

Aktuelle Entwicklungen im chinesischen Arbeitsrecht

I. Einleitung

Das Arbeitsvertragsgesetz vom 29. Juni 2007 hat das chinesische Arbeitsrecht auf eine neue Grundlage gestellt. Es enthält eine Teilkodifikation, die auch Gegenstände wie die Festlegung der Arbeitsordnung und den Abschluss von Tarifverträgen erfasst, die wir zum kollektiven Arbeitsrecht rechnen.¹ Inhaltlich hat es die Rechte des einzelnen Arbeitnehmers deutlich gestärkt.

Einer der Schwerpunkte des Gesetzes lag in der Regelung der Befristung. Diese hatte sich insbesondere im privaten Sektor der Wirtschaft zur Regelform des Arbeitsvertrags entwickelt. Dies war nachteilig für die Lebensplanung der Arbeitnehmer,² brachte jedoch auch für die Arbeitgeberseite Probleme mit sich: Qualifizierte Arbeitskräfte ließen oft unerwartet ihren Arbeitsvertrag auslaufen, weil sich an anderer Stelle ein günstigeres Angebot ergeben hatte. Die hohe Fluktuation machte es relativ unattraktiv, in die Weiterbildung von Beschäftigten zu investieren. Es erhob sich daher relativ wenig Protest dagegen, dass das Arbeitsvertragsgesetz die Befristungsmöglichkeiten drastisch einschränkte. So hat u. a. derjenige einen Anspruch auf einen unbefristeten Arbeitsvertrag, der hintereinander bereits zwei befristete Arbeitsverträge

¹ Näher Binding/Thum RdA 2008, 347 ff.; Däubler/Wang AuR 2008, 85 ff.; Li/Frik NZA 2008, 86 ff.; Seibert, Die Begründung und Beendigung von Arbeitsverhältnissen und Arbeitsverträgen. Eine Darstellung und Analyse der chinesischen Rechtslage, 2012; Brown, Understanding Labor and Employment Law in China, 2010

² Wang Qian, Der Kündigungsschutz nach dem chinesischen Arbeitsvertragsgesetz. Eine vergleichende Analyse mit dem deutschen Recht, 2012, S. 108 ff

mit demselben Arbeitgeber abgeschlossen hatte.³ Viele Arbeitgeber wichen unter diesen Umständen auf Leiharbeit aus. Sie war zwar gleichfalls streng reglementiert, doch ergaben sich insoweit erhebliche Vollzugsdefizite, deren genaue Ursachen sich schwer klären lassen. In der Praxis erhielten Leiharbeitnehmer etwa deutlich geringere Vergütungen als Stammarbeitskräfte, obwohl Art. 63 des Arbeitsvertragsgesetzes (AVG) den Equal Pay - Grundsatz verbindlich festlegte und keinerlei Ausnahmen zuließ. Es wird berichtet, die Gesamtzahl der Leiharbeitnehmer sei von 20 Millionen im Jahre 2008 auf 60 Millionen im Jahre 2011 gestiegen; von den insgesamt 359 Millionen Beschäftigten im städtischen Bereich waren demnach etwa ein Sechstel als Leiharbeitnehmer tätig.⁴ Insoweit sah sich der Gesetzgeber zur Nachbesserung veranlasst, um die dauerhafte Etablierung eines Niedriglohnsektors zu stoppen. Dies geschah durch das Änderungsgesetz zum AVG vom 28.12.2012.⁵

Das AVG bedarf nicht anders als deutsche Gesetze der Konkretisierung, um der Praxis die nötige Orientierungssicherheit zu geben. Dies ist auf der einen Seite Sache des Staatsrats, der am 18. 9. 2008 eine Durchführungsverordnung erlassen hat.⁶ Auf der anderen Seite ist das Oberste Volksgericht (OVG) befugt, „Justizauslegungen“ mit normativer Wirkung zu erlassen,⁷ zu denen in jüngerer Zeit (offiziell als solche bezeichnete) „Leitentscheidungen“ hinzu gekommen sind, die zumindest faktische Bindungswirkung entfalten.⁸ Die Vierte OVG-Auslegung über die Rechtsanwendung in Arbeitsstreitigkeiten vom 1.2.2013⁹ beschäftigt sich

³ Einzelheiten zur Befristungsregelung bei Däubler/Wang RdA 2008, 141 mit Wiedergabe des Gesetzestextes in deutscher Übersetzung

⁴ „Die Gesamtzahl der Leiharbeiter erreicht 60 Millionen, der Status der Arbeiter befindet sich in der Talsohle“ Phönix Wochenzeitung vom 30.11.2011, http://news.ifeng.com/shendu/fhzk/detail_2011_11/30/11010038_0.shtml (eingesehen am 6.2.2013)

⁵ Online: http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2012-12/29/content_1749527.htm (eingesehen am 5.2.2013). Die deutsche Übersetzung ist abgedruckt unten S.

