

# Kündigungsschutzrecht: Gebratener Tintenfisch nach deutschem und chinesischem Recht

Johannes Hummelmeier / Fredrik Klee<sup>1</sup>

## Abstract

Mit Inkrafttreten des chinesischen Arbeitsvertragsgesetzes erfuhr auch das arbeitsrechtliche Kündigungsrecht vor gut 15 Jahren einige Neuerungen. Der Aufsatz befasst sich mit diesem und nimmt insbesondere die arbeitgeberseitigen Kündigungsgründe in den Blick. Dabei wird ein Vergleich zur deutschen Rechtsordnung gezogen, um Gemeinsamkeiten und Unterschiede zu identifizieren. Es wird sich zeigen, dass trotz strukturell unterschiedlicher Regelungstechnik und gegensätzlicher politischer Rahmenbedingungen ein durchaus vergleichbares Schutzniveau herrscht. Während das deutsche Recht mit Generalklauseln arbeitet, die durch die Rechtsprechung konkretisiert werden, sieht das chinesische Recht überwiegend Regelungen vor, die einzelfallbezogene Kündigungsgründe kodifizieren. Damit zieht der chinesische Gesetzgeber die mit klaren, fallbezogenen Regelungen einhergehende Rechtssicherheit der durch Generalklauseln ermöglichten Flexibilität vor. Bei alledem wird ebenfalls ein Blick auf die beiden Rechtsordnungen immanenten Vorgaben zu wirtschaftlichen Ausgleichszahlungen und zur Sozialwidrigkeit der Kündigung geworfen.

## A. Einleitung

炒鱿鱼 (lit. gebratener Tintenfisch) ist eine umgangssprachliche Formulierung dafür, dass man „gefeuert“ wird. Dieser aus arbeitsrechtlicher Sicht alltägliche Vorgang ist für Arbeitnehmer häufig mit manifesten (finanziellen) Nachteilen verbunden, weshalb dem Kündigungsschutzrecht hohe praktische Bedeutung zukommt.<sup>2</sup> Während das chinesische Arbeitsrecht in der deutschsprachigen Literatur mittlerweile vielfach untersucht wurde, was sicherlich nicht zuletzt an den zahlreichen in China ansässigen deutschen Unternehmen liegt, für die das chinesische Arbeitsrecht einen wichtigen Teil des täglichen Geschäfts darstellt, sind rechtsvergleichende Aspekte dabei nur oberflächlich betrachtet worden. Im Folgenden soll daher ein Beitrag zum Vergleich von deutschem und chinesischem Kündigungsschutzrecht geleistet werden. Ziel ist dabei, einen präzisen Überblick über Gemeinsamkeiten und Unterschiede zu verschaffen.

Während die deutsche Rechtsordnung weiterhin eine einheitliche Kodifizierung des Arbeitsrechts missen lässt, trat zum 1.1.2008 – unter Einflüssen des

deutschen Arbeitsrechts<sup>3</sup> – das chinesische Arbeitsvertragsgesetz<sup>4</sup> in Kraft. Dieses enthält auch Vorschriften zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Gut 15 Jahre nach Inkrafttreten bietet es sich an, Bilanz zu ziehen, was den Anlass für diesen Beitrag darstellt. Wenig überraschend ist zunächst, dass sowohl das deutsche als auch das chinesische Recht im Grundsatz drei Möglichkeiten zur rechtsgeschäftlichen Vertragsbeendigung vorsehen: durch Arbeitnehmererklärung (unten unter B.), durch Arbeitgebererklärung (unten unter C.) und durch einvernehmliche Vertragsaufhebung (unten unter D.).<sup>5</sup> Diesem Schema folgend werden die Rechtsordnungen gegenübergestellt und verglichen, bevor anschließend eine Bewertung erfolgt (unten unter E.). Beispielsfälle veranschaulichen dabei Gemeinsamkeiten und Unterschiede.

<sup>3</sup> LI Guang/Roman Frik, Das neue Arbeitsvertragsgesetz Chinas, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2008, S. 86 ff. (86).

<sup>4</sup> Arbeitsvertragsgesetz der Volksrepublik China (中华人民共和国劳动合同法) vom 1.1.2008 i.d.F. vom 1.7.2013 (im Folgenden: AVG), abrufbar unter: <[https://www.gov.cn/flfg/2007-06/29/content\\_669394.htm](https://www.gov.cn/flfg/2007-06/29/content_669394.htm)> (letzter Zugriff am 18.9.2023). Siehe auch Ausführungsbestimmungen zum Arbeitsvertragsgesetz der Volksrepublik China (中华人民共和国劳动合同法实施条例) vom 18.9.2008 (im Folgenden: Ausführungsbestimmungen-AVG), abrufbar unter: <[https://www.gov.cn/zwggk/2008-09/19/content\\_1099470.htm](https://www.gov.cn/zwggk/2008-09/19/content_1099470.htm)> (letzter Zugriff am 18.9.2023).

<sup>5</sup> Zum chinesischen Recht: LIANG Guiping (梁桂平), Studie über das Recht zur Kündigung von Arbeitsverträgen (劳动合同解除权研究), Chongqing 2016, S. 28; WANG Qian, Der Kündigungsschutz nach dem chinesischen Arbeitsvertragsgesetz, Baden-Baden 2012, S. 129; vgl. außerdem Zentrale Volksregierung der Volksrepublik China (中华人民共和国中央人民政府), 《中华人民共和国劳动合同法》解读 (Interpretation des Arbeitsvertragsgesetzes der Volksrepublik China) abrufbar unter: <[https://www.gov.cn/govweb/banshi/2012-11/30/content\\_2279243.htm](https://www.gov.cn/govweb/banshi/2012-11/30/content_2279243.htm)> (letzter Zugriff am 18.9.2023), Nr. 11.

<sup>1</sup> Johannes Hummelmeier ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Deutsch-Chinesischen Institut für Rechtswissenschaft der Universität Göttingen und Doktorand bei Jun.-Prof. Dr. Lucia Sommerer an der Universität Halle. Fredrik Klee ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Institut für Arbeitsrecht der Universität Göttingen bei Prof. Dr. Olaf Deinert.

<sup>2</sup> GUO Ting (郭婷), Probleme und ihre Verbesserungsmöglichkeiten bei der Beendigung von Arbeitsverträgen in China (我国劳动合同解除中存在的问题及完善), in: Pioneering with Science & Technology Monthly (科技创业月刊) 2016, Nr. 16, S. 104 ff. (104).

## B. Kündigung des Arbeitnehmers

Das bekannteste Mittel zur Beendigung eines Arbeitsverhältnisses ist die Kündigung. Will der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis beenden, so muss er regelmäßig eine solche aussprechen. Da das Kündigungsrecht maßgeblich den Schutz des Bestandsinteresses des Arbeitnehmers verfolgt,<sup>6</sup> ist eine arbeitnehmerseitige Kündigung mit geringen Anforderungen verbunden.

### I. Kündigung mit Frist

Die Kündigung des Arbeitnehmers ist im chinesischen Recht in den §§ 37, 38 AVG i. V. m. § 18 Ausführungsbestimmungen-AVG geregelt. Mit einer Frist von 30 Tagen und unter Beachtung der Schriftform ist es dem Arbeitnehmer auch ohne Grund möglich, das Arbeitsverhältnis aufzulösen (§ 37 Satz 1 AVG i. V. m. § 18 Nr. 2 Ausführungsbestimmungen-AVG).<sup>7</sup> Während der Probezeit muss der Arbeitnehmer lediglich eine Frist von drei Tagen beachten und die Erklärung kann zudem auch mündlich erfolgen (§ 37 Satz 2 AVG i. V. m. § 18 Nr. 3 Ausführungsbestimmungen-AVG).<sup>8</sup> Die Möglichkeit zur Kündigung ohne Grund und mit kurzer Frist wurde in der Literatur mit Blick auf die Arbeitgeberinteressen kritisiert. Im Mittelpunkt stand dabei vor allem der Vorwurf, dass die einheitliche Frist des AVG nicht der unterschiedlichen Bedeutung verschiedener Arbeitnehmer für den Betriebsablauf gerecht werde.<sup>9</sup>

Parallelen zum deutschen Recht sind ersichtlich: Im Normalfall muss der Arbeitnehmer gemäß § 622 Abs. 1 BGB eine vierwöchige Frist zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Monats einhalten. Während der Probezeit besteht gemäß § 622 Abs. 3 BGB eine im Vergleich zum chinesischen Recht etwas längere Kündigungsfrist von zwei Wochen. § 623 BGB statuiert dabei ein allgemeines Schriftformerfordernis.

### II. Fristlose Kündigung

Fall 1: Auf dem Konto der seit zehn Jahren bei A beschäftigten 53-jährigen B gehen seit nunmehr sechs Monaten nicht mehr die vereinbarten Gehaltszahlungen i. H. v. 3.000 EUR/CNY ein. Die A liefert keine taugliche Begründung und stellt – auch nach Abmahnung seitens der B – nicht in Aussicht, in naher Zukunft zahlen zu können. Mit Bedauern sieht B sich gezwungen, das Arbeitsverhältnis frist-

los zu kündigen. Ist eine fristlose Kündigung möglich?

Überdies verlangt B eine angemessene Ausgleichszahlung. Zu Recht?<sup>10</sup>

Liegt einer der alternativ gelisteten Umstände nach § 38 AVG i. V. m. § 18 Nr. 4–13 Ausführungsbestimmungen-AVG vor, so ist es dem Arbeitnehmer möglich, auch ohne Wahrung der Frist des § 37 AVG das Arbeitsverhältnis aufzulösen.<sup>11</sup> Die Parallelvorschrift im deutschen Recht findet sich in § 626 BGB.

### 1. Chinesisches Recht

#### a. Tatbestandliche Voraussetzungen, § 38 Abs. 1 AVG

Zu der sofortigen Auflösung berechtigen vor allem Pflichtverletzungen des Arbeitgebers, etwa im Hinblick auf den Arbeitsschutz (§ 38 Abs. 1 Nr. 1 AVG i. V. m. § 18 Nr. 4 Ausführungsbestimmungen-AVG), das Entgelt (§ 38 Abs. 1 Nr. 2 AVG i. V. m. § 18 Nr. 5 Ausführungsbestimmungen-AVG), die Sozialversicherung (§ 38 Abs. 1 Nr. 3 AVG i. V. m. § 18 Nr. 6 Ausführungsbestimmungen-AVG) oder das für Regeln des Arbeitgebers geltende Recht (§ 38 Abs. 1 Nr. 4 AVG i. V. m. § 18 Nr. 7 Ausführungsbestimmungen-AVG). Dabei stellt sich insbesondere die Frage, ob jeder Verstoß ausreicht oder ob ein qualifizierter Verstoß zu fordern ist. So werden Fälle beschrieben, in denen die Beiträge zur Sozialversicherung auf den Wunsch der Arbeitnehmer direkt an diese gezahlt werden, was tatbestandlich zwar einen Verstoß gegen § 38 Abs. 1 Nr. 3 AVG i. V. m. § 18 Nr. 6 Ausführungsbestimmungen-AVG darstellt und daher zur fristlosen Kündigung berechtigt, tatsächlich aber nicht zwangsläufig zu einem finanziellen Nachteil für die Arbeitnehmer führt.<sup>12</sup> Für eine gewisse Erheblichkeit des Verstoßes wird ein systematischer Vergleich zur Kündigung des Arbeitgebers (§ 39 AVG) angeführt: Weil die Kündigung durch den Arbeitgeber nur mit hohen tatbestandlichen Hürden möglich ist, müsse die Kündigung durch den Arbeitnehmer zumindest ähnlich hohe Hürden aufweisen.<sup>13</sup> Dabei wird allerdings übersehen, dass die Interessenlage im Kündigungsschutzrecht eine asymmetrische ist. Der Arbeitgeber ist aufgrund der dem Arbeitsverhältnis immanenten strukturellen Überlegenheit deutlich besser in der Lage, seine Interessen durchzusetzen.<sup>14</sup> Daher ist eine Angleichung von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberrechten aus teleologischer Sicht nicht gefordert und der Schluss von den Anforderungen an die Kündigung durch den Arbeitgeber auf die durch den Arbeitnehmer unzulässig.

Praktisch bedeutsam ist die Verletzung der Pflicht zur vollständigen Zahlung des Entgelts. Dabei ist zu beachten, dass eine arbeitsvertragliche Regelung, die

<sup>6</sup> Zum deutschen Recht: Olaf Deinert, in: Wolfgang Däubler/Olaf Deinert/Bertram Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, 11. Aufl., Frankfurt am Main 2020, § 1 Rn. 3 KSchG; zum chinesischen Recht: GUO Ting (Fn. 2), S. 104; LIANG Guiping (Fn. 5), S. 43; LUO Dong (罗栋), Unzulänglichkeiten im System des Kündigungsrechts und Verbesserungsvorschläge (我国劳动合同解除制度中存在的不足及完善建议), in: Journal of Tianjin University of Commerce (天津商业大学学报) 32 (2012), Nr. 4, S. 66 ff. (66); vgl. auch Nils Seibert, Die Begründung und Beendigung von Arbeitsverhältnissen und Arbeitsverträgen: Eine Darstellung und Analyse der chinesischen Rechtslage, Frankfurt am Main 2012, S. 247 f.

