

Die betriebsbedingte Kündigung im chinesischen Recht

Marie Luise Bernartz¹

1. Einleitung

Nach § 1 Abs. 2 S. 1 des deutschen Kündigungsschutzgesetzes (KSchG)² ist eine Kündigung sozial ungerechtfertigt, „wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist“.

Der Begriff „betriebsbedingt“ hingegen – bezogen auf das chinesische Arbeitsrecht – soll im Rahmen dieser Arbeit beleuchtet werden und wird zunächst unspezifisch bis zur Klärung der genauen Kündigungsinhalte verwendet. Eine Gleichsetzung mit dem deutschen Begriffsinhalt erfolgt also nicht. Ausschließlich zu behandeln sind vom Arbeitgeber ausgehende Kündigungen, da der Arbeitnehmer seinen Arbeitsvertrag gemäß § 37 des „Arbeitsvertragsgesetzes der VR China“ (AVG)³ ohne jeden Grund kündigen kann. Die Betrachtung bezieht sich auf das chinesische Festland.

Der aktuelle Stand des chinesischen Arbeitsrechts, insbesondere in Form des AVG, ließ vor allem im Entwurf deutliche Einflüsse des deutschen Arbeitsrechts erkennen, die allerdings in der endgültigen Fassung des AVG wieder reduziert wurden.⁴ In die Beratung des Rechtsausschusses des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses (NVK) sowohl zum AVG als auch zum „Gesetz der VR China über Schlichtung und Schiedsverfahren

bei Arbeitsstreitigkeiten“ (ASSG)⁵ waren namhafte deutsche Arbeitsrechtsexperten involviert.⁶

Mit dem AVG wurden die Möglichkeiten zur Befristung von Arbeitsverhältnissen und der Leiharbeit erheblich eingeschränkt,⁷ so dass sich in China ein Wandel vom „atypischen“ zum „normalen“ Arbeitsverhältnis abzeichnet. Mit atypischen Arbeitsverhältnissen sind insbesondere Befristung und Leiharbeit sowie Teilzeit mit geringer Stundenzahl gemeint. Demgemäß werden die Beendigung von solchen (unbefristeten) Normalarbeitsverhältnissen und damit voraussichtlich auch betriebsbedingte Kündigungen an Bedeutung gewinnen.

Was versteht man also unter einer „betriebsbedingten Kündigung“ im chinesischen Sinn? Unter welchen Umständen kann ein triftiger Kündigungsgrund für den Arbeitgeber gegeben sein? Wie verläuft das Verfahren ab? Welche Probleme treten auf? Werden aus den chinesischen Arbeitnehmern mutmaßlich nunmehr „wahre Experten für Arbeitsrecht“?⁸ Entsteht im Gegenzug ein boomender Markt für Personalmanager?⁹ Diese Fragen sollen im Verlauf der Arbeit betrachtet und bewertet werden.

¹ Die Autorin absolvierte ihren Master in China-Studien mit Schwerpunkt Recht. Der Beitrag ist wesentlicher Auszug der an der Universität zu Köln vorgelegten Masterarbeit.

² V. 25.8.1969 in: Arbeitsgesetze, 80. Aufl. München 2012, S. 129 ff.

³ 中华人民共和国劳动合同法 v. 29.6.2007, <www.gov.cn/flfg/2007-06/29/content_669394.htm>, eingesehen am 2.11.2012; deutsche Übersetzung in: WANG Qian, Der Kündigungsschutz nach dem chinesischen Arbeitsvertragsgesetz, Baden-Baden 2012, S. 387–410.

⁴ Vgl. LI Guang/Roman Frik, Das neue Arbeitsvertragsgesetz Chinas, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2008, Bd. 26, Nr. 2, S. 86.

⁵ 中华人民共和国劳动争议调解仲裁法 v. 29.12.2007, chinesische Fassung und deutsche Übersetzung in: ZChinR 2008, Nr. 2, S. 145 ff.

⁶ Vgl. Bernd Waas/WU Yongxin, Das neue Arbeitsvertragsgesetz der VR China, in: Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft 2008, Bd. 107, Nr. 3, S. 231, wonach dies zum AVG Wolfgang Linsenmeyer, Wolfgang Däubler und Michael Kriegsmann, zum ASSG Meinhard Zumfelde und Michael Kriegsmann, jeweils gemeinsam mit Bernd Waas waren.

⁷ Vgl. Jörg Binding/Kai Thum, Aktuelle Entwicklungen im Arbeitsrecht der VR China, in: Recht der Arbeit 2008, Bd. 61, Nr. 6, S. 351, die auf eine zu erwartende Erhöhung der unbefristeten Arbeitsverhältnisse hinweisen; Wolfgang Däubler/WANG Qian, Das neue chinesische Arbeitsrecht, in: Recht und Arbeit 2008, Bd. 56, Nr. 3, S. 86, stellen für die neuen Anforderungen zur Leiharbeit fest, dass kaum Fälle verbleiben, die aus Arbeitgebersicht Vorteile gegenüber dem Normalarbeitsverhältnis versprechen.

⁸ Vgl. Wolfgang Däubler/WANG Qian, Implementationsprobleme im chinesischen Arbeitsrecht, in: Recht der Arbeit 2009, Bd. 62, Nr. 6, S. 355, die eine solche Aussage eines Unternehmers aus Südchina zitieren.

⁹ Vgl. BU Yuanshi, Der Kündigungsschutz nach dem chinesischen Arbeitsvertragsgesetz, in: BU Yuanshi (Hrsg.): Chinesisches Zivil- und Wirtschaftsrecht aus deutscher Sicht, Tübingen 2008, S. 136.

1.1. Begriff „betriebsbedingte Kündigung“

Die betriebsbedingte Kündigung nach deutschem Arbeitsrecht steht im Gegensatz zu einer verhaltens- oder personenbedingten Kündigung. Eine betriebsbedingte Kündigung im deutschen Sinne setzt in erster Linie ein dringendes betriebliches Erfordernis voraus. Dies ist der Fall, wenn der Arbeitgeber den Arbeitsplatz nicht mehr zur Verfügung stellen kann, weil er sich in freier unternehmerischer Entscheidung entschlossen hat, seinen Betrieb aufgrund inner- oder außerbetrieblicher Umstände nicht mehr wie bisher fortzuführen. Es muss ein Kausalzusammenhang zwischen der unternehmerischen Entscheidung und dem Wegfall des Arbeitsplatzes bestehen.¹⁰

In der VR China ist es hingegen schwierig, eine eindeutige Abgrenzung der Kündigungsgründe vorzunehmen. Die gesetzlichen Definitionen sind unzureichend und auch die chinesische Rechtsprechung gibt keine abschließende Klarheit.

Fan nimmt eine Einteilung in eine disziplinarrechtliche (im Wesentlichen entsprechend der verhaltensbedingten Kündigung) und nichtdisziplinarrechtliche Auflösung (entsprechend der personen- und betriebsbedingten Kündigung) vor.¹¹ Es gibt jedoch unterschiedliche Auffassungen, ob es sich bei einer betriebsbedingten Kündigung in der VR China nur um Massenentlassungen nach § 41 AVG oder auch um Einzelkündigungen gemäß § 40 Nr. 3 AVG wie etwa im deutschen Recht handeln kann. Nach überwiegender Meinung entspricht in der VR China jedenfalls § 41 AVG, der „wirtschaftliche Massenentlassung“¹² erfasst, einer betriebsbedingten Kündigung in Deutschland. So heißt es auch nach *Glück/Tänzler*: „Voraussetzung der betriebsbedingten Kündigung nach dem AVG ist, dass – absolut oder anteilig – eine bestimmte Mindestanzahl von Arbeitnehmern entlassen wird. Die Beendigung eines einzelnen Arbeitsverhältnisses aus betriebsbedingten Gründen ist in der Regel nicht möglich“¹³, sowie nach Ansicht von *BU*: „die betriebsbedingte Kündigung bezeichnet den Fall einer Massenentlassung nach § 41 AVG“¹⁴. *LI/Frik* wiederum beantworten die Frage, ob auch einzelne Kündigungen nach § 40 Nr. 3 AVG darunter fallen können, diplomatisch; dazu heißt es: „je nach den

einzelnen Gegebenheiten [können unter § 40 Nr. 3 AVG] auch betriebsbedingte Gründe im Sinne des deutschen Rechts fallen“¹⁵. *WANG Qian* vertritt die Ansicht, dass „§ 40 Nr. 3 AVG auch [eine] betriebsbedingte Einzelkündigung erfasst“, während „§ 41 AVG eine Sonderregelung der Massenentlassung“ darstellt.¹⁶ Weitere Befürworter dieser Einteilung sind *Waas/WU*.¹⁷ Nach *Däubler/WANG* werden „betriebliche Gründe [...] mittelbar in Art. 40 Nr. 3 AVG angesprochen“.¹⁸

Ein entscheidender Unterschied zum deutschen Recht könnte darin bestehen, dass in China eine betriebsbedingte Kündigung möglicherweise nicht gerechtfertigt ist, wenn die Basis der Kündigung lediglich eine aktive unternehmerische Entscheidung des Arbeitgebers darstellt. In Deutschland steht es dem Arbeitgeber frei, die bisher durchgeführten Arbeiten auszulagern und an ein anderes Unternehmen zu übergeben oder Arbeitnehmer zu entlassen, um sie durch freie Mitarbeiter zu ersetzen. Dies erkennen die deutschen Arbeitsgerichte als grundsätzlich bindende Organisationsentscheidung des Arbeitgebers an. Die unternehmerische Entscheidung wird nicht auf die Zweckmäßigkeit geprüft. Zwingende Voraussetzung für die Kündigung ist nur, dass die Organisationsentscheidung des Arbeitgebers zum Wegfall des Arbeitsplatzes führt und der Arbeitnehmer nicht weiter beschäftigt werden kann.¹⁹ In China ist fraglich, ob eine neue objektive (§ 40 Nr. 3 AVG) bzw. objektive wirtschaftliche Situation (§ 41 Abs. 1 Nr. 4 AVG) durch eine solche unternehmerische Entscheidung herbeigeführt wird oder ob es dort lediglich um Anpassungen an äußere Entwicklungen des Marktes geht.²⁰

1.2. Forschungsstand

Der Forschungsstand in diesem Bereich des Arbeitsrechts ist unzureichend.

Weder in der chinesischen noch in der westlichen Literatur haben sich Rechtswissenschaftler vertieft mit den Problemen und ungeklärten Fragen einer betriebsbedingten Kündigung in der VR China auseinandergesetzt. Es existieren zwar Gesetzeskommentierungen, aber diese klären kaum ansatzweise die zahlreichen Auslegungs- und Anwendungsfragen.²¹ Dies könnte daran liegen, dass die betriebsbedingte Kündigung in der Praxis lange Zeit keine besondere Rolle spielte bzw. nur unter

¹⁰ Vgl. *Wolfdieter Küttner*, Personalbuch 2010, München 2010, S. 1594.

¹¹ Vgl. *FAN Jianhong*, Arbeitgeberkündigungsgründe nach dem Arbeitsgesetz der VR China, in: *Recht der Internationalen Wirtschaft* 1996, Bd. 42, Nr. 1, S. 31.

¹² 经济性裁员.

¹³ *Ulrike Glück/Julia Tänzler*, Das neue Arbeitsvertragsgesetz der Volksrepublik China, in: *Recht der Internationalen Wirtschaft* 2008, Vol. 54, Nr. 6, S. 348. Mit der Aussage „in der Regel nicht möglich“ wollen die Autoren vermutlich zum Ausdruck bringen, dass eine Massenentlassung unter Umständen aufgrund der 10%-Regel nur eine Person betreffen kann.

¹⁴ *BU Yuanshi* (Fn. 9), S. 142.

¹⁵ *LI Guang/Roman Frik* (Fn. 4), S. 88.

¹⁶ *WANG Qian* (Fn. 3), S. 158.

¹⁷ Vgl. *Bernd Waas/WU Yongxin* (Fn. 6), S. 252.

¹⁸ *Wolfgang Däubler/WANG Qian*, Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses in der Volksrepublik China, in: *Recht der Arbeit* 2008, Bd. 61, Nr. 3, S. 141.

¹⁹ Vgl. *Wolfdieter Küttner* (Fn. 10), S. 1595.

²⁰ Vgl. *Wolfdieter Däubler/WANG Qian* (Fn. 18), S. 141.

²¹ Vgl. *Wolfdieter Däubler/WANG Qian* (Fn. 18), S. 142; *FAN Jianhong* (Fn. 11), S. 35, bemerkt dies bereits in Bezug auf das AG.

sehr begrenzten Voraussetzungen als Kündigungsgrund zulässig war.

Zum deutschen Arbeits- und Kündigungsrecht existieren zahlreiche Kommentare und Urteile, die auch öffentlich zugänglich sind, während in China der Zugriff auf diese Informationen relativ eingeschränkt ist. Zwar bietet die Datenbank *Chinalaw-info* die Möglichkeit, Urteile des Volksgerichts einzusehen, aber Schiedssprüche, die die Mehrzahl der Streitentscheidungen ausmachen, werden in der Regel nicht veröffentlicht.²² Hinzu kommt, dass in vielen Fällen der Beendigung von Arbeitsverhältnissen der Konflikt durch einen Aufhebungsvertrag gelöst wird. Folglich existieren über diese Praxis keine verwertbaren Informationen oder Statistiken. *Däubler/WANG* verweisen auf die im Vergleich zu Deutschland lediglich halb so hohe Zahl arbeitsrechtlicher Gerichtsverfahren in China, obwohl die Arbeitnehmerzahl 20-mal höher ist.²³

2. Historische Entwicklung

In Bezug auf die historische Entwicklung durchlief die VR China auf dem Gebiet des Kündigungsrechts einen rasanten Wandel. Während zur Zeit des sozialistischen Aufbaus ein grundsätzliches Kündigungsverbot galt und auch nach dem System der Planwirtschaft generell keine Kündigungsmöglichkeiten vorgesehen waren, wurden die Bestimmungen im Zuge der Reform- und Öffnungspolitik langsam gelockert. Ab 1980 war es erstmals möglich, betriebsbedingte Kündigungen in Unternehmen mit ausländischer Beteiligung vorzunehmen. Im weiteren Verlauf wurde die Anwendung von betriebsbedingten Kündigungsmöglichkeiten auch für andere Unternehmensformen zugelassen und konkretisiert.

2.1. Mao-Ära

In den Gründungsjahren der VR China herrschte eine hohe Arbeitslosigkeit. Die Regierung versuchte dieser Situation entgegenzuwirken, indem der Staatsverwaltungsrat 1952 für gemischte öffentlich-private Unternehmen ein grundsätzliches Entlassungsverbot beschloss. Nur in seltenen Ausnahmefällen wurde einer Betriebsschließung oder -verkleinerung zugestimmt.²⁴ Nach Durchführung der Sozialisierungsreform (1952 bis 1956) und Einführung der Planwirtschaft wurde der Arbeitssektor Bestandteil des Plansystems. Unternehmen besaßen keine unternehmerische Freiheit und konnten keine selbständigen Personalentscheidungen treffen,

denn die Verwaltung und Verteilung der städtischen Arbeitskräfte erfolgte zentral. Die Arbeitspläne richteten sich in erster Linie nach den Fünfjahresplänen und wurden daraufhin jährlich hinsichtlich Angebot und Nachfrage konkretisiert.²⁵ Das damalige Arbeitsverhältnis war gekennzeichnet durch eine Anstellung auf Lebenszeit. Die Staatsunternehmen sorgten für die soziale Sicherheit und Wohlfahrt des Erwerbstätigen. Jedoch war das Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten und damit die Frage unklar, ob nun ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Beschäftigten und dem Staat oder dem Unternehmen bestand, da keine Verträge abgeschlossen, sondern die Arbeitsplätze zugeteilt wurden.²⁶ Das Festbeschäftigungsverhältnis war grundsätzlich nicht kündbar, die Möglichkeit einer Beendigung bestand nur in seltenen Fällen, so z. B. bei einem schweren Verstoß gegen die Arbeitsdisziplin oder bei chronischer Krankheit. Im Gegensatz dazu war eine notwendige Personalreduzierung oder Schließung des Betriebs infolge einer Produktionsveränderung kein Kündigungsgrund. In solchen Fällen wurde die Belegschaft in andere Betriebseinheiten verlegt.²⁷

2.2. Reform- und Öffnungspolitik

Im Zuge der Reform- und Öffnungspolitik und der Umstrukturierung der Staatsunternehmen wurden erstmals Kündigungsmöglichkeiten geschaffen und die Autonomierechte der Unternehmen erweitert, um diese wettbewerbsfähiger zu gestalten. Die ersten Reformen wurden 1980 in den chinesisch-ausländischen Unternehmen mit gemeinsamem Kapital durchgeführt. Die Bestimmungen bezüglich der Beendigung von Arbeitsverhältnissen waren rudimentär.²⁸ Entsprechend § 4 der „Arbeitsverwaltungsbestimmungen für chinesisch-ausländische Unternehmen mit gemeinsamem Kapital“ (JVAV)²⁹ mussten als Voraussetzung der Kündigung folgende Umstände gleichzeitig vorliegen: (1) die Entstehung eines Überschusses an Beschäftigten infolge von Veränderungen der Produktions- oder der technischen Bedingungen, (2) die Nichterfüllung der durch die Veränderung begründeten neuen Arbeitsanforderungen durch den Beschäftigten trotz Fortbildung und (3) die fehlende Eignung des Beschäftigten zur Ausübung einer anderen Arbeit. Aufgrund der Schwierigkeit, alle Voraussetzungen kumulativ zu

²⁵ Vgl. *Andreas Lauffs* (Fn. 24), S. 91/93.

²⁶ Vgl. *Andreas Lauffs* (Fn. 24), S. 110 ff. *Bernd Waas/WU Yongxin* (Fn. 6), S. 235, bezeichnen das damalige Arbeitsverhältnis als „öffentlich-rechtlich geprägtes Rechtsverhältnis“ und sprechen von „Unterordnung des Arbeitnehmers“, während es sich nach dem deutschen Verständnis bei einem Arbeitsvertrag „um einen privatrechtlichen, personenrechtlichen, gegenseitigen Austauschvertrag“ handelt.

²⁷ Vgl. *Andreas Lauffs* (Fn. 24), S. 126 f.

²⁸ Vgl. *Andreas Lauffs* (Fn. 24), S. 134.

²⁹ 中外合资经营企业劳动管理规定 v. 26.7.1980. Vgl. *Andreas Lauffs* (Fn. 24), S. 135.

²² Vgl. *Ulrike Glück/Julia Tänzler* (Fn. 13), S. 351.

²³ Vgl. *Wolfgang Däubler/WANG Qian* (Fn. 7), S. 89.

²⁴ Vgl. *Andreas Lauffs*, Das Arbeitsrecht der Volksrepublik China, Hamburg 1990, S. 126.

erfüllen, wurden später die Kündigungsgründe gelockert und nach § 7 der „Durchführungsmethode für die Arbeitsverwaltungsbestimmungen der chinesisch-ausländischen Unternehmen mit gemeinsamem Kapital“ (AVDB)³⁰ auf nur eine Voraussetzung, nämlich den „Personalüberschuss wegen produktionsmäßigen und technischen Veränderungen“ reduziert. Neben einer solchen wirtschaftlichen Kündigung konnte etwa in der Sonderwirtschaftszone Shenzhen ein Unternehmen mit ausländischer Beteiligung auch wegen Konkurses kündigen (§ 4 der „Konkursbestimmungen der Sonderzone Shenzhen für Unternehmen mit ausländischer Beteiligung“).³¹

Darüber hinaus gab es sehr unterschiedliche Lokalbestimmungen; nationale Vorschriften wurden dadurch verschieden ausgelegt bzw. ergänzt. Teilweise widersprachen aber Lokalbestimmungen den nationalen Bestimmungen.³² Einige Lokalregierungen setzten weiterhin eine Kombination aus betriebs- und personenbedingten Gründen voraus, während andere nur einen betriebsbedingten Grund festlegten. Daneben forderte beispielsweise die Stadt Ningbo bei einer betriebsbedingten Kündigung eine „erhebliche Veränderung“ (§ 10 der „Durchführungsbestimmungen für die Arbeitsverwaltung der chinesisch-ausländischen Unternehmen mit gemeinsamem Kapital der Stadt Ningbo“)³³; in der Sonderwirtschaftszone Guangdong war stattdessen bereits bei „bloßem Bedarf“ (§ 20 der „Verordnung über die Sonderwirtschaftszone der Provinz Guangdong“)³⁴ eine Kündigung möglich. Nach § 7 AVDB war eigentlich vorgeschrieben, dass die Betriebsgewerkschaft oder die ganze Belegschaft einen Monat vor der Kündigung benachrichtigt wird. Ebenfalls in Guangdong reichte es aber aus, wenn die Betriebsgewerkschaft „rechtzeitig“ benachrichtigt wurde. Im Gegensatz dazu musste in Xiamen die Betriebsgewerkschaft einen Monat vorher informiert und die Kündigung zusätzlich der Arbeitsverwaltungsbehörde mitgeteilt werden.³⁵ Erkennbar wurde, dass gesetzliche Regeln in Sonderwirtschaftszonen und Regionen mit vermehrt ausländischen Investitionen weniger restriktiv festgelegt wurden, um dort verstärkt die Wirtschaft zu fördern.

Im Falle einer betriebsbedingten Kündigung sah bereits § 4 JVAV vor, dass jeder Gekündigte einen Abfindungsanspruch habe. Diese Vorschrift wurde in den AVDB von 1984 und in lokalen Bestimmungen weiter konkretisiert, so dass für jedes volle Beschäftigungsjahr ein Monatsgehalt und ab dem 11. Beschäftigungsjahr eineinhalb Monatsgehälter zu leisten waren.³⁶

2.3. Vorläufige Bestimmungen des Arbeitsvertragsgesetzes für staatliche Unternehmen

Am 12.7.1986 verabschiedete der Staatsrat die „Vorläufigen Bestimmungen zur Durchführung des Arbeitsvertragssystems bei Staatsunternehmen“ (AVVB).³⁷ Ab diesem Zeitpunkt war es erstmals möglich, aber nicht obligatorisch, Arbeitsverträge abzuschließen. Die bis dahin vorherrschenden vertragslosen Dauerarbeitsverhältnisse sahen in der Regel keine Kündigungsmöglichkeiten vor und auch die neu erlassenen Bestimmungen richteten sich zunächst nur an Staatsbetriebe und Vertragsarbeiter. Zwar galten die AVVB nicht für Angestellte und Arbeiter³⁸, sie konnten aber parallel angewendet werden.³⁹

Zur damaligen Zeit konnte ein Arbeitsvertrag durch Fristablauf, durch Auflösung⁴⁰, Entlassung⁴¹, Ausschluss⁴² und Streichung des Namens⁴³ beendet werden.⁴⁴ Nach § 12 Nr. 4 AVVB waren Unternehmen in der Lage, den Vertrag von Vertragsarbeitern aufzulösen, wenn über das Unternehmen der Konkurs erklärt wurde oder es sich vor dem Konkurs in einer nach dem Recht bestimmten Sanierungsperiode befand. Bei den Angestellten und Arbeitern bestand der Unterschied darin, dass ihnen bei Konkurs neue Arbeitsplätze verschafft und sie ggf. in andere Unternehmen versetzt wurden. Infolge eines Konkurses wurde nicht zwischen einer Einzelkündigung und einer Massenentlassung unterschieden; die Kündigungsfrist betrug immer einen

³⁶ Vgl. *Andreas Lauffs* (Fn. 24), S. 138.

³⁷ 国营企业实行劳动合同制暂行规定 v. 12.7.1986, Datenbank Chinalaw-info; deutsche Übersetzung in: *Frank Münzel* (Hrsg.), *Chinas Recht* 12.7.1986.

³⁸ Als Angestellte und Arbeiter (职工) wurden größtenteils Beschäftigte im staatlichen und kollektiven Sektor bezeichnet. 职工 setzt sich zusammen aus den Wörtern 职员 (Büro)-Angestellte) und 工人 (Arbeiter). Vgl. *Andreas Lauffs* (Fn. 24), S. 77.

³⁹ Vgl. *Andreas Lauffs* (Fn. 24), S. 125, der dies mit dem Konkursgesetz (中华人民共和国企业破产法) v. 12.2.1986 begründet.

⁴⁰ 辞职.

⁴¹ 辞退.

⁴² 开除.

⁴³ 除名. Vgl. *FAN Jianhong* (Fn. 11), S. 32, erfasst sind dadurch die Fälle des unentschuldigtem Fernbleibens.

⁴⁴ Allerdings lagen Unterschiede in den Rechtsfolgen, da „Entlassung“ und „Streichung des Namens“ fristlos erfolgten und regelmäßig nur bei einer Auflösung Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung bezogen werden konnten. Vgl. *Andreas Lauffs* (Fn. 24), S. 128; *Jutta Hebel*, *Chinesische Staatsbetriebe zwischen Plan und Markt*, Hamburg 1997, S. 353; *Lutz-Christian Wolff*, *Der Arbeitsvertrag in der Volksrepublik China nach dem Arbeitsvertragssystem von 1986*, Hamburg 1990, S. 119.

³⁰ 中外合资经营企业劳动管理规定实施办法 v. 19.1.1984. Vgl. *Andreas Lauffs* (Fn. 24), S. 135.

³¹ 深圳经济特区中外合资经营企业破产规定 v. 29.11.1986. Vgl. *Andreas Lauffs* (Fn. 24), S. 135.

³² Vgl. *Andreas Lauffs* (Fn. 24), S. 136.

³³ 宁波市中外合资经营企业劳动管理实施办法 v. 15.6.1985.

³⁴ 广东省经济特区条例 v. 26.8.1980.

³⁵ § 14 der „Bestimmungen über Gewerkschaften in den Unternehmen in den Sonderwirtschaftszonen der Provinz Guangdong“ (广东省经济特区企业工会规定) v. 17.11.1981; § 14 der „Arbeitsverwaltungsbestimmungen für die Sonderwirtschaftszone Xiamen“ (厦门经济特区劳动管理规定) v. 14.7.1984.

Monat (§ 16 AVVB). Aufgrund anderer betrieblicher Erfordernisse konnte nicht gekündigt werden.⁴⁵

Es existierte auch ein besonderer Kündigungsschutz für bestimmte Personengruppen nach § 14 AVVB, während hingegen für die Auswahl der Betroffenen bei Kündigungen keine sozialen Kriterien wie etwa Beschäftigungsdauer, Alter oder Unterhaltspflichten vorgeschrieben waren. Weiterhin musste im Kündigungsverfahren die Meinung der Gewerkschaft eingeholt (§ 17 AVVB) sowie die Aufhebung des Arbeitsvertrags der vorgesetzten Abteilung höherer Stufe und der örtlichen Arbeitsverwaltungsbehörde mitgeteilt werden (§ 16 AVVB). Jedoch wurde auch hier nicht genauer bestimmt, zu welchem Zeitpunkt die Einholung der Meinung und die Benachrichtigung zu erfolgen habe. Der betriebsbedingt gekündigte Vertragsarbeiter hatte wohl auch keinen Anspruch auf eine Abfindung.⁴⁶

Die AVVB waren eine der ersten Bestimmungen im Aufbau des chinesischen Arbeitsvertragssystems. Viele Fragen blieben aber ungeklärt.

2.4. Arbeitsgesetz von 1994

Mit dem neuen „Arbeitsgesetz der VR China“ (AG)⁴⁷, das seit dem 1.1.1995 in Kraft ist, wurde erstmals ein einheitliches Gesamtregelwerk im chinesischen Arbeitsrecht geschaffen. Zuvor bestand das Arbeitsrecht der VR China aus einer Fülle von Einzelvorschriften, die teilweise nur auf Lokalebene Gültigkeit besaßen. Die Zusammenfassung der zersplitterten Regeln wurde sehr begrüßt und als „tiefgreifende Reform des Beschäftigungssystems“ sowie als „Meilenstein“ bezeichnet.⁴⁸ Durch die Vereinheitlichung wird das AG nun auf alle Arbeitnehmer ab dem 16. Lebensjahr angewendet und gilt daher nicht mehr nur eingeschränkt für Beschäftigte in Staatsunternehmen. Das AG sollte endgültig die alten Strukturen der Planwirtschaft durchbrechen sowie das System der staatlich gelenkten Arbeitsvermittlung und der „eisernen Reisschale“ ablösen.⁴⁹ Mit dem neuen Gesetz sollte ein Versuch unternommen werden, dass sich der Staat langsam aus den Unternehmen zurückzieht. Dies bedeutete nicht nur eine größere unternehmerische Freiheit für den Arbeitgeber, sondern auch eine Befreiung von der Verantwortung der lebenslangen Fürsorge.

Das AG unterscheidet nicht mehr zwischen „Angestellten und Arbeitern“ sowie „Vertragsarbeitern“, sondern findet auf alle Arbeitnehmer, mit denen ein Arbeitsverhältnis begründet wird, Anwendung (§ 2 AG). Den Arbeitnehmern wurden mehr Freiheiten eingeräumt, wie etwa die freie Wahl des Arbeitsplatzes (§ 3 AG)⁵⁰ und die Möglichkeit, ordentlich ohne Angabe von Gründen zu kündigen (§ 31 AG). Zu den wichtigsten Neuerungen des AG gehörte die Einführung befristeter Verträge (§ 20 AG) als Hauptbeschäftigungsmodell, die erstmalige Möglichkeit, Verträge einvernehmlich aufzulösen (§ 24 AG) sowie die Unterscheidung im Gesetzestext zwischen außerordentlicher (§ 25 AG) und ordentlicher (§ 26 AG) Kündigung durch den Arbeitgeber. Den Massenentlassungen wurde ein separater Paragraph § 27 AG gewidmet, welcher die gesetzgeberische Absicht reflektiert, die materiell- und verfahrensrechtlichen Voraussetzungen von anderen ordentlichen Kündigungsgründen zu trennen. Damit wird der Grundstein gelegt, dass Massenentlassungen getrennt zu handhaben sind und es sich demnach um ein Sonderverfahren handelt.