⁶ Im Wortlaut dokumentiert in RdA 2009, 355 ff. mit kurzer Einführung von Däubler/Wang RdA 2009, 353

⁷ Dazu Ahl ZChinR 2007, 251 ff.

⁸ Zu ihnen Ahl ZChinR 2012, 1, 14 ff.

⁹ Im Folgenden als OVG-Auslegung 2013 abgekürzt. Online: http://www.court.gov.cn/qwfb/sfjs/201302/t20130201_181988.htm (eingesehen am 5.2.2013) und in deutscher Übersetzung unten S.

insbesondere mit dem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot sowie mit einigen anderen Anwendungsfragen.¹⁰ Wichtig sind weiter Stellungnahmen und Sitzungsprotokolle über Arbeitsstreitigkeiten der jeweiligen Oberen Volksgerichte auf Provinzebene, die nach dem Inkrafttreten des AVG erlassen wurden.¹¹ Diese sind zwar weder Rechtsakte im Sinne des Gesetzgebungsgesetzes noch Justizauslegungen des OVG, doch sind sie faktisch für die Rechtsprechung in der jeweiligen Provinz maßgebend. Auch hier sind einige Aussagen zum AVG von Interesse.

II. Arbeitnehmerüberlassung

Bei der Beschäftigung von Leiharbeitnehmern gibt es in der Praxis zahlreiche Missstände, die uns keineswegs fremd erscheinen. So wird berichtet, zahlreiche Arbeitgeber hätten ihre Mitarbeiter zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags gezwungen, um sie anschließend mit Hilfe von Leiharbeitsfirmen wieder einzustellen und an ihren früheren Arbeitsplätzen zu geringeren Löhnen weiterzubeschäftigen.¹² Viele Arbeitgeber würden gar keine eigenen Arbeitnehmer mehr rekrutieren, sondern dies einer von ihnen bestimmten Verleihfirma überlassen, von der sie dann die ausgesuchten Bewerber beziehen.¹³ Neben der schlechteren Bezahlung, die viele Arbeitnehmer unter dem Druck der Arbeitslosigkeit akzeptieren, geht es den Arbeitgebern insbesondere darum, unbefristete Arbeitsverträge zu vermeiden und anders als beim Auslaufen normaler befristeter Arbeitsverträge keine Abfindung bezahlen zu müssen.

Der neu gefasste Art. 57 Abs. 1 AVG errichtet eine höhere Schwelle für

¹⁰ Dazu gehören die Rechtsfolgen einer Nichtanhörung der Gewerkschaft vor Ausspruch der Kündigung (§ 12) sowie die Erstreckung der Abfindungspflicht des Arbeitgebers auf den Fall der Geschäftsaufgabe wegen Alters (§ 13). Beide sind aus sich selbst heraus verständlich.

¹¹ Diese müssen aber im Einklang mit der OVG-Auslegung stehen. Daher sind nach Erlass der OVG-Auslegung 2013 abweichende Regelungen unwirksam geworden.

¹² Die Arbeitnehmer werden „verletzt“ durch missbräuchliche Arbeitnehmerüberlassung, Chinese Youth Daily vom 17.7.2012. Online: <http://money.163.com/12/0717/08/86JR4PDA00253B0H.html> (eingesehen am 6.2.2013)

¹³ AaO.

