Studien zum deutschen und europäischen Arbeitsrecht 75

Yong Wu

Die betriebsbedingte Kündigung in Deutschland und China

Nomos

Studien zum
deutschen und europäischen Arbeitsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Henssler, Universität zu Köln
Prof. Dr. Martin Franzen, Universität München
Prof. Dr. Abbo Junker, Universität München
Prof. Dr. Peter Schüren, Universität Münster

Band 75

Yong Wu

Die betriebsbedingte Kündigung in Deutschland und China

Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: München, LMU, Diss., 2018

ISBN 978-3-8487-5817-3 (Print)
ISBN 978-3-8452-9934-1 (ePDF)

1. Auflage 2019
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Für meine Eltern und meinen Bruder

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2018 von der juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und einschlägige Literatur befinden sich auf dem Stand vom April 2018.

Besonders möchte ich mich bei meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Martin Franzen bedanken. Er hat mich nicht nur bei der Themensuche unterstützt, sondern mich insbesondere auf dem langen Weg der Erstellung dieser Arbeit mit Rat und Tat begleitet. Seine Anmerkungen und Anregungen waren mir eine große Hilfe weit über diese Arbeit hinaus. Dank gebührt auch Herrn Professor Dr. Richard Giesen für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Danken möchte ich auch Herrn Dr. Joachim Wutte und Frau Lea Taubmann. Sie haben sich ohne Zögern bereit erklärt, die sicherlich mühsame Korrektur des Manuskripts zu übernehmen. Für die vielfältige moralische Unterstützung bedanke ich mich bei allen Wegbegleitern und Freunden in München.

Der größte Dank gebührt schließlich meinen Eltern und meinem Bruder. Sie haben mich in allen Belangen bedingungslos unterstützt. Durch ihren steten Rückhalt, ihren Zuspruch und ihre Liebe haben sie im wesentlichen Maße zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen.

München, im März 2019 *Yong Wu*

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 21

Einleitung 25

A. Problemaufriss 25

B. Gegenstand der Untersuchung 26

C. Methode der Untersuchung 27

D. Quellen des chinesischen Arbeitsrechts 28

§ 1. Grundzüge der betriebsbedingten Kündigung 31

A. Deutsches Recht 31

I. Allgemeines 31

1. Arbeitsverhältnis 31

a) Begründung des Arbeitsverhältnisses 31

b) Unbefristetes Arbeitsverhältnis 32

c) Befristetes Arbeitsverhältnis 32

2. Arbeitgeberkündigung als Willenserklärung 34

3. Kündigungsarten 35

a) Ordentliche Arbeitgeberkündigung 35

b) Außerordentliche Arbeitgeberkündigung 36

II. Rechtsnatur der betriebsbedingten Kündigung 37

1. Selbstständiger Beendigungstatbestand 37

2. Abgrenzung zur personen- und verhaltensbedingten Kündigung 38

3. Verhältnis zur Massenentlassung 39

a) Massenentlassung 39

aa) Entlassung 39

bb) Anzahl der Entlassungen 40

cc) 30 Kalendertage 42

dd) Regelungszweck 42

b) Verhältnis 43

4. Keine zwingende Abfindung 44

III. Soziale Rechtfertigung der betriebsbedingten Kündigung 45

1. Kündigungsschutz 45

2. Geltungsbereich des KSchG 46
a) Ausschluss der Organmitglieder 46
b) Sechsmonatige Wartezeit 47
c) Ordentliche Arbeitgeberkündigung 48
d) Mindestgröße des Betriebs 48
3. Soziale Rechtfertigung 49
4. Rechtsfolgen der fehlenden sozialen Rechtfertigung 50

B. Chinesisches Recht 51
I. Allgemeines 51
1. Arbeitsvertrag 51
a) Abschluss des Arbeitsvertrags 51
b) Kalendermäßig befristeter Arbeitsvertrag 54
c) Unbefristeter Arbeitsvertrag 56
d) Zweckbefristeter Arbeitsvertrag 58
2. Arbeitgeberkündigung als Willenserklärung 58
3. Kündigungsarten 60
a) Verschulden des Arbeitnehmers als Unterscheidung 60
b) Kündigung ohne Verschulden des Arbeitnehmers 61
aa) Personenbezogene Gründe 61
bb) Unternehmensbezogene Gründe 63
cc) Kündigungsfrist 63
c) Kündigung wegen Verschulden des Arbeitnehmers 65
aa) Verhaltensbezogene Gründe 65
bb) Keine Kündigungsfrist 67
II. Rechtsnatur der unternehmensbedingten Kündigung 67
1. Selbstständiger Beendigungstatbestand 67
2. Verhältnis zur Massenentlassung 68
a) Massenentlassung 68
aa) Entwicklung der Gesetzgebung 68
bb) Inhalt der Entlassung 69
cc) Mindestanzahl der Entlassungen 70
dd) Einmaligkeit der Entlassungen 71
ee) Regelungszweck 72
b) Verhältnis 73
3. Abfindung 74
a) Zwingende Regelung 74
b) Abfindungssumme 75
c) Stellungnahme 75
III. Rechtfertigung der unternehmensbedingten Kündigung 77
1. Entwicklung des Kündigungsschutzes 77

2. Geltungsbereich des AVG 79
a) Ausschluss des Top-Managements 79
b) Probezeit statt der Wartezeit 80
c) Kündigung ohne/wegen Verschulden des Arbeitnehmers 82
d) Keine Mindestgröße des Arbeitgebers 82
3. Rechtfertigung 83
4. Rechtsfolgen der ungerechtfertigten Kündigung 84

