

Prekarisierung von Arbeitsverhältnissen – Regelung und Praxis in China

WANG Qian¹

Einleitung

„Prekarisierung“ ist kein rechtlicher Begriff, dieser passt aber am besten, um ein Phänomen darzustellen, das sowohl in China als auch in Deutschland aktuell ist, nämlich die Zunahme von schlecht bezahlten und unsicheren Arbeitsplätzen. Eine andere Bezeichnung wie Sonderarbeitsverhältnisse ist farblos und bezieht die Bedingungen der Tätigkeit und die Charakteristika des Arbeitsplatzes nicht ein, während unter „informelle Beschäftigungen“ oder „atypische Beschäftigungen“ auch selbständige Erwerbstätigkeiten wie das Treiben von kleinem Gewerbe fallen.

I. Vom Festbeschäftigungssystem zum Arbeitsvertragssystem

Der Ausgangspunkt ist in China ist ganz anders als in Deutschland. Um den Status Quo zu verstehen, ist eine Darstellung der Vergangenheit notwendig.²

1. Mitte der 50er Jahren bis Anfang der 80er Jahren

Nachdem die sog. „sozialistische Umgestaltung“ (社会主义改造)³ in den 50er Jahren des letzten Jahrhunderts durchgeführt wurde, entstand im Rahmen der Planwirtschaft ein staatliches Monopol an Arbeitskräften, entsprechend wurde ein sogenanntes „Festbeschäftigungssystem“ (固定工制度)

als überwiegende Beschäftigungsform in allen staatseigenen Unternehmen und Kollektivunternehmen gegründet. Ein Arbeitnehmer wurde nämlich einem Unternehmen zugewiesen und dort lebenslang beschäftigt. Diese beamtenartige Festbeschäftigung unterschied sich aber in vielen Hinsichten von einem unbefristeten Arbeitsverhältnis in einer Marktwirtschaft: Erstens waren Rechte und Pflichten durch administrative Verwaltung statt durch den Mechanismus des Arbeitsvertrags zu bestimmen. Zweitens war dieses Verhältnis in der Regel nicht zu kündigen und nur in ganz seltenen Ausnahmefällen zu beenden wie z.B. bei einem schwerwiegenden Verstoß gegen die Arbeitsdisziplin. Schließlich wurden die Beschäftigten in Bezug auf soziale Sicherung und Wohlfahrt durch die anstellenden Unternehmen umfassend versorgt.⁴ Daher kann man gut nachvollziehen, warum diese Arbeitsstellen als „eiserne Reisschüssel“ (铁饭碗) bezeichnet werden. Neben diesen sog. „Festbeschäftigten“ wurden auch Leute zur Deckung von vorübergehendem Mehrbedarf an Arbeitskräften wie z.B. Saisonarbeit unter Mitwirkung der Arbeitsbehörde eingestellt, sie machten aber nur 10% aller städtischen Beschäftigten⁵ aus und eine spätere Aufnahme als „Festbeschäftigte“ war ausgeschlossen.⁶

¹ Die Autorin ist Doktorandin an der Universität Bremen. Ihr Promotionsvorhaben zum Kündigungsschutz und Befristungskontrolle im chinesischen Arbeitsrecht betreut Prof. Dr. Wolfgang Däubler. Dieser Betrag beruht teilweise auf einem Vortrag der Verfasserin, den sie bei der Heidelberger Vortragsreihe über chinesisches Recht im Dezember 2009 an der Universität Heidelberg gehalten hat.

² Eine systematische Darstellung der historischen Entwicklung sowie aktueller Situation des chinesischen Arbeitsrechts findet man in zwei klassischen Lehrbüchern auf Chinesisch. Guan Huai/Lin Jia (Hrsg.) (关怀/林嘉), Arbeitsrecht (劳动法), Beijing 2006; Wang Quanxing (王全兴), Arbeitsrecht (劳动法), 3.Auflage, Beijing 2008.

³ Gemeint sind die Verstaatlichung der Industrie und die Kollektivierung der Landwirtschaft nach dem Vorbild der Sowjetunion.

⁴ Erst in den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts wurde ein System überbetrieblicher sozialer Sicherung eingeführt. Vorher mussten die Unternehmen die Fürsorgepflicht gegenüber ihren Beschäftigten sowie deren Familienangehörigen tragen, die nicht nur Absicherung gegen Lebensrisiken wie Alter, Krankheit und Berufsunfall umfasste, sondern auch das Zurverfügungstellen von Wohnungen und Gemeinschaftseinrichtungen wie Badehaus und Kindergarten beinhaltete.

⁵ Diese Daten stammen jeweils aus dem amtlichen Protokoll von Shanghai und der Provinz Shandong (<http://www.shtong.gov.cn/node2/node2245/node67474/node67479/node67513/node67523/userobject1ai64519.html>, Aufruf: 10.12.2007; http://www.shandong.gov.cn/art/2005/12/24/art_6385_168735.html, Aufruf: 10.12.2007).

⁶ Die relevanten Vorschriften findet man in den „Vorläufigen Bestimmung zur Verbesserung des Einsatzes und der Verwaltung von vorübergehenden Beschäftigten“ (国务院关于改进对临时工的使用和管理的暂行规定) vom 03.10.1965.

Charakteristisch für das System ist eine extreme Stabilität ohne Effizienz. Die „Festbeschäftigten“ brauchten einerseits nicht zu fürchten, ihren Arbeitsplatz zu verlieren, andererseits war ein Wechsel zu einem anderen Unternehmen aus eigenem Wunsch fast unmöglich. Die Unternehmen waren keine Arbeitgeber im eigentlichen Sinne und verfügten kaum über ein Selbstbestimmungsrecht im Personalbereich. Es herrschte daher in vielen Unternehmen Ineffizienz und personelle Überbelegung. Nur durch die bereits erwähnte beschränkte Möglichkeit der Besetzung mit „vorübergehenden Beschäftigten“, die zur flexiblen Gestaltung des Unternehmensbetriebs dienen sollte, wurden Risiken und Lasten auf diese Gruppe von Arbeitnehmern abgewälzt.

2. Die vier Regelungen im Jahr 1986

Anfang der 80er Jahre begann in China die Phase der Reform- und Öffnungspolitik. Die angestrebte „Verbesserung der Funktionsweise der Planwirtschaft“ erforderte eine Änderung der Arbeitsverhältnisse. 1986 wurden vier Bestimmungen über die Einführung des Arbeitsvertragssystems in staatlichen Unternehmen erlassen.⁷ Danach waren nun bei neuen Einstellungen nicht nur für vorübergehenden Bedarf, sondern auch für solche Stellen, die eigentlich von „Festbeschäftigten“ zu besetzen waren, Arbeitsverträge abzuschließen. Die Frist eines Arbeitsvertrags war durch Verhandlungen der Vertragsparteien zu bestimmen, ein Arbeitsverhältnis kam durch Fristablauf zu Ende und konnte nur mit der Zustimmung beider Vertragsparteien verlängert werden. Gleichzeitig wurde die Kündigung etwas erleichtert; man durfte sich nun von einem langzeiterkrankten Arbeitnehmer trennen. Auch die Entlassung bei Konkurs oder Sanierung des Unternehmens wurde erlaubt – im Festbeschäftigungssystem wurde nämlich kein Konkurs eröffnet⁸ und bei der Schließung eines Unternehmens wurden die betroffenen Beschäftigten anderen Unternehmen zugewiesen.

⁷ Diese waren die „Vorläufige Bestimmung über die Anstellung von Arbeitnehmern in staatlichen Unternehmen“ (国营企业招用工人暂行规定), die „Vorläufige Bestimmung zur Durchführung des Arbeitsvertragssystems in staatlichen Unternehmen“ (国营企业实行劳动合同制暂行规定), die „Vorläufige Bestimmung über die Disziplinar Kündigung von Angestellten und Arbeitern in staatlichen Unternehmen“ (国营企业辞退职工暂行规定) und die „Vorläufige Bestimmung über die Arbeitslosenversicherung für Angestellte und Arbeiter in staatlichen Unternehmen“ (国营企业职工待业保险暂行规定) vom 12.07.1986. Eine deutsche Übersetzung dieser vier Bestimmungen von Frank Münzel findet man auf der folgenden Webseite: <http://www.chinas-recht.de> (Aufruf: 01.12.2009). Lutz-Christian Wolff und Andreas Lauffs haben jeweils in ihren Dissertationen die genannten vier Regelungen 1986 eingehend analysiert. Lutz-Christian Wolff, *Der Arbeitsvertrag in der Volksrepublik China nach dem Arbeitsvertragssystem von 1986*, Hamburg, 1990; Andreas Lauffs, *Das Arbeitsrecht der Volksrepublik China*, Hamburg 1990.

