

Michael Lorenz
Roland Falder

Das deutsche und chinesische Arbeitsrecht

The German and Chinese Labour Law 德国与中国劳动法

Ein Praxishandbuch auf Deutsch, Englisch
und Chinesisch

A Practical Handbook in German, English
and Chinese

一本包括德语、英语及中文版
本的实用手册

Das deutsche und chinesische Arbeitsrecht
The German and Chinese Labour Law
德国与中国劳动法

Michael Lorenz • Roland Falder

Das deutsche und chinesische Arbeitsrecht

The German and Chinese Labour Law

德国与中国劳动法

Ein Praxishandbuch auf Deutsch, Englisch
und Chinesisch

A Practical Handbook in German, English
and Chinese

一本包括德语、英语及中文版
本的实用手册



Springer Gabler

Michael Lorenz
Lorenz & Partners Co., Ltd.
Bangkok, Thailand

Roland Falder
Emplawyers PartmbB,
München, Deutschland

ISBN 978-3-658-10091-9
DOI 10.1007/978-3-658-10092-6

ISBN 978-3-658-10092-6 (eBook)

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

Springer Gabler

© Springer Fachmedien Wiesbaden 2016

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Springer Gabler ist Teil der Fachverlagsgruppe Springer Science+Business Media.
www.springer-gabler.de

Vorwort

Sehr geehrte Leser,

dieses Buch ist eine Zusammenfassung der wesentlichen arbeitsrechtlichen und steuerlichen Vorschriften in Deutschland und China. Seit seiner Öffnung in den 80-er Jahren hat China eine dramatische Entwicklung genommen, die so in der modernen Zeit ungesehen ist. Das flächenmäßig viertgrößte Land der Erde hat es innerhalb von nur zwei Jahrzehnten geschafft, sich zu einer der drei weltweit führenden Wirtschaftsnationen aufzuschwingen. Betrachtet man heute die Ostküste Chinas mit Städten wie Shanghai, Qingdao, Peking, Shenzhen oder Guangzhou, so trifft man auf hochentwickelte Industriestandorte, die schon lange die Schwelle der „Werkbank der Welt“ hinter sich gelassen haben.

Die Entwicklung hat sich in den letzten Jahren sogar beschleunigt – auch und gerade auf dem Gebiet des Arbeitsrechts. Die damit verbundenen Rahmenbedingungen kann auch aus Kostengründen kein Unternehmen ignorieren. Für Deutschland gilt dies bereits seit jeher.

Mit der sich abkühlenden Konjunktur in den Vereinigten Staaten und Europa und der Eurokrise gibt es für westliche Unternehmen wenig Alternativen zu China, um weiter zu wachsen. Mit einem Wirtschaftswachstum von 7 % – 10 % (2014: 7 %) in den letzten Jahren und einer Bevölkerung von mehr als 1,3 Milliarden Menschen stellt China einen Absatzmarkt dar, den kein westliches Unternehmen außer Acht lassen kann. Es stellt sich somit für viele Unternehmen nicht die Frage in welches Land in Asien zu investieren ist, sondern in welchem Land gegebenenfalls neben China noch zu investieren ist. Man spricht hier auch von der „China +“ Strategie.

Dieses Buch soll dabei helfen, einen ersten Überblick über das deutsche und das chinesische Arbeits- und Steuerrecht sowie die Wechselwirkungen bei grenzüberschreitenden Sachverhalten zu geben, insbesondere im Falle einer Entsendung von Arbeitnehmern zwischen den beiden Ländern. Dieses Buch soll dem Praktiker zudem als eine Stütze und

ein Nachschlagewerk dienen. Dabei soll die Kommunikation zwischen dem Personalverantwortlichen in Deutschland oder Drittländern und seinem Gegenüber in China oder Drittländern durch die identisch gegliederten Teile in Deutsch, Englisch und Chinesisch erleichtert werden.

Wir bedanken uns außerordentlich bei unseren Mitarbeitern für ihre sehr aktive Unterstützung. Für Kritik und Hinweise sind wir Ihnen dankbar.