Erwähnenswert ist hierbei, dass um die Jahrtausendwende zwar zahlreiche Staatsunternehmen umstrukturiert und durch einen starken Personalabbau effizienter gestaltet wurden, dies jedoch nicht im Sinne einer wirtschaftlichen Massenentlassung nach § 27 AG erfolgte. Die Arbeitsverhältnisse wurden hauptsächlich in Form der Freisetzung formal aufrecht erhalten, um eine Massenarbeitslosigkeit und soziale Unruhen zu vermeiden.⁵¹ Freisetzung⁵² war eine gängige Methode, um die Personalkosten des Betriebs zu senken ohne die Arbeitskräfte zu entlassen. Die Freigesetzten behielten weiterhin einige soziale Rechte und meist eine geringe finanzielle Unterstützung. Gängige Formen der Freisetzung waren Frühpensionierung, Verlängerung des Mutterschaftsurlaubs oder unbezahlter Urlaub.⁵³

Die Möglichkeiten des Arbeitgebers, auch im Übrigen aus betriebsbedingten Gründen zu kündigen, wurden mit den Vorschriften zur Massenentlassung erweitert. Während in § 26 Nr. 3 AG für Einzelkündigungen mit „Nichterfüllung des Arbeitsvertrags wegen wesentlicher Änderungen der Umstände“

⁵⁰ Zwar galt die freie Wahl des Arbeitsplatzes (§ 3 AG), aber Studenten wurden beispielsweise einige Jahre weiterhin staatlich zugeteilt.

⁵¹ Laut dem „Weißbuch über Arbeit und Sozialabsicherung in China“ wurden zwischen 1998 und 2001 insgesamt 25,5 Mio. Beschäftigte freigesetzt. Vgl. <www.german.china.org.cn/pressconference/2004-04/30/content_8746076.htm>, eingesehen am 12.11.2012. Die tatsächliche Zahl wird aber auf 30–40 Millionen geschätzt. Vgl. *Günter Schucher*, China's Employment Crisis – A Stimulus for Policy Change?, in: *Journal of Current Chinese Affairs* 2009, Bd. 38, Nr. 2, Hamburg 2009, S. 126.

⁵² 下岗.

⁵³ Vgl. *Jutta Hebel/Günter Schucher*, Der chinesische Arbeitsmarkt – Strukturen, Probleme, Perspektiven, Hamburg 1999, S. 129 f./222 f. *LIAO Chun*, Frauen im Generationsvergleich – Eine soziologische Studie über den weiblichen Karrierewandel in der VR China (1949–1999), Osnabrück 2001, S. 100 f.

⁴⁵ Vgl. *Andreas Lauffs* (Fn. 24), S. 129; *WANG Qian* (Fn. 2), S. 94.

⁴⁶ Vgl. *WANG Qian* (Fn. 3), S. 99, die auf einen Umkehrschluss aus § 23 AVVB verweist, da dort nur Kündigungen aufgrund § 12 Nr. 2 AVVB als abfindungsberechtigt genannt sind.

⁴⁷ 中华人民共和国劳动法 v. 5.7.1994, <www.gov.cn/banshi/2005-08/05/content_20688.htm>, eingesehen am 5.11.2012; deutsche Übersetzung in: *WANG Yubo/Geno Hohenberg*, China aktuell 1995, Bd. 24, Nr. 6, S. 504–510.

⁴⁸ *Jobst-Hubertus Bauer/Andreas Diem*, Das Arbeitsgesetz der Volksrepublik China in: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1997, Bd. 14, Nr. 18, S. 983; Vgl. *BU Yuanshi*, *China Business Law*, München 2010, S. 271.

⁴⁹ Vgl. *Rolf Geffken*, *Arbeit in China*, Baden-Baden 2004, S. 55.

betriebsbedingte Gründe zumindest indirekt angesprochen wurden, war es nun für Massenentlassungen auch erlaubt, während der gesetzlichen Konsolidierungszeit bei drohendem Konkurs sowie bei „erheblichen Schwierigkeiten in der Produktion oder im Betrieb“ Personal abzubauen (§ 27 AG). Wie bereits erwähnt, existierten zuvor ähnliche Regelungen für Unternehmen mit einer ausländischen Beteiligung, die eine Entlassung bei „Schwierigkeiten in der Produktion oder im Betrieb“ rechtfertigten. Ab wann konkret „erhebliche Schwierigkeiten“⁵⁴ anzunehmen sind, wurde detaillierter in der „Mitteilung des Arbeitsministeriums über die Bestimmungen zur wirtschaftlichen Massenentlassung im Unternehmen“ (Entlassungsbestimmungen)⁵⁵ festgelegt, die auch heute noch Gültigkeit besitzt. Nach § 2 der Entlassungsbestimmungen hat das Unternehmen erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten, wenn entsprechend dem regionalen Standard spezielle Bedingungen vorliegen, die von jeder Lokalregierung selbst bestimmt werden können und die folglich unterschiedlich streng ausfallen. Als verfahrensrechtliche Voraussetzung bei einer Kündigung nach § 26 Nr. 3 AG musste der Arbeitnehmer 30 Tage zuvor schriftlich benachrichtigt werden. Bei einer Massenentlassung musste entweder die Gewerkschaft oder die ganze Belegschaft 30 Tage zuvor informiert und anschließend angehört werden (§ 27 Abs. 1 AG). Die Gewerkschaft hatte dagegen nicht das Recht, bei fristlosen oder anderen ordentlichen Kündigungen informiert und angehört zu werden, wie es noch in §§ 3 und 4 des „Gewerkschaftsgesetzes der VR China“ i. d. F. von 1992 festgelegt war.⁵⁶ Stattdessen konnte sie bei der Unbegründetheit der Kündigung Einspruch erheben und bei Rechtswidrigkeiten die Neubehandlung des Falles fordern (§ 30 AG), was jedoch in der Praxis von nur geringer Bedeutung war.

Eine Massenentlassung musste außerdem der Arbeitsverwaltungsbehörde mitgeteilt werden (§ 27 Abs. 1 AG). Demnach war zwar nur eine Benachrichtigung der Arbeitsverwaltungsbehörde erforderlich, allerdings wurde in der Praxis die staatliche Kontrolle merklich, da in einigen Regionen bei Massenentlassungen stets eine Einwilligung der Behörde gefordert wurde.⁵⁷

Kündigte der Arbeitgeber fristgerecht aus den Gründen nach § 26 Nr. 3 und § 27 AG, musste er nach den Bestimmungen des § 28 AG eine Abfindung zahlen. Die Höhe der Abfindung betrug in der

Regel ein Monatsgehalt pro Beschäftigungsjahr. Es konnte allerdings regionale Abweichungen geben.⁵⁸

Zwar wurden die Kündigungsmöglichkeiten im AG insgesamt erweitert, aber die aufgezählten Gründe vor allem für Massenentlassungen waren begrenzt. Die beschränkten Kündigungsmöglichkeiten förderten den Abschluss befristeter Arbeitsverhältnisse. Nur mit solchen Arbeitsverträgen erhielten sich Unternehmen die Möglichkeit, ihr Personal je nach Produktionsvorhaben und betrieblicher Planung flexibel einzusetzen und Probleme bei der Vertragsbeendigung zu vermeiden.

2.5. Arbeitsvertragsgesetz von 2007

Im Jahr 2007 machte die chinesische Regierung einen wichtigen Schritt in Richtung nachhaltiger Entwicklung auf dem Gebiet des Arbeitsrechts. Neben dem Arbeitskonfliktgesetz (ASSG) und dem „Arbeitsförderungsgesetz der VR China“ (AFG)⁵⁹ trat im selben Jahr auch das AVG am 1.1.2008 in Kraft. Während die Regierung mit dem Erlass des AG versucht hatte, das Beschäftigungssystem an die Transformation von der Plan- zur Marktwirtschaft anzupassen, sollten mithilfe des neuen AVG die entstandenen sozialen Nachteile ausgeglichen werden.⁶⁰ Die Regierung kam zur Einsicht, dass dringend umfangreiche Reformen durchgeführt werden müssen, um den Arbeitnehmerschutz langfristig zu verbessern, anstatt den Fokus einseitig auf das Wirtschaftswachstum zu richten. Der Rechtsausschuss des Ständigen Ausschusses des NVK wurde beim Entwurf des AVG von deutschen Arbeitsrechtsexperten unterstützt, jedoch löste der Zwischenentwurf, der am 20.3.2006 im Internet veröffentlicht wurde, heftige Kritik aus.⁶¹ Es gingen insgesamt 191.849 Stellungnahmen innerhalb eines Monats ein.⁶² Die Mehrheit, darunter sowohl chinesische als auch ausländische Unternehmen, drückten ihre Unzufriedenheit aus, da sie eine Rückkehr zur „eisernen Reisschale“ befürchteten. Sie sahen durch den Gesetzesentwurf ihre unternehmerische Freiheit beschnitten. Einige ausländische Unternehmen drohten sogar mit einem Investitionsrückgang und Arbeitsplatzabbau.⁶³ Folglich schwand der deutsche Einfluss in der Endfassung.

⁵⁸ Vgl. Rolf Geffken (Fn. 49), S. 61.

⁵⁹ 中华人民共和国就业促进法 v. 30.8.2007.

⁶⁰ Vgl. Bernd Waas/WU Yongxin (Fn. 6), S. 234; CHENG Yanyuan/Barbara Darimont, Die Debatten über die Entwürfe des Arbeitsvertragsgesetzes in: ZChinR 2007, Nr. 2, S. 172; WANG Qian (Fn. 3), S. 28.

⁶¹ Vgl. Bernd Waas/WU Yongxin (Fn. 6), S. 231; LI Guang/Roman Frik (Fn. 4), S. 86.

⁶² Vgl. Bernd Waas/WU Yongxin (Fn. 6), S. 237; CHENG Yanyuan/Barbara Darimont (Fn. 60), S. 172; BU Yuanshi, Einführung in das Recht Chinas, München 2009, S. 135.

⁶³ Vgl. CHENG Yanyuan/Barbara Darimont (Fn. 60), S. 175.

⁵⁴ 严重困难.

⁵⁵ 劳动部关于印发《企业经济性裁减人员规定》的同志 v. 14.11.1994, <www.molss.gov.cn/gb/ywzn/2006-02/15/content_106668.htm> eingesehen am 6.11.2012.

⁵⁶ 中华人民共和国工会法 v. 3.4.1992, Datenbank Chinalawinfo. Vgl. Jobst-Hubertus Bauer/Andreas Diem (Fn. 48), S. 983.

⁵⁷ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 108.

In Kapitel 4 regelt das AVG die Kündigung und Beendigung von Arbeitsverhältnissen. Es findet auf Arbeitgeberseite auf alle Unternehmen, Einzelhandelsgewerbe und privaten Nichtunternehmern Anwendung und gilt für alle natürlichen Personen auf Arbeitnehmerseite (§ 2 AVG).

3. Wirtschaftliche und rechtliche Ausgangslage

Ausgangslage der Untersuchung ist die aktuelle Situation, deren Verhältnisse sich vor allem aus der Lage auf dem Arbeitsmarkt als wirtschaftlichem Hintergrund sowie aus den rechtlichen Rahmenbedingungen ergeben.

3.1. Situation auf dem Arbeitsmarkt

Unternehmen führen in der Regel dann betriebsbedingte Kündigungen durch, wenn die Schwächen des Arbeitsmarktes zum Vorschein kommen. Massenentlassungen dienen als Maßnahme, um den Personalbedarf bei einer Veränderung der inneren oder äußeren Gegebenheiten anzupassen. Unternehmen können somit Personalkosten einsparen und gegebenenfalls eine Insolvenz vermeiden, was insbesondere in der Finanzkrise sichtbar wurde. Die weltweite Krise zeigte ihre Auswirkungen auch auf dem chinesischen Arbeitsmarkt. Zwischen den Jahren 2008 und 2009 haben mehrere Millionen Beschäftigte ihren Arbeitsplatz verloren; es begann die Zeit der „Massenentlassungswelle“⁶⁴. Unternehmen sahen sich ernsthaften Herausforderungen ausgesetzt, da sie einen deutlichen Gewinnrückgang verzeichneten und hohe Verluste erlitten, so dass sie in den Massenentlassungen den letzten Ausweg sahen. Am stärksten betroffen waren Wanderarbeiter, die in exportorientierten Branchen, wie etwa dem verarbeitenden Gewerbe tätig waren. Laut dem Pressebericht des Nationalen Statistikamts hatten Anfang 2009 ca. 23 Millionen⁶⁵ Wanderarbeiter ihre Arbeitsstelle verloren. Auch die offizielle Arbeitslosenquote stieg von 8,3 Millionen (2007: 4,0 %) auf 9,21 Millionen (2009: 4,3 %)⁶⁶ an. Es ist kein Wunder,

dass insbesondere die schutzbedürftige Gruppe der Wanderarbeiter die Hauptbetroffenen der Finanzkrise waren. Regelmäßig sind sie im informellen Sektor⁶⁷ beschäftigt und schließen mit den Arbeitgebern keinen Vertrag ab. In der Praxis genießen sie ohne offiziellen Arbeitsvertrag keinen Kündigungsschutz, haben keine Abfindungsansprüche und erhalten keine Sozialversicherung.⁶⁸

Das Wirtschaftswachstum der VR China erlitt während der Krise einen starken Dämpfer und schrumpfte von 14,2 % (2007) auf 9,6 % (2008) und weiter auf 9,2 % (2009).⁶⁹ Ausgelöst wurde der Abschwung von den Industrieländern; er brachte Chinas Abhängigkeit von Exporten deutlich zum Vorschein.⁷⁰ Plötzlich sank die Nachfrage von Exportgütern und infolgedessen gingen die Aufträge in Chinas Produktionsstätten sowie die ausländischen Direktinvestitionen stark zurück.⁷¹ Die negativen Folgen waren vor allem in den exportorientierten klein- und mittelständischen Unternehmen der verarbeitenden Industrie spürbar. Diverse Unternehmen meldeten Insolvenz an, schlossen ihre Fabriken, stellten ihre Produktion ein, nahmen Lohnkürzungen vor, zahlten die Löhne und Sozialleistungen verspätet oder sogar gar nicht.⁷² Daneben ließ sich ein Anstieg der Arbeitsstreitigkeiten verzeichnen, der jedoch nicht nur aus der Finanzkrise, sondern auch aus dem Erlass des neuen AVG resultierte.

Glücklicherweise erholten sich Chinas Wirtschaft und Exportsektor bereits ab dem zweiten Quartal 2009. Ein Grund dafür war das Konjunkturpaket mit insgesamt vier Billionen Yuan, das der Staatsrat am 5.11.2008 verabschiedete. Ein Großteil der Investitionen ging in Schlüsselinfrastrukturprojekte (38 %) und in den Wiederaufbau der Sichuan-Region (25 %), die durch das Erdbeben im Mai 2008 stark zerstört worden war.⁷³ Vorübergehend ließ sich so das Wirtschaftswachstum aufrechterhalten. Jedoch zeigen sich heute die Nebenwirkungen bis

⁶⁴ 经济性裁员浪潮. ZHAO Qian (赵茜), Untersuchung der rechtlichen Regeln zur wirtschaftlichen Massenentlassung im Unternehmen unter Berücksichtigung der Finanzkrise (对金融危机下企业经济性裁员的法律规范研究), in: Legal System and Society (法制与社会) 11/2009, S. 125.

⁶⁵ In dieser Statistik ist unklar wie „Wanderarbeiter“ definiert werden, ob es sich hierbei nur um Wanderarbeiter handelt, die länger als sechs Monate oder nur kurzweilig in den Städten arbeiten. Einer weiteren Untersuchung zufolge verloren während der Finanzkrise in Dongguan, einer exportorientierten Stadt in der Provinz Guangdong, 34 % der Wanderarbeiter wegen Unternehmensschließungen ihre Arbeit. Auch wenn die Statistiken fehlerhaft sind, lassen sich zumindest Tendenzen erkennen. Vgl. John Giles/Albert Park (u.a.), Weathering a Storm – Survey-Based Perspectives on Employment in China in the Aftermath of the Global Financial Crisis, in: The World Bank, 3/2012, S. 7/10.

⁶⁶ Vgl. China Statistical Yearbook CSY (中国统计年鉴), Beijing 2010. Die offizielle Statistik umfasst nur die registrierten Arbeitslosen in den Städten. Einige Gruppen wie Wanderarbeiter, Freigesetzte, Uniabsolventen und demobilisierte Soldaten werden nicht von der Statistik erfasst. Die tatsächliche Arbeitslosenquote kann nur schwer ermittelt werden und liegt um ein vielfaches höher. Die chinesische

Akademie für Sozialwissenschaften schätzte die Arbeitslosenquote 2008 auf ca. 10 % und andere Sozialwissenschaftler kamen ebenfalls zu einem ähnlichen Ergebnis. Vgl. Günter Schucher (Fn. 52), S. 127/137.

⁶⁷ Unter informeller Beschäftigung versteht man Arbeitsverhältnisse ohne Vertrag und soziale Sicherung in meist unregulierten Bereichen des Privatsektors.

⁶⁸ Vgl. John Giles/Albert Park (u.a.) (Fn. 65), S. 2/9.

⁶⁹ CSY, Beijing 2007–2009.

⁷⁰ Vor der Finanzkrise 2008 stammte 70 % von Chinas Wirtschaftswachstum aus Exporten und Investitionen. Vgl. PEI Meixin, Neue Führung, alte Probleme – der Generationswechsel an Chinas politischer Spitze, in: Asia Policy Brief 2012, Nr. 3, S. 3.

⁷¹ Vgl. CHAN Kay-Wah, The Global Financial Crisis and Labor Law in China, in: The Chinese Economy 2012, Vol. 45, Nr. 3, S. 25.

⁷² Vgl. CHAN Kay-Wah (Fn. 71), S. 31. Es ist bekannt, dass Ende 2008 ca. 670.000 Fabriken geschlossen wurden, insbesondere in den exportorientierten Industrien entlang der Küstenregionen. Vgl. Günter Schucher (Fn. 52), S. 122.

⁷³ Vgl. <www.news.xinhuanet.com/english/2008-11/09/content_10331324.htm>, eingesehen am 3.1.2013; John Giles/Albert Park (u.a.) (Fn. 65), S. 12; CHAN Kay-Wah (Fn. 71), S. 33.

hin zu einer möglichen Immobilien- und Infrastrukturliberalisierung.⁷⁴ Nach dem Aufschwung und der jährlichen Wachstumsrate von 10,4 % im Jahr 2010 brach das Wachstum um fast 30 % ein und verschlechterte sich auf 7,4 % im 3. Quartal 2012.⁷⁵ Die chinesische Regierung ergreift bereits Gegenmaßnahmen, um in Zukunft weniger anfällig auf Schwankungen in seinen Hauptexportmärkten zu reagieren, indem im 12. Fünfjahresplan (2011 bis 2015) das Ziel gesetzt wurde, die Konsumnachfrage der Privathaushalte zu erhöhen.⁷⁶ Dazu sind aber einige strukturelle Reformen notwendig wie etwa eine Finanz- und Steuerreform sowie eine Arbeitsmarktreform. Erste Voraussetzungen für eine höhere Konsumbereitschaft sind stabile Arbeitsverhältnisse und Lohnanpassungen sowie ein solides soziales Sicherheitsnetz. Weiterhin wird die neue Führung, die letzten November auf dem 18. Parteitag der KPCh gewählt wurde, mit zunehmender Arbeitslosigkeit konfrontiert sein und unter dem Druck stehen, neue Arbeitsplätze zu schaffen, da jährlich neue Erwerbstätige auf den Markt strömen.⁷⁷ Laut dem 12. Fünfjahresplan soll die städtische Arbeitslosenquote unter 5 % gehalten werden.⁷⁸ Dieses Ziel sollte zu erreichen sein, denn Wirtschaftsexperten rechnen dieses Jahr mit einem Aufschwung und einer jährlichen Wachstumsrate von 8,5 %, da ein erhöhter Export sowie eine Stabilisierung der Wirtschaftslage in Europa und den USA zu erwarten ist.⁷⁹

3.2. Rechtsquellen

Nach heutiger Rechtslage sind die wichtigsten Normen für die Untersuchung der betriebsbedingten Kündigung das Arbeitsgesetz von 1994, das Arbeitsvertragsgesetz von 2007 sowie das Gesetz über die Schlichtung und Schiedsverfahren bei Arbeitsstreitigkeiten, das maßgeblich für die außergerichtliche Beilegung von Arbeitsstreitigkeiten ist. Das AVG behandelt die Kündigung und die Beendigung des Arbeitsvertrages vor allem im vierten Kapitel mit den §§ 36 bis 50 AVG.

Hinzu kommen Entlassungsbestimmungen vom 14.11.1994, die „Verordnung zur Durchführung des Arbeitsvertragsgesetzes der VR China“ (AGV-DV)⁸⁰ sowie ein „Rundschreiben des Staatsrates bezüglich Massenentlassungen“⁸¹, das allerdings fast wörtlich mit § 41 AGV übereinstimmt.⁸² Auch die AGV-DV spricht jedoch die Fragen des konkreten Inhaltes der Kündigungsgründe nicht an.⁸³

Auf lokaler Ebene existieren darüber hinaus zahlreiche, sehr detaillierte Bestimmungen, die praktisch höchst bedeutsam sind und die übrigen Normen teilweise wiederholen, aber auch ergänzen und konkretisieren.⁸⁴ Die Lokalbestimmungen können dabei sehr unterschiedlich ausfallen, was etwa am Beispiel Guangdong deutlich wird, wo die Lokalregierung versucht, durch relativ lockere Bestimmungen die wirtschaftliche Situation der Region aktiv zu fördern.

Hinsichtlich der Rechtsprechung in Arbeits-sachen ist zu bemerken, dass Urteile nur teilweise und Schiedssprüche in der Regel nicht veröffentlicht werden.⁸⁵ Die Rechtsprechung dient auch nicht unmittelbar zur allgemeinen Rechtsfindung beizutragen, da Urteile nicht als Präzedenzfälle betrachtet werden.⁸⁶ Anders ist dies bei der sogenannten Justiziellen Auslegung des Obersten Volksgerichts (OVG), dem die Auslegungsbefugnis insbesondere in Gestalt von OVG-Erläuterungen zugewiesen ist.⁸⁷ Darüber hinaus ist eine Übertragung der älteren Rechtsprechung in das neue System des AVG wohl nur selten möglich, wie noch aufgezeigt wird.

3.3. Normenhierarchie

Das AG, AVG und ASSG sind Gesetze im formellen Sinn. Diese werden von Durchführungsverordnungen, etwa der AGV-DV, den Auslegungen des OVG und den Satzungen des ehemaligen Arbeitsministeriums bzw. Ministeriums für Arbeit und Soziale Sicherheit⁸⁸ ergänzt und erweitert, um die nationalen Gesetze vollständig zu implementieren und Gesetzeslücken zu schließen.⁸⁹ Eine Ab-

⁷⁴ Vgl. PEI Meixin (Fn. 70), S. 3.

⁷⁵ Vgl. CSY (Fn. 66); <www.stats.gov.cn/english/pressrelease/t20130118_402867147.htm>, eingesehen am 20.1.2013.

⁷⁶ Der private Konsum liegt in China derzeit bei ca. 40 % des BIP, während es in Deutschland 57 % und in den USA sogar 70 % sind. Vgl. PEI Meixin (Fn. 70), S. 3; <www.gov.cn/english/2011-03/05/content_1816822.htm>, eingesehen am 3.1.2013.

⁷⁷ Dies wird jedoch nur vorübergehend ein Problem darstellen, da in den nächsten Jahrzehnten aufgrund der geringen Geburtenrate weniger Erwerbstätige für den Arbeitsmarkt zur Verfügung stehen werden. Hingegen wird das Problem der Überalterung der Arbeitskräfte steigen und die Betriebe stärker belasten, wenn nicht Gegenmaßnahmen ergriffen werden wie die Abschaffung der Ein-Kind-Politik. Derzeit gibt es rund 780 Mio. Erwerbstätige (58,4 % der Bevölkerung) auf dem chinesischen Arbeitsmarkt. Vgl. CSY (Fn. 66).

⁷⁸ Vgl. PEI Meixin (Fn. 70), S.3.

⁷⁹ Vgl. <german.china.org.cn/business/txt/2013-01/14/content_27677160.htm>, eingesehen am 15.1.2013.

⁸⁰ 中华人民共和国劳动合同法实施条例 v. 3.9.2008, chinesische Fassung und deutsche Übersetzung in: ZChinR 2010, Nr. 1, S. 56 ff.

⁸¹ V. 3.9.2009.

⁸² Vgl. Wolfgang Däubler/WANG Qian (Fn. 8), S. 355.

⁸³ Vgl. Wolfgang Däubler/WANG Qian (Fn. 8), S. 354.

⁸⁴ Vgl. Ulrike Glück/Julia Tänzler (Fn. 13), S. 343.

⁸⁵ Vgl. Ulrike Glück/Julia Tänzler (Fn. 13), S. 351.

⁸⁶ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 126.

⁸⁷ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 126 f.

⁸⁸ Das Ministerium für Arbeit und Soziale Sicherheit (MOLSS) wurde 2008 reorganisiert; das neugegründete Ministerium für Personal und Soziale Sicherheit (MOHRSS) hat größtenteils die Funktion des früheren Ministeriums für Personal (MOP) und des MOLSS übernommen.

⁸⁹ Während es in Deutschland hauptsächlich die Aufgabe der Gerichte ist, Gesetze zu konkretisieren, ist es eine Besonderheit in China, dass meist die Exekutive diese Aufgabe übernimmt und zum Erlass von Durchführungsverordnungen befugt ist (§ 56 Abs. 1 GGG). Vgl. Wolfgang Däubler/WANG Qian (Fn. 8), S. 353; BU Yuanshi (Fn. 62), S. 19.

weichung von der Ermächtigungsgrundlage oder sonstigen Gesetzen ist gemäß § 79 des „Gesetzgebungsgesetzes der VR China“ (GGG)⁹⁰ untersagt. Zwischen gleichrangigen Normen und damit auch im Verhältnis des AG zum AVG gelten die Grundsätze des Vorrangs der spezielleren (*lex specialis derogat legi generali*) bzw. der aktuelleren Norm (*lex posterior derogat legi priori*) (§ 83 GGG).⁹¹ Das AG gilt also trotz des AVG grundsätzlich weiter, ist aber subsidiär.⁹²

Fragen, die weder durch Gesetz noch nachrangige Normen abschließend oder verbindlich behandelt sind, können detaillierter in den Lokalbestimmungen auf Provinzebene oder von den Volkskongressen größerer Städte geregelt werden.⁹³ Den lokalen Bestimmungen gehen die nationalen Regelungen aber grundsätzlich vor (§ 63 GGG).⁹⁴ Allerdings wird diskutiert, ob nicht auch für Arbeitnehmer positive lokale Regelungen nach einem „Günstigkeitsprinzip“ trotz anderer höherrangiger Normen angewendet werden dürfen, was sich aus der allgemeinen Zielrichtung des Arbeitnehmerschutzes gemäß § 1 AVG begründen ließe.⁹⁵

Behördliche Ausfüllungen und richterliche Urteile sind unverbindlich, wobei die vom Obersten Volksgericht oder unteren Instanzen ergangenen Entscheidungen in der Regel von lokalen Gerichten beachtet werden.⁹⁶

4. Beendigung von Arbeitsverhältnissen

Ähnlich dem deutschen Arbeitsrecht, das zwischen verschiedenen Beendigungsmöglichkeiten von Arbeitsverhältnissen unterscheidet, trennt das chinesische Recht zwischen der automatischen Beendigung⁹⁷ und dem aktiven Beendigungswillen einer Vertragspartei in Form einer Kündigung oder eines Aufhebungsvertrages.⁹⁸ Für das Verständnis etwaiger betriebsbedingter Kündigungsgründe ist auch ein Blick auf die übrigen Beendigungstatbestände sinnvoll, da der Kündigungsschutz durch andere, weniger reglementierte Beendigung umgegangen werden könnte.

4.1. Automatische Beendigung nach § 44 AVG

§ 44 AVG regelt die gesetzlichen Umstände, in denen das Arbeitsverhältnis automatisch endet.

4.1.1. Befristung § 44 Nr. 1 AVG

Nach § 44 Nr. 1 AVG endet das Arbeitsverhältnis automatisch mit dem Auslaufen der Befristung. Der weit verbreiteten Praxis,⁹⁹ hauptsächlich kurz befristete Arbeitsverträge hintereinander abzuschließen, wurde durch das AVG Grenzen gesetzt. Die Einschränkung der Befristung ist eine der wichtigsten Neuerungen des AVG. Vor Inkrafttreten des AVG war die gängige Beschäftigungspraxis eine Aneinanderreihung von befristeten Arbeitsverträgen; es herrschte kein Verbot von Kettenbefristungen. Die Verträge konnten ohne Angabe eines Sachgrundes nach Belieben häufig befristet werden. Nur nach zehn ununterbrochenen Beschäftigungsjahren bei demselben Arbeitgeber konnte ein Anspruch auf einen unbefristeten Vertrag erhoben werden (§ 20 Abs. 2 AG). Die Befristung sollte in erster Linie das „Festanstellungssystem“ auflösen und den Arbeitgebern eine gewisse Freiheit geben, die Verträge je nach Personalbedarf flexibel zu verlängern oder zu beenden. Stattdessen aber wurden Befristungen eine beliebte Methode, um Abfindungen, hohen Kündigungsrechtfertigungen und langwierigen Arbeitsstreitigkeiten zu entgehen.¹⁰⁰

Nach der jetzigen Rechtslage darf der Arbeitsvertrag maximal zweimal hintereinander befristet werden (§ 14 Nr. 3 AVG), wobei es Unklarheiten in der Auslegung gibt. So ist unklar, wie lang der zeitliche Abstand zwischen dem alten und neuen Vertrag sein darf, damit man noch von einer Aneinanderreihung im Sinne eines „Hintereinander“ sprechen kann.¹⁰¹ Daneben gibt es keine Höchstdauer bei einer einmaligen Befristung ohne Sachgrund außer den Einschränkungen nach § 14 AVG.¹⁰² Ab einer Unternehmenszugehörigkeit von zehn Jahren muss ein unbefristeter Arbeitsvertrag abgeschlossen werden (§ 14 AVG). Im Unterschied zum AG besteht nach § 46 Nr. 5 AVG auch bei der Beendigung durch

⁹⁰ 中华人民共和国立法法 v. 15.3.2000.

