

Bundesarbeitsgericht
Neunter Senat

Urteil vom 5. Juli 2022
- 9 AZR 478/21 -
ECLI:DE:BAG:2022:050722.U.9AZR478.21.0

I. Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven
- Kammern Bremen -

Urteil vom 17. November 2020
- 11 Ca 11114/20 -

II. Landesarbeitsgericht Bremen

Urteil vom 10. August 2021
- 1 Sa 18/21 -

Entscheidungsstichworte:

Gesamthafenbetrieb im Lande Bremen - Zustandekommen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 iVm. § 9 Abs. 1 AÜG

Hinweis des Senats:

Teilweise Parallelentscheidung zu führender Sache - 9 AZR 476/21 -

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 478/21

1 Sa 18/21

Landesarbeitsgericht

Bremen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

5. Juli 2022

URTEIL

Schuchardt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 5. Juli 2022 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Suckow, die

Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Bubach sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Leitner und Stietzel für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Bremen vom 10. August 2021 - 1 Sa 18/21 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses durch unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 iVm. § 9 Abs. 1 AÜG. 1

Auf der Grundlage des Gesetzes über die Schaffung eines besonderen Arbeitgebers für Hafentarbeiter vom 3. August 1950 (*BGBI. I S. 352*) idF vom 23. Dezember 2003 (*BGBI. I S. 2848*) (Gesamthafenbetriebsgesetz) ist für Bremen-Bremerhaven ein Gesamthafenbetrieb (GHB) gebildet worden. Dieses Gesetz regelt ua.: 2

„§ 1

- (1) Durch schriftliche Vereinbarung von zuständigen Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften oder von einzelnen Arbeitgebern und Gewerkschaften kann von den Betrieben eines Hafens, in denen Hafentarbeit geleistet wird, zur Schaffung stetiger Arbeitsverhältnisse für Hafentarbeiter ein besonderer Arbeitgeber (Gesamthafenbetrieb) gebildet werden. Eine erwerbswirtschaftliche Tätigkeit des Gesamthafenbetriebs ist ausgeschlossen.

...

§ 2

- (1) Der Gesamthafenbetrieb bestimmt nach Maßgabe der geltenden Gesetze seine Rechtsform, seine Aufgaben, seine Organe und seine Geschäftsführung, ins-

besondere auch die Grundsätze für die Erhebung, Verwaltung und Verwendung von Beiträgen und Umlagen; er hat dabei den Begriff der Hafendarbeit im Sinne des § 1 Abs. 1 bindend festzusetzen.

- (2) Die Regelungen nach Absatz 1 bedürfen der Genehmigung durch die oberste Arbeitsbehörde des Landes; die Genehmigung ist widerruflich.
- (3) Soweit der Gesamthafenbetrieb gemäß § 2 Abs. 1 eine nichtgewerbsmäßige Arbeitsvermittlung durchzuführen hat, ist er der Aufsicht der Bundesagentur für Arbeit unterstellt und an deren Weisungen gebunden.

...“

In der aufgrund des Gesamthafenbetriebsgesetzes geschlossenen Vereinbarung zwischen dem Hafenbetriebsverein im Lande Bremen e.V. und der Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr, Bezirksverwaltung Weser-Ems, vom 1. März 1982 (Errichtungsvereinbarung) heißt es ua.:

3

„I.

§ 1

Gesamthafenbetrieb

Von den Hafeneinzelbetrieben im Lande Bremen wird im Sinne des Gesetzes über die Schaffung eines besonderen Arbeitgebers für Hafendarbeiter (Gesamthafenbetrieb) vom 03.08.1950 der Gesamthafenbetrieb im Lande Bremen gebildet.

§ 2

Aufgaben des Gesamthafenbetriebes

- I. Der Gesamthafenbetrieb im Lande Bremen hat die Aufgabe
 1. die in den Häfen anfallenden Arbeitsangelegenheiten auf die Gesamthafenarbeiter zweckmäßig und gerecht zu verteilen.
 2. die Gesamthafenarbeiter im Rahmen der geltenden Tarife und betrieblichen Vereinbarungen sozial zu betreuen.
- II. Der Gesamthafenbetrieb im Lande Bremen ist im Rahmen dieser Aufgabe gegenüber den Gesamthafenarbeitern Arbeitgeber, soweit dieses nicht von den Hafeneinzelbetrieben wahrgenommen wird. Die Lohn-

ansprüche aus den durch die Verteilung entstehenden Arbeitsverträgen richten sich gegen die aus ihren Bestellungen verpflichteten Hafeneinzelbetriebe.

II.

§ 3

Ausschuss für Personal und Arbeit

- I. Der Ausschuss für Personal und Arbeit besteht aus je acht Beisitzern als Vertreter der Hafenarbeitgeber und der Hafenarbeitnehmer sowie aus einer gleichen Anzahl von Stellvertretern.

...

§ 4

Aufgaben des Ausschusses für Personal und Arbeit

Der Ausschuss hat folgende Aufgaben:

...

7. Zur Schaffung stetiger Beschäftigungsmöglichkeiten für eine zweckmäßige und gerechte Verteilung der Arbeitsangelegenheiten unter Berücksichtigung der besonderen Aufgabenstellung des Gesamthafenbetriebes nach dem Gesetz über die Schaffung eines besonderen Arbeitgebers für Hafenarbeiter (Gesamthafenbetrieb) zu sorgen. Hierzu erläßt der Ausschuss für Personal und Arbeit eine Verwaltungsordnung mit Vorschriften organisatorischen Inhalts, die sowohl für die Hafeneinzelbetriebe als auch für die Gesamthafenarbeiter bindend ist.

