpersonal (§ 7 GSA Fleisch-E) ausgenommen.

- 1.3. Vor diesem Hintergrund bedarf es in der Praxis sachgerechter, praktikabler sowie rechtlich belastbarer Abgrenzungskriterien zwischen Betrieben des Fleischerhandwerks einerseits sowie Betrieben der Fleischindustrie andererseits. Ausgehend hiervon wird die in § 2 Abs. 2 S. 2 GSA Fleisch-E enthaltene Definition des „Fleischerhandwerks“ einer kritischen Würdigung unterzogen und anhand von Rechtsprechung sowie Literatur eine den Bedenken Rechnung tragende Legaldefinition entwickelt.

2. Zur Legaldefinition des „Fleischerhandwerks“ in § 2 Abs. 2 S. 2 GSA Fleisch-E

2.1. § 2 Abs. 2 S. 2 GSA Fleisch-E definiert den Begriff des „Fleischerhandwerks“ wie folgt:

„Zum Fleischerhandwerk im Sinne dieses Gesetzes gehören Unternehmer der Fleischwirtschaft, die in die Handwerksrolle eingetragen sind und in der Regel nicht mehr als [...] Personen tätig werden lassen.“

2.2. Tatbestandlich knüpft die Norm einerseits an die in der Handwerksrolle eingetragenen Betriebe sowie andererseits an die in dem Betrieb tätigen Personen an. Dabei erweisen sich beide Kriterien als Abgrenzungskriterien in der Praxis als untauglich.

2.2.1. Eine Differenzierung zwischen Betrieben der Fleischindustrie und solchen des Fleischerhandwerks ist aufgrund des Eintrags in der Handwerksrolle nicht möglich. Darauf weist zunächst die Gesetzesbegründung (S. 16) selbst hin, da

„auch die insoweit als problematischer einzustufenden Unternehmen aus der Fleischindustrie, z.B. aus Gründen der Ausbildung, in der Handwerksrolle eingetragen sein können“.

Dies entspricht im Wesentlichen auch der in der Rechtsprechung vertretenen Ansicht; so betonte zuletzt das LG Offenburg, GRUR-RR 2018, 163 [164] unter Verweis auf die Literatur Folgendes:

„42. [...] Allein die Eintragung in die Handwerksrolle lässt jedoch nicht den bindenden und damit sicheren Schluss zu, dass sämtliche Waren handwerklich produziert werden. Denn bei der Frage, ob ein Unternehmen eine im Sinne von § 1 HwO handwerksmäßige Betriebsform aufweist, kommt es nur entscheidend darauf an, ob nach dem Gesamtbild des Betriebes die industrielle oder die handwerksmäßige Betriebsform überwiegt (Nomos-BR/ Detterbeck HwO/Steffen Detterbeck HwO § 1 Rn. 24 mwN).“

2.2.2. Neben dem Eintrag in der Handwerksrolle soll daher eine – noch nicht näher – bestimmte Anzahl der im Betrieb tätigen Personen als Abgrenzungskriterium herangezogen werden. Die Begründung des Referentenentwurfs (S. 16) weist insofern darauf hin, dass

„es zur Abgrenzung des Handwerks von der Industrie als eines weiteren Kriteriums der Personenzahl [bedarf], wobei alle bei dem jeweiligen Unternehmer tätigen Personen einschließlich des dort in der Regel tätigen Fremdpersonals erfasst werden müssen, um zu vermeiden, dass der Anwendungsbereich der §§ 6, 7 durch Ausgliederungen beschränkt wird.“

Die durchschnittliche Arbeitnehmerzahl in Betrieben des Fleischerhandwerks beträgt 11,7 Arbeitnehmer (Jahrbuch 2019 des Fleischer-Verbands, S. 79), so dass ein Schwellenwert in Höhe von [...] Personen einschließlich des in der Regel tätigen Fremdpersonals für die Zwecke des GSA Fleischangemessen erscheint.“

Zunächst dürfte – wie nachfolgender Entscheidung zu entnehmen ist – der Verweis auf 11,7 Mitarbeiter deutlich zu gering sein. Letztlich kommt es hierauf aber nicht an, da das LG Offenburg, GRUR-RR 2018, 163 [164] in beachtlicher Reflexionstiefe sowie unter Verweis auf die Fachliteratur zur Handwerksordnung klarstellte, dass die Größe des Betriebs kein taugliches Abgrenzungskriterium ist:

„39. Kriterien wie die Größe eines Unternehmens [...] stellen bei der Beurteilung der Frage, ob ein Gewerbebetrieb dem Handwerk zuzurechnen ist, keine tauglichen Abgrenzungskriterien dar (vgl. *Detterbeck HwO* § 1 Rn. 33; vgl. auch zum Kriterium der Betriebsgröße Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 25. Juni 1993 – 14 S 722/92 –, Rn. 29, juris; vgl. auch *Günther*, *GewArch* 2012, 16, 17 ff.). So wurde etwa einer Großbäckerei mit ca. 600 Mitarbeitern – einer Größe, die generell auf industrielle Betriebe hindeutet – die Handwerksmäßigkeit zugesprochen (vgl. *Günther*, *GewArch* 2012, 16, 19 unter Hinweis auf VG Halle, *GewArch* 2001, 421 ff.; bestätigt durch OVG Magdeburg, *GewArch* 2002, 201 ff. und BVerwG, *GewArch* 2003, 79 f.). [...]“

Ungeachtet dessen bestehen an der Regelungssystematik auch verfassungsrechtliche Bedenken. Insbesondere ist zweifelhaft, ob § 2 Abs. 2 S. 2 GSA Fleisch-E den über das Rechtsstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Grundsätzen der Normklarheit und der Normbestimmtheit Rechnung trägt. Zunächst ist aus dem Tatbestandsmerkmal in § 2 Abs. 2 S. 2 GSA Fleisch-E

„in der Regel nicht mehr als [...] Personen tätig werden“

nicht ersichtlich, wie viele Personen konkret („in der Regel“) in dem Betrieb arbeiten dürfen. Ebenfalls unklar ist, welchen Personenkreis (wie bspw. auch den Betriebsinhaber, Reinigungspersonal oder Praktikanten) die Vorschrift als im Betrieb tätige Personen erfasst. Auch § 2 Abs. 2 S. 3 GSA Fleisch-E und die Begründung des Referentenentwurfs schaffen mehr Verwirrung als Klarheit, wenn auf das „dort in aller Regel tätige Fremdpersonal“ verwiesen wird, ohne dass dies näher definiert ist.