⁹¹ Vgl. BU Yuanshi (Fn. 62), S. 41/257.

⁹² Vgl. Jörg Binding/Kai Thum (Fn. 7), S. 347.

⁹³ Vgl. Andreas Lauffs, Employment Law & Practice in China, Hongkong 2008, S. 3 f.; BU Yuanshi (Fn. 62), S. 33/37; Wolfgang Däubler/WANG Qian (Fn. 8), S. 353.

⁹⁴ Vgl. Ulrike Glück/Julia Tänzler (Fn. 13), S. 345.

⁹⁵ Vgl. Ulrike Glück, Julia Tänzler (Fn. 13), S. 345 und in Fn. 13–15.

⁹⁶ Vgl. BU Yuanshi (Fn. 62), S. 19.

⁹⁷ 终止.

⁹⁸ 解除. Vgl. Ronald C. Brown, Understanding Labor and Employment Law in China, New York 2010, S. 154.

⁹⁹ Nach Vorlage des Untersuchungsberichts am 28.12.2005 vom Ständigen Ausschuss des NVK wurden zwischen 2003 und 2005 ca. 60 % der Verträge unter drei Jahre befristet und teilweise sogar nur bis zu einem Jahr, während nur ca. 20 % der Verträge vor allem in Staatsunternehmen unbefristet abgeschlossen wurden. Vgl. Bernd Waas/WU Yongxin (Fn. 6), S. 244; WANG Qian (Fn. 3), S. 109.

¹⁰⁰ Vgl. Ulrike Glück, Julia Tänzler (Fn. 13), S. 347; BU Yuanshi (Fn. 62), S. 262; Jörg Binding/Kai Thum (Fn. 7), S. 351.

¹⁰¹ Vgl. BU Yuanshi (Fn. 9), S. 139; Wolfgang Däubler/WANG Qian (Fn. 18), S. 141.

¹⁰² Vgl. LI Guang/Roman Frik (Fn. 4), S. 87. Allerdings ist die Anzahl der abgeschlossenen Verträge von bis zu einem Jahr seit Inkrafttreten des AVG bis Ende 2008 um 14,42 % zurückgegangen, wie sich aus dem Untersuchungsbericht der Arbeitsgruppe des Ständigen Ausschusses des NVK vom 25.12.2008 ergibt. Ein Grund dafür wird die zweimalige Befristungsgrenze sein. Vgl. Wolfgang Däubler/WANG Qian (Fn. 8), S. 355.

eine Befristung ein Abfindungsanspruch des Arbeitnehmers.¹⁰³

Ein besonders heftig diskutierter Fall war das Vorgehen des Unternehmens *Huawei* kurz vor Inkrafttreten des AVG. Das Unternehmen veranlassete ca. 7.000 Mitarbeiter mit einer Beschäftigungszeit von über acht Jahren selbst zu kündigen und anschließend mit *Huawei* einen neuen befristeten Vertrag abzuschließen.¹⁰⁴ Dieses Vorgehen, offenbar veranlasst durch die drohenden neuen Ansprüche der Arbeitnehmer, wurde allerdings nach heftiger Kritik rückgängig gemacht.¹⁰⁵

Zum Vergleich kann in Deutschland sachgrundlos bis maximal zwei Jahre befristet werden; Verlängerungen einer Befristung sind innerhalb der Gesamtdauer von insgesamt zwei Jahren bis zu dreimal erlaubt, § 14 Abs. 2 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG).¹⁰⁶ Eine neue Befristung ohne Sachgrund ist nur möglich, wenn das vorherige Arbeitsverhältnis nach § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG (etwa die vorherige Befristung) länger als drei Jahre zurückliegt.¹⁰⁷

4.1.2. Weitere automatische Beendigungen nach § 44 AVG

Eine Beendigung gemäß § 44 Nr. 2 AVG tritt ein, wenn der Arbeitnehmer Leistungen der Rentenversicherung erhält.

Das Arbeitsverhältnis endet außerdem nach § 44 Nr. 3 AVG, wenn der Arbeitnehmer stirbt oder vom Volksgericht für tot oder vermisst erklärt wird.

Eine Beendigung erfolgt nach § 44 Nr. 4 AVG auch durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers.

Schließlich bestimmt § 44 Nr. 5 AVG das automatische Ende des Arbeitsvertrages in vier unterschiedlichen Unternehmenssituationen: (1) Verlust der Gewerbe- und Handelsregisterbescheinigung, (2) Schließung des Unternehmens, (3) Anfechtung der Registrierung oder (4) der Beschluss der Liquidation.

Gemäß § 44 Nr. 6 AVG können außerdem noch andere, durch Gesetz oder Verwaltungsvorschriften bestimmte Umstände die automatische Beendigung nach sich ziehen.

Der Arbeitgeber muss neben dem Fall des Auslaufens der Befristung eine Abfindung zahlen, wenn aufgrund der in § 44 Nr. 4 oder 5 AVG beschriebenen Umstände, ggf. auch bei gesonderter Bestimmung im Sinn des § 44 Nr. 6 AVG, der Arbeitsvertrag beendet wird (§ 46 Nr. 5, 6 und 7 AVG). Eine andere Frage ist die Werthaltigkeit dieses Abfindungsanspruchs, wenn man sich die Fälle des Insolvenzverfahrens oder der möglichen Hintergründe nach § 44 Nr. 5 AVG vor Augen führt. Unter Umständen geht hier der Arbeitnehmer leer aus.¹⁰⁸

4.2. Aufhebungsvertrag

Nach § 36 AVG können der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer einvernehmlich einen Aufhebungsvertrag vereinbaren; wenn dies auf die Initiative des Arbeitgebers hin geschieht, ist er zur Zahlung einer Abfindung verpflichtet (§ 46 AVG). In der Vergangenheit nutzten die Arbeitgeber häufig einen Aufhebungsvertrag, um möglichen Verpflichtungen zu entgehen. Beispielsweise wurde bei Betriebsübergängen oftmals das Arbeitsverhältnis zwischen altem Arbeitgeber und Arbeitnehmer einvernehmlich durch einen Aufhebungsvertrag beendet, um danach mit dem zukünftigen Arbeitgeber einen neuen Vertrag (teilweise mit schlechteren Vertragsbedingungen) abzuschließen.¹⁰⁹ Dies dürfte mit den Regelungen der §§ 33, 34 AVG und § 10 der Verordnung zur Durchführung des Arbeitsvertragsgesetzes (AVG-DV) nicht mehr vereinbar sein, wird aber noch diskutiert.¹¹⁰

4.3. Kündigung

Eine Kündigung ist auch im chinesischen Recht eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Es handelt sich um eine private Willensäußerung, die auf die Erzielung einer bestimmten Rechtsfolge, im konkreten Fall die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses, gerichtet ist.¹¹¹

4.3.1. Kündigungserklärung

Der Arbeitgeber oder sein gesetzlicher Vertreter sind berechtigt, den Arbeitsvertrag durch eine Erklärung gegenüber dem Arbeitnehmer zu kündigen. In China sieht das AVG für Kündigungen kein durchgängiges Schriftformerfordernis vor, wie dies etwa im deutschen Recht der § 623 BGB sowohl für Kündigungen als auch für Aufhebungsverträge be-

¹⁰³ Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Vertragsverlängerung zu gleichen oder besseren Bedingungen anbietet und der Arbeitnehmer dieses Angebot ablehnt (§ 46 Nr. 5 AVG).

¹⁰⁴ Vgl. Wolfgang Däubler/WANG Qian (Fn. 8), S. 353; ZHOU Changzheng, Verteidigung statt Angriff, Koordinierung statt Durchsetzung: Kommentar zur jüngst verabschiedeten Durchführungsverordnung des Arbeitsvertragsgesetzes der Volksrepublik China, in: ZChinR 2010, Nr. 1, S. 25; LI Guang/Roman Frik (Fn. 4), S. 87.

¹⁰⁵ Vgl. Wolfgang Däubler/WANG Qian (Fn. 8), S. 353.

¹⁰⁶ V. 21.12.2000 in: Arbeitsgesetze, 80. Aufl., München 2012, S. 88 ff.

¹⁰⁷ Bundesarbeitsgericht (BAG) 6.4.2011 - 7 AZR 716/09.

¹⁰⁸ Vgl. Christopher Hunter/Louisa Lam (u.a.), Employment Law in China, 2. Aufl., Hongkong 2008, S. 183.

¹⁰⁹ Vgl. LI Guang/Roman Frik (Fn. 4), S. 88.

¹¹⁰ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 252, die dort solches Vorgehen als verbotene Umgehung von § 34 AVG einstuft. 中华人民共和国劳动合同法实施条例 v. 3.9.2008

¹¹¹ WANG Quanxing (王全兴), Arbeitsrecht (劳动法), 3. Aufl., Beijing 2007, S. 170 f.; Hans Brox/Wolf Dietrich Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 36. Aufl., München 2012, S. 44.

stimmt. Ausweislich des Wortlauts bedarf lediglich eine Kündigung nach § 40 AVG der Schriftform. In § 39 AVG fehlt hingegen im Hinblick auf Aufhebungsverträge und ebenso bei § 41 AVG ein ausdrückliches Schriftformerfordernis.

Fraglich ist demnach, ob eine Kündigung des Arbeitgebers zwingend schriftlich erklärt werden muss. Da § 40 AVG für die fristgerechte Kündigung eine Schriftform bestimmt, könnte man eine solche Form erst recht für die übrigen Kündigungs- und auch Massenentlassungstatbestände fordern. Für die Beendigung des Arbeitsvertrages sollte außerdem hinsichtlich der Form nichts anderes gelten als für dessen Abschluss, bei dem der § 10 Abs. 1 AVG die Schriftform fordert (ebenso nach § 35 AVG für Änderungen) und den Arbeitgeber gemäß § 82 AVG bei Verstößen mit Sanktionen droht.¹¹² Insgesamt ist es ohnehin ratsam, bei Kündigungen stets die Schriftform einzuhalten. Dies vereinfacht die Darstellung in einem möglichen Streitfall und schließt zudem aus, dass die fehlende Schriftform als Unwirksamkeitsgrund betrachtet wird.¹¹³

Die Kündigung ist als Erklärung zugangsbefähigt. Sobald der Arbeitnehmer von der möglichen Verletzung seiner Rechte Kenntnis erlangt oder erlangen muss, also mit Zugang der Kündigung, beginnt die Antragsfrist für ein Schiedsverfahren. Der Arbeitnehmer kann ab diesem Zeitpunkt nach § 27 Abs. 1 ASSG innerhalb eines Jahres seine Ansprüche geltend machen.

In der Regel wird die Kündigung dem Arbeitnehmer persönlich am Arbeitsplatz übergeben. Wenn dies nicht möglich ist, z. B. weil sich der Arbeitnehmer im Urlaub befindet oder krank ist, wird die Kündigung regelmäßig per Einschreiben oder mittels Boten an den Wohnort des Arbeitnehmers geschickt.¹¹⁴

4.3.2. Kündigungsfrist

Kündigungsfristen in China folgen einem gänzlich anderen System als nach deutschem Arbeitsrecht. Während in Deutschland die Kündigungsfristen nach Betriebszugehörigkeit gestaffelt sind (§ 622 BGB) und den Zweck einer finanziellen Absicherung erfüllen sollen, wird dies in China über die Abfindung geregelt, die sich nach der Unternehmenszugehörigkeit richtet.¹¹⁵ In Deutschland gibt es grundsätzlich keine Pflicht zur Abfindungszahlung,

auch wenn eine solche häufig vereinbart wird, weil die Wirksamkeit der Kündigung umstritten ist.¹¹⁶ In China kennt man keine Tradition der Beendigung etwa nur zum Monatsende; aus einem „unrunden Datum der Beendigung“ werden keine negativen Schlüsse gezogen.¹¹⁷

Die Kündigungsfrist nach § 40 AVG beträgt immer 30 Tage, unabhängig von der Beschäftigungsdauer. Weitere vom Arbeitgeber zu beachtende Kündigungsfristen schreibt das AVG nicht vor, wenn man von dem Fall der Ankündigungsfrist nach § 41 Abs. 1 AVG (ebenfalls 30 Tage) zunächst absieht. Dem Arbeitgeber wird für § 40 AVG außerdem freigestellt, den Arbeitnehmer für die 30 Tage bis zur Beendigung zu beschäftigen oder sich von dieser Pflicht „freizukaufen“. Gegen Zahlung eines zusätzlichen Gehaltes, dessen Höhe nach dem Vormonatsgehalt des Arbeitnehmers festgelegt wird (§ 20 AVG-DV), endet das Arbeitsverhältnis sofort. Diese Wahlmöglichkeit besteht nur im Bereich des § 40 AVG, nicht aber für die Massenentlassung nach § 41 AVG.

Mit dieser Regelung wird berücksichtigt, dass zumeist beide Parteien in einer Kündigungssituation kein Interesse an einer Fortführung des Arbeitsverhältnisses haben, wobei allerdings keine Rücksicht auf den Arbeitnehmer genommen wird. Es spielt keine Rolle, ob er unter Umständen ein ernsthaftes Interesse an einer Weiterbeschäftigung hat, um beispielsweise ein Projekt zu beenden, wofür ihm möglicherweise sogar ein Bonus in Aussicht gestellt wurde.¹¹⁸

5. Betriebsbedingte Kündigungsgründe

Für die Kündigung durch den Arbeitgeber, geregelt in den §§ 39 bis 41 AVG, ist immer ein Grund notwendig. Fraglich ist aber, welche der Kündigungsgründe nach dem chinesischen AVG der Kategorie einer betriebsbedingten Kündigung zugeordnet werden können. In Anlehnung an das deutsche Recht könnten arbeitgeberseitige Kündigungen in verhaltensbedingt, personenbedingt und betriebsbedingt eingeteilt werden.¹¹⁹

Teilweise wird vorgebracht, eine eindeutige Abgrenzung der Kündigungsgründe sei in China fast nicht möglich.¹²⁰ Einigkeit besteht aber darüber, dass jedenfalls die Kündigungsgründe nach § 39 und § 40 Nr. 1 und 2 AVG keine betriebsbedingten Gründe formulieren. Weitestgehend werden die Gründe des § 39 AVG als verhaltensbedingt und die

¹¹² Vgl. LI Guang/Roman Frik (Fn. 4), S. 89; BU Yuanshi (Fn. 48), S. 290.

¹¹³ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 145 f.

¹¹⁴ In Ausnahmefällen soll auch eine Bekanntgabe durch Aushang oder Veröffentlichung möglich sein. Die Kündigung gilt dann 30 Tage nach der Bekanntgabe als zugegangen. Dies wird geregelt durch die „Antwort zur Frage über die Benachrichtigung der Arbeitnehmer“ (劳动部办公厅关于通过新闻媒介通知职工回单位并对逾期不归者按自动离职或旷工处理问题复函) v. 31.5.1995. Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 147 ff.

¹¹⁵ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 150.

¹¹⁶ Vgl. Jobst-Hubertus Bauer/Andreas Diem (Fn. 48), S. 981.

¹¹⁷ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 150.

¹¹⁸ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 150.

¹¹⁹ Vgl. BU Yuanshi (Fn. 9), S. 140.

¹²⁰ Vgl. FAN Jianhong (Fn. 11), S. 31, allerdings noch zum AG.

Gründe des § 40 Nr. 1 und 2 AVG als personenbedingte eingeteilt.¹²¹

Hingegen werden die Bestimmungen des § 40 Nr. 3 AVG teilweise als Beschreibung eines betriebsbedingten Kündigungsgrundes,¹²² teilweise vorsichtiger als Regelung, mit der „betriebliche Gründe [...] mittelbar [...] angesprochen“¹²³ werden, oder „je nach den einzelnen Gegebenheiten als betriebsbedingte Gründe“¹²⁴ denkbare Umstände bezeichnet. Für die Massenentlassung nach § 41 AVG besteht grundsätzlich eine Übereinstimmung dahingehend, dass dort betriebsbedingte Kündigungsgründe genannt sind.¹²⁵

Eine betriebsbedingte Kündigung des Arbeitgebers kommt also gemäß den materiellen und verfahrensrechtlichen Voraussetzungen nach § 40 Nr. 3 und § 41 AVG in Betracht.

5.1. Ausnahmen

Für bestimmte Situationen sind die Kündigungsvorschriften nach § 40 Nr. 3 AVG und § 41 AVG allerdings nicht maßgeblich.

5.1.1. Teilzeit

Eine Ausnahme besteht hinsichtlich der Teilzeitarbeitsverhältnisse (§§ 68 bis 72 AVG). Eines Kündigungsgrundes bedarf es hierbei nicht.¹²⁶ Die Beendigung eines Teilzeitarbeitsverhältnisses ist jederzeit formlos möglich, ohne Einhaltung einer Frist und ohne die Pflicht des Arbeitgebers, eine Abfindung zu zahlen (§ 71 AVG). Teilzeit ist gemäß § 68 AVG definiert als ein regelmäßig auf Stundenbasis bezahltes und mit maximal 24 Wochenstunden versehenes Arbeitsverhältnis. Schriftform ist für den Teilzeit-Arbeitsvertrag ebenfalls nicht vorgeschrieben (§ 69 AVG).

Teilweise wird angemerkt, dass das Motiv des Gesetzgebers für diese gravierende Schlechterstellung und Diskriminierung von Teilzeitarbeit, insbesondere hinsichtlich der Kündigung und Abfindung, „schwer nachzuvollziehen“ und ein Missbrauch naheliegend sei.¹²⁷ *Däubler/WANG* verweisen allerdings auf die bereits vor dem AVG geltende, noch weitergehende Regelung mit bis zu 30 Wochenstunden, wozu es dennoch nicht „in grö-

ßerem Stil“ zu einem Ausweichen auf Teilzeit- statt Vollzeitarbeitsverhältnisse gekommen sei.¹²⁸

5.1.2. Probezeit

In der Probezeit, die in Abhängigkeit vom zugrunde liegenden Arbeitsverhältnis nach § 19 AVG von nicht länger als einem bis maximal sechs Monate dauern kann, darf sich der Arbeitgeber lediglich auf die Kündigungsgründe nach § 39 und § 40 Nr. 1 und 2 AVG berufen. Er hat außerdem dem Arbeitnehmer die Kündigungsgründe mitzuteilen (§ 21 AVG). Eine erleichterte Kündigungsmöglichkeit besteht hingegen gemäß § 39 Nr. 1 AVG ausschließlich für die Probezeit. In dieser Zeit ist eine Kündigung möglich, wenn klar wird, dass die Einstellungsvoraussetzungen – z. B. das Erreichen eines bestimmten Prüfungsergebnisses – nicht erfüllt werden.¹²⁹ Eine Probezeit darf mit dem gleichen Arbeitgeber nur einmal vereinbart werden (§ 19 Abs. 2 AVG).¹³⁰ Die hohen Hürden vor allem zur Beendigung erscheinen vielen Autoren nicht recht verständlich bzw. „erstaunlich“ und „bemerkenswert“.¹³¹ Vereinzelt wird sogar von einer irreführenden Regelung gesprochen, die jeder Logik widerspreche und einer Korrektur des § 21 AVG dahingehend bedürfe, dass sämtliche Kündigungsgründe anwendbar bleiben sollen mit der zusätzlichen Erleichterung in § 39 Nr. 1 AVG. Es sei ansonsten nicht verständlich, warum Arbeitnehmer bei wirtschaftlichen Massenentlassungen in der Probezeit besser geschützt werden sollten als langjährig Beschäftigte.¹³² Anderen erscheint die besondere Einschränkung der Kündigungsgründe in der Probezeit durchaus nachvollziehbar, wobei auf den Missbrauch der Probezeit nach Verabschiedung des Arbeitsgesetzes 1995 hingewiesen wird, der eines der Hauptphänomene des fehlenden Arbeitnehmerschutzes gewesen sei.¹³³ Der Gesetzgeber scheine ganz ausdrücklich einen besseren Schutz während der Probezeit geschaffen zu haben.¹³⁴

Insgesamt ist das gesetzgeberische Ziel, Grenzen für die Probezeit zu schaffen, durchaus be-

¹²¹ Vgl. *BU Yuanshi* (Fn. 9), S. 140 f.

¹²² Vgl. *Bernd Waas/WU Yongxin* (Fn. 6), S. 252.

¹²³ *Wolfgang Däubler/WANG Qian* (Fn. 18), S. 141.

¹²⁴ Vgl. *LI Guang/Roman Frik* (Fn. 4), S. 88.

¹²⁵ Vgl. *Ulrike Glück/Julia Tänzler* (Fn. 13), S. 348; *BU Yuanshi* (Fn. 9), S. 142.

¹²⁶ Vgl. *Wolfgang Däubler/WANG Qian* (Fn. 18), S. 142, dort als „hire and fire“-Arbeitsverhältnis bezeichnet.

¹²⁷ Vgl. *LI Guang/Roman Frik* (Fn. 4), S. 90.

¹²⁸ *Wolfgang Däubler/WANG Qian* (Fn. 7), S. 142.

¹²⁹ Beispielsweise musste ein Arbeitnehmer während der Probezeit eine Prüfung absolvieren und erreichte mit 55 Punkten nicht die Mindestpunktzahl von 60, die in der Betriebsordnung festgelegt war. Vgl. Schlichtungsfall: Herr Zhang qualifizierte sich nicht in der Probezeit und das Unternehmen konnte den Arbeitsvertrag kündigen (张某某试用期考试不合格, 公司可以与其解除劳动合同) v. 17.8.2012, <http://www.12333sh.gov.cn/200912333/2009bmfw/dzyls/dzsb/dzsb/wz/201208/t20120817_1141227.shtml> eingesehen am 8.11.2012.

¹³⁰ *WANG Qian* (Fn. 3), S. 120 möchte diese Einschränkung lediglich auf den gleichen Arbeitsplatz beziehen.

¹³¹ *BU Yuanshi* (Fn. 9), S. 138 und *BU Yuanshi* (Fn. 62), S. 263.

¹³² Vgl. *WANG Qian* (Fn. 3), S. 121 f.

¹³³ Vgl. *Bernd Waas/WU Yongxin* (Fn. 6), S. 236/243 f.; *BU Yuanshi* (Fn. 62), S. 262.

¹³⁴ Vgl. *BU Yuanshi* (Fn. 62), S. 263 mit Hinweis auf die Entstehungsgeschichte in Fn. 60.

kannt.¹³⁵ Den Einwänden der ersten Auffassung ist daher nicht zu folgen, so dass keine Notwendigkeit besteht, den offenbaren Willen des Gesetzgebers gegen den Wortlaut der Norm in das Gegenteil zu verkehren. Der Gesetzgeber wollte die Arbeitnehmer in der Probezeit besonders privilegieren, was bereits deutlich in der Pflicht wird, dem Arbeitnehmer die Kündigungsgründe mitzuteilen, § 21 S. 2 AVG. Warum neben den historischen Erwägungen, also der Einschränkung des vorherigen Missbrauchs, der Ausschluss bestimmter Kündigungsgründe der §§ 40 Nr. 3 und 41 AVG in der Probezeit auch systematisch verständlich und richtig ist, wird im Anschluss an die Diskussion der Einzelgründe nochmals aufgegriffen.

5.1.3. Besonderer Kündigungsschutz

Der § 42 AVG sieht gesetzliche Sperrfristen bezüglich § 40 und § 41 AVG vor und verbietet, besonders schutzwürdige Personen während dieser Zeit zu entlassen. Läuft der Arbeitsvertrag aus und liegt einer der Umstände des § 42 AVG vor, wird der Vertrag automatisch verlängert, bis die Sperrfrist vorüber ist (§ 45 S. 1 AVG).¹³⁶ Insbesondere gilt der Kündigungsschutz für solche Arbeitnehmer, die entweder arbeitsunfähig sind oder für die auf dem Arbeitsmarkt geringe Chancen auf eine Wiedereinstellung bestehen. In der VR China existiert kein umfangreiches Sozialversicherungssystem, so dass das Einkommen dieser Personen über das Kündigungsverbot sichergestellt werden muss.¹³⁷ In den nachfolgenden Fällen des § 42 AVG darf der Arbeitgeber nicht gemäß § 40 und § 41 AVG kündigen:

5.1.3.1. Verdacht der Berufskrankheit

Der Arbeitnehmer ist Gefahren ausgesetzt und verrichtet Tätigkeiten, die zu einer Berufskrankheit führen können, obgleich der Verdacht noch nicht bestätigt oder eine Gesundheitsprüfung noch nicht durchgeführt wurde. Dieser Punkt wurde im AVG neu hinzugefügt und entspricht den §§ 32, 49 des „Gesetzes zur Prävention von Berufskrankheiten“. In § 2 des Gesetzes werden Berufskrankheiten als solche definiert, die durch den Kontakt der Arbeitnehmer mit Staub, radioaktiven oder anderen giftigen und gefährlichen Stoffen hervorgerufen werden. Allerdings werden in der Praxis nur Berufskrankheiten anerkannt, die auf einer Liste durch das Gesundheitsministerium und das MOHRSS zusammengestellt wurden.¹³⁸

¹³⁵ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 117.

¹³⁶ Der verlängerte Schutz erstreckt sich ebenfalls auf Arbeitsverträge, die durch den Abschluss einer bestimmten Arbeitsaufgabe zeitlich begrenzt sind (§ 15 AVG).

¹³⁷ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 299.

¹³⁸ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 302.

5.1.3.2. Erwerbsunfähigkeit

Der Arbeitnehmer ist wegen einer Berufskrankheit oder arbeitsbedingten Verletzung ganz oder teilweise erwerbsunfähig. Hierfür müssen zwei Voraussetzungen offiziell festgestellt werden. Zum einen ist zu ermitteln, ob die Krankheit oder Verletzung arbeitsbedingt ist und z. B. durch einen Arbeitsunfall hervorgerufen wurde, denn nur wenn diese Bedingung erfüllt ist und offiziell bestätigt wurde, kann der Arbeitnehmer Leistungen aus der Arbeitsunfallversicherung beziehen und die Kosten der medizinischen Behandlungszeit werden übernommen. Zum anderen muss eine offizielle Gutachterkommission feststellen, ob die arbeitsbedingte Krankheit oder Verletzung auch langfristig zur vollständigen oder teilweisen Erwerbsunfähigkeit führt, um den vollen Kündigungsschutz zu erhalten.¹³⁹ Für den Fall, dass eine Behinderung der Stufe eins bis vier festgestellt wird, ist der Arbeitnehmer frühzeitig zu pensionieren und ihm ist eine lebenslange Invalidenrente zu gewähren.¹⁴⁰

5.1.3.3. Medizinische Behandlung

Der Arbeitnehmer befindet sich innerhalb einer gesetzlich vorgesehenen medizinischen Behandlungsperiode wegen einer nicht arbeitsbedingten Krankheit oder Verletzung. Die Dauer der medizinischen Behandlungszeit kann zwischen 3 und 24 Monaten betragen, ist aber abhängig von der Beschäftigungsdauer beim aktuellen Arbeitgeber zum Zeitpunkt des Eintritts der Krankheit und richtet sich nicht nach der Schwere der Krankheit.¹⁴¹ Ungeklärt ist jedoch, wie der Fall zu behandeln ist, wenn sich der Arbeitnehmer in einer medizinischen Behandlungszeit aufgrund eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit befindet. Hierzu finden sich keinerlei Regeln auf nationaler Ebene. Es existieren allerdings Lokalbestimmungen, die sich dieses Problems angenommen haben und den Fall ähnlich handhaben wie etwa bei Arbeitnehmern, die sich in einer Behandlungszeit aufgrund einer nicht arbeitsbedingten Krankheit oder Verletzung befinden.¹⁴²

¹³⁹ Im Fall „LING Hutong, XIE Xiaoqing, WANG Hai usw. vs Yantai Youlike GmbH“ beklagen ZHANG YANG und GU Renai, dass sie im Rahmen einer Massenentlassung zwischen dem 27.11. und dem 6.12.2000 unwirksam gekündigt wurden, weil sie einen Arbeitsunfall hatten und nach § 29 Nr. 5 AG unter Sonderkündigungsschutz standen. Jedoch versäumten sie, sich den Arbeitsunfall von der Behörde für Arbeitsschutz bestätigen zu lassen und somit war die Kündigung rechtmäßig. Vgl. HUANG Leping (黄乐平), Analyse schwieriger Fälle im Arbeitsvertragsrecht (劳动合同法疑难案例解析), Beijing 2007, S. 122/126.

¹⁴⁰ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 305 f.

¹⁴¹ Nach den „Bestimmungen über die medizinische Behandlungsperiode im Falle der Krankheit oder nicht arbeitsbedingter Körperverletzung der Betriebserwerbstätigen“ (企业职工患病或非因工伤医疗期的规定), v. 1.12.1994, <www.lawlib.com/law/law_view.asp?id =59397>, eingesehen am 1.2.2013.

¹⁴² Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 306.