<sup>7</sup> Vgl. WANG Qian (Fn. 5), S. 136; XIE Zengyi, Labor Law in China, Berlin/Heidelberg 2015, S. 107.

<sup>8</sup> WANG Qian (Fn. 5), S. 136.

<sup>9</sup> Vgl. etwa GUO Ting (Fn. 2), S. 105; WANG Qian (Fn. 5), S. 135.

<sup>10</sup> Lösung auf S. 76.

<sup>11</sup> Vgl. LIANG Guiping (Fn. 5), S. 37 f.; WANG Qian (Fn. 5), S. 137.

<sup>12</sup> LIANG Guiping (Fn. 5), S. 40 f.

<sup>13</sup> WANG Qian (Fn. 5), S. 137 f.

<sup>14</sup> Vgl. LIANG Guiping (Fn. 5), S. 27 f.

das Rechts des Arbeitgebers vorsieht, unter bestimmten Voraussetzungen Teile des Entgelts einzubehalten, unwirksam ist, vgl. § 50 Satz 2 des Arbeitsgesetzes<sup>15</sup>.<sup>16</sup> Während der Coronapandemie gab es allerdings davon abweichende Regelungen, die eine bis zu 30 Tagen verzögerte Zahlung zuließen.<sup>17</sup>

Hinzu kommt ein offener Verweis auf andere Gesetze und Rechtsnormen (Nr. 6 i. V. m. § 18 Nr. 13 Ausführungsbestimmungen-AVG) sowie die Möglichkeit, den Arbeitsvertrag zu kündigen, wenn dieser nach § 26 Abs. 1 AVG unwirksam ist (§ 38 Nr. 5 AVG). § 26 Abs. 1 AVG enthält einen Tatbestand, der Bedrohung und Täuschung erfasst (Nr. 1) und somit mit dem Anfechtungsgrund des § 123 BGB vergleichbar ist. Außerdem sind Arbeitsverträge erfasst, bei denen der Arbeitgeber sich von einer Haftung freizeichnet oder Arbeitnehmerrechte ausschließt (Nr. 2) oder bei denen gegen zwingendes Recht verstoßen wurde (Nr. 3). Da § 26 Abs. 1 AVG *per legem* die Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags anordnet, mag sich zunächst die Frage nach der Sinnhaftigkeit des § 38 Nr. 5 AVG stellen, der dem Arbeitnehmer das Recht einräumt, einen somit ohnehin unwirksamen Vertrag aufzulösen.<sup>18</sup> Neben der Rechtssicherheit, die die Ausübung eines Gestaltungsrechts bringt, hat die Anwendung des § 38 AVG für den Arbeitnehmer einen entscheidenden Vorteil gegenüber der Anwendung des § 26 Abs. 1 AVG, den wirtschaftlichen Ausgleich gemäß § 47 AVG.<sup>19</sup>

## b. Wirtschaftlicher Ausgleich, §§ 46 Nr. 1, 47 AVG

Der Arbeitgeber ist dem Arbeitnehmer zur Zahlung eines wirtschaftlichen Ausgleichs<sup>20</sup> aus § 46 Nr. 1 AVG verpflichtet, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag nach § 38 AVG auflöst.<sup>21</sup> Die Beweislast für das Vorliegen einer der Gründe nach § 38 AVG und das Vorliegen der Kausalität zwischen dem Vorliegen dieses Grundes

und der Kündigung des Arbeitnehmers trägt dabei der Arbeitnehmer.<sup>22</sup>

Die Höhe des wirtschaftlichen Ausgleichs berechnet sich nach § 47 AVG i. V. m. § 27 Ausführungsbestimmungen-AVG, als Berechnungsgrundlage dient dabei der Monatslohn i. S. d. § 47 Abs. 3 AVG.<sup>23</sup> Pro Jahr, welches der Arbeitnehmer bei dem Arbeitgeber tätig war, hat der Arbeitgeber einen Monatslohn an den Arbeitnehmer zu zahlen. Für eine Zeit von zehn Jahren entspricht dies also stattdessen zehn Monatslöhnen. Verbleibt neben den ganzen Jahren ein Rest von über sechs Monaten, ist dafür ein weiterer Monatslohn zu zahlen, für einen Rest von unter sechs Monaten ein halber Monatslohn.<sup>24</sup> Eine praktisch sehr wichtige Beschränkung dieses finanziellen Ausgleichs findet sich in § 47 Abs. 2 AVG: Die Berechnungsgrundlage „Monatslohn“ wird auf das Dreifache des Durchschnittslohns im Vergleichsgebiet und die Zahl der zu berücksichtigenden Arbeitsjahre auf zwölf gedeckelt, wenn der Arbeitnehmer mehr als das Dreifache des Durchschnittsgehalts bezogen hat.<sup>25</sup> Bezieht der Arbeitnehmer hingegen weniger, findet keine Deckelung auf zwölf Monatsgehälter statt.<sup>26</sup>

Aus Arbeitnehmersicht lohnt es sich daher, einen gemäß § 26 Abs. 1 AVG unwirksamen Vertrag nochmals nach § 38 AVG zu kündigen.

## c. § 38 Abs. 2 AVG

Unter den Voraussetzungen des § 38 Abs. 2 AVG, deren gemeinsames Merkmal eine Gefahr für Leib, Leben oder persönliche Freiheit des Arbeitnehmers ist, ist zur Kündigung durch den Arbeitnehmer nicht einmal eine Mitteilung notwendig, es genügt die Arbeitsniederlegung.<sup>27</sup> Diese dem deutschen Recht fremde Regelung hat vermutlich ihren rechtspolitischen Hintergrund in einem Skandal um Sklavenarbeit in der Shanxi-Provinz.<sup>28</sup> Aus dogmatischer Sicht handelt es

<sup>15</sup> Arbeitsgesetz der Volksrepublik China (中华人民共和国劳动法) vom 1.1.1995 i. d. F. vom 27.8.2009, abrufbar unter: <[https://www.gov.cn/banshi/2005-05/25/content\\_905.htm](https://www.gov.cn/banshi/2005-05/25/content_905.htm)> (letzter Zugriff am 18.9.2023).

<sup>16</sup> Urteil des Mittleren Volksgerichts der Stadt Guilin im Autonomen Gebiet der Zhuang in Guanxi (广西壮族自治区桂林市中级人民法院) vom 22.8.2016, Az.: (2016) Gui 03 Min Zhong Nr. 231 ([2016] 桂 03 民终 231 号).

<sup>17</sup> Urteil des Obersten Volksgerichts der Provinz Jilin (吉林省高级人民法院) vom 7.7.2023, Az.: (2023) Ji Min Zai Nr. 18 ([2023] 吉民再 18 号).

<sup>18</sup> LIANG Guiping (Fn. 5), S. 30.

<sup>19</sup> Vgl. aber auch Nils Seibert (Fn. 6), S. 251 ff., der auf die problematische Dogmatik der Auflösung eines nichtigen Vertrags hinweist.

<sup>20</sup> LI Guang/Roman Frik (Fn. 3), S. 89 nennen dies „Abfindung“; vgl. aber auch XIE Zengyi (Fn. 7), S. 98.

<sup>21</sup> Urteil des Mittleren Volksgerichts der Stadt Liaoyang in der Provinz Liaoning (辽宁省辽阳市中级人民法院) vom 4.12.2022, Az.: (2022) Liao 10 Min Zhong Nr. 1804 ([2022] 辽 10 民终 1804 号); Urteil des Obersten Volksgerichts der Provinz Jilin (吉林省高级人民法院) vom 7.7.2023, Az.: (2023) Ji Min Zai Nr. 18 ([2023] 吉民再 18 号); Urteil des Mittleren Volksgerichts der Stadt Guilin im Autonomen Gebiet der Zhuang in Guanxi (广西壮族自治区桂林市中级人民法院) vom 22.8.2016, Az.: (2016) Gui 03 Min Zhong Nr. 231 ([2016] 桂 03 民终 231 号).

<sup>22</sup> Urteil des Mittleren Volksgerichts der Stadt Guangzhou in der Provinz Guangdong (广东省广州市中级人民法院) vom 7.4.2022, Az.: (2021) Yue 01 Min Zhong Nr. 31657 ([2021] 粤 01 民终 31657 号); zum Kausalitätserfordernis vgl. auch Urteil des Mittleren Volksgerichts der Stadt Zhuhai in der Provinz Guangdong (广东省珠海市中级人民法院) vom 30.12.2017, Az.: (2017) Yue 04 Min Zhong Nr. 1549 ([2017] 粤 04 民终 1549 号).

<sup>23</sup> Dabei wird auf den Nettomonatslohn abgestellt; siehe Marie Luise Bernartz, Die betriebsbedingte Kündigung, in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2014, S. 5 ff. (34). Nach dem Grundsatz der Privatautonomie kann der Arbeitnehmer dabei auch weniger fordern, als ihm eigentlich zusteht: Urteil des Obersten Volksgerichts der Provinz Jilin (吉林省高级人民法院) vom 7.7.2023, Az.: (2023) Ji Min Zai Nr. 18 ([2023] 吉民再 18 号).

<sup>24</sup> Vgl. zur Berechnung beispielhaft: Urteil des Obersten Volksgerichts der Provinz Jilin (吉林省高级人民法院) vom 7.7.2023, Az.: (2023) Ji Min Zai Nr. 18 ([2023] 吉民再 18 号).

<sup>25</sup> LI Guang/Roman Frik (Fn. 3), S. 89; Wolfgang Däubler/WANG Qian, Das neue chinesische Arbeitsrecht, in: Arbeit und Recht, 2008, S. 85 ff. (87); XIE Zengyi (Fn. 7), S. 100.

<sup>26</sup> XIE Zengyi (Fn. 7), S. 100.

<sup>27</sup> LI Guang/Roman Frik (Fn. 3), S. 88; WANG Qian (Fn. 5), S. 138; SU Qinghua (苏庆华), Untersuchung von Problemen betreffend die Auflösung von Arbeitsverträgen (关于劳动合同解除权的问题探析), Labor Relation (中国人力资源开发) 2015, Nr. 8, S. 90 ff. (91).

<sup>28</sup> Zu dieser Vermutung siehe WANG Qian (Fn. 5), S. 138; Wolfgang Däubler/WANG Qian (Fn. 25), S. 88.

sich nicht um eine Kündigung, die eine Willenserklärung voraussetzen würde.<sup>29</sup> Der Arbeitsniederlegung kann zwar ein konkludenter Aussagegehalt unterstellt werden, im Gegensatz zur Kündigungserklärung<sup>30</sup> ist sie aber nicht empfangsbedürftig.

## 2. Deutsches Recht

Der Arbeitnehmer kann das Arbeitsverhältnis gemäß § 626 Abs. 1 BGB fristlos kündigen, wenn dafür ein „wichtiger Grund“ vorliegt, der die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses „unzumutbar“ macht. Ob dies der Fall ist, ist anhand des Einzelfalls im Wege einer Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Zugrundelegung des Prognoseprinzips zu bestimmen.<sup>31</sup> Während das chinesische Recht katalogartig aufgebaut ist, beschränkt sich die deutsche Parallelvorschrift auf eine general-klauselartige Formulierung. Verstöße gegen Arbeitsschutzvorschriften<sup>32</sup>, ausbleibende Entgeltzahlungen<sup>33</sup> und die fehlende Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen<sup>34</sup> (§ 38 Abs. 1 Nr. 1–3 AVG) lassen sich im Einzelfall unter die Anforderungen des § 626 Abs. 1 BGB subsumieren. Überdies besteht die Möglichkeit der Anfechtung, die, sofern die Arbeitsaufnahme bereits erfolgt ist, nach der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis dazu führt, dass das Arbeitsverhältnis rückwirkend wie ein wirksames und die aus der Anfechtung resultierende Unwirksamkeit nur *ex nunc* auch wie eine solche behandelt wird.<sup>35</sup>

Setzt der Arbeitgeber durch vertragswidriges Verhalten einen wichtigen Grund zur Kündigung i. S. d. § 626 Abs. 1 BGB und nimmt der Arbeitnehmer das Kündigungsrecht wahr, kann Letzterer – vergleichbar mit dem chinesischen Recht – gemäß § 628 Abs. 2 BGB Schadensersatz geltend machen. Dieser Schadensersatz umfasst zunächst den Lohnausfall, der dem Arbeitnehmer durch die „unfreiwillige“ Kündigung entsteht.<sup>36</sup> Dieser wird von der Rechtsprechung auf den Zeitraum bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist einer arbeitgeberseitigen Kündigung beschränkt,<sup>37</sup> was auf den ersten Blick fragwürdig erscheint, da jedenfalls in den Fällen, in denen das KSchG Anwendung findet, ein Kündigungsgrund i. S. d. § 1 Abs. 1 und 2 KSchG vorliegen müsste.<sup>38</sup> Dem Argument tritt die Rechtsprechung damit entgegen, dass der Arbeitneh-

mer trotz seiner misslichen Lage bewusst auf den durch das KSchG vermittelten Bestandsschutz verzichtet.<sup>39</sup> Ausgleichend wird dem Arbeitnehmer eine Abfindung entsprechend der §§ 9, 10 KSchG zugesprochen.<sup>40</sup> Die Höhe der Abfindung kann, abhängig von einer pflichtgemäßen Ermessensausübung seitens des Gerichts,<sup>41</sup> grundsätzlich bis zu zwölf Monatsgehältern betragen.