das Betreiben einer Verleihfirma: Diese muss ein Grundkapital von 2.000.000 Yuan (ca. 250.000 Euro) haben, das bei Eintragung ins Handelsregister allerdings nur zu 20 % einbezahlt sein muss.¹⁴ Aus diesem Mindestkapitalerfordernis folgt zugleich, dass natürliche Personen nicht als Verleiher tätig sein können. Außerdem muss die Verleihfirma über die nötigen Geschäftsräume und Verwaltungsressourcen verfügen. Vermutlich will man auf diese Weise unerfahrene und unsolide Personen vom Markt fern halten; gleichzeitig soll dafür gesorgt werden, dass nur solvente Unternehmen dieses Geschäft betreiben. Viel bedeutsamer ist allerdings die Einführung der Erlaubnispflicht durch Art. 57 Abs. 2 AVG. Dabei bleibt freilich unklar, ob die zuständige Behörde allein das Vorliegen der genannten Voraussetzungen prüfen kann oder ob sie die Erlaubnis noch von weiteren Umständen abhängig machen darf. Auch ist nicht geregelt, unter welchen Umständen die Erlaubnis zurückgenommen werden kann. Immerhin ist auf diese Weise aber für die Arbeitsbehörden klar erkennbar, wer sich überhaupt auf diesem Gebiet betätigen darf; Kontrollen werden so entscheidend erleichtert. Bei den Vorarbeiten wurden die deutschen Erfahrungen eingehend ausgewertet.

Das schon bisher in Art. 63 niedergelegte Equal-Pay-Prinzip bleibt aufrecht erhalten. Ob nur „gleiche“ oder auch „ähnliche“ Tätigkeiten im Betrieb als Bezugsgröße dienen, wird nicht ganz deutlich. Für eine eher weite Interpretation spricht, dass im Folgenden der Rückgriff auf Arbeitsplätze in anderen Unternehmen unter der Voraussetzung zugelassen wird, dass es keine „vergleichbaren“ Stellen im Unternehmen gibt. „Vergleichbar“ könnten auch „gleichwertige“ Tätigkeiten sein. Neu ist die Festlegung, dass für Leiharbeiter und Stammbeschäftigte die gleichen Entlohnungsregeln gelten müssen. Diese umfassen auch staatliche Zuschüsse und Sonderzuwendungen des Entleihers.¹⁵ Zu klären ist noch,

¹⁴ Früher wurde 500.000 Yuan als Mindestkapital verlangt.

¹⁵ Insbesondere in staats-eigenen Unternehmen und öffentlichen Institutionen wie Hochschulen machen zusätzliche

ob ein Aufwendungsersatz einbezogen ist, den z. B. öffentliche Bedienstete gegen Vorlage von Quittungen aus Restaurants usw. erhalten, die sich für etwa 5 % ihres Nennwerts käuflich erwerben lassen. Auch muss man sich fragen, inwieweit „Equal Treatment“ eingeschlossen ist, was etwa Arbeitszeit und Urlaub betreffen würde. Weshalb dies nicht ausdrücklich geregelt ist, lässt sich nicht klären; möglicherweise besteht noch zu wenig rechtstechnische Erfahrung bei der Bekämpfung von Umgehungsstrategien.¹⁶

Von Bedeutung ist weiter die Konkretisierung der zulässigen Einsatzbereiche der Leiharbeit in Art. 66 AVG. In Übereinstimmung mit dem bisher geltenden Recht kommt die Arbeitnehmerüberlassung grundsätzlich nur für „vorübergehende, assistierende oder ersetzende Stellen“ in Betracht. An der Tätigkeit anzusetzen, ist ein nachvollziehbarer Gedanke, der neuerdings auch bei uns in Zusammenhang mit dem Merkmal der „vorübergehenden“ Überlassung eine Rolle spielt.¹⁷ Die Abgrenzung ist allerdings schwierig, weshalb diese Vorschrift in der chinesischen Praxis so gut wie keine Rolle gespielt hat. Die Neuregelung hat nun das Wörtchen „grundsätzlich“ gestrichen und die zulässigen Bereiche definiert. Ein „vorübergehender“ Einsatz darf nicht länger als sechs Monate dauern. Ein „ersetzender“ Einsatz liegt vor, wenn sich der eigentliche Stelleninhaber im Urlaub oder in einer Weiterbildungsmaßnahme befindet. „Assistierend“ ist eine Stelle, die nicht zum Kerngeschäft des Unternehmens gehört, sondern dieses nur unterstützt. Hier ergeben sich ersichtlich weite Interpretationsspielräume. Unterstellt, in einem Unternehmen werden Spielzeuge hergestellt, so ist die Tätigkeit an den Fließbändern sicherlich Teil des Kerngeschäfts. Aber

Sozialleistungen oft einen wesentlichen Teil der Vorteile aus, die bisher nur die Stammebelegschaft genießen konnte.