C. Rechtsvergleich 85
I. Arbeitsverhältnis und Arbeitgeberkündigung 85
II. Rechtsnatur der betriebsbedingten Kündigung 87
III. Soziale Rechtfertigung der betriebsbedingten Kündigung 87

§ 2. Betriebliche Erfordernisse bei der betriebsbedingten Kündigung 89

A. Deutsches Recht 89
I. Allgemeines 89
II. Unternehmerentscheidung 89
1. Sinn und Bedeutung 89
2. Inhalt der Unternehmerentscheidung 91
a) Vielfältigkeit der Unternehmerentscheidung 91
b) Gestaltende Unternehmerentscheidung 91
c) Selbstbindende Unternehmerentscheidung 92
3. Gründe der Unternehmerentscheidung 93
a) Betriebliche Angelegenheiten 93
b) Innerbetriebliche Gründe 93
aa) Kein Grund: Insolvenzeröffnung 93
bb) Betriebsverlagerung 94
cc) Betriebsstilllegung 94
dd) Rationalisierung 95
c) Außerbetriebliche Gründe 96
aa) Umsatz- oder Auftragsrückgang 96
bb) Gewinnverfall 97
4. Gerichtliche Kontrolle der Unternehmerentscheidung 98
a) Einführung 98
b) Vorliegen der Unternehmerentscheidung 98
c) Durchführung der Unternehmerentscheidung 99
d) Keine Missbräuchlichkeit der Unternehmerentscheidung 99
III. Kausaler Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit 101

IV. Beteiligung des Betriebsrates 102
1. Betriebsrat 102
2. Mitwirkungsrecht des Betriebsrates bei der Kündigung 103
V. Sonderfall: Betriebsübergang 104
1. Grundsatz 104
a) Regelungszweck 104
b) Voraussetzungen des Betriebsübergangs 105
c) Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers 106
2. Kündigungsverbot nach § 613 a Abs. 4 S. 1 BGB 107
a) Eigenständigkeit des Kündigungsverbots 107
b) Unwirksame Umgehung des Kündigungsverbots 107
3. Kündigungsmöglichkeit nach § 613 a Abs. 4 S. 2 BGB 109
a) Abgrenzung zum Kündigungsverbot 109
b) Fehlende Beschäftigungsmöglichkeit nach Widerspruch 109
c) Stilllegung und anschließender Betriebsübergang 109
d) Sanierender Betriebsübergang 111
aa) Kündigung aufgrund des Veräußererkonzeptes 111
bb) Kündigung aufgrund des Erwerberkonzeptes 112

B. Chinesisches Recht 113
I. Allgemeines 113
II. Kündigungsgrund: Veränderung der objektiven Umstände 113
1. Systematische Auslegung 113
2. Teleologische Auslegung 115
a) Erweiterung der Veränderung der objektiven Umstände 115
aa) Traditionelle Vorstellung 115
bb) Modifizierte Vorstellung 115
b) Passive Kündigungsgründe 116
aa) Überblick 116
bb) Störung der Geschäftsgrundlage 117
cc) Höhere Gewalt 118
dd) Geschäftsrisiko 119
c) Aktive Kündigungsgründe 120
d) Stellungnahme 122
3. Konkretisierung der Veränderung der objektiven Umstände bei Massenentlassung 123
a) Massenentlassungsgründe 123
b) Eröffnung des Sanierungsverfahrens 123

c) Ernsthafte Schwierigkeiten bei geschäftlichen Aktivitäten 124
d) Produktionsumstellung, Technikentwicklung und Strategieanpassung 126
e) Auffangklausel 127
aa) Gesetzesänderung 127
bb) Teilstilllegung 128
cc) Produktionsverlagerung 128
4. Rechtliche Kontrolle 130
III. Unmöglichkeit der Vertragserfüllung 131
IV. Beteiligung der Gewerkschaft 133
1. Gewerkschaft 133
a) Fehlende kollektive Autonomie 133
b) Unternehmensgewerkschaft 133
c) Andere Formen der Gewerkschaften 134
2. Beteiligung an der Kündigung 135
V. Sonderfall: Verschmelzung, Spaltung und Geschäftsübergang 136
1. Auslegung der Regelung 136
2. Verschmelzung und Spaltung 136
3. Geschäftsübergang 137
a) Geschäft 137
aa) Diskussion in der Literatur 137
bb) Vergleichbare Regelungen im Gesetz 138
b) Übergang 139
4. Gesetzliche Übertragung der Arbeitsverhältnisse 139
a) Schwankende Meinung des Gesetzgebers 139
b) Übertragung der Rechtsverhältnisse im AGZR 1987 140
c) Fehlende Übertragung der Arbeitsverhältnisse im AG 1995 140
d) Zwingende Übertragung der Arbeitsverhältnisse im AVG 2008 141
5. Kein Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers 141
6. Möglichkeiten zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses 143

C. Rechtsvergleich 144
I. Kündigungsgrund 144
II. Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit 145
III. Beteiligung des Betriebsrates 146
IV. Betriebsübergang 147