Eine zu § 38 Abs. 2 AVG vergleichbare Vorschrift im deutschen Recht ist nicht vorhanden.

Fall 1 (Lösung): Nach chinesischem Recht steht der B ein Kündigungsgrund aus § 38 Abs. 1 Nr. 2 AVG i. V. m. § 18 Nr. 5 Ausführungsbestimmungen-AVG zu, dieser setzt eine „nicht unverzügliche“ (未及时) Zahlung des Entgelts voraus, die bei einer Verzögerung von einem halben Jahr in jedem Fall vorliegt. Da die B aufgrund von § 38 AVG gekündigt hat, hat sie gemäß § 46 Nr. 1 AVG einen Anspruch auf wirtschaftlichen Ausgleich gemäß § 47 AVG. Dieser berechnet sich nach dem Nettomonatslohn (3.000 CNY) multipliziert mit der Anzahl der Jahre, die die B in dem Betrieb gearbeitet hat, vorliegend also zehn Jahre. Der B steht damit ein wirtschaftlicher Ausgleich i. H. v. 30.000 CNY zu.

Nach deutschem Recht wird bei einem erheblichen Zahlungsausfall ein Recht zur außerordentlichen Kündigung zuerkannt, sofern der Arbeitnehmer den Arbeitgeber, was Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist, zunächst abgemahnt hat.<sup>42</sup> Diese Anforderungen sind erfüllt, insbesondere da ein sechsmonatiger Zahlungsausfall nicht hinzunehmen ist. Über § 628 Abs. 2 BGB kann – entsprechend der Kündigungsfrist aus § 622 Abs. 2 Nr. 4 BGB – die Zahlung von vier Monatsgehältern zzgl. einer Abfindung i. H. v. bis zu zwölf Monatsgehältern aus entsprechender Anwendung der §§ 9, 10 KSchG verlangt werden. Das fortgeschrittene Alter der B sowie die beachtliche Betriebszugehörigkeit wirken sich bei der Bemessung der Abfindung günstig auf deren Höhe aus, sie dürfte wohl nicht unter fünf Monatsgehältern liegen.<sup>43</sup> Damit kann B mit einer Zahlung von nicht unter 27.000 EUR rechnen.

## 3. Fazit

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass sowohl im chinesischen als auch im deutschen Recht

<sup>29</sup> Vgl. *LI Guang/Roman Frik* (Fn. 3), S. 88.

<sup>30</sup> Vgl. zur Zugangsbedürftigkeit: *Marie Luise Bernartz* (Fn. 23), S. 15; *WANG Qian* (Fn. 5), S. 145; *SU Qinghua* (Fn. 27), S. 91.

<sup>31</sup> *Wolfgang Däubler*, in: *Wolfgang Däubler/Olaf Deinert/Bertram Zwanziger*, Kündigungsschutzrecht, 11. Aufl., Frankfurt am Main 2020, § 626 Rn. 33 ff. BGB; *Reinhard Vossen*, in: *Reiner Ascheid/Ulrich Preis/Ingrid Schmidt*, Kündigungsschutzrecht, 6. Aufl., München 2021, § 626 Rn. 26 BGB f., 88 ff.

<sup>32</sup> BAG 28.10.1971 – 2 AZR 15/71, AP § 626 Nr. 62 BGB = EzA Nr. 9.

<sup>33</sup> LAG Hamm vom 25.3.2010 – 8 Sa 1663/09, BeckRS 2010, 70442.

<sup>34</sup> *Wolfgang Däubler* (Fn. 31), § 626 Rn. 307 BGB.

<sup>35</sup> Vgl. *Martin Maties*, in: *Beate Gsell/Wolfgang Krüger/Stephan Lorenz/Christoph Reymann*, beck-online.GROSSKOMMENTAR, München, Stand: 1.6.2023, § 611a Rn. 682 BGB.

<sup>36</sup> *Christian Rolfs*, in: *Reiner Ascheid/Ulrich Preis/Ingrid Schmidt*, Kündigungsschutzrecht, 6. Aufl., München 2021, § 628 Rn. 58 BGB; *Wolfgang Däubler* (Fn. 31), § 628 Rn. 24 BGB.

<sup>37</sup> BAG vom 26.7.2001 – 8 AZR 739/00, NZA 2002, 325 ff. (330).

<sup>38</sup> Vgl. *Wolfgang Däubler* (Fn. 31), § 628 Rn. 25 BGB.

<sup>39</sup> BAG vom 26.7.2001 – 8 AZR 739/00, NZA 2002, 325 (330).

<sup>40</sup> BAG vom 26.7.2001 – 8 AZR 739/00, NZA 2002, 325 (330).

<sup>41</sup> *Raphaël Callsen*, in: *Wolfgang Däubler/Olaf Deinert/Bertram Zwanziger*, Kündigungsschutzrecht, 11. Aufl., Frankfurt am Main 2020, § 10 Rn. 5 KSchG; *Heinrich Kiel*, in: *Rudi Müller-Glöge/Ulrich Preis/Ingrid Schmidt*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl., München 2023, § 10 Rn. 4 KSchG.

<sup>42</sup> *Wolfgang Däubler* (Fn. 31), § 626 Rn. 304 BGB.

<sup>43</sup> Vgl. *Raphaël Callsen* (Fn. 41), § 10 Rn. 10 KSchG.

unter bestimmten Voraussetzungen dem Arbeitnehmer das Recht zur einseitigen, fristlosen Beendigung des Arbeitsverhältnisses eingeräumt wird. Während das chinesische Recht dabei starre, aber eindeutige Arbeitgeberverfehlungen zu Kündigungsgründen hochstuft, ist das deutsche Recht, indem es einen „wichtigen Grund“ fordert, flexibler.<sup>44</sup> Auch die Bemessung des sich anschließenden wirtschaftlichen Ausgleichs ist im chinesischen Recht in Gesetzesform festgelegt, im deutschen Recht erfolgt hingegen eine Einzelfallprüfung. Indem dabei aber etwa die Betriebszugehörigkeit als Bemessungsfaktor in beiden Rechtsordnungen eine wichtige Rolle spielt, zeigt sich, dass ähnliche Erwägungen zugrunde gelegt werden. Letztendlich ermöglicht das deutsche Recht flexiblere Ergebnisse, das chinesische Recht ist aber vorhersehbarer. Trotz unterschiedlicher Lösungsansätze weisen die beiden Rechtsordnungen also vergleichbare Ergebnisse auf.

### C. Kündigung des Arbeitgebers

Dem Kündigungsrecht des Arbeitnehmers steht das des Arbeitgebers gegenüber.

#### I. Strukturen

Wie auch im deutschen Recht stellt das chinesische Recht hier im Vergleich zum Kündigungsrecht des Arbeitnehmers strengere Anforderungen.<sup>45</sup> So gibt es vor allem keinen mit § 37 AVG vergleichbaren Tatbestand, der lediglich formale Anforderungen enthält und keinen darüber hinausgehenden Kündigungsgrund voraussetzt.<sup>46</sup> Der Arbeitgeber muss sich bei einer Kündigung auf einen der in den §§ 39, 40, 41 AVG genannten Gründe stützen können.<sup>47</sup>

Im deutschen Recht kann der Arbeitgeber gleichsam wie der Arbeitnehmer bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gemäß § 626 Abs. 1 BGB fristlos kündigen. Auch hier ist also anders als im chinesischen Recht schon grundsätzlich eine Generalklausel vorgesehen.

Nach § 1 Abs. 1 KSchG muss die Kündigung sozial gerechtfertigt sein. Das ist gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG der Fall, wenn ein verhaltens-, ein personen- oder ein betriebsbedingter Kündigungsgrund vorliegt. Grundsätzlich wird in die Prüfung der Kündigungsgründe, auf die sogleich näher eingegangen wird, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz integriert.<sup>48</sup> Der Kündigung muss daher gegebenenfalls eine Abmahnung vorausgehen und sie muss *ultima ratio* sein.<sup>49</sup> Im Zuge dieser Prüfung ist eine Abwägung der widerstreitenden Interessen vorzunehmen, sodass die Kündigung im Ergebnis nur dann erfolgreich ist, wenn die Interessen des Arbeitgebers überwiegen. Da die Kündigung zukunftsgerichtet ist, bedarf es einer negativen Zukunftsprognose für die weitere Zusammen-

arbeit.<sup>50</sup> Ist diese nicht gegeben, etwa bei ersichtlich einmaligen Vorgängen, überwiegt das Bestandsinteresse des Arbeitnehmers. Das KSchG stellt somit ein insgesamt hohes Schutzniveau zugunsten des Arbeitnehmers auf. Tragende Bedeutung haben daher auch die Anwendbarkeitsvoraussetzungen des KSchG: Gemäß §§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 Satz 2 und 3 KSchG ist es nur auf Arbeitsverhältnisse anwendbar, die länger als sechs Monate bestanden haben, und nur in Betrieben, in denen regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt sind. Ansonsten findet lediglich eine Willkürkontrolle gemäß der §§ 138, 242 BGB statt, die kein mit dem KSchG vergleichbares Schutzniveau gewährleistet.

Die Strukturen des chinesischen Kündigungsrechts sind hingegen nicht gänzlich geklärt. Einerseits wäre es denkbar, eine mit dem deutschen Recht vergleichbare Dreiteilung in verhaltensbedingte (§ 39 AVG), personenbedingte (§ 40 AVG) und betriebsbedingte (§ 41 AVG) Kündigungsgründe vorzunehmen.<sup>51</sup> Allerdings stellt § 39 Nr. 1 AVG (Nichtvorliegen der Einstellungs-voraussetzungen) einen Kündigungsgrund dar, der auch in der Person und nicht im Verhalten verortet sein kann. Zudem normiert § 40 Nr. 3 AVG (erhebliche Änderung objektiver Umstände) am ehesten einen betriebsbedingten Kündigungsgrund und keinen personenbezogenen. Hinzu kommt, dass einzig bei § 39 AVG eine Kündigungsfrist nicht erforderlich ist, sodass andererseits auch lediglich eine Einteilung in außerordentliche (§ 39 AVG) und ordentliche (§§ 40, 41 AVG) Kündigungsgründe denkbar wäre.<sup>52</sup> Die folgende Darstellung wird sich aber dennoch an der hilfreichen Dreiteilung in verhaltens-, personen- und betriebsbedingte Kündigungsgründe orientieren (II. bis IV.). Außerdem wird auf die außerordentliche Kündigung (V.) sowie die formellen Voraussetzungen der Kündigung durch den Arbeitgeber eingegangen (VI.), um abschließend die Rechtsfolgen aufzuzeigen (VII.).

#### II. Verhaltensbedingte Kündigung

Fall 2: B ist bei der A für eine Verwaltungstätigkeit angestellt. Da der B der Verdienst nicht genügt, übt sie zusätzlich eine selbstständige Tätigkeit als Taxifahrerin aus, der sie unter der Woche in den Abendstunden und am Wochenende nachkommt. Infolge dieser Nebentätigkeit und der daraus resultierenden Erschöpfung ist B auf der Arbeit regelmäßig übermüdet, unkonzentriert und macht Flüchtigkeitsfehler, die ihre Produktivität stark mindern. A, der dies auffällt, möchte der B, die auch nach einer Abmah-

<sup>44</sup> Kritisch gegenüber der abschließenden Normierung im chinesischen Recht: LIANG Guiping (Fn. 5), S. 40.

<sup>45</sup> Siehe dazu LIANG Guiping (Fn. 5), S. 26.

<sup>46</sup> LIANG Guiping (Fn. 5), S. 28; XIE Zengyi (Fn. 7), S. 91.

<sup>47</sup> Marie Luise Bernartz (Fn. 23), S. 15.

<sup>48</sup> Olaf Deinert (Fn. 6), § 1 Rn. 60 ff KSchG.

<sup>49</sup> Olaf Deinert (Fn. 6), § 1 Rn. 62 KSchG.