¹⁶ Zum Einfluss der Arbeitgeberseite auf den Gesetzgebungsprozess s. insbes. Zhou ZChinR 2010, 19 ff.

¹⁷ LAG Berlin-Brandenburg v. 19. 12. 2012, 4 TaBV 1163/12 - juris

gilt dies auch für die Personal- und die Rechtsabteilung?¹⁸ Wie ist der Fall zu behandeln, dass ein Unternehmen in mehreren Sektoren tätig ist? Bedeutsamer könnte deshalb die Festlegung einer „Leiharbeitsquote“ durch das Arbeitsministerium werden, die Art. 66 gleichfalls vorsieht, über deren Höhe aber noch nicht entschieden ist.

Schließlich wird die Haftung des Verleihers und des Entleihers bei Gesetzesverstößen verschärft. Wer ohne Erlaubnis diesem Gewerbe nachgeht, verliert sein illegal erworbenes Vermögen und muss zusätzlich eine Geldbuße bezahlen, die das Ein- bis Fünffache des illegal Erworbenen ausmacht. Wer zwar eine Erlaubnis besitzt, aber das Gesetz nicht beachtet, z. B. nicht nach dem Equal-Pay-Prinzip bezahlt, bekommt zunächst einen Bescheid von der Aufsichtsbehörde, dass er sein Verhalten innerhalb einer bestimmten Frist korrigieren möge. Kommt er dem nicht nach, wird ein Bußgeld zwischen 5.000 und 10.000 Yuan pro inkorrekt überlassenem Arbeitnehmer fällig, was nicht nur die Gewinne drastisch reduzieren würde; vielmehr würde auch die Erlaubnis widerrufen und so eine Fortsetzung der Tätigkeit praktisch unmöglich gemacht. Die „Drehtürklausel“ ist dann für die Arbeitgeberseite weiter attraktiv, wenn man den Equal-Pay-Grundsatz eng auslegt und neben der formal gleichen Bezahlung schlechtere Arbeitsbedingungen für Leiharbeitnehmer toleriert; ein spezielles Verbot existiert insoweit nicht.

Die Neuregelung gilt ab 1. 7. 2013. Vorher geschlossene Verträge bleiben bestehen, werden jedoch an das Equal-Pay-Prinzip angepasst. Existierende Verleihunternehmen müssen innerhalb eines Jahres eine Erlaubnis erhalten und ggf. ihr Kapital aufstocken.

¹⁸ So wird etwa die Frage erörtert, ob der Rektor einer Hochschule nicht eigentlich eine assistierende Tätigkeit ausübt, weil er weder lehrt noch forscht (was theoretisch einen „Leih-Rektor“ möglich machen würde).

III. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot

Angesichts der traditionell hohen Fluktuation ist das nachvertragliche Wettbewerbsverbot von großer praktischer Bedeutung. Fünf der insgesamt fünfzehn Paragraphen der OVG-Auslegung 2013 beschäftigen sich mit diesem Thema.

Unterschiedlich wurde zunächst in einzelnen Provinzen die Frage beantwortet, wie mit einem unbezahlten Wettbewerbsverbot umzugehen ist. In der Provinz Zhejiang betrachtete man das Wettbewerbsverbot als nichtig¹⁹, in Jiangsu war es dagegen nur für den Arbeitnehmer unverbindlich²⁰, in Beijing²¹ und Shanghai²² blieb es wirksam, doch hatten Arbeitgeber und Arbeitnehmer nachträglich über die Höhe der Karenzentschädigung zu verhandeln. Nunmehr sieht § 6 der OVG-Auslegung 2013 vor, dass der Arbeitnehmer in diesem Fall eine Karenzentschädigung verlangen kann, sofern er das Wettbewerbsverbot einhält. Diese beträgt 30% des durchschnittlichen Monatsgehalts, das er in den letzten zwölf Monaten vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses erhalten hat.²³ Man begründet dies damit, die Nichtigkeit könne für den Arbeitnehmer ungünstig sein, falls er das Wettbewerbsverbot gegen sich gelten lassen und eine Karenzentschädigung verlangen wolle.²⁴ Allerdings bleibt unklar, ob der Arbeitnehmer auch die Nichtigkeitsvariante wählen und seine Arbeitskraft frei verwerten kann.