5.1.3.4. Schwangerschaft und Mutterschutz

Bei Schwangerschaft, Geburt oder Stillzeit beträgt der Mutterschaftsurlaub in der Regel 98 Tage und verlängert sich bei der Geburt von Zwillingen oder Mehrlingen um jeweils 15 Tage pro weiteres Kind. Bei einer Fehlgeburt innerhalb der ersten vier Monate der Schwangerschaft wird der Arbeitnehmerin eine Erholungszeit von 15 Tagen und nach den ersten vier Monaten von 42 Tagen gewährt.¹⁴³ Umstritten ist, ob der Arbeitgeber bei einer Kündigung positive Kenntnis von einer Schwangerschaft haben muss. Während in Deutschland der § 9 Abs. 1 S. 1 Mutterschutzgesetz (MuSchG) regelt,¹⁴⁴ dass der Mutterschutz nur greift, wenn dem Arbeitgeber spätestens zwei Wochen nach Zugang der Kündigung die Schwangerschaft angezeigt wird, fehlt eine solche Regelung im chinesischen Recht. Auch in der Rechtsprechung findet man keine Klarheit darüber. Einige Gerichte urteilten, dass der Mutterschutz immer gelte, wenn die Schwangerschaft während der Vertragszeit festgestellt werde, und zwar unabhängig davon, wann der Arbeitgeber darüber in Kenntnis gesetzt wurde. Andere wiederum setzten eine positive Kenntnis des Arbeitgebers am Tag der Kündigung voraus.¹⁴⁵ Weiterhin finden sich interessante Fälle in der Rechtsprechung in Verbindung mit der Einhaltung der Ein-Kind-Politik. Einige Lokalregierungen beziehen den Mutterschutz nur auf solche Fälle, die mit der staatlichen Familienplanung übereinstimmen.¹⁴⁶

5.1.3.5. Rentennähe in langer Beschäftigung

Der Arbeitnehmer ist bereits 15 Jahre ununterbrochen bei demselben Arbeitgeber beschäftigt und die verbleibende Zeit bis zum Erreichen des gesetzlichen Rentenalters beträgt weniger als fünf Jahre. Diese beiden Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Die Beschäftigungszeit wird nicht durch Mutterschaftsurlaub oder die gesetzliche Behandlungszeit bei Krankheit oder Verletzung unterbrochen. Außerdem werden gemäß der „Antwort auf die Frage über die Anrechnung der Dienstjahre in der Armee bei der Berechnung der Abfindung“ die Dienstjahre ehemaliger und demobilisierter Soldaten sowie nach § 10 AVG-DV die Arbeitszeit beim ursprünglichen Arbeitgeber im Falle eines Arbeitsplatzwechsels aus Gründen, die nicht beim Arbeitnehmer liegen, angerechnet.¹⁴⁷

Das gesetzliche Rentenalter liegt derzeit bei 50 Jahren für Frauen im Privatsektor, bei 55 Jahren für Frauen mit Kaderstatus und bei 60 Jahren für Männer. Unter Umständen, wenn der Arbeitnehmer unter schweren Bedingungen gearbeitet hat, kann das Renteneintrittsalter um fünf Jahre auf 45 bzw. 55 Jahre vorverlegt werden. Es gibt aber bereits Überlegungen, das Rentenalter auf 55 Jahre für Frauen und 65 Jahre für Männer anzuheben, da die VR China in den nächsten Dekaden mit einem zurückgehenden Arbeitskräftepool und einer Überalterung der Bevölkerung zu kämpfen haben wird.¹⁴⁸

5.1.3.6. Spezialvorschriften

Es liegen andere Umstände für besonderen Kündigungsschutz vor, die in Gesetzen und Verwaltungsvorschriften niedergelegt sind (§ 42 Nr. 6 AVG). Hierbei handelt es sich um eine Auffangklausel, in der andere schutzwürdige Gruppen festgelegt werden können, die der Gesetzgeber in § 42 AVG nicht aufgelistet hat. Voraussetzung ist aber, dass das Kündigungsverbot auf ein formelles Gesetz oder eine Verwaltungsregel des Staatsrates Bezug nimmt.¹⁴⁹

Weitere Sperrfristen können in den Lokalbestimmungen konkretisiert werden. In Peking können Arbeitnehmer beispielsweise nicht gekündigt werden, wenn sie ihrer Wehrpflicht nachkommen, die Dauer von drei Jahren nach dem Ausscheiden aus dem Militärdienst noch nicht vorüber ist oder in den ersten drei Jahren, nach dem Landarbeiter durch die Regierung enteignet wurden.¹⁵⁰

Darüber hinaus existieren Schutzvorschriften für Arbeitnehmer, die gleichzeitig hauptamtliche Gewerkschaftsvorsitzende, stellvertretende Vorsitzende oder Mitglied im Gewerkschaftskomitee sind (§ 18 GWG). Falls ihr Arbeitsvertrag befristet ist, verlängert er sich automatisch bis zum Ablauf der Amtszeit. Laut § 28 der „Bestimmungen über Kollektivverträge“ vom 20.1.2004 wird der Vertrag von Arbeitnehmern ebenfalls automatisch verlängert und darf nicht gekündigt werden, wenn sie während einer Aushandlung von Kollektivverträgen auf Arbeitnehmerseite als kollektive Verhandlungsvertreter fungieren.¹⁵¹

Ob der besondere Kündigungsschutz des § 42 AVG bereits ganz oder teilweise in der Probezeit

¹⁴³ Nach §§ 5 und 7 der „Speziellen Bestimmungen über den Arbeitsschutz für weibliche Arbeitnehmer“ (女职工劳动保护特别规定) v. 18.4.2012, <www.gov.cn/zw/gk/2012-05/07/content_2131567.htm>, eingesehen am 17.1.2013.

¹⁴⁴ V. 20.6.2002 in: Arbeitsgesetze, 81. Aufl., München 2012.

¹⁴⁵ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 308.

¹⁴⁶ Vgl. Andreas Lauffs (Fn. 24), S. 137; WANG Qian (Fn. 3), S. 309.

¹⁴⁷ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 310.

¹⁴⁸ Vgl. <www.chinadaily.com.cn/hkedition/2012-08/17/content_15682372.htm>, eingesehen am 2.2.2013; WANG Qian (Fn. 3), S. 311.

¹⁴⁹ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 312.

¹⁵⁰ Nach § 33 der „Arbeitsvertragsbestimmungen der Stadt Peking“ (北京市劳动合同规定), vgl. Ulrike Glück, Julia Tänzler (Fn. 13), S. 349 Fn. 55; Wolfgang Däubler/WANG Qian (Fn. 8), S. 354.

¹⁵¹ Vgl. Andreas Lauffs (Fn. 93), Rn. 9.066. Eine ähnliche Vorschrift findet sich in den Lokalbestimmungen von Peking. Vgl. Wolfgang Däubler/WANG Qian (Fn. 8), S. 354.

gilt, wird hingegen kaum diskutiert,¹⁵² bedarf aber für das Thema der betriebsbedingten Kündigung auch keiner Entscheidung, da die §§ 40 Nr. 3, 41 AVG in der Probezeit nicht anwendbar sind.

5.2. Erhebliche objektive Änderungen nach § 40 Nr. 3 AVG

Wie bereits angesprochen, wird nicht eindeutig beantwortet, ob die Umstände, die unter § 40 Nr. 3 AVG fallen, einer betriebsbedingten Kündigung zugeordnet werden können oder nicht. Der Kündigungsgrund nach § 40 Nr. 3 AVG enthält drei Elemente: (1) Es sind erhebliche Änderungen der objektiven Umstände eingetreten, die bei Vertragsschluss zugrunde gelegt wurden. Dies führt (2) dazu, dass die weitere Erfüllung des Arbeitsvertrages unmöglich ist, und (3) konnte eine Einigung über eine Vertragsänderung nicht erzielt werden.

5.2.1. Anwendungsfragen

Eine Parallele zu den Formulierungen des KSchG ist nicht von der Hand zu weisen. Dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung im Betrieb entgegenstehen sowie die fehlende Möglichkeit, dass die Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz, ggf. auch unter Änderung des Arbeitsvertrages, erfolgen kann (§ 1 Abs. 2 KSchG), rechtfertigen eine betriebsbedingte Kündigung. Andererseits erinnert die Regelung des § 40 Nr. 3 AVG an das Institut der Störung der Geschäftsgrundlage, die in Deutschland in § 313 BGB kodifiziert ist. WANG verweist darauf, dass das Prinzip der Änderung der Umstände in der chinesischen Rechtsliteratur und Terminologie gerade dieses Institut bezeichnet.¹⁵³ LI führt aus, das zivilrechtliche Prinzip der Änderung der Umstände komme im Arbeitsrecht zum Ausdruck und meine allgemein, dass eine Änderung nicht vorhersehbar gewesen und nicht abhängig oder verschuldet von den Parteien sei, so dass der Vertrag nicht mehr durchführbar wäre und Verhandlungen aufzunehmen seien, um eine neue Balance zu erreichen; bei fehlender Einigung folge die Vertragsauflösung.¹⁵⁴

Es existiert keine einheitliche Definition, was unter einer erheblichen „Änderung der objektiven Umstände“¹⁵⁵ zu verstehen ist. Auch der Staatsrat hat es versäumt, diese Frage in der AVG-DV zu klären. Allerdings ist festzustellen, dass die Rechtsprechung unter die Vorläuferregelung des § 40 Nr. 3

AVG, dem inhaltsgleichen § 26 Nr. 3 AG,¹⁵⁶ viele Fälle subsumiert hat, die nicht dem Institut der Störung der Geschäftsgrundlage zugeordnet werden können.¹⁵⁷ Möglicherweise lässt sich aber anhand dieser Fallkonstellationen Näheres zum Charakter der Vorschrift und des Kündigungsgrundes des § 40 Nr. 3 AVG feststellen.

Glück/Tänzler nennen beispielhaft den Wegfall von Arbeitsstellen aufgrund höherer Gewalt, wegen Schließung oder Verlegung des Unternehmens, durch Transaktionen wie Verschmelzung, Gründung eines Joint Ventures oder Unternehmensspaltung sowie infolge Änderungen der Unternehmensstrategie.¹⁵⁸ WANG konkretisiert einige dieser Fälle, etwa die Verlegung auf behördliche Anweisung wegen Umweltverschmutzung oder Schließung von Teilgeschäften zur Kostenersparnis oder wegen eines Umsatzrückgangs im Flüssiggasbereich.¹⁵⁹ Die Frage, ob diese Fälle weiterhin als Gründe des § 40 Nr. 3 AVG herangezogen werden können, muss allerdings verneint werden, und zwar aus verschiedenen Erwägungen.

Generell wurde § 26 Nr. 3 AG auch deshalb weit verstanden, weil die Möglichkeiten der wirtschaftlichen Massenentlassung nach § 27 AG auf die zwei Fälle des drohenden Konkurses sowie der ernsthaften Schwierigkeiten bei der Produktion oder im Betrieb beschränkt waren. Mit der Erweiterung der Gründe der wirtschaftlichen Massenentlassung nach § 41 AVG lässt sich die großzügige Auslegung zu § 26 Nr. 3 AG wohl nicht mehr aufrechterhalten bzw. auf § 40 Nr. 3 AVG übertragen.¹⁶⁰ Der Katalog des § 41 AVG erfasst den Wegfall von Arbeitsplätzen im insolvenzrechtlichen Sanierungsverfahren (§ 41 Abs. 1 Nr. 1 AVG), wegen ernsthafter Schwierigkeiten in der Produktion und im Betrieb (§ 41 Abs. 2 Nr. 2 AVG), infolge der Änderung von Produkten, Technologien und Betriebsweisen (§ 41 Abs. 1 Nr. 3 AVG) oder auch wegen erheblicher Änderungen der objektiven wirtschaftlichen Situation (§ 41 Abs. 1 Nr. 4 AVG). Die Schließung des Unternehmens ist teilweise ebenfalls speziell in § 44 Nr. 5 AVG geregelt.

5.2.2. Unternehmenstransaktionen

Im Rahmen des § 26 Nr. 3 AG wurden Unternehmenstransaktionen, wie etwa Fusionen und Übernahmen regelmäßig als Kündigungsgrund wegen Änderung der objektiven Situation verstanden. Dazu existieren Entscheidungen, in denen der Arbeitgeber seine Kündigung auf eine Verschmelzung

¹⁵² Vgl. verneinend BU Yuanshi (Fn. 62), S. 267.

¹⁵³ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 243 m. w. N. in Fn. 843.

¹⁵⁴ Vgl. LI Jian (李建), Anwendung und Auslegung der Durchführungsverordnung des Arbeitsvertragsgesetzes der VR China (中华人民共和国劳动合同法实施条例理解与适用), Beijing 2008 S. 130.

¹⁵⁵ 客观情况发生重大变化.

¹⁵⁶ Vgl. Ulrike Glück/Julia Tänzler (Fn. 13), S. 348.

¹⁵⁷ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 244.

¹⁵⁸ Vgl. Ulrike Glück/Julia Tänzler (Fn. 13), S. 348.

¹⁵⁹ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 244 f. m. w. N. in Fn. 847-852.

¹⁶⁰ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 245 f.

oder Übernahme eines Unternehmens stützte, was von den Gerichten akzeptiert wurde.¹⁶¹

Unternehmenstransaktionen können in verschiedenen Formen vorgenommen werden, wobei vor allem die Verschmelzung, Spaltung und sog. Share- oder Asset-Deals unterschieden werden. Gemäß der gesellschaftsrechtlichen Einordnung wird dabei zwischen Verschmelzung durch Aufnahme oder Neugründung und der Spaltung als Ab- oder Aufspaltung differenziert. Auf diese Abgrenzungen wird arbeitsrechtlich ebenfalls Bezug genommen.¹⁶² Zwar wird eingewendet, dass solche Transaktionsvorgänge als Kündigungsgrund nach § 40 Nr. 3 AVG in Frage kommen.¹⁶³ Diese Auffassung dürfte jedoch nur teilweise aufrecht zu erhalten sein. Gemäß § 34 AVG berühren weder die Verschmelzung noch die Spaltung des Arbeitgeberunternehmens den Bestand des Arbeitsvertrages. Die Arbeitsverträge werden also unverändert dem neuen Rechtsträger infolge der Verschmelzung oder der Spaltung zugeordnet.

Die zwei Arten des Unternehmenskaufs mittels Share- oder Asset-Deal sind in § 2 der „Regelungen über die Übernahme inländischer Unternehmen durch ausländische Investoren“ (M&A-Regelungen)¹⁶⁴ ausdrücklich genannt. Dort ist auch ein Arbeitnehmerplan für die Umverteilung der durch Share- oder Asset-Deal betroffenen Arbeitsstellen gesellschaftsrechtlich vorgesehen (ohne diesen allerdings inhaltlich näher zu bestimmen).¹⁶⁵

Beim Share-Deal findet die Transaktion mittels Erwerb oder Austausch der Gesellschaftsanteile statt, wobei die Zuordnung der Gesellschafter, also die Inhaberschaft, sich ändert.¹⁶⁶ Der Vorteil des Share-Deals liegt etwa in der zügigen Transaktionsmöglichkeit. Vertragliche Beziehungen zu Kunden oder beispielsweise Lizenzen bleiben erhalten und folgen den Gesellschaftsanteilen, gehen also auf den neuen Rechtsträger über.¹⁶⁷

Für die Verschmelzung und die Spaltung gelten gesellschaftsrechtlich besondere Vorschriften, die weitgehend das Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge anwenden.¹⁶⁸ Vergleichbar ist die Situation

beim Share-Deal. Lediglich die Zuordnung der Gesellschaftsanteile wird verändert, während sich hingegen nichts auf der Ebene des Unternehmens ändert, also aus der Perspektive des Arbeitnehmers. Entsprechend besteht überwiegend Einigkeit darüber, dass Unternehmenstransaktionen im Wege des Share-Deals unmittelbar keinen Kündigungsgrund für den (alten oder neuen) Unternehmensinhaber liefern.¹⁶⁹

Ob eine Kündigungsmöglichkeit hingegen bei Transaktionen besteht, die als Asset-Deal vorgenommen werden, ist umstritten. Beim Asset-Deal werden lediglich einzelne Vermögensgüter erworben. Es handelt sich um gesonderte Kaufverträge.¹⁷⁰ Der Vorteil liegt vor allem darin, dass im Gegensatz zur Gesamtrechtsnachfolge keine Übernahme ungewollter oder sogar unbekannter Verpflichtungen erfolgt, wie etwa vormals abgegebener Garantien, unerfüllter Sozialabgaben und Steuern oder sonstiger Verbindlichkeiten.¹⁷¹ Auch sind geringere Interventionen durch Behörden zu befürchten.¹⁷² Außerdem kann das Ziel sein, nicht die gesamte Gesellschaft, sondern lediglich einen Geschäftszweig zu erwerben.¹⁷³ Der Asset-Deal stellt daher einen üblichen Weg des Unternehmens- oder Beteiligungserwerbs dar.¹⁷⁴ Problematisch ist die Frage, wie es sich mit den Arbeitsverhältnissen der Arbeitnehmer verhält, die von dem Übergang der Assets (Maschinen, Produktionslinien, Fuhrpark o. ä.) betroffen sind.

Teilweise wird die unmittelbare Geltung des § 34 AVG angenommen. Als Argument wird angeführt, dass das chinesische Recht nicht zwischen Betrieb und Unternehmen unterscheide. Die Übergangsregelung des § 34 AVG wirke gleichermaßen für Asset-Deals wie für gesellschaftsrechtliche Umwandlungen.¹⁷⁵ Die unmittelbare Anwendung des § 34 AVG wird jedoch häufig abgelehnt. Eine Regelung, die dem deutschen § 613a BGB entspreche, fehle im chinesischen Arbeitsrecht. Nach § 34 AVG seien gerade und ausdrücklich die gesellschaftsrechtlichen Vorgänge der Verschmelzung und Spaltung erfasst, nicht aber einzelne Kaufverträge beim Asset-Deal. Der Verkäufer (der bisherige Arbeitgeber) erhalte als Äquivalent ja schließlich auch den Kaufpreis.¹⁷⁶ Zu überlegen sei aber eine analoge Anwendung des § 34 AVG auf bestimmte Fälle des Asset-Deals.¹⁷⁷

¹⁶¹ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 250 m. w. N. in Fn. 867; Ulrike Glück/Julia Tänzler (Fn. 13), S. 343/348.

¹⁶² Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 250 m. w. N. in Fn. 868.

¹⁶³ Vgl. BU Yuanshi (Fn. 9), S. 135/143, die ohne nähere Begründung und unspezifisch von Fusionen spricht sowie daneben § 41 Abs. 1 Nr. 4 AVG für denkbar hält.

¹⁶⁴ 外国投资者并购境内企业的规定 v. 8.8.2006.

¹⁶⁵ Vgl. BU Yuanshi (Fn. 62), S. 233; Stefanie Tetz, Die neuen Vorschriften für Unternehmenskäufe in China – Was ändert sich, was bleibt gleich?, in: ZChinR 2006, Nr. 4, S. 393.

¹⁶⁶ Vgl. BU Yuanshi (Fn. 62), S. 230; WANG Qian (Fn. 3), S. 253.

¹⁶⁷ Vgl. BU Yuanshi (Fn. 62), S. 230; Stefanie Tetz (Fn. 165), 392 f..

¹⁶⁸ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 250, die auf §§ 173 bis 177 des „Gesellschaftsgesetzes der VR China“ (中华人民共和国公司法) v. 27.10.2005 sowie auf § 44 Abs. 2 der Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts (中华人民共和国民事诉讼法通则) v. 12.4.1986 verweist.

¹⁶⁹ Vgl. BU Yuanshi (Fn. 62), S. 233; WANG Qian (Fn. 3), S. 253 f., die dies beide allerdings auf § 33 AVG stützen.

¹⁷⁰ Vgl. BU Yuanshi (Fn. 62), S. 229.

¹⁷¹ Vgl. Stefanie Tetz (Fn. 165), 392 f.

¹⁷² Vgl. BU Yuanshi (Fn. 62), S. 230.

¹⁷³ Vgl. Andreas Lauffs (Fn. 93), S. 81.

¹⁷⁴ Vgl. Stefanie Tetz (Fn. 165), S. 392.

¹⁷⁵ Vgl. LI Guang/Roman Frik (Fn. 4), S. 88, allerdings mit Hinweis auf eine abweichende Praxis der Vertragsaufhebung und häufig ungünstigerem Neuabschluss eines Arbeitsvertrages beim Erwerber.

¹⁷⁶ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), 254 f.

¹⁷⁷ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), 255 f., die neben dem Fall eines Betriebsteils-

Ein Anstoß für solche Überlegungen kann auch darin liegen, dass der Kündigungsgrund einer erheblichen Änderung der Umstände gemäß § 40 Nr. 3 AVG nach einer weiteren Meinung beim Asset-Deal zwar denkbar sein soll, bei dem Verkauf einer einzelnen Maschine vom Arbeitgeber sich aber kaum die fehlende Erfüllbarkeit des Arbeitsvertrages begründen ließe. Der Verkauf eines ganzen Betriebsteils würde diese Begründung wohl liefern.¹⁷⁸ Eine solche Argumentation nach dem Muster, je mehr sich der Arbeitgeber seiner Betriebsmittel begeben, desto eher habe er einen Kündigungsgrund, erscheint eigentümlich und mit dem generellen Gedanken des Arbeitnehmerschutzes (vgl. etwa § 1 AVG) kaum vereinbar. Das Ergebnis wäre, dass bei vollständiger Übernahme der Anteile eines Unternehmens mittels Share-Deals alle Arbeitsverhältnisse fortbeständen, die Übernahme aller Assets aber einen Kündigungsgrund liefern würde.

Der § 34 AVG benennt zwar ausdrücklich nur die dortigen gesellschaftsrechtlichen Vorgänge der Verschmelzung und Spaltung. Auf der anderen Seite ist bei der Spaltung stets eine Aufteilung der Betriebsmittel vorzunehmen, obgleich die Arbeitsverhältnisse gegen Kündigungen geschützt sind. Mit der Aufteilung der Betriebsmittel ist eine Aufteilung und Zuordnung der Arbeitsverhältnisse auf die neuen (auf- oder abgespaltenen) Unternehmen notwendig. Eine Zuordnung der Arbeitsverhältnisse fordert ebenfalls den gerade auch für den Asset-Deal vorgesehenen Arbeitnehmerplan.¹⁷⁹ Zugeordnet werden können die Arbeitsverhältnisse aber nur, wenn deren Übergang nach den arbeitsrechtlichen Bestimmungen vorausgesetzt ist.

Im Übrigen bleibt die Möglichkeit bestehen, den Asset-Deal zwar nicht über § 34 AVG, aber über § 33 AVG zu erfassen. Die dortige Formulierung, der Wechsel des Hauptverantwortlichen oder Investors habe keinen Einfluss auf den Arbeitsvertrag, lässt weniger Raum für eine an den gesellschaftsrechtlichen Begriffen von Verschmelzung und Spaltung orientierte Betrachtung, schafft aber gleichzeitig Raum für eine mehr an Wertungen orientierte Interpretationen dessen, wer für die Person des Hauptverantwortlichen oder Investors in Betracht kommt. Bei der Übernahme der wesentlichen Assets eines Betriebs oder Betriebsteils wechselt in Gestalt des Erwerbers gerade der Hauptverantwortliche bzw. Investor, nämlich derjenige, der hinter dem „arbeitgebenden“ Unternehmen steht. Unabhängig davon, ob nun § 34 oder § 33 AVG unmittelbar oder analog Anwendung findet, spricht viel dafür, auch die Fälle

des Asset-Deals mit einer Überführung und einem Fortbestand der Arbeitsverhältnisse zu versehen.

Die Fälle der Unternehmenstransaktionen, die vormals nach § 26 Nr. 3 AG einen größeren Teil oder die gesamte Belegschaft in die Gefahr von Kündigungen gebracht haben, können nach diesen Ausführungen eine Kündigung nun nicht mehr begründen. Das AVG hat insofern neue Regelungen geschaffen, die diese Situationen speziell erfassen. Die bisherige Auffassung und die Rechtsprechung zu § 26 Nr. 3 AG ist nicht übertragbar. Ob bezüglich der Unternehmenstransaktionen im Anschluss, also nicht durch die Transaktion, sondern erst mit einer folgenden Umstrukturierung, eine Kündigung im Sinn einer Massenentlassung möglich ist, wird dort ausführlich diskutiert. Generell ausgeschlossen ist dies jedenfalls nicht.¹⁸⁰

5.2.3. Störung der Geschäftsgrundlage

Für § 40 Nr. 3 AVG stellt sich schließlich die Frage, welche Fälle für dessen Anwendungsbereich verbleiben. Dabei kommt der Feststellung, dass das AVG außerhalb von § 40 AVG spezielle Regelungen für bestimmte Konstellation normiert, allgemeine Bedeutung zu (*lex specialis derogat legi generali*). Nochmals zurückzukommen ist auch auf das Institut der Störung der Geschäftsgrundlage.

In § 40 Nr. 3 AVG ist die Rede von der Änderung der objektiven Umstände. Wendet man den *lex-specialis*-Grundsatz auch auf das Verhältnis zu § 41 AVG an, werden objektive „wirtschaftliche“ Umstände eben nicht von § 40 AVG, sondern von § 41 Abs. 1 AVG, insbesondere Nr. 4, erfasst. Demnach werden bei einer Störung der Geschäftsgrundlage solche Fälle nicht berücksichtigt, die zu den typischen Geschäftsrisiken einer Partei gehören.¹⁸¹ Wirtschaftliche Risiken dürften regelmäßig dem Arbeitgeber als unternehmerisches Risiko zuzuweisen sein. Dass es nicht nur in der Voraussetzung der Änderung der objektiven bzw. objektiven wirtschaftlichen Situation einen Unterschied zwischen § 40 Nr. 3 AVG und § 41 Nr. 4 AVG gibt, sondern § 40 Nr. 3 AVG darüber hinaus eine Verhandlung über die Änderung des Arbeitsvertrages vorsieht, weist ebenfalls auf die Störung der Geschäftsgrundlage hin. Bei einer solchen Störung kann zunächst die Anpassung des Vertrages, lediglich subsidiär die Auflösung, verlangt werden¹⁸² (vgl. auch § 313 Abs. 3 BGB). In § 41 Abs. 1 Nr. 4 AVG ist von einer solchen Anpassung hingegen nicht die Rede.

übergangs auf die Parallelen zur Entstehung des § 613a BGB verweist.

¹⁷⁸ Vgl. Andreas Lauffs (Fn. 93), S. 84.

¹⁷⁹ Vgl. BU Yuanshi (Fn. 62), S. 233; Stefanie Tetz (Fn. 165), S. 393.

¹⁸⁰ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 251.

¹⁸¹ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 244 und auch § 313 Abs. 1 BGB, der die Berücksichtigung der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung nennt.

¹⁸² Vgl. LI Jian (Fn. 154), S. 130.

Für speziell im AVG nicht den Parteien zugewiesene Risiken, die also insbesondere nicht im Rahmen von Unternehmenstransaktionen oder sonstiger wirtschaftlicher Veränderungen auftauchen, wäre dann der Anwendungsbereich des § 40 Nr. 3 AVG eröffnet. Vorstellbar sind zudem Fälle höherer Gewalt, wie etwa Brände oder Katastrophen. „Höhere Gewalt“ sind solche objektiven Umstände, die unvorhersehbar, unvermeidbar und unbezwingbar sind.¹⁸³ Impliziert ist damit gleichzeitig die „objektive“ Änderung, so dass sich die Diskussion einiger von WANG angeführter Beispiele,¹⁸⁴ die vornehmlich an dem deutschen Bild einer subjektiven (und freien) Unternehmerentscheidung anknüpfen, erübrigt.

Die Beschränkung auf die objektiven Fälle „höherer Gewalt“ und vergleichbarer Situationen passt auch systematisch zu den Regelungen des § 40 AVG. Die Kündigungsgründe der Nr. 1 und Nr. 2, regelmäßig als personenbedingte Kündigungsgründe bezeichnet, sind weder vom Arbeitnehmer noch vom Arbeitgeber zu vertreten und so gesehen neutral. Das Gleiche gilt für die Fälle des § 40 Nr. 3 AVG mit dem hiesigen Verständnis der lediglich einschlägigen Gründe, für die keiner Partei das Risiko ausdrücklich im Vertrag oder daneben zugewiesen wurde.

Die stark kritisierte Privilegierung der Probezeit mit dem Ausschluss der Kündigungsgründe nach den §§ 40 Nr. 3, 41 AVG wird ebenfalls besser verständlich mit der Annahme, dass § 40 Nr. 3 AVG lediglich Kündigungen wegen der Störung der Geschäftsgrundlage zulässt. Sofern in der Probezeit, also kurz nach Vertragsschluss, eine schwerwiegende Änderung der zugrunde gelegten Umstände auftreten sollte, wäre zumindest die Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages für die Dauer der Probezeit dem Arbeitgeber noch zumutbar. Gemäß § 19 AVG gilt die Probezeit (abhängig von der Vertragsdauer) nur für sehr begrenzte Zeiträume von häufig ein bis zwei, höchstens sechs Monaten. Eine solche Risikoverteilung, die der Gesetzgeber in § 21 AVG vorgenommen hätte, würde jedenfalls keinen nennenswerten Bedenken begegnen.¹⁸⁵

Vor dem Hintergrund der Störung der Geschäftsgrundlage beantwortet sich schließlich die Frage der Verhandlungen zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer über eine Änderung des Vertragsinhaltes. Die Beendigung des Arbeitsvertrages ist subsidiär zu dessen Anpassung, so dass eine Verhandlung über Änderungen eine unverzichtbare Voraussetzung für den Kündigungsgrund nach § 40 Nr. 3 AVG ist. Dabei müssen solche Änderungen beiderseits möglich und zumutbar sein sowie sich geringstmöglich vom bisherigen Vertragsinhalt entfernen.¹⁸⁶ Sollte dies vom Arbeitgeber nicht vorgeschlagen werden, kann eine für die Kündigung notwendige fehlende Einigung in den Verhandlungen über die Vertragsänderung nicht angenommen werden.