<sup>50</sup> Olaf Deinert (Fn. 6), § 1 Rn. 55 KSchG; Reinhard Vossen (Fn. 31), § 1 Rn. 73 KSchG.

<sup>51</sup> So WANG Qian (Fn. 5), S. 158; Marie Luise Bernartz (Fn. 23), S. 6.

<sup>52</sup> So LI Guang/Roman Frik (Fn. 3), S. 88; SU Qinghua (Fn. 27), S. 91; LIANG Guiping (Fn. 5), S. 28; Wolfgang Däubler/WANG Qian (Fn. 25), S. 86; Letztere hingegen ablehnend in WANG Qian (Fn. 5), S. 160.

nung ihr Verhalten nicht ändert, kündigen.  
Hätte sie damit Erfolg?<sup>53</sup>

## 1. Chinesisches Recht

Verhaltensbedingte Kündigungsgründe finden sich in § 39 AVG, dessen Nr. 1 aber auch an personenbedingte Eigenschaften anknüpfen kann.

### a. Materielle Voraussetzungen<sup>54</sup>

Normiert sind sechs verschiedene Gründe für eine Auflösung des Arbeitsvertrags, die sich allesamt durch hohe tatbestandliche Anforderungen auszeichnen, für die der Arbeitgeber die Beweislast trägt.<sup>55</sup>

Nr. 1 i. V. m. § 19 Nr. 2 Ausführungsbestimmungen-AVG ermöglicht eine Auflösung des Arbeitsvertrags in der Probezeit, wenn nachgewiesen wird, dass der Arbeitnehmer die Einstellungsbedingungen nicht erfüllt. Die etwas umständliche Formulierung führt zwar nicht zu einer Beweislastumkehr, weil der Arbeitgeber diese ohnehin trägt, es ist aber zusätzlich zum Vorliegen der Probezeit noch erforderlich, dass der Arbeitnehmer die Einstellungsbedingungen nicht erfüllt. Innerhalb der Probezeit ist die Kündigung dann allerdings ohne Frist zulässig.<sup>56</sup>

In Nr. 2 i. V. m. § 19 Nr. 3 Ausführungsbestimmungen-AVG wird die Möglichkeit zur Auflösung bei einem Verstoß gegen Vorgaben (规章制度) des Arbeitgebers gegeben, der aber „erheblich“ (严重) sein muss.<sup>57</sup> Verschärfend wird teilweise ein Erfolg gefordert, also eine Störung des Betriebsablaufs oder eine sonstige Schädigung des Arbeitgebers.<sup>58</sup> Dafür könnte zwar streiten, dass diese Kündigungsmöglichkeit regelmäßig die praktisch einfachste darstellt<sup>59</sup> und daher ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal zur Angleichung an die anderen Varianten naheliegt. Andererseits ist der Wortlaut der Norm eindeutig, auch weil an anderer Stelle ausdrücklich ein Erfolg gefordert wird. Ein Erfolg ist also nicht Voraussetzung für diesen Kündigungsgrund, kann aber die „Erheblichkeit“ des Verstoßes indizieren.<sup>60</sup> Zu den Vorgaben des Arbeitgebers gehört auch die „Arbeitsdisziplin“ (劳动纪律), die jedenfalls ursprünglich der Sicherung und Entwicklung von Produktion und Wirtschaft diene.<sup>61</sup> Ist

der Arbeitnehmer also nicht in hinreichendem Maße „diszipliniert“ genug, muss er mit der Vertragsauflösung rechnen.

Höhere tatbestandliche Anforderungen hat die Nr. 3, die zunächst eine erhebliche Vernachlässigung der eigenen Aufgaben oder einen unredlichen Eigennutz voraussetzt. Notwendig ist zudem auch ein Erfolgsmoment, nämlich ein daraus resultierender erheblicher Schaden beim Arbeitgeber,<sup>62</sup> wobei dieser auch immaterieller Natur sein kann.<sup>63</sup> Die engen Voraussetzungen führen dazu, dass die Norm nur eine geringe Praxisrelevanz hat.<sup>64</sup>

Nach Nr. 4 i. V. m. § 19 Nr. 5 Ausführungsbestimmungen-AVG ist der Arbeitgeber zur Auflösung berechtigt, wenn der Arbeitnehmer gleichzeitig eine Arbeitsbeziehung zu einem anderen Arbeitgeber hat und dies entweder die Erfüllung der eigenen Arbeitsaufgaben beeinträchtigt oder auch auf Verlangen des Arbeitgebers nicht korrigiert wird, die Arbeit also unterbleibt.<sup>65</sup>

Im Falle des § 26 Abs. 1 Nr. 1 AVG, also bei einem Vertragsschluss aufgrund von Täuschung, Drohung, Gewalt oder Ausnutzung einer Notlage, ist auch der Arbeitgeber zur Auflösung des nichtigen Vertrags berechtigt (§ 39 Nr. 5 AVG i. V. m. § 19 Nr. 6 Ausführungsbestimmungen-AVG).<sup>66</sup> Mit Blick auf die Täuschung differenziert auch<sup>67</sup> das chinesische Arbeitsrecht zwischen zulässigen und unzulässigen Fragen, wobei erstere durch § 8 AVG konkretisiert werden.<sup>68</sup> Der Unterschied zum Arbeitnehmer liegt darin, dass der Arbeitnehmer auch bei den weiteren Unwirksamkeitsgründen des § 26 AVG zur Auflösung berechtigt ist.

§ 39 Nr. 6 AVG i. V. m. § 19 Nr. 7 Ausführungsbestimmungen-AVG normiert hingegen eine Kündigungsmöglichkeit, wenn der Arbeitnehmer durch das Strafrecht zur Verantwortung (责任) gezogen wird.<sup>69</sup> Die bloße Aufnahme eines Strafverfahrens reicht nicht aus, sondern es ist eine Verurteilung erforderlich.<sup>70</sup>

<sup>53</sup> Lösung auf S. 79.

<sup>54</sup> Zu den formellen Voraussetzungen vgl. unten S. 83.

<sup>55</sup> Urteil des Mittleren Volksgerichts der Stadt Qingdao in der Provinz Shandong (山东省青岛市中级人民法院) vom 8.8.2022, Az.: (2022) Lu 02 Min Zhong Nr. 606 ([2022]) 鲁 02 民终 606 号).

<sup>56</sup> Vgl. *LI Guang/Roman Frik* (Fn. 3), S. 87 f.

<sup>57</sup> Siehe etwa Urteil des Mittleren Volksgerichts der Stadt Qingdao in der Provinz Shandong (山东省青岛市中级人民法院) vom 8.8.2022, Az.: (2022) Lu 02 Min Zhong Nr. 606 ([2022]) 鲁 02 民终 606 号); *XIE Zengyi* (Fn. 7), S. 91.

<sup>58</sup> *WANG Qian* (Fn. 5), S. 164.

<sup>59</sup> Vgl. dazu *LI Guang/Roman Frik* (Fn. 3), S. 88.

<sup>60</sup> So auch *WANG Qian* (Fn. 5), S. 165; vgl. auch Urteil des Mittleren Volksgerichts der Stadt Qingdao in der Provinz Shandong (山东省青岛市中级人民法院) vom 8.8.2022, Az.: (2022) Lu 02 Min Zhong Nr. 606 ([2022]) 鲁 02 民终 606 号), wo entgangener Gewinn bei der Beurteilung der Tatbestandsvoraussetzungen herangezogen wird.

<sup>61</sup> Vgl. *Nils Seibert* (Fn. 6), S. 262 f., der aber auch auf existierende Definitionsschwierigkeiten hinweist.

<sup>62</sup> *XIE Zengyi* (Fn. 7), S. 91 f.

<sup>63</sup> *WANG Qian* (Fn. 5), S. 190.

<sup>64</sup> *WANG Qian* (Fn. 5), S. 189.

<sup>65</sup> Zum Verhältnis der beiden Varianten siehe *XIE Zengyi* (Fn. 7), S. 92.

<sup>66</sup> Vgl. etwa Urteil des Mittleren Volksgerichts der mongolischen autonomen Präfektur Bortala im Autonomen Gebiet der Uiguren in Xinjiang (新疆维吾尔自治区博尔塔拉蒙古自治州中级人民法院) vom 29.6.2020, Az.: (2020) Xin 27 Min Zhong Nr. 370 ([2022] 新 27 民终 370 号) (Auflösung eines Arbeitsvertrags wegen gefälschter akademischer Nachweise).

<sup>67</sup> Zum deutschen Recht vgl. BAG vom 5.10.1995 – 2 AZR 923/94, NZA 1996, 371 f.

<sup>68</sup> *WANG Qian* (Fn. 5), S. 161, 201 ff.; *LI Guang/Roman Frik* (Fn. 3), S. 86.

<sup>69</sup> Siehe beispielsweise Urteil des Mittleren Volksgerichts der Stadt Luoyang in der Provinz Henan (河南省洛阳市中级人民法院) vom 20.4.2021, Az.: (2019) Yu 03 Min Zhong Nr. 6388 ([2019] 豫 03 民终 6388 号) (Kündigung aufgrund einer verschwiegenen Verurteilung wegen der Eröffnung eines Kasinos).

<sup>70</sup> *WANG Qian* (Fn. 5), S. 205; *Nils Seibert* (Fn. 6), S. 271.

## b. Praktische Bedeutung

Der § 39 AVG normiert einen praktisch bedeutsamen Kündigungsgrund im chinesischen Recht.<sup>71</sup> Dies liegt nicht nur daran, dass die Nr. 2, also der Verstoß gegen Regeln des Arbeitgebers, niedrigere tatbestandliche Anforderungen hat als andere Kündigungsgründe,<sup>72</sup> sondern darüber hinaus muss der Arbeitgeber bei einer Kündigung nach § 39 AVG auch keinen wirtschaftlichen Ausgleich nach §§ 46 f. AVG zahlen.<sup>73</sup>

## 2. Deutsches Recht

Ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund kann nach deutschem Recht bei der Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten durch ein steuerbares Verhalten vorliegen.<sup>74</sup> Dabei kommt sowohl die Verletzung von arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflichten als auch die Verletzung von Nebenpflichten aus § 241 Abs. 2 BGB in Betracht.<sup>75</sup> Diese konturlosen Anforderungen werden durch die bereits erwähnten Grundsätze des Kündigungsschutzes präzisiert: Zum einen muss der Ausspruch der Kündigung bei Durchführung einer Interessenabwägung verhältnismäßig sein, zum anderen ist eine negative Zukunftsprognose erforderlich. Bei der Interessenabwägung sind die Schwere der Pflichtverletzung und ein mögliches Verschulden des Arbeitnehmers zu berücksichtigen.<sup>76</sup>

Trotz der systematischen Unterschiede zeichnen sich im Ergebnis Gemeinsamkeiten zwischen den Rechtsordnungen ab. Die Kataloggründe des chinesischen Rechts lassen sich überwiegend als Vertragsverletzungen einordnen, die entsprechend der mehrschrittigen Prüfung im deutschen Recht ebenfalls zur Kündigung berechtigen können. Die Probezeitkündigung ist im deutschen Recht, anders als im chinesischen Recht – § 39 Nr. 1 AVG –, mangels Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes nicht mit nennenswerten Anforderungen verbunden. Für § 39 Nr. 5 AVG, der auf § 26 Abs. 1 Nr. 1 AVG verweist, gilt, dass auch der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag bei gegebenen Voraussetzungen anfechten kann. Auf Rechtsfolgenrechte gilt nichts anderes im Vergleich zur arbeitnehmerseitigen Anfechtung. Strafrechtliche Verurteilungen stellen indes im deutschen Recht nicht automatisch einen Kündigungsgrund dar: So ist regelmäßig zumindest ein Bezug zum Arbeitsverhältnis erforderlich, der aber grundsätzlich – je nach Tätigkeit – auch bei außerdienstlichen Straftaten gegeben sein kann.<sup>77</sup>

Fall 2 (Lösung): Im chinesischen Recht stünden der A hier gleich zwei Kündigungsgründe zu. Zum einen wäre es ihr möglich, auch

ohne die Abmahnung zu kündigen, weil die Doppelbeschäftigung von B die Erfüllung der Aufgaben bei A erheblich beeinträchtigt (§ 39 Nr. 4 Alt. 1 AVG). Überdies ist in der Abmahnung auch die Aufforderung zu sehen, die Doppelbeschäftigung zu unterlassen, sodass bei Nichtbeachtung auch § 39 Nr. 4 Alt. 2 AVG greift. Einen wirtschaftlichen Ausgleich müsste die A nicht zahlen, vgl. § 46 AVG.

Auch nach deutschem Recht liegt ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund vor. Zwar sind Nebentätigkeiten nicht per se unzulässig, führt eine Nebentätigkeit jedoch zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers, kann der Arbeitgeber, sofern die Nebentätigkeit nicht eingestellt wird, kündigen. B ist unkonzentriert, übermüdet und stark in der Produktivität gemindert, was eine erhebliche Beeinträchtigung der Arbeitsleistung darstellt, sodass die Kündigung erfolgreich wäre. Auch nach deutschem Recht müsste ein wirtschaftlicher Ausgleich nicht gezahlt werden.