¹⁹ Siehe § 40 von „Einige Meinungen über die Rechtsprechung zu Arbeitsstreitigkeiten“ des Oberen Volksgerichts der Provinz Zhejiang vom 16.4.2009. Online: <http://shlx.chinalawinfo.com/newlaw2002/> (eingesehen am 30.1.2013)

²⁰ Siehe § 13 von „Leitende Meinungen über die Rechtsprechung von Arbeitsstreitigkeiten“ des Oberen Volksgerichts und der Schiedskommission für Arbeitsstreitigkeiten der Provinz Jiangsu vom 14.12.2009. Online: <http://shlx.chinalawinfo.com/newlaw2002/> (eingesehen am 30.1.2013)

²¹ Siehe § 38 von „Sitzungsprotokoll über die Rechtsanwendung in der Rechtsprechung von Arbeitsstreitigkeiten“ des Oberen Volksgerichts und des Schiedskommission für Arbeitsstreitigkeiten der Stadt Beijing vom 17.8.2009. Online: <http://shlx.chinalawinfo.com/newlaw2002/> (eingesehen am 30.1.2013)

²² Siehe § 13 von „Einige Meinungen über die Anwendung des Arbeitsvertragsrechts“ des Oberen Volksgerichts der Stadt Shanghai vom 3.3.2009. Online: <http://shlx.chinalawinfo.com/newlaw2002/> (eingesehen am 30.1.2013). Beijing und Shanghai haben dieselbe Rechtsstellung wie eine Provinz.

²³ Ein neuer Verdienst wird nicht angerechnet. Liegen die 30 % unter dem regionalen Mindestlohn, ist dieser geschuldet.

²⁴ [Pressemitteilung der ersten Zivilkammer des OVG vom 31.1.2013, Online: http://china.cnr.cn/gdgg/201301/t20130131_511900382.shtml](http://china.cnr.cn/gdgg/201301/t20130131_511900382.shtml) (eingesehen am 7.2.2013)

Was kann der Arbeitnehmer tun, falls der Arbeitgeber zwar eine Karenzentschädigung zugesagt hat, diese aber nicht bezahlt? In der lokalen Rechtsprechung hat es dazu eine durchaus vernünftige Lösung gegeben. In Shenzhen²⁵ konnte der Arbeitnehmer innerhalb von 30 Tagen nach der ausbleibenden Zahlung wählen, ob er die gesamte Karenzentschädigung als Einmalbetrag verlangen oder sich durch Erklärung gegenüber dem Arbeitgeber vom Wettbewerbsverbot lossagen wollte. § 8 der OVG-Auslegung 2013 kommt jedoch den Arbeitgeberinteressen stärker entgegen, da der Arbeitnehmer die Aufhebung des Wettbewerbsverbots erst verlangen kann, wenn der Arbeitgeber aus Gründen, die von ihm zu vertreten sind, drei Monate lang keine Karenzentschädigung bezahlt hat. Dies wird von Kritikern als Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben angesehen, weil sich der Arbeitnehmer in einer Situation der Unsicherheit weiter an das Wettbewerbsverbot halten muss: Dies stellt eine unangemessene Einschränkung seiner Berufsfreiheit dar, weil er nicht nur ohne sicheres Einkommen bleibt, sondern auch durch langes Abwarten berufliche Chancen verlieren kann.

Die Arbeitgeberseite wird sich vermutlich auch über § 9 der OVG-Auslegung 2013 freuen. Ihr wird durch diese Bestimmung die Möglichkeit eingeräumt, ohne besonderen Grund auf das Wettbewerbsverbot zu verzichten und als Ausgleich lediglich eine Karenzentschädigung für drei Monate zu bezahlen. Die Zustimmung des Arbeitnehmers wird nicht verlangt, obwohl er oft im Hinblick auf das Wettbewerbsverbot schon Dispositionen getroffen, beispielsweise das günstige Angebot eines Konkurrenten des Arbeitgebers ausgeschlagen hat.