Michael Lorenz
(Rechtsanwalt,
Registered Foreign Lawyer in
Hongkong und Vietnam)

Roland Falder
(Fachanwalt für Arbeitsrecht)

LORENZ & PARTNERS (Hong Kong) Limited
Unit 2906, 29th Floor, Wing On Centre
111 Connaught Road, Central
Hong Kong, SAR
Tel.: +852 252 814 33
E-Mail: lorenz@lorenz-partners.com

Preface

Dear Reader,

This book summarizes the main labour and tax regulations in Germany and China. Since its opening in the 80s, China has made a dramatic development in the modern time. The world's fourth-largest country by area was able to soar to the top 3 world economies within only two decades. When looking at China's east coast with cities such as Shanghai, Qingdao, Beijing, Shenzhen or Guangzhou, high-technology industrial estates can be found that surpassed the threshold of the "world's workbench" a long time ago.

This development has even sped up during the last couple of years – in particular and especially in the area of labour law. The related legal environment cannot be ignored by any enterprise, in particular due to cost aspects. Facing weakening economies in the USA and Europe and in the view of the euro crisis, there are few alternatives for western enterprises apart from China to further grow. With a GDP growth of 7% – 10% (2014: 7%) in the last years and a population of 1.3 billion people, China is a market that no western enterprise can ignore. Therefore, many enterprises do not face the question into which Asian country they should invest, but into which country apart from China. This is also known as the "China +" strategy.

This book shall give a first overview of German and Chinese labour and tax laws and the interdependencies in cross-border issues, in particular in the case of a secondment of employees between the two countries. This book shall further be a guide and reference book for the practitioner. The identical structure of the German, English and Chinese parts shall facilitate the communication between the headquarters in the different countries.

We would like to thank our employees for their active support. We appreciate any remarks or suggestions you may have.

Michael Lorenz
(German Attorney-at-Law,
Registered Foreign Lawyer in
Hong Kong and Vietnam)

Roland Falder
(German Attorney-at-Law,
specialized in labour law)

LORENZ & PARTNERS (Hong Kong) Limited
Unit 2906, 29th Floor, Wing On Centre
111 Connaught Road, Central
Hong Kong, SAR
Tel.: +852 252 814 33
E-Mail: lorenz@lorenz-partners.com

前言

亲爱的读者：

本书总结了德国与中国的主要劳动和税务规范。自从80年代的改革开放以来，现代中国已经取得了戏剧性的发展。作为世界面积第四大的国家，仅在20年内就能够上升到世界经济三大国家之列。当提及中国东部沿海城市如上海，青岛，北京，深圳或广州，在很久以前就可以发现超过“全球平台”阈值的高科技工业园区。

近几年这一发展甚至带动了—特别、尤其是劳动法领域的发展。任何企业都不能忽视特别是由于成本方面相关法律环境。在美国和欧洲，面对经济疲软和从欧元危机的角度来看，西方企业要脱离中国去寻求进一步的发展的机会是很少的。最近几年国内生产总值为7%-10%（2014年为7%）和作为一个人口13亿的国家，中国是一个西方企业不容忽视的市场。因此，许多企业不是面对他们应该投资哪个亚洲国家的问题，而是除了中国投资哪个国家的问题。这也被称为“中国+”战略。

本书应首先概述德国和中国的劳动法和税收法律和相互依存关系的跨境问题，特别是两国间员工借调的案例。本书应进一步成为从业者的指南和参考书。德语、英语和中文的统一部分应促进不同国家的总部之间的沟通交流。