⁸ Dies änderte sich erst, als am 03.08.1986 in Shenyang über ein staatseigenes Unternehmen der Konkurs eröffnet wurde.

Man kann sagen, in Vergleich zur Vergangenheit wurde vor allem die Befristung fast unbeschränkt zugelassen und sogar gefördert. Für die Unternehmen bedeutete es eine Erweiterung des Spielraums, weil sie nun im Rahmen der eigenen betriebswirtschaftlichen Planung selbst bestimmen konnten, für wie lange ein Arbeitsplatz zu besetzen war, und daher bei Bedarf flexibler reagieren konnten. Für Arbeitnehmer war einerseits vom Vorteil, dass er mehr Freiheit bei der Berufswahl bekam und nach dem Ende eines befristeten Arbeitsverhältnisses zu einem anderen Unternehmen wechseln konnte. Andererseits wurde die Arbeitsplatzgarantie der Steigerung der wirtschaftlichen Effizienz geopfert. Denkt man aber daran, dass das „Festbeschäftigungsverhältnis“ parallel mit dem Arbeitsverhältnis auf Vertragsbasis existierte und im Jahr 1993 noch 68,7% aller Arbeitnehmer im Staatssektor eine lebenslange Festanstellung hatten,⁹ ist das Instrument der befristeten Arbeitsverträge im Hinblick auf das Ziel der Zerstörung des starren „Festbeschäftigungssystems“ zu begrüßen.

3. Gründung des Arbeitsvertragssystems durch das Arbeitsgesetz von 1994

Nach der viel zitierten „Reise in den Süden“ (南巡讲话) von Deng Xiaoping wurde 1992 der Aufbau einer sozialistischen Marktwirtschaft als Ziel der Reformpolitik festgelegt. Zwei Jahre später wurde am 05.07.1994 das Arbeitsgesetz verabschiedet.¹⁰ Zum ersten Mal wurden für alle wichtigen Bereichen des Arbeitslebens von der Beschäftigungsförderung über die Arbeitszeit bis zu Arbeitsstreitigkeiten grundlegende Regelungen festgelegt. Dadurch sollte das Arbeitsvertragssystem landesweit in allen Unternehmen eingeführt und das alte Festbeschäftigungssystem ersetzt werden.¹¹ Die Unternehmen konnten als Arbeitgeber nun durch Verhandlung mit allen ihren Beschäftigten – nicht nur mit neu eingestellten – befristete oder unbefristete

⁹ Andreas Lauffs, in: Editor's Note, *China Law & Practice*, 1994 (vii), S. 37.

¹⁰ 中华人民共和国劳动法 . Eine deutsche Übersetzung des Arbeitsgesetzes von Frank Münzel und seine Anmerkungen findet man auf der folgenden Webseite: <http://www.chinas-recht.de> (Aufruf: 01.12.2009). Andere Kommentare und Aufsätze über dieses Gesetz auf Deutsch sind z.B. Bauer/Diem, *Das Arbeitsgesetz der Volksrepublik China*, NZA 1997, S. 978 ff.; Rolf Geffken, *Arbeit in China*, Hamburg 2004, S. 54 ff. Weitere Literatur findet man bei „Bibliography of Academic Writings in the Field of Chinese Law in Western Languages“, jährlich geführt von Pijbler in ZChinR.

¹¹ Das Ziel wurde in der „Mitteilung über die umfassende Einführung des Arbeitsvertragssystems des Arbeitsministeriums“ (劳动部关于全面实行劳动合同制的通知) vom 24.08.1994 wörtlich festgelegt. Online: <http://www.people.com.cn/item/flfgk/gwyfg/1994/L35901199402.html> (Aufruf: 07.12.2009). Für den Fall, dass der „Festbeschäftigte“ den Abschluss eines Arbeitsvertrags ablehnt, waren die Unternehmen nach erfolgloser Verhandlung durch „Die Antworten zu einigen Fragen über Abschluss von Arbeitsverträgen mit Festbeschäftigten“ (劳动部办公厅关于固定工签订劳动合同有关问题的复函) des Arbeitsministeriums vom 26.04.1996 berechtigt, das Arbeitsverhältnis einseitig aufzulösen, online: <http://www.people.com.cn/item/flfgk/gwyfg/1996/L35101199614.html> (Aufruf: 07.12.2009).

stete Arbeitsverträge schließen. Dabei wurden allerdings befristete Arbeitsverhältnisse als Hauptmodell der Beschäftigung gefördert. Es gab fast keine gesetzliche Beschränkung.¹² Zuerst war eine Befristung ohne jeglichen Sachgrund zulässig; dann konnte ein befristetes Arbeitsverhältnis immer wieder verlängert werden; schließlich brauchte der Arbeitgeber bei Fristablauf keine Abfindung zu leisten, während diese bei Kündigungen aus Gründen zu zahlen war, die der Arbeitnehmer nicht zu vertreten hatte. Der Arbeitgeber war nur dann zum Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags verpflichtet, wenn erstens der Arbeitnehmer mindestens zehn Jahre bei ihm ununterbrochen gearbeitet hat, sich zweitens beide Seiten auf die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses geeinigt hatten, und drittens der Arbeitnehmer den Wunsch nach einem unbefristeten Arbeitsvertrag deutlich geäußert hatte.¹³ Hinsichtlich der Kündigung gab es weitere Lockerungen. Sowohl konnte ein Arbeitnehmer gekündigt werden, der seiner Arbeit nicht gewachsen war, als auch waren Massenentlassungen erlaubt, wenn bei Produktion und Betrieb ganz erhebliche Schwierigkeiten auftreten.¹⁴ Trotzdem lag der Kündigungsschutz immer noch auf einem hohen Niveau.

II. Prekarisierung von Arbeitsverhältnissen im Prozess der Informalisierung der Beschäftigung

Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, welche Wirkungen diese Regelungen des Arbeitsgesetzes hatten. Dabei erscheint eine isolierte Betrachtung nicht zielführend, vielmehr muss man immer die politischen, wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse des Zeitraums vor und nach Inkrafttreten des Arbeitsgesetzes berücksichtigen.

1. Hintergrund der Informalisierung der Beschäftigung

Der Kurswechsel zur Marktwirtschaft hat nicht nur einen Wachstumsschub ausgelöst, sondern auch zu einer tiefgehenden Änderung der Beschäftigungsstruktur beigetragen. Der Anteil der Erwerbstätigen im Dienstleistungssektor stieg von 12,2% im Jahr 1978 auf 33,2% im Jahr 2008.¹⁵ Mit der Zulassung und Förderung ausländischer und einheimischer Investitionen wurden entsprechend immer mehr Arbeitskräfte von der Privatwirtschaft gebraucht. Während 1978 noch 99,8% aller städtischen Beschäftigten in staatseigenen Unternehmen und Kollektivunternehmen arbeiteten, sank der Anteil auf nur noch 37,3% im Jahr 2001.¹⁶ Zugenommen haben auch die selbständigen Tätigkeiten. Diese drei Faktoren haben dazu geführt, dass sowohl der informelle Sektor¹⁷ gewachsen ist, als auch die informelle Arbeit im formellen Sektor. Woher kommen aber diese neuen Arbeitskräfte? Neben den Arbeitslosen und den neu auf den Arbeitsmarkt kommenden waren es vor allem zwei besondere Arbeitnehmer-Gruppen, nämlich städtische Freigesetzte und ländliche Wanderarbeiter.¹⁸

Wie oben geschildert waren die Staatsunternehmen schon seit langem ineffizient und personell überbesetzt. Wegen ihrer anhaltend negativen Bilanz beschloss die Regierung in der zweiten

¹⁵ Innerhalb desselben Zeitraums ist der Anteil der Erwerbstätigen im Primärsektor von 70,5% im Jahr 1978 auf 39,6% im Jahr 2008 drastisch gesunken, während der Anteil im industriellen Sektor kontinuierlich um etwa 10% gestiegen ist. Diese Daten stammen aus einem Bericht über die Entwicklung der Beschäftigung seit der Gründung der VR China (新中国成立系列报道之六: 多方面就业格局初步形成, 规模显著扩大), online: http://www.stats.gov.cn/tjfx/ztfx/qzxyzgl60zn/t20090914_402586654.htm (Aufruf: 17.12.2009).

¹⁶ Diese Daten stammen aus dem Weißbuch über die Arbeit und Sozialversicherung der VR China, das im April 2002 vom Presseamt des Staatsrats der VR China veröffentlicht wurde. (《中国的劳动和社会保障状况》白皮书). Eine deutsche Übersetzung findet man auf der folgenden Webseite: http://german.china.org.cn/politics/documents/txt/2004-04/30/content_2112094.htm (Aufruf: 17.12.2009).