## 3. Fazit

Es lassen sich ähnliche Ergebnisse beobachten wie bei der arbeitnehmerseitigen Kündigung. Das chinesische Recht regelt eine Vielzahl von Fällen ausdrücklich und abschließend im Gesetz und verzichtet damit auf die Flexibilität, die mit einer Generalklausel einhergeht. Im deutschen Recht stützt sich die Kündigung durch den Arbeitgeber hingegen auf die Generalklausel des § 1 Abs. 1 und 2 KSchG und kann daher flexibler auf Einzelfälle reagieren, die möglicherweise nicht mitbedacht wurden. Dies führt aber auch dazu, dass die Ergebnisse des chinesischen Rechts vorhersehbarer sind als die des deutschen, welches auf die Konkretisierung durch höchstrichterliche Rechtsprechung angewiesen ist.

Dieser Unterschied ist zwar ein strukturell bedeutender, führt aber nur selten zu abweichenden Ergebnissen. Letztere lassen sich vor allem darauf zurückführen, dass eine zentrale Institution des deutschen Kündigungsrechts das Abmahnungserfordernis ist, welches im chinesischen Recht kein Äquivalent hat.

## III. Personenbedingte Kündigung

Fall 3: A betreibt ein Callcenter und beschäftigt den B. Die Tätigkeit besteht im Wesentlichen daraus, über mehrere Stunden hinweg Kundengespräche zu führen. Infolge der permanenten lautstarken Kundenbeschwerden erkrankt der B an einer Schwerhörigkeit, die dazu führt, dass er der Tätigkeit nicht mehr nachgehen kann. A, der dem B auch sonst keine Stelle zur Verfügung stellen kann, möchte dem B kündigen. Darf er das?<sup>78</sup>

<sup>71</sup> WANG Qian (Fn. 5), S. 158.

<sup>72</sup> Vgl. oben S. 78.

<sup>73</sup> WANG Qian (Fn. 5), S. 158.

<sup>74</sup> Wolfgang Däubler (Fn. 31), § 1 Rn. 685 KSchG; Reinhard Vossen (Fn. 31), § 1 Rn. 265 f. KSchG.

<sup>75</sup> Wolfgang Däubler (Fn. 31), § 1 Rn. 685 KSchG.

<sup>76</sup> Christof Kerwer, in: Winfried Boecken/Franz Josef Düwell/Martin Diller/Hans Hanau, *Gesamtes Arbeitsrecht*, 2. Aufl., Baden-Baden 2023, § 1 Rn. 762, 772 f. KSchG.

<sup>77</sup> Wolfgang Däubler (Fn. 31), § 1 Rn. 750, 816 KSchG.

<sup>78</sup> Lösung auf S. 80.

## 1. Chinesisches Recht

Aus Gründen, die in der Person des Arbeitnehmers liegen, ermöglicht vor allem § 40 AVG eine Auflösung des Arbeitsvertrags. Daneben kann in der Probezeit der Vertrag nach § 39 Nr. 1 AVG gekündigt werden, wenn aus personenbezogenen Gründen die Einstellungsvoraussetzungen nicht vorliegen, sodass auch diese Norm einen personenbedingten Kündigungsgrund darstellen kann.

### a. Materielle Voraussetzungen des § 40 AVG

Die Auflösung des Arbeitsvertrags ist gemäß § 40 Nr. 1 AVG i. V. m. § 19 Nr. 8 Ausführungsbestimmungen-AVG möglich, wenn der Arbeitnehmer erkrankt oder aufgrund eines Unfalls, der kein Arbeitsunfall ist, verletzt wurde und nach der vorgeschriebenen Behandlungszeit weder die ursprüngliche Arbeit noch eine andere Arbeit bei dem Arbeitgeber ausführen kann. Die „vorgeschriebene Behandlungszeit“ ergibt sich dabei aus einer Vorschrift des Arbeitsministeriums,<sup>79</sup> die aber teils durch lokale Vorschriften modifiziert wird.<sup>80</sup>

Daneben kann der Arbeitsvertrag gemäß § 40 Nr. 2 AVG i. V. m. § 19 Nr. 9 Ausführungsbestimmungen-AVG auch dann aufgelöst werden, wenn der Arbeitnehmer nicht in der Lage ist, seine Arbeit zu bewältigen (胜任), und dies auch nach einer Schulung oder nach einem Wechsel der Stelle beim Arbeitgeber nicht ist. Dieser Grund weist eine Nähe zu § 39 Nr. 1 AVG i. V. m. § 19 Nr. 2 Ausführungsbestimmungen-AVG auf, der auf die Einstellungsvoraussetzungen abstellt, aufgrund der Probezeit aber deren Nichtvorliegen ausreichen lässt und nicht auch noch eine Schulung oder Änderung der Stelle verlangt.

### b. Sozialklausel, § 42 AVG

Die Voraussetzungen der §§ 40, 41<sup>81</sup> AVG werden durch die Sozialklausel des § 42 AVG noch verschärft, der eine Auflösung unter bestimmten Voraussetzungen ausschließt.<sup>82</sup> So ist eine Auflösung des Arbeitsvertrags nicht möglich, wenn die Gefahr von Berufskrankheiten besteht, der Arbeitnehmer aber auf eine solche hin noch nicht untersucht wurde oder gerade auf eine solche hin untersucht wird (§ 42 Nr. 1 AVG). Gleiches gilt, wenn eine Berufskrankheit tatsächlich vorliegt, aufgrund derer der Arbeitnehmer längerfristig<sup>83</sup> arbeitsunfähig ist (§ 42 Nr. 2 AVG). § 42 Nr. 3 AVG verbietet eine Kündigung bei einer Erkrankung oder Verletzung, die keinen

<sup>79</sup> Bestimmungen über die medizinische Behandlungszeit für Unternehmensmitarbeiter, die erkranken oder aufgrund eines Unfalls, der kein Arbeitsunfall ist, verletzt werden (企业职工患病或非因工负伤医疗期规定), abrufbar unter: <[http://www.mohrss.gov.cn/xxgk2020/gzk/gz/202112/t20211228\\_431556.html](http://www.mohrss.gov.cn/xxgk2020/gzk/gz/202112/t20211228_431556.html)> (letzter Zugriff am 18.9.2023).

<sup>80</sup> Vgl. dazu und vorgehend Frank Münzel, Chinas Recht, 29.6.07/1 Arbeitsvertragsgesetz der Volksrepublik China, abrufbar unter: <<http://www.chinas-recht.de/inhalt.htm>> (letzter Zugriff am 18.9.2023), dort Anm. xvii.

<sup>81</sup> Zu § 41 AVG siehe ab S. 81.

<sup>82</sup> Siehe dazu etwa LI Guang/Roman Frik (Fn. 3), S. 88 f.

<sup>83</sup> Marie Luise Bernartz (Fn. 23), S. 17.

Arbeitsunfall darstellt, wenn die vorgeschriebene Behandlungszeit noch andauert. Danach ist dann eine Kündigung unter den dargestellten Voraussetzungen des § 40 Nr. 1 AVG möglich.

Schwangerschaft, Geburt und Stillzeit schließen eine Kündigung aus (§ 42 Nr. 4 AVG). Gleiches gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer bereits 15 Jahre bei dem Arbeitgeber gearbeitet hat und weniger als fünf Jahre vom Ruhestand entfernt ist (§ 42 Nr. 5 AVG). Abschließend findet sich in Nr. 6 eine Öffnungsklausel, die den Ausschluss der Kündigung auch aufgrund anderer Gesetze oder Verwaltungsnormen ermöglicht.

## 2. Deutsches Recht

Eine personenbedingte Kündigung ist eine Kündigung wegen solcher Umstände, die nicht an ein steuerbares (und regelmäßig schuldhaftes) Verhalten, sondern an die Person des Arbeitnehmers selbst anknüpfen.<sup>84</sup> Diese Umstände müssen dazu führen, dass der Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitsleistung nicht mehr vollständig erbringen kann. Für die Kündigung ist erneut eine negative Zukunftsprognose erforderlich und zusätzlich, dass eine Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz oder die Behebung der Störquelle durch Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen nicht in Betracht kommt.

Die deutsche Konzeption personenbedingter Kündigungen ist damit am ehesten mit § 40 Nr. 2 AVG (mangelnde Fähigkeit, die Arbeit zu bewältigen) vergleichbar. Eine zu § 40 Nr. 1 AVG vergleichbare Regelung (Krankheit oder Unfall, der kein Arbeitsunfall ist) existiert nicht. Das ist aber insofern nicht notwendig, als sich die krankheitsbedingte Kündigung unter § 1 KSchG subsumieren lässt und sogar den wichtigsten Anwendungsfall der personenbedingten Kündigung darstellt.<sup>85</sup> Aspekte wie die Dauer der Krankheit oder ob es sich um eine Berufskrankheit handelt, deren Konsequenzen explizit in §§ 40 Nr. 1, 42 Nr. 1–3 AVG geregelt sind, werden im deutschen Recht bei der durchzuführenden gerichtlichen Abwägung berücksichtigt.<sup>86</sup> Daraus ergeben sich insgesamt geringere Anforderungen an die Kündigung als im chinesischen Recht.

Ein mit § 42 Nr. 4 AVG vergleichbares Kündigungsverbot findet sich in § 17 MuSchG.

Fall 3 (Lösung): Dem A steht hier ein Kündigungsgrund nach § 40 Nr. 1 Alt. 1 AVG i. V. m. § 19 Nr. 8 Ausführungsbestimmungen-AVG zu. B ist erkrankt und kann nach der vorgeschriebenen Behandlungszeit nicht mehr die ursprüngliche Arbeit leisten. Eine andere Arbeit gibt es beim A nicht. Für § 40 Nr. 1 Alt.

<sup>84</sup> Olaf Deinert (Fn. 6), § 1 Rn. 85 KSchG; Hartmut Oetker, in: Rudi Müller-Glöge/Ulrich Preis/Ingrid Schmid, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, § 1 Rn. 98 f. KSchG.

<sup>85</sup> Christof Kerwer (Fn. 76), § 1 Rn. 432 KSchG.

<sup>86</sup> Reinhard Vossen (Fn. 31), § 1 Rn. 174 KSchG; Olaf Deinert (Fn. 6), § 1 Rn. 149 KSchG.

1 AVG i. V. m. § 19 Nr. 8 Ausführungsbestimmungen-AVG ist es – anders als beim Unfall – unerheblich, dass die Erkrankung in Zusammenhang mit der Arbeit steht; es wird einzig auf das Vorliegen einer Krankheit abgestellt. B kann sich aber erfolgreich auf die Sozialklausel des § 42 Nr. 2 AVG berufen. Er ist an einer Berufskrankheit erkrankt und daher arbeitsunfähig. Daher kann der A dem B nicht kündigen.

Da das deutsche Recht einen absoluten Kündigungsausschluss wie den § 42 AVG nicht kennt, kommt eine personenbedingte Kündigung in Betracht. Allerdings werden bei arbeitsbedingten Erkrankungen besonders hohe Maßstäbe an die Zulässigkeit der Kündigung gestellt. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, jede denkbare – leidensgerechte – Unterbringungsmöglichkeit im Betrieb anzubieten bzw. eine solche zu schaffen.<sup>87</sup> Nur wenn das nicht in Betracht kommt, wäre eine Kündigung des B zulässig. Ausweislich des Sachverhalts ist dies bei dem A nicht möglich, sodass eine Kündigung nach deutschem Recht möglich ist.

### 3. Fazit

Indem sowohl § 40 Nr. 2 AVG i. V. m. § 19 Nr. 9 Ausführungsbestimmungen-AVG als auch § 1 KSchG an die Fähigkeit des Arbeitnehmers, die geschulde Arbeitsleistung zu erbringen, anknüpfen, wählen die Rechtsordnungen einen nahezu identischen und in der Sache flexiblen Ausgangspunkt für die Zulässigkeit personenbedingter Kündigungen. Entscheidend ist lediglich die Leistungsminderung, nicht aber die konkrete Ursache. Im Übrigen zeichnet sich aber das bereits bekannte Bild fort: Eine detaillierte, aber auch starre Sozialklausel führt im chinesischen Recht zu vorgezeichneten Ergebnissen, während die Umstände des Einzelfalls im deutschen Recht im Rahmen einer Interessenabwägung berücksichtigt werden. Dies führt zu flexibleren Ergebnissen, aber auch zu einer ungewisseren Rechtslage. Zuletzt lässt sich feststellen, dass die Anforderungen an die Kündigung, so zeigt es auch der gewählte Beispielsfall, im chinesischen Recht höher sind als im deutschen Recht. Dies könnte, jedenfalls soweit Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten involviert sind, auf ein ausgeprägteres soziales Sicherungssystem in Deutschland zurückzuführen sein.