Zudem verlangt das aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Gebot der Bestimmtheit von Normen, dass Rechtsvorschriften so gefasst sein müssten, dass der Betroffene die Rechtslage so konkret erkennt, dass er sein Verhalten danach ausrichten kann (vgl. zuletzt VGH Mannheim, Beschluss vom 05.06.2020, Az.: 1 S 1623/20; ferner *Sachs*, in: *Sachs* [Hrsg.], GG, 8. Aufl. 2018, Art. 20, Rn. 126-130). Diesem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot genügt § 2 Abs. 2 S. 2 GSA Fleisch-E bereits mit der Formulierung „in der Regel“ nicht. Darüber hinaus kann insbesondere bei den im Grenzbereich der noch festzulegenden Personenanzahl befindlichen Betriebe die Einstufung – etwa durch saisonale Schwankungen – tageweise, kurz- oder mittelfristig zwischen Handwerks- oder Industriebetrieben schwanken; mangels Vorhersehbarkeit für den verantwortlichen Lebensmittelunternehmer liegt hier auch ein Verstoß gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit vor.

2.3. Rein vorsorglich und der Vollständigkeit halber weisen wir darauf hin, dass auch andere Grenzwerte – wie bspw. Großvieheinheiten – ebenfalls nicht zur Abgrenzung zwischen Handwerks- und Industriebetrieben herangezogen werden können. Zum einen handelt es sich dabei ebenfalls um (untaugliche) Kriterien der Größe eines Betriebes (vgl. nur LG Offenburg, GRUR-RR 2018, 163 [164], Rn. 39 m.w.N.) und zum anderen bestehen hier dieselben verfassungsrechtlichen Bedenken wie bei der Anzahl der im Betrieb Tätigen.

2.4. Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass die in dem Referentenentwurf enthaltenen Abgrenzungskriterien des Eintrags in die Handwerksrolle einerseits und der in dem Betrieb tätigen Personen andererseits in der Praxis nicht nur untauglich sowie unpraktikabel sind,

sondern auch einer rechtlichen Überprüfung nicht standhalten. Dies folgt aus der ständigen Rechtsprechung (vgl. nur BVerwG, GewArch 2003, 79 f.; OVG Magdeburg, GewArch 2002, 201 ff.; VG Halle, GewArch 2001, 421 ff.; ferner LG Offenburg, GRUR-RR 2018, 163) sowie der Literatur (vgl. nur Detterbeck HwO § 1 Rn. 33 m.w.N.).

3. Kriterien in Rechtsprechung und Literatur zur Abgrenzung des (Fleischer-) Handwerks

- 3.1. Für die Abgrenzung zwischen Betrieben des Fleischerhandwerks sowie des Fleischindustrie sind sachgerechte, praktikable und für die Praxis dringend benötigte rechtssichere Abgrenzungskriterien erforderlich. Dabei haben Rechtsprechung und Literatur in der Vergangenheit einige Kriterien entwickelt, die nachfolgend skizziert werden, um daraus eine mögliche Legaldefinition des „Fleischerhandwerks“ abzuleiten.
- 3.2. Nach tradierter Auffassung unterscheidet sich ein Handwerksbetrieb von einem Industriebetrieb durch die geringere Arbeitsteilung zwischen der leitenden Tätigkeit des Unternehmers und der technischen Tätigkeit des Gehilfen, durch den Umfang der Verwendung von Hilfsmitteln sowie durch den Kapitaleinsatz. Als wesentliche Abgrenzungskriterien zwischen einer handwerklichen sowie industriellen Tätigkeit eines Gewerbes können daher die Betriebsausstattung, die Arbeitsteilung, die Befähigung für eine fachgerechte Gewerbeausübung sowie die Mitarbeiterqualifikation herangezogen werden (vgl. Detterbeck HwO § 1 Rn. 25 - 31 m.w.N.).
- 3.3. Unter Heranziehung dieser Kriterien hat das LG Offenburg, GRUR-RR 2018, 163 f. unter Verweis auf die bisherige Rechtsprechung und Literatur nachfolgende Abgrenzungskriterien herausgearbeitet, die für die Abgrenzung zwischen Betrieben des Fleischerhandwerks einerseits und Fleischindustriebetrieben andererseits herangezogen werden können:
- „34. [...] Mögen deshalb allgemein die Grenzen zwischen industrieller und handwerklicher Betriebsweise in vieler Hinsicht flüchtig werden, so kann doch, wenn mehrere der herkömmlichen Abgrenzungskriterien zusammentreffen, ein Schluss in bestimmter Richtung nahe liegen. Das gilt insbesondere für die *Verwendung von Maschinen*. Für die *Annahme industrieller Betriebsweise* spricht es, wenn ihre Verwendung für die Entfaltung der Handfertigkeit keinen Raum mehr lässt; für einen *handwerksmäßigen Betrieb*, wenn der Handwerker sich ihrer nur zur Erleichterung seiner Tätigkeit und zur Unterstützung seiner Handfertigkeit bedient (BVerwGE 58, 217 Rn. 25). [...]“
36. Auch das *Ausmaß der Arbeitsteilung* kann für die Abgrenzung industrieller und handwerksmäßiger Betriebsweise Bedeutung haben. Da jedoch auch die Rationalisierung in Handwerksbetrieben eine Aufteilung in einzelne Arbeitsvorgänge fordert, können nur die Art und das Ausmaß der im Betrieb durchgeführten Arbeitsteilung entscheidend sein (Detterbeck, HwO § 1 Rn. 26). [...]“
37. Ein *wichtiges Kriterium zur Abgrenzung einer handwerklichen von einer industriellen Betriebsform* stellt die persönliche Einflussnahme des Betriebsinhabers bzw. des angestellten handwerklichen Betriebsleiters auf den Geschehensablauf dar (vgl. auch Günther, GewArch 2012, 16 [18]). Nach dem heute maßgeblichen Betriebsleiterprinzip müssen das Fertigungsprogramm und die Fertigungsweise so gestaltet sein, dass ein Einzelner die technische Leitung des Betriebs von der Gesamtplanung bis hinunter zum einzelnen Arbeitsvorgang beherrschen kann und in der Lage ist, bei Schwierigkeiten im Produktionsablauf aufgrund seiner besonderen Kenntnisse und Fertigkeiten helfend in den Einzelvorgang

Weiss · Walter · Fischer · Zernin

Rechtsanwälte · Wirtschaftsprüfer · Steuerberater

eingzugreifen. Dabei ist zu beachten, dass in Folge des Einsatzes moderner Kommunikationsmittel (Laptops, Handys, Internet, Videokonferenzen, Fernsehüberwachung) ein Betriebsleiter eine größere Beweglichkeit und eine verbesserte Informations- und Führungsmöglichkeit hat als noch vor wenigen Jahrzehnten, so dass nunmehr auch bei größeren Betrieben das Kriterium der Überschaubarkeit und Einwirkungsmöglichkeit gewährleistet ist. Bei Betrachtung handwerklicher Großbetriebe ist es daher möglich, dass ein Betriebsleiter beispielsweise *mehr als 500 Mitarbeiter* überwachen kann. (Günther, GewArch 2012, 16 [18, 19]).