...

III.

§ 5

Verwaltungsträger

- I. Die Erledigung der laufenden Verwaltungsarbeiten, die durch die vom Gesamthafenbetrieb im Lande Bremen nach § 2 dieser Vereinbarung wahrzunehmenden Aufgaben entstehen, wird dem Gesamthafenbetriebsverein im Lande Bremen e.V. übertragen, der durch die Hafeneinzelbetriebe bzw. ihre wirtschaftlichen Vereinigungen geschaffen worden ist.

...

§ 6

Geschäftsführung

...

- II. Der Gesamthafenbetriebsverein im Lande Bremen e.V. nimmt gegenüber den Gesamthafenarbeitern die Funktion eines Arbeitgebers wahr. Er bzw. in seinem Auftrage die Geschäftsführung vertritt den Gesamthafenbetrieb im Lande Bremen gegenüber den Gesamthafenarbeitern.

...“

Die vom Senator für Arbeit der Freien Hansestadt Bremen genehmigte
Verwaltungsordnung für den Gesamthafenbetrieb im Lande Bremen vom 5. Sep-
tember 1989, gültig ab 7. Dezember 1989 (Verwaltungsordnung) regelt ua.:

4

„§ 1

Aufgabe und Geltungsbereich

- (1) Die Verwaltungsordnung bezweckt die Durchführung der in § 2 über die Schaffung eines Gesamthafenbetriebes für die Häfen Bremen und Bremerhaven getroffenen Vereinbarung vom 1. März 1982 dem Gesamthafenbetrieb gestellten Aufgaben. Ihre Bestimmungen sind in den Häfen im Lande Bremen für die Betriebe und die Arbeiter verbindlich, die Hafearbeit leisten.

...

§ 2

Gesamthafenbetrieb

- (1) Der Gesamthafenbetrieb ist der besondere Arbeitgeber im Sinne des § 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Schaffung eines besonderen Arbeitgebers für Hafearbeiter vom 3.8.1950 (Bundesgesetzblatt I Nr. 33 vom 7.8.1950 S. 352).

...

§ 4

Hafearbeit, Hafeneinzelbetrieb, Hafearbeiter

...

- (2) Entsprechend Ziff. 1 sind

- a) Hafeneinzelbetriebe diejenigen Unternehmen oder Unternehmensteile, die in den Häfen im Lande Bremen ständig oder gelegentlich Hafendarbeiten ausführen,
- b) Hafendarbeiter der Häfen im Lande Bremen diejenigen gewerblichen Arbeiter, die gemäß Ziff. 1 Hafendarbeit verrichten.

Diese Hafendarbeiter sind

- aa) Hafeneinzelbetriebsarbeiter, wenn sie in einem Hafeneinzelbetrieb fest eingestellt sind und deshalb zur Belegschaft dieses Betriebes gehören,
- bb) Gesamthafendarbeiter, wenn sie zur Belegschaft des Gesamthafenbetriebes gehören und aus dieser den Hafeneinzelbetrieben wechselweise zur Arbeitsleistung zur Verfügung stehen. Ihr Arbeitsverhältnis zum jeweils beschäftigenden Hafeneinzelbetrieb ist ein unständiges.
- cc) Aushilfsarbeiter entsprechend § 14.

...

§ 5

Anzahl der Gesamthafendarbeiter

Die Höchstzahl der Gesamthafendarbeiter bestimmt in Abstimmung mit der Geschäftsführung des Gesamthafenbetriebsvereins und dem Betriebsrat des Gesamthafenbetriebes der Ausschuß für Personal und Arbeit des Gesamthafenbetriebes im Lande Bremen.

...

§ 8

Bestellung der Arbeitskräfte durch die Hafeneinzelbetriebe

- (1) Die Hafeneinzelbetriebe sind verpflichtet, sämtliche (Ausnahme § 13) für ihren Betrieb über die Anzahl ihrer Hafeneinzelbetriebsarbeiter hinaus erforderlichen Arbeitskräfte bei den Verteilungsstellen des Gesamthafenbetriebsvereins anzufordern.

...

- (2) Die Hafeneinzelbetriebe bestellen die jeweils erforderliche Anzahl von Arbeitskräften bei den Verteilungsstellen des Gesamthafenbetriebsvereins schriftlich, mündlich oder telefonisch.

...

- (7) Die Vermittlung von Gesamthafen-/Aushilfsarbeiten erfolgt zu den jeweils gültigen Sonderbestimmungen für die Häfen im Lande Bremen bzw. Lohn- und Rahmentarifverträgen für die Hafentarbeiter der deutschen Seehafenbetriebe sowie dem Lohntarifvertrag für die Hafentarbeiter in den Häfen im Lande Bremen.

§ 9

Verteilung der Hafentarbeiter durch die Verteilungsstellen des Gesamthafenbetriebsvereins

...

- (4) Mit der Order durch die Verteilungsstelle ist der Gesamthafenarbeiter durch den anfordernden Hafeneinzelbetrieb mit der Wirkung angenommen worden, daß zwischen dem Hafeneinzelbetrieb und dem Gesamthafenarbeiter für die Dauer der Beschäftigung ein Arbeitsvertrag abgeschlossen worden ist. Aus diesem so abgeschlossenen Arbeitsvertrag entsteht für den Hafeneinzelbetrieb die Entlohnungspflicht, sofern der Gesamthafenarbeiter nicht durch eigenes Verschulden unbeschäftigt bleibt.