我们要感谢我们员工给予的积极支持。我们感激你们给予的任何评论或建议。

Michael Lorenz
（德国在律师，
香港和越南注册国际律师）

Roland Falder
（德国在律师，
精通劳动法）

LORENZ & PARTNERS (Hong Kong) Limited
香港特别行政区中环干诺道111号永安中心29楼2906室

电话：+852 252 814 33

电子邮件：lorenz@lorenz-partners.com

Table of Contents

Vorwort	5
Preface.....	7
前言.....	9
Das deutsche und chinesische Arbeitsrecht	13
Abkürzungsverzeichnis	19
A Das deutsche Arbeitsrecht	21
B Steuern in Deutschland	42
C Chinesisches Arbeitsrecht.....	54
D Steuern in China.....	81
E Internationales Steuerrecht	92
The German and Chinese Labour Law	95
List of Abbreviations.....	101
A German Labour Law	103
B Taxes in Germany.....	122
C Chinese Labour Law	132
D Taxes in China	156
E International Labour and Tax Law.....	166
德国与中国劳动法	169
缩略语清单	175
(一) 德国劳动法	177
(二) 德国的税收	191
(三) 中国劳动法	199
(四) 中国的税收	217
(五) 国际劳动和税收法	226

Attachments.....	229
1. Employment Contract for Work in Germany	233
2. Employment Contract for Work in China	237
3. Secondment Agreement	242
4. Comparison between the current and new DTA Germany/China	244
5. The new DTA Germany/China	294
6. Social Security Agreement Germany/China (in English and German).....	295
7. Checklist Secondment	302
8. Table of Regional Minimum Wages and Social Security Contributions in China	304
9. Application for Voluntary Social Security Enrollment in Germany	305

Das deutsche und chinesische Arbeitsrecht

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
A Das deutsche Arbeitsrecht	21
I. Einleitung.....	21
II. Gesetzliche Rahmenbedingungen	22
III. Individualarbeitsrecht	23
1. Einführung.....	23
2. Arbeitsvertrag (Arbeitsverhältnis).....	23
3. Vertragsdauer.....	25
4. Bezahlte/Unbezahlte Freistellung	27
5. Vergütung/Mindestlohn.....	27
6. Arbeitszeit.....	28
7. Versicherungen	28
8. Kündigung	31
9. Entsendungen	35
IV. Kollektivarbeitsrecht.....	37
1. Einleitung	37
2. Tarifvertragsrecht	38
3. Betriebsverfassungsrecht	39
V. Arbeitsgerichtsverfahren.....	40
1. Einleitung	40
2. Kosten	41
3. Dauer.....	41

B	Steuern in Deutschland	42
I.	Persönliche Einkommensteuer vs. Körperschaftsteuer.....	42
II.	Beschränkte vs. unbeschränkte Steuerpflicht.....	43
1.	Unbeschränkte Steuerpflicht (Lebensmittelpunkt in Deutschland).....	44
2.	Erweitert unbeschränkte Steuerpflicht	45
3.	Beschränkte Steuerpflicht.....	45
4.	Erweitert beschränkte Steuerpflicht.....	46
III.	Welteinkommensprinzip.....	46
IV.	Steuern auf	48
1.	Gehalt.....	48
2.	Zinsen/Dividenden	49
V.	Steuertarif.....	52
VI.	Ehegatten Splitting	53
C	Chinesisches Arbeitsrecht.....	54
I.	Einleitung.....	54
II.	Gesetzliche Rahmenbedingungen	54
III.	Individualarbeitsrecht	55
1.	Arbeitsvertrag (Arbeitsverhältnis).....	55
2.	Vertragsdauer.....	59
3.	Bezahlte/Unbezahlte Freistellung	61
4.	Vergütung/Mindestlohn	63
5.	Arbeitszeit.....	64
6.	Sozialversicherung	66
7.	Kündigung	70
IV.	Kollektivarbeitsrecht.....	74
1.	Einleitung	74
2.	Betriebsgewerkschaften/Kollektivverträge.....	75
3.	Streikrecht.....	76
4.	Rolle der Kommunistischen Partei	76
V.	Arbeitsgerichtsverfahren.....	77
1.	Einleitung	77
2.	Kosten	78
3.	Schiedsgerichtsverfahren.....	78
D	Steuern in China.....	81
I.	Persönliche Einkommensteuer vs. Körperschaftsteuer.....	81
1.	Einkommensteuer	81
2.	Körperschaftsteuer	81

