

» Entwicklungen im chinesischen Arbeitsrecht

Aktuelles zu Leiharbeit, Wettbewerbsverbot,
Kündigung und Befristung



Seit zum 1. Januar 2008 das Arbeitsvertragsgesetz in Kraft getreten ist, ist Bewegung in das chinesische Arbeits- und Sozialversicherungsrecht gekommen. Die Abfederung des sozialen Gefälles steht ganz oben auf der Agenda des aktuellen Fünfjahresplanes, und vor diesem Hintergrund wird in China auch die Weiterentwicklung des Arbeitsrechts mit enormer Geschwindigkeit vorangetrieben. Im Folgenden sollen einzelne praxisrelevante Bereiche erörtert werden. Ausgehend von der Frage, wer als Arbeitgeber in Betracht kommt, sollen zunächst die Neuerungen im Arbeitsvertragsgesetz dargestellt werden. Weiter sollen die rechtlichen Möglichkeiten, Mitarbeiter durch verlängerte Kündigungsfristen und nachvertragliche Wettbewerbsverbote zu binden, erläutert werden. Zum Abschluss wird ein Einblick in die Themen Kündigung und Befristung gegeben. Dabei soll der Schwerpunkt auf den aktuellen Entwicklungen liegen.

1. Oft stellt sich für ausländische Investoren die Frage, wer in China überhaupt Arbeitsverträge abschließen darf, soll oder muss.

Das Arbeitsvertragsgesetz bestimmt, dass als Arbeitgeber im Sinne des Gesetzes alle Unternehmen in China in Betracht kommen. Das schließt ausländisch investierte Gesellschaften ein. Diese können ihre Arbeitsverhältnisse im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben also selbst gestalten und eigene Arbeitsverträge abschließen.

Die Einschaltung lokaler Personaldienstleister, wie beispielsweise FESCO oder China Star, um zwei bekannte Namen zu nennen, ist hierzu nicht erforderlich und insbesondere nach der Änderung des Arbeitsvertragsgesetzes, die zum 1. Juli 2013 in Kraft getreten ist, nur noch sehr eingeschränkt empfehlenswert. Bei der Gesetzesänderung – übrigens der ersten Änderung des Arbeitsvertragsgesetzes seit dessen Inkrafttreten im Jahr 2008 überhaupt – ging es darum, Leiharbeit zugunsten regulärer Arbeitsverhältnisse einzudämmen. In den letzten Jahren kam es verstärkt zum Einsatz von Leiharbeiternehmern. Vielfach wurde diese Konstruktion gezielt dazu genutzt, die hohen Anforderungen des Arbeitsvertragsgesetzes, insbesondere in den Bereichen Befristung und Kündigungsgründe, zu umgehen.

Neben erhöhten Anforderungen an den Betrieb von Personalvermittlungsagenturen wird in der neuen Gesetzesfassung der Grundsatz „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ wiederholt. Die wichtigste Neuerung ist jedoch, dass Leiharbeit in Zukunft ausschließlich für vorübergehende Einsätze sowie für Hilfs- oder Ersatzpositionen zulässig sein wird. Die bislang geltende Regelung sprach lediglich davon, dass Leiharbeit sich „in der Regel“ auf vorübergehende, auf Hilfs- oder Ersatzpositionen beschränken soll. In der Praxis wurde dies aufgrund der weichen Formulierung sehr weit ausgelegt bzw. größtenteils gar nicht geprüft. In der neuen

Fassung ist genau definiert, dass als „vorübergehend“ lediglich ein Einsatz von maximal sechs Monaten zu qualifizieren ist und dass Hilfspositionen solche sind, in denen Dienstleistungen für die Abteilungen erbracht werden, die das Kerngeschäft des jeweiligen Unternehmens ausführen. Bei den Ersatzpositionen geht es um die Vertretung von Mitarbeitern, die für einen begrenzten Zeitraum, z.B. wegen Mutterschutzes oder einer sonstigen Beurlaubung, vertreten werden sollen. Das bedeutet, dass Arbeitgeber Leiharbeiter in Zukunft in ihrem Kerngeschäft nicht mehr über einen längeren Zeitraum werden einsetzen können.