§ 3. Ultima-Ratio-Prinzip bei der betriebsbedingten Kündigung 149

A. Deutsches Recht 149
I. Allgemeines 149
II. Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz 150
1. Unwirksamkeit der Kündigung bei Weiterbeschäftigungsmöglichkeit 150
2. Betriebs-, Unternehmens- oder Konzernbezug 150
a) Weiterbeschäftigung im Betrieb 150
b) Weiterbeschäftigung im Unternehmen 151
c) Keine Weiterbeschäftigung im Konzern 152
3. Freier Arbeitsplatz 153
4. Vergleichbarer Arbeitsplatz 154
III. Weiterbeschäftigung nach Umschulung oder Fortbildung 155
1. Überbrückungsmaßnahmen als milderes Mittel 155
2. Zumutbarkeit 155
3. Einverständnis des Arbeitnehmers 157
IV. Weiterbeschäftigung zu geänderten Bedingungen 157
1. Änderungskündigung als milderes Mittel 157
2. Rechtsnatur der Änderungskündigung 158
a) Kündigung 158
b) Änderungsangebot 158
c) Zusammenhang zwischen Kündigung und Änderungsangebot 159
3. Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitnehmers 160
a) Annahme des Änderungsangebots ohne Vorbehalt 160
b) Annahme des Änderungsangebots unter Vorbehalt 160
aa) Vorbehaltserklärung 160
bb) Vorläufige Geltung der veränderten Arbeitsbedingungen 161
cc) Änderungsschutzklage 162
c) Ablehnung des Änderungsangebots 164
4. Abgrenzung zu anderen abändernden Rechtsinstituten 164
a) Änderungsvertrag 164
b) Direktionsrecht 165
aa) Inhalt 165
bb) AGB-Kontrolle 166
cc) Tarifvertragliche Erweiterung des Direktionsrechts 168
V. Auswahl bei mehreren Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten 169

B. Chinesisches Recht 170
I. Allgemeines 170
II. Vorrangige Vertragsänderung 171
1. Grundsatz 171
2. Einvernehmliche Vertragsänderung 172
a) Vertragsinhalt 172
b) Reichweite der Vertragsänderung 173
aa) Umfangreiche Änderungsmöglichkeit 173
bb) Kein Arbeitgeberwechsel 173
cc) Keine Auswechslung des Arbeitnehmers vereinbar 175
c) Konsultationsverfahren 175
d) Schriftform 176
3. Einseitige Vertragsänderung als Direktionsrecht 177
a) Ausübung des Direktionsrechts als milderes Mittel 177
b) Keine unmittelbare Regelung zum Direktionsrecht 178
4. Vorbehalt des einseitigen Änderungsrechts 179
a) Problematik 179
b) Änderungsvorbehalt im Arbeitsvertrag 180
aa) Absolute Unwirksamkeit 180
bb) Absolute Wirksamkeit 180
cc) Dritter Weg: Einführung der AGB-Kontrolle 181
(1) Grundsatz 181
(2) Gesetzmäßigkeit der Vorbehaltsklausel 182
(a) Formelles 182
(b) Materielles 182
(3) Verhältnismäßigkeit der Vorbehaltsklausel auf Umsetzungsebene 184
c) Änderungsvorbehalt in der Arbeitsordnung 185
d) Änderungsvorbehalt im Kollektivvertrag 187
e) Stellungnahme 187
III. Konkretisierung der vorrangigen Vertragsänderung bei Massenentlassung 188
1. Grundsatz 188
2. Mildere Mittel im geltenden AVG 189
a) Keine vorrangige Vertragsänderung bei passiven Gründen 189
b) Vorrangige Vertragsänderung bei aktiven Gründen 189
c) Keine vorrangige Vertragsänderung bei Auffangklausel 190

3. Mildere Mittel gemäß der zukünftigen MassenentlB nach deren aktuellem Entwurf 190
a) Korrektur des AVG durch MassenentlB-Entwurf 190
b) Vorrangige Maßnahmen 191
aa) Konsultation mit Gewerkschaft oder Arbeitnehmervertretung 191
bb) Vorrangige Maßnahmen bei passiven Gründen 192
(1) Fortbildung am Arbeitsplatz 192
(2) Verringerung der Arbeitszeit 192
(3) Anpassung des Arbeitsentgelts 193
(4) Arbeitsplatzteilung 193
cc) Vorrangige Maßnahmen bei aktiven Gründen 194
(1) Ausbildung zur Verbesserung der Berufsfähigkeit 194
(2) Ausbildung zum Arbeitsplatzwechsel 194
dd) Subvention zur Stabilisierung der Arbeitsplätze 195
c) Stellungnahme 195
aa) Fehlende Zustimmung der Arbeitnehmer 195
bb) Beteiligung der Behörde der Arbeitsverwaltung 196
cc) Teilung der Maßnahmen zwischen passiven und aktiven Gründen 197
dd) Vorrangige Ausübung des Direktionsrechts 197
ee) Analoge Anwendung auf die unternehmensbedingte Kündigung 198
ff) Offene Fragen bei Subvention 199

C. Rechtsvergleich 200
I. Unternehmensbezogene Weiterbeschäftigungspflicht 200
II. Vorrangiges Direktionsrecht 200
III. Vertragsänderung und Änderungskündigung 202

§ 4. Sozialauswahl bei der betriebsbedingten Kündigung 204

A. Deutsches Recht 204
I. Allgemeines 204
II. Auswahlrelevanter Personenkreis 205
1. Betrieb als Bezugsrahmen 205
2. Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer 206
a) Vergleichbarkeit als Maßstab 206
b) Arbeitsvertragliche Austauschbarkeit 206
c) Qualifikationsmäßige Austauschbarkeit 207