### IV. Betriebsbedingte Kündigung

Fall 4: A beschäftigt eine große Belegschaft, zu der unter anderem der 59-jährige B gehört, der schon seit über 20 Jahren im Unternehmen des A tätig ist. Infolge eines Durchbruchs bei der Verwendung von künstlicher Intelligenz in der Produktion benötigt der A deutlich weniger Stellen als zuvor. Er möchte daher 20

Stellen, darunter die des B, abbauen. Kann A dem B wirksam kündigen?<sup>88</sup>

### 1. Chinesisches Recht

Betriebsbedingte Kündigungsgründe finden sich vorrangig in § 41 AVG; daneben normiert aber auch § 40 Nr. 3 AVG nach allgemeiner Ansicht einen solchen.<sup>89</sup>

Gemäß § 40 Nr. 3 AVG i. V. m. § 19 Nr. 10 Ausführungsbestimmungen-AVG ist es möglich, den Vertrag aufzulösen, wenn eine Änderung der dem Vertragschluss zugrunde liegenden Umstände eintritt, die die Erfüllung des Arbeitsvertrags unmöglich macht und bei der keine Einigung über eine Vertragsänderung erreicht wurde.<sup>90</sup> Beispielsweise gilt dies, wenn ein Mitarbeiter für die Einhaltung bestimmter Vorschriften zum Schutz vor Erdbeben eingestellt wurde, diese Vorschriften aber nicht mehr gelten.<sup>91</sup> Inhaltlich erinnert die Norm stark an das Institut der Störung der Geschäftsgrundlage, welches in § 313 BGB kodifiziert wurde.<sup>92</sup> Diese Variante der Vertragsaufhebung ist jedenfalls im deutschen Recht die äußerste Ausnahme, da sie in Konkurrenz zu den Kündigungsvorschriften steht und von diesen grundsätzlich verdrängt wird.<sup>93</sup>

§ 41 AVG normiert erhöhte Anforderungen für die sog. „Massenentlassung“<sup>94</sup>, also die gleichzeitige Entlassung von 20 Arbeitnehmern oder alternativ 10 % der Belegschaft.<sup>95</sup> Eine Mindestgröße des Unternehmens ist nicht erforderlich,<sup>96</sup> was zur Folge hat, dass auch die Entlassung von zwei Mitarbeitern aus einem Betrieb mit fünf Mitarbeitern (über 10 % der Mitarbeiter) genügt, um die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 41 AVG auszulösen.

In formaler Hinsicht ist dabei gemäß § 41 Abs. 1 AVG die Gewerkschaft oder die Belegschaft 30 Tage im Voraus anzuhören und der Entlassungsplan der Arbeitsbehörde mitzuteilen.<sup>97</sup>

Materiell-rechtlich muss einer der vier genannten Gründe vorliegen. Dazu gehört zunächst die Sanierung nach dem Unternehmenskonkursgesetz (Nr. 1 i. V. m. § 19 Nr. 11 Ausführungsbestimmungen-AVG).

<sup>88</sup> Lösung auf S. 82.

<sup>89</sup> Marie Luise Bernartz (Fn. 23), S. 6 m. w. N.

<sup>90</sup> Zur möglichen Einigung über eine Änderung des Arbeitsvertrags: Urteil des Mittleren Volksgerichts der Stadt Guangzhou in der Provinz Guangdong (广东省广州市中级人民法院) vom 31.12.2015, Az.: (2015) Sui Zhong Fa Min Yi Zhong Zi Nr. 7247 ([2015] 穗中法民一终字第 7247 号).

<sup>91</sup> Urteil des Mittleren Volksgerichts der Stadt Jinan in der Provinz Shandong (山东省济南市中级人民法院) vom 30.9.2017, Az.: (2017) Lu 01 Min Zhong Nr. 4661 ([2017] 鲁 01 民终 4661 号).

<sup>92</sup> Vgl. Marie Luise Bernartz (Fn. 23), S. 19; WANG Qian (Fn. 5), S. 243.

<sup>93</sup> Christiane Brors/Tanja Rudnik, in: Winfried Boecken/Franz Josef Dittell/Martin Diller/Hans Hanau, *Gesamtes Arbeitsrecht*, 2. Aufl. Baden-Baden 2023, § 313 Rn. 12 BGB.

<sup>94</sup> Marie Luise Bernartz (Fn. 23), S. 23; LI Guang/Roman Frik (Fn. 3), S. 89.

<sup>95</sup> LI Guang/Roman Frik (Fn. 3), S. 89; XIE Zengyi (Fn. 7), S. 94.

<sup>96</sup> Marie Luise Bernartz (Fn. 23), S. 23; Wolfgang Däubler/WANG Qian (Fn. 25), S. 87.

<sup>97</sup> Ursprünglich waren 50 Arbeitnehmer als Grenze vorgesehen; Gewerkschaften haben erfolgreich auf die ebenfalls schweren Folgen der Entlassung von 49 Arbeitnehmern hingewiesen, sodass die Grenze verschärft wurde, vgl. Marie Luise Bernartz (Fn. 23), S. 23.

<sup>87</sup> Olaf Deinert (Fn. 6), § 1 Rn. 169 ff. KSchG.

Tatbestandlich unscharf sind die folgenden Varianten der „erheblichen Schwierigkeiten“ (严重困难) bei Produktion und Betrieb (Nr. 2 i. V. m. § 19 Nr. 12 Ausführungsbestimmungen-AVG) sowie tiefgreifende betriebliche (Nr. 3 i. V. m. § 19 Nr. 13 Ausführungsbestimmungen-AVG) oder wirtschaftliche (Nr. 4 i. V. m. § 19 Nr. 14 Ausführungsbestimmungen-AVG) Veränderungen.<sup>98</sup> Insgesamt stellt somit bereits der Tatbestand des § 41 Abs. 1 AVG strenge Anforderungen an die Kündigung von Arbeitsverträgen.

Auch auf § 41 AVG findet die dargestellte Sozialklausel des § 42 AVG Anwendung. Vorrangig ist bereits die ebenfalls durch soziale Erwägungen geprägte Vorzugsregelung des § 41 Abs. 2 AVG zu beachten, die vorschreibt, welche Arbeitnehmer bevorzugt im Unternehmen verbleiben. Hierbei wird auf Umstände wie die Länge des befristeten Arbeitsvertrags (Nr. 1), das Vorliegen eines unbefristeten Arbeitsvertrags (Nr. 2) und Unterhaltspflichten (Nr. 3) abgestellt. Sinnvoll erscheint es hier, die drei Nummern in der Wichtigkeit von hinten nach vorne zu ordnen, schon allein deshalb, weil andernfalls ein Arbeitnehmer mit einem befristeten Arbeitsvertrag gegenüber einem Arbeitnehmer mit einem unbefristeten Arbeitsvertrag bevorzugt behandelt werden würde.

Entlassene Arbeitnehmer haben einen Anspruch auf Information und bevorzugte Wiedereinstellung innerhalb von sechs Monaten nach der Kündigung, wenn das Unternehmen erneut einstellt, § 41 Abs. 3 AVG.

## 2. Deutsches Recht

Im deutschen Recht kommt eine Kündigung dann in Betracht, wenn sie durch „dringende betriebliche Erfordernisse“ gerechtfertigt ist. Dieser Kündigungsgrund umfasst grundsätzlich die Kündigungen infolge von Arbeitsplatzwegfall durch unternehmerische Entscheidungen.<sup>99</sup> Im Hinblick auf die verfassungsrechtlich geschützte Berufsfreiheit ergibt sich dabei folgendes Bild: Der Arbeitgeber ist frei in seiner Unternehmensführung, sodass die dem Arbeitsplatzverlust zugrunde liegende Entscheidung, abgesehen von Fällen des Missbrauchs, nicht angreifbar ist.<sup>100</sup> Entscheidet sich der Arbeitgeber also beispielsweise, die Produktion infolge einer (vermuteten) schwächeren Auftragslage herunterzufahren oder vermehrt auf technische Unterstützung zu setzen, so steht ihm das zu, selbst dann, wenn es nicht die vermeintlich beste wirtschaftliche Entscheidung ist. Dennoch eröffnet die Wahl der Formulierung „dringend“ Raum für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung: Die Kündigung ist nur dann sozial gerechtfertigt, wenn der Abbau von Arbeitsplätzen der unternehmerischen Entscheidung zuträgt.<sup>101</sup> Hinzu kommt, dass vorrangig zu prüfen ist, ob eine anderweitige Weiterbeschäftigung in Betracht kommt.

Gemäß § 1 Abs. 3 KSchG ist im Falle der betriebsbedingten Kündigung ferner eine Sozialauswahl vorzunehmen. Namentlich müssen Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltspflichten und Schwerbehinderungen bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers unter mehreren für die Kündigung in Betracht kommenden Arbeitnehmern berücksichtigt werden. Hier ergibt sich eine Parallelität zur chinesischen Sozialklausel, wenngleich unterschiedliche Kriterien maßgeblich sind.

Ändert sich nach dem Ausspruch einer wirksamen (insbesondere betriebsbedingten, aber auch personen- oder verhaltensbedingten) Kündigung die Tatsachensituation, kann ein Wiedereinstellungsanspruch bestehen, der aus § 242 BGB abgeleitet wird.<sup>102</sup> Hat der Arbeitgeber etwa einen Auftragsrückgang prognostiziert, dem er vorsorglich mit Kündigungen begegnen wollte, und bewahrheitet sich der Auftragsrückgang nicht, kommt ein solcher Anspruch in Betracht.

Für Massenentlassungen normiert § 17 KSchG Anzeige- und Unterrichtungspflichten, die aber keinen unmittelbaren Bezug zu den materiellen Kündigungsgründen aufweisen.

Fall 4 (Lösung): Dem A steht nach § 41 Abs. 1 Nr. 3 Var. 2 AVG ein Kündigungsgrund zu, weil es sich bei der Verwendung von KI um eine große technische Neuerung handelt. Unter Beachtung der formellen Kündigungsvoraussetzungen könnte der A daher grundsätzlich eine Kündigung aussprechen. Hinsichtlich des B ist zunächst die Vorzugsregelung des § 41 Abs. 2 AVG zu berücksichtigen. Da der B schon sehr lange in dem Unternehmen beschäftigt ist, ist zu prüfen, ob nicht andere Arbeitnehmer vorrangig zu entlassen sind. Unbeschadet dessen greift hier aber erneut die Sozialklausel des § 42 AVG. Weil der B bereits über 15 Jahre bei A beschäftigt ist und nur noch ein Jahr vom gesetzlichen Renteneinstieg entfernt ist, kann er gemäß § 42 Nr. 5 AVG nicht nach § 41 AVG gekündigt werden.

Nach deutschem Recht ist die unternehmerische Entscheidung – hier vermehrt auf den Einsatz von KI zu setzen – nur beschränkt überprüfbar. Es ist auch nicht fernliegend, dass dies mit dem tatsächlichen Wegfall von Arbeitsplätzen einhergeht. Bei der vorzunehmenden Sozialauswahl kommen dem B seine langjährige Betriebszugehörigkeit sowie sein Lebensalter zugute. Da der Sachverhalt allerdings keine Angaben zu anderen Beschäftigten enthält, ist davon auszugehen, dass auch die Sozialauswahl zulasten des B ausfällt; eine betriebsbedingte Kündigung ist zulässig.

<sup>98</sup> Wolfgang Däubler/WANG Qian (Fn. 25), S. 87.

<sup>99</sup> Olaf Deinert (Fn. 6), § 1 Rn. 236 KSchG; Hartmut Oetker (Fn. 84), § 1 Rn. 212 KSchG.

<sup>100</sup> BAG vom 29.8.2013 – 2 AZR 809/12, NZA 2014, 730 (731 Rn. 13).

<sup>101</sup> Olaf Deinert (Fn. 6), § 1 Rn. 291 KSchG.

<sup>102</sup> Olaf Deinert (Fn. 6), § 1 Rn. 307 KSchG; Heinrich Kiel (Fn. 41), § 1 Rn. 741 f. KSchG.

### 3. Fazit

Erneut ist ein bekanntes Muster erkennbar: Das deutsche Recht ist zunächst nicht so ausdifferenziert wie das chinesische; die Ergebnisse sind aber nah beieinander. Insolvenz und Produktionsrückgang (§ 41 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AVG) können die Grundlage für unternehmerische Entscheidungen bilden, die zu Arbeitsplatzverlusten führen; betriebliche oder wirtschaftliche Neuausrichtungen (§ 41 Abs. 1 Nr. 3 und 4 AVG) umschreiben die unternehmerische Entscheidung selbst.