...

§ 11

Beschäftigung von Arbeitskräften durch einen Hafeneinzelbetrieb

- (1) Ein Hafeneinzelbetrieb darf außer seinen mit einer gültigen Hafentarbeitskarte versehenen Hafeneinzelbetriebsarbeitern nur solche Arbeiter mit Hafentarbeit beschäftigen, die der Gesamthafenbetriebsverein verteilt hat.

...

§ 12

Beendigung der Arbeitsverhältnisse von Gesamthafenarbeitern bei einem Hafeneinzelbetrieb

...

- (2) Gesamthafenarbeiter, die einem Hafeneinzelbetrieb quotenmäßig zugeteilt sind, können von diesem Betrieb so lange wiederbestellt werden, wie dort eine Einsatzmöglichkeit besteht. ...

§ 15

Entlohnung der Gesamthafenarbeiter

- (1) Der Lohnanspruch des Gesamthafenarbeiters richtet sich gegen den Hafeneinzelbetrieb, zu dem er verteilt ist.
- (2) Die Zusammenstellung des erzielten Verdienstes der Gesamthafenarbeiter erfolgt durch den Gesamthafenbetriebsverein. ...“

Der Kläger wurde vom Gesamthafenbetriebsverein im Lande Bremen e.V. (GHBV) durch schriftlichen Arbeitsvertrag vom 2. April 1990 als Gesamthafenarbeiter eingestellt. Im Arbeitsvertrag heißt es ua.:

„3. ...

Auf das Arbeitsverhältnis finden die zwischen dem Zentralverband der deutschen Seehafenbetriebe e.V. oder dem Hafenbetriebsverein im Lande Bremen e.V. einerseits, und der Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr, andererseits, für die Hafentarbeiter abgeschlossenen Tarifverträge in der jeweils gültigen Fassung Anwendung, insbesondere ..., ferner die Verwaltungsordnung und die Arbeitsordnung für den Gesamthafenbetrieb im Lande Bremen.

...

5. Der Gesamthafenbetrieb im Lande Bremen nimmt dem Eingestellten gegenüber insoweit die Funktion eines Arbeitgebers wahr, soweit diese nicht von den Hafeneinzelbetrieben auszuüben ist.

...“

Weder der GHB noch der GHBV verfügt über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung. Der GHBV teilt das Personal unter Berücksichtigung des Arbeitsanfalls und der Anfragen der Hafeneinzelbetriebe täglich in die einzelnen Schichten ein. Dabei wird eine Gruppe als sog. freie Spitze abwechselnd an verschiedenen Terminals bei verschiedenen Hafeneinzelbetrieben eingesetzt, während ein anderer Teil der Gesamthafenarbeiter im Rahmen einer sog. Quote regelmäßig demselben Einzelhafenbetrieb zugeordnet wird. Der GHBV beorderte den Kläger in der Regel zur Erledigung von Hafentarbeit in den von der Beklagten unterhaltenen Hafeneinzelbetrieb. Vor Erhebung seiner am 23. April 2020 bei

Gericht eingegangenen Klage war der Kläger nach entsprechender Zuteilung durch den GHBV zuletzt am 23. September 2019 für die Beklagte tätig. Seither war er durchgängig arbeitsunfähig erkrankt und ist in keinem Hafeneinzelbetrieb mehr eingesetzt worden.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, zwischen ihm und der Beklagten bestehe nach § 10 Abs. 1 Satz 1 iVm. § 9 AÜG spätestens seit dem 1. Dezember 2011 ein Arbeitsverhältnis. Der GHBV betreibe zumindest bei unionsrechtskonformer Auslegung des AÜG Arbeitnehmerüberlassung, ohne die dafür erforderliche behördliche Erlaubnis zu besitzen. Der Kläger behauptet, durchgehend durch den GHBV bei der Beklagten eingesetzt worden zu sein. Er sei entsprechend § 12 Abs. 2 der Verwaltungsordnung des GHBV der Beklagten in fester Quote zugeteilt gewesen, was einer nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung entgegenstehe.

7

Soweit § 9 Abs. 4 der Verwaltungsordnung vorsieht, dass mit der Order durch die Verteilungsstelle zwischen dem Hafeneinzelbetrieb und dem Gesamthafenarbeiter für die Dauer der Beschäftigung ein (befristeter) Arbeitsvertrag geschlossen wird, stehe dies dem Zustandekommen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses mit dem Hafeneinzelbetrieb nicht entgegen. Das Entstehen eines lediglich auf eine Schicht befristeten Arbeitsverhältnisses zu der Beklagten gemäß § 10 Abs. 1 Satz 2 AÜG komme nicht in Betracht, weil ein die Befristung des Arbeitsverhältnisses sachlich rechtfertigender Grund nicht vorliege.

8

Der Kläger hat zuletzt beantragt festzustellen,

dass zwischen den Parteien ein unbefristetes Vollzeitarbeitsverhältnis besteht.