Die Nutzung von Personaldienstleistern im Rahmen der Lohnabrechnung ist von den neuen Regelungen nicht berührt. Solange eigene Arbeitsverträge abgeschlossen werden, können im Rahmen der Personalverwaltung ohne weiteres Dienstleistungen an lokale Agenturen ausgelagert werden.

Eine besondere Situation besteht nach wie vor für ausländische Unternehmen, die lediglich Repräsentanzbüros in China unterhalten. Repräsentanzbüros dürfen nicht selbst Arbeitsverträge mit ihren Mitarbeitern abschließen. Sie müssen chinesische Mitarbeiter weiterhin zwingend über Personaldienstleister beschäftigen und dürfen dies auch. Ausländische Mitarbeiter können von der Muttergesellschaft an das Repräsentanzbüro entsandt werden und erhalten eine Arbeits- und Aufenthaltsgenehmigung, wenn sie als Representative oder als Chief Representative eingetragen sind. Eine Anstellung ausländischer Mitarbeiter über chinesische Personaldienstleister ist hingegen nicht zulässig.

2. Selbst gestaltete Arbeitsverträge bergen den großen Vorteil, dass im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten Regelungen getroffen werden können, um dem in China in den meisten Branchen sehr präsenten Problem der Mitarbeiterfluktuation entgegenzuwirken. Aus Sicht des Personalmanagements gibt es natürlich eine Reihe von kreativen Möglichkeiten, im umkämpften chinesischen Markt Arbeitnehmer zu gewinnen und zu halten. Rechtliche Grenzen bestehen in diesem Bereich vor allem bei der Länge der Kündigungsfrist und der Vereinbarung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote.

- a. Gemäß Artikel 37 Arbeitsvertragsgesetz kann der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis jederzeit unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist von 30 Tagen beenden. Nach Maßgabe des Rundschreibens des Arbeitsministeriums Lao Bu Fa (1996) Nr. 355 („Rundschreiben des Arbeitsministeriums“) kann die Kündigungsfrist jedoch vertraglich auf bis zu sechs Monate verlängert werden. Voraussetzung ist zum einen, dass der Arbeitnehmer einer Geheimhaltungsverpflichtung unterliegt. Zum anderen lesen die für arbeitsrechtliche Streitigkeiten





in erster Instanz zuständigen Schiedsgerichte aus dem Rundschreiben des Arbeitsministeriums mehrheitlich ein Alternativverhältnis zur Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots heraus. Der Arbeitgeber sollte sich daher entscheiden, welche der beiden Regelungen für den jeweiligen Arbeitnehmer am ehesten den gewünschten Erfolg verspricht.

In der Praxis der Schiedsgerichte hat sich in den letzten Jahren allerdings vielfach die Meinung durchgesetzt, die verlängerte Kündigungsfrist sei entgegen der eindeutigen Bestimmung im genannten Rundschreiben des Arbeitsministeriums im Streitfall nicht (mehr) anzuerkennen. Begründet wird dies unter Hinweis auf das neuere Arbeitsvertragsgesetz, dessen Bestimmungen mit Blick auf

das Regelungsziel des Arbeitnehmerschutzes als unabdingbar gelten sollen. Das Arbeitsvertragsgesetz selbst enthält keine Regelung zur Frage der Verlängerung der Kündigungsfrist, schließt eine Verlängerung aber auch nicht aus. Für die Weitergeltung des Rundschreiben des Arbeitsministeriums spricht, dass sich die Regelung zur Länge der gesetzlichen Kündigungsfrist inhaltlich seit 1996 nicht geändert hat. Auch unter dem damaligen Arbeitsgesetz von 1995 galt für die ordentliche Kündigung durch den Arbeitnehmer eine Frist von 30 Tagen.

Es stellt sich die Frage, welche Konsequenz daraus erwächst, wenn entgegen der oben genannten Auffassung dennoch eine längere Kündigungsfrist vereinbart wird. Ist die Verlängerung unwirksam, gilt die gesetzliche Regelung. Im schlimmsten Fall sind die Vertragsparteien folglich so gestellt, als sei von Anfang an die gesetzliche Kündigungsfrist von 30 Tagen vereinbart worden.