¹⁷ Durch die „XVth International Conference of Statisticians“ im Januar 1993 in Genf wurde der informelle Sektor wie folgt definiert: Der informelle Sektor besteht aus Betrieben, die in der Produktion von Waren und Dienstleistungen mit dem primären Ziel tätig sind, Beschäftigung und Einkommen für die betreffenden Personen zu erzielen. Die Produktionsbetriebe in diesem Sektor arbeiten auf niedriger Organisationsstufe ohne oder fast ohne Trennung zwischen den Produktionsfaktoren Arbeit und Kapital und in kleinem Rahmen und weisen die charakteristischen Merkmale von Privathaushalten auf, deren Inhaber die notwendigen Mittel auf eigenes Risiko aufbringen müssen. Darüber hinaus sind die Produktionsausgaben oft nicht von den Haushaltsausgaben zu trennen.

¹⁸ Weil es sich bei den städtischen Freigesetzten meistens um ältere Arbeitnehmer über 40 handelt und die ländlichen Wanderarbeiter schlecht qualifiziert sind, werden sie oft diskriminiert und bekommen selten einen regulären Arbeitsvertrag. Nach einer Umfrage der Gewerkschaft der Stadt Shanghai im Jahr 2003 kamen 50,59% der befragten Leiharbeiter aus dem Land und 21,43% waren ursprünglich städtische Freigesetzte. Tu Guoming (屠国明), Die aktuelle Situation der Arbeitnehmerüberlassung in Shanghai, deren Probleme und Lösungsansätze (上海市企业劳务用工的现状、问题和对策), in: Zhou Changzheng (Hrsg.) (周长征), Die Entwicklung der Arbeitnehmerüberlassung und deren Regulierung (劳动派遣的发展与法律规制), Beijing 2007, S. 15.

¹² Die einzige Regelung über Befristung im Arbeitsgesetz ist § 20.

¹³ Durch die „Mitteilung in Bezug auf einige Fragen bei der Durchsetzung des Arbeitsvertragssystems des Arbeitsministeriums“ (劳动部关于实行劳动合同制度若干问题的通知) vom 31.10.1996 wurde diese Verpflichtung des Arbeitgebers zum Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags auch bei drei anderen Konstellationen vorgesehen: 1. Wenn der Arbeitnehmer schon mehrere Jahre gearbeitet hat und in zehn Jahren das Rentenalter erreichen wird; 2. wenn demobilisierte oder altgediente Soldaten sowie Offiziere zum ersten Mal in einen Zivilberuf überwechseln; 3. wenn andere in gesetzlichen Bestimmungen geregelten Umstände vorliegen. Auf den ersten Blick scheint es, dass diese Regelung von 1996 den Abschlusszwang zugunsten des Arbeitnehmers erweitert hat, in der Praxis wurde sie aber dahin ausgelegt, dass unbefristete Arbeitsverträge nur unter den genannten Voraussetzungen abzuschließen waren, nicht etwa nach freier Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Vgl. Cui Hao (崔浩), Zusammenfassung von Forschungsergebnissen über die Befristung von Arbeitsverträge (劳动合同期限研究综述), in: Dong Baohua (Hrsg.) (董保华), Forschung rund um den Arbeitsvertrag (劳动合同研究), Beijing 2005, S. 141.

¹⁴ Die wichtigsten Regelungen im Arbeitsgesetz über arbeitgeberseitige Kündigung sind §§ 25 bis 30.

Hälfte der 90er Jahre, eine Umstrukturierung der Staatsunternehmen und Personalreduktion durchzuführen. Dieser Personalabbau sollte in einer sanfteren Form als die direkte Entlassung erfolgen.¹⁹ Die Beschäftigte wurden „freigesetzt“ (下岗) und konnten in sog. „Wiederbeschäftigungszentren“ (再就业中心) kostenlose berufliche Schulung und Arbeitsvermittlung bekommen, wobei ihre Arbeitsverhältnisse mit den staatlichen Betrieben aufrechterhalten und ihnen der „Grundlebensunterhalt“ (基本生活费) als eine Art Existenzminimum gezahlt wurde. Diese Übergangsphase wurde aber auf drei Jahre begrenzt, spätestens nach Ablauf dieser Zeit mussten ihre Arbeitsverträge grundsätzlich aufgelöst werden, auch wenn sie keine neue Beschäftigung begonnen hatten. Nach einem Bericht sollen zwischen 1998 und 2001 insgesamt 25,5 Millionen Arbeiter und Angestellte freigesetzt worden sein, davon waren mehr als 16,8 Millionen in eine neue Beschäftigung gegangen.²⁰

Ein anderes Phänomen chinesischer Art ist die Wanderung der „Bauernarbeiter“ (农民工) vom Land in die Städte in einer ungeheueren Dimension. Ein wichtiger Grund für den Beginn dieser Migration in den 80er Jahren in eigenem Land liegt in dem sog. Hukou-System, einem Haushaltsmeldesystem, durch das die chinesischen Bürger seit Mitte der 50er Jahre des letzten Jahrhunderts in zwei Kategorien der ländlichen und städtischen Haushalte eingeteilt wurden²¹ und somit eine Mobilität der Arbeitskräfte kaum möglich war. Anfang der 80er Jahre beschleunigte sich der Prozess der Industrialisierung und Urbanisierung in China, so dass eine große Zahl von überflüssigen Arbeitskräften im Agrarsektor entstand, während die Beschäftigungsmöglichkeiten in den Städten gewaltig zunahmen. Entsprechend wurde die strenge Kontrolle dieser Meldepflicht von Staat

gelockert, was dazu führte, dass immer mehr Menschen vom Land in die Städte einströmen, um dort einen besser bezahlten Job zu finden.²² Bis Ende 2008 soll es mehr als 140 Millionen Wanderarbeiter in China gegeben haben²³ und die Tendenz einer steigenden Zuwanderung scheint in absehbarer Zeit kein Ende zu haben.

2. Befristete Arbeitsverträge als typische Beschäftigungsform

Nachdem man diesen Hintergrund kennengelernt hat, fällt es viel leichter zu verstehen, warum sich die Auswirkung der befristeten Arbeitsverhältnisse in den zehn Jahren nach Inkrafttreten des Arbeitsgesetzes stark geändert hat. Ganz am Anfang wurden befristete Arbeitsverträge noch als Mittel der Flexibilisierung gefördert, um das starre Festbeschäftigungssystem komplett durch das Arbeitsvertragssystem zu ersetzen. Dabei wurden in Staatsunternehmen, die damals noch die dominante Unternehmensform darstellten, vor allem mittel- bis langfristige sowie auch unbefristete Arbeitsverträge als ein sanfter Übergang von der Festbeschäftigung zu einer Anstellung auf Vertragsbasis angeboten. Diese Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt haben sich dann mit der zunehmenden wirtschaftlichen Liberalisierung geändert. Im Prozess der Umstrukturierung der Staatsunternehmen wurden viele von ihnen stillgelegt oder privatisiert, so dass immer mehr Leute im Privatsektor einen neuen Job finden mussten. Im Privatunternehmen wurden aber kurzfristige Verträge bevorzugt, weil diese dem Arbeitgeber die höchste Flexibilität bieten konnten.²⁴

Oben wird schon erwähnt, dass nach dem Arbeitsgesetz für die Befristung eines Arbeitsvertrags kein sachlicher Grund erforderlich war und Kettenarbeitsverhältnisse²⁵ ebenfalls erlaubt wurden. Zur Kündigung hingegen brauchte der Arbeitgeber immer einen gesetzlichen Grund, musste auf ein bestimmtes Verfahren beachten und eine beträchtliche Summe als Abfindung zahlen. Daher wollten private Arbeitgeber im Regelfall keine langfristigen oder unbefristeten Verträge abschließen, um mögliche Schwierigkeiten bei einer Kündigung zu vermeiden. Die Zulässigkeit einer solchen

¹⁹ Die wichtigsten zwei Regelungen darüber sind die „Mitteilung über die Gewährleistung des Grundlebensunterhalts und Förderung der Wiederbeschäftigung von freigesetzten Arbeitnehmern staatlicher Betriebe“ durch das Staatskomitee der KPCh und des Staatsrates (中共中央国务院关于切实做好国有企业下岗职工基本生活保障和再就业工作的通知) vom 22.06.1998 und die „Mitteilung über die Gewährleistung des Grundlebensunterhalts von freigesetzten Arbeitnehmern staatlicher Betriebe und Rentenzahlung an Ruheständler in Betrieben“ durch den Staatsrat (国务院办公厅关于进一步做好国有企业下岗职工基本生活保障和企业离退休人员养老金发放工作若干问题的通知) vom 03.02.1999, online: <http://www.people.com.cn/GB/shizheng/252/7486/7487/20020225/673407.html> (Aufruf: 07.12.2009) und http://law.baidu.com/pages/chinalawinfo/2/20/ed43e94feb11d6c04a719d2ac0767f9c_0.html (Aufruf: 07.12.2009).

