



ERGÄNZUNGEN ZUM CHINESISCHEN ARBEITSVERTAGSGESETZ IM ZUSAMMENHANG MIT DER ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG

Der chinesische Gesetzgeber hat kürzlich eine Ergänzung zum Arbeitsvertragsgesetz der Volksrepublik China ("Ergänzung") im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerüberlassung und den entsprechenden Personalagenturen verabschiedet. Die Ergänzung soll am 1. Juli 2013 in Kraft treten und wird wichtige Änderungen zum gegenwärtigen System der Arbeitnehmerüberlassung mit sich bringen. Es bleibt abzuwarten, inwieweit noch konkrete Rechtsfolgen an diese Neuerungen/Konkretisierungen geknüpft werden.

Die Einführung der Ergänzung wird sich wie folgt auswirken:

- Höhere Kosten;
- Abwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes;
- Eingeschränkter Umfang der Arbeitnehmerüberlassung.

HÖHERE KOSTEN

Personalagenturen, die im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung tätig sind, müssen eine entsprechende Lizenz bei der Arbeitsbehörde beantragen und bei der örtlichen Handelsbehörde registriert sein. Das Stammkapital für Personalagenturen wird zudem von RMB 500.000 auf voraussichtlich RMB 2.000.000 erhöht (dies entspricht ca. EUR 240.000,00).

Diese strengeren Voraussetzungen werden höchstwahrscheinlich zu Schließungen bzw. Fusionierungen von kleinen und mittelgroßen Agenturen führen, so dass große Personalagenturen überleben bzw. entstehen. Die Marktdominanz der großen Agenturen wird Auswirkungen auf die Verhandlungsmacht der einstellenden Unternehmen haben und eine Erhöhung der Gebühren der Personalagenturen mit sich bringen. Die Unternehmen müssen mit einer schwächeren Ausgangsposition bei Diskussionen über Gebühren und Haftungen der Unternehmen in den Arbeitnehmerüberlassungsverträgen rechnen.

ANWENDUNG DES GLEICHBEHANDLUNGSGRUNDSATZES

Die Ergänzung unterstreicht zudem den in Artikel 63 des Arbeitsvertragsgesetzes festgelegten Gleichbehandlungsgrundsatz. Artikel 63 besagt, dass den überlassenen Mitarbeitern das gleiche Gehalt gezahlt werden muss, wie den beim Unternehmen direkt angestellten Mitarbeitern. Gibt es keine ähnliche Position, so soll sich das Gehalt des entsandten Mitarbeiters anhand des Gehalts von ähnlichen Positionen am Ort der Personalagentur berechnen.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz wird durch die Hervorhebung in der Gesetzesänderung an Bedeutung gewinnen, d.h. überlassene Mitarbeiter werden nicht nur Anspruch auf das gleiche Gehalt, sondern auch Anspruch auf Zuschüsse und



Sozialleistungen, wie die beim Unternehmen direkt angestellten Mitarbeiter haben. Die Anwendung des Grundsatzes könnte beispielsweise dazu führen, dass überlassene Mitarbeiter die gleichen Sozialversicherungsleistungen, wie die anderen Mitarbeiter des Unternehmens verlangen können. Mit anderen Worten: die Leistungen würden auf den Kriterien vom Unternehmen und nicht auf den meist ungünstigeren Vorgaben der Personalagentur basieren.

EINGESCHRÄNKTER UMFANG DER ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG

Artikel 66 des Arbeitsvertragsgesetzes schreibt nun vor, dass eine Arbeitnehmerüberlassung nur für vorübergehende, Neben- oder Ersatzpositionen genutzt werden soll. Weder das Arbeitsvertragsgesetz noch die entsprechenden Einführungsvorschriften definieren bislang die vorgenannten Voraussetzungen. Die Ergänzung stellt folgende Definitionen bereit und schränkt damit den Umfang der Arbeitnehmerüberlassung ein:

- Vorübergehende Position bezieht sich auf eine Dauer von nicht mehr als sechs Monaten;
- Nebenposition bezieht sich auf eine Stelle, die das Hauptgeschäft des Unternehmens unterstützt; oder
- Ersatzposition wird von überlassenen Mitarbeitern als Ersatz für Langzeitangestellte ausgeübt, die z.B. im Urlaub, Mutterschutz oder in der Weiterbildung sind.

TIPPS FÜR UNTERNEHMEN

Die Ergänzung erwähnt nicht die Repräsentanzbüros, die chinesische Mitarbeiter gemäß den Gesetzen und Vorschriften nur über Personalagenturen im Wege der Arbeitnehmerüberlassung ausleihen können. Es ist zu erwarten, dass sich an dieser Regelung nichts ändern wird, so dass Repräsentanzbüros weiterhin die Form der Arbeitnehmerüberlassung für die chinesischen Arbeitnehmer nutzen können.

Es gibt auch 100 % ausländisch-investierte Unternehmen, sogenannte Wholly Foreign-Owned Enterprises ("WFOE"), die Arbeitnehmer zwar direkt einstellen können, das Personalmanagement jedoch vollständig auf Personalagenturen übertragen haben. Die Gesetzesänderung wird Auswirkungen auf diese Unternehmen und das Geschäft der Arbeitnehmerüberlassung in China haben.