Es spricht also nicht viel dagegen, trotz der nicht ganz eindeutigen Rechtslage bei Bedarf längere Kündigungsfristen zu vereinbaren. Dabei ist allerdings zu beachten, dass der Arbeitgeber in jedem Fall an die vereinbarte längere Frist gebunden ist, da hier kein zwingendes Arbeitnehmerschutzrecht entgegensteht. Rein rechtlich ist es in China alternativ auch möglich, für den Arbeitgeber und den Arbeitnehmer unterschiedlich lange Fristen zu vereinbaren und tatsächlich nur die Kündigungsfrist des Arbeitnehmers zu verlängern.

Zumindest für die Provinz Jiangsu hat der lokale Gesetzgeber die Streitfrage jetzt geklärt. Die Arbeitsvertragsregeln der Provinz Jiangsu, die zum 1. Mai 2013 in Kraft getreten sind, bestimmen ganz klar, dass eine Verlängerung der Kündigungsfrist auf bis zu sechs Monate zulässig ist. Die entsprechende Bestimmung setzt allerdings voraus, dass der Arbeitnehmer tatsächlich Zugang zu vertraulichen Informationen des Arbeitgebers hat. Dies soll eine standardmäßige Verbindung einer längeren Kündigungsfrist mit einer formalen Geheimhaltungsklausel verhindern.

- b. Ein Wettbewerbsverbot, das dem Arbeitnehmer während der Laufzeit des Arbeitsvertrags eine Konkurrenzfähigkeit verbietet, ist ohne weiteres zulässig.

Bei der Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots sind indes einige Anforderungen zu beachten. Gemäß Artikel 24 Arbeitsvertragsgesetz darf für Mitarbeiter in Geschäfts-führungspositionen und in leitenden technischen Positionen sowie für „sonstige Mitarbeiter, die einer Geheimhaltungsverpflichtung unterliegen“,

ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart werden. Die Auslegung der Vorschrift ist nicht ganz eindeutig. Nach dem Wortlaut werden neben den genannten leitenden Angestellten auch sonstige Mitarbeiter in den Anwendungsbereich einbezogen, sofern sie nur einer Geheimhaltungsverpflichtung unterliegen. Dies würde bedeuten, dass die Vertragspartner den persönlichen Anwendungsbereich durch entsprechende Vereinbarung letztlich selbst eröffnen können.

Nach anderer Ansicht müssen die „sonstigen Mitarbeiter“ mit den vorgenannten Positionen vergleichbar sein, indem sie entweder eine leitende Position innehaben oder zumindest tatsächlich über Zugang zu Betriebsgeheimnissen verfügen. Gestützt wird diese Auffassung dadurch, dass bereits Artikel 23 Abs. 2 Arbeitsvertragsgesetz den Bestand einer Geheimhaltungsverpflichtung als Voraussetzung für ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot normiert, so dass der in Artikel 24 Arbeitsvertragsgesetz bestimmte persönliche Anwendungsbereich im Ergebnis leer laufen würde. Für die enge Auslegung spricht zudem der Gedanke des Arbeitnehmerschutzes, der dem Arbeitsvertragsgesetz zugrunde liegt.

Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot darf für eine Laufzeit von maximal zwei Jahren vereinbart werden.

Gemäß Artikel 23 Abs. 2 Arbeitsvertragsgesetz ist weitere Voraussetzung für die Wirksamkeit eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer während der Dauer des Wettbewerbsverbots eine monatliche Karenzentschädigung zahlt. Gesetzliche Bestimmungen zur Höhe der Entschädigung existieren auf nationaler Ebene bislang nicht. Lediglich in einzelnen Provinzen ist ein Minimum festgelegt.

Die Thematik wird jedoch recht konkret von der Interpretation des obersten Gerichtshofs zu Fragen des Arbeitsrechts (Teil IV) („Interpretation IV“), die seit dem 1. Februar 2013 Wirkung entfaltet, aufgenommen. Die Interpretation IV legt zwar nicht eindeutig eine Untergrenze für die Berechnung der Karenzentschädigung fest. Sie bestimmt jedoch, dass ein Standard von 30 Prozent des Durchschnittsgehalts der letzten zwölf Monate zu zahlen ist, wenn im Vertrag keine Regelung zur Höhe der Entschädigung enthalten ist, und bietet damit auch für die Frage einer angemessenen Vereinbarung einen guten Anhaltspunkt.