3. Besondere Arbeitnehmergruppen 208
a) Arbeitnehmer ohne Kündigungsschutz 208
b) Arbeitnehmer mit gesetzlichem Sonderkündigungsschutz 209
c) Arbeitnehmer mit vereinbartem Kündigungsschutz 210
III. Soziale Gesichtspunkte 211
1. Abschließende Aufzählung der relevanten Gesichtspunkte 211
2. Einzelpunkte 211
a) Dauer der Betriebszugehörigkeit 211
b) Lebensalter 212
c) Unterhaltspflichten 213
d) Schwerbehinderung 214
3. Bewertung der Gesichtspunkte 215
4. Auskunftspflicht des Arbeitgebers 216
IV. Herausnahme bestimmter Arbeitnehmer 217
1. Regelungszweck 217
2. Individueller Sachgrund 218
3. Struktureller Sachgrund 219
V. Kollektive Auswahlrichtlinien 221
VI. Interessenausgleich mit Namensliste 222
1. Grundsatz 222
2. Voraussetzungen 223
a) Betriebsänderung 223
b) Interessenausgleich und Namensliste 223
aa) Interessenausgleich 223
bb) Namensliste 224
3. Rechtsfolgen 225
a) Vermutung dringender betrieblicher Erfordernisse 225
b) Eingeschränkte Überprüfung der Sozialauswahl 226
4. Sonstiges 227

B. Chinesisches Recht 227
I. Allgemeines 227
II. Relevanter Personenkreis 228
1. Bezugsrahmen 228
2. Vergleichbarkeit 229
III. Kündigungsverbot bestimmter Arbeitnehmer 229
1. Absolutes Kündigungsverbot 229
2. Einzelne Arbeitnehmergruppen 230
a) Verdacht einer Berufskrankheit 230

b) Erwerbsunfähigkeit wegen einer Berufskrankheit oder eines Arbeitsunfalls 231
c) Behandlung wegen einer normalen Krankheit oder eines normalen Unfalls 232
d) Schwangerschaft und Mutterschutz 233
e) Ältere Arbeitnehmer mit längerer Beschäftigungsdauer 234
f) Sonstiges 235
3. Stellungnahme 235
a) Herausnahme der schwachen Arbeitnehmer 235
b) Fehlende Herausnahme der Leistungsträger 237
c) Zusammenfassung 238
IV. Vorrangige Weiterbeschäftigung bestimmter Arbeitnehmer bei Massenentlassung 238
1. Vorrangige Weiterbeschäftigung 238
2. Auswahlkriterien 239
a) Langfristiger Arbeitsvertrag 239
b) Unbefristeter Arbeitsvertrag 239
c) Soziale Lasten 240
d) Hinterbliebene der Gefallenen, Veteranen und sonstige Arbeitnehmergruppen 240
3. Stellungnahme 242
a) Durchführung der Auswahl 242
aa) Einfache Auswahl 242
bb) Innerhalb eines Auswahlkriteriums 242
cc) Unter mehreren Auswahlkriterien 243
b) Möglichkeit eines Punkteschemas 244
c) Analoge Anwendung auf eine einzelne unternehmensbedingte Kündigung 244
4. Exkurs: Vorrangige Neueinstellung 245

C. Rechtsvergleich 246
I. Relevanter Personenkreis 246
II. Ausschluss bestimmter Personen 246
III. Soziale Gesichtspunkte 247

§ 5. Schlussfolgerung 249

A. Zusammenfassung der Ergebnisse 249

B. Ausblick auf die Entwicklung des Arbeitsrechts in China 253

Anhang I: Arbeitsvertragsgesetz der VR China (AVG) 255

Anhang II: Bestimmung zur Massenentlassung im Unternehmen (MassenentlB-Entwurf) 278

Literaturverzeichnis 285

Abkürzungsverzeichnis

Hinweis 1: Für die allgemein gebräuchlichen Abkürzungen des deutschen Rechts siehe *Hildebert Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 8. Aufl., Berlin 2015.

Hinweis 2: Deutsche Übersetzungen vieler chinesischer Rechtsnormen finden sich in einer Sammlung von *Frank Münzel*: http://www.chinas-recht.de/ (Aufruf: 15.4.2018).

Abkürzung	**Rechtsnorm**	**Inkrafttreten am**
AfG	Arbeitsförderungsgesetz 中华人民共和国就业促进法	01.01.2008
AG	Arbeitsgesetz 中华人民共和国劳动法	01.01.1995
AGZR	Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts 中华人民共和国民法通则	01.01.1987
AnstellungsVB	Vorläufige Bestimmung zur Anstellung von Arbeitnehmer in Staatsunternehmen 国营企业招用工人暂行规定	01.10.1986 Außer Kraft
Anti-BerufskrankheitsG	Anti-Berufskrankheitsgesetz 中华人民共和国职业病防治法	01.05.2002
Anti-KartellG	Anti-Kartellgesetz 中华人民共和国反垄断法	01.08.2008
ArbeitsunfallversicherungsVO	Verordnung zur Arbeitsunfallversicherung 工伤保险条例	01.01.2004
ArbSSG	Gesetz über Schlichtung und Schiedsverfahren bei Arbeitsstreitigkeiten 中华人民共和国劳动争议调解仲裁法	01.05.2008
Auslegung zum AG	Verbindliche Auslegung zu einigen Vorschriften des Arbeitsgesetzes 关于《中华人民共和国劳动法》若干条文的说明	05.09.1994
AVG	Arbeitsvertragsgesetz 中华人民共和国劳动合同法	01.01.2008