38. Für die handwerkliche Zuordnung ist von Bedeutung, ob der *Betriebsinhaber auf die praktische Arbeit seiner Mitarbeiter persönlich maßgeblichen Einfluss nehmen kann*. In einem modernen Handwerksbetrieb ist der Betriebsinhaber ohnehin nicht mehr reiner Handwerker, sondern aufgrund des erhöhten administrativen und organisatorischen Aufwands zusätzlich Unternehmer, der sich im Büro um die Akquise neuer Aufträge, um die Verwaltung und um Kalkulationen sowie Materialeinkauf kümmern muss. Selbst wenn sich seine Aufgabenstellungen weitgehend auf diesen Bereich beschränken und er nicht mehr den ganzen Tag auf einer Baustelle mitarbeitet, bleibt der handwerkliche Charakter des Betriebs solange bestehen, wie er objektiv Einwirkungsmöglichkeiten im technischen Bereich hat. (Günther, GewArch 2012, 16 [19] mwN)." [Hervorhebung durch den Unterzeichner].

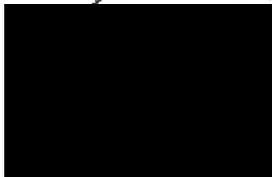
3.4. Im Lichte der durch das LG Offenburg, GRUR-RR 2018, 163 f., in beachtlicher Reflexionstiefe zusammengefassten Abgrenzungskriterien zwischen handwerklicher und industrieller Tätigkeit bietet sich für die Abgrenzung in § 2 Abs. 2 S. 2 GSA Fleisch-E daher folgende Differenzierung, die auch durch die Leitsätze der Redaktion der GRUR-RR aufgegriffen wurde, an:

„Zum Fleischerhandwerk im Sinne dieses Gesetzes gehören Unternehmen der Fleischwirtschaft, bei denen der Betriebsinhaber oder der handwerkliche Betriebsleiter (Meister) auf die Mitarbeiter persönlich maßgeblichen Einfluss hat.“

3.5. Entsprechende Kriterien sind nicht (mehr) erfüllt, wenn einzelne Produkte in einem Durchlaufverfahren hergestellt werden, bei dem die Handfertigkeit der im Produktionsbetrieb beschäftigten Metzgermeister keinen Einfluss auf das Ergebnis haben kann (vgl. LG Offenburg, GRUR-RR 2018, 163 f, zitiert nach *beck-online*).

Für weitere Rückfragen stehen wir gerne jederzeit zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen





III a 8 - 31310/2



Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 11017 Berlin
Landesinnungsverband für das
bayerische Fleischerhandwerk

██████████
██████████
Proviantbachstr. 5
86153 Augsburg

AE: 18284/19 + 18.544/19
Anette Kramme

Parlamentarische Staatssekretärin
Mitglied des Deutschen Bundestages

Wilhelmstraße 49, 10117 Berlin
Postanschrift: 11017 Berlin

Tel. ██████████
Fax ██████████

Berlin, 4. August 2020

Sehr geehrter ██████████,

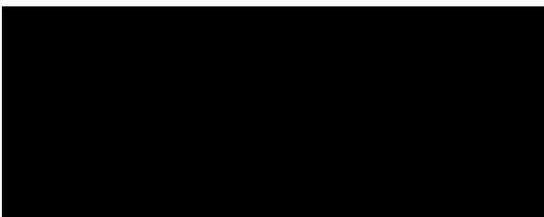
ich möchte Ihnen für Ihr Schreiben vom 8. Juli 2020 danken, in dem Sie unter Bezugnahme auf einen Arbeitsentwurf eine alternative Definition des Handwerks anregen.

Wie Sie sicherlich wissen, sieht der am 29. Juli vom Bundeskabinett beschlossene Regierungsentwurf für die Zwecke des Gesetzes zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft (GSA Fleisch) eine Definition des Fleischerhandwerks vor, die insbesondere auf den handwerksmäßigen Betrieb im Sinne des § 1 Absatz 2 der Handwerksordnung abstellt. Ich stimme Ihnen ausdrücklich zu, dass das Fleischerhandwerk nicht allein anhand einer Eintragung in die Handwerksrolle sachgerecht von der Fleischindustrie abgegrenzt werden kann. Auch der Arbeitsentwurf enthielt deshalb ein weiteres Abgrenzungskriterium.

Mit dem nunmehr vorgesehenen Schwellenwert von 49 in der Regel tätigen Personen ist meines Erachtens weitestgehend gewährleistet, dass die Unternehmer des Fleischerhandwerks von den Regelungen bezüglich der Pflicht zur elektronischen Arbeitszeitaufzeichnung sowie der Einschränkungen des Fremdpersonaleinsatzes ausgenommen werden. Der Heranziehung eines alternativen Kriteriums, wie dem persönlichen Einfluss des Betriebsinhabers beziehungsweise -leiters auf die Mitarbeiter, bedarf es daher nicht. Insofern gebe ich auch zu bedenken, dass das Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 Absatz 2 GSA Fleisch (Entwurf) in der Praxis mit vertretbarem Aufwand kontrollierbar sein muss.

Eine Kopie dieses Schreibens lasse ich Herrn MdB ██████████ zukommen.

Mit freundlichen Grüßen





Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 11017 Berlin

Landesinnungsverband für das
bayerische Fleischerhandwerk

Proviantbachstr. 5
86153 Augsburg

AE: 18.284/19 + 18.544/19

Anette Kramme

Parlamentarische Staatssekretärin
Mitglied des Deutschen Bundestages

Wilhelmstraße 49, 10117 Berlin
Postanschrift: 11017 Berlin

Tel. [REDACTED]

Fax [REDACTED]

Berlin, 4. August 2020

Sehr geehrter [REDACTED]

ich möchte Ihnen für Ihr Schreiben vom 8. Juli 2020 danken, in dem Sie unter Bezugnahme auf einen Arbeitsentwurf eine alternative Definition des Handwerks anregen.

Wie Sie sicherlich wissen, sieht der am 29. Juli vom Bundeskabinett beschlossene Regierungsentwurf für die Zwecke des Gesetzes zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft (GSA Fleisch) eine Definition des Fleischerhandwerks vor, die insbesondere auf den handwerksmäßigen Betrieb im Sinne des § 1 Absatz 2 der Handwerksordnung abstellt. Ich stimme Ihnen ausdrücklich zu, dass das Fleischerhandwerk nicht allein anhand einer Eintragung in die Handwerksrolle sachgerecht von der Fleischindustrie abgegrenzt werden kann. Auch der Arbeitsentwurf enthielt deshalb ein weiteres Abgrenzungskriterium.

Mit dem nunmehr vorgesehenen Schwellenwert von 49 in der Regel tätigen Personen ist meines Erachtens weitestgehend gewährleistet, dass die Unternehmer des Fleischerhandwerks von den Regelungen bezüglich der Pflicht zur elektronischen Arbeitszeitaufzeichnung sowie der Einschränkungen des Fremdpersonaleinsatzes ausgenommen werden. Der Heranziehung eines alternativen Kriteriums, wie dem persönlichen Einfluss des Betriebsinhabers beziehungsweise -leiters auf die Mitarbeiter, bedarf es daher nicht. Insofern gebe ich auch zu bedenken, dass das Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 Absatz 2 GSA Fleisch (Entwurf) in der Praxis mit vertretbarem Aufwand kontrollierbar sein muss.