9

Die Beklagte hat ihren Antrag auf Abweisung der Klage ua. darauf gestützt, dass das AÜG vorliegend keine Anwendung finde, weil das Gesamthafenbetriebsgesetz jenem als das speziellere Gesetz vorgehe. Der GHBV überlasse auch nicht Arbeitnehmer im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit iSv. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG, weil anderen Personaldienstleistern die Vermittlung und Überlassung von Hafenarbeitern im Bereich des GHB untersagt sei und der GHBV insoweit nicht am Marktgeschehen teilnehme. Schließlich stehe dem Vor-

10

liegen einer Arbeitnehmerüberlassung iSd. AÜG entgegen, dass aufgrund der Order der Verteilstelle des GHBV jeweils für die Einsatzdauer ein Arbeitsverhältnis zum Hafeneinzelbetrieb entstehe.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die dagegen gerichtete Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter. 11

Entscheidungsgründe

Die Revision hat keinen Erfolg. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers gegen das klageabweisende Urteil des Arbeitsgerichts zu Recht zurückgewiesen. Die zulässige Klage ist unbegründet. Der Kläger kann nicht Feststellung verlangen, dass zwischen den Parteien ein unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht. 12

I. Der Antrag ist als allgemeiner Feststellungsantrag nach § 256 Abs. 1 ZPO zulässig. 13

1. Nach gebotener Auslegung ist der Antrag festzustellen, dass zwischen den Parteien ein unbefristetes Vollzeitarbeitsverhältnis besteht, gegenwartsbezogen zu verstehen. Der Kläger hat keinen ausdrücklichen Zeitpunkt bezeichnet, sondern nur geltend gemacht, ein Arbeitsverhältnis sei gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 iVm. § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG kraft gesetzlicher Fiktion zustande gekommen. Die begehrte Feststellung eines Arbeitsverhältnisses bezieht sich damit auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz. Soweit der Kläger den Standpunkt einnimmt, das Arbeitsverhältnis bestehe spätestens seit dem 1. Dezember 2011, handelt es sich lediglich um ein Begründungselement, das nicht dahin zu verstehen ist, er begehre die Feststellung des Arbeitsverhältnisses ab diesem in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt. 14

2. Das für den so verstandenen Feststellungsantrag nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse liegt vor. Nach ständiger Rechtspre- 15

chung des Bundesarbeitsgerichts kann ein Arbeitnehmer mit der allgemeinen Feststellungsklage das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zu einem Entleiher auf Grundlage der Vorschriften des AÜG geltend machen (*BAG 20. März 2018 - 9 AZR 508/17 - Rn. 17; 20. September 2016 - 9 AZR 735/15 - Rn. 22*). Das Feststellungsinteresse entfällt nicht dadurch, dass der Kläger über den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung hinaus sein - vermeintlich unwirksames - Arbeitsverhältnis zum GHB erfüllt hat. Nach Maßgabe des § 615 Satz 2 BGB ist er gehalten, Einkommen durch anderweitige Verwendung seiner Dienste zu erzielen.

3. Der Antrag ist auch hinreichend bestimmt iSd. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Er bezeichnet sowohl die Parteien des Arbeitsverhältnisses, dessen Feststellung der Kläger mit dem Hauptantrag begehrt, als auch den Umfang der Arbeitszeit (Vollzeit). Zur Bestimmung der Art der Beschäftigung (Hafenarbeiter) und der Vergütungsgrundlage (bei der Beklagten anwendbare Tarifverträge) ist ergänzend die Klagebegründung heranzuziehen (*vgl. BAG 27. April 2021 - 9 AZR 343/20 - Rn. 28*). 16

II. Der Feststellungsantrag ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, dass zwischen den Parteien kein unbefristetes Arbeitsverhältnis kraft gesetzlicher Fiktion gemäß § 10 Abs. 1 iVm. § 9 Abs. 1 AÜG zustande gekommen ist. 17

1. § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG fingiert das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses ua. bei Fehlen einer Erlaubnis des Verleihers zur Arbeitnehmerüberlassung. Nach dieser Vorschrift gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeiter zu dem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen, wenn der Vertrag zwischen Verleiher und Leiharbeiter nach § 9 Abs. 1 AÜG unwirksam ist. Gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG sind Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern unwirksam, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 AÜG erforderliche Erlaubnis hat. § 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG ordnet die Unwirksamkeit von Arbeitsverträgen zwischen Verleihern 18

und Leiharbeitnehmern für den Fall an, dass die nach § 1 Abs. 1b AÜG zulässige Überlassungshöchstdauer überschritten wird.

2. Weder der Erlaubnisvorbehalt nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG noch das Rechtsfolgensystem des § 10 Abs. 1 iVm. § 9 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 1a und Nr. 1b AÜG findet auf die Überlassung von Gesamthafenarbeitern durch den GHB an die Hafeneinzelbetriebe Anwendung. Die Vorschriften des Gesamthafenbetriebsgesetzes und die aufgrund dessen erlassenen Vorschriften verdrängen das Erfordernis einer behördlichen Erlaubnis für die Überlassung von Arbeitnehmern sowie die den Bestand des Arbeitsverhältnisses regelnden Bestimmungen in den § 9 Abs. 1, § 10 Abs. 1 AÜG (*Kolbe/Helmbold EuZA 2021, 406, 413; Petri Das Phänomen „Arbeitgeberzusammenschlüsse“ als Arbeitnehmerüberlassung S. 123 f.; Sandmann/Marschall/Schneider AÜG Stand: Oktober 2019 Art. 1 § 1 Rn. 42 f.; aA Boemke in Boemke/Lembke AÜG 3. Aufl. § 1 Rn. 45; MHdB ArbR/Schüren 5. Aufl. § 144 Rn. 38; Ulber-J. Ulber AÜG 5. Aufl. Einl. C Rn. 124 ff.*). 19