²⁰ Diese Daten stammen aus dem Weißbuch über die Arbeit und Sozialversicherung der VR China, Fn. 16.

²¹ Jeder bekam von Geburt an einen Hukou wie der seiner Eltern und der Status als Stadtbürger war nur in sehr seltenen Ausnahmefällen wie z.B. durch Unibesuch von einem Bauernkind zu erlangen. Innerhalb dieses dualistischen Systems der Stadt-Land-Trennung hatte nur die städtische Bevölkerung Privilegien bezüglich der Arbeitsfindung, Zugang zu Wohnungen und sozialen Leistungen wie kostenloser Krankenversorgung in Städten, während der ländlichen Bevölkerung das Ackerland zugewiesen wurde.

²² Näheres über die ländlichen Wanderarbeiter in China siehe Cai Heping, Ländliche Wanderarbeiter in der Volksrepublik China - Probleme und Lösungsansätze, ZIAS 2006, S. 298 ff.

²³ Diese Daten stammen aus der folgenden Webseite: http://www.stats.gov.cn/tjgb/qttjgb/qgqttjgb/t20090519_402559984.htm (Aufruf: 17.01.2009).

²⁴ Näheres über die Problematik der Missbräuche der Probezeit und der Anstellung ohne schriftlichen Vertrag siehe Qian WANG, Teilzeitbeschäftigung nach dem neuen AVG der VR China, China Aktuell 1/2008, S. 175 f.

²⁵ Mit demselben Arbeitgeber werden mehrere befristete Arbeitsverträge hintereinander abgeschlossen.

Gestaltung, die in Deutschland vom Bundesarbeitsgericht als rechtswidrige Umgehung des Kündigungsschutzes betrachtet wird, wurde in China aber lange Zeit nicht in Frage gestellt. Auf der 19. Sitzung des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses wurde berichtet, dass im Zeitraum von 2003 bis 2005 60% der Arbeitsverträge mit einer Frist von weniger als drei Jahren abgeschlossen wurden und in manchen Fällen darunter sogar für jedes Jahr ein neuer Vertrag, während nur 20% der Verträge unbefristet waren und diese vor allem in staatlichen Unternehmen existierten.²⁶ Hieraus folgt, dass befristete Arbeitsverträge in China keine atypische, sondern die typische Beschäftigungsform geworden sind.

Die Folge war eine erhebliche Instabilität von Arbeitsverhältnissen, die gravierenden Probleme auslöste²⁷: Erstens mussten sich wegen des Überangebots an Arbeitskräften die meisten Arbeitnehmer um eine Arbeitsstelle bemühen und waren daher zumeist nicht in der Lage, mit ihren Arbeitgebern über die Vertragsfrist zu verhandeln. Der Arbeitgeber konnte dann auch bei einer faktisch langjährigen Beschäftigung einen kurzfristigen Vertrag schließen, damit er je nach Bedarf diesen Vertrag ablaufen oder verlängern konnte, so dass das Betriebsrisiko auf den Arbeitnehmer abgewälzt wurde. Zweitens, traute sich der Arbeitnehmer nicht, den Arbeitsplatz durch die Geltendmachung eigener Rechte zu riskieren, weil es von dem Willen des Arbeitgebers abhing, ob das befristete Arbeitsverhältnis verlängert wurde. Drittens war die Gefahr groß, dass man nach dem „goldenen Alter“ von 16 bis 35 nicht mehr beschäftigt wurde.²⁸ Der Arbeitgeber konnte ältere Arbeitnehmer nach Fristablauf einfach rausschmeißen, ohne jegliche Abfindung zahlen zu müssen. Viertens hatten aufgrund des fehlenden Zugehörigkeitsgefühls und der hohen Fluktuationsquote weder die Arbeitgeberseite noch die Arbeitnehmerseite großes Interesse an Investitionen in die Weiterbildung, sodass man

sich in der Wirtschaft oft über einen zunehmenden Mangel an Fachkräften beschwerte.²⁹ Zusammenfassend kann man sagen, dass der Kündigungsschutz wegen der Umgehung in Form schrankenloser Befristungsmöglichkeit nicht richtig funktionieren konnte, so dass die Existenzgrundlage und Lebensplanung der Arbeitnehmer wegen dieser mangelhaften Regelung des Arbeitsgesetzes nur in begrenztem Umfang gesichert waren, was sich auch negativ für den Arbeitgeber auswirken konnte wegen der fehlenden Innovation seiner Belegschaft.

3. Zuwachs der Teilzeitarbeit und Leiharbeit als neue Form der flexiblen Beschäftigung

Ende der 90er Jahren tauchten auch andere Beschäftigungsformen auf wie z.B. die Teilzeitbeschäftigung und Leiharbeit, die in der folgenden Zeit ein enormes Wachstum erfahren haben. Genaue Daten darüber sind aber nicht verfügbar. Da in der chinesischen Statistik im Allgemeinen der Terminus „flexible Beschäftigung“ (灵活用工) benutzt wird, worunter auch individuelle Gewerbetreibende oder Haushaltshilfen fallen, sind die Zahlen von Teilzeitbeschäftigten und Leiharbeitern nur schwer zu schätzen. Zum Beispiel liest man in der „Statistischen Analyse der Situation der flexiblen Beschäftigung in China“³⁰ von dem damaligen Arbeitsministerium, dass die Gesamtzahl der flexibel Beschäftigten im Jahr 2003 47 Millionen betrug, davon sollten Teilzeitbeschäftigte und Leiharbeiter insgesamt nicht mehr als 7 Millionen sein. Anderen Berichten zufolge gibt es allerdings allein in der Baubranche schon 10 Millionen Leiharbeiter,³¹ während in Shanghai mindestens eine Million Arbeitnehmer teilzeitbeschäftigt seien.³²

Im Arbeitsgesetz waren noch keine Regelungen über diese neuen Formen von Arbeitsverhältnissen zu finden, und bis zu dem ersten Entwurf des AVGes Ende 2005 hat die zentrale Gesetzgebung nicht darauf reagiert. Nur bezüglich der Teilzeitarbeit wurden 2003 „Ansichten zu einigen Fragen der Teilzeitbeschäftigung“ vom damaligen Arbeitsmi-

²⁶ Büro für Verwaltungsrecht des Rechtskomitees vom Ständigen Ausschuss des NVK (全国人大常委会议法制工作委员会行政法室), Dokumente zum Entwurf des AVG (劳动合同法草案参考), Beijing 2006, S. 89.

²⁷ Ähnliche Kritik an dieser Tendenz auch von JIANG Yin (姜颖), Vorschläge zur Gesetzgebung über die Befristung von Arbeitsverträgen (劳动合同期限的立法探讨), in: Zeitschrift für Rechtswissenschaft (法学杂志), 5/2006, S. 17 ff; ZHENG Aiqing (郑爱青), Die Befristungskontrolle nach dem französischen Arbeitsrecht und deren Inspiration für chinesische Gesetzgebung (法国的劳动合同期限及对我国劳动合同立法的启示), in: Zeitung für Arbeit und Sozialversicherung (中国劳动保障报) vom 05.02.2002. Eine andere Ansicht vertreten DONG Baohua (董保华), Überlegungen über unbefristete Arbeitsverträge (再析不定期劳动合同), in: ders. (Hrsg.), Forschung rund über den Arbeitsvertrag (劳动合同研究), Beijing 2005, S. 120 ff.

²⁸ Nach der Statistik von „China Labour Market“ betrug 2005 der Bedarf an Arbeitskräften mit einem Alter von 16 bis 35 insgesamt 69,29% der Nachfrage, während Arbeitskräfte über 45 von nur 3,96% der Arbeitgeber gewünscht wurden. Online: <http://www.lm.gov.cn/lmdb/index.htm> (Aufruf: 17.12.2009).

²⁹ Nach einer Studie des Forschungsinstituts für Personalwissenschaft werden in China im Jahr 2010 ca. 20 Millionen Fachkräfte fehlen. Online: <http://www.sgedu.gov.cn/cms/app/info/doc/index.php/26621> (Aufruf: 15.12.2009).

³⁰ Ministerium für Arbeit und soziale Sicherung, Statistische Analyse der Situation der flexiblen Beschäftigung in China (关于我国灵活就业情况的统计析), online: http://www.molss.gov.cn/gb/news/2005-12/01/content_103633.htm (Aufruf: 11.12.2009).