Ob man § 40 Nr. 3 AVG demnach als betriebsbedingten Kündigungsgrund oder als Störung der Geschäftsgrundlage bezeichnet, bleibt dahingestellt. Eine Störung der Geschäftsgrundlage schließt nicht unbedingt einen betriebsbedingten Kündigungsgrund aus.¹⁸⁷

Mit den Unterschieden des § 40 Nr. 3 AVG zu den wirtschaftlichen Gründen des § 41 AVG, der passenden Systematik des § 40 Nr. 3 AVG zu Nr. 1 und Nr. 2 dahingehend, dass die gesamten dortigen Kündigungsgründe von keiner der Parteien zu vertreten sind, und zur Verdeutlichung und Abgrenzung erscheint aber es sinnvoller, den eingeschränkten Anwendungsbereich¹⁸⁸ des § 40 Nr. 3 AVG als Störung der Geschäftsgrundlage zu bezeichnen.

5.2.4. Einzelkündigung

Fraglich bleibt schließlich, ob möglicherweise eine betriebsbedingte Einzelkündigung generell, also auch über die genannten Anwendungsfälle hinaus, auf § 40 Nr. 3 AVG gestützt werden kann. Für die wirtschaftlichen Gründe wäre ansonsten nur der Katalog des § 41 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 AVG im Rahmen einer Massenentlassung vorgesehen. Einerseits soll § 40 Nr. 3 AVG offenbar eine solche Einzelkündigung erfassen.¹⁸⁹ Vorzugehen sei, indem bei einer Situation des § 41 AVG danach gefragt werde, ob der dortige Schwellenwert der betroffenen Arbeitneh-

¹⁸³ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 244, die darauf verweist, dass „höhere Gewalt“ nach den OVG-Erläuterungen zum Vertragsgesetz gerade aus den Anwendungsfällen der Störung der Geschäftsgrundlage ausgenommen seien. Dies dürfte aber dadurch erklärbar sein, dass die „höhere Gewalt“ eine spezielle Regelung im Vertragsgesetz erfahren hat, ebenfalls mit der Rechtsfolge der Vertragsbeendigung.

¹⁸⁴ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 247.

¹⁸⁵ Eine vergleichbare Erwägung gilt auch für den Ausschluss des § 41 AVG, wobei für die dortigen Kündigungssituationen teilweise unterstellt werden kann, dass kurz vorher kaum neue (noch in der Probezeit befindliche) Arbeitnehmer eingestellt werden. Außerdem greift offenbar mit dem umso längeren Schutz (nämlich Probezeit) je nach Vertragsdauer auch hier bereits der Gedanke, das Vertrauen weniger in die bisherige Betriebszugehörigkeit als in die noch zugesagte Restdauer des Arbeitsvertrages zu schützen. Dies wird im Rahmen der Sozialauswahl nach § 41 Abs. 2 AVG weiter unten genauer dargestellt.

¹⁸⁶ Im Ergebnis so auch WANG Qian (Fn. 3), S. 248 f.

¹⁸⁷ Allerdings sind nach deutschem Kündigungsrecht die Regeln der §§ 1, 2 KSchG *leges speciales* gegenüber der in § 313 BGB kodifizierten Störung der Geschäftsgrundlage (BAG 29.9.2011 - 2 AZR 617/10; 8.10.2009 - 2 AZR 235/08; 12.1.2006 - 2 AZR 126/05). Die Tatbestände, die für eine Störung der Geschäftsgrundlage herangezogen werden könnten, sind kündigungrechtlich im Rahmen der Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes zu würdigen (BAG 8.10.2009 - 2 AZR 235/08). Solche Tatbestände können ein dringendes betriebliches Erfordernis darstellen und sind weder in der Person noch im Verhalten des Arbeitnehmers bedingt (§ 1 Abs. 1 KSchG).

¹⁸⁸ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), 245 f, die mehrfach die restriktive Auslegung und den eingeschränkten Anwendungsbereich von § 40 Nr. 3 AVG betont.

¹⁸⁹ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 158/246 f.

mer erreicht ist. Wenn nicht, seien unter § 40 Nr. 3 AVG die inhaltlichen Erwägungen des § 41 Abs. 1 AVG zu subsumieren.¹⁹⁰ Andererseits wird explizit festgestellt, dass regelmäßig die betriebsbedingte Kündigung eines einzelnen Arbeitsverhältnisses nicht möglich sei,¹⁹¹ was sehr viel nachvollziehbarer scheint. Zum einen erscheint wenig sinnvoll, den Anwendungsbereich der „erheblichen objektiven Veränderungen“ restriktiv auszulegen, um diese Auslegung für solche Fälle von Einzelkündigungen wieder zu verwerfen. Zum anderen würden sich aus dem Verständnis des § 40 Nr. 3 AVG als Auffangtatbestand des § 41 Abs. 1 AVG für Einzelkündigungen größere Probleme und Anreize zur Umgehung und Vermeidung des für Massenentlassungen vorgesehenen Sonderverfahrens ergeben. Darauf wird noch einzugehen sein.

5.3. Wirtschaftliche Massenentlassung nach § 41 AVG

Wirtschaftliche Massenentlassungen werden – wie bereits im AG – gesondert behandelt. Betriebsbedingte Gründe sind nach allgemeiner Auffassung in den vier Fällen der wirtschaftlichen Massenentlassung des § 41 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 AVG genannt.¹⁹² BU hingegen bezeichnet ausdrücklich nur die Fälle der Nr. 1 bis 3 als betriebsbedingte Massenentlassung, den Fall der Nr. 4 hingegen (wie § 40 Nr. 3 AVG) als Störung der Geschäftsgrundlage.¹⁹³ Dass dies mehr ein sprachliches als ein inhaltliches Problem ist, wurde bereits ausgeführt.

Der § 41 AVG regelt die materiell- sowie die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen einer wirtschaftlichen Massenentlassung und enthält im Vergleich zu § 40 Nr. 3 AVG konkretere Umschreibungen, ab wann eine betriebsbedingte Kündigung eines größeren Belegschaftsteils zulässig ist. Im Vergleich zum AG erweiterte der Gesetzgeber die Kündigungsmöglichkeiten einer Massenentlassung als Reaktion auf die seltene Anwendung und die gleichzeitige Umgehung des vorherigen § 27 AG. Dort waren Massenentlassungen nur vorgesehen, wenn sich das Unternehmen in einer wirtschaftlichen Notlage befand. Nach einer Umstrukturierung war es hingegen nicht möglich, den Personalbedarf anzupassen. In der Vergangenheit berief sich der Arbeitgeber stattdessen auf § 26 Nr. 3 AG mit der „Änderung der objektiven Umstände“ und zersplitterte gewissermaßen eine Massenentlassung in kleinere

Kündigungsmaßnahmen oder Einzelkündigungen, um den schärferen Voraussetzungen in § 27 AG zu entgehen.¹⁹⁴ Um den Missbrauch der Kündigungsmöglichkeiten zu reduzieren, wurden allerdings in § 41 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 AVG konkrete Beispiele aufgelistet.¹⁹⁵

5.3.1. Mindestanzahl und Zeitrahmen

Eine weitere Neuerung im AVG ist die Festlegung einer Mindestanzahl der zu entlassenen Mitarbeiter. In § 33 des 1. AVG-Entwurfs vom 20.3.2006 wurde zunächst vorgesehen, dass eine der Voraussetzungen einer Massenentlassung die Kündigung von mehr als 50 Arbeitnehmern sei.¹⁹⁶ Jedoch befürchtete die Gewerkschaft, dass Unternehmen durch eine Entlassung etwa von nur 49 Arbeitnehmern das Gesetz umgehen könnten. Daher reduzierte der Gesetzgeber in § 41 des 2. AVG-Entwurfs vom 24.12.2006 die Mindestanzahl auf 20 Mitarbeiter reduzierte und ergänzte die Voraussetzung durch eine 10%-Hürde in Richtung kleinerer Unternehmen.¹⁹⁷

Das AVG setzt bei der Anwendung des § 41 AVG keine personelle Mindestgröße des Unternehmens voraus, während in Deutschland die Massenentlassungsvorschriften der §§ 17 ff. KSchG keine Anwendung auf Betriebe mit bis zu 20 Mitarbeitern finden. Außerdem müssen mindestens mehr als fünf Arbeitnehmer entlassen werden (§ 17 Abs. 1 KSchG). Wenn hingegen ein Betrieb mit 20 Mitarbeitern in China zwei Mitarbeiter entlassen möchte, handelt es sich bereits um eine Massenentlassung. Teilweise wird dies als verfehlt angesehen und als dem arbeitsmarktpolitischen Zweck, die Arbeitsverwaltungsbehörden auf eine erhöhte Arbeitslosigkeit aufmerksam zu machen, nicht entsprechend bezeichnet.¹⁹⁸ WANG schlägt dafür eine Staffelung der Mindestanzahl von Entlassungen nach Unternehmensgröße vor, so wie auch in § 17 Abs. 1 KSchG. Andererseits beschreiben YANG/XIN die Situation als „zweischneidiges Schwert“.¹⁹⁹ Es sei relativ ein-

¹⁹⁴ Vgl. Ningbo Esso Petrolchemie GmbH vs TONG Hongchuan/ZHAO Long/WANG Honggao usw. Vgl. Fall in der Fallsammlung von DU Dongya/DING Xinwei (杜东亚/丁新伟), Analyse typischer Fälle im Arbeitsvertragsrecht (劳动合同法典型案例评析), Beijing 2007, S. 334 ff.

¹⁹⁵ Vgl. YANG Jingyu/XIN Chunying (杨景宇/信春鹰), Auslegungen des Arbeitsvertragsgesetzes der VR China (中华人民共和国劳动合同法解读), Beijing 2007, S. 335: im 1. AVG-Entwurf nicht vorgesehen, aber auf einen Vorschlag hin abgeändert (nach dem „Bericht über die Ereignisse von Änderungen des AVG-Entwurfs“ des Rechtsausschusses des NVK v. 24.12.2006). Vgl. ebenso WANG Quanxing (王全兴), Eingehende Analyse der Vorschriften des Arbeitsvertragsgesetzes (劳动合同法条文精解), Beijing 2007, S. 353 f.

¹⁹⁶ Vgl. WANG Quanxing (Fn. 195), S. 353 f.

¹⁹⁷ Vgl. WANG Quanxing (Fn. 195), S. 353 f.; CHENG Yanyuan/Barbara Darimont (Fn. 60), S. 179 f.; WANG Qian (Fn. 3), S. 260.

¹⁹⁸ Vgl. YANG Jingyu/XIN Chunying (Fn. 195), S. 130 f.; WANG Qian (Fn. 3), S. 261.

¹⁹⁹ 双刃剑. Vgl. YANG Jingyu/XIN Chunying (Fn. 195), S. 133; ebenso HUANG Leping (Fn. 139), S. 127.

¹⁹⁰ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 246; sinngemäß auch in der Erläuterung des Falls Nr. 27 aus der Fallsammlung von DONG Baohua/DONG Runqing (董保华/丁润青), Case Analysis on Latest PRC Labor Contract Law (最近劳动合同法案例解读) Beijing 2007, S. 513.

¹⁹¹ Vgl. Ulrike Glück, Julia Tänzler (Fn. 13), S. 348.

¹⁹² Vgl. BU Yuanshi (Fn. 9), S. 142; Ulrike Glück, Julia Tänzler (Fn. 13), S. 348.

¹⁹³ Vgl. BU Yuanshi (Fn. 62), 267 f.

fach, die materiellen Voraussetzungen zu erfüllen, auch da die anteilig geforderte Mindestanzahl in § 41 AVG niedrig angesetzt ist. Andererseits würden Arbeitgeber vermutlich von den zusätzlichen verfahrensrechtlichen Voraussetzungen wie der Benachrichtigung der Arbeitsverwaltungsbehörde abgeschreckt. Häufig wird auf die Gefahr der Umgehung durch die Zersplitterung der Massenentlassungsmaßnahme hingewiesen.

In § 17 Abs. 1 KSchG ist dahingehend vorgeschrieben, dass die Entlassungen in einem Zeitfenster von 30 Tagen zusammen gerechnet werden. In § 41 Abs. 1 AVG findet sich ein solcher Zeitrahmen nicht. Unklar scheint, ob es sich nur um eine Massenentlassung handelt, wenn die zu entlassenen Arbeitnehmer in einem oder auch in mehreren Vorgängen innerhalb eines bestimmten Zeitraums gekündigt werden. Denn falls sich Massenentlassungen nur auf einen Einzelvorgang beziehen, könnte der Arbeitgeber die Vorschrift mittels mehrerer Entlassungsvorgänge umgehen.

Dass der Gesetzgeber, trotz des Einflusses deutscher Arbeitsrechtler auf das AVG in wesentlichen Fragen des allgemeinen Anwendungsbereichs der Massenentlassungsvorschriften solche genannten Umgehungsgefahren riskiert, muss verwundern. Als Begegnung auf diese Bedenken sei auf die Ergebnisse zu den Kündigungsgründen nach § 40 Nr. 3 AVG verwiesen. Mit dem hier vertretenen Verständnis ergeben sich die Umgehungsgefahren gerade nicht. Der Arbeitgeber hätte mit dem eingeschränkten Anwendungsbereich des § 40 Nr. 3 AVG und mangels anderweitiger Kündigungsmöglichkeiten vielmehr ein Interesse, die Entlassungen nach § 41 AVG zusammengefasst durchzuführen. Eine Beteiligung der Arbeitsverwaltungsbehörde würde also erreicht. Auch die fehlende Festlegung einer Mindestzahl bei der Unternehmensgröße oder einer Entlassungsmaßnahme wäre nachvollziehbar. Ein Anreiz, den Vorgaben des § 41 AVG auszuweichen, würde nicht bestehen. Vielmehr wäre § 41 AVG der in erster Linie einschlägige Grund für die „betriebsbedingte“ Kündigung.

5.3.2. Entlassungssituationen

Nach § 41 Abs. 1 AVG werden vier unterschiedliche Fälle einer Massenentlassungssituation beschrieben. Inhaltlich anzumerken ist, dass sich die häufig verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe (z. B. ernsthafte Schwierigkeiten, Änderungen bei Produkten, wichtige Technologien oder die Anpassung der Betriebsweise, die objektive „wirtschaftliche“ Situation) zwar in der AVG-DV wiederfinden, deren konkrete Handhabung dort aber nicht erläu-

tert wird. Es bleiben viele weite Interpretationsmöglichkeiten bestehen.²⁰⁰

5.3.2.1. Durchführung einer Sanierung gemäß dem Insolvenzgesetz

Bei dem Sanierungsverfahren nach dem Insolvenzrecht gemäß § 41 Abs. 1 Nr. 1 AVG wird ein Bezug zum Insolvenzgesetz der VR China (InsG) genommen.²⁰¹ Gemäß der §§ 2, 70 InsG kann das betroffene Unternehmen selbst, ein Gläubiger oder ein Investor ein Sanierungsverfahren beantragen, wenn eine Überschuldung vorliegt oder eine Zahlungsunfähigkeit droht. Das Ziel ist der Erhalt des Unternehmens.²⁰² Für das betroffene Unternehmen liegt eine wirtschaftliche Notlage vor.²⁰³ Der Sanierungsprozess kann mehrere Monate oder sogar Jahre dauern, so dass dem Arbeitgeber innerhalb dieser Sanierungsfrist die Kündigungen ermöglicht werden.²⁰⁴

Teilweise wird der Kündigungsgrund des § 41 Abs. 1 Nr. 1 AVG (wie auch Nr. 3 und entgegen etwa Nr. 2) als innerbetriebliche Maßnahme bezeichnet.²⁰⁵ Es dürfte jedoch naheliegender sein, sowohl den Anlass der Überschuldung bzw. der drohenden Zahlungsunfähigkeit als auch die Eröffnung des Sanierungsverfahrens als außerbetriebliche Umstände anzusehen. Dass jeweils für die Massenentlassung immer eine (inner-)betriebliche Umsetzungentscheidung erfolgen muss, gilt bei allen vier Fallgruppen des § 41 AVG.²⁰⁶

5.3.2.2. Ernsthafte Schwierigkeiten bei Produktion und Betrieb

Gemäß § 41 Abs. 1 Nr. 2 AVG kann der Kündigungsgrund „ernsthafte Schwierigkeiten bei der Produktion und im Betrieb sein“. Die inhaltliche Ausfüllung vor allem der unbestimmten Begriffe „ernsthafte Schwierigkeiten“ ist umstritten. Zumindest müssen die Schwierigkeiten ernsthaft, also von gewissem Gewicht sein, so dass nicht jeder Umsatzrückgang oder Auftragsverlust ausreicht.²⁰⁷ Vielmehr wird auch hier überwiegend von einer wirtschaftlichen Notlage gesprochen.²⁰⁸

²⁰⁰ Vgl. Wolfgang Däubler/WANG Qian (Fn. 8), S. 354.

²⁰¹ 中华人民共和国企业破产法 v. 27.8.2006. Vgl. Ulrike Glück/Julia Tänzler (Fn. 13), S. 349; WANG Quanxing (Fn. 195), S. 152.

²⁰² Vgl. WANG Quanxing (Fn. 195), S. 152; JIANG Shan/LI Nan (江山/李楠), Steuerung und Vorgehensweise bei einer wirtschaftlichen Massenentlassung im Unternehmen (企业经济性裁员的管理与策略), China Labor (中国劳动), Nr. 9, Hongkong 2008, S. 43.

²⁰³ Vgl. Bernd Waas/WU Yongxin (Fn. 6), S. 255; Andreas Lauffs (Fn. 93), S. 88.

²⁰⁴ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 273.

²⁰⁵ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 265.

²⁰⁶ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 265.

²⁰⁷ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 274.

²⁰⁸ Vgl. Bernd Waas/WU Yongxin (Fn. 6), S. 255; Andreas Lauffs (Fn. 93), S. 88.

Konkret wird vorrangig auf lokale Bestimmungen abgestellt.²⁰⁹ So ist auch in den Entlassungsbestimmungen des Arbeitsministeriums von 1994 in § 2 geregelt, dass erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten dann vorliegen, wenn die Grenzen der jeweiligen Lokalbestimmungen erreicht sind; jede Lokalregierung ist dabei ermächtigt, spezifische Standards vorzugeben. Diese Lokalbestimmungen variieren aber von Region zu Region.

Die „Peking-Bestimmungen“ sehen etwa drei aufeinanderfolgende Jahre ansteigende Verluste vor, ein unzureichendes Vermögen zur Deckung der Schulden, einen Anteil von 80 % der Belegschaft, der die Arbeit eingestellt hat bzw. auf Arbeit wartet sowie die fehlende Möglichkeit des Arbeitgebers, seinen Mitarbeitern einen Mindestlohn in sechs aufeinanderfolgenden Monaten zu zahlen.²¹⁰ Die Regelungen in Tianjin sind nahezu gleich.²¹¹ In der Stadt Qingdao dagegen werden bei erheblichen Verlusten zunächst Maßnahmen angeordnet, nach denen keine neuen Mitarbeiter einzustellen, keine Überstunden zu leisten, Leiharbeiter zu kündigen und Lohnkürzungen vorzunehmen sind. Erst wenn sich dadurch keine Verbesserung zeigt, besteht eine Grundlage für eine Massenentlassung.²¹²

Teilweise werden die Inhalte, wie etwa jene der „Peking-Bestimmungen“ als zu streng, der von Qingdao hingegen als flexibles und empfehlenswertes Beispiel bezeichnet.²¹³ Andererseits wird das System der Lokalregelungen generell hinterfragt, da das Prinzip der Trennung von Regierung und Unternehmen verletzt würde; es sollten vielmehr nur Empfehlungen gegeben werden. Statt der Lokalbehörden sollten die Gerichte die Beurteilung treffen, ab wann die ernsthaften Schwierigkeiten bei der Produktion und im Betrieb vorliegen.²¹⁴

Richtig ist dabei, dass von § 41 Abs. 1 AVG zwar gerade keine Genehmigung der Massenentlassung durch die Lokalbehörden, sondern nur eine Mitteilung gefordert ist.²¹⁵ Diese Mitteilungspflicht betrifft allerdings zum einen die konkrete, unternehmerisch bereits beabsichtigte Massenentlassung, zum anderen ergeben sich aber dort bei der Frage, wie umfassend die Mitteilung die Gründe etwa nach

§ 41 Abs. 1 Nr. 2 AVG anzugeben hat, Probleme.²¹⁶ Es ist schon fraglich, ob nicht (ggf. unterschiedliche) lokale Regelungen zur Ausfüllung des gesetzlichen Grundes eine größere Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit für betroffene Unternehmen liefern, als wenn in der konkreten wirtschaftlichen Drucksituation Diskussionen mit Behörden zur Einreichung und Reichweite von Unterlagen entstehen. Die endgültige Beurteilung im Wesentlichen den Gerichten zu überlassen bedeutet auch, den Unternehmen das Risiko einer nachträglich rechtswidrigen Massenentlassung mit entsprechenden Schadenersatzpflichten aufzubürden. Ein solcher Schadenersatz (d.h. doppelte Abfindung, § 87 AVG) könnte gerade in der wirtschaftlichen Drucksituation und dadurch, dass jeder der von der Massenentlassung betroffenen Arbeitnehmer den Ersatzanspruch hätte, eine erhebliche Gefahr für das Unternehmen darstellen.

Letztlich ist wohl der Gesetzgeber gefragt, insbesondere über eine Durchführungsverordnung tätig zu werden, wobei ebenso Empfehlungen oder Rahmenbedingungen ein vorstellbarer Weg wären.²¹⁷

5.3.2.3. Änderung der Produkte, Einführung neuer Technologien und Anpassung der Betriebsweise

Nicht aktuelle wirtschaftliche Schwierigkeiten oder eine Notlage,²¹⁸ sondern lediglich Veränderungen produktionstechnischer, wichtiger technologischer oder organisatorischer Art sind eine Voraussetzung für den Kündigungsgrund nach § 41 Abs. 1 Nr. 3 AVG.²¹⁹ Allerdings muss die Entlassung trotz Änderung der Arbeitsverträge notwendig sein, da dies ausdrücklich geregelt ist. Auch die Begriffe des § 41 Abs. 1 Nr. 3 AVG bleiben unbestimmt, zumal Erläuterungen in der Literatur zum näheren Verständnis kaum zu finden sind.²²⁰ WANG regt nicht nur die Bildung von Fallgruppen durch die Rechtsprechung an, sondern auch die „Inspiration“ durch das deutsche Verständnis zu § 111 S. 3 Nr. 4 und 5 des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG), der Vorschrift zur Betriebsänderung.²²¹ So interessant diese Anregung sein mag, so bleibt allerdings fraglich, ob die Tatbestände des § 41 Abs. 1 Nr. 3 AVG die Erheblichkeitsschwelle der in § 111 S. 3 Nr. 4 und 5 BetrVG jeweils geforderten „grundlegenden Änderungen“ bzw. „Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden“ erreichen müssen. WANG verweist dazu

²⁰⁹ Vgl. Andreas Lauffs (Fn. 93), S. 193; WANG Quanxing (Fn. 195), S. 152.

²¹⁰ 停工/待工. „Bestimmungen der Stadt Peking zur wirtschaftlichen Massenentlassung im Unternehmen“ (北京市企业经济性裁减人员规定) v. 22.03.1995 No. 56 und Zusatz-Mitteilung zu den Bestimmungen vom 13.06.1995 No. 174. Vgl. Andreas Lauffs (Fn. 93), S. 194; ZHAO Qian (Fn. 64), S. 125; WANG Qian (Fn. 3), S. 273.

²¹¹ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 273 in Fn. 944.

²¹² „Methoden der Stadt Qingdao zur wirtschaftlichen Massenentlassung“ (青岛市企业经济性裁减人员管理规定) v. 15.10.2000. Vgl. ZHAO Qian (Fn. 64), S. 125.

²¹³ Vgl. ZHAO Qian (Fn. 64), S. 126.

²¹⁴ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 274.

²¹⁵ Vgl. § 4 Entlassungsbestimmungen. Bestätigt wurde dies durch die Mitteilung des Staatsrates von 2009.

²¹⁶ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), 285 f.

²¹⁷ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 274.

²¹⁸ Vgl. Insofern übereinstimmend Bernd Waas/WU Yongxin (Fn. 6), S. 255; Andreas Lauffs (Fn. 93), S. 88; WANG Qian (Fn. 3), S. 275.

²¹⁹ Vgl. Bernd Waas/WU Yongxin (Fn. 6), S. 255.

²²⁰ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 275.

²²¹ V. 25.9.2001, in: Arbeitsgesetze, Aufl. 81, München 2012. Vgl. WANG Qian (Fn. 3), 275 f, wohin für Einzelheiten verwiesen wird; ebenso bereits Wolfgang Däubler/WANG Qian (Fn. 7), 85 ff.

auf die Regelung zur Einführung neuer, „wichtiger“ Technologien, was zwar ausdrücklich nur dort betont ist, aber im Vergleich zu den wirtschaftlichen Notsituationen des § 41 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AVG den Schluss zulasse, dass sämtliche Maßnahmen des § 41 Abs. 1 Nr. 3 AVG „grundlegend sein müssen“.²²²

Dies erscheint jedoch zweifelhaft. Der Wortlaut des § 41 Abs. 1 Nr. 1 AVG sieht ein generelles Kriterium der „Wichtigkeit“ oder „Grundlegendheit“ gerade nicht vor. Vielmehr ist das Kriterium nur in einem Fall betont, nicht aber in den anderen zwei Fällen, so dass man nicht von einem Versehen des Gesetzgebers oder einer Lücke ausgehen kann. Schließlich ist WANG wie auch andere Autoren der allgemeinen Auffassung, dass § 41 Abs. 1 Nr. 3 AVG im Unterschied zu Nr. 1 und 2 gerade keine wirtschaftliche Notlage erfordere, so dass ihre Argumentation dahingehend nicht stringent erscheint.

Die Betonung sollte vielmehr auf dem besonderen Zusatz in § 41 Abs. 1 Nr. 3 AVG liegen, nach dem die Entlassung trotz Änderung der Arbeitsverträge notwendig bleibt. Dieser Zusatz unterscheidet die Nr. 3 von allen anderen Regelungen der Nr. 1, 2 und 4, die jeweils an wirtschaftliche Notwendigkeiten anknüpfen. Bemerkenswert ist auch der Unterschied zu § 40 Nr. 3 AVG, der lediglich Verhandlungen über Änderungen des Arbeitsvertrages vorsieht. Die Formulierung in § 41 Abs. 1 Nr. 3 AVG ist sehr viel strikter und lässt den Schluss zu, dass der Arbeitgeber alle denkbaren (zweckmäßigen) Möglichkeiten auch zu einer veränderten Beschäftigung anbieten muss, so dass erst anschließend die Entlassung als notwendig, also zwingend, betrachtet werden kann.²²³

Bei der Änderung von Produkten, der Einführung neuer Technologien oder der Anpassung der Betriebsweise handelt sich außerdem im Gegensatz zu den anderen Fällen des § 41 Abs. 1 AVG um innerbetriebliche Maßnahmen.²²⁴ Der Arbeitgeber reagiert weniger auf äußere Umstände, sondern kann mit der Maßnahme zugleich die Kündigung beschließen. Die innerbetriebliche Maßnahme und die Kündigungsentscheidung sind damit identisch.²²⁵

Gerade in den Fällen einer möglichen einheitlichen unternehmerischen Entscheidung (d.h. die unternehmerische Entscheidung kann im Prinzip der Kündigungsentschluss sein), die im deutschen

Recht und nach ständiger Rechtsprechung des BAG nicht auf die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit geprüft wird, stößt das Konzept einer freien Unternehmerentscheidung an seine Grenzen.²²⁶ Solche Fälle sind selbst in Deutschland mit einem seit langem durch die Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur ausgestaltetem Kündigungsschutz problematisch. Das BAG muss sich dafür mit auf einmal gesteigerten Anforderungen an die Darstellung des Arbeitgebers zur ansonsten freien Unternehmerentscheidung behelfen, um eine „Missbrauchskontrolle“ gewährleisten zu können.²²⁷

Die chinesischen Gerichte hingegen haben ausweislich des klaren Wortlauts von § 41 Abs. 1 Nr. 3 AVG unmittelbar die Möglichkeit, die Notwendigkeit (und damit auch die Zweckmäßigkeit) der Entlassung bei diesen innerbetrieblichen Maßnahmen nachzuprüfen.

5.3.2.4. Änderung der objektiven wirtschaftlichen Situation

Die Entlassungsbefugnis nach § 41 Abs. 1 Nr. 4 AVG wird teilweise nicht direkt als betriebsbedingter Grund, sondern vielmehr als Störung der Geschäfts- bzw. Vertragsgrundlage bezeichnet.²²⁸ Dass die dahingehende Bezeichnung allerdings nicht ausschlaggebend ist, wurde bereits erörtert.

Im Unterschied zu § 40 Nr. 3 AVG muss sich auch nicht lediglich die rein objektive, sondern die „objektive wirtschaftliche Situation“ erheblich geändert haben.²²⁹ Die Hinzufügung des Kriteriums „wirtschaftlich“ wird von Lauffs als unklar im Hinblick auf den Anlass und die Bedeutung dieses Kriteriums bezeichnet.²³⁰ Zutreffend stellt er allerdings fest, dass mit der erheblich veränderten, objektiv wirtschaftlichen Situation der Anwendungsbereich für Massenentlassungen gegenüber den Regelungen des AG erweitert wurde. Nicht folgen kann man ihm hingegen bei der Vermutung, der § 41 Abs. 1 Nr. 4 AVG decke alle Situationen des § 40 Nr. 3 AVG gleichermaßen ab.²³¹

Ein solches Verständnis wäre nicht mit dem zusätzlichen Kriterium „wirtschaftlich“ vereinbar. Eine objektiv geänderte Situation muss nicht eine auch wirtschaftliche Änderung bedeuten. Lediglich der Umkehrschluss, dass alle Fälle des § 41 Abs. 1 Nr. 4 AVG auch solche des § 40 Nr. 3 AVG erfassen

²²² WANG Qian (Fn. 3), 276 f.