II.	Beschränkte vs. unbeschränkte Steuerpflicht.....	82
1.	Einführung.....	82
2.	Steuerpflicht.....	83
3.	Planungsempfehlung.....	85
III.	Steuerberechnung.....	87
1.	Gehalt.....	87
2.	Andere Einkünfte.....	88
3.	Jährliche Bonuszahlungen an Arbeitnehmer.....	88
4.	Anrechnung von im Ausland gezahlten Steuern.....	88
5.	Zinsen.....	89
6.	Dividenden.....	89
IV.	Abgabe der Steuererklärung.....	89
1.	Steuerregistrierung.....	89
2.	Monatliche Steuererklärung.....	90
3.	Ausländisches Einkommen.....	91
4.	Jahressteuererklärung.....	91
E	Internationales Steuerrecht.....	92
I.	Altes vs. neues DBA Deutschland/China.....	92
II.	Steuerzuweisungen nach dem DBA für:.....	93
1.	Gehälter.....	93
2.	Zinsen.....	93
III.	Methoden zur Befreiung von der Doppelbesteuerung.....	93

Abkürzungsverzeichnis

AGB	Das chinesische Arbeitsgesetzbuch (Labour Code)
AVG	Das chinesische Arbeitsvertragsgesetz (Act on Employment Agreements)
CEO	Chief Executive Officer
DBA	Doppelbesteuerungsabkommen
EStG	Einkommensteuergesetz
EUR	Euro
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
PMPLIIT	Provisional Measures on the Personal Lodging of Individual Income Tax
QCD	Quick Calculation Deduction
RIACT	Regulations on the Implementation of Administration of Tax Collection
RMB	Ren Min Bi (Chinesische Währung)

A. Das deutsche Arbeitsrecht

I. Einleitung

Das deutsche Arbeitsrecht regelt die Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern und dient der Herstellung sozialer Gerechtigkeit auf privatrechtlicher (arbeitsvertraglicher) Grundlage. Das Arbeitsrecht soll der angenommenen stärkeren Verhandlungsposition des Arbeitgebers weitgehende Schutzrechte der Arbeitnehmer entgegenstellen und so für faire und gerechte Arbeitsbeziehungen sorgen. Es geht also innerhalb des Systems nicht um gleichrangige Zuweisung von Rechten und Pflichten, sondern es werden bewusst Arbeitnehmer gegenüber den ohnehin als „mächtiger“ angesehenen Arbeitgebern in eine Position der ungefähren Gleichberechtigung hineinversetzt. Andernfalls – so der Gesetzgeber – würde die geltende Vertragsfreiheit einseitig zum Vorteil der Arbeitgeberseite wirken können. Arbeitnehmer werden dabei als schutzwürdiger angesehen als z. B. freie Dienstnehmer, die grundsätzlich nicht unter die arbeitsrechtlichen Schutzgesetze fallen.

Die Umsetzung des Zieles des Arbeitnehmerschutzes erfolgt auf vielfältige Weise. Im Bereich des Arbeitsprivatrechts wird der Grundsatz der Vertragsfreiheit durch eine gerichtliche Vertragskontrolle mittlerweile stark eingeschränkt. Eine Vielzahl von Gesetzen, die zum Individualarbeitsrecht zählen, enthalten Detailregelungen zu einzelnen Vertragsgegenständen, wie z. B. Arbeitszeit, Urlaub, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Teilzeitarbeit und Befristung von Arbeitsverträgen. Einer der wesentlichen Kernbereiche des deutschen Individualarbeitsrechts ist der ausdifferenzierte Kündigungsschutz. Anders als in Systemen des „Employment at will“ bedarf eine Arbeitgeberkündigung im Regelfall einer gerichtlich überprüfaren Rechtfertigung.

Ein weiteres Kennzeichen des deutschen Arbeitsrechts ist das ausdifferenzierte kollektive Arbeitsrecht. Über Betriebsräte und Gewerkschaften wird eine Mitbestimmung von Arbeitnehmern in vielen betrieblichen Belangen gewährleistet. Abgesehen von wenigen Industriebereichen gibt es jedoch keine echte wirtschaftliche Mitbestimmung, da auch die unternehmerische Handlungsfreiheit des Arbeitgebers den Schutz der Verfassung genießt.