a) Erfüllt ein konkreter Lebensvorgang die abstrakten Tatbestandsmerkmale mehrerer Rechtsnormen, die im gleichen Rangverhältnis zueinander stehen, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sämtliche an den einheitlichen Tatbestand geknüpften Rechtsfolgen gleichrangig nebeneinander eintreten, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschließen. Eine Verdrängung der einen Rechtsnorm durch eine andere besondere Rechtsnorm kann vorliegen, wenn ein Fall von Spezialität (*lex specialis derogat legi generali*) gegeben ist. Spezialität verlangt, dass die verdrängende Rechtsnorm sämtliche Merkmale der allgemeinen Norm enthält und dieser noch ein besonderes Merkmal zur Bildung seines Tatbestandsbegriffs hinzufügt (*BAG 18. September 2018 - 9 AZR 162/18 - Rn. 66 mwN, BAGE 163, 282*). 20

b) Das Gesamthafenbetriebsgesetz geht dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz vor. 21

aa) Beide Gesetzeswerke stehen als Bundesgesetze im gleichen Rangverhältnis und regeln die Überlassung von Arbeitnehmern. Das Gesamthafenbe- 22

triebsgesetz regelt jedoch spezifische Rahmenbedingungen für die Errichtung eines GHB, der als besonderer Arbeitgeber auf deutschen Seehäfen ausschließlich für dort geleistete Hafendarbeit gebildet wird, um die in den Häfen anfallenden Arbeiten bedarfsorientiert zu verteilen und den Hafendarbeitern dauerhafte Arbeitsverhältnisse zu ermöglichen (vgl. *BT-Drs. 12/5016 S. 91*). Der Anwendung des Gesamthafenbetriebsgesetzes steht nicht entgegen, dass es zeitlich vor dem AÜG erlassen wurde. Spezialitätsgrundsatz und Ablösungsprinzip stehen nicht gleichberechtigt nebeneinander. Vielmehr genießt Ersterer Vorrang: Die *lex specialis prior* geht der *lex generalis posterior* vor (*Ossenbühl in Isensee/Kirchhof Handbuch des Staatsrechts V 3. Aufl. § 100 Rn. 94; Kolbe/Helmbold EuZA 2021, 406, 413*).

bb) Das AÜG bestimmt allgemein für das Verhältnis zwischen Verleiher, Entleiher und Leiharbeitnehmer die leiharbeitstypische gespaltene Arbeitgeberstellung. Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG bedürfen Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen (Arbeitnehmerüberlassung) wollen, der Erlaubnis. Arbeitnehmer werden nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und deren Weisungen unterliegen. Die Überlassung und das Tätigwerden von Arbeitnehmern als Leiharbeitnehmer ist nur zulässig, soweit zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis besteht und die Höchstüberlassungsdauer des § 1 Abs. 1b AÜG nicht überschritten wird. 23

cc) Begrenzt auf den Gesamthafen ermöglicht das Gesamthafenbetriebsgesetz demgegenüber unbefristet die Möglichkeit, mit dem GHB einen Arbeitgeber zu schaffen, um das in den Hafeneinzelbetrieben anfallende, stark schwankende Arbeitsaufkommen bedarfsgerecht zu verteilen. Die Beschäftigung der dort angestellten Hafendarbeiter entspricht zwar im Hinblick auf die Weisungsgebundenheit und Eingliederung in den Hafeneinzelbetrieb derjenigen von Leiharbeitnehmern im Allgemeinen. Der Zweck einer gegenüber dem AÜG speziellen Arbeitgeberfunktion zur Überlassung von Personal, die staatliche Kontrolle und das 24

Sanktionssystem sind jedoch im Gesamthafenbetriebsgesetz, der Errichtungsvereinbarung und der auf dieser Grundlage erlassenen Verwaltungsordnung eigenständig und abweichend geregelt.

(1) Das Gesamthafenbetriebsgesetz verfolgt gegenüber dem AÜG einen eigenständigen Zweck. In § 1 Gesamthafenbetriebsgesetz werden die zuständigen Arbeitgeberverbände bzw. einzelne Arbeitgeber und Gewerkschaften ermächtigt, durch schriftliche Vereinbarung „zur Schaffung stetiger Arbeitsverhältnisse“ einen besonderen Arbeitgeber zu bilden (vgl. *BT-Drs. 12/5016 S. 91*). Als gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien (vgl. *BAG 25. Januar 1989 - 5 AZR 43/88 - zu II 1 der Gründe, BAGE 61, 29*) soll eine dauerhafte Beschäftigung der Gesamthafenarbeiter sichergestellt werden. Als Arbeitnehmerschutzeinrichtung (*HaKo-BetrVG/Kloppenburg 6. Aufl. § 1 Rn. 97; Richardi/Maschmann BetrVG 17. Aufl. § 1 Rn. 94*) ist der GHB nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Gesamthafenbetriebsgesetz nicht auf eine erwerbswirtschaftliche Tätigkeit gerichtet. Im Rahmen einer aufgespaltenen Arbeitgeberfunktion nimmt er die von den Hafeneinzelbetrieben übertragenen Arbeitgeberrechte wahr, ohne dass diese dadurch ihre Selbständigkeit verlieren (vgl. *BAG 25. Januar 1989 - 5 AZR 43/88 - zu II 1 der Gründe, aaO*). Gemäß § 2 Abs. 1 Gesamthafenbetriebsgesetz bestimmt der GHB dazu nach Maßgabe der geltenden Gesetze seine Rechtsform, Aufgaben, Organe und Geschäftsführung, speziell auch die Grundsätze für die Erhebung, Verwaltung und Verwendung von Beiträgen und Umlagen. Insbesondere obliegt es dem GHB, den Begriff der Hafenarbeit iSd. § 1 Abs. 1 Gesamthafenbetriebsgesetz bindend festzulegen. 25