AwAB	Bestimmung zum besonderen Arbeitsschutz weiblicher Arbeitnehmer 女职工劳动保护特别规定	28.04.2012
BehandlungszeitB	Bestimmung zur Behandlungszeit der Arbeitnehmer im Fall einer Erkrankung oder einer nicht im Zusammenhang mit der Arbeit stehenden Verletzung 企业职工患病或非因工负伤医疗期规定	01.01.1995
Bekanntmachung-FA	Bekanntmachung über Festlegung des Arbeitsverhältnisses 关于确立劳动关系有关事项的通知	25.05.2005
BelohnungGVO	Verordnung zur Belohnung der Gefallenen 烈士褒扬条例	01.08.2011
DAVB	Vorläufige Bestimmung zur Durchführung des Arbeitsvertragssystems in Staatsunternehmen 国营企业实行劳动合同制暂行规定	01.10.1986 Außer Kraft
DemoMB	Bestimmung zum demokratischen Management im Unternehmen 企业民主管理规定	13.02.2012
DurchführungsVO zum AVG	Verordnung zur Durchführung des Arbeitsvertragsgesetzes 中华人民共和国劳动合同法实施条例	18.09.2008
EheG	Ehegesetz 中华人民共和国婚姻法	01.01.1981
FürsorgeVVO	Verordnung zur Fürsorge der Veteranen 退役士兵安置条例	01.11.2011
GesellschaftsG	Gesellschaftsgesetz 中华人民共和国公司法	01.07.1994
GewerkschaftsG	Gewerkschaftsgesetz 中华人民共和国工会法	03.04.1992
GGG	Gesetzgebungsgesetz 中华人民共和国立法法	01.07.2000
GOG	Gerichtsorganisationsgesetz 中华人民共和国人民法院组织法	01.01.1980
HaushaltsG	Haushaltsgesetz 中华人民共和国预算法	01.01.1995
KollektivvertragsB	Bestimmung zum Kollektivvertrag 集体合同规定	01.05.2004
KonkursG	Unternehmenskonkursgesetz 中华人民共和国企业破产法	01.06.2007

MassenentlB-Entwurf	Bestimmung zur Massenentlassung im Unternehmen (Entwurf) 企业裁减人员规定（征求意见稿）	Noch nicht in Kraft getreten
OVG-Erläuterung zum AVG I	Erläuterung des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen über Anwendung gesetzlicher Regelungen bei Arbeitsstreitigkeiten, Nr. 1 最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释	16.04.2001
OVG-Erläuterung zum AVG II	Erläuterung des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen über Anwendung gesetzlicher Regelungen bei Arbeitsstreitigkeiten, Nr. 2 最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释二	01.10.2006
OVG-Erläuterung zum AVG III	Erläuterung des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen über Anwendung gesetzlicher Regelungen bei Arbeitsstreitigkeiten, Nr. 3 最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释三	14.09.2010
OVG-Erläuterung zum AVG IV	Erläuterung des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen über Anwendung gesetzlicher Regelungen bei Arbeitsstreitigkeiten, Nr. 4 最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释四	01.02.2013
OVG-Erläuterung zum VG II	Erläuterung des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen über Anwendung des VG, Nr. 2 最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释二	13.05.2009
Peking-WirtMassenentlB	Bestimmung zur wirtschaftlichen Massenentlassung im Unternehmen Peking 北京市企业经济性裁减人员规定	22.03.1995
RentengangAVB	Vorläufige Bestimmung zum Rentengang von Arbeitern 关于工人退休、退职的暂行办法	02.06.1978
RentengangKVB	Vorläufige Bestimmung zum Rentengang von Kadern 关于安置老弱病残干部的暂行办法	02.06.1978

Shanghai-EntgeltB	Bestimmung zur Entgeltszahlung im Unternehmen Shanghai 上海市企业工资支付办法	01.08.2016
Shanghai-ErläuterungArb	Erläuterung zur gerichtlichen Prüfung über die Arbeitsstreitigkeiten Shanghai 关于审理劳动争议案件若干问题的解答	06.02.2002
SozialversicherungsG	Sozialversicherungsgesetz 中华人民共和国社会保险法	01.07.2011
Stellungnahme zum AG	Verbindliche Stellungnahme zu einigen Fragen der Durchsetzung des Arbeitsgesetzes 关于贯彻执行《中华人民共和国劳动法》若干问题的意见	04.08.1995
VerfassungsG	Verfassungsgesetz 中华人民共和国宪法	04.12.1982
VG	Vertragsgesetz 中华人民共和国合同法	01.10.1999
VuSB	Bestimmung zur Verschmelzung und Spaltung vom Unternehmen mit ausländischer Investitionsbeteiligung 关于外商投资企业合并与分立的规定	01.11.1999
WirtMassenentlB	Bestimmung zur wirtschaftlichen Massenentlassung im Unternehmen 企业经济性裁减人员规定	01.01.1995
ZPG	Zivilprozessgesetz 中华人民共和国民事诉讼法	09.04.1991