Eine Kopie dieses Schreibens lasse ich Herrn MdB [REDACTED] zukommen.

Mit freundlichen Grüßen

[REDACTED]



Bundesministerium
für Arbeit und Soziales

Ø III a8-31310/2



Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 11017 Berlin

Mitglied des Deutschen Bundestages
Herrn [REDACTED]
Platz der Republik 1
11011 Berlin

AE: 18.284/19 + 18.544/19

Anette Kramme

Parlamentarische Staatssekretärin
Mitglied des Deutschen Bundestages

Wilhelmstraße 49, 10117 Berlin
Postanschrift: 11017 Berlin

Tel. [REDACTED]
[REDACTED]

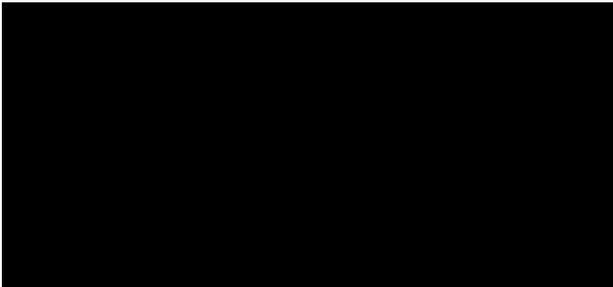
Berlin, 4. August 2020

Sehr geehrte Herr Kollege,

vielen Dank für Ihr Schreiben vom 21. Juli 2020, in dem Sie das Schreiben des Landesinnungsverbands für das bayerische Fleischerhandwerk unterstützen.

Ich sende Ihnen anliegend meine Antwort an den Verband mit der Bitte um Kenntnisnahme.

Mit freundlichen Grüßen



Anlage



0

Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 11017 Berlin
Landesinnungsverband für das
bayerische Fleischerhandwerk
Herrn [REDACTED]
Herrn [REDACTED]
Proviantbachstr. 5
86153 Augsburg

Anette Kramme

Parlamentarische Staatssekretärin
Mitglied des Deutschen Bundestages

Wilhelmstraße 49, 10117 Berlin
Postanschrift: 11017 Berlin

Tel. [REDACTED]

Fax [REDACTED]

Berlin, 4. August 2020

Sehr geehrter [REDACTED]

ich möchte Ihnen für Ihr Schreiben vom 8. Juli 2020 danken, in dem Sie unter Bezugnahme auf einen Arbeitsentwurf eine alternative Definition des Handwerks anregen.

Wie Sie sicherlich wissen, sieht der am 29. Juli vom Bundeskabinett beschlossene Regierungsentwurf für die Zwecke des Gesetzes zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft (GSA Fleisch) eine Definition des Fleischerhandwerks vor, die insbesondere auf den handwerksmäßigen Betrieb im Sinne des § 1 Absatz 2 der Handwerksordnung abstellt. Ich stimme Ihnen ausdrücklich zu, dass das Fleischerhandwerk nicht allein anhand einer Eintragung in die Handwerksrolle sachgerecht von der Fleischindustrie abgegrenzt werden kann. Auch der Arbeitsentwurf enthielt deshalb ein weiteres Abgrenzungskriterium.

Mit dem nunmehr vorgesehenen Schwellenwert von 49 in der Regel tätigen Personen ist meines Erachtens weitestgehend gewährleistet, dass die Unternehmer des Fleischerhandwerks von den Regelungen bezüglich der Pflicht zur elektronischen Arbeitszeitaufzeichnung sowie der Einschränkungen des Fremdpersonaleinsatzes ausgenommen werden. Der Heranziehung eines alternativen Kriteriums, wie dem persönlichen Einfluss des Betriebsinhabers beziehungsweise -leiters auf die Mitarbeiter, bedarf es daher nicht. Insofern gebe ich auch zu bedenken, dass das Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 Absatz 2 GSA Fleisch (Entwurf) in der Praxis mit vertretbarem Aufwand kontrollierbar sein muss.

Eine Kopie dieses Schreibens lasse ich Herrn MdB [REDACTED] zukommen.

Mit freundlichen Grüßen

[REDACTED]

z.w.V. Anhw. Stm. AE für Pst Nr.: 18.544/19
 Büro der Parlamentarischen Staatssekretärin
 Anrede K - amme im BMAS
 23. JULI 2020
 M: PST
 Verf. weg. ABL
 Termin 12.08.20
 Kopie für: 54 v. 23/17
 MdB • Platz der Republik 1 • 11011 Berlin



Ministerbüro im BMAS

Ab-Nr. 18.544/19 AE-Nr.
 Eingang
 22. Juli 2020
 Mit der Bitte um:
 Antwortenwurf
 vatum
 Anantwortung
 Kopie der Antwort
 z.w.V.
 L-Reg: zIdA
 Frist: Kopie:

Bundesministerium für Arbeit und Soziales
 Bundesminister für Arbeit und Soziales
 Herrn Hubertus Heil
 11017 Berlin

den 21. Juli 2020

Referentenentwurf Arbeitsschutzkontrollgesetz

Sehr geehrter Herr Bundesminister, *Lieber Herr Heil,*

anbei übersende ich Ihnen eine Stellungnahme des Landesinnungsverbandes für das bayerische Fleischerhandwerk sowie ein Gutachten eines Rechtsanwalts mit Blick auf die Abgrenzung zwischen Betrieben der Fleischindustrie und des Fleischerhandwerks.

Aufgrund der Kritik am aktuellen Referentenentwurf habe ich mir bei den Innungsbetrieben in Regensburg selbst ein Bild gemacht. Ich unterstütze ausdrücklich die Kritik und den Vorschlag des Innungsverbands. Die Handwerksrolle und die Anzahl der Mitarbeiter kann kein stichhaltiges Unterscheidungskriterium zwischen Fleischindustrie und Fleischerhandwerk sein. Allein Innungsmeister mit mehreren Filialen überschreiten leicht die bisher diskutierten Angestelltenzahlen. Die derzeit geplante Unterscheidung trifft weder die Praxis noch die Lebenswirklichkeit der Handwerksbetriebe. Davon habe ich mich selbst überzeugen können.

Gerade mit Blick auf den wichtigen Bereich der Produktion, ist daher der Vorschlag des Innungsverbands, dass der Betriebsleiter beziehungsweise Metzgermeister auf die Mitarbeiter und damit auf das Endprodukt persönlich maßgeblichen Einfluss nimmt, ausschlaggebend. Hierdurch kann deutlich zwischen handwerklicher Leistung und industrieller Produktion unterschieden werden.

Ich bitte Sie den Punkt des Innungsverbands zu beachten und in den Referentenentwurf mit aufzunehmen, nur so kann dessen Ziel Werkverträge und das Subsubsubunternehmertum in der Fleischindustrie stärker zu regulieren zielgenau umgesetzt werden.