Um sich auf die Änderungen vorzubereiten, sollten WFOEs, die Arbeitnehmer über Personalagenturen ausleihen, folgende Vorbereitungen treffen:

- Das Inkrafttreten der Ergänzung zum 1. Juli 2013 aufmerksam verfolgen;
- Das eigene Personalsystem und die entsprechenden Arbeits- und Arbeitnehmerüberlassungsverträge überprüfen;
- Die Arbeitnehmerüberlassung mit Hinblick auf die Gesetzesänderung mit den Personalagenturen besprechen; und
- Plan zur Anpassung der Verträge für ausgeliehene Mitarbeiter erstellen.

EXKURS: AKUELLE RECHTSPRECHUNG ZUM DEUTSCHEN AÜG

Auch in Deutschland gilt im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung grundsätzlich der Gleichbehandlungsgrundsatz. Hieran haben auch die Neuerungen des deutschen Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) zum Dezember 2011 nichts geändert. Eine der problematischsten Neuerungen ist hingegen, dass gemäß § 1 AÜG eine Überlassung nur noch vorübergehend erfolgen darf. Im Gegensatz zu China, wurde in Deutschland jedoch keine starre Höchstfrist in das Gesetz aufgenommen. Welche Folge es hat, wenn die Überlassung nicht lediglich vorübergehend ist, regelt das Gesetz jedoch nicht. Inzwischen sind erste Urteile bezüglich dieser höchst umstrittenen Regelung ergangen.

I. URTEIL DES LAG BERLIN-BRANDENBURG VOM 9. JANUAR 2013

So hat das LAG Berlin-Brandenburg mit Urteil vom 9. Januar 2013 (15 Sa 1635/12) entschieden, dass durch eine dauerhafte, das heißt nicht nur vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung, ein Arbeitsverhältnis begründet wird, da eine auf Dauer angelegte Überlassung nicht von der erteilten Erlaubnis gedeckt sei. Dies führt nach Ansicht des Gerichts dazu, dass ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher fingiert wird.

1. SACHVERHALT

A gehört zu einem Konzern und betreibt ein Krankenhaus. Als Krankenpflegepersonal setzt er Personal ein, das bei einem konzerneigenen Verleihunternehmen beschäftigt ist. Die Beschäftigung bei A erfolgt auf Dauerarbeitsplätzen, für die keine eigenen Stammarbeitnehmer vorhanden sind. Das konzerneigene Verleihunternehmen ist im Besitz einer gültigen Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis.

2. DIE ENTSCHEIDUNG UND IHRE GRÜNDE

Das LAG Berlin-Brandenburg entschied: Zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer besteht ein Arbeitsverhältnis. Grund hierfür war die Annahme, dass eine auf Dauer angelegte Arbeitnehmerüberlassung nicht von der erteilten Erlaubnis gedeckt sei. Demzufolge werde ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher begründet. Es stelle einen „institutionellen Rechtsmissbrauch“ dar, wenn das konzerneigene Verleihunternehmen nicht direkt am Markt werbend tätig sei und seine Beauftragung nur dazu diene, Lohnkosten zu senken oder kündigungsschutzrechtliche Wertungen ins Leere laufen zu lassen.

3. HINTERGRUND

Die Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg war eher überraschend. In einer Parallelentscheidung der 7. Kammer des LAG Berlin-Brandenburg (Urteil vom 16. Oktober 2012 – 7 Sa 1182/12) wurde das Bestehen eines Arbeits-

verhältnisses zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer verneint, da dem Begriff „vorübergehend“ keine Rechtsfolge beigemessen wurde.

II. BETEILIGUNGSRECHT DES BETRIEBSRATS

Ähnlich entgegengesetzt sind die bisher ergangenen Urteile bezüglich der Frage, ob der Betriebsrat des Entleihers bei einem nicht nur vorübergehenden Einsatz von Leiharbeitnehmern ein Zustimmungsverweigerungsrecht hat.

So hat LAG Düsseldorf mit Beschluss vom 2. Oktober 2012 (17 TaBV 38/12) die Beschwerde eines Betriebsrats zurückgewiesen, nachdem dessen Zustimmung zur Einstellung von Leiharbeitnehmern ersetzt wurde. Der Betriebsrat hat seine Zustimmung verweigert, da die Einstellung gegen § 1 Absatz 1 Satz 2 AÜG verstießen, da sie nicht lediglich vorübergehend seien. Dem folgte das LAG nicht, da insbesondere der Gesetzgeber „vorübergehend“ i.S.d. AÜG als flexible Zeitkomponente verstanden und auf gesetzliche Höchstfristen verzichtet hat.

Im Gegensatz dazu hat das LAG Niedersachsen mit Beschluss vom 19. September 2012 (17 TaBV 124/11) in einem ähnlichen Fall ein Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrates bestätigt, da der Dauerverleih von Arbeitnehmern nunmehr unzulässig sei.

III. PRAXISTIPP

Letztendlich wird es darauf ankommen, wie das BAG entscheidet, welche Rechtsfolgen die nicht nur vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung hat. Solange diese Frage noch ungeklärt ist, ist jedenfalls in der Praxis Zurückhaltung angezeigt, was einen dauerhaften Einsatz von Leiharbeitnehmern betrifft.

Kontakt:

*Frau Dr. Anja Branz, Osnabrück
Frau Pyn-An Sun, Shanghai*