Einleitung

A. Problemaufriss

Laut offizieller Statistik gibt es im Jahre 2016 in China insgesamt 776,03 Millionen Arbeitnehmer bei einer Bevölkerungszahl von 1,379 Milliarden.[1] Gleichzeitig betrug die Wachstumsrate des Bruttoinlandsprodukts in diesem Jahr 6,7 Prozent.[2] Jedes Jahr werden mehrere Millionen Arbeitsplätze durch das rapide Wirtschaftswachstum geschaffen. Deswegen hat das weitere Wirtschaftswachstum in China höchste Priorität, um den Arbeitsmarkt zu stabilisieren. Es bedarf nach der vorherrschenden Wirtschaftslehre einer flexiblen Beschäftigungspolitik. Allerdings wird auch dem Bestandsschutz der Arbeitsverhältnisse eine hohe Bedeutung beigemessen, weil der Arbeitsmarkt sich derzeit im stetigen Wandel befindet. Dabei nehmen unweigerlich auch die Arbeitsstreitigkeiten vor Gericht zu, zuletzt stieg die Anzahl auf 1,771 Millionen Fälle im Jahre 2016.[3]

Der Arbeitgeber spricht im Zuge seiner wirtschaftlichen Transformation eine unternehmensbedingte Kündigung aus (vgl. die betriebsbedingte Kündigung im deutschen Recht), wenn ihm die Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer unzumutbar wird.[4] Damit kann er sich an die Veränderung der objektiven Umstände anpassen. Gleichzeitig ergibt sich dadurch jedoch ein brisanter Interessenkonflikt zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Letzt genannter ist hiermit regelmäßig nicht einverstanden, weil er kein Verschulden bei der Vertragsbeendigung zu vertreten hat. Im weiteren Sinne handelt es sich hier um den Konflikt zwischen Wirtschaftswachstum und Bestandsschutz der Arbeitsverhältnisse. Darüber hinaus wurde der Arbeitsmarkt während der letzten Jahre von einigen Massenentlassungen stark erschüttert, z.B. ca. 5.000 Entlassungen bei *Microsoft (China)* 2014, ca. 60.000 Entlassungen bei *Angang Steel Group* 2015/2016, ca. 50.000 Entlassungen bei *Wuhan Iron & Steel Group* 2015/2016 und ca. 6.000 Ent-

1 *MPS*, Statistical Bulletin (2016 年度人力资源和社会保障事业发展统计公报), S. 1.
2 *MPS*, Statistical Bulletin (2016 年度人力资源和社会保障事业发展统计公报), S. 1.
3 *MPS*, Statistical Bulletin (2016 年度人力资源和社会保障事业发展统计公报), S. 10.
4 Siehe unten S. 38 ff.

lassungen bei *Wanda Group* 2017/2018.[5] Diese schadeten der sozialen Sicherheit, auf die die kommunistische Regierung in China viel Wert legt.

Als neues Herzstück des chinesischen Arbeitsrechts trat das AVG[6] vor zehn Jahren in Kraft. Es bezweckt in erster Linie die Rechte der Arbeitnehmer in der sozialistischen Marktwirtschaft zu stärken. Darin wird die Prüfung der unternehmensbedingten Kündigung bzw. Massenentlassung reguliert, allerdings lediglich grob, weshalb ein großer Interpretationsspielraum besteht. Wie kann man eine ausgewogene Balance der entgegenstehenden Interessen erzielen? Leider können weder die anderen relevanten Rechtsnormen noch die uneinheitliche Rechtsprechung diese Frage befriedigend und systematisch beantworten.

Die wissenschaftliche Forschung zu dieser Thematik ist dringend notwendig. Zu hoffen ist, dass die vorliegende Arbeit für die deutsche Rechtswissenschaft einen Beitrag leistet, indem sie wie eine Einführung ins chinesische Kündigungsrecht fungiert, auf dass man daraus vielleicht Anregungen für die deutsche Rechtspolitik und Gesetzgebung gewinnen kann („*fünfte Auslegungsmethode*"). Außerdem werden einige Teile der vorliegenden Arbeit nachher ins Chinesische übersetzt und veröffentlicht. Sie will wiederum mit deutschen Erfahrungen zur Verdeutlichung der relevanten Rechtsinstitute auch für die chinesische Rechtswissenschaft einen Beitrag leisten, während der Forschungsstand in der Literatur noch unzureichend ist.

B. Gegenstand der Untersuchung

Das chinesische Recht unterscheidet nicht zwischen „Betrieb" und „Unternehmen" wie in Deutschland. Am ehesten gilt das Unternehmen als Rahmenbezug für das Arbeitsrecht. Die vorliegende Arbeit behandelt daher überwiegend die durch ein Unternehmen ausgesprochene Kündigung aufgrund der Veränderung der objektiven Umstände in China, nämlich die unternehmensbedingte Kündigung. Grundsätzlich lassen sich die Ausführungen auf die Kündigung durch andere Organisationen nach § 2 AVG, etwa Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, staatliche Behörde und Verein, übertragen.[7] Um den Umfang der Arbeit nicht zu sprengen, werden die

---

5 Die Daten stammen von den Medien. Dazu gibt es keine genaue offizielle Statistik.
6 Alle Gesetzesabkürzungen werden im Abkürzungsverzeichnis aufgeführt.
7 Siehe die Definition vom „Arbeitgeber" unten S. 52.

Besonderheiten bezüglich der Kündigung seitens der anderen Organisationen in der vorliegenden Arbeit nicht analysiert.