²²³ WANG Quanxing (Fn. 195), S. 153 vertritt hingegen, dass lediglich vorher Verhandlungen über einen Arbeitsplatzwechsel geführt werden müssen, aber eine Änderung ausscheidet, wenn der Mitarbeiter nicht passend ist für den neuen Arbeitsplatz, sich keine Vorteile für ihn daraus ergeben oder kein Wechsel möglich ist.

²²⁴ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 265.

²²⁵ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 265, die beispielhaft für das deutsche Recht die Streichung einer Hierarchieebene und die Schließung von Betriebsteilen anführt.

²²⁶ Rechtsvergleichend und ausführlich zur deutschen Rechtslage WANG Qian (Fn. 3), S. 71 ff/266 ff.

²²⁷ BAG 24.5.2012 – 2 AZR 124/11; 10.10.2002 – 2 AZR 598/01, jeweils zur Streichung einer Hierarchieebene.

²²⁸ Vgl. BU Yuanshi (Fn. 9), S. 143; BU Yuanshi (Fn. 62), S. 233/267 in Fn. 86.

²²⁹ 客观经济情况. Vgl. WANG Quanxing (Fn. 195), S. 153.

²³⁰ Vgl. Andreas Lauffs (Fn. 93), S. 88.

²³¹ Vgl. Andreas Lauffs (Fn. 93), S. 88.

können (es würde dann nur auf das zusätzliche Kriterium verzichtet), wäre richtig. Zur Abgrenzung der beiden Tatbestände erscheint daher die *Lex specialis*-Regel passend. Der § 41 Abs. 1 Nr. 4 AVG regelt einen Ausschnitt des § 40 Nr. 3 AVG, so dass die Fälle der wirtschaftlichen Veränderungen ausschließlich nach § 41 Abs. 1 Nr. 4 AVG zu behandeln sind. Damit erhält das ausdrücklich im Wortlaut aufgenommene Kriterium „wirtschaftlich“ eine eigenständige Bedeutung. Im Gegensatz zu § 40 Nr. 3 AVG muss bei § 41 Abs. 1 Nr. 4 AVG auch nicht zuvor über eine Änderung des Arbeitsvertrages verhandelt werden.²³²

Der § 41 Abs. 1 Nr. 4 AVG kann als Auffangklausel des § 41 Abs. 1 AVG verstanden werden,²³³ wobei der Unterschied gegenüber der vorausgehenden Vorschrift des § 41 Abs. 1 Nr. 3 AVG nicht vernachlässigt werden sollte. Wie bereits gezeigt, sind für § 41 Abs. 1 Nr. 3 AVG die subjektiven unternehmerischen Erwägungen, die sich an der fehlenden Möglichkeit der arbeitsvertraglichen Änderungen messen lassen müssen, ausschlaggebend. Bei § 41 Abs. 1 Nr. 4 AVG kommt es stattdessen gerade auf die „objektiven“ Veränderungen an. Wegen der fehlenden objektiven Veränderungen besteht auch keine Gefahr einer vornehmlich auf Gewinnmaximierung ausgelegten, „Shareholder-Value-Kündigung“.²³⁴

Zwar ist denkbar, aber nicht zwingend, dass auch in der Qualität nach § 41 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AVG, eine erheblich veränderte wirtschaftliche Situation eine wirtschaftliche Notlage bedeutet. Ein solches Erfordernis lässt sich aus § 41 Abs. 1 Nr. 4 AVG allerdings nicht unmittelbar ableiten.²³⁵

Schließlich wurde zu Unternehmenstransaktionen bereits aufgezeigt, dass das AVG neue Regelungen zum Schutz und Fortbestand der Arbeitsverhältnisse (§§ 33, 34 AVG) eingeführt hat. Eine Fusion selbst kann damit keinen Kündigungsgrund nach § 41 Abs. 1 Nr. 4 AVG darstellen.²³⁶ Selbst wenn diese häufig auch mit dem Ziel der „Straffung von Belegschaften“²³⁷ und des „cost-cuttings“²³⁸ erfolgt, bleiben die Arbeitsverhältnisse unberührt. Eine erst anschließende Restrukturierung dürfte allerdings eine Massenentlassung nicht unbedingt ausschließen.²³⁹ Sie wäre aber als maßgeblich subjektiv mo-

tivierte Unternehmerentscheidung an den Erfordernissen des § 41 Abs. 1 Nr. 3 AVG zu messen.

5.3.3. Sozialauswahl

In § 41 AVG sieht Abs. 2 für die Massenentlassung erstmals eine Sozialauswahl vor. Vorrangig zu Beschäftigte werden von den betroffenen Mitarbeitern nach drei Kriterien unterschieden, womit vor allem die soziale Verantwortung des Arbeitgebers betont werden soll. Zuvor war der Arbeitgeber lediglich verpflichtet, die Verbote des besonderen Kündigungsschutzes in § 29 AG einzuhalten. Im Vergleich dazu sind für die Sozialauswahl in Deutschland nach § 1 Abs. 3 KSchG die Berücksichtigung des Lebensalters, der Betriebszugehörigkeit, der Unterhaltspflichten und einer möglichen Schwerbehinderung vorgeschrieben.

Die Kriterien des § 41 Abs. 2 AVG sind begrenzt und beziehen sich auf lange befristete Arbeitsverträge, unbefristete Arbeitsverträge und Alleinverdiener, die besondere Unterhaltspflichten gegenüber Älteren und Kindern haben. Zunächst gab es viele Auseinandersetzungen, welche Sozialkriterien das AVG beinhalten sollte. Im 1. AVG-Entwurf vom 20.3.2006 lag die Betonung auf einer langen Betriebszugehörigkeit und auf lange befristete bzw. unbefristete Arbeitsverträge; es wurde keine Rücksicht auf Alleinverdiener genommen. Dieses Kriterium wurde erst in dem 2. AVG-Entwurf vom 26.12.2006 integriert.²⁴⁰

Ungeklärt bleibt aber insbesondere, welcher Personenkreis in die Auswahl mit einbezogen wird und in welchem Verhältnis die Sozialkriterien zueinander stehen.²⁴¹ Arbeitnehmer mit besonderem Kündigungsschutz sind gemäß § 42 AVG jedenfalls nicht in die Sozialauswahl aufzunehmen. Da weder der Gesetzeswortlaut noch die Rechtsprechung oder Literatur Aufschlüsse darüber geben, wie die Sozialauswahl genau zu handhaben ist, schlägt WANG vor, sich am deutschen Recht zu orientieren.²⁴² Ein solcher wohl sinnvoller Verweis kann allerdings nicht besondere Fragen der Auseinandersetzung vor dem spezifischen Hintergrund des AVG erübrigen.

Der Auswahlkreis dürfte sich nicht, wie nach deutschem Recht, lediglich in den Grenzen eines Betriebes bewegen. Im AVG wird nicht zwischen einem Betrieb bzw. dem Arbeitgeber als Unterneh-

²³² Vgl. WANG Quanxing (Fn. 195), S. 153.

²³³ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 277.

²³⁴ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 277 f, die diese Befürchtung äußert.

²³⁵ Vgl. Andreas Lauffs (Fn. 93), S. 88; anders Bernd Waas/WU Yongxin (Fn. 6), S. 255.

²³⁶ Vgl. hingegen BU Yuanshi (Fn. 62), S. 233, die allerdings nur vorsichtig äußert, eine Fusion könnte dazugehören; anders wohl auch noch ZHAO Qian (Fn. 64), S. 125.

²³⁷ BU Yuanshi (Fn. 62), S. 233.

²³⁸ Andreas Lauffs (Fn. 93), S. 87.

²³⁹ Vgl. Andreas Lauffs (Fn. 93), S. 88.

²⁴⁰ Vgl. WANG Quanxing (Fn. 195), 353 f.

²⁴¹ Vgl. DENG Feng (邓峰), Überlegungen über das System der wirtschaftlichen Massenentlassung (经济性裁员的制度反思), in: Legal System And Society (法制与社会), Kunming 9/2010, S. 105.

²⁴² Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 287 ff., wohin für die eingehende Darstellung mit Angaben zu Kommentierung und Rechtsprechung verwiesen wird.

men unterschieden.²⁴³ Hingegen spricht § 1 KSchG von einem „betrieblichen Erfordernis“, das die „Weiterbeschäftigung in dem Betrieb“ verhindert. Ausschlaggebend für § 41 Abs. 2 AVG ist also die „arbeitgebende“ Einheit und die Frage, welche anderen Mitarbeiter, deren Arbeitsplätze unmittelbar entfallen, sowohl nach dem Arbeitsvertrag als auch den tatsächlichen Kenntnissen und Fähigkeiten ersetzt werden können.

Hinsichtlich der Kriterien zur Dauer des Arbeitsvertrages ist fraglich, welchem Interesse dieses Kriterium dient. Zu denken ist etwa daran, dass der Arbeitgeber vornehmlich mit Leistungsträgern lange befristete bzw. unbefristete Verträge abschließen wird.²⁴⁴ Der Tatbestand, dass länger befristete gegenüber den kürzer befristeten Mitarbeitern bevorzugt werden, berücksichtigt aber auch, dass das Vertrauen des jeweiligen Arbeitnehmers in den ursprünglich abgeschlossenen Arbeitsvertrag und dessen Dauer berücksichtigt wird. Der maßgebliche Gedanke ist also weniger, wie lange jemand schon beschäftigt ist, sondern vielmehr, was ihm noch für eine zukünftige Beschäftigungszeit in Aussicht gestellt wurde. Dazu passt, dass es – wenn auch zunächst verwunderlich – nach dem Kriterium des § 41 Abs. 2 Nr. 2 AVG bei einem unbefristeten Vertrag überhaupt nicht auf die bereits erworbene Beschäftigungszeit ankommt.

Dem Gesetzgeber ging es im Hinblick auf die Befristungen offenbar mehr um den Schutz und die Sicherheit für die Zukunft, auf die der Arbeitnehmer sich bereits einstellen konnte bzw. durfte. Bei den unbefristeten Arbeitsverträgen taucht das Motiv auf, eine Entwicklung von Befristungen in Richtung solcher Verträge zu fördern (der Arbeitgeber kann natürlich damit auch „Leistungsträger“ belohnen) und diese dann in ihrem Bestand besonders zu schützen. Im Übrigen würde damit eine These, dass die Sozialauswahl eine bisherige Beschäftigungszeit belohne, wie ausdrücklich im ersten AVG-Entwurf noch vorgesehen,²⁴⁵ schwierig erscheinen.²⁴⁶

WANG regt in ihrer Auseinandersetzung mit § 41 Abs. 2 Nr. 3 AVG an, dass eine „Differenzierung nach dem Einkommen des berufstätigen Ehegatten notwendig sein könnte“.²⁴⁷ Auch bei berufstätigen Ehegatten könne gegenüber Alleinverdienern ein nur niedriges Gesamteinkommen verfügbar sein. Auf eine solche Betrachtung kommt es allerdings auch nach § 1 Abs. 3 KSchG nicht an. In Deutschland würde ein verheirateter Arbeitnehmer mit berufs-

tätiger Ehefrau sogar doppelt, nämlich mit Sozialpunkten für die Unterhaltungspflicht gegenüber seiner Frau und dem erhöhten Familieneinkommen bevorzugt. Die Ermittlung einer etwaigen konkreten Schutzbedürftigkeit, wie von WANG eingewendet, würde wahrscheinlich den Arbeitgeber überfordern und eine Sozialauswahl unkalkulierbar machen. Jedenfalls ist eine Betrachtung der typischen Situationen, hier also dass Alleinverdiener häufig stärker sozial durch einen Arbeitsplatzverlust getroffen werden, sowohl nachvollziehbar als auch gesetzgeberisch erforderlich.

Schließlich bemängelt WANG, dass das Alter des Arbeitnehmers kaum berücksichtigt werde, wobei die älteren Arbeitnehmer besonders schutzbedürftig seien.²⁴⁸ Allerdings darf nicht vergessen werden, dass es in China für ältere Arbeitnehmer mit längerer Betriebszugehörigkeit die Regelung des besonderen Kündigungsschutzes, also die Unkündbarkeit aus betriebsbedingten Gründen, gibt. Wie dahingehend bereits ausgeführt wurde, kommt ein im Vergleich zu Deutschland nennenswert niedrigeres Rentenalter hinzu. Für Deutschland hingegen könnte eingewendet werden, dass ältere Arbeitnehmer über die vorgegebenen Kriterien der Betriebszugehörigkeit und des Lebensalters doppelt privilegiert sind, da eine längere Betriebszugehörigkeit und ein höheres Alter häufig zusammenfallen.

Zuzustimmen ist WANG dahin, dass Menschen mit einer Behinderung bei der Sozialauswahl ungenügend geschützt werden. Die Tatsache, dass sie weder durch § 42 AVG noch durch § 41 Abs. 2 AVG erfasst sind, verstößt gegen das Diskriminierungsverbot des AFG sowie gegen das Gesetz zum Schutz von Menschen mit Behinderung.²⁴⁹ Letztlich mögen die Punkte, die im Bereich der Sozialauswahl als verbesserungswürdig angesehen werden, größtenteils berechtigt sein. Ob es in einem solchen Bereich allerdings ein absolut gerechtes System geben kann, ist fraglich. Bereits die Vergleiche mit den Fällen des § 1 Abs. 3 KSchG verdeutlichen dies. Als Auswahlhilfe könnten vielleicht Punktetabellen dienen. Die Sozialauswahl lässt sich aber wohl nur selten durch mathematische Genauigkeit, sondern mehr durch Wertungen und eine soziale Verantwortung treffen.²⁵⁰

5.4. Betriebsbedingte Gründe in Betriebsordnungen

Es wird teilweise angedeutet, dass der Arbeitgeber darüber nachdenken könne, Gründe für eine betriebsbedingte Kündigung in einer Betriebsordnung

²⁴³ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 288.

²⁴⁴ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 290.

²⁴⁵ Vgl. WANG Quanxing (Fn. 195), S. 353 f.

²⁴⁶ Vgl. Wolfgang Däubler/WANG Qian (Fn. 7), S. 87, die dies ebenfalls ablehnen; WANG Qian (Fn. 3), S. 291, spricht hingegen von zumindest mittelbarer Berücksichtigung.

²⁴⁷ WANG Qian (Fn. 3), S. 291.

²⁴⁸ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 291.

²⁴⁹ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 291.

²⁵⁰ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), 292 f.

festzulegen.²⁵¹ Die Betriebsordnung ist in § 4 AVG geregelt. Deren Inhalt muss den rechtlichen Anforderungen genügen (§ 4 S. 1 AVG), insbesondere also mit dem AVG rechtskonform sein.

In der Betriebsordnung hat der Arbeitgeber betriebliche Einzelvorschriften niederzulegen, die auf die Interessen des Arbeitnehmers unmittelbar Auswirkung haben können. Die Betriebsordnung kann detaillierte Vorschriften über die Arbeitsbedingungen und die Arbeitsdisziplin sowie umfangreiche Strafkataloge umfassen.²⁵² Der Entwurf oder eine beabsichtigte Änderung der Betriebsordnung muss der Arbeitnehmervertretung oder der ganzen Belegschaft zur Erörterung vorgelegt werden, wenn ihre Interessen grundlegend betroffen sind. Gewerkschaften wird zwar ein Partizipationsrecht zugebilligt und auch Verhandlungen sollen auf der Basis der Gleichberechtigung geführt werden (§ 4 Abs. 2 S. 2 AVG). Jedoch wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass dieses Recht in der Praxis ausgehöhlt werden kann. Beispielsweise werden bestimmte unternehmensinterne Informationen und Entscheidungen den Gewerkschaften oftmals vorenthalten.²⁵³ Nachdem die Regelungen festgeschrieben sind, muss jeder Arbeitnehmer darüber in Kenntnis gesetzt werden, damit er sich seiner Rechte und Pflichten bewusst sind.

Insbesondere seit dem Befristungen nur noch eingeschränkt zulässig und mit Abfindungspflicht versehen sind, gewinnt die Betriebsordnung an Bedeutung. Dem Arbeitgeber bietet sich durch detaillierte Festlegungen die Möglichkeit, fristlos und ohne Abfindung nach § 39 Nr. 2 AVG kündigen zu können, wenn der Arbeitnehmer seine Pflichten schwerwiegend verletzt.²⁵⁴ Teilweise wird angenommen, der Arbeitgeber könne in der Betriebsordnung auch Festlegungen treffen, so etwa zu der Frage, ab wann eine „Änderung der objektiven Umstände“ gemäß § 40 Nr. 3 AVG vorliege, die dann bindend sei, wenn die Betriebsordnung mit der ordnungsgemäßen Beteiligung von Belegschaft und Gewerkschaft zustande gekommen sei.²⁵⁵ Eine solche Möglichkeit des Arbeitgebers zur Festlegung von Kriterien, ab wann die Anforderungen von § 40 Nr. 3 AVG erfüllt sind, ist allerdings abzulehnen. Unabhängig davon, welche Gründe von § 40 Nr. 3 AVG im Einzelnen erfasst werden, spricht bereits grundsätzlich dagegen, dass der Arbeitgeber sich selbst an Stelle von Gesetz und Rechtsprechung zur rechtsetzenden Instanz erhebt, wenn er die verbindliche Ausfüllung

des unbestimmten Begriffs „Änderung der objektiven Umstände“ übernehmen könnte. Gerade in Bezug auf die Kündigungsgründe geht es natürlich darum, die Beendigungsmöglichkeiten des Arbeitgebers ausschließlich an diese Kündigungsgründe zu koppeln; nur damit wird dem Schutz der Arbeitnehmer gemäß § 1 AVG Rechnung getragen. Eine Erweiterung dieser Gründe steht dem Arbeitgeber nicht zu. Gleichmaßen kann der Arbeitgeber auch nicht das Merkmal „schwerwiegend“ für § 39 Nr. 2 AVG durch Betriebsordnung ausfüllen.²⁵⁶ Unumstritten ist dabei, dass gesetzeswidrige Betriebsordnungen unwirksam sind und der Arbeitgeber sich gegenüber dem betroffenen Arbeitnehmer schadenersatzpflichtig macht (§ 80 AVG), was insofern auch *Waas/WU* selbst betonen.²⁵⁷

5.5. Verfahrensrechtliche Voraussetzungen

Hinsichtlich der Kündigungsvorschriften nach § 40 Nr. 3 AVG und § 41 AVG sind besondere formelle Voraussetzungen vorgeschrieben. In beiden Situationen spielt die Beteiligung der Gewerkschaft eine wesentliche Rolle.

5.5.1 Allgemeine Rolle der Gewerkschaften

In der VR China existiert keine echte Vertretung von Arbeitnehmerinteressen. Ein Grund dafür ist, dass Gewerkschaften eine Doppelfunktion übernehmen. Sie stehen nicht nur für Arbeitnehmer ein, sondern arbeiten auch mit der Unternehmensführung und den Behörden zusammen. Darüber hinaus agieren Gewerkschaften²⁵⁸ nicht unabhängig, zumal ein faktisches Verbot der Bildung unabhängiger Gewerkschaften besteht.²⁵⁹ Sie unterstehen der Organisation des „All-Chinesischen Gewerkschaftsbundes“ (ACGB); jede Neugründung muss von der entsprechenden übergeordneten Ebene genehmigt werden (§ 11 Abs. 1 „Gewerkschaftsgesetz der VR China“ (GWG)).²⁶⁰ Der ACGB ist wiederum eine Organisation, die der Führung der KPCh untergeordnet ist.²⁶¹ Folglich helfen Gewerkschaften der Partei zur Ver-

²⁵⁶ *Lauffs* berichtet von einer unwirksamen Kündigung wegen des Besuchs von Internet-Chats während der Arbeitszeit. Es lag zwar ein Verstoß gegen die Betriebsordnung vor, dieser wurde aber entgegen dem Arbeitgeber gerichtlich nicht als schwerwiegend betrachtet. Vgl. *Andreas Lauffs* (Fn. 93), S. 186.

²⁵⁷ Vgl. *Bernd Waas/WU Yongxin* (Fn. 6), S. 257.

²⁵⁸ Der Begriff Gewerkschaft (工会) ist etwas verwirrend und kann nicht mit den Gewerkschaften in Deutschland verglichen werden. Gewerkschaft ist eine allgemeine Bezeichnung für die Unternehmensgewerkschaften auf der Basisebene sowie für die überbetrieblichen Gewerkschaften auf Kreisebene und nationaler Ebene. Die Unternehmensgewerkschaften entsprechen am ehesten den Betriebsräten in Deutschland. Vgl. *Ulrike Glück/Julia Tänzler* (Fn. 13), S. 348; *LI Guang/Roman Frik* (Fn. 4), S. 90; *Andreas Lauffs* (Fn. 93), S. 291.

²⁵⁹ Vgl. *Björn Ahl*, Die Rolle der Gewerkschaften in der VR China nach der Reform des Gewerkschaftsgesetzes, in: *ZChinR* 2001, Nr. 4, S. 176 f.

²⁶⁰ *Zhonghua Renmin Gongheguo gonghui fa v. 27.10.2001*, chinesische Fassung <http://www.gov.cn/banshi/2005-08/05/content_20697_3.htm> eingesehen am 6.12.2012.

²⁶¹ Vgl. *Björn Ahl* (Fn. 259), S. 173; *Andreas Lauffs* (Fn. 93), S. 47.

²⁵¹ Vgl. *Bernd Waas/WU Yongxin* (Fn. 6), S. 252.

²⁵² Vgl. *BU Yuanshi* (Fn. 62), S. 261.

²⁵³ Vgl. *CHENG Yanyuan/Barbara Darimont* (Fn. 60), S. 177.

²⁵⁴ Vgl. *Ronald C. Brown* (Fn. 98), S. 155, mit dem Beispiel, dass ein Mitarbeiter außerordentlich gekündigt wurde, weil nachgewiesen werden konnte, dass er innerhalb von zwei Wochen 20 Stunden Privatgespräche führte, obwohl in den Betriebsregeln max. eine Stunde pro Woche festgelegt wurde.

²⁵⁵ Vgl. *Bernd Waas/WU Yongxin* (Fn. 6), S. 252.

wirklichung ihrer politischen Ziele. Die Partei hat durch dieses Medium die Möglichkeit, auf Betriebsebene Einfluss zu nehmen. Verstärkt wurden die Interventionsmöglichkeiten der KPCh in Privatunternehmen durch § 10 GWG, der verankert, dass Unternehmen mit mehr als 25 Mitarbeitern verpflichtet sind, eine Gewerkschaft zu gründen. Weiterhin richtete das Zentralkomitee der KPCh im Mai 2012 eine Mitteilung an die Parteikomitees der unteren Ebenen und die Lokalregierungen, dass die Parteiarbeit in Privatunternehmen verstärkt werden solle. Unternehmen mit mehr als drei Parteimitgliedern sollen nach Möglichkeit ein Parteikomitee bilden; beim Bestehen einer Unternehmensgewerkschaft solle der Parteisekretär des Unternehmens ermutigt werden, den Vorsitz der Gewerkschaft zu übernehmen.²⁶² Dies zeichnet einen Trend entgegen der Ziele von unabhängigen Gewerkschaften und einem freien Arbeitsmarkt.

Der ACGB steht seit der Transformation von der Plan- zur Marktwirtschaft unter einem hohen Anpassungsdruck und befindet sich in einem Interessenskonflikt. Laut §§ 2 und 6 Abs. 1 S. 1 GWG sollen Gewerkschaften einerseits die Arbeitnehmerinteressen vertreten, andererseits laut § 6 Abs. 1 S. 2 GWG aber auch die Interessen des Volkes wahren und den wirtschaftlichen Aufbau vorantreiben. Während der Zeit der straffen Planwirtschaft bestand eine Interesseneinheit zwischen dem Arbeitnehmer, der Unternehmensführung und dem Staat. Gewerkschaften übernahmen hauptsächlich die Funktion der politisch-ideologischen Erziehung der Werktätigen sowie technisch-fachliche und soziale Aufgaben.²⁶³ Nach heutiger Rechtslage sollen sie die Rechte und Interessen der Arbeitnehmer vertreten, deren Rechte durchsetzen, gegenüber dem Arbeitgeber Rechtsverletzungen rügen und dahingehend Abhilfe verlangen; außerdem vertreten sie die Arbeitnehmer bei Verhandlungen mit den Arbeitgebern zu Kollektivverträgen, beaufsichtigen deren Durchführung und nehmen an Mediationen sowie Schlichtungen von Arbeitsstreitigkeiten teil. Den Gewerkschaften ist es aber nicht erlaubt, Streiks aktiv zu unterstützen, sondern sie sollen stattdessen eine eher passive Rolle einnehmen und mitwirken, um Frieden und Ordnung im Unternehmen herzustellen. Sie sind insgesamt erheblich weniger an Auseinandersetzungen interessiert und beteiligt als in Europa.²⁶⁴

5.5.2. Verfahrensrechtliche Voraussetzungen für § 40 AVG

Zu den Neuerungen des AVG gehört zudem, dass der Arbeitgeber nach § 43 AVG (ebenfalls ge-

regelt in § 21 Abs. 2 GWG) verpflichtet ist, vor jeder Kündigung des Arbeitsvertrags die Gewerkschaft zu informieren. Im AG hingegen war dies nur im Fall einer Massenentlassung vorgesehen. Verfügt das Unternehmen über keine eigene Gewerkschaftsorganisation, sollte die Gewerkschaftsorganisation der nächst höheren Ebene unterrichtet werden.²⁶⁵ Die Gewerkschaft kann eine Korrektur der Kündigungsentscheidung verlangen, wobei anschließend ihre Stellungnahme vom Arbeitgeber überprüft werden muss. Sie verfügt allerdings über kein Vetorecht, so dass ihre Zustimmung für die Wirksamkeit der Kündigung nicht erforderlich ist.²⁶⁶ Auf der anderen Seite kommt es auch nicht darauf an, ob ihre Einwände berechtigt sind.²⁶⁷ Der § 43 AVG verlangt nur, dass der Arbeitgeber in schriftlicher Form die Entscheidung im Hinblick auf die Einwände der Gewerkschaft mitteilt.

Problematisch ist, dass keine Vorgaben existieren, wie genau die Kündigungsabsicht der Gewerkschaft mitgeteilt werden muss oder innerhalb welcher Fristen die Information und Rückmeldung der Gewerkschaft zu erfolgen haben.²⁶⁸ Die dahingehenden Details sind bislang ungeklärt, so dass WANG eine Orientierung an § 102 BetrVG und den dazu bestehenden Grundsätzen vorschlägt.²⁶⁹ Gewisse Anforderungen sollten sich bereits aus der Funktion der Gewerkschaftsbeteiligung ergeben.

Die Gewerkschaft soll gesetzgeberisch in die Lage versetzt werden, eine Überprüfung auf Übereinstimmung der Kündigung mit Gesetzen, Verwaltungsvorschriften und vertraglichen Vereinbarungen vorzunehmen (§ 43 S. 2 AVG). Die vorherige Information durch den Arbeitgeber muss daher für diese Prüfung rechtzeitig erfolgen, so dass die Regelung des § 102 BetrVG mit grundsätzlich einer Woche Frist nach arbeitgeberseitiger Information passend scheint. Der Arbeitgeber muss außerdem noch im eigenen Interesse die Zeit für seine schriftliche Entscheidung zu dem etwaigen Korrekturverlangen gegenüber der Gewerkschaft einkalkulieren. Für die Inhalte, die der Gewerkschaft mitgeteilt werden müssen, kommt es maßgeblich darauf an, welche Situation der Kündigung zugrunde liegt und auf welche Vorschrift der Arbeitgeber diese stützen möch-

²⁶⁵ Vgl. *Andreas Lauffs* (Fn. 93), S. 196; *Ulrike Glück/Julia Tänzler* (Fn. 13), S. 348. Im Fall Nr. 35 der Fallsammlung von DONG/DONG wurde bei einer Kündigung durch den Arbeitgeber nicht die Gewerkschaft informiert, weil das Unternehmen auf Unternehmensebene keine Gewerkschaft errichtet hatte. Das Gericht entschied, dass die Kündigung unwirksam sei und das Unternehmen die Arbeitnehmervertreter oder die Gewerkschaft auf Lokalebene hätte unterrichten müssen. *DONG Baohua* kritisiert, dass es nicht vertretbar sei, die Gewerkschaft der nächst höheren Ebene zu informieren, da diese mit der Situation nicht vertraut sei. Vgl. *DONG Baohua/DONG Runqing* (Fn.192), 575 ff.

²⁶⁶ Vgl. *Andreas Lauffs* (Fn. 93), S. 196; *BU Yuanshi* (Fn. 9), S. 144.

²⁶⁷ Vgl. *WANG Qian* (Fn. 3), S. 251.

²⁶⁸ Vgl. *BU Yuanshi* (Fn. 48), S. 295.

²⁶⁹ Vgl. *WANG Qian* (Fn. 3), S. 315 f.

²⁶² Vgl. *China Employment Law Update* June 2012.

²⁶³ Vgl. *Andreas Lauffs* (Fn. 24), S. 49 ff.

²⁶⁴ Vgl. *Andreas Lauffs* (Fn. 93), S. 291.

te. Eine Kündigung etwa nach § 39 Nr. 1 AVG ist mit Informationen über den möglichen Einstellungstest und das Testergebnis zu versehen und eine Kündigung nach § 39 Nr. 2 AVG mit der Betriebsordnung. Diese Grundlagen sind vom Arbeitgeber zu schildern. Eine recht umfangreiche Darstellung dürfte der Arbeitgeber der Gewerkschaft vor allem bei den Kündigungsgründen nach § 39 AVG und § 40 Nr. 1 und 2 AVG zu liefern haben. Der Arbeitsvertrag gehört stets zu den notwendigen Informationen (Überprüfung vertraglicher Vereinbarungen), wie etwa Angaben zu den persönlichen Verhältnissen (Überprüfung z. B. eines besonderen Kündigungsschutzes nach § 42 AVG). Formvorschriften existieren dagegen nicht, wobei aus Beweisgründen eine schriftliche Darstellung gewählt werden sollte.