Insgesamt lässt sich dennoch feststellen, dass das chinesische Recht strengere Anforderungen an die Zulässigkeit betriebsbedingter Kündigungen stellt. Allen voran ist dies auf die nur beschränkt gerichtlich überprüfbare Unternehmerentscheidung im deutschen Recht zurückzuführen; bei „Schaffung“ des Kündigungsgrundes wird dem Unternehmer in Deutschland also anders als im chinesischen Recht schon erhebliche Freiheit eingeräumt. § 1 Abs. 3 KSchG weist hingegen eine strukturelle Ähnlichkeit zum chinesischen Recht auf, indem abschließend bestimmte Kriterien zur Berücksichtigung im Rahmen der Sozialauswahl bestimmt.

### V. Außerordentliche Kündigung

Auch der Arbeitgeber kann nach deutschem Recht wie der Arbeitnehmer gemäß § 626 Abs. 1 BGB außerordentlich und ohne Frist kündigen. Hierbei gelten dieselben Grundsätze, insbesondere ist ein „wichtiger Grund“ erforderlich. Dieser muss zum einen abstrakt geeignet sein, eine fristlose Vertragsbeendigung zu rechtfertigen, zum anderen müssen auch die Umstände im konkreten Einzelfall dafürsprechen.<sup>103</sup>

Eine ausdrückliche Unterscheidung zwischen ordentlicher und außerordentlicher Arbeitgeberkündigung wird im chinesischen Recht nicht vorgenommen indem der Arbeitgeber aber gemäß § 39 AVG ohne Frist kündigen kann, gibt es diese Unterscheidung aber faktisch durchaus.<sup>104</sup>

### VI. Formelle Voraussetzungen der Kündigung durch den Arbeitgeber

Im chinesischen Recht unterscheiden sich die formellen Kündigungsvoraussetzungen danach, auf welche Norm sich die Kündigung stützt. Dabei kann aber grob zwischen fristlosen Kündigungen (1.) und fristgebundenen Kündigungen (2.) unterschieden werden.

#### 1. Fristlose Kündigung

Die fristlose Kündigung ist im chinesischen Recht in § 39 AVG normiert,<sup>105</sup> was im Hinblick auf die gegenüber § 40 AVG deutlich verschärften Anforderungen auch sachgerecht erscheint. Dabei fehlt nicht nur eine Kündigungsfrist, sondern auch eine Kündigungserklärungsfrist. Es gibt also keine dem § 626 Abs. 2 BGB

entsprechende Regelung zur Frist, innerhalb der die Kündigung nach der Kenntniserlangung vom Kündigungsgrund erklärt werden muss.<sup>106</sup>

§ 39 AVG sieht im Wortlaut kein Schriftformerfordernis vor. *A maiore ad minus* spricht zwar das Formerfordernis des § 35 Abs. 1 Satz 2 AVG (Änderung des Arbeitsvertrags) dafür, dass eine Auflösung erst recht der Schriftform bedarf.<sup>107</sup> Auch § 10 Abs. 1 AVG, der für den Vertragsschluss das Schriftformerfordernis normiert, soll für ein Schriftformerfordernis bei einer Kündigung sprechen.<sup>108</sup> Die ausdrückliche Nennung des Schriftformerfordernisses in § 40 AVG, der ebenfalls eine Auflösung normiert, spricht aber im Umkehrschluss dafür, dass dies in § 39 AVG nicht notwendig ist.<sup>109</sup> Geht man davon aus, dass ein Schriftformerfordernis besteht, ist die Rechtsfolge der Nichtbeachtung der Formvorschrift umstritten. Einige Entscheidungen verweisen auf § 48 Hs. 2 AVG (Rechtsfolgen der rechtswidrigen Kündigung) und kommen damit zu einer Entschädigungszahlung.<sup>110</sup> Andere beanstanden die Nichtbeachtung des angenommenen Schriftformerfordernisses gar nicht. Auch wenn es sich nur um eine formelle Voraussetzung handelt, ist sie Teil des Tatbestands der Kündigung und damit beachtlich. Aus einer Nichtbeachtung kann daher nur die Unwirksamkeit der Kündigung folgen.<sup>111</sup>

#### 2. Fristgebundene Kündigung

Bei einer Kündigung, die sich auf einen der Gründe in §§ 40, 41 AVG stützt, ist hingegen eine Kündigungsfrist zu beachten oder alternativ ein Monatslohn zu zahlen. Zudem gibt es ein ausdrückliches Schriftformerfordernis.

#### 3. Deutsches Recht

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses bedarf nach deutschem Recht der Schriftform, § 623 BGB. Im Falle der Kündigung aus wichtigem Grund (§ 626 Abs. 1 BGB) läuft eine zweiwöchige Kündigungserklärungsfrist, die mit Kenntniserlangung von den maßgebenden Tatsachen an läuft (§ 626 Abs. 2 BGB).

Die Kündigungsfrist für den Arbeitgeber verlängert sich abhängig von der Dauer des Arbeitsverhältnisses auf bis zu sieben Monate zum Ende eines Kalendermonats, § 622 Abs. 2 BGB. Hier wird also erneut – aber diesmal anders als im chinesischen Recht – dem Element der Betriebszugehörigkeit Bedeutung beigemessen.<sup>112</sup> Während der Probezeit gilt gemäß § 622 Abs. 3 BGB eine zweiwöchige Kündigungsfrist.

<sup>106</sup> WANG Qian (Fn. 5), S. 151; aufgrund von teleologischen Erwägungen aber dafür SU Qinghua (Fn. 27), S. 93.

<sup>107</sup> So LI Guang/Roman Frik (Fn. 3), S. 89; Marie Luise Bernartz (Fn. 23), S. 15.

<sup>108</sup> Marie Luise Bernartz (Fn. 23), S. 15.

<sup>109</sup> So wohl auch WANG Qian (Fn. 5), S. 146.

<sup>110</sup> Vgl. WANG Qian (Fn. 5), S. 146, allerdings nur mit Lösungsvorschlag *de lege ferenda*.

<sup>111</sup> Zu §§ 40 Nr. 3, 41 AVG vgl. Marie Luise Bernartz (Fn. 23), S. 33.

<sup>112</sup> Eine Staffelung der Kündigungsfristen nach Betriebszugehörigkeit wird teils von der Literatur gefordert: GUO Ting (Fn. 2), S. 105; LUO Dong (Fn. 6), S. 68.

<sup>103</sup> Vgl. Wolfgang Däubler (Fn. 31), § 626 Rn. 41 ff. BGB.

<sup>104</sup> Vgl. dazu S. 78.

<sup>105</sup> Vgl. etwa XIE Zengyi (Fn. 7), S. 92.

## VII. Rechtsfolgen

### 1. Chinesisches Recht

Die intendierte und unmittelbare Rechtsfolge der arbeitgeberseitigen Kündigung ist die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Darüber hinaus ist gemäß § 43 AVG auch die Gewerkschaft zu informieren und gemäß § 50 Abs. 1 AVG eine Bescheinigung über die Kündigung auszustellen, deren Inhalt sich nach § 24 Ausführungsbestimmungen-AVG richtet, sowie der Arbeitsvertrag mindestens zwei Jahre lang aufzubewahren (§ 50 Abs. 2 AVG).<sup>113</sup>

In den Fällen des § 40 und des § 41 Abs. 1 AVG hat der Arbeitgeber zudem einen wirtschaftlichen Ausgleich nach § 46 Nr. 3 bzw. 4 i. V. m. § 47 AVG zu zahlen.<sup>114</sup> Zu dessen Höhe gelten dabei die obigen Ausführungen entsprechend.<sup>115</sup> In streng systematischer Hinsicht stellt der wirtschaftliche Ausgleich eine Ausnahme dar, weil die Fälle abschließend normiert sind. Der umfangreiche Katalog führt aber dazu, dass die Zahlung eines wirtschaftlichen Ausgleichs praktisch der Regelfall ist.<sup>116</sup>

Wird der Arbeitsvertrag durch den Arbeitgeber unter Verstoß gegen das AVG gekündigt, so kann der Arbeitnehmer gemäß § 48 AVG seine Weiterbeschäftigung verlangen. Verlangt der Arbeitnehmer dies nicht oder lässt sich der Arbeitsvertrag nicht mehr erfüllen, greift die Regelung des § 87 AVG.<sup>117</sup> Danach ist dem Arbeitnehmer das Doppelte des wirtschaftlichen Ausgleichs als Entschädigung zu zahlen, was sich auf erhebliche Summen belaufen kann.<sup>118</sup>

### 2. Deutsches Recht

Durch die Kündigung wird das Arbeitsverhältnis zum Ablauf der Frist bzw. im Falle der fristlosen Kündigung regelmäßig sofort beendet. Dabei besteht in der Regel kein Anspruch auf eine Abfindung. Eine Ausnahme bildet § 1a KSchG, wonach im Falle der betriebsbedingten Kündigung ein Anspruch auf Zahlung einer Abfindung in Höhe eines halben Monatsverdienstes für jedes Jahr des Bestehens des Arbeitsverhältnisses existiert, sofern der Arbeitnehmer die Klagfrist der Kündigungsschutzklage verstreichen lässt und der Arbeitgeber einen entsprechenden Hinweis mitgibt.

Gegen die Kündigung kann mit Erhebung der Kündigungsschutzklage vorgegangen werden. Ist diese erfolgreich, stellt das Gericht fest, dass das Arbeitsverhältnis nie wirksam durch Kündigung beendet wurde.

Trifft das Gericht eine solche Feststellung, ist es dem Arbeitnehmer jedoch nicht zuzumuten, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, kann das Gericht das Arbeits-

verhältnis auflösen und den Arbeitgeber zur Zahlung einer Abfindung in Höhe von bis zu zwölf Monatsverdiensten verurteilen, §§ 9, 10 KSchG.

### D. Rechtsgeschäftliche Auflösung durch Vertrag

Die hohen Anforderungen an eine rechtmäßige Auflösung und der hohe Schadensersatz bei einer rechtswidrigen Kündigung führen dazu, dass für Arbeitgeber eine einvernehmliche Auflösung gemäß § 36 AVG praktisch eine bedeutsame Lösung darstellt, um ein Arbeitsverhältnis zu beenden.

Im Hinblick auf eine damit einhergehende mögliche Abfindung stärkt das AVG in dieser Situation die Position des Arbeitnehmers durch die Vorschrift des § 46 Nr. 2 AVG. Auch bei einem Auflösungsvertrag ist danach ein wirtschaftlicher Ausgleich des Arbeitgebers geschuldet, wenn er die Auflösung vorgeschlagen hat.<sup>119</sup> Um Beweisprobleme zu vermeiden, trägt der Arbeitgeber die Beweislast hinsichtlich des Nichtvorliegens seines Auflösungsantrags.<sup>120</sup> Da die Abfindung kraft Gesetzes zwangsläufig geschuldet ist, ist die Abfindung infolge der Verhandlungen meist höher.

Im deutschen Recht greift ein ähnlicher Mechanismus: Zwar ist der Arbeitgeber im Falle einer rechtsgeschäftlichen Vertragsaufhebung nicht zur Zahlung einer Abfindung verpflichtet, er bietet sie dennoch regelmäßig an.<sup>121</sup> Grund dafür ist die Vermeidung langwieriger und teurer Kündigungsschutzprozesse, die ihrerseits – wie aufgezeigt – mit der Verurteilung zur Zahlung einer Abfindung enden können. Zu beachten ist aber, dass auch Aufhebungsverträge einer Klausel- und Rechtmäßigkeitskontrolle unterliegen.<sup>122</sup>

### E. Bewertung

Im Verlauf des Aufsatzes wurde nun ein Überblick über die verschiedenen Rezepte zum „Braten von Tintenfisch“, also zum Kündigen, gegeben. Dabei wurden bereits einige Gemeinsamkeiten und Unterschiede identifiziert, die nun zum Abschluss noch mal systematisiert und gegenübergestellt werden sollen.

### I. Unterschiedliche Regelungstechnik

Der bedeutendste strukturelle Unterschied zwischen dem deutschen und dem chinesischen Kündigungsrecht ist die Normierung der Kündigungsgründe. Das deutsche Recht greift umfassend auf Generalklauseln zurück, die dem chinesischen Recht fremd sind. Dieses regelt vielmehr eine Vielzahl von Fällen unmittelbar im Gesetz.

Im deutschen Kündigungsrecht werden die Generalklauseln durch die Rechtsprechung konkretisiert und somit in der Praxis anwendbar gemacht. Dies hat den Vorteil, dass auch unbekannte und extrem gelagerte Fallkonstellationen in der Regel handhabbar sind,

<sup>113</sup> Siehe *LI Guang/Roman Frik* (Fn. 3), S. 88.

<sup>114</sup> Zu § 46 Nr. 3 vgl. etwa Urteil des Mittleren Volksgerichts der Stadt Guangzhou in der Provinz Guangdong (广东省广州市中级人民法院) vom 31.12.2015, Az.: (2015) Sui Zhong Fa Min Yi Zhong Zi Nr. 7247 ([2015] 穗中法民一终字第 7247 号).