Der Verfasser beschäftigt sich in dieser vorliegenden Arbeit vor allem mit der Kündigung bei der Vollzeitarbeit. Grund hierfür ist, dass die Teilzeitarbeit in China im Vergleich zu Deutschland bisher keine große praktische Relevanz hat. Nach § 68 AVG ist die Teilzeitarbeit eine Beschäftigung, wobei der Arbeitnehmer bei demselben Arbeitgeber regelmäßig nicht mehr als 4 Stunden pro Tag und nicht mehr als 24 Stunden pro Woche arbeitet. Damit bezweckt der Gesetzgeber, dass die Beschäftigung durch den Arbeitgeber effizienter und flexibler gestaltet wird. Allerdings leidet der Teilzeitarbeitnehmer unter diskriminierender Behandlung, weil der Arbeitsvertrag formfrei vereinbart werden kann und der Arbeitgeber eine fristlose Kündigung ohne Sachgrund sowie Abfindung aussprechen kann.[8]

Die vorliegende Arbeit verfolgt das Ziel, die unternehmensbedingte Kündigung im Rahmen des individuellen Arbeitsrechts zu analysieren. Am Rande wird das kollektive Arbeitsrecht vorgestellt. Dieses befindet sich in China noch in einer Entwicklungsphase.[9] Die Arbeitnehmer sind bisher lediglich schwach organisiert. Die chinesische „Gewerkschaft“[10] unterscheidet sich wegen der fehlenden Unabhängigkeit gravierend von der deutschen Gewerkschaft. Dementsprechend ist der chinesische „Kollektivvertrag“[11] auch nicht mit dem deutschen identisch.

C. Methode der Untersuchung

Das chinesische Arbeitsrecht fußt auf dem kontinentaleuropäischen Rechtssystem. Es lässt zurzeit, insbesondere in Form des AVG, deutliche Einflüsse des deutschen Arbeitsrechts erkennen. Allerdings weicht das chinesische Arbeitsrecht in vielen Bereichen davon auch ab, weil es wesentlich von den nationalen rechtskulturellen und außerrechtlichen Faktoren geprägt wird. Schon von daher kann der Rechtsvergleich zwischen den beiden Ländern interessant sein.

---

8 *Xie Zengyi*, Social Sciences in China (中国社会科学) 2/2017, 123, 125; *Lin Jia*, Exploration and Free Views (探索与争鸣) 8/2016, 56, 60.

9 *Wang Tianyu*, Social Science Front (社会科学战线) 12/2017, 214, 214; *Gao Jie/Han Zhiwei*, China Labor (中国劳动) 2/2017, 40, 42.

10 Siehe die Definition von „Gewerkschaft“ unten S. 97 ff.

11 Siehe die Definition von „Kollektivvertrag“ unten S. 97 ff.

Die vorliegende Arbeit will einen funktionalen Rechtsvergleich leisten. Sie bezweckt, die unternehmensbedingte Kündigung im chinesischen Recht durch funktionelle Betrachtungsweise mit dem vergleichbaren Rechtsinstitut im deutschen Recht hinsichtlich gleicher Sachprobleme zu kritisieren und gleichzeitig aber auch Verbesserungsmöglichkeiten aufzuzeigen.[12] Dabei werden die Modelle auf Möglichkeiten zur Verhinderung und Lösung sozialer Konflikte analysiert.[13]

Die unternehmensbedingte Kündigung ist noch ein „junges" Rechtsinstitut mit vielen offenen Fragen in China. Deswegen werden die Rechtsnormen, Rechtsprechungen und Meinungen in der Literatur nicht hinreichend systematisiert. Demgegenüber ist die betriebsbedingte Kündigung in Deutschland bereits seit langem im Gesetz verankert und wurde durch zahlreiche Rechtsprechungen und wissenschaftliche Beiträge weiterentwickelt. Daraus lässt sich ein reifes System für die rechtliche Prüfung ableiten. Die vorliegende Arbeit basiert daher auf diesem systematischen Rahmen, um einen sinnvollen Rechtsvergleich vorzunehmen. Insbesondere in Anlehnung an das deutsche Recht ist die dreistufige Prüfung der unternehmensbedingten Kündigung (Betriebliche Erfordernisse, Ultima-Ratio-Prinzip und Sozialauswahl) im chinesischen Recht einzuführen. Außerdem werden die meisten Probleme, die in der chinesischen Diskussion gerade auftauchen, im deutschen Recht ähnlich schon einmal diskutiert. Der Verfasser möchte dies in dieser vorliegenden Arbeit spiegeln. Demzufolge wird jeweils zuerst das deutsche Recht dargestellt und dabei hauptsächlich solche Rechtsinstitute herausgegriffen, die für einen Vergleich mit den anschließend dargestellten chinesischen Rechtsinstituten dienen können. Inhaltlich hält sich der Verfasser mit Kritik am deutschen Recht zurück und belässt es hier bei einer Darstellung der gängigen h.M. Indessen wird sein heimisches chinesisches Recht entsprechend der beschriebenen Aufgabenstellung des funktionalen Rechtsvergleichs diskutiert und kritisiert.

D. Quellen des chinesischen Arbeitsrechts

Die Verfassung hat oberste Gesetzeskraft. Danach folgt das Gesetz im formellen Sinne. In Bezug auf das Arbeitsrecht gehören das AG und AVG in China zu den beiden wichtigsten Quellen. Das AG regelt die gesamten Rechtsverhältnisse, die sich grundsätzlich auf die Arbeitsleistung beziehen,

12 *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 14.
13 *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 14.

während das AVG die Rechtsverhältnisse bestimmt, bei denen ein Arbeitsvertrag einschlägig ist. Das AG wird durch das AVG als Spezialgesetz wiederholt, ergänzt und korrigiert.[14] Beim Kündigungsschutz spielt das AVG die entscheidende Rolle.