Ist eine Karenzentschädigung nicht vereinbart, kann nach Maßgabe der Interpretation IV zumindest der Arbeitnehmer die Klausel dennoch geltend machen und die Zahlung der Entschädigung

fordern, wenn er sich an das Wettbewerbsverbot hält. Die Interpretation IV bestimmt hingegen nicht, dass im selben Fall auch der Arbeitgeber die Beachtung des Wettbewerbsverbots verlangen kann, wenn der Arbeitnehmer keine Entschädigung annimmt, sondern sich stattdessen auf die Unwirksamkeit der Klausel beruft.

Ist das Wettbewerbsverbot wirksam, d.h. einschließlich einer Entschädigung, vereinbart, kann der Arbeitnehmer das Verbot erst dann aufkündigen, wenn der Arbeitgeber drei Monate mit der Entschädigungszahlung im Rückstand liegt. Der Arbeitgeber kann das Wettbewerbsverbot auch noch während dessen Laufzeit jederzeit kündigen, ist in diesem Fall aber verpflichtet, drei monatliche Entschädigungszahlungen zu leisten.

3. Nach chinesischem Recht enden Arbeitsverhältnisse entweder einvernehmlich, durch Kündigung oder durch Ablauf eines wirksam befristeten Vertrags.
 - a. Eine arbeitgeberseitige Kündigung ist nur dann möglich, wenn einer der im Gesetz vorgesehenen Gründe für eine ordentliche oder eine fristlose Kündigung vorliegt.

Der Kündigungsschutz kann vertraglich nicht ausgeschlossen werden. Eine arbeitgeberseitige ordentliche Kündigung ist zulässig

- wenn der Arbeitnehmer nach Ablauf der Karenzzeit für medizinische Behandlungen seinen ursprünglichen Arbeitsplatz nicht mehr ausfüllen kann und auch nicht in der Lage ist, eine andere Arbeit, die ihm vom Arbeitgeber zugewiesen wurde, auszuführen;
- bei Schlechtleistung, sofern der Arbeitnehmer noch einmal weitergebildet oder auf eine andere Position versetzt wurde; oder
- wenn die objektiven Umstände, die die Parteien zum Zeitpunkt des Arbeitsvertragsschlusses zugrunde gelegt haben, sich geändert haben und die Erfüllung des Arbeitsvertrags dadurch unmöglich wird. In diesem Fall muss zunächst versucht werden, den Vertragsinhalt einvernehmlich abzuändern. Eine Kündigung ist nur dann zulässig, wenn eine Weiterbeschäftigung trotz der geänderten objektiven Umstände nicht möglich ist.

Besondere Anforderungen müssen bei einer Massenentlassung beachtet werden. Dies ist der Fall, wenn entweder mindestens 20 Mitarbeiter oder mindestens zehn Prozent der Belegschaft entlassen werden.

Eine außerordentliche Kündigung ist zulässig, wenn



- der Arbeitnehmer die Regeln und internen Vorschriften des Arbeitgebers in erheblicher Weise verletzt;
- der Arbeitnehmer in schwerwiegender Weise seine Pflichten vernachlässigt und dadurch erheblichen Schaden für den Arbeitgeber verursacht;
- der Arbeitnehmer gleichzeitig mit einem anderen Arbeitgeber ein Beschäftigungsverhältnis eingeht, das die Erfüllung seiner Aufgaben mit dem Arbeitgeber erheblich beeinträchtigt; oder
- der Arbeitnehmer strafrechtlich verfolgt wird.

Der praktisch wichtigste außerordentliche Kündigungsgrund ist der Verstoß gegen die Regeln und internen Vorschriften des Arbeitgebers. Schwierig ist in diesem Fall jedoch oft schon der Nachweis, dass eine entsprechende Regel bestand. Ganz überwiegend lassen die Arbeitsschiedsgerichte nur solche Regeln gelten, die in ordnungsgemäß zustande gekommenen Arbeitnehmerhandbüchern enthalten sind.

Gemäß Artikel 43 Arbeitsvertragsgesetz ist vor jeder arbeitgeberseitigen Kündigung die Gewerkschaft anzuhören. Die Gewerkschaften sind in China hierarchisch organisiert. An der Basis stehen Gewerkschaftsorganisationen auf Betriebsebene, die den regionalen Gewerkschaftsorganisationen unterstellt sind.