(2) Zur Umsetzung dieses Gesetzeszwecks haben die Tarifvertragsparteien den GHB durch Errichtungsvereinbarung vom 1. März 1982 gebildet. Die Aufgaben des GHB bestehen nach § 2 Abs. 1 der Errichtungsvereinbarung darin, die in den Häfen anfallenden Arbeitsangelegenheiten auf die Gesamthafenarbeiter zweckmäßig und gerecht zu verteilen sowie die Gesamthafenarbeiter im Rahmen der geltenden Tarife und betrieblichen Vereinbarungen sozial zu betreuen. Die Errichtungsvereinbarung sieht die Bildung verschiedener Organe vor und bestimmt deren Aufgaben im Rahmen der Vorgaben des Gesamthafenbetriebsge- 26

setzes. Sie erstreckt sich aufgrund ihres Normcharakters und ihrer zwingenden Wirkung ähnlich einem Tarifvertrag (*vgl. § 4 Abs. 1 TVG*) auf alle vom Gesamthafenbetriebsgesetz erfassten Arbeitsrechtsbeziehungen und ist einem Tarifvertrag daher vergleichbar (*vgl. BAG 25. November 1992 - 7 ABR 7/92 - zu B II der Gründe, BAGE 72, 12*). Der nach § 3 der Errichtungsvereinbarung paritätisch besetzte Ausschuss für Personal und Arbeit erlässt gemäß § 4 der Errichtungsvereinbarung eine sowohl für Hafенbetriebe als auch für Gesamthafenarbeiter bindende Verwaltungsordnung, um die gestellten Aufgaben einer zweckmäßigen und gerechten Verteilung der Arbeitsangelegenheiten durchzuführen. Die Tarifvertragsparteien übertragen damit Regelungsbefugnisse auf dieses Beschlussorgan (*vgl. BAG 25. Januar 1989 - 5 AZR 43/88 - zu II 3 der Gründe mwN, BAGE 61, 29*). Der Ausschuss für Personal und Arbeit erließ die vom Senator für Arbeit der Freien Hansestadt Bremen genehmigte Verwaltungsordnung vom 5. September 1989, dessen zwingende Bestimmungen wie ein Tarifvertrag Rechtsnormcharakter aufweisen. Die Erledigung der laufenden Verwaltungsangelegenheiten ist nach § 6 Errichtungsvereinbarung dem GHBV übertragen. Er nimmt nach § 6 Errichtungsvereinbarung die Geschäftsführung wahr und vertritt den GHB.

(3) Der Genehmigungsvorbehalt des § 2 Abs. 2 des Gesamthafenbetriebsgesetzes ist auf die besondere Gefährdungslage im GHB zugeschnitten und hebt sich dadurch von dem allgemeinen Erlaubnisvorbehalt des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG ab (*vgl. Kolbe/Helmbold EuZA 2021, 406, 413; Petri Das Phänomen „Arbeitgeberzusammenschlüsse“ als Arbeitnehmerüberlassung S. 123 f.; Sandmann/Marschall/Schneider AÜG Stand: Oktober 2019 Art. 1 § 1 Rn. 43; aA Schüren/Hamann/Hamann AÜG 6. Aufl. § 1 Rn. 17; MHdB ArbR/Schüren 5. Aufl. § 144 Rn. 38*). 27

(a) Als Ausgleich für die weitreichenden Regelungsbefugnisse verlangt das Gesetz eine umfassende, auf die einzelnen Befugnisse des GHB bezogene staatliche Aufsicht. Soweit der GHB nach Maßgabe der geltenden Gesetze seine Rechtsform, Aufgaben, Organe und Geschäftsführung einschließlich der Grundsätze für die Erhebung, Verwaltung und Verwendung von Beiträgen und Umla- 28

gen bestimmt, müssen die Regelungen gemäß § 2 Abs. 2 Gesamthafenbetriebsgesetz durch die oberste Arbeitsbehörde des Landes genehmigt werden. Soweit der GHB gemäß § 2 Abs. 3 Gesamthafenbetriebsgesetz nichtgewerbsmäßige Arbeitsvermittlung durchführt, ist er der Aufsicht der Bundesagentur für Arbeit unterstellt und an deren Weisungen gebunden.