²⁵ Siehe § 108 der „Einige Meinungen über die Rechtsprechung von Arbeitsstreitigkeiten“ des Mittleren Volksgerichts der Stadt Shenzhen vom 15.4.2009. Online: <http://shlx.chinalawinfo.com/newlaw2002/> (eingesehen am 30.1.2013)

§ 7 der OVG-Auslegung 2013 stellt klar, dass Existenz und Wirkung des Wettbewerbsverbots nicht davon abhängen, auf welche Art und Weise das Arbeitsverhältnis beendet wurde; auch rechtswidrige Kündigungen genügen.²⁶ Selbst wenn der Arbeitnehmer nach § 38 AVG wegen vertragswidrigen Verhaltens des Arbeitgebers zur Kündigung gezwungen war, ist er weiter an ein vereinbartes Wettbewerbsverbot gebunden. Verstößt der Arbeitnehmer dagegen, ist er nach § 10 der OVG-Auslegung 2013 auch nach Bezahlung der für einen solchen Fall vorgesehenen Vertragsstrafe weiter zur Einhaltung des Wettbewerbsverbots verpflichtet.

IV. Befristungskontrolle

Um der durch das AVG geschaffenen Pflicht zum Abschluss von unbefristeten Arbeitsverträgen zu entgehen, haben sich verschiedene Praktiken entwickelt. Neben der oben genannten Beschäftigung von Leiharbeitnehmern stehen die vom Arbeitgeber initiierte Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses sowie der Abschluss von Arbeitsverträgen mit verschiedenen Konzernunternehmen. In den Provinzen Guangdong²⁷ und Shandong²⁸ werden die Zeiten der Betriebszugehörigkeit und die Zahl der befristeten Arbeitsverhältnisse auch in solchen Fällen addiert, so dass es zu unbefristeten Arbeitsverhältnissen kommt. § 5 der OVG-Auslegung ergänzt dies um den Fall, dass das Arbeitsverhältnis auf einen neuen Unternehmer übergeht.

²⁶ [Pressemitteilung der ersten Zivilkammer des OVG vom 31.1.2013. Online: http://china.cnr.cn/gdgg/201301/t20130131_511900382.shtml](http://china.cnr.cn/gdgg/201301/t20130131_511900382.shtml) (eingesehen am 7.2.2013)

²⁷ Siehe § 22 der „Leitenden Meinungen über die Anwendung des Arbeitsvertragsgesetzes und des Gesetz zur Schlichtung und Schiedsverfahren in Arbeitsstreitigkeiten“ des Oberen Volksgerichts und der Schiedskommission für Arbeitsstreitigkeiten der Provinz Guangdong vom 23.6.2008. Online: <http://shlx.chinalawinfo.com/newlaw2002/> (eingesehen am 30.1.2013)

²⁸ Siehe § 27 von „Einige Meinungen über die Anwendung des Arbeitsvertragsgesetzes und des Gesetzes über Schlichtung und Schiedsverfahren in Arbeitsstreitigkeiten“ des Oberen Volksgerichts und der Schiedskommission für Arbeitsstreitigkeiten der Provinz Shandong vom 6.4.2010. Online: <http://shlx.chinalawinfo.com/newlaw2002/> (eingesehen am 30.1.2013)

Oft wird in der Praxis die weitere Frage gestellt, ob der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags auch dann hat, wenn er die zehnjährige Betriebszugehörigkeit (die einen Anspruch auf Entfristung gibt) während der Zeit eines Beendigungsverbots erreicht. Arbeitet beispielweise eine Arbeitnehmerin seit 1.1.2000 beim selben Arbeitgeber und sollte ihr Arbeitsvertrag eigentlich am 30.9.2009 auslaufen, befand sie sich aber vom 30.8.2009 bis zum 30.1.2010 in der sog. gesetzlichen Behandlungszeit,²⁹ so hat sie an sich die Zehn-Jahres-Frist überschritten, da sich nach § 45 i. V. m. 42 Nr. 3 AVG ihr Arbeitsvertrag automatisch bis zum 30.1.2010 verlängert. Ob auch dies für einen Anspruch auf Abschluss eines unbefristeten Vertrags ausreicht, wird in der Rechtsprechung der Provinzen unterschiedlich beurteilt. Während dieser Anspruch in den Provinzen Shandong³⁰ und Jiangsu³¹ anerkannt wird, geht man in Shanghai³² davon aus, dass die automatische Vertragsverlängerung nur die besondere Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers in der konkreten Situation berücksichtigen wolle, aber nichts mit dem Problem der Entfristung zu tun habe.