5.5.3. Verfahrensrechtliche Voraussetzungen für § 41 AVG

Aus § 41 Abs. 2 AVG ergibt sich wie bereits aus § 27 AG, dass bei Massenentlassungen besondere verfahrensrechtliche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, die in § 4 Entlassungsbestimmungen und Nr. 25 der „Stellungnahme des Arbeitsministeriums zu einigen Fragen der Durchführung des Arbeitsgesetzes der VR China“ (Stellungnahme 1995)²⁷⁰ konkretisiert wurden. Massenentlassungen unterliegen strengeren Bedingungen, da sie eine größere Anzahl von Arbeitnehmern betreffen, die es zu schützen gilt.

5.5.3.1. Beteiligung der Gewerkschaft

Das Unternehmen hat die Pflicht, die Gewerkschaft bzw. die ganze Belegschaft über die Entlassungsmaßnahme 30 Tage vorher in Kenntnis zu setzen und ihr einen Entlassungsplan sowie Informationen über den Produktions- und Betriebszustand vorzulegen. Der Entlassungsplan muss folgende Punkte enthalten: (1) eine Namensliste der betroffenen Arbeitnehmer, (2) den Zeitpunkt der Entlassung, (3) die weitere Vorgehensweise und (4) die gesetzlich und gegebenenfalls aus kollektiven Vereinbarungen zu zahlende Abfindungshöhe.²⁷¹ Nicht geregelt ist hingegen, in welcher Zeit die Gewerkschaft eine Stellungnahme abgeben soll. Zumindest ist ihr aber ausreichend Bedenk- und Bearbeitungszeit zu gewähren.

Die Gewerkschaft kann Kritik und Verbesserungsvorschläge äußern, die auch von der Arbeitgeberseite in Betracht gezogen werden sollten. Inwie-

weit die Mitbestimmung im Einzelnen erfolgt, ist dennoch fraglich. In § 33 Abs. 1 des 1. AVG-Entwurfs vom 20.3.2006 sah der Gesetzgeber noch ein wirkliches Partizipationsrecht der Gewerkschaft vor. Sie sollte nicht nur Änderungsvorschläge unterbreiten dürfen, sondern der Arbeitgeber musste mit der Gewerkschaft oder der Belegschaft auch eine Einigung auf gleichberechtigter Ebene erzielen.²⁷² Gegenstimmen kritisierten jedoch, dass zu viel Partizipationsrecht einen Verstoß gegen die Unternehmensautonomie begründe und Gewerkschaften in der Praxis keine ernsthafte Vertretung der Arbeitnehmerinteressen darstellen würden.²⁷³ Im Ergebnis wurde daher der Gewerkschaft und den Arbeitnehmern eine gleichberechtigte Verhandlungsposition wieder entzogen. Relativ weitreichend wurde das Partizipationsrecht der Gewerkschaft auf der Lokalebene in der Stadt Shanghai ausgelegt. Das Amt für Arbeit und Soziale Sicherheit sowie der Gewerkschaftsbund beschlossen Anfang 2009 die „Regeln über die Handhabung von kollektiven Konsultationen“ und forderten die Gewerkschaften darin auf, einen schriftlichen Antrag beim Arbeitgeber zur Verhandlung des Entlassungsplans einzureichen. Der Arbeitgeber musste diesen Antrag akzeptieren, wobei bei Nichteinhaltung oder Nichteinigung die zuständige Arbeitsverwaltungsbehörde intervenieren und vermitteln sollte. Die obligatorischen kollektiven Konsultationen der Stadt Shanghai sollten dazu dienen, bereits im Vorfeld Arbeitsstreitigkeiten zu vermeiden.²⁷⁴ Diese Lokalbestimmungen der Stadt Shanghai dürften jedoch kaum mit dem gesetzgeberischen Zweck vereinbar sein, da es nach dem Gesetzeswortlaut nur heißt, dass die Stellungnahme der Gewerkschaft eingeholt werden müsse²⁷⁵ (§ 41 Abs. 1 AVG). Nicht eindeutig geklärt ist dagegen, ob es eine Pflicht zu gemeinsamen Verhandlungen gibt und welche Umstände der Arbeitgeber in Betracht ziehen muss, um eine Einigung zu erzielen. Gegebenenfalls kann der Arbeitgeber zwar Inhalte des Entlassungsplans ändern, er ist jedoch nach Verhandlung mit der Gewerkschaft frei in seiner endgültigen Entscheidung.

5.5.3.2. Mitteilung an die Arbeitsverwaltungsbehörde

Schließlich hat der Arbeitgeber der zuständigen Arbeitsverwaltungsbehörde den Entlassungsplan und die Stellungnahme der Gewerkschaft bzw. der Belegschaft mitzuteilen. Die Benachrichtigung der Arbeitsverwaltungsbehörde erfüllt vor allem einen arbeitsmarktpolitischen Zweck und dient den Be-

²⁷⁰ 劳动部关于贯彻执行《中华人民共和国劳动法》若干问题的意见 v. 4.8.1995, chinesische Fassung <http://www.legalinfo.gov.cn/zt/2004-11/15/content_150672.htm> eingesehen am 26.11.2012.

²⁷¹ § 4 Entlassungsbestimmungen. Vgl. Laying off is hard to do, *China Law & Practice*, London 03/2009, <<http://search.proquest.com/docview/224793247?accountid=10218>> eingesehen am 16.11.2012.

²⁷² Vgl. WANG Quanying (Fn. 195), 353 f.; LI Guang/Roman Frik (Fn. 4), S. 90.

²⁷³ Vgl. CHENG Yanyuan/Barbara Darimont (Fn. 60), 176 f.

²⁷⁴ Vgl. *China Law & Practice* (Fn. 273).

²⁷⁵ 听取.

hörden als Vorbereitung auf den Fall einer Massenarbeitslosigkeit.²⁷⁶ Im Zweifel haben sie die Möglichkeit, andere Maßnahmen anzuordnen, um der Situation entgegen zu wirken. Ebenfalls kann eine Berichtigung des Entlassungsplans gefordert werden. Generell können die Behörden damit einen relativ großen Einfluss auf das Entlassungsvorhaben nehmen. Es stellte sich dabei wiederum die Frage, ob lediglich die Vorschläge der Arbeitsverwaltungsbehörde angehört werden müssen oder ob auch ihre Einwilligung für die Massenentlassung notwendig ist. Während der Entlassungswelle in der Finanzkrise legten Lokalbestimmungen die Vorschrift unterschiedlich aus. Einige verlangten stets eine Einwilligung der örtlichen Behörden, andere legten dafür eine konkrete Anzahl mindestens betroffener Arbeitnehmer fest, so etwa auch die Provinz Shanxi. Dortige Unternehmen waren nicht befugt, Massenentlassungen, die über 200 Arbeitnehmer betrafen, ohne Erlaubnis der Behörden durchzuführen.²⁷⁷ Die Provinz Shandong forderte sogar eine vorherige Zustimmung der Behörden ab einer Entlassung von 40 Arbeitnehmern.²⁷⁸ Im Anschluss veröffentlichte der Staatsrat am 3.2.2009 ein Rundschreiben und stellte darin klar, dass eine Einwilligung keine zwingende Bedingung sei und die rechtsgültige Entscheidung der Unternehmen berücksichtigt werden müsse.²⁷⁹

Klärungsbedürftig ist weiter, innerhalb welchen Zeitraums die Arbeitsverwaltungsbehörde benachrichtigt werden und wie viel Zeit zwischen der Benachrichtigung und der endgültigen Durchführung der Entlassungen liegen muss. Bei diesen Fragen geht es um die Möglichkeit der Behörden, nach einer alternativen Lösung mit dem Arbeitgeber zu suchen.²⁸⁰ Lokale Bestimmungen füllen dies aus. Die Stadt Shanghai legte beispielsweise eine Frist fest, in der die Arbeitsverwaltungsbehörde nicht früher als 30 Tage nach der Unterrichtung der Gewerkschaft oder der Belegschaft über die Entlassungsentscheidung benachrichtigt werden darf. In der Provinz Fujian wurde der Zeitpunkt auf zehn Tage vor Durchführung des Entlassungsplans festgelegt.²⁸¹

5.5.3.3. Verzicht auf generelle Erfordernisse

Für das Massenentlassungsverfahren wird zudem überlegt, ob neben den besonderen Verfahrensschritten des § 41 AVG generelle Erfordernisse im Zusammenhang mit den Entlassungen entbehrlich sind. Es geht um die Frage, ob einzelne Kündigungserklärungen gegenüber den betroffenen Arbeitnehmern notwendig sind und ob eine Beteiligung der Gewerkschaft vor den Einzelkündigungen nochmals nach § 43 AVG erfolgen muss.

Es wird dahingehend vertreten, dass es wegen der Ausgestaltung der Massenentlassung als kollektivem Verfahren keiner einzelnen Kündigungserklärung gegenüber dem Arbeitnehmer bedürfe.²⁸² Dies erscheint jedoch bedenklich; die überwiegenden Argumente sprechen dafür, auch bei § 41 AVG eine Kündigungserklärung des Arbeitgebers zu fordern. Erst mit der Kündigungserklärung bringt der Arbeitgeber seinen Beendigungswillen eindeutig zum Ausdruck. Die empfangsbedürftige Erklärung muss dem betroffenen Arbeitnehmer zugehen. Die allgemeine Beteiligung gegenüber Gewerkschaft oder Belegschaft nach § 41 Abs. 1 AVG ersetzt dies jedoch nicht. Auch Arbeitnehmer, die sich beispielsweise im Urlaub befinden, müssen von der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses erfahren. Nach der Erläuterung des Arbeitgebers gemäß § 41 Abs. 1 AVG kann sich außerdem noch der Entlassungsplan, demnach etwa der Kreis der betroffenen Arbeitnehmer, durch das Beteiligungsverfahren ändern. Ohne ausdrückliche Kündigungserklärung würden neu in den Kreis der zu Entlassenden aufgenommene Arbeitnehmer von der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses nicht informiert. Schließlich stellen die mit der Beendigung verbundenen Fristen (z. B. für das Schiedsverfahren oder für einen Wiedereinstellungsanspruch nach § 41 Abs. 3 AVG) nicht auf den Zeitpunkt der Information und Beteiligung nach § 41 Abs. 1 AVG, sondern auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ab.²⁸³ Da die Frist von 30 Tagen nach § 41 Abs. 1 AVG nur eine Mindestfrist ist, die möglicherweise auch durch Verhandlungen mit der Gewerkschaft oder Gespräche mit der Arbeitsverwaltungsbehörde überschritten wird, ist eine ausdrückliche Kündigungserklärung notwendig. Erst mit dieser Erklärung steht der Zeitpunkt der Beendigung gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer fest. Der Einhaltung einer gesonderten Kündigungsfrist bedarf es nicht, die Schriftform ist zumindest empfehlenswert.

Ob bei diesen Einzelkündigungen zusätzlich die nochmalige Beteiligung der Gewerkschaft nach § 43 AVG erforderlich ist, wird unterschiedlich gesehen.

²⁷⁶ Vgl. YANG Jingyu/XIN Chunying (Fn. 195), 130 ff.; WANG Qian (Fn. 3), S. 258.

²⁷⁷ Vgl. *China Law & Practice* (Fn. 273).

²⁷⁸ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 284.

²⁷⁹ Vgl. State Council confirms reporting requirements for mass lay-offs, *China Law & Practice*, London 03/2009, <<http://search.proquest.com/docview/224793315?accountid=10218>> eingesehen am 16.11.2012; Wolfgang Däubler/WANG Qian (Fn. 8), S. 355.

²⁸⁰ Vgl. *China Law & Practice* (Fn. 279); Wolfgang Däubler/WANG Qian (Fn. 8), S. 355.

²⁸¹ § 3 der „Mitteilung über die Pflicht des Arbeitgebers zur rechtmäßigen Meldung einer Entlassung“ des Amtes für Arbeit und Soziale Sicherheit der Stadt Shanghai (上海市人力资源和社会保障局关于用人单位依法实施裁减人员报告的通知) v. 8.1.2009; § 5 der „Durchführungsmethode der wirtschaftlichen Massenentlassung in Unternehmen der Provinz Fujian“ (福建省企业经济性裁减人员实施办法) v. 11.12.2008. Vgl. *China Law & Practice* (Fn. 2); WANG Qian (Fn. 3), S. 285.

²⁸² Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 149/282.

²⁸³ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 297.

Die Beteiligung könne zwar gefordert werden,²⁸⁴ erschwere und verzögere aber das Verfahren zur Massenentlassung zusätzlich. Der Arbeitgeber müsste sich eventuell zu einer Vielzahl von Einzelkündigungen mit schriftlichen Rückmeldungen an die Gewerkschaft nach § 43 AVG befassen, obwohl bereits die Möglichkeit der Diskussion des Entlassungsplans nach § 41 Abs. 1 AVG bestand. Hinzu kommt, dass die in § 41 und § 43 AVG (dort ebenso wie in § 40 AVG) verwendeten Begriffe für die Kündigung (§ 43 AVG: *jiechu*) und die Personalverringerung (§ 41 AVG: *caijian ren yuan*) unterschiedlich sind.²⁸⁵ Im Vergleich zur Rechtslage in Deutschland ist allerdings anzumerken, dass die Beteiligung des Betriebsrates bei der Massenentlassung nach § 17 KSchG und vor jeder Kündigung nach § 102 BetrVG getrennte Verfahren darstellen, die jeweils gesondert vom Arbeitgeber zu beachten sind. Auch spricht § 43 AVG von Information vor „jeder“ Kündigung. Im Ergebnis lässt sich aber besser begründen, die Beteiligung nach § 41 AVG für die Massenentlassung als *lex specialis* gegenüber § 43 AVG zu betrachten, so dass eine nochmalige Information der Gewerkschaft vor jeder Einzelkündigung bei der Massenentlassung entfällt.²⁸⁶

6. Konsequenzen

Eine Kündigung ist nur wirksam, wenn einer der gesetzlichen Gründe in § 40 Nr. 3 AVG und § 41 AVG vorliegt und zudem alle verfahrensrechtlichen Voraussetzungen gegeben sind. Erst dann darf das Unternehmen Personal abbauen und die Kündigung vornehmen; Abfindungsansprüche sind zu erfüllen. Es sind also verschiedene Folgen möglich und dementsprechend hinreichend zu berücksichtigen.

6.1. Abwicklungsformalitäten

Zum Ende des Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitnehmer entsprechend den gemeinsamen Vereinbarungen die Übergabe der Arbeit durchzuführen und Gegenstände des Unternehmens, wie z. B. seine ID-Karte, abzugeben. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, eine Bescheinigung über die Kündigung auszustellen, die das Datum der Kündigung, die Beschreibung der Tätigkeit und die Dauer des Arbeitsvertrags beinhaltet (§ 24 AVG-DV). Es ist nicht erforderlich, dass die Kündigungsgründe genannt werden.²⁸⁷ Allerdings ist zu beachten, dass die Bescheinigung nicht mit dem Kündigungsschreiben gleichzusetzen ist. Das Kündigungsschreiben erklärt den Willen des Arbeitgebers zur Beendigung.

Die Bescheinigung ist dagegen lediglich eine Bestätigung, die der Arbeitnehmer z. B. beim neuen Arbeitgeber vorlegen muss, um ein doppeltes Arbeitsverhältnis auszuschließen, oder die der Arbeitsverwaltungsbehörde übermittelt wird, um den Anspruch auf Arbeitslosengeld zu begründen.²⁸⁸ Falls die Kündigungsbescheinigung nicht rechtzeitig übermittelt wird und dem Arbeitnehmer daraus ein Nachteil entsteht, kann er nach § 89 AVG Schadensersatz fordern.

Ab dem Zeitpunkt der Kündigung bzw. der Beendigung des Arbeitsverhältnisses muss der Arbeitgeber nach § 50 AVG innerhalb von 15 Tagen weitere Formalitäten erledigen. Er ist etwa verpflichtet, den Arbeitnehmer bei der Arbeitsverwaltungsbehörde arbeitslos zu melden sowie dessen Personalakte und Sozialversicherungsverhältnisse zu übermitteln (§ 50 AVG). Seit 2008 sieht das AFG laut §§ 42, 43 ein Warnsystem vor, indem es ein Statistik- und Registrierungssystem für Arbeitskräfte aufbaut, um Massenarbeitslosigkeit frühzeitig zu erkennen und eventuell zu vermeiden. Dafür muss der Arbeitgeber alle nötigen Informationen zur Verfügung stellen.²⁸⁹ Ist der Arbeitgeber zur Abfindungszahlung verpflichtet, muss er diese nach Arbeitsübergabe leisten (§ 50 Abs. 2 AVG).

6.2. Abfindung

Abfindungen spielen im chinesischen Kündigungsschutzsystem eine bedeutende Rolle, da trotz des neuen Sozialversicherungsgesetzes, das im Juli 2011 in Kraft getreten ist, kein flächendeckendes und reales Sozialnetz in China existiert. Die Abfindung kann als Ergänzung zum Arbeitslosengeld gesehen werden und bezweckt, die Existenz des Arbeitnehmers für eine gewisse Zeit abzusichern. Ein „Vorausverzicht“ ist ein Verstoß gegen zwingende Schutzvorschriften und damit unwirksam.²⁹⁰

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, eine Abfindung zu zahlen, wenn er (neben anderen auch bereits genannten Fällen) aus betriebsbedingten Gründen nach §§ 40 Nr. 3 und 41²⁹¹ AVG kündigt (§ 46 Nr. 3 und 4 AVG; §§ 8 und 9 „Maßnahmen bezüglich wirtschaftlicher Entschädigung bei Verstoß und Beendigung des Arbeitsvertrags“ [Entschädigungsmaßnahmen]²⁹²). Die Abfindung

²⁸⁸ Vgl. BU Yuanshi (Fn. 48), S. 295.

²⁸⁹ Vgl. Jörg Binding/Kai Thum (Fn. 7), S. 356.

²⁹⁰ BU Yuanshi (Fn. 62), S. 268.

²⁹¹ Die Autoren Waas/WU behaupten fälschlicherweise, der Arbeitgeber sei nur gemäß § 41 Nr. 1 AVG zur Abfindung verpflichtet und kritisieren, dass nicht auch nach § 41 Nr. 2 bis 4 AVG eine Abfindungspflicht besteht. Hier ist wahrscheinlich ein Übersetzungsfehler unterlaufen, denn im Gesetzestext § 46 Nr. 4 AVG heißt es: „用人单位依照本法第四十一条第一款规定解除劳动合同的“ und damit ist nicht § 41 Nr. 1 AVG, sondern § 41 Abs. 1 AVG gemeint, der die Kündigungsgründe Nr. 1-4 beinhaltet. Vgl. Bernd Waas/WU Yongxin (Fn. 6), S. 255 f.

²⁹² 违反和解除劳动合同的经济补偿办法 v. 3.12.1994, chinesische Fassung

²⁸⁴ Vgl. BU Yuanshi (Fn. 9), S. 144.

²⁸⁵ 解除/裁减人员.

²⁸⁶ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 316.

²⁸⁷ Vgl. BU Yuanshi (Fn. 48), S. 295.

beträgt für jedes volle Jahr der Beschäftigungszeit grundsätzlich ein Monatsgehalt (§ 47 Abs. 1 AVG). Diese Zeit beginnt ab dem Tag der Arbeitsaufnahme (§ 9 AVG-DV) und wird im Falle einer Unternehmenstransaktion nicht unterbrochen, da Fusionen oder Spaltungen keine Auswirkungen auf die Arbeitsverträge haben (§ 34 AVG). Bei einer Beschäftigungszeit zwischen sechs Monaten und einem Jahr wird die Abfindung auf ein Monatsgehalt aufgerundet. Bei weniger als sechs Monaten beträgt sie einen halben Monatslohn. Dieser wird wiederum nach dem Durchschnitt der letzten zwölf Monate vor Kündigung des Arbeitsvertrags bestimmt bzw. nach dem Durchschnitt der letzten Monate, wenn der Arbeitnehmer kürzer als ein Jahr tätig war (§ 47 Abs. 3 AVG, § 27 AVG-DV). Bei dem Monatslohn handelt es sich um das Nettogehalt, also den Lohn nach Abzug von Steuern und Versicherungsabgaben (§ 53 Stellungnahme 1995).²⁹³ Darin werden Geldeinkünfte, wie etwa Zeit- und Stücklohn, Prämien, Zulagen und Zuschüsse eingerechnet (§ 27 AVG-DV). Eine Ober- und Untergrenze der möglichen Abfindungshöhe ist ebenfalls festgelegt. Hat ein Arbeitnehmer danach ein Monatsgehalt, das mehr als das Dreifache des örtlichen Durchschnittsgehalts des Vorjahres beträgt, beläuft sich die Gesamtsumme der Abfindung auf maximal zwölf Monatsgehälter, die nach dem dreifachen Durchschnittsgehalt berechnet werden (§ 47 Abs. 2 AVG).²⁹⁴ Beläuft sich das durchschnittliche Monatsgehalt des Arbeitnehmers hingegen auf weniger als den lokalen Mindestlohn, wird die Abfindung auf der Grundlage dieses Mindestlohns berechnet (§ 27 AVG-DV).

Zusätzlich besteht eine Übergangsregelung in § 97 Abs. 3 AVG, nach der bei Bestand des Arbeitsverhältnisses bereits vor Inkrafttreten des AVG für die Berechnung der Abfindung die Vorschriften des AVG für den Zeitraum nach dem 1.1.2008 gelten; für den Zeitraum davor sind die Bestimmungen des AG heranzuziehen. Der genaue Zeitpunkt, ab wann die Abfindung zu zahlen ist, wurde erst im AVG konkretisiert, nämlich zum Zeitpunkt des Abschlusses der Arbeitsübergabe (§ 50 Abs. 2 S. 2 AVG). Die Abfindung muss als Einmalzahlung geleistet werden (§ 2 Entschädigungsmaßnahmen). Jedoch hatten Unternehmen wegen der Schwierigkeiten während der Finanzkrise die Möglichkeit, mit der Gewerkschaft oder dem Arbeitnehmer eine Ratenzahlung zur Abfindung auszuhandeln.²⁹⁵ Im Falle der Nicht-

zahlung kann der Arbeitnehmer diese vor Gericht einklagen oder bei der Arbeitsverwaltungsbehörde Beschwerde einreichen, die zunächst eine neue Frist zur Zahlung der Abfindung und andernfalls eine Entschädigung zwischen mindestens 50 % und maximal 100 % der Abfindungssumme anordnet (§ 85 AVG).²⁹⁶ Diese Entschädigung steht dem Arbeitnehmer dann zusätzlich zu.²⁹⁷

6.3. Wiedereinstellung nach § 41 Abs. 3 AVG

Ausschließlich im Zusammenhang mit der Massenentlassung nach § 41 AVG ist im dortigen Abs. 3 ein Wiedereinstellungsanspruch vorgesehen. Hat sich beispielsweise die Auftragslage im Unternehmen verbessert oder sind andere Umstände eingetreten, nach denen der Arbeitgeber Neueinstellungen innerhalb von sechs Monaten nach der Kündigung vornehmen möchte, muss er den entlassenen Arbeitnehmern sein Vorhaben mitteilen und diese bevorzugt wiedereinstellen, sofern auf Arbeitnehmerseite die gleichen Bedingungen vorliegen (§ 41 Abs. 3 AVG). Eine Wiedereinstellungspflicht ergab sich bereits aus § 27 AG, obgleich die Voraussetzungen nunmehr konkretisiert wurden. Der Arbeitgeber muss die Entlassenen über den freien Arbeitsplatz informieren und sie „unter denselben Bedingungen“ wiedereinstellen. Die Frist von sechs Monaten beginnt nach der Entlassungsmitteilung an die Mitarbeiter. Gemeint ist damit der Tag der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, der regelmäßig - wie bereits weiter oben diskutiert - mit der Kündigungserklärung zusammen fallen wird. Gemeint ist, nicht der Tag, an dem die Gewerkschaft oder die ganze Belegschaft erstmals über das Entlassungsvorhaben informiert wird.²⁹⁸

Führt der Arbeitgeber Neueinstellungen innerhalb dieser sechs Monate durch, müssen die ehemaligen Mitarbeiter über alle freien Stellen informiert werden, wobei sich die Bevorzugung nicht nur auf vergleichbare Arbeitsplätze bezieht. Es kann sich auch um Stellen handeln, die kurzfristig frei geworden sind oder wegen einer Umstrukturierung neu geschaffen wurden.²⁹⁹ Die Bevorzugung der ehemaligen Arbeitnehmer stellt eine Gegenleistung für die bisherige Tätigkeit im Unternehmen dar. Der Arbeitgeber profitiert ebenso davon, da die entlassenen Arbeitnehmer bereits mit dem Arbeitsablauf vertraut sind und sich die Einarbeitungszeit kürzer gestaltet.³⁰⁰ Was genau unter „denselben Bedingungen“ zu verstehen ist, wird hingegen nicht definiert.

<http://www.molss.gov.cn/gb/ywzn/2006-02/15/content_106667.htm> eingesehen am 2.2.2013.

²⁹³ Vgl. Ulrike Glück/Julia Tänzler (Fn. 13), S. 350.

²⁹⁴ Glück und Tänzler sind der Ansicht, dass im Umkehrschluss die Deckelung von zwölf Monaten nicht für Arbeitnehmer gilt, die weniger als das Dreifache des örtlichen Durchschnittslohns verdienen. Vgl. Ulrike Glück/Julia Tänzler (Fn. 13), S. 350.

²⁹⁵ Vgl. CHAN Kay-Wah (Fn. 71), S. 27.

²⁹⁶ Vgl. Andreas Laußs (Fn. 93), S. 197.

²⁹⁷ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 338.

²⁹⁸ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 297.

²⁹⁹ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 297.

³⁰⁰ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 296; YANG Jingyu/XIN Chunying (Fn. 195), S. 137.

Die zuvor Entlassenen müssen zumindest bevorzugt eingestellt werden, wenn sie hinsichtlich ihrer Qualifikation mit auswärtigen Bewerbern vergleichbar sind und die Einstellungs Voraussetzungen erfüllen. Ein ehemaliger Arbeitnehmer hat hingegen keinen Wiedereinstellungsanspruch, wenn er nicht dem Anforderungsprofil entspricht. Wenn also zum Beispiel der Arbeitgeber unterdessen neue Technologien eingeführt hat und hierfür ausgebildete Facharbeiter sucht.³⁰¹ Falls mehrere Arbeitnehmer den Wiedereinstellungsanspruch geltend machen, liegt keine festgelegte Reihenfolge vor, wer letztendlich neu eingestellt wird. WANG ist der Ansicht, dass die Auswahlregelung des § 41 Abs. 2 AVG angewendet werden sollte, um eine Willkür des Arbeitgebers zu vermeiden.³⁰² Ein anderer denkbarer Ansatz wäre die Auswahl nach der Eignung, um eine gewisse unternehmerische Freiheit bestehen zu lassen und den Erfolg des Unternehmens zu sichern. Der Arbeitgeber hat jedenfalls über die Definition der Einstellungs Voraussetzungen recht weite Einflussmöglichkeiten.

Klärungsbedürftig ist weiter, ob die Unternehmenszugehörigkeit unterbrochen wird, wenn es sich bei der Wiedereinstellung um ein neu begründetes Arbeitsverhältnis handelt. Dafür spricht der Gedanke des § 10 S. 1 AVG-DV, nach dem die Unternehmenszeit des alten Arbeitgebers beim neuen Arbeitgeber angerechnet wird, wenn die Gründe eines Arbeitsplatzwechsels nicht in der Sphäre des Arbeitnehmers lagen.³⁰³ Auf der anderen Seite ist § 10 S. 2 AVG-DV zu würdigen, nach dem bei einer bereits erfolgten Zahlung einer Abfindung die geleistete Beschäftigungszeit beim neuen Arbeitgeber nicht einzubeziehen ist. Es liegt nahe, diesen Rechtsgedanken auch für die Wiedereinstellung anzuwenden, wobei in vielen Fällen aufgrund der Bestimmungen der §§ 50 und 85 AVG (der Arbeitgeber wird zur schnellen Zahlung angehalten) die Abfindung bereits an den Arbeitnehmer ausgezahlt sein wird. Die alte Beschäftigungszeit wäre damit nicht mehr zu berücksichtigen.