³¹ JIANG Yue (蒋月), Die Orientierung bei der Gesetzgebung über die Arbeitnehmerüberlassung aus einer Perspektive der Branchenentwicklung (从行业角度看中国劳动力派遣立法的价值取向), in: ZHOU Changzheng (Hrsg.) (周长征), Die Entwicklung der Arbeitnehmerüberlassung und deren Regulierung (劳动派遣的发展与法律规制), Beijing 2007, S. 325.

³² LIU Chang (刘畅), Anwendung und Verwaltung der Teilzeitbeschäftigung (非全日制用工的使用与管理), in: China Labour (中国劳动) 6/2007, S. 37.

nisterium erlassen.³³ In einigen Provinzen gab es lokale Vorschriften, diese waren aber oft lückenhaft und ganz unterschiedlich.

Zwei Studien aus den Jahren 2003³⁴ und 2006³⁵ zeigen durch Vergleich zwischen weiblichen Arbeitnehmern in „flexibler Beschäftigung“ und denjenigen in Standardarbeitsverhältnissen, dass eine Diskriminierung dieser neuen Arbeitnehmergruppen in vieler Hinsicht besteht: Nicht nur war das Arbeitsentgelt der „flexibel Beschäftigten“ im Vergleich zur Stammebelegschaft erheblich niedriger, sondern sie wurden auch bei Zusatzleistungen, Weiterbildungen, Förderungen sowie Arbeitschutz oft benachteiligt oder ausgeschlossen; schließlich konnten sie kaum von der Sozialversicherung profitieren. Bei der Arbeitnehmerüberlassung war die Situation noch komplizierter wegen des Dreiecksverhältnisses zwischen Verleiher, Entleiher und Leiharbeiter. Zum Beispiel nutzte der Entleiher oft den Nicht-Arbeitgeber-Status als Ausrede und weigerte sich, Verantwortung zu tragen, wenn der Leiharbeiter seine Rechte geltend machen wollte, während Verleiher nicht selten ohne Registrierung illegal operieren und kaum in der Lage sind, die Pflichten als Arbeitgeber zu erfüllen. Das Schlimmste liegt darin, dass zunehmend Stammebelegschaft durch informell Beschäftigte ersetzt wurde. Nach einer Untersuchung der Gewerkschaft der Stadt Shanghai sind im Jahr 2004 die regulären Stellen um 30,2% geschrumpft, während innerhalb derselben Zeit der Einsatz von Leiharbeitern um 26,4% gewachsen ist.³⁶

III. Neue Regelungen im Arbeitsvertragsgesetz und offen gebliebene Fragen

Nach zwei Jahren eingehender Diskussion und vier Entwürfen hintereinander wurde am 29.06.2007 das Arbeitsvertragsgesetz³⁷ (im Folgen-

den AVG) verabschiedet und ungefähr ein Jahr später eine Verordnung zur Durchsetzung des AVG³⁸ vom Staatsrat erlassen. Während das Arbeitsgesetz 1994 noch zur landesweiten Einführung des Arbeitsvertragssystems beitragen und somit der Anpassung des Arbeitsmarktes an die Marktwirtschaft dienen sollte, ist es Aufgabe des neuen AVG, die aus der Marktwirtschaft resultierenden sozialen Nachteile abzumildern.³⁹ Der Gesetzgeber versuchte einen Balance zu schaffen: Einerseits rückt die Sicherung von stabilen Arbeitsverhältnissen zugunsten des Arbeitnehmers in den Vordergrund, andererseits ist dem Arbeitgeber noch genügend Spielraum zu gewährleisten.

1. Förderung von unbefristeten und langfristigen Arbeitsverträgen

Während der Gesetzgebung des AVGes wurden aus der Bevölkerung zahlreiche Vorschläge zur Kontrolle der Befristung gemacht. Entsprechend hat der Gesetzgeber vor allem der Praxis von Kettenarbeitsverhältnissen Grenzen gesetzt. Obwohl nach dem AVG die Befristung des Arbeitsverhältnisses immer noch ohne Grund möglich ist, ist der Arbeitgeber zum Abschluss eines unbefristeten Vertrags verpflichtet, wenn er mit demselben Arbeitnehmer schon zweimal hintereinander befristete Arbeitsverträge abgeschlossen hat.⁴⁰ Eine offene Frage diesbezüglich ist, ob diese Vorschrift dahingehend auszulegen ist, dass der Arbeitnehmer nach zwei befristeten Verträgen auch dann einen unbefristeten verlangen kann, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis gar nicht fortsetzen will, oder setzt es voraus, dass die beide Parteien über die Verlängerung einig sind. Unklar ist noch die Bedeutung von „zweimal hintereinander“, muss der zweite Vertrag dem ersten nahtlos anschließen? Wenn nein, wie lange darf die Unterbrechung höchstens dauern?

Dann ist der Arbeitnehmer berechtigt, einen unbefristeten Vertrag zu verlangen, wenn er bei demselben Arbeitnehmer mindestens zehn Jahre lang fortgesetzt gearbeitet hat.⁴¹ Diese neue Vor-

³³ 劳动保障部关于非全日制用工若干问题的意见 vom 30.05.2003. Eingehende Analyse dieser Regelung siehe QIAN Wang (王倩), Die mangelhafte Gesetzgebung über die Teilzeitbeschäftigung – am Beispiel des Niedriglohnskandal vom McDonalds (非全日制用工规定的缺陷及其完善——以麦当劳低薪事件为例), in: Rechtswissenschaft (法学), 7/2007, S. 52 ff.

³⁴ HU Ronghua/LI Xiaoyan/XIE Man (胡荣华 / 李晓燕 / 谢嫚), Untersuchung und Überlegung über die flexible Beschäftigung von Frauen in Städten der Provinzen Guangdong (广东省城镇女性灵活就业状况的调查与思考), in: Sammlung der Forschungsstudien über Frauen (妇女研究论丛), 12/2003, S. 32 ff.

³⁵ Die Untersuchung über die flexible Beschäftigung von Frauen in der Stadt Haerbin (黑龙江哈尔滨市城镇妇女灵活就业情况调查), online: http://lm.gov.cn/gb/employment/2006-03/07/content_108805.htm (Aufruf: 03.12.2009).

³⁶ TU Guoming (屠国明), Die aktuelle Situation der Arbeitnehmerüberlassung in Shanghai, deren Probleme und Lösungsansätze (上海市企业劳务用工的现状、问题和对策), in: ZHOU Changzheng (周长征) (Hrsg.), Die Entwicklung der Arbeitnehmerüberlassung und deren Regulierung (劳动派遣的发展与法律规制), Beijing 2007, S. 21.

³⁷ 劳动合同法, später bei Zitieren der einzelnen Vorschriften als AVG abgekürzt.

³⁸ 劳动合同法实施条例, später als Durchführungsverordnung abgekürzt.

³⁹ Deutsche Literatur über das AVG findet sich beispielweise bei *Binding/Thum*, Aktuelle Entwicklungen im Arbeitsrecht der VR China, RdA 2008, S. 347 ff.; *Cheng/Darimont*, Die Debatten über die Entwürfe des AVGes, ZChinR 2007, S. 172 ff.; *Däubler/Wang*, Das neue chinesische Arbeitsrecht, ArbuR, S. 85 ff.; *Däubler/Wang*, Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses in der Volksrepublik China, RdA 2008, S. 141 ff.; *Li/Frik*, Das neue AVG Chinas, NZA 2008, S. 86ff.; *Bu Yuanshi*, Einführung in das Recht Chinas, München 2009, S. 255 ff. Weitere Literatur findet man bei „Bibliography of Academic Writings in the Field of Chinese Law in Western Languages“, jährlich geführt von *Piffler* in ZChinR.