V. Zwang zum schriftlichen Arbeitsvertrag

Nach § 10 AVG muss spätestens innerhalb eines Monats nach Antritt der Arbeit ein schriftlicher Arbeitsvertrag abgeschlossen werden, der auch Voraussetzung für die Einbeziehung in die Sozialversicherung ist. Lässt der Arbeitgeber diese Frist verstreichen, muss er ab dem zweiten Monat das Zweifache des (mündlich) vereinbarten Arbeitsentgelts an den

²⁹ Die „gesetzliche Behandlungszeit“ hängt von der Art der Krankheit und der Dauer der Betriebszugehörigkeit ab. Näher Wang Qian (oben Fn 2) S. 209 ff.

³⁰ Siehe § 25 der „Einige Meinungen über die Anwendung des Arbeitsvertragsgesetzes und des Gesetz zur Schlichtung und Schiedsverfahren in Arbeitsstreitigkeiten“ des Oberen Volksgerichts und der Schiedskommission für Arbeitsstreitigkeiten der Provinz Shandong vom 6.4.2010. Online: <http://shlx.chinalawinfo.com/newlaw2002/> (eingesehen am 30.1.2013)

³¹ Siehe § 9 von „Leitende Meinungen über die Rechtsprechung von Arbeitsstreitigkeiten“ des Oberen Volksgerichts und der Schiedskommission für Arbeitsstreitigkeiten der Provinz Jiangsu vom 14.12.2009. Online: <http://shlx.chinalawinfo.com/newlaw2002/> (eingesehen am 30.1.2013)

³² Siehe § 4 von „Einige Meinungen über die Anwendung des Arbeitsvertragsrechts“ des Oberen Volksgerichts der Stadt Shanghai vom 3.3.2009. Online: <http://shlx.chinalawinfo.com/newlaw2002/> (eingesehen am 30.1.2013)

Arbeitnehmer bezahlen. Ist er nach Ablauf eines Jahres seiner Pflicht zum Abschluss eines schriftlichen Arbeitsvertrags immer noch nicht nachgekommen, gilt ein unbefristeter Arbeitsvertrag als vereinbart. In der lokalen Rechtsprechung werden diese Grundsätze entsprechend angewandt, wenn ein schriftlicher Arbeitsvertrag ausgelaufen ist und der Arbeitnehmer beim selben Arbeitgeber weiter beschäftigt wird.³³ § 11 der OVG-Auslegung 2013 bezieht nunmehr die Änderungsverträge ein.

Kurz nach Inkrafttreten des AVG ist es vorgekommen, dass Arbeitnehmer ihre Mitwirkung verweigerten, um die Sozialbeiträge zu sparen und das doppelte Gehalt zu beziehen. Als Reaktion darauf sieht § 5 der Durchführungsverordnung zum AVG vor, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung und ohne Abfindung beenden kann, falls der Arbeitnehmer trotz der Aufforderung den Vertragsschluss ablehnt. Diese Regelung ist aber problematisch, wenn der Arbeitnehmer seine Unterschrift verweigert, weil der angebotene Vertrag schlechtere Bedingungen als der mündlich vereinbarte enthält. Aus diesem Grund ist es sinnvoll, dass man in Shanghai³⁴ diese Regelung nur dann anwendet, wenn die Parteien nach Treu und Glauben gehandelt haben.

VI. Arbeitsordnung

Während in Deutschland Regelungen über soziale und personelle Angelegenheiten in Betriebsvereinbarungen festgelegt werden, sind sie in China Gegenstand der Arbeitsordnung. Über diese muss nach § 4 AVG mit der Gewerkschaft verhandelt werden. Lässt sich keine Einigung erreichen, wird die Arbeitsordnung einseitig vom Arbeitgeber festgesetzt und deshalb

³³ Siehe z.B. § 28 der „Sitzungsprotokolls über die Rechtsanwendung in der Rechtsprechung von Arbeitsstreitigkeiten“ des Oberen Volksgerichts und der Schiedskommission für Arbeitsstreitigkeiten der Stadt Beijing vom 17.8.2009. Online: <http://shlx.chinalawinfo.com/newlaw2002/> (eingesehen am 30.1.2013) und § 13 der „Leitenden Meinungen über die Rechtsprechung von Arbeitsstreitigkeiten“ des Oberen Volksgerichts und der Schiedskommission für Arbeitsstreitigkeiten der Provinz Jiangsu vom 14.12.2009. Online: <http://shlx.chinalawinfo.com/newlaw2002/> (eingesehen am 30.1.2013)