(b) Durch die in § 2 Abs. 2 letzter HS Gesamthafenbetriebsgesetz ausdrücklich bestimmte Widerruflichkeit der Genehmigung wird eine stetige staatliche Überwachung der Verwaltungspraxis gewährleistet. Etwaigen Missständen kann durch (Teil-)Widerruf begegnet werden (*Kolbe/Rieble ZfA 2015, 125, 156 f.; Löwisch/Rieble TVG 4. Aufl. § 4 Rn. 428b*). Der staatlichen Aufsicht unterliegt damit nicht zuletzt die dem GHB nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 Errichtungsvereinbarung obliegende Aufgabe, die Gesamthafenarbeiter im Rahmen der geltenden Tarife und betrieblichen Vereinbarungen zu betreuen. 29

(4) Die den Bestand des Arbeitsverhältnisses regelnden Bestimmungen in den § 9 Abs. 1, § 10 Abs. 1 AÜG finden auf die Beschäftigung der Gesamthafenarbeiter keine Anwendung. Das Gesamthafenbetriebsgesetz verfolgt gegenüber dem AÜG auch insoweit ein eigenständiges Regelungsziel, dem das Sanktionssystem des AÜG widerspricht. 30

(a) Der Gesetzgeber des AÜG geht davon aus, dass Arbeitnehmerüberlassung infolge von Konjunkturanfälligkeit und wechselnden Einsätzen allgemein mit Unsicherheiten für die Arbeitnehmer verbunden ist (*BT-Drs. 18/9232 S. 1*). Deshalb sollen die Bestimmungen des AÜG den arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Schutz der überlassenen Arbeitnehmer sicherstellen (*BT-Drs. VI/2303 S. 9*) und die Überlassung auf ihre Kernfunktion als Instrument der zeitlich begrenzten - vorübergehenden - Deckung des Arbeitskräftebedarfs im Einsatzbetrieb beschränken (*BT-Drs. 18/9232 S. 14*). Das AÜG zielt dabei auf eine generelle Stärkung der Stellung des Leiharbeitnehmers ab (*BT-Drs. 18/9232 S. 14*). Dem Leiharbeitnehmerschutz dient auch die Unwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 1a und Nr. 1b AÜG, die mithilfe des § 10 Abs. 1 AÜG zu einem Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes mit dem Entleiher führt (*BT-Drs. VI/2303 S. 13 f.*). Diese 31

zivilrechtliche Sanktion soll Verleiher und Entleiher zu einem gesetzmäßigen Verhalten veranlassen (*BT-Drs. VI/2303 S. 13*). Bei einem Wechsel des Vertragspartners nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG verbessert sich regelmäßig die Position des Leiharbeitnehmers. Der Inhalt des mit dem Entleiher gesetzlich begründeten Arbeitsverhältnisses bestimmt sich nach den im Entleiherbetrieb geltenden Vorschriften und Regelungen (§ 10 Abs. 1 Satz 4 AÜG). Zudem erhält der Leiharbeitnehmer eine dauerhafte Beschäftigungsperspektive in dem fingierten Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher.

(b) Demgegenüber konterkarierte ein dauerhaftes Arbeitsverhältnis mit dem Hafeneinzelbetrieb an Stelle des Gesamthafenbetriebs das Ziel des Gesamthafenbetriebsgesetzes. Die dort geregelte Ermächtigung der Tarifvertragsparteien, mit dem GHB für die Gesamthafenarbeiter einen besonderen Arbeitgeber zu schaffen, dient dem Interesse und Schutz der Beschäftigten an einer dauerhaften Beschäftigung in allen Betrieben des Gesamthafens (*vgl. HaKo-BetrVG/Kloppenburger 6. Aufl. § 1 Rn. 97; Richardi/Maschmann BetrVG 17. Aufl. § 1 Rn. 94*). Die Arbeitnehmer sollen nicht im Rahmen unstetiger, kurzfristiger Arbeitsverhältnisse zu den Hafeneinzelbetrieben („Tagelöhner“) beschäftigt, sondern vielmehr im Gesamthafen bedarfsorientiert bei allen Hafenbetrieben eingesetzt werden können. Durch die feste Bindung eines Gesamthafenarbeiters an einen bestimmten Hafeneinzelbetrieb kraft gesetzlicher Fiktion würden aber unstetige Arbeitsverhältnisse nicht vermieden, sondern vielmehr eine Situation hergestellt, die durch die Einrichtung des besonderen, die Hafeneinzelbetriebe zusammenfassenden Arbeitgebers gerade verhindert werden soll. 32

(c) Die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen Gesamthafenarbeiter und Hafeneinzelbetrieb kraft gesetzlicher Fiktion nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ist auch nicht durch das Unionsrecht veranlasst. 33

(aa) Der Senat kann offenlassen, ob der GHB die Gesamthafenarbeiter den Hafeneinzelbetrieben im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit zuweist und damit unter den Anwendungsbereich der Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit (*ABl. EU L 327 vom 5. Dezember 2008 S. 9, im Folgenden Leiharbeitsrichtlinie*) 34

fällt. Eine wirtschaftliche Tätigkeit besteht darin, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten. Dazu zählen auch Dienste, die - ohne dass es sich um eine Ausübung hoheitlicher Befugnisse handelte - im allgemeinen Interesse und ohne Erwerbszweck im Wettbewerb mit den Diensten von Wirtschaftsteilnehmern erbracht werden, die einen Erwerbszweck verfolgen (vgl. *EuGH 11. November 2021 - C-948/19 - [Manpower Lit] Rn. 37, 39*). Der Ausschluss einer erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit in § 1 Satz 2 Gesamthafenbetriebsgesetz steht damit einer wirtschaftlichen Tätigkeit des GHB nicht entgegen (*Schüren/Hamann/Hamann AÜG 6. Aufl. § 1 Rn. 17; Kolbe/Helmbold EuZA 2021, 406, 413; MHdB ArbR/Krois 5. Aufl. § 291 Rn. 108*). Ob das in § 11 Abs. 1 Verwaltungsordnung geregelte Personalgestellungsvorrecht des GHB der erforderlichen Wettbewerbssituation mit sonstigen Personaldienstleistern entgegensteht (so *Kolbe/Helmbold EuZA 2021, 406, 413*), braucht der Senat nicht zu entscheiden. Die Frage ist nicht entscheidungserheblich.