Das arbeitsrechtliche Gesetz im formellen Sinne ist abstrakt. Deswegen ist die Konkretisierung durch niederrangige Rechtsnormen zur Orientierungssicherheit wichtig. In China liegt die Erläuterungsaufgabe überwiegend in der Hand der Exekutive.[15] Auf nationaler Ebene bestehen zwei Arten von bindenden Rechtsnormen. Als zentrale Regierung kann der Staatsrat nach § 65 GGG die verwaltungsrechtliche Verordnung, z.B. DurchführungsVO zum AVG, erlassen. Außerdem kann das Ministerium nach § 80 GGG die Bestimmung festlegen. Beispielsweise arbeitet das Ministerium für Personalwesen und Sozialversicherung gerade an der Festlegung der neuen MassenentlB. Auf lokaler Ebene, meistens Provinzebene, beschließt die Regierung nach § 82 GGG die detaillierte Bestimmung, z.B. Peking-WirtMassenentlB, die ihre Anwendung nur innerhalb des Verwaltungsgebiets findet. In der Praxis ist die detaillierte Bestimmung der lokalen Regierung von Bedeutung, obwohl China ein Zentralstaat ist. Damit wird der unterschiedliche Entwicklungsstand in verschiedenen Verwaltungsgebieten berücksichtigt. Für die Normenhierarchie ist die Rechtsnorm auf nationaler Ebene zur Rechtsnorm auf lokaler Ebene höherrangig. Bei Rechtskollision bricht die Rechtsnorm auf nationaler Ebene die Rechtsnorm auf lokaler Ebene. Dies ereignet sich in der Praxis aber selten, weil das Gericht bei der rechtlichen Prüfung (auch selten) regelmäßig die lokale Regierung bevorzugt.[16]

Die Rechtsprechung wirkt in China grundsätzlich nur *inter partes* und nicht wie eine allgemeingültige Rechtsnorm. Allerdings wird – wie in Deutschland – eine gewisse faktische Allgemeinverbindlichkeit der (höherinstanzlichen) Rechtsprechung anerkannt. Noch stärker ist die faktische Bindung eines Urteils des hochrangigen Gerichts für seine niedrigrangigen Gerichte innerhalb eines Verwaltungsgebiets, auch für zukünftige Fälle. Die Datenbank *Chinalaw-info* liefert die Möglichkeit, die Urteile, gegebenenfalls mit Kommentierungen, einzusehen. Außerdem findet man kostenlos seit Ende 2013 im Zuge der Justizreform die Urteile aller Gerichte im Internetportal des Obersten Volksgerichts.[17] Im Gegensatz zur Recht-

14 *Tang Kuang/Liu Lan*, Science of Law (法律科学) 3/2016, 96, 100.
15 *Däubler/Wang Qian*, RdA 2009, 353, 353.
16 *Cheng Jinhua/Ke Zhengxing*, The Jurist (法学家) 1/2018, 1, 1.
17 Online abrufbar unter wenshu.court.gov.cn (15.4.2018).

sprechung ist die sog. „Justizauslegung“ in China rechtlich verbindlich. Sie ist nach ihrem Wesen die Setzung richterrechtlicher Normen.[18] Nach § 32 GOG ist das Oberste Volksgericht befugt, die Problematik über die Gesetzesanwendung mit normativer Wirkung zu erläutern. In Bezug auf das Arbeitsrecht darf man die OVG-Erläuterung zum AVG I, II, III, IV nicht ignorieren.

18 *Däubler/Wang Qian*, RdA 2008, 141, 142.

§ 1. Grundzüge der betriebsbedingten Kündigung

A. Deutsches Recht

I. Allgemeines

1. Arbeitsverhältnis

a) Begründung des Arbeitsverhältnisses

Das Arbeitsverhältnis beginnt mit dem Vertragsabschluss. Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer nach § 611 a Abs. 1 BGB[19] im Dienst des Arbeitgebers zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Bei der Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, kommt es auf die Gesamtbetrachtung aller Umstände im Einzelfall an und nicht auf die formelle Bezeichnung der Vereinbarung.

Der Arbeitsvertrag ist grundsätzlich an keine Form gebunden.[20] Dies wird nicht durch das NachwG berührt.[21] Der Arbeitgeber soll nach § 2 Abs. 1 NachwG spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederlegen, die Niederschrift unterzeichnen und dem Arbeitnehmer aushändigen, wenn kein schriftlicher Arbeitsvertrag abgeschlossen ist. Die Verletzung der Nachweispflicht löst höchstens eine Schadensersatzpflicht nach §§ 280 ff. BGB aus, aber führt nicht zur Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags. Beim Arbeitsverhältnis wird zwischen unbefristetem und befristetem unterschieden.

---

19 § 611 a BGB gilt seit 01.04.2017 und will eigentlich nur die gefestigte Rechtsprechung zum Arbeitnehmerbegriff kodifizieren. Ob sie darüber hinaus noch eine weitere Wirkung haben wird, ist derzeit noch unklar.

20 MüArbR/*Richardi/Buchner* § 32 Rn. 24.

21 MüArbR/*Richardi/Buchner* § 32 Rn. 30.