Insgesamt ist das deutsche Arbeitsrecht in Gesetz und Praxis auf Kooperation und vertrauensvolle Zusammenarbeit ausgerichtet. Anders als in vielen anderen europäischen Volkswirtschaften sind arbeitsrechtliche Auseinandersetzungen, insbesondere Streiks, eher selten.

II. Gesetzliche Rahmenbedingungen

Obgleich schon in der Weimarer Reichsverfassung nach dem 1. Weltkrieg und zuletzt anlässlich der Wiedervereinigung ein einheitliches Arbeitsrecht vorgesehen war, ist es hierzu bisher nicht gekommen. Es ist aus heutiger Sicht auch unwahrscheinlich, dass es in absehbarer Zeit ein Arbeitsgesetzbuch geben wird.

Das Arbeitsrecht ist somit durch eine schier unübersichtliche Vielzahl gesetzlicher und sonstiger Regelungen geprägt, darüber hinaus kommt dem Richterrecht, insbesondere bundesgerichtlichen Entscheidungen, herausragende Bedeutung zu. Viele Bereiche, wie das wichtige Arbeitskammerrecht und das Recht der Arbeitnehmerhaftung, sind sogar überhaupt nicht gesetzlich geregelt, andere Bereiche, wie der zunehmend wichtige Arbeitnehmerdatenschutz, nur unzureichend.

Oberstes Gesetz ist die Verfassung (Grundgesetz), die wichtige Festlegungen für das Arbeitsrecht enthält. Zu nennen sind insoweit insbesondere die Koalitionsfreiheit, die die Bestandsgrundlage für Gewerkschaften und deren Betätigungsfeld darstellt, der Gleichbehandlungsgrundsatz, der für das gesamte Arbeitsrecht ein Grundprinzip darstellt, und das Sozialstaatsgebot, das die Basis des gesamten Arbeitnehmerschutzrechts bildet.

Aufgrund der Zugehörigkeit der Bundesrepublik Deutschland zur Europäischen Union hat das europäische Recht eine zunehmende Bedeutung auch im Arbeits- und Sozialrecht. Europäische Arbeitnehmer genießen Freizügigkeit und Gleichberechtigung innerhalb der Union. Vor allem aber steht im Mittelpunkt der Gesetzgebung der EU das erklärte Ziel eine Angleichung der verschiedenen Arbeitsrechts- und Sozialordnungen herbeizuführen. Mittlerweile mehren sich sogar Regelungen, die unmittelbar in den EU Staaten gelten. In vielen Arbeitsrechtsbereichen steht hinter einem nationalen Gesetz eine Vorgabe der EU, z. B. bei der Arbeitszeit, im Urlaubsrecht, bei der Leiharbeit und bei Entsendungen.

Im Individualarbeitsrecht ist nach wie vor das allgemeine Zivilrecht (BGB) die wichtigste Gesetzesquelle. Hinzu kamen im Laufe der Zeit eine Vielzahl von Einzelgesetzen, von besonderer Bedeutung sind insbesondere das Kündigungsschutzgesetz, das Teilzeit- und Befristungsgesetz, das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, das Arbeitszeitgesetz und diverse Sozial- und Schutzgesetze.

Im kollektiven Arbeitsrecht ragen das Betriebsverfassungsgesetz und das Tarifvertragsgesetz heraus. Hinzu kommen wichtige verfahrensrechtliche Regelungen, wie die ZPO und das Arbeitsgerichtsgesetz.

III. Individualarbeitsrecht

1. Einführung

Das Individualarbeitsrecht regelt die Rechtsbeziehungen zwischen einem einzelnen Arbeitnehmer und dessen Arbeitgeber. Über die sich aus dem Arbeitsvertrag ergebenden Rechte und Pflichten hinaus zählen hierzu auch weitere gesetzliche Regelungen, die dem Schutz des einzelnen Arbeitnehmers dienen.