⁴⁰ § 97 Abs. 1 S. 2 AVG hat geregelt, dass bei der Berechnung der Zahl der nacheinander abgeschlossenen befristeten Arbeitsverträge nach Artikel 14 Abs. 2 Nr. 3 AVG nur die Abschlüsse nach dem Inkrafttreten des Arbeitsvertragsgesetzes zu berücksichtigen sind.

schrift im AVG scheint dieselbe zu sein wie die alte Regelung im Arbeitsgesetz, ist in der Tat aber ganz anders. Die alte Regelung hat in der Praxis kaum funktioniert, denn entweder hatte der Arbeitgeber kein Interesse an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses oder der Arbeitnehmer traute sich nicht, seinen Wunsch zu äußern, weil er sonst den Arbeitgeber abschrecken und den Job verlieren würde. Nach dem Wortlaut der neuen Vorschrift ist aber „auf Vorschlag oder mit Zustimmung des Arbeitnehmers in den folgenden Fällen ein unbefristeter Arbeitsvertrag abzuschließen, es sei denn, der Arbeitnehmer fordert den Abschluss eines zeitlich befristeten Arbeitsvertrags“,⁴² d.h. der Arbeitnehmer erhält nach zehnjähriger Betriebszugehörigkeit per Gesetz, unabhängig von Willen des Arbeitgebers, das Recht auf einen unbefristeten Vertrag. Übt der Arbeitgeber Druck auf den Arbeitnehmer aus, sodass der Arbeitnehmer auf die Geltendmachung der Entfristung verzichtet und in einen Zeitvertrag einwilligt, muss der Arbeitgeber ab dem Zeitpunkt für jeden Monat das Zweifache des Monatsgehalts zahlen, ab dem er mit dem Arbeitnehmer einen unbefristeten Arbeitsvertrag hätte abschließen sollen, es sei denn, dass er beweisen kann, dass der Arbeitnehmer selbst einen befristeten Vertrag gewünscht hat.⁴³ Bei dieser Konstellation der Entfristung ist ebenfalls einer Klärung bedürftig, ob und in welchem Umfang eine Unterbrechung innerhalb dieser zehn Jahre schadet. Insbesondere muss man beantworten, ob eine Gestaltung wie beim Unternehmen Huawei zulässig ist, dass der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer für eine lange Zeit beschäftigt und ihn vor Erreichen der „Zehn-Jahre-Hürde“ zur „freiwilligen“ Kündigung auffordert, mit der Zusage, ihn nach einiger Zeit wieder einzustellen, damit der Arbeitgeber sich der für ihn unangenehmen Pflicht zum Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags entziehen kann.⁴⁴ Obwohl dieses Vorgehen von vielen zu Recht als beabsichtigte Gesetzesumgehung angesehen und heftig kritisiert wurde,⁴⁵ hat der Gesetzgeber in der Durchführungsverordnung keine Gegenmaß-

nahme normiert, um diesen Umgehungstatbestand zu verhindern. Trotz dieser enttäuschend ungeschlossenen Gesetzeslücke enthält die Verordnung eine Vorschrift, die einer anderen Umgehungsweise vorbeugen soll, nämlich wenn der Arbeitnehmer faktisch von demselben Arbeitgeber beschäftigt wird, durch sein Arrangement aber mit verschiedenen, meistens konzernverbundenen Unternehmen Arbeitsverträge abschließt.⁴⁶

Eine weitere günstige Änderung für befristet Beschäftigte liegt darin, dass eine Abfindung auch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Zeitablauf zu leisten ist, es sei denn, der Arbeitnehmer ist mit der Verlängerung oder einem neuen Abschluss des Arbeitsvertrags nicht einverstanden, obwohl der Arbeitgeber dies mit gleichen oder dem Arbeitnehmer günstigeren Bedingungen anbietet. Bei der Berechnung dieser Abfindung ist für jedes volle Jahr der Betriebszugehörigkeit ein Monatsgehalt zu bezahlen. Eine Deckelung gilt nur für Hochverdiener, nämlich wenn der Arbeitnehmer monatlich mehr als das Dreifache des durchschnittlichen Monatslohns verdient. Beendet der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nach dem Fristablauf, obwohl er nach dem Gesetz zum Abschluss eines unbefristeten Vertrags verpflichtet ist, muss er dem Arbeitnehmer das zweifache der Abfindung zahlen.⁴⁷

2. Erstmalige Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung

Der Arbeitnehmerüberlassung, die bisher nur in vereinzelt lokalen Bestimmungen geregelt wurde, widmet das AVG nun im Kapitel fünf einen gesonderten Abschnitt.⁴⁸ Gezielt für die Probleme dieser neuen Beschäftigungsform wurden folgende Regeln festgelegt. Erstens, das Arbeitskraftüberlassungsunternehmen muss nach den Bestimmungen des Gesellschaftsgesetzes gegründet werden, und sein eingetragenes Kapital darf 500.000 Yuan nicht unterschreiten, während das gesetzliche Mindestkapital für normale Kapitalgesellschaften 30.000 Yuan beträgt. Damit wird angestrebt, die kleinen und unqualifizierten Verleiher aus dem Markt zu

⁴¹ Durch § 9 der Durchführungsverordnung wird vorgesehen, dass die kontinuierliche Beschäftigungsdauer wird vom Arbeitsantritt an berechnet, wobei Zeiten vor dem Inkrafttreten des AVGes mitzählen.

⁴² § 14 Abs. 2 AVG. Die wesentlichen Vorschriften des AVGes auf Deutsch findet man in *Däubler/Wang*, Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses in der Volksrepublik China, RdA 2008, S. 143 ff. Eine komplette Übersetzung des Gesetzes von *Frank Münzel* auf der folgenden Webseite abzurufen: <http://www.china-recht.de> (Aufruf: 01.12.2009).

⁴³ § 82 Abs. 2 AVG gilt auch für andere Entfristungsgründe nach § 14 Abs. 2 AVG. Hierzu vgl. auch *Binding/Thum*, Aktuelle Entwicklungen im Arbeitsrecht der VR China, RdA 2008, S. 351.

⁴⁴ Kurz vor Inkrafttreten des AVGes bot Huawei Technologies 7000 seiner Arbeitnehmer, die mehr als acht Jahre dort beschäftigt waren, Abfindungen an, wenn sie von sich aus kündigen und sich kurz darauf um die gleichen Positionen bewerben, allerdings würden sie dann nur mit einem neuen Zeitvertrag wieder eingestellt. Dieses Vorgehen wurde von vielen anderen Unternehmen nachgemacht, wobei sie selten bereit waren, eine vergleichbare Abfindung wie Huawei zu zahlen.

⁴⁵ Berichte und Kommentare über die Entlassungen von Huawei, Walmarkt und weiteren Nachahmern (特别策划: 华为大洗牌、沃尔玛突击裁员, 规避还是误读法律?). Online: <http://mnc.people.com.cn/GB/6487219.html> (Aufruf: 17.12.2009).

⁴⁶ In *Däubler/Wang*, Das neue chinesische Arbeitsrecht, ArbuR, S. 87 wurde schon auf diese Problematik hingewiesen, dass die Zehn-Jahre-Frist wie auch die Höchstzahl von Befristungen dadurch ausgehebelt werden könnte, wenn die selbe Arbeit mal für das eine, mal für das andere Konzernunternehmen geleistet wird. Jetzt hat die Durchführungsverordnung in § 10 S. 1 klargestellt, dass die Beschäftigungsdauer bei dem ehemaligen Arbeitgeber bei dem neuen Arbeitgeber zuzurechnen ist, wenn ein Arbeitnehmer nicht aus eigenen Gründen von dem ehemaligen zu dem neuen Arbeitgeber zugewiesen wird.

⁴⁷ Die hier relevanten Vorschriften sind §§ 46, 47, 48, 87 AVG.

⁴⁸ §§ 57-67 AVG.

vertreiben. Zweitens, um zu vermeiden, dass sich Verleiher und Entleiher die Verantwortung gegenseitig zuschieben, wird klargestellt, dass der Verleiher der Arbeitgeber im Sinne des AVG ist und alle Pflichten des Arbeitgebers gegenüber dem Leiharbeiter erfüllen muss, während der Entleiher als tatsächlicher Benutzer der Arbeitskräfte auch bestimmte Verantwortung tragen muss wie z.B. die, die staatlichen Arbeitsstandards zum Arbeitsschutz einzuhalten und notwendige Schulung anzubieten. Verstößt der Verleiher oder der Entleiher gegen das Gesetz und ist dadurch dem Leiharbeiter ein Schaden entstanden, haften der Verleiher und der Entleiher gesamtschuldnerisch darauf.⁴⁹ Drittens, zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeiter ist ein Arbeitsvertrag mit einer Frist von mindestens zwei Jahre abzuschließen⁵⁰ und dieser ist nur nach den Bestimmungen des AVG zu kündigen; für den Zeitraum, in dem der Leiharbeiter nicht beschäftigt wird, muss der Verleiher ihm den örtlichen Mindestlohn zahlen. Durch diese Gestaltung, die dem früheren Synchronisationsverbot in Deutschland⁵¹ entspricht, soll verhindert werden, dass der Verleiher das Risiko, während bestimmter Zeiträume keinen Entleiher zu finden, auf die Leiharbeiter abwälzt. Viertens, für gleiche Arbeit muss dem Leiharbeiter der gleiche Lohn wie dem Arbeitnehmer des Entleihers gezahlt werden. Gibt es keine vergleichbare Stelle bei demselben Entleiher, richtet es sich nach der Arbeitsvergütung, die in anderen Unternehmen am Beschäftigungsort für eine gleiche oder ähnliche Arbeitsstelle gezahlt wird. Schließlich, damit die normalen Angestellten nicht durch Leiharbeiter ersetzt oder verdrängt werden, darf die Arbeitskraftüberlassung nur für vorübergehende, assistierende oder ersetzende Stellen in Anspruch genommen werden, und eine konzerninterne Arbeitskraftüberlassung wird ausdrücklich verboten.