(bb) Die Leiharbeitsrichtlinie gibt die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer als zivilrechtliche Sanktion nicht vor (*EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 97*). Gemäß Art. 10 Abs. 2 Satz 1 der Leiharbeitsrichtlinie legen die Mitgliedsstaaten die Sanktionen fest, die im Falle eines Verstoßes gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung dieser Richtlinie Anwendung finden, und treffen die erforderlichen Maßnahmen, um deren Durchführung zu gewährleisten. Die Sanktionen müssen nach Art. 10 Abs. 2 Satz 2 der Leiharbeitsrichtlinie wirksam, angemessen und abschreckend sein. Die Leiharbeitsrichtlinie sieht damit keine eigenen Sanktionen vor, sondern überlässt deren Auswahl den Mitgliedsstaaten. Wegen der Vielzahl möglicher Verstöße gegen Vorschriften des AÜG durch Verleiher und Entleiher sowie möglicher Sanktionen ist die Auswahl wirksamer, angemessener und abschreckender Sanktionen iSv. Art. 10 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 der Leiharbeitsrichtlinie nicht Aufgabe der Gerichte für Arbeitssachen, sondern Sache des Gesetzgebers (*EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 97 ff.; BAG 26. April 2022 - 9 AZR 228/21 - Rn. 54, 56; 10. Dezember 2013 - 9 AZR 51/13 - Rn. 32 ff., BAGE 146, 384*). Daraus folgt, dass § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG auf die

35

spezielle Überlassungskonstellation nach dem Gesamthafenbetriebsgesetz auch aus unionsrechtlichen Erwägungen weder direkt noch analog Anwendung findet.

(5) Angesichts dieser Besonderheiten des Gesamthafenbetriebsgesetzes bedarf es keiner abschließenden Entscheidung, ob das Landesarbeitsgericht zu Recht davon ausgegangen ist, die Anwendung der den Bestand des Arbeitsverhältnisses regelnden Bestimmungen in den § 9 Abs. 1, § 10 Abs. 1 AÜG sei bereits deshalb ausgeschlossen, weil nach § 9 Abs. 4 Satz 1 der Verwaltungsordnung mit der Order durch die Verteilungsstelle des GHBV zwischen dem Hafeneinzelbetrieb und dem Gesamthafenarbeiter für die Dauer der Beschäftigung ein (zweiter) Arbeitsvertrag abgeschlossen werde. 36

(a) Zutreffend geht das Landesarbeitsgericht davon aus, dass es sich bei dem Abschluss eines tarifvertraglich fingierten Arbeitsvertrags für die Dauer des Einsatzes der Hafeneinzelbetrieb um eine gegenüber dem AÜG spezifische Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen Arbeitnehmer und Entleiher handelt. Grundsätzlich ist die Arbeitnehmerüberlassung iSd. AÜG durch eine spezifische Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher einerseits (dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) und zwischen Verleiher und Arbeitnehmer andererseits (dem Leiharbeitsvertrag) sowie durch das Fehlen einer arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Entleiher gekennzeichnet (*BAG 20. September 2016 - 9 AZR 735/15 - Rn. 29*). Letzteres wird im Rechtsfolgensystem des § 10 Abs. 1 iVm. § 9 Abs. 1 AÜG vorausgesetzt, weil das (bis dahin nicht bestehende) Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher erst durch § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG begründet wird. 37

(b) Ob durch § 9 Abs. 4 Satz 1 der Verwaltungsordnung ein zweites Arbeitsverhältnis im statusrechtlichen Sinne (*so für den GHB Hamburg BAG 25. November 1992 - 7 ABR 7/92 - zu B II der Gründe, BAGE 72, 12*) oder lediglich ein tatsächliches Beschäftigungsverhältnis (*so für den GHB Lübeck BAG 25. Januar 1989 - 5 AZR 43/88 - zu II 1 der Gründe, BAGE 61, 29*) begründet werden soll und ob den Tarifvertragsparteien die Normsetzungsbefugnis zukommt, losgelöst von einer rechtsgeschäftlichen Umsetzung aus sich heraus Arbeitsverhältnisse zu schaffen (*krit. MHdB ArbR/Klumpp 5. Aufl. § 239 Rn. 37; ErfK/Franzen*) 38

22. Aufl. TVG § 1 Rn. 43), bedarf ebenso wenig einer Entscheidung wie die Frage, ob und gegebenenfalls welche Bestimmungen des AÜG Anwendung finden, wenn der Leiharbeitnehmer neben dem Leiharbeitsverhältnis auch in einem Arbeitsverhältnis zum Entleiher steht. Durch das AÜG wird die Leiharbeitsrichtlinie umgesetzt. Die Leiharbeitsrichtlinie lässt zwar auch ein doppeltes Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitsunternehmen und dem Leiharbeitnehmer sowie zwischen dem entleihenden Unternehmen und dem Leiharbeitnehmer zu (*EuGH 11. April 2013 - C-290/12 - [Della Rocca] Rn. 40*), verlangt dieses aber nicht. Die Mindestvorgaben der Leiharbeitsrichtlinie werden bereits durch § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG gewahrt. Danach setzt die Überlassung zur Arbeitsleistung nur voraus, dass der Arbeitnehmer in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert ist und dessen Weisungen unterliegt.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

39

Kiel

Bubach

Suckow

Leitner

Stietzel