<sup>115</sup> Siehe S. 75.

<sup>116</sup> *LI Guang/Roman Frik* (Fn. 3), S. 89.

<sup>117</sup> *XIE Zengyi* (Fn. 7), S. 103.

<sup>118</sup> Kritisch: *XIE Zengyi* (Fn. 7), S. 104.

<sup>119</sup> *Marie Luise Bernartz* (Fn. 23), S. 14; *WANG Qian* (Fn. 5), S. 138; *XIE Zengyi* (Fn. 7), S. 107.

<sup>120</sup> *WANG Qian* (Fn. 5), S. 139.

<sup>121</sup> Vgl. *Wolfgang Däubler* (Fn. 31), Aufhebungsvertrag Rn. 26.

<sup>122</sup> Vgl. *Wolfgang Däubler* (Fn. 31), Aufhebungsvertrag Rn. 37 ff.

weil der Gesetzgeber diese nicht im Voraus antizipieren muss. Zudem ist eine Rechtsprechungsänderung leichter zu vollziehen als eine Gesetzesänderung, sodass das Kündigungsrecht insgesamt auch flexibler auf Entwicklungen technischer oder gesellschaftlicher Art reagieren kann als das chinesische Recht. Diese Vorteile des deutschen Rechts gehen allerdings zulasten der Rechtssicherheit, die im chinesischen Recht durch die genauen tatbestandlichen Umschreibungen ausgeprägter ist. Es kann allein aufgrund der Gesetzeslektüre bereits im Vorfeld mit hoher Sicherheit vorhergesagt werden, ob eine Kündigung rechtmäßig war oder nicht. Daraus folgt auch, dass der Rechtsprechung im chinesischen Arbeitsrecht kein vergleichbar hoher Stellenwert wie der Rechtsprechung des BAG zukommt.

## II. Vergleichbarkeit der Ergebnisse?

Auffällig ist, dass das deutsche und das chinesische Recht trotz dieser strukturellen Unterschiede zu vergleichbaren Ergebnissen kommen; so finden sich viele Fallgruppen der deutschen Rechtsprechung auch im chinesischen Recht normiert. Dies gilt beispielsweise für die Doppelbeschäftigung, die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arbeitnehmers oder die Vernachlässigung der geschuldeten Arbeitsleistung. Letztlich liegt den Systemen also eine vergleichbare Schutzrichtung zugrunde, die auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses gerichtet ist.<sup>123</sup> Legt man den Blick allerdings auf das Detail, kommen auch grundlegende materielle Unterschiede zum Vorschein, die ihren Ursprung in gesellschaftlichen Wertungen haben und punktuell veranschaulicht werden sollen:

Während dem deutschen Arbeitsrecht ein subjektiver Leistungsbegriff zugrunde liegt, der sich nach dem individuellen Leistungsvermögen des Arbeitnehmers richtet,<sup>124</sup> kann ein Arbeitnehmer in China gekündigt werden, wenn er „erheblich“ gegen die „Arbeitsdisziplin“ verstößt (§ 39 Nr. 2 AVG). Erwartet wird also eine objektive Grundleistung; jeder Arbeitnehmer soll seinen Beitrag zur Produktivität des Unternehmens und übergeordnet zur Förderung eines sozialistischen Wirtschaftssystems leisten. Dies belegt auch § 40 Nr. 2 AVG, wonach die Minderleistung des Arbeitnehmers zur Kündigung berechtigt. Dies kann zwar auch nach deutschem Recht einen Kündigungsgrund darstellen, Maßstab ist aber eben nicht eine objektive Mindestleistung oder das Leistungsniveau der Arbeitskollegen, sondern das individuelle Leistungsvermögen, was dazu führt, dass die Kündigung wegen Minderleistung hohe Anforderungen mit sich bringt.<sup>125</sup>

Auch bei strafrechtlicher Verantwortlichkeit liegen die Hürden für eine Kündigung im chinesischen Arbeitsrecht niedriger als im deutschen. Schon der gesellschaftliche „Makel“ der Begehung einer Straftat

wird als kündigungsrelevant angesehen. Demgegenüber kommt der Straftatbegehung im deutschen Recht erst dann eine kündigungsrelevante Bedeutung zu, wenn das konkrete, dem Arbeitsverhältnis zugrunde liegende Vertrauensverhältnis beschädigt ist.

Diese Beispiele zeigen, dass – wenngleich insgesamt ein vergleichbares Schutzniveau in beiden Rechtsordnungen herrschen mag – unterschiedliche Konzeptionen verfolgt werden: Das deutsche Recht stellt das Arbeitsverhältnis des gekündigten Arbeitnehmers in den Mittelpunkt: Besteht eine positive Zukunftsprognose? Erfüllt er die Erwartungen, die individuell an ihn gestellt werden können? Das chinesische Recht fordert eine objektive, von außen kommende Bewertung: Erfüllt der Arbeitnehmer die objektiven Mindestvoraussetzungen? Hat er sich nichts zuschulden kommen lassen? Verhält er sich aber objektiv „gut“, gewährt ihm die chinesische Rechtsordnung einen hohen Schutz. Die normierten Kündigungsgründe greifen in der Regel nicht, und wenn doch, besteht eine große Chance, dass die Sozialklausel korrigierend eingreift. Das AVG ist damit deutlich leistungs- und wirtschaftsbezogener als das KSchG, ohne dass dadurch ein niedrigeres Schutzniveau bedingt wird. Allerdings wird dieser Befund insoweit relativiert, als im Falle betriebsbedingter Kündigungen die zugrunde liegende unternehmerische Entscheidung nach deutschem Recht nur einer sehr eingeschränkten gerichtlichen Überprüfbarkeit unterliegt.

## III. Gründe für die Unterschiede

In der Gesamtbetrachtung lässt sich feststellen, dass die Kündigungsvoraussetzungen im chinesischen Recht höher sind als die im deutschen Recht. Ein Grund dafür könnte sein, dass das chinesische Sozialsystem gekündigte Arbeitnehmer nicht so gut auffängt,<sup>126</sup> wie es das deutsche tut. Dies hat zur Folge, dass der chinesische Arbeitnehmer typischerweise in höherem Maße vom Arbeitgeber abhängig ist und dieser daher mehr Verantwortung hat. Dafür spricht vor allem, dass das chinesische Recht keine betriebsbezogenen Anwendungsvoraussetzungen wie § 23 Abs. 1 Satz 2 und 3 KSchG kennt, sondern auf jeden Arbeitsvertrag Anwendung findet (§ 2 AVG). Im deutschen Recht ist der Arbeitnehmer außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG hingegen weitgehend schutzlos gestellt, die einzigen Ausnahmen bilden hier die Grenzen der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) und von Treu und Glauben (§ 242 BGB).

Liegen aber die Voraussetzungen einer Kündigung nach chinesischem Recht vor, kann diese sofort – ggf. unter Beachtung etwaiger Fristenfordernisse – ausgesprochen werden, während im deutschen Recht einer vorherigen Abmahnung große Bedeutung zukommt. Ohne diese ist eine Kündigung in der Regel nicht

<sup>123</sup> Vgl. dazu schon S. 74.

<sup>124</sup> Ulrich Preis, in: Rudi Müller-Glöge/Ulrich Preis/Ingrid Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, § 611a Rn. 736 BGB.

<sup>125</sup> Vgl. Olaf Deinert (Fn. 6), § 1 Rn. 206 ff. KSchG; Wolfgang Däubler (Fn. 31), § 1 Rn. 811 KSchG.

<sup>126</sup> CHEN Yu-Fu/Michael Funke, China's new Labour Contract Law: No harm to Employment?, in: China Economic Review 2009, S. 558; Hilary Josephs, Measuring Progress under China's Labor Law: Goals, Processes, Outcomes, in: Comparative Labor Law & Policy Journal, 2009, S. 389.

möglich, auch wenn das Verhalten des Arbeitnehmers grundsätzlich geeignet wäre, eine solche zu rechtfertigen. Auch das zeigt: Das deutsche Arbeitsrecht stellt den individuellen Arbeitnehmer in den Vordergrund, indem es ihm in der Regel eine „zweite Chance“ einräumt. Dogmatisch lässt sich das dergestalt begründen, dass der Arbeitsvertrag als Dienstvertrag keine Erfolgshaftung kennt; geschuldet ist gerade nur das Tätigwerden, nicht aber ein bestimmter Erfolg.<sup>127</sup> Während das Kauf- und Werkvertragsrecht das Recht auf zweite Andienung kennt, nutzt das Arbeitsrecht das Mittel der Abmahnung.

Dieser Spagat zwischen Arbeitnehmerschutz einerseits und wirtschaftlichen Erwägungen andererseits ist symptomatisch für die Zeit, aus der das AVG stammt. Gewünscht war eine Abkehr von den Zeiten des wirtschaftlichen Wachstums um jeden Preis, insbesondere sozialen Ungleichheiten.<sup>128</sup> Diese wiederum führte zu Unruhen in der Bevölkerung, die auch der chinesischen Regierung nicht entgangen sind.<sup>129</sup> Die Politik sollte sich am Ziel einer harmonischen Gesellschaft (和谐社会), gerichtet auf den Menschen selbst, ausrichten.<sup>130</sup> Dieses Ziel übernimmt das Arbeitsvertragsgesetz *expressis verbis* in seinem § 1. Wie gezeigt handelt es sich dabei nicht nur um eine Formel: Das Kündigungsrecht mit seinen strengen<sup>131</sup> und im Vergleich zur früheren Rechtslage strengeren<sup>132</sup> Anforderungen an

eine Kündigung wird diesem Ziel gerecht, die Rechte der Arbeitnehmer werden gestärkt, ein „Sieg für den Kampf der chinesischen Arbeiter um Würde“<sup>133</sup>. Zugleich atmet das Kündigungsschutzrecht doch noch den Geist alter Zeit, indem es nicht den Gedanken einer harmonischen Gesellschaft, die auf den Menschen selbst gründet,<sup>134</sup> konsequent zu Ende denkt und auf die subjektiven Fähigkeiten abstellt, sondern einen objektiven Maßstab zugrunde legt.

#### IV. Ergebnis

Diese Vor- und Nachteile des chinesischen und deutschen Kündigungsschutzrechts führen dazu, dass nicht ein System dem anderen vorzuziehen ist. Das chinesische Recht würde möglicherweise von mehr tatbestandlicher Flexibilität, einem Abmahnungserfordernis bei verhaltensbedingten Kündigungen und einer nach Beschäftigungsdauer gestaffelten Kündigungsfrist profitieren, das deutsche Recht hingegen von der gesetzlichen Normierung zumindest einiger Fallgruppen. In jedem Fall lohnt es sich sowohl für die Gesetzgebung als auch für die Anwendung, die Unterschiede und deren Folgen im Blick zu behalten. So können, um im Sprichwort zu bleiben, beide „Küchen“ noch etwas voneinander lernen.

<sup>127</sup> BAG vom 11.12.2003 – 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784 (786).

<sup>128</sup> Vgl. etwa Hilary Josephs (Fn. 126), S. 373 ff. (375 f.).

<sup>129</sup> Siehe dazu: Hilary Josephs (Fn. 126), S. 373 ff. (389); Jenny Chan, Meaningful Progress or illusory Reform? Analyzing China's Labor Contract Law, in: New Labour Forum 2009, S. 43 ff. (44).

<sup>130</sup> Johannes Allmendinger, Das neue Gesetz der Volksrepublik China über Schlichtung und Schiedsverfahren bei Arbeitsstreitigkeiten, in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2008, S. 103 ff. (103); Wolfgang Däubler/WANG Qian (Fn. 25), S. 90; XIE Zengyi (Fn. 7), S. 38 f.

<sup>131</sup> Wolfgang Däubler/WANG Qian (Fn. 25), S. 88.

<sup>132</sup> Johannes Allmendinger (Fn. 130), S. 104; CHEN Yu-Fu/Michael Funke (Fn. 126), S. 558.

<sup>133</sup> Jenny Chan (Fn. 129), S. 44.

<sup>134</sup> Johannes Allmendinger (Fn. 130), S. 103.

\* \* \*

#### **Dismissal protection law: Fried squid under German and Chinese law**

*When the Chinese Labor Contract Law came into effect 15 years ago, the law on termination of employment also underwent a number of changes. This article focuses in particular on the employer's grounds for termination. A comparison with the German legal system is made in order to identify similarities and differences. It will become clear that, despite structurally different regulatory techniques and contrasting political frameworks, a thoroughly comparable level of protection prevails. While German law heavily depends on general clauses concretized by case law, Chinese law predominantly provides rules that codify reasons for termination in individual cases. The Chinese legislator thus prefers the legal certainty associated with clear regulations for specific types of cases to the flexibility made possible by general clauses. Furthermore, this article also deals with provisions on economic compensation payments and the social unlawfulness of termination which are inherent in both legal systems.*