Eine richtige und zielgenaue Unterscheidung in dieser Thematik trägt maßgeblich dazu bei, dass das Fleischerhandwerk weiterhin zur regionalen Lebensmittelversorgung beitragen kann.

Vielen Dank für Ihre Bemühungen, sich meinem Anliegen anzunehmen.

Mit freundlichen Grüßen

[Handwritten signature]
 [Redacted name]

Fleischerverband Bayern • Proviantbachstr. 5 • 86153 Augsburg

Mitglied des Deutschen Bundestages

Herr

██████████
Ziegetsdorfer Str. 109
93051 Regensburg

Landesinnungsverband für das
bayerische Fleischerhandwerk
Proviantbachstr. 5
86153 Augsburg

Tel. ██████████
Fax ██████████
████████████████████
www.fleischerverband-bayern.de

Augsburg, 08.07.2020

Eilt! Bitte sofort vorlegen!

BMAS: Referentenentwurf Arbeitsschutzkontrollgesetz

Abgrenzung zwischen Betrieben der Fleischindustrie und des Fleischerhandwerks

Sehr geehrter Herr ██████████

in oben bezeichneter Angelegenheit hat das BMAS einen Referentenentwurf zum Gesetz zur Verbesserung des Vollzugs im Arbeitsschutz vorgelegt. Dieser Referentenentwurf nimmt erfreulicherweise Betriebe des Fleischerhandwerks von der elektronischen Zeiterfassung sowie den Einschränkungen des Einsatzes von Fremdpersonal aus. Damit stellt sich jedoch die Frage, wie Betriebe des Fleischerhandwerks von Betrieben der Fleischindustrie abzugrenzen sind.

Nach dem Referentenentwurf sollen zum Fleischerhandwerk Unternehmer der Fleischwirtschaft zählen, „die in die Handwerksrolle eingetragen sind und in der Regel nicht mehr als [...] Personen tätig werden lassen.“ Die Bezugnahme auf die in der Handwerksrolle eingetragenen Betriebe einerseits sowie die in dem Betrieb tätigen Personen andererseits ist jedoch **weder sachgerecht und praktikabel noch rechtlich belastbar**. Dies bestätigt auch ein von uns beauftragtes Rechtsgutachten, das wir als Anlage beifügen.

Zunächst sind in die Handwerksrolle auch Betriebe der Fleischindustrie eingetragen, was der Referentenentwurf in seiner Begründung selbst einräumt. Anhand des Eintrags in der Handwerksrolle ist damit eine Abgrenzung nicht möglich, was auch in der Rechtsprechung anerkannt ist.

Zum anderen kann eine Abgrenzung zwischen Fleischerhandwerks- und Industriebetriebe nicht über die Anzahl der im Betrieb tätigen Personen erfolgen; der Referentenentwurf will hier auf 11,7 Mitarbeiter abstellen. In der Rechtsprechung wurde aber bspw. auch eine Großbäckerei mit ca. 600 Mitarbeitern – einer Größe, die generell auf industrielle Betriebe hindeutet – die Handwerksmäßigkeit zugesprochen. Daher ist auch die Anzahl der im Betrieb Tätigen kein taugliches Kriterium.

Vielmehr kommt es bei der Abgrenzung von einer handwerklichen zu einer industriellen Tätigkeit darauf an, ob der Betriebsinhaber oder der handwerkliche Betriebsleiter (Meister) maßgeblichen Einfluss auf die Mitarbeiter hat. Entsprechende Kriterien sind nicht (mehr) erfüllt, wenn einzelne Produkte in einem Durchlaufverfahren – und damit industriell – hergestellt werden, bei dem die Handfertigkeit der im Produktionsbetrieb beschäftigten Metzgermeister keinen Einfluss auf das Ergebnis haben kann.

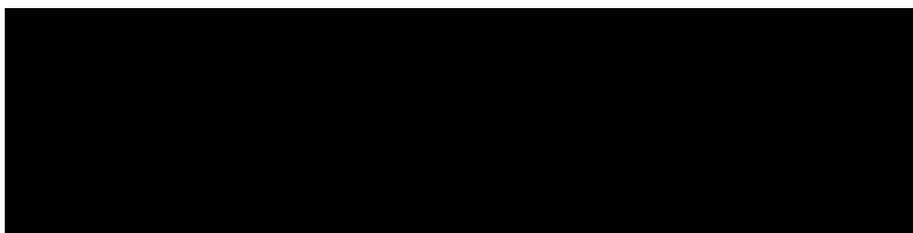
Unseres Erachtens ist daher die in dem als Anlage beigefügten Rechtsgutachten entwickelte Definition praktikabel, sachgerecht und vor allem rechtlich belastbar. Wir regen daher nicht zuletzt aufgrund der in der Praxis dringend benötigten **Rechtssicherheit** nachfolgende Definition für das Fleischerhandwerk an:

„Zum Fleischerhandwerk im Sinne dieses Gesetzes gehören Unternehmen der Fleischwirtschaft, bei denen der Betriebsinhaber oder der handwerkliche Betriebsleiter (Meister) auf die Mitarbeiter persönlich maßgeblichen Einfluss hat.“

Wir bitten Sie, diesen Vorschlag wohlwollend zu prüfen und im Gesetzgebungsverfahren zu unterstützen.

Gerne stehen wir Ihnen für Rückfragen zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Weiss · Walter · Fischer-Zernin
Rechtsanwälte · Wirtschaftsprüfer · Steuerberater

Weiss · Walter · Fischer-Zernin, Kardinal-Faulhaber-Str. 10, 80333 München

Per E-Mail

Landesinnungsverband für das bayerische
Fleischerhandwerk

Herrn [REDACTED]
Proviantbachstraße 5

86153 Augsburg

München
Dr. Karl Heinz Weiss
Rechtsanwalt
Prof. Dr. Dr. h.c. Otto L. Walter J.D. (bis 2003)
Rechtsanwalt
Prof. Dr. Robert Knöpfle (bis 1998)
Rechtsanwalt
Dr. Susanne Weiss
Rechtsanwältin
Dr. Oliver Wulff, LL.M. (Tulane Univ.)
Rechtsanwalt
Dipl.-Kfm. Roland Chmiel
Wirtschaftsprüfer
Dr. Enno Engbers
Rechtsanwalt
Dr. Friedrich Scheuffele
Rechtsanwalt, Licencié en Droit (Caen)
Dr. Jan Kreklau
Rechtsanwalt
Dipl.-Kfm. Nikolaus Kunze*
Steuerberater
Beatrix Lippert
Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht
Dr. Markus Kraus
Rechtsanwalt, Maître en Droit (Bordeaux)

Hamburg
Dr. Vincent Fischer-Zernin (bis 2017)
Rechtsanwalt
Dr. Axel May
Rechtsanwalt
Sebastian Fischer-Zernin, Dipl.-Kfm., LL.M. (Leuven)
Rechtsanwalt
Berthold von Plate, LL.M. (Univ. o. Western Cape)
Rechtsanwalt
Folkert Niemeyer
Rechtsanwalt
Christine Rehding
Rechtsanwältin
Dr. Elise Huth
Rechtsanwältin