³⁴ Siehe § 2 der „Einige Meinungen über die Anwendung des Arbeitsvertragsrechts“ des Oberen Volksgerichts der Stadt Shanghai v. 3.3.2009. Online: <http://shlx.chinalawinfo.com/newlaw2002/> (eingesehen am 30.1.2013)

bisweilen als Mittel der „Diktatur in der eigenen Fabrik“ apostrophiert. Um solchen Erscheinungen entgegenzuwirken, konnte die Arbeitsordnung schon nach § 19 der Ersten OVG-Auslegung über die Rechtsanwendung in Arbeitsstreitigkeiten vom 22.3.2001³⁵ nur dann als Grundlage einer gerichtlichen Prüfung dienen, wenn sie im Wege eines demokratischen Verfahrens erlassen wurde, nicht gegen Gesetze, Rechtsnormen des Staatsrats sowie andere Vorschriften verstieß und den Arbeitnehmern gegenüber bekannt gemacht wurde. Um die Arbeitnehmerseite stärker an der Schaffung der Arbeitsordnung zu beteiligen, wollte man im ersten Entwurf des AVG eine Mitbestimmung der Arbeitnehmerseite vorsehen,³⁶ doch ließ sich dies wegen der Proteste der Arbeitgeberseite nicht durchsetzen.³⁷ Es bleibt bei der bloßen Verhandlungspflicht.

In der lokalen Rechtsprechung ist eine eher arbeitgeberfreundliche Abweichung zu beobachten. In den Provinzen Guangdong³⁸ und Zhejiang³⁹ kann die Arbeitsordnung beispielsweise auch ohne ein „demokratisches Verfahren“ als Rechtsgrundlage herangezogen werden, falls sie bekannt gemacht wurde, nicht gegen Gesetze usw. verstößt und nicht offenbar unangemessen ist. Dies erinnert ein wenig an die deutsche Billigkeitskontrolle nach § 106 GewO.

VII. Arbeitserlaubnis für ausländische Arbeitnehmer

Bereits die „Regeln über die Verwaltung der Beschäftigung von Ausländern in China“⁴⁰ vom 22.1.1996 sahen vor, dass ein Ausländer für eine Arbeit in

³⁵ http://www.sz.gov.cn/cn/xxgk/zcjd/200810/t20081008_89496.htm (eingesehen am 5.2.2013)

³⁶ Das Büro für Verwaltungsrecht des Rechtskomitees des Ständigen Ausschusses des NVK, Dokumente zum Entwurf des Arbeitsvertragsgesetzes, Beijing 2006, S. 43f.

³⁷ Yang Jingyu/Xin Chunying, Auslegungen des Arbeitsvertragsgesetzes der VR China, Beijing 2007, S. 330.

³⁸ Siehe § 20 der „Leitenden Meinungen über die Anwendung des Arbeitsvertragsgesetzes und des Gesetzes zur Schlichtung und zu Schiedsverfahren in Arbeitsstreitigkeiten“ des Oberen Volksgerichts und der Schiedskommission für Arbeitsstreitigkeiten der Provinz Guangdong vom 23.6.2008. Online: <http://shlx.chinalawinfo.com/newlaw2002/> (eingesehen am 30.1.2013)

³⁹ Siehe § 34 von „Einige Meinungen über die Rechtsprechung von Arbeitsstreitigkeiten“ des Oberen Volksgerichts der Provinz Zhejiang vom 16.4.2009. Online: <http://shlx.chinalawinfo.com/newlaw2002/> (eingesehen am 30.1.2013)

⁴⁰ http://www.jshrss.gov.cn/jyzjy/rjy/zcfg/200710/t20071015_12794.htm (eingesehen am 6.2.2013)

der Volksrepublik China in der Regel eine gültige Arbeitserlaubnis benötigte. Eine abhängige Tätigkeit ohne Arbeitserlaubnis hat die Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags zur Folge; die Beschäftigung wird nicht als Arbeitsverhältnis, sondern als Dienstverhältnis angesehen. Die arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften finden deshalb keine Anwendung. Dies wird durch § 14 der OVG-Auslegung 2013 ausdrücklich bestätigt – auch dies eine Klarstellung, die die Handhabung des Gesetzesrechts erleichtern soll.

Veröffentlicht in: Recht der Arbeit (RdA)