6.4. Unwirksame Kündigung

Die Unwirksamkeit einer Kündigung kann auf verschiedenen Gründen beruhen. Der Arbeitgeber kündigt trotz des besonderen Kündigungsschutzes; er hat keine ausreichenden Kündigungsgründe oder er begeht Verfahrensfehler, z. B. unterlässt er die Beteiligung der Gewerkschaft. Jedoch führen nicht sämtliche Verfahrensfehler seitens der Arbeitgeber zur Unwirksamkeit der Kündigung. Die Nichteinhal-

tung der Kündigungsfrist des § 40 AVG (und gleichzeitige Nichtzahlung des zusätzlichen Gehaltes) wird offenbar nicht als Unwirksamkeitsgrund für die Kündigung betrachtet.³⁰⁴ Ebenso soll eine nicht zutreffende Sozialauswahl im Rahmen der Massenentlassung nicht generell die Unwirksamkeit aller, sondern nur derjenigen Kündigungen bedeuten, die bei zutreffender Sozialauswahl zu fortbestehenden Arbeitsverhältnissen geführt hätten.³⁰⁵

Bestehen Unwirksamkeitsgründe für die Kündigung dennoch, muss der Arbeitsvertrag fortgeführt oder kann grundsätzlich nur mit Zustimmung des Arbeitnehmers gegen Zahlung von Schadenersatz aufgelöst werden. Falls es dem Arbeitgeber unmöglich ist, den Arbeitsplatz weiter zur Verfügung zu stellen, gilt eine gleiche Schadenersatzpflicht (§ 48 AVG). Was diese Unmöglichkeit genau bedeutet, bleibt hingegen ungeklärt. Handelt es sich bereits um eine unmögliche Wiedereinstellung, wenn ein inkompetenter Manager unwirksam gekündigt und daraufhin ein besser Qualifizierter neu eingestellt wird? Dies ist letztlich eine Frage der Interpretation der zuständigen Schlichtungskommission oder des Volksgerichts.³⁰⁶ Glück/Tänzler betonen die Notwendigkeit einer engen Auslegung wie unter Umständen, in denen der Arbeitsplatz objektiv durch einen Standortwechsel oder Betriebsstilllegung wegfällt, um eine Umgehung des AVG zu vermeiden.³⁰⁷ WANG erweitert die Anwendung auf nicht nur unmögliche, sondern auch unzumutbare Fälle der Weiterbeschäftigung.³⁰⁸ In der Praxis kommt es allerdings selten zur Wiederherstellung des Arbeitsverhältnisses, da der Arbeitnehmer entweder mit der Abfindung und/oder dem Schadenersatz zufrieden und an einer Weiterbeschäftigung ohnehin nicht interessiert oder der Anspruch kaum durchsetzbar ist, weil die Stelle bereits neu besetzt oder gestrichen wurde.³⁰⁹

Der § 87 AVG besagt des Weiteren, dass der Schadenersatz das Zweifache der in § 47 AVG geregelten Abfindungssumme beträgt. Teilweise wurde dahingehend vertreten, dass der Schadenersatz nach § 87 AVG bedeute, dass der Arbeitnehmer neben der ursprünglichen Abfindung noch einen Anspruch auf weitere zwei Monatsgehälter pro Beschäftigungsjahr, insgesamt also drei Gehälter pro Jahr habe.³¹⁰ Nach § 25 AVG-DV ist aber nunmehr klargestellt, dass der Anspruch auf eine Abfindung abgegolten ist, wenn bereits ein Schadenersatz geleistet wurde. Sofern demnach der Arbeitgeber bereits eine Abfin-

³⁰¹ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 297; YANG Jingyu/XIN Chunying (Fn. 195), S. 137.

³⁰² Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 298.

³⁰³ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 298.

³⁰⁴ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 341.

³⁰⁵ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 294.

³⁰⁶ Vgl. Andreas Lauffs (Fn. 93), S. 199; BU Yuanshi (Fn. 48), S. 297.

³⁰⁷ Vgl. Ulrike Glück/Julia Tänzler (Fn. 13), S. 350 f.

³⁰⁸ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 345.

³⁰⁹ Vgl. BU Yuanshi (Fn. 9), S. 146.

³¹⁰ Vgl. Ulrike Glück/Julia Tänzler (Fn. 13), S. 351.

derung gezahlt hat und sich erst im Nachhinein herausstellt, dass die Kündigung unwirksam ist, zahlt er anstatt der doppelten Abfindungssumme nochmals ein Gehalt pro Beschäftigungsjahr. Es findet damit eine Anrechnung zwischen Schadenersatz und der bereits gezahlten Abfindung statt, so dass der Arbeitgeber nur die Differenz zwischen der Abfindung und dem Schadenersatz zusätzlich leisten muss.³¹¹

7. Beilegung von Arbeitsstreitigkeiten

In den letzten Jahren war ein ständiger Anstieg der Arbeitsstreitigkeiten zu beobachten.³¹² Dieser Trend ist ein Beleg dafür, dass die Arbeitnehmer ihre Rechte und Interessen verstärkt wahrnehmen und die Regierung ihrem Ziel näher gekommen ist, einen gesellschaftlichen Ausgleich zu schaffen und die Rechtsposition des Arbeitnehmers aufzuwerten.³¹³

Besteht eine Arbeitsstreitigkeit zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer über eine Kündigung des Arbeitsvertrags, Arbeitsentgelt, Sozialversicherung, Abfindung oder über andere Rechtsverletzungen, haben die Parteien unterschiedliche Möglichkeiten, ihre Interessen durchzusetzen. Einerseits kann der Arbeitnehmer auf öffentlich-rechtlichem Wege seine Rechte durchsetzen, indem er Beschwerde bei der zuständigen Behörde einreicht, die wiederum befugt ist, Verwarnungen auszusprechen, eine Korrektur zu verlangen und Geldbußen zu verhängen (§§ 80, 83, 84, 92 ASSG). Andererseits können beide Parteien zunächst über die Streitigkeit verhandeln, bei Nichteinigung eine Schlichtung bei der Schlichtungskommission oder direkt ein Schiedsverfahren bei der Schiedskommission für Arbeitsstreitigkeiten beantragen. Während Verhandlungen und ein Schlichtungsverfahren freiwillig sind, ist ein Schiedsverfahren für ein nachfolgendes gerichtliches Vorgehen zwingend erforderlich (§§ 5, 47–50 ASSG).³¹⁴

Geregelt wird die außergerichtliche Streitbeilegung durch das ASSG, das am 1.1.2008 in Kraft getreten ist und das materielle AVG durch prozessuale Voraussetzungen ergänzt. Das Gesetz findet auf alle Streitigkeiten Anwendung, die in § 2 ASSG aufge-

listet werden, darunter auch solche über die Beendigung von Arbeitsverhältnissen.

In der Praxis hat die Schlichtung in den letzten zwei Jahrzehnten stark an Bedeutung verloren; ein Schiedsverfahren wird weitaus häufiger eingeleitet.³¹⁵ Begründet wird dies durch die Ineffizienz der Schlichtung, da zum einen eine zustande gekommene Einigung nicht (direkt) vollstreckbar ist und zum anderen die Arbeitnehmer im Verfahren unterrepräsentiert sind. In der Vergangenheit kam es nicht selten vor, dass die Arbeitnehmervertretung entgegen der gesetzlichen Bestimmungen von der Unternehmensleitung ausgewählt wurde, so dass aufgrund des ungleichen Machtverhältnisses kein befriedigendes Ergebnis zu erwarten war.³¹⁶

Das Schiedsverfahren ist die einfachste und kostengünstigste Möglichkeit zur Durchsetzung der Rechte des Arbeitnehmers. Die Antragsfrist beginnt mit dem Tag, an dem der Betroffene von der Verletzung seiner Rechte Kenntnis erlangt hat oder erlangen musste und beträgt ein Jahr (§ 27 Abs. 1 ASSG). Der Antrag wird bei der Schiedskommission, die sich aus Vertretern der Arbeitsbehörde, der Gewerkschaft und der Arbeitgeber zusammensetzt (§ 19 Abs. 1 ASSG), am Vertragserfüllungsort eingereicht.³¹⁷ Hinsichtlich der Überprüfung von Kündigungen gilt regelmäßig eine umgekehrte Beweislastpflicht, so dass sich der Arbeitgeber gegenüber der ausgesprochenen Kündigung verteidigen muss.³¹⁸ Zu den wichtigen Neuerungen des ASSG zählt, dass der Arbeitgeber in seiner Klagemöglichkeit gegen die Entscheidung der Arbeitsschiedsgerichte eingeschränkt ist. Während der Arbeitnehmer weiterhin uneingeschränkte Anfechtungsmöglichkeiten besitzt (§ 48 ASSG), kann der Arbeitgeber nur unter bestimmten Umständen nach § 49 ASSG, wie etwa bei Verfahrensfehlern und bei einem hohen Streitwert, die Aufhebung des Schiedsspruchs verlangen und innerhalb von 30 Tagen Klage beim Volksgericht erheben. Dies bezweckt, dass bereits im Schiedsverfahren die Mehrzahl der Arbeitsstreitigkeiten, so auch typische Streitfälle mit geringem Streitwert, endgültig beigelegt und damit gleichzeitig sozial Schwächere geschützt werden.³¹⁹ Zuvor zeigten sich in der Praxis gehäuft Fälle, in denen der Arbeitgeber den Schiedsspruch nur angefochten hatte, um den Arbeitnehmer in ein kostspieliges Gerichtsverfahren zu zwingen.³²⁰

Im letzten Schritt, d.h. wenn eine Klage beim Volksgericht erhoben wird, prüft das Gericht den

³¹¹ Vgl. BU Yuanshi (Fn. 48), S. 269; ZHOU Changzheng, Verteidigung statt Angriff, Koordinierung statt Durchsetzung: Kommentar zur jüngst verabschiedeten Durchführungsverordnung des Arbeitsvertragsgesetzes der Volksrepublik China, in: ZChinR 2010, Nr. 1, S. 23.

³¹² Insbesondere nahmen die Arbeitsstreitigkeiten Ende 2008 stark zu. In der Stadt Peking nahm das Gericht der 1. Instanz 12.140 Fälle an. Dies war ein Anstieg um 89,7% im Vergleich zum Vorjahreszeitraum. Höchstwahrscheinlich ist dies auf die Finanzkrise, aber auch auf das Inkrafttreten des AVG zurückzuführen. Vgl. ZHAO Qian (Fn. 64), S. 126.

³¹³ Vgl. Ronald C. Brown (Fn. 98), S. 5 f.; Johannes Allmendinger, Das Gesetz der Volksrepublik China über Schlichtung und Schiedsverfahren bei Arbeitsstreitigkeiten, in: ZChinR 2008, Nr. 2, 110 f.

³¹⁴ Vgl. Johannes Allmendinger (Fn. 313), S. 107.

³¹⁵ Vgl. Johannes Allmendinger (Fn. 313), S. 110 f.

³¹⁶ Vgl. Johannes Allmendinger (Fn. 313), S. 106.

³¹⁷ Vgl. BU Yuanshi (Fn. 62), S. 277.

³¹⁸ Vgl. Johannes Allmendinger (Fn. 313), S. 108.

³¹⁹ Vgl. BU Yuanshi (Fn. 62), S. 274.

³²⁰ Vgl. Johannes Allmendinger (Fn. 313), S. 109.

Fall inhaltlich und rechtlich. Die Parteien müssen nach allgemeinen prozessualen Grundsätzen allerdings selbst die Richtigkeit ihrer Behauptungen beweisen, so dass der Arbeitnehmer seine Behauptung, die Kündigung sei unwirksam, vor Gericht rechtfertigen müsste. In einem Verfahren, das durch eine arbeitgeberseitige Kündigung ausgelöst wird, trägt allerdings der Arbeitgeber die Beweislast.³²¹ Eine andere Konstellation wäre nur schwer verständlich, da der Arbeitnehmer die Kündigungssituation des Unternehmens nicht ausreichend überblicken, darstellen oder beweisen kann.

8. Praktische Bezüge

Es scheint auf den ersten Blick, als ob Kündigungen aus betriebsbedingten Gründen zumindest offiziell kein verbreitetes Phänomen darstellen. Die Mehrheit der Unternehmen reduziert ihr Personal offenbar auf andere Art und Weise.

8.1. Relevanz bei Entlassungen

Im Frühjahr 2009 untersuchten SHEN und D'Netto 184 Unternehmen. Davon hatten bereits 124 Unternehmen Personal abgebaut und weitere wollten dies zukünftig tun, keines kündigte jedoch aufgrund von Betriebsbedingtheit.³²² Ein Großteil beendete das Arbeitsverhältnis durch einen Aufhebungsvertrag, verlängerte den Vertrag nicht mehr nach dessen Auslaufen, verlagerte Teile des Betriebs oder kürzte Weiterbildungsausgaben, um damit Personalkosten einzusparen. Bei vorübergehendem Arbeitskräftebedarf stellten die Unternehmen Gelegenheits- und Leiharbeiter ein, die pro Stunde oder nach Produktivität bezahlt wurden und in der Regel keinen Arbeitsvertrag besaßen. Ohne ein offizielles Arbeitsverhältnis zahlte der Arbeitgeber auch keine Sozialbeiträge oder eine Abfindung und rief die Arbeitszeiten nach Bedarf flexibel ab.³²³ In der Praxis werden ebenfalls viele Arbeitnehmer über Leiharbeitsfirmen, darunter Fesco und CIIC bezogen und nicht in die Entlassungen mit einkalkuliert, da sie bei Nichtbedarf an die Agenturen zurückgeschickt werden.

Allerdings scheint es kaum verwunderlich, dass Massenentlassungen in der Praxis nur eine marginale Rolle spielen bzw. häufig ein Weg gefunden wird, die Situation zu umgehen. Dafür können di-

verse historische, wirtschaftliche, politische und kulturelle Gründe in Frage kommen.

In Bezug auf die historische Entwicklung gab es lange Zeit keine Notwendigkeit einer betriebsbedingten Kündigung. Im Festanstellungssystem war eine Kündigung nur in Ausnahmefällen vorgesehen. Auch nach der Einführung des AG konnte der Arbeitgeber weiterhin mittels befristeter Verträge sein Personal flexibel einteilen. Sogar noch Ende der 90er Jahre wurden bei der Umstrukturierung von Staatsunternehmen keine wirtschaftlichen Massenentlassungen im Sinne von § 27 AG durchgeführt, sondern überflüssige Arbeitskräfte wurden stattdessen entweder freigesetzt oder in neu gegründeten Dienstleistungsgesellschaften untergebracht. Erst seit Inkrafttreten des AVG und gleichzeitigem Verlauf der Finanzkrise kommt dem Thema eine größere Bedeutung zu.

Der wirtschaftliche Aspekt spielt wohl mit die wichtigste Rolle. Seit der Reform- und Öffnungspolitik gehört die VR China zu den Ländern, die sich mit einem durchschnittlichen Wirtschaftswachstum von knapp 10 % am schnellsten entwickelten.³²⁴ Dadurch bot sich kein großer Anlass für Massenentlassungen. Die VR China hat auch die Auswirkungen der Finanzkrise im Verhältnis zu anderen Nationen relativ gut überstanden. Schlimmere Folgen konnten vor allem dadurch verhindert werden, dass die Regierung schnelle Gegenmaßnahmen ergriffen hat, wie etwa das Konjunkturpaket von 2008/2009 sowie Erleichterungen bei der Zahlung von Steuern und Abgabe von Sozialversicherungsbeiträgen, insbesondere für klein- und mittelständische Unternehmen.

Der Hauptgrund, warum möglicherweise nur wenige Massenentlassungen durchgeführt und bekannt werden, ist der Einfluss und die Einmischung der KPCh in politisch und wirtschaftlich wichtigen Fällen sowie die Manipulation der offiziellen Arbeitslosenquote. Zwar wurde am 29.3.1993 offiziell der Aufbau einer „sozialistischen Marktwirtschaft“ in der Verfassung verankert und im „Entschluss über einige Fragen zum Aufbau der sozialistischen Marktwirtschaft des Zentralkomitee der KPCh vom 14.11.1993“ betont, dass sich die Regierung zukünftig, um den Aufbau voranzutreiben, aus der Produktion und den Betrieben heraushalten werde.³²⁵ Jedoch versucht sie weiterhin über Parteimitglieder, die gleichzeitig als Richter oder Gewerkschaftsvorsitzende fungieren, informell bei Unternehmen zu intervenieren, um ihre politischen Ziele durchzusetzen. Teilweise wurde bekannt, dass örtliche Behörden Unternehmen stark unter Druck setzen, um

³²¹ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 157.

³²² Zu den insgesamt 184 Unternehmen zählten 61 Privatunternehmen, 66 Joint Ventures, 55 Unternehmen mit ausländischem Kapital und zwei Staatsunternehmen. Es wurden Klein-, Mittel- und Großunternehmen untersucht mit Sitz in Shanghai, Guangdong und Fujian. Vgl. SHEN Jie/Brian D'Netto Impact of the 2007–09 global economic crisis on human resource management among Chinese export-oriented enterprises, in: Asia Pacific Business Review, Bd. 18, Nr. 1, London 2012, S. 51.

³²³ Vgl. SHEN Jie/Brian D'Netto (Fn. 322), S. 52 ff.

³²⁴ CSY 1979–2012.

³²⁵ Vgl. WANG Qian (Fn. 3), S. 100.

Kündigungen zu unterbinden. Nach der Erfahrung des Rechtsanwalts *David ZHOU* von der Kanzlei *Boss & Young* zeigt sich die Einflussnahme der Regierungsbehörden häufig dadurch, dass sie in der Regel von Massenentlassungen abraten und Alternativvorschläge unterbreiten.³²⁶ Insbesondere Ende der 1990er Jahre vor dem großen Personalabbau der Staatsunternehmen beklagten viele Unternehmen, dass sie Schwierigkeiten hätten, Bestimmungen gegen das politische Klima durchzusetzen. Entlassungen wurden als „schlechte Arbeit des Betriebs“ und als „gesichtsverletzend“ bei den zuständigen Behörden und der Partei angesehen, so dass viele an dem Prinzip einer internen Absorption des Arbeitskräfteüberschusses („Verdauung“) festhielten und ausgelaufene Verträge verlängerten, obwohl kein Bedarf mehr bestand.³²⁷ *Hebel* macht deutlich, dass sich Unternehmen in politisch gezeichneten Bahnen bewegen und lokale Behörden und die Politik letztendlich die unternehmerische Entscheidung, wie Entlassungen zu handhaben seien, lenken.³²⁸ Lokalregierungen versuchen, ein gutes Image zu erzeugen und niedrige Arbeitslosenzahlen zu erreichen, um Unruhen zu vermeiden und den Anschein einer „harmonischen Gesellschaft“ zu bewahren. Erzielt die Region daraufhin gute Ergebnisse, löst dies eine Kettenreaktion aus und fördert u.a. wiederum die Karriere des jeweiligen Sekretärs des Parteikomitees, Regierungsleiters und Richters.

Darüber hinaus ist problematisch, dass in der VR China keine unabhängige Justiz existiert. Richter sind finanziell von den lokalen Verwaltungen abhängig, da diese den Haushalt regeln. Bei den Richtern erfolgt eine Einteilung in Ränge, die nach politischem Verhalten, fachlicher Kompetenz und Arbeitsleistung ermittelt werden. Richter können zudem wegen schlechter Bewertung entlassen werden.³²⁹ Schiedskommissionen sind ebenfalls nicht unabhängig, da sie faktisch in die Arbeitsverwaltung eingegliedert sind und die Arbeitsverwaltungsbehörden Einfluss über den Ausgang des Schiedsverfahrens nehmen können.³³⁰

Letztendlich sind Entlassungsmaßnahmen meist eine unpopuläre Angelegenheit, worin diverse Interessengruppen verwickelt sind. Daher wird wahrscheinlich versucht, nach dem Prinzip der „harmonischen Gesellschaft“ zunächst auf anderem Wege Personalkosten einzusparen und Alternativen zu finden.

8.2. Personalpolitische Alternativmaßnahmen

Die Wirtschaftskrise löste eine Welle von Massenentlassungen aus, bei denen die Auswirkungen erstmals, vermutlich aufgrund neuer medialer Informationsquellen, unverdeckter zum Vorschein kamen und auch die Ängste in der Gesellschaft deutlicher spürbar wurden. Gleichzeitig befürchtete die Regierung verstärkt soziale Unruhen und sorgte sich um ihre Legitimierung, die zuvor durch stetiges Wirtschaftswachstum und steigendem Wohlstand nicht gefährdet war. Eine Reihe von Gegenmaßnahmen wurde erarbeitet, um die Stabilität in der Gesellschaft aufrechtzuerhalten. Dazu gehörte nicht nur das Konjunkturpaket von 2008/2009, sondern auch die Veröffentlichung mehrerer Mitteilungen und Rundschreiben. In einer Mitteilung vom 21.1.2009 forderten das MOHRSS, der ACGB und der chinesische Arbeitgeberverband die lokalen Arbeitgeberverbände auf, Unternehmen in Schwierigkeiten zu ermutigen, Kündigungen zu vermeiden und Alternativmaßnahmen zu ergreifen.³³¹

Als solche Alternativmaßnahmen und Möglichkeiten zur Reduzierung von Personalkosten wäre Kurzarbeit effektiv. Jedoch ist sie ein verhältnismäßig neues Instrument und es fehlen detailliertere Regelungen. Deshalb ist nicht bekannt, ob Kurzarbeit in der VR China betriebsbedingte Kündigungen verhindert hat. In Deutschland konnten Betriebsräte während der Finanzkrise betriebsbedingte Kündigungen häufig für einen gewissen Zeitraum ausschließen, wenn Unternehmen bereits Kurzarbeit eingeführt hatten.

Als weitere Alternative wären flexible Arbeitszeitkonten denkbar. Die Einführung eines Arbeitszeitsystems mit Berechnung der Gesamtzeit bedarf in der VR China allerdings der vorherigen Zustimmung der lokalen Arbeitsverwaltungsbehörde.³³² Auf einem Zeitkonto werden über einen längeren Zeitraum Überstunden angesammelt, so z. B. während der Hochsaison, die aber zu dieser Zeit nicht ausgezahlt, sondern erst abgebaut werden, um einen Auftragsmangel zu überbrücken.

Weitere Möglichkeiten, um vorübergehend Entlassungen zu vermeiden, können Verhandlungen über einen Positionswechsel oder die Streichung von „Boni“ und Sonderleistungen sein, falls diese nicht vertraglich festgelegt sind, da sonst eine Zustimmung des Arbeitnehmers benötigt wurde. Bei geringem Arbeitsaufkommen besteht auch die Option, den Arbeitnehmer zu ermutigen, unbezahlten

³²⁶ Vgl. *China Law & Practice* (Fn. 279).

³²⁷ Vgl. *Jutta Hebel* (Fn. 44), S. 357 ff.

³²⁸ Vgl. *Jutta Hebel* (Fn. 44), S. 360.

³²⁹ Vgl. *BU Yuanshi* (Fn. 62), S.17 ff.

³³⁰ Vgl. *Johannes Allmendinger* (Fn. 313), S. 107 f.

³³¹ Vgl. *CHAN Kay-Wah* (Fn. 71), S. 31 f.

³³² Vgl. *Julia Tänzler-Motzek*, Reduzierung von HR-Kosten in China – Welche rechtlich wirksamen Möglichkeiten gibt es?, in: *Blickpunkt Asia Pacific, Newsletter 10/2009*, <<http://www.dapg.de/Content/news/2009-10-HR-Taenzler.html>> eingesehen am 15.10.2012/2009.

Urlaub zu nehmen. Falls der Betrieb vorübergehend für mindestens einen Monat stillgelegt wird, darf der Arbeitgeber ohne Einwilligung sogar den Arbeitnehmer beurlauben, muss ihm jedoch monatlich einen Mindestlohn zahlen.³³³

Weiterhin konnten Unternehmen, die sich während der Krise in einer finanziellen Notlage befanden, bei der zuständigen Lokalbehörde eine Stundung der Sozialversicherungsbeiträge von bis zu sechs Monaten oder eine Reduzierung bis zu zwölf Monaten beantragen.³³⁴ Die Stadt Peking reduzierte am 1.1.2009 sogar offiziell den Arbeitgeberanteil der Arbeitslosenversicherung von 1,5 % auf 1 %.³³⁵ Kleine und mittelständische Unternehmen besaßen umfangreichere Vergünstigungen. Nach einer Mitteilung des Ministeriums für Steuern und Finanzen vom 2.12.2009 konnten Kleinunternehmen, deren Jahresgewinn weniger als 30.000 RMB betrug, einen Antrag auf Steuererleichterungen stellen. Die Regierung bemühte sich ebenfalls, das Unternehmertum und die Selbständigkeit zu fördern, so etwa durch Befreiungen von Verwaltungs- und Registrierungsgebühren.³³⁶ Einige Bemühungen waren vermutlich mit dem Langzeitziel des 12. Fünfjahresplans, den Binnenkonsum zu befördern, verknüpft.

Im Ergebnis kann es für den Arbeitgeber lohnenswert sein, eine dieser Alternativen in Betracht zu ziehen, da im Einzelfall die Abfindungen und Streitverfahren zu betriebsbedingten Kündigung kostspieliger und der Verwaltungsaufwand höher sein können, als stattdessen einvernehmliche Regelungen zu treffen.

8.3. Unternehmerische Freiheit

Die unternehmerische Freiheit wird im chinesischen Kündigungsrecht gänzlich anders betrachtet als beispielsweise in Deutschland und teilweise außer Acht gelassen. In der Literatur finden sich kaum Diskussionen über die unternehmerische Freiheit im Arbeitsrecht. Das AVG ist relativ arbeitnehmerfreundlich ausgestaltet und bietet Unternehmen nur eine begrenzte Flexibilität. Insbesondere kurz vor Inkrafttreten des AVG wurde stark kritisiert, dass der Arbeitgeber in seinem ökonomisch-rationalen Handeln eingeschränkt sei und ihm zu viele Verpflichtungen, wie etwa Abfindungszahlungen und eine Weiterbeschäftigungspflicht auferlegt werden. Auf der anderen Seite kann es auch für den Arbeitgeber von Vorteil sein, wenn dieser stärker an seine Arbeitnehmer gebunden ist. Es fallen keine Kosten für Neueinstellungen und Einarbeitung an,

der Arbeitnehmer bekommt die Möglichkeit, eine Bindung oder Identifikation mit dem Unternehmen aufzubauen. Für den Arbeitgeber kann es lohnenswert sein, in die Weiterbildung des Arbeitnehmers zu investieren.

9. Fazit

Chinas Arbeitsmarkt befindet sich noch immer im Wandel. Der Einfluss des Staates ist weiterhin spürbar, so dass man noch nicht von einem freien und funktionsfähigen Arbeitsmarkt unter marktwirtschaftlichen Bedingungen sprechen kann. In China fehlt es an Arbeitgebervereinigungen, die Rechte und Interessen der Arbeitgeber vertreten sowie an unabhängigen Unternehmensgewerkschaften, die sich für den Arbeitnehmerschutz einsetzen. Dennoch wurde mit dem AVG zumindest nach dem geschriebenen Wort der gesetzlichen Bestimmungen ein Umfang an Kündigungsschutz erreicht, der bemerkenswert ist. Denjenigen, die dem AVG teilweise nur eine Konkretisierung oder Ergänzung der bis dahin geltenden Regelungen zugesprochen haben,³³⁷ ist zu widersprechen. Mit dem AVG ist eine erhebliche Änderung der Rechtslage eingetreten, insbesondere im Bereich des Kündigungsschutzes.³³⁸

Betriebsbedingte Kündigungsgründe sind abschließend in den § 40 Nr. 3 und § 41 AVG festgelegt. Bei § 40 Nr. 3 AVG sollte zutreffender von einer Störung der Geschäftsgrundlage gesprochen werden. Das dortige Kündigungsrecht besteht ausschließlich für solche objektiven Umstände, die unvorhersehbar, unvermeidbar und unbezwingbar sind, namentlich „höhere Gewalt“. Eine Vertragsanpassung geht der Kündigung vor. Aus dem ehemaligen Auffangtatbestand ist damit eine Ausnahmevorschrift geworden.

Konsequent könnte überlegt werden, eine Massenentlassung, die durch höhere Gewalt bedingt ist, ausschließlich nach § 40 Nr. 3 AVG vorzunehmen. Da aufgrund der Vielzahl von Kündigungen aber eine besondere Gefahr bei der Unwirksamkeit der Maßnahme bestehen würde, wäre immer zu empfehlen, solche Entlassungen nach dem Verfahren gemäß § 41 AVG zu behandeln. Jedenfalls hinsichtlich der (unterschiedlichen, aber gleich langen) Ankündigungs- bzw. der Kündigungsfrist von 30 Tagen bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehen keine Abweichungen.

Die betriebsbedingten Gründe einer Massenentlassung finden sich in den vier Fällen des § 41 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 AVG. Vornehmlich sind auch dort äußere,

³³³ Vgl. Julia Tänzler-Motzek (Fn. 332).

³³⁴ Vgl. CHAN Kay-Wah (Fn. 71), S. 27; Wolfgang Däubler/WANG Qian (Fn. 8), S. 355.

³³⁵ Vgl. CHAN Kay-Wah (Fn. 71), S. 28.

³³⁶ Vgl. CHAN Kay-Wah (Fn. 71), S. 27 ff.

³³⁷ Vgl. Li Guang/Roman Frik (Fn. 4), S. 86.

³³⁸ Vgl. Ulrike Glück/Julia Tänzler (Fn. 13), S. 351.

nämlich objektive Umstände, von Bedeutung. Bei der Änderung von Produkten, der Einführung neuer Technologien oder Anpassung der Betriebsweise nach § 41 Abs. 1 Nr. 3 AVG kann es sich allerdings im Gegensatz zu den anderen Fällen um ausschließlich innerbetriebliche Maßnahmen handeln. Dort ist die Zweckmäßigkeit der Entlassung gerichtlich nachprüfbar. Insgesamt ist damit nach dem AVG eine Anknüpfung an äußere, nachprüfbare, objektive Umstände festzustellen im Gegensatz zur freien (subjektiven) unternehmerischen Entscheidung nach deutschem Arbeitsrecht. Die betriebsbedingte Kündigung eines einzelnen Arbeitsverhältnisses, die aus wirtschaftlichen Gründen erfolgt, aber eine Maßnahme nach § 41 AVG darstellt, ist regelmäßig nicht möglich.

Allerdings muss man auch feststellen, dass in der VR China das rechtliche System der betriebsbedingten Kündigung, insbesondere zu Massenentlassungen, verhältnismäßig unklar bleibt. Während in Deutschland bei bestehenden Unklarheiten eine Vielzahl von Kommentaren, Problemvorschlägen und Leitentscheidungen existieren, mangelt es in der VR China an detaillierten Begriffserklärungen und Auslegungen. Trotz der Konkretisierung der gesetzlichen Regeln durch die Durchführungsverordnung des AVG hat der Gesetzgeber versäumt, den wahren Sinn einiger Begriffe zu erläutern. Eine einheitliche Rechtsprechung ist bislang nicht erkennbar, unterschiedliche lokale Bestimmungen kommen hinzu. Möglicherweise wird die weitere Beschäftigung mit der Materie zu der auch gesetzgeberisch beabsichtigten, größeren Vereinheitlichung der Rechtsprechung und der Bestimmungen führen.