Rosenheim
Dr. Susanne Weiss*
Rechtsanwältin
Dipl.-Kfm. Nikolaus Kunze
Steuerberater
Beatrix Lippert*
Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht

München, den 08.07.2020

Akte/Zeichen
70/19-MK nt

Sekretariat:
[REDACTED]
[REDACTED]

BMAS: Referentenentwurf Arbeitsschutzkontrollgesetz
Abgrenzung zwischen Betrieben der Fleischindustrie und des Fleischerhandwerks

Sehr geehrter Herr Bubnick,

in oben Angelegenheit danken wir für Ihre Anfrage vom 07.07.2020. In dieser teilten Sie mit, dass Ihnen ein Referentenentwurf des BMAS zum Gesetz zur Verbesserung des Vollzugs im Arbeitsschutz vorliegt. Dieser Referentenentwurf nimmt Betriebe des Fleischerhandwerks in § 2 Abs. 2 GSA Fleisch-E von der elektronischen Zeiterfassung sowie den Einschränkungen des Einsatzes von Fremdpersonal aus. Insofern gehen Sie derzeit der Frage nach, wie die Abgrenzung der Betriebe des Fleischerhandwerks von der Fleischindustrie über die jeweils im Unternehmen tätigen Personen (einschließlich des Fremdpersonals) nach § 2 Abs. 2 S. 2 und 3 GSA Fleisch-E sachgerecht, praktikabel sowie rechtlich belastbar erfolgen können und bitten um unsere Einschätzung.

Als *Ergebnis* lässt sich vorab festhalten, dass sowohl die Rechtsprechung als auch die Literatur als Abgrenzungskriterien zwischen Betrieben des Fleischerhandwerks und solchen der Fleischindustrie insbesondere auf das Ausmaß der Arbeitsteilung und die persönliche Einflussnahme des Betriebsinhabers bzw. -leiters auf die praktische Arbeit abstellen; die Anzahl der Mitarbeiter sowie die Eintragung in die Handwerksrolle sind demgegenüber nach ganz herrschender Ansicht keine

Büro München
Kardinal-Faulhaber-Straße 10
80333 München

Büro Rosenheim
Prinzregentenstraße 20
83022 Rosenheim

Büro Hamburg
Fuhrentwiete 14
20355 Hamburg

tauglichen Abgrenzungskriterien. Vor diesem Hintergrund regen wir folgende Definition des Fleischerhandwerks in § 2 Abs. 2 S. 2 GSA Fleisch-E an:

„Zum Fleischerhandwerk im Sinne dieses Gesetzes gehören Unternehmen der Fleischwirtschaft, bei denen der Betriebsinhaber oder der handwerkliche Betriebsleiter (Meister) auf die Mitarbeiter persönlich maßgeblichen Einfluss hat.“

Dies ist nicht mehr der Fall, wenn einzelne Produkte in einem Durchlaufverfahren hergestellt werden, bei dem die Handfertigkeit der im Produktionsbetrieb beschäftigten Metzgermeister keinen Einfluss auf das Ergebnis haben kann (vgl. LG Offenburg, Urt. v. 15.9.2017 – 5 O 54/16 KfH, zitiert nach *beck-online*).

Im Einzelnen hierzu Folgendes:

1. Ausgangssituation

- 1.1. In den letzten Jahren wurden verstärkt Maßnahmen und Initiativen ergriffen, um die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Mitarbeiter in der Fleischwirtschaft zu verbessern. Dennoch hielt die Kritik an und hat im Rahmen der COVID-19 Pandemie einen neuen Höhepunkt erreicht. Insbesondere Verstöße gegen Hygiene-, Abstands- und Arbeitsschutzbestimmungen veranlassten das Kabinett zu einem Eckpunktepapier „Arbeitsschutzprogramm für die Fleischwirtschaft“.
- 1.2. Dieses Eckpunktepapier sieht eine Novellierung des GSA Fleisch vor, dem der vorliegende Referentenentwurf – unter Federführung des BMAS – nachkommt. Demnach darf die Fleischindustrie ab Inkrafttreten des Gesetzes im Bereich der Schlachtung, Zerlegung und Fleischverarbeitung kein Fremdpersonal mehr einsetzen (vgl. § 7 GSA Fleisch-E). Der Einsatz von Werkvertrags- und Leiharbeitnehmern ist damit zukünftig in diesem Bereich nicht mehr zulässig. Zudem enthält § 6 GSA Fleisch-E eine verpflichtende digitale Zeiterfassung. Verstöße gegen GSA Fleisch-E sind bußgeldbewehrt.

Aufgrund der handwerkstypischen Arbeitsweise, der vergleichsweise geringen Anzahl an Beschäftigten sowie der transparenten Organisationsstruktur sind Handwerksbetriebe, die Tätigkeiten im Bereich der Schlachtung, Zerlegung und Verarbeitung nachgehen, nach § 2 Abs. 2 S. 2 und 3 GSA Fleisch-E von der Pflicht zur digitalen Arbeitszeiterfassung (§ 6 GSA Fleisch-E) sowie dem Verbot des Einsatzes von Fremdpersonal (§ 7 GSA Fleisch-E) ausgenommen.

- 1.3. Vor diesem Hintergrund bedarf es in der Praxis sachgerechter, praktikabler sowie rechtlich belastbarer Abgrenzungskriterien zwischen Betrieben des Fleischerhandwerks einerseits sowie Betrieben der Fleischindustrie andererseits. Ausgehend hiervon wird die in § 2 Abs. 2 S. 2 GSA Fleisch-E enthaltene Definition des „Fleischerhandwerks“ einer kritischen Würdigung unterzogen und anhand von Rechtsprechung sowie Literatur eine den Bedenken Rechnung tragende Legaldefinition entwickelt.

2. Zur Legaldefinition des „Fleischerhandwerks“ in § 2 Abs. 2 S. 2 GSA Fleisch-E

2.1. § 2 Abs. 2 S. 2 GSA Fleisch-E definiert den Begriff des „Fleischerhandwerks“ wie folgt:

„Zum Fleischerhandwerk im Sinne dieses Gesetzes gehören Unternehmer der Fleischwirtschaft, die in die Handwerksrolle eingetragen sind und in der Regel nicht mehr als [...] Personen tätig werden lassen.“

2.2. Tatbestandlich knüpft die Norm einerseits an die in der Handwerksrolle eingetragenen Betriebe sowie andererseits an die in dem Betrieb tätigen Personen an. Dabei erweisen sich beide Kriterien als Abgrenzungskriterien in der Praxis als untauglich.

2.2.1. Eine Differenzierung zwischen Betrieben der Fleischindustrie und solchen des Fleischerhandwerks ist aufgrund des Eintrags in der Handwerksrolle nicht möglich. Darauf weist zunächst die Gesetzesbegründung (S. 16) selbst hin, da

„auch die insoweit als problematischer einzustufenden Unternehmen aus der Fleischindustrie, z.B. aus Gründen der Ausbildung, in der Handwerksrolle eingetragen sein können“.