Unklar ist bislang, ob die Gewerkschaftsbeteiligung auch dann gilt, wenn im Unternehmen selbst keine Gewerkschaftsorganisation besteht. Teilweise wird vertreten, dass in diesem Fall die nächsthöhere Stelle zuständig ist. In Jiangsu legen die Arbeitsvertragsregeln der Provinz Jiangsu dies nun seit dem 1. Mai 2013 verbindlich fest. Auch das oberste Volksgericht bestätigt grundsätzlich das Erfordernis der Gewerkschaftsbeteiligung. Es bestimmt jedoch in der Interpretation IV, dass diese bis zum Abschluss des schiedsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden kann, und nimmt der Regelung damit ihre Brisanz.

- b. Arbeitsverträge können nach chinesischem Recht grundsätzlich auch befristet abgeschlossen werden.

Gemäß Artikel 44 Abs. 1 Arbeitsvertragsgesetz endet ein befristetes Arbeitsverhältnis regelmäßig zum Ende seiner Laufzeit. Allerdings gilt dies nicht, wenn ein Kündigungshindernis, wie beispielsweise eine Schwangerschaft oder eine während der Laufzeit des Arbeitsvertrags erworbene Berufskrankheit, vorliegt. In diesem Fall wird das Arbeitsverhältnis fortgeführt, bis die Umstände, die das Kündigungshindernis begründen, nicht mehr gegeben sind.

Allerdings hat der Arbeitnehmer unter bestimmten Voraussetzungen Anspruch auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags. Der praktisch wichtigste Fall ist in Artikel 14 Ziff. 3 Arbeitsvertragsgesetz geregelt. Danach muss ein unbefristeter Vertrag dann abgeschlossen werden, wenn das Arbeitsverhältnis nach Ablauf zweier befristeter Verträge nochmals verlängert werden soll. Schwierig wird diese Bestimmung dadurch, dass sie in den verschiedenen Regionen Chinas sehr unterschiedlich interpretiert wird. Mancherorts, wie etwa in der Provinz Jiangsu, ist der Anspruch auf ein unbefristetes Arbeitsverhältnis bereits mit Abschluss eines zweiten befristeten Vertrags angelegt, so dass dort tatsächlich nur ein einziges Mal „ohne Risiko“ befristet werden kann. An anderen Orten, so beispielsweise in Shanghai, kann nach Ablauf des zweiten befristeten Vertrags entschieden werden, ob ein weiterer Vertrag geschlossen werden soll oder nicht. Ist dies der Fall, kann der Arbeitnehmer den Abschluss eines unbefristeten Vertrags verlangen.

Die Arbeitsvertragsregeln der Provinz Jiangsu bestimmen seit Neustem zusätzlich, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer mit einer Frist von 30 Tagen vor Ablauf des zweiten befristeten Vertrags schriftlich darüber informieren muss, dass ein Anspruch auf Abschluss eines unbefristeten Vertrags besteht.

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass in verschiedensten Bereichen des chinesischen Arbeitsrechts eine rasante Entwicklung zu beobachten ist. Eine Reihe offener Fragen wurde durch die Interpretation IV erfreulicherweise auf nationaler Ebene geklärt. Dennoch bleibt es unverzichtbar, in jedem Fall die regionalen Bestimmungen und Besonderheiten genau zu prüfen und zu beachten. Am Beispiel der neuen Arbeitsvertragsregeln der Provinz Jiangsu wurde gezeigt, dass diese in ihrem Standard oftmals weit über den nationalen Anforderungen liegen.



Julia Tänzler-Motzek

arbeitet seit 2004 als Rechtsanwältin und ist seit 2005 für CMS, China tätig. Sie berät Mandanten zu allen rechtlichen Aspekten bei Entsendungen nach China und im chinesischen Arbeitsrecht. Nachdem sie zunächst vor Ort in Shanghai tätig war, ist Frau Tänzler-Motzek seit 2007 im Kölner Büro von CMS Hasche Sigle erreichbar.

zu allen rechtlichen Aspekten bei Entsendungen nach China und im chinesischen Arbeitsrecht. Nachdem sie zunächst vor Ort in Shanghai tätig war, ist Frau Tänzler-Motzek seit 2007 im Kölner Büro von CMS Hasche Sigle erreichbar.