Denkt man an die frühere Gesetzeslücke, wird man sich über diese erstmalige Regulierung freuen. Allerdings bedarf es immer noch Ergänzung und Verbesserung.⁵² Zum Beispiel ist eine Anforderung

an der Qualifikation des Verleihers gestellt, aber dass der Verleiher eine Kapitalgesellschaft mit bestimmten Geldmitteln⁵³ ist, spricht nicht dafür, dass er auch die rechtlichen Regelungen einhalten wird. Es wäre viel effizienter, die Arbeitsinspektion in Bezug auf die Arbeitnehmerüberlassung dadurch zu intensivieren, dass man eine Erlaubnispflicht⁵⁴ einführt, entsprechende Voraussetzungen für die Erteilung bzw. Verlängerung einer Erlaubnis festlegt, und in Fällen schwerer Pflichtverletzungen die Verlängerung ablehnt oder die Erlaubnis zurücknimmt. Dann wird allein das „Equal-Pay-Prinzip“ deklariert, aber keine flankierenden Maßnahmen, nämlich Konsequenzen bei der Nichteinhaltung, vorgesehen. Dazu könnten die Regelungen im deutschen Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, abgesehen von der Möglichkeit der Abweichung durch Tarifverträge,⁵⁵ als Vorbild dienen. Ferner sollte betont werden, dass das Equal-Pay-Prinzip nicht zu eng ausgelegt werden darf; darunter fällt nicht nur das Arbeitsentgelt, sondern auch die anderen wesentlichen Arbeitsbedingungen.⁵⁶ Schließlich, damit die Leiharbeit nicht als ein Instrument vom Arbeitgeber missbraucht wird, sich von seinen Pflichten zu entziehen,⁵⁷ sind die zulässigen Einsatzbereiche der Arbeitskraftüberlassung dringend zu konkretisieren. Eigentlich wurde eine vernünftige Lösung im Entwurf der Durchsetzungsverordnung des AVG⁵⁸ vorgesehen, dass unter den „vorübergehenden, assistierenden oder ersetzenden Stellen“ die Stellen zu verstehen sind, die nicht zum Hauptgeschäft des Unternehmens gehören, nicht länger als sechs Monate bestehen, oder die nur deshalb freigeworden sind, weil der eigentliche Arbeitsplatzinhaber eine Weiterbil-

⁴⁹ Dadurch sollte auch Anreiz geschaffen werden, dass die Verleiher und Entleiher bei der Auswahl des Vertragspartners vorsichtig bleiben und sich später gegenseitig betreffs der Einhaltung der rechtlichen Regelungen überwachen.

⁵⁰ Ob §14 Abs. 2 AVG, nämlich die Regelung über die Entfristung, auch zwischen Verleiher und Leiharbeiter gilt, ist unklar.

⁵¹ Das Synchronisationsverbot bedeutet, dass die erstmalige Befristung von einem in der Person des Arbeitnehmers liegenden Grund abhängig war und auch später nicht mit der Dauer eines bestimmten Einsatzes übereinstimmen durfte. Das wurde allerdings 2004 vollständig aufgehoben. Es gelten die Regeln des TzBfG. Näheres siehe *Däubler*, Das Arbeitsrecht 2, Hamburg 2009, S. 1003 ff.

⁵² ZHENG Shangyuan (郑尚元), Unrechtsmäßige Arbeitnehmerüberlassungen und deren Regulierung (不当劳务派遣及其规制), in: Faxuejia (法学家) 2/2008, S. 8 ff. hat auf die Probleme hingewiesen, die nach Inkrafttreten des AVG bei der Arbeitnehmerüberlassung aufgetaucht sind, sowie Gegenstrategien vorgeschlagen.

⁵³ Eigentlich kann das Grundkapital von RMB 500.000 Yuan im Notfall nicht viel helfen. Nimmt man an, dass ein Arbeitskraftüberlassungsunternehmen insgesamt 500 Mitarbeiter beschäftigt und sie einem Entleiher zur Verfügung stellt, falls dann der Verleiher bankrott wird, kriegt jeder Leiharbeiter höchstens RMB 1.000 Yuan als Abfindung, den nicht befriedigten Teil kann er auch nicht gegenüber dem Entleiher geltend machen, weil die gesamtschuldnerische Haftung nur für den Fall gilt, dass der Verleiher oder der Entleiher gegen das Gesetz verstoßen.

⁵⁴ Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten Arbeitnehmer gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen wollen, bedürfen in Deutschland nach § 1 Abs. 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz eine Erlaubnis. Diese Erlaubnis ist von der Bundesagentur für Arbeit zu erteilen, sofern kein Ablehnungsgrund nach § 3 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz vorliegt. Zu Einzelheiten siehe *Thüsing/Jörn*, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz-Kommentar, München 2008, Erläuterungen zu § 1 und § 3.

⁵⁵ Eigentlich wird das Equal-Pay-Prinzip im deutschen Arbeitnehmerüberlassungsgesetz verankert, das Gesetz enthält aber in § 3 Abs. 1 Nr. 3 zwei Möglichkeiten, von diesem Grundsatz abzuweichen. Die erste Möglichkeit, einem Arbeitslosen in den ersten sechs Wochen ein Nettogehalt in Höhe des Arbeitslosengeldes zu zahlen, spielt in der Praxis eine geringe Rolle. Viel benutzt wird die zweite Möglichkeit, durch Tarifverträge Leiharbeiter mit schlechteren Arbeitsbedingungen zu beschäftigen. Beispielweise legen die Haustarife von der „Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften Zeitarbeit und PSA“ Stundenlöhne von 4 bis 5 Euro fest. Näheres siehe *Däubler*, Das Arbeitsrecht 2, Hamburg 2009, S. 1019 ff.

⁵⁶ In der Praxis werden Leiharbeiter oft von Sonderzuwendungen, weiterbildenden Schulungen, Mitbenutzung der Kantine oder anderer Sozialeinrichtungen ausgeschlossen.

derung aufgenommen hat oder sich in einem Urlaub wegen Krankheit oder Schwangerschaft befinden. Allerdings wurde diese Vorschrift leider in der Endfassung gestrichen.

3. Teilzeitarbeit als „Hire und Fire“-Arbeitsverhältnis

Bisher hat man noch den Eindruck, dass der Gesetzgeber des AVG die Spielregeln großzügig zugunsten der Arbeitnehmerseite festgelegt hat. Allerdings kann sich die Arbeitgeberseite über die Bestimmungen zur Teilzeitbeschäftigung freuen. Diese ist als „Hire and Fire“-Arbeitsverhältnis ausgestaltet, sie kann nämlich jederzeit ohne Einhaltung einer Frist und grundlos gekündigt werden, wobei der Arbeitgeber keine Abfindung zahlen muss. Dieser komplette Verlust des Kündigungsschutzes ist aber auch nicht durch andere Vorteile ausgeglichen.⁵⁹ Anders als bei der Arbeitnehmerüberlassung wird nicht geregelt, ob das Equal-Pay-Prinzip gelten soll. Die für die einzelne Stunde vereinbarte Vergütung darf lediglich den örtlichen Mindestlohn nicht unterschreiten, ist allerdings spätestens alle 15 Tage fällig. Bezüglich der Sozialversicherung findet man im AVG keine Regelung, daher sollen die Vorschriften in der oben genannten „Ansichten“ weiter gelten.⁶⁰ Danach ist der Arbeitgeber nur zur Zahlung von Beiträgen zur Arbeitsunfallversicherung verpflichtet; bezüglich der Rentenversicherung gelten die Regeln für die individuellen Gewerbetreibenden, während sich der Arbeitnehmer selbst um die Krankenversicherung kümmern muss,⁶¹ sodass die Teilzeitbeschäftigten entweder die Sozialabgaben zum größten Teil allein tragen oder gar nicht sozialversichert sind, weil sie wegen des niedrigen Einkommens kein Interesse an der Teilnahme an der Sozialversicherung haben. Die einzige Schranke dieser flexiblen Beschäftigungsform liegt darin, dass der

Teilzeitbeschäftigte bei demselben Arbeitgeber in der Regel nicht mehr als 4 Stunden pro Tag und nicht mehr als 24 Stunden pro Woche arbeiten darf, d.h. wenn mehr als diese zeitliche Grenze gearbeitet wird, wird diese Tätigkeit als Vollzeitverhältnis qualifiziert, so dass die Sonderregelungen zur Teilzeit keine Anwendung finden. Dabei ist einer Klärung bedürftig, ob es sich bei diesen Grenzen um einen Durchschnittswert oder den täglichen Einsatz handelt.⁶² Ferner können Missbräuche vorkommen, bspw. dass zwei konzernverbundene Unternehmen mit derselben Person jeweils ein Teilzeitarbeitsverhältnis schließen. Die Vermutung liegt nah, dass der Gesetzgeber, der bei Standardarbeitsverhältnissen den Bestandsschutz gestärkt und mit der Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung angefangen hat, versucht, durch diese Regeln der Teilzeitarbeit für die Arbeitgeberseite eine „Kompensation“ zu schaffen, nämlich eine Möglichkeit zum flexiblen Einsatz von Arbeitskräften mit reduzierten Personalkosten und minimalen Risiken.