Dies entspricht im Wesentlichen auch der in der Rechtsprechung vertretenen Ansicht; so betonte zuletzt das LG Offenburg, GRUR-RR 2018, 163 [164] unter Verweis auf die Literatur Folgendes:

„42. [...] Allein die Eintragung in die Handwerksrolle lässt jedoch nicht den bindenden und damit sicheren Schluss zu, dass sämtliche Waren handwerklich produziert werden. Denn bei der Frage, ob ein Unternehmen eine im Sinne von § 1 HwO handwerksmäßige Betriebsform aufweist, kommt es nur entscheidend darauf an, ob nach dem Gesamtbild des Betriebes die industrielle oder die handwerksmäßige Betriebsform überwiegt (Nomos-BR/ Detterbeck HwO/Steffen Detterbeck HwO § 1 Rn. 24 mwN).“

2.2.2. Neben dem Eintrag in der Handwerksrolle soll daher eine – noch nicht näher – bestimmte Anzahl der im Betrieb tätigen Personen als Abgrenzungskriterium herangezogen werden. Die Begründung des Referentenentwurfs (S. 16) weist insofern darauf hin, dass

„es zur Abgrenzung des Handwerks von der Industrie als eines weiteren Kriteriums der Personenzahl [bedarf], wobei alle bei dem jeweiligen Unternehmer tätigen Personen einschließlich des dort in der Regel tätigen Fremdpersonals erfasst werden müssen, um zu vermeiden, dass der Anwendungsbereich der §§ 6, 7 durch Ausgliederungen beschränkt wird.“

Die durchschnittliche Arbeitnehmerzahl in Betrieben des Fleischerhandwerks beträgt 11,7 Arbeitnehmer (Jahrbuch 2019 des Fleischer-Verbands, S. 79), so dass ein Schwellenwert in Höhe von [...] Personen einschließlich des in der Regel tätigen Fremdpersonals für die Zwecke des GSA Fleischangemessen erscheint.“

Zunächst dürfte – wie nachfolgender Entscheidung zu entnehmen ist – der Verweis auf 11,7 Mitarbeiter deutlich zu gering sein. Letztlich kommt es hierauf aber nicht an, da das LG Offenburg, GRUR-RR 2018, 163 [164] in beachtlicher Reflexionstiefe sowie unter Verweis auf die Fachliteratur zur Handwerksordnung klarstellte, dass die Größe des Betriebs kein taugliches Abgrenzungskriterium ist:

„39. Kriterien wie die Größe eines Unternehmens [...] stellen bei der Beurteilung der Frage, ob ein Gewerbebetrieb dem Handwerk zuzurechnen ist, keine tauglichen Abgrenzungskriterien dar (vgl. *Detterbeck* HwO § 1 Rn. 33; vgl. auch zum Kriterium der Betriebsgröße Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 25. Juni 1993 – 14 S 722/92 –, Rn. 29, juris; vgl. auch *Günther*, *GewArch* 2012, 16, 17 ff.). So wurde etwa einer Großbäckerei mit ca. 600 Mitarbeitern – einer Größe, die generell auf industrielle Betriebe hindeutet – die Handwerksmäßigkeit zugesprochen (vgl. *Günther*, *GewArch* 2012, 16, 19 unter Hinweis auf VG Halle, *GewArch* 2001, 421 ff.; bestätigt durch OVG Magdeburg, *GewArch* 2002, 201 ff. und BVerwG, *GewArch* 2003, 79 f.). [...]“

Ungeachtet dessen bestehen an der Regelungssystematik auch verfassungsrechtliche Bedenken. Insbesondere ist zweifelhaft, ob § 2 Abs. 2 S. 2 GSA Fleisch-E den über das Rechtsstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Grundsätzen der Normklarheit und der Normbestimmtheit Rechnung trägt. Zunächst ist aus dem Tatbestandsmerkmal in § 2 Abs. 2 S. 2 GSA Fleisch-E

„in der Regel nicht mehr als [...] Personen tätig werden“

nicht ersichtlich, wie viele Personen konkret („in der Regel“) in dem Betrieb arbeiten dürfen. Ebenfalls unklar ist, welchen Personenkreis (wie bspw. auch den Betriebsinhaber, Reinigungspersonal oder Praktikanten) die Vorschrift als im Betrieb tätige Personen erfasst. Auch § 2 Abs. 2 S. 3 GSA Fleisch-E und die Begründung des Referentenentwurfs schaffen mehr Verwirrung als Klarheit, wenn auf das „dort in aller Regel tätige Fremdpersonal“ verwiesen wird, ohne dass dies näher definiert ist.

Zudem verlangt das aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Gebot der Bestimmtheit von Normen, dass Rechtsvorschriften so gefasst sein müssten, dass der Betroffene die Rechtslage so konkret erkennt, dass er sein Verhalten danach ausrichten kann (vgl. zuletzt VGH Mannheim, Beschluss vom 05.06.2020, Az.: 1 S 1623/20; ferner *Sachs*, in: *Sachs* [Hrsg.], GG, 8. Aufl. 2018, Art. 20, Rn. 126-130). Diesem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot genügt § 2 Abs. 2 S. 2 GSA Fleisch-E bereits mit der Formulierung „in der Regel“ nicht. Darüber hinaus kann insbesondere bei den im Grenzbereich der noch festzulegenden Personenanzahl befindlichen Betriebe die Einstufung – etwa durch saisonale Schwankungen – tageweise, kurz- oder mittelfristig zwischen Handwerks- oder Industriebetrieben schwanken; mangels Vorhersehbarkeit für den verantwortlichen Lebensmittelunternehmer liegt hier auch ein Verstoß gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit vor.

- 2.3. Rein vorsorglich und der Vollständigkeit halber weisen wir darauf hin, dass auch andere Grenzwerte – wie bspw. Großvieheinheiten – ebenfalls nicht zur Abgrenzung zwischen Handwerks- und Industriebetrieben herangezogen werden können. Zum einen handelt es sich dabei ebenfalls um (untaugliche) Kriterien der Größe eines Betriebes (vgl. nur LG Offenburg, GRUR-RR 2018, 163 [164], Rn. 39 m.w.N.) und zum anderen bestehen hier dieselben verfassungsrechtlichen Bedenken wie bei der Anzahl der im Betrieb Tätigen.
- 2.4. Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass die in dem Referentenentwurf enthaltenen Abgrenzungskriterien des Eintrags in die Handwerksrolle einerseits und der in dem Betrieb tätigen Personen andererseits in der Praxis nicht nur untauglich sowie unpraktikabel sind,

sondern auch einer rechtlichen Überprüfung nicht standhalten. Dies folgt aus der ständigen Rechtsprechung (vgl. nur BVerwG, GewArch 2003, 79 f.; OVG Magdeburg, GewArch 2002, 201 ff.; VG Halle, GewArch 2001, 421 ff.; ferner LG Offenburg, GRUR-RR 2018, 163) sowie der Literatur (vgl. nur *Detterbeck HwO* § 1 Rn. 33 m.w.N.).