Zusammenfassung

Die Reformen Ende der 80er Jahre und Anfang der 90er Jahre des letzten Jahrhunderts, die auf die Auflösung des starren Festbeschäftigungssystems zielten, waren einerseits im Prozess des Wechsels von der Planwirtschaft zur Marktwirtschaft unvermeidbar, andererseits angesichts der Berufsfreiheit der Arbeitnehmer, Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen und der Effizienz der ganzen Ökonomie zu begrüßen. Mit dem Arbeitsgesetz ist es aber im Licht der Vertragsfreiheit zu weit gegangen, unter dem Motto „Vorrang für Effizienz und Rücksichtnahme auf Fairness“⁶³ kam es dann zu einer radikalen Deregulierung der Arbeitsbeziehung. Den Unternehmen, die ohnehin die überlegene Partei eines Arbeitsverhältnisses darstellen, wurde zu viel Autonomie im Personalbereich gegeben, während der Staat den Schutz von Arbeitnehmerinteressen weitgehend vernachlässigt hat. Gleichzeitig ist eine wesentliche Änderung der Beschäftigungs-

⁵⁷ In einem Fall wollte das Unternehmen A vier Facharbeiter nach Fristablauf ihrer Arbeitsverträge im Juni 2008 weiter beschäftigen, aber nicht das Risiko eingehen, in der Zukunft einen unbefristeten Vertrag mit ihnen abzuschließen zu müssen. Deshalb übte A Druck auf die Arbeiter aus, so dass sie mit einem Arbeitskraftüberlassungsunternehmen einen Arbeitsvertrag abschlossen und dann zurück zu ihren ursprünglichen Arbeitsstellen bei A geschickt wurden. Um überhaupt einen Arbeitsplatz zu sichern, haben die vier Arbeiter zuerst dieses Arrangement akzeptiert, aber später das Unternehmen A doch angeklagt, weil es noch ihre Arbeitsentgelte reduzieren wollte. Die Richter haben diese Gestaltung als ein unwirksames Rechtsgeschäft angesehen, weil „eine legale Form ein rechtswidriges Ziel verbirgt“, und das Bestehen des Arbeitsverhältnisses zwischen A und den vier Arbeitern bestätigt. Näheres siehe CHENG Cheng (程成), Arbeitskraftüberlassung statt weiterer Beschäftigung, Wirksamkeit dieser Gestaltung? (用人单位变继续用工为劳务派遣是否有效), in: China Trial (中国审判新闻月刊) 4/2009, S. 82 f.

⁵⁸ Online: http://news.xinhuanet.com/politics/2008-05/08/content_8131909.htm (Aufruf: 07.12.2009).

⁵⁹ Eine eingehende Analyse der Vorschriften über die Teilzeitbeschäftigung im AVG findet man bei Qian WANG, Teilzeitbeschäftigung nach dem neuen AVG der VR China, China Aktuell 1/2008, S. 162 ff.

⁶⁰ Siehe Fn. 33.

⁶¹ Beispielsweise muss nach den Regelungen der Stadt Dezhou der Provinz Shandong von 27.12.2005 (德州市人民政府关于印发《德州市城镇个体工商户和灵活就业人员参加企业基本养老保险办法(试行)》和《德州市市直城镇个体工商户和自由职业者参加基本养老保险办法(试行)》 ein Teilzeitbeschäftigter wie ein Selbständiger jeweils 20% und 8% seines Arbeitsentgelts als Renten- sowie Krankenversicherung selbst zahlen, während ein Vollzeitbeschäftigter jeweils 8% und 2% tragen muss und dessen Arbeitgeber für die Zahlung zuständig ist. Online: http://www.dezhou.gov.cn/zfxgk_1/zfwj/dzsrzmfwj/200512/t20051231_22881.html (Aufruf: 12.12.2009).

⁶² Däubler/Wang, Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses in der Volksrepublik China, RdA 2008, S. 142.

⁶³ Auf der Dritten Plenarsitzung des 14. ZK der KP Chinas im November 1993 wurde dieser Grundsatz „Vorrang für Effizienz und Rücksicht auf Fairness“ (效率优先, 兼顾公平) festgelegt, der erst auf der Fünften Plenarsitzung des 16. ZK der KP Chinas im Oktober 2005 daraufhin korrigiert wurde, dass „mehr Wert auf die soziale Gerechtigkeit“ (更加注重社会公平) gelegt werden sollte. Mehr darüber siehe online: <http://finance.people.com.cn/GB/1045/4673764.html> (Aufruf: 17.12.2009).

struktur im Laufe der Umstrukturierung des Wirtschaftssystems erfolgt, die informelle Arbeit hat nämlich in Form flexibler Beschäftigung in großem Maße zugenommen. Die Gewerkschaften unter der Leitung des ACGB,⁶⁴ die in der Planwirtschaft als „Transmissionsriemen“ der Partei hauptsächlich zum guten Funktionieren der Unternehmen beitragen sollten, haben sich dem Wandel auf dem Arbeitsmarkt nicht angepasst und konnten daher die Arbeitnehmerinteressen nicht im richtigen Sinne vertreten.⁶⁵ Alle diesen Faktoren haben zu einer Prekarisierung von Arbeitsverhältnissen geführt. Um dieser Tendenz entgegenzuwirken, hat der Gesetzgeber des AVG bei Standardverhältnissen den Bestandschutz verstärkt, insbesondere hinsichtlich der Befristungskontrolle, während er der Leiharbeit oder Teilzeitbeschäftigung auf der einen Seite Grenzen gesetzt hat, auf der anderen Seite sie immer noch als „flexible Beschäftigungsform“ gestaltet. Im Vergleich zu Arbeitsgesetz wird im AVG der Schutz von Arbeitnehmerinteressen deutlich groß geschrieben. Die Umsetzung des neuen Gesetzes und somit die Verwirklichung dieses Schutzes bleibt aber immer noch von der individuellen Rechtsdurchsetzung einzelner Arbeitnehmer und der Inspektion der Arbeitsverwaltung abhängig. Dabei ist die Bereitschaft der Arbeitnehmer zur Geltendmachung ihrer Rechte verständlicherweise nur begrenzt⁶⁶ und die lokalen Arbeitsbehörden haben oft kein Interesse an einer strengen Durchführung ihrer Überwachungsaufgaben, damit die Investoren nicht abgeschreckt werden und weiter Steuern zahlen. Falls sich dies in absehbarer Zeit nicht ändert, kann man nur hoffen, dass die ACGB-Gewerkschaften den Rollenwechsel schaffen oder die Gründung freier Gewerkschaften erlaubt sowie das Streikrecht gesetzlich anerkannt wird.

⁶⁴ Der All-Chinesische Gewerkschaftsbund. Nur die Gewerkschaften unter seinem Dach sind in China legal.

⁶⁵ Näheres siehe *Däubler/Wang*, Das neue chinesische Arbeitsrecht, *ArbuR*, S. 86; *Rolf Geffken*, Arbeit in China, Hamburg 2004, S. 64 f.; *Sergio Grassi*, Die neuen Aufgaben der chinesischen Gewerkschaften, *China Aktuell* 1/2008, S. 139 ff.

⁶⁶ Wegen des Überangebots an Arbeitskräften auf dem Arbeitsmarkt möchte der Arbeitnehmer seine Stelle bewahren und erhebt meistens nur in Notfall eine Klage. Hinzu kommt, dass der Prozess nicht selten langwierig und aufwendig sind, und nicht unbedingt in einer günstigen Entscheidung endet. Allerdings ist eine deutlich zunehmende Tendenz zu beobachten, insbesondere nachdem das Gesetz über Schlichtung und Schiedsverfahren bei Arbeitsstreitigkeiten in Kraft getreten ist. Nach einem Bericht von MOLSS ist die Summe der vor Arbeitsschiedsgerichten erhobenen Streitigkeiten von 314.000 im Jahr 2005 über 500.000 im Jahr 2007 auf 964.000 im Jahr 2008 gestiegen. Online: http://www.stats.gov.cn/tjgb/qttjgb/qgqttjgb/t20060609_402329458.htm (Aufruf: 20.04.2008) und http://www.stats.gov.cn/tjgb/qttjgb/qgqttjgb/t20080521_402481634.htm (Aufruf: 27.05.2009).