3. Kriterien in Rechtsprechung und Literatur zur Abgrenzung des (Fleischer-) Handwerks

- 3.1. Für die Abgrenzung zwischen Betrieben des Fleischerhandwerks sowie des Fleischindustrie sind sachgerechte, praktikable und für die Praxis dringend benötigte rechtssichere Abgrenzungskriterien erforderlich. Dabei haben Rechtsprechung und Literatur in der Vergangenheit einige Kriterien entwickelt, die nachfolgend skizziert werden, um daraus eine mögliche Legaldefinition des „Fleischerhandwerks“ abzuleiten.
- 3.2. Nach tradierter Auffassung unterscheidet sich ein Handwerksbetrieb von einem Industriebetrieb durch die geringere Arbeitsteilung zwischen der leitenden Tätigkeit des Unternehmers und der technischen Tätigkeit des Gehilfen, durch den Umfang der Verwendung von Hilfsmitteln sowie durch den Kapitaleinsatz. Als wesentliche Abgrenzungskriterien zwischen einer handwerklichen sowie industriellen Tätigkeit eines Gewerbes können daher die Betriebsausstattung, die Arbeitsteilung, die Befähigung für eine fachgerechte Gewerbeausübung sowie die Mitarbeiterqualifikation herangezogen werden (vgl. *Detterbeck HwO* § 1 Rn. 25 – 31 m.w.N.).
- 3.3. Unter Heranziehung dieser Kriterien hat das LG Offenburg, GRUR-RR 2018, 163 f. unter Verweis auf die bisherige Rechtsprechung und Literatur nachfolgende Abgrenzungskriterien herausgearbeitet, die für die Abgrenzung zwischen Betrieben des Fleischerhandwerks einerseits und Fleischindustriebetrieben andererseits herangezogen werden können:

„34. [...] Mögen deshalb allgemein die Grenzen zwischen industrieller und handwerklicher Betriebsweise in vieler Hinsicht flüssig werden, so kann doch, wenn mehrere der herkömmlichen Abgrenzungskriterien zusammentreffen, ein Schluss in bestimmter Richtung nahe liegen. Das gilt insbesondere für die *Verwendung von Maschinen*. Für die *Annahme industrieller Betriebsweise* spricht es, wenn ihre Verwendung für die Entfaltung der Handfertigkeit keinen Raum mehr lässt; für einen *handwerksmäßigen Betrieb*, wenn der Handwerker sich ihrer nur zur Erleichterung seiner Tätigkeit und zur Unterstützung seiner Handfertigkeit bedient (BVerwGE 58, 217 Rn. 25). [...]

36. Auch das *Ausmaß der Arbeitsteilung* kann für die Abgrenzung industrieller und handwerksmäßiger Betriebsweise Bedeutung haben. Da jedoch auch die Rationalisierung in Handwerksbetrieben eine Aufteilung in einzelne Arbeitsvorgänge fordert, können nur die Art und das Ausmaß der im Betrieb durchgeführten Arbeitsteilung entscheidend sein (*Detterbeck, HwO* § 1 Rn. 26). [...]

37. Ein *wichtiges Kriterium zur Abgrenzung einer handwerklichen von einer industriellen Betriebsform* stellt die persönliche Einflussnahme des Betriebsinhabers bzw. des angestellten handwerklichen Betriebsleiters auf den Geschehensablauf dar (vgl. auch Günther, GewArch 2012, 16 [18]). Nach dem heute maßgeblichen Betriebsleiterprinzip müssen das Fertigungsprogramm und die Fertigungsweise so gestaltet sein, dass ein Einzelner die technische Leitung des Betriebs von der Gesamtplanung bis hinunter zum einzelnen Arbeitsvorgang beherrschen kann und in der Lage ist, bei Schwierigkeiten im Produktionsablauf aufgrund seiner besonderen Kenntnisse und Fertigkeiten helfend in den Einzelvorgang

einzugreifen. Dabei ist zu beachten, dass in Folge des Einsatzes moderner Kommunikationsmittel (Laptops, Handys, Internet, Videokonferenzen, Fernsehüberwachung) ein Betriebsleiter eine größere Beweglichkeit und eine verbesserte Informations- und Führungsmöglichkeit hat als noch vor wenigen Jahrzehnten, so dass nunmehr auch bei größeren Betrieben das Kriterium der Überschaubarkeit und Einwirkungsmöglichkeit gewährleistet ist. Bei Betrachtung handwerklicher Großbetriebe ist es daher möglich, dass ein Betriebsleiter beispielsweise *mehr als 500 Mitarbeiter* überwachen kann. (Günther, GewArch 2012, 16 [18, 19]).

38. Für die handwerkliche Zuordnung ist von Bedeutung, ob der *Betriebsinhaber auf die praktische Arbeit seiner Mitarbeiter persönlich maßgeblichen Einfluss nehmen kann*. In einem modernen Handwerksbetrieb ist der Betriebsinhaber ohnehin nicht mehr reiner Handwerker, sondern aufgrund des erhöhten administrativen und organisatorischen Aufwands zusätzlich Unternehmer, der sich im Büro um die Akquise neuer Aufträge, um die Verwaltung und um Kalkulationen sowie Materialeinkauf kümmern muss. Selbst wenn sich seine Aufgabenstellungen weitgehend auf diesen Bereich beschränken und er nicht mehr den ganzen Tag auf einer Baustelle mitarbeitet, bleibt der handwerkliche Charakter des Betriebs solange bestehen, wie er objektiv Einwirkungsmöglichkeiten im technischen Bereich hat. (Günther, GewArch 2012, 16 [19] mwN).“ [Hervorhebung durch den Unterzeichner].

- 3.4. Im Lichte der durch das LG Offenburg, GRUR-RR 2018, 163 f., in beachtlicher Reflexionstiefe zusammengefassten Abgrenzungskriterien zwischen handwerklicher und industrieller Tätigkeit bietet sich für die Abgrenzung in § 2 Abs. 2 S. 2 GSA Fleisch-E daher folgende Differenzierung, die auch durch die Leitsätze der Redaktion der GRUR-RR aufgegriffen wurde, an:

„Zum Fleischerhandwerk im Sinne dieses Gesetzes gehören Unternehmen der Fleischwirtschaft, bei denen der Betriebsinhaber oder der handwerkliche Betriebsleiter (Meister) auf die Mitarbeiter persönlich maßgeblichen Einfluss hat.“

- 3.5. Entsprechende Kriterien sind nicht (mehr) erfüllt, wenn einzelne Produkte in einem Durchlaufverfahren hergestellt werden, bei dem die Handfertigkeit der im Produktionsbetrieb beschäftigten Metzgermeister keinen Einfluss auf das Ergebnis haben kann (vgl. LG Offenburg, GRUR-RR 2018, 163 f, zitiert nach *beck-online*).

Für weitere Rückfragen stehen wir gerne jederzeit zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