Wichtig ist zunächst festzustellen, wer überhaupt in den Genuss der Sonderrechte für Arbeitnehmer kommt. Diese sind nämlich abzugrenzen von Selbstständigen (freien Mitarbeitern), arbeitnehmerähnlichen Personen, Organen der Gesellschaft und zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten. Auch innerhalb der Gruppe der Arbeitnehmer ist zu differenzieren. So gelten z. B. für geringfügig Beschäftigte, Hausangestellte, Leiharbeitnehmer und leitende Angestellte Sonderregeln.

Als Arbeitnehmer gilt grundsätzlich, wer für einen anderen (Arbeitgeber) auf der Basis eines privatrechtlichen Vertrages geistige und/oder physische Arbeit nach dessen Weisungen verrichtet. Im Gegensatz dazu kann ein Selbständiger frei von Weisungen über seine Zeit bestimmen und Arbeitsort und Arbeitsweise festlegen. Dabei gibt es – abgesehen von den schon genannten Differenzierungen – zahlreiche Graubereiche; so arbeiten viele freie Mitarbeiter zu festen Zeiten bei einem einzigen Auftraggeber und unterliegen hinsichtlich des Inhalts ihrer Tätigkeit selbstverständlich genauesten Weisungen.

Ohnehin ist nicht nur eine arbeitsrechtliche Betrachtung anzustellen; so verwendet z. B. das Sozialrecht den ganz anders definierten Begriff des „Beschäftigten“ und verpflichtet Selbstständige, die ausschließlich für einen Auftraggeber tätig sind, zur Abführung von Rentenversicherungsbeiträgen.

Etwas einfacher strukturiert ist hingegen der Begriff des Arbeitgebers; hierzu zählt jede Einzel- und juristische Person, die auch nur einen Arbeitnehmer beschäftigt.

2. Arbeitsvertrag (Arbeitsverhältnis)

a) Formvorschriften

Ein Arbeitsverhältnis kommt durch Abschluss eines Arbeitsvertrages zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zustande. Dabei gilt in Deutschland, dass es kein Formerfordernis für Arbeitsverträge gibt, d. h. ein solcher kann auch mündlich rechtswirksam abgeschlossen werden. Üblich und empfehlenswert ist allerdings der Abschluss eines schriftlichen Vertrages, der die Absprachen möglichst genau festhält.

Erweist sich ein Arbeitsvertrag als unwirksam und hat der Arbeitnehmer seine Tätigkeit bereits aufgenommen, liegt ein faktisches Arbeitsverhältnis vor. Dieses kann zwar dann nach Kenntnis der Unwirksamkeit unverzüglich beendet werden, wird

jedoch nicht rückabgewickelt, d. h. der vermeintliche Arbeitnehmer behält z. B. seinen Vergütungsanspruch.

Der Arbeitsvertrag ist regelmäßig die wichtigste Quelle für die Bestimmung der beiderseitigen Rechte und Pflichten. Daneben muss stets geprüft werden, ob sich in kollektivvertraglichen Regelungen, insbesondere anwendbaren Tarifverträgen und (Konzern-, Gesamt-) Betriebsvereinbarungen keine für den Arbeitnehmer günstigeren oder den Vertrag ergänzenden Regelungen finden. Außerdem darf der Vertrag nicht gegen zwingendes Gesetzesrecht verstoßen.

Seit den durch die Schuldrechtsreform 2002 eingeführten umfassenden Vertragsinhaltskontrollen sind der freien Vertragsgestaltung durch die Parteien zunehmend enge Grenzen gesetzt. Dabei sind z. B. überraschende und ungewöhnliche Klauseln genauso unzulässig wie unangemessene, benachteiligende Bedingungen. Überdies sorgt das Transparenzgebot dafür, dass unklare, unverständliche oder unbestimmte Regelungen immer zu Lasten des Arbeitgebers ausgelegt werden.

Die Rechtsprechung ist in den letzten Jahren immer restriktiver geworden. Selbst seit vielen Jahrzehnten übliche Klauseln werden immer wieder für unwirksam erklärt. Oftmals geschieht dies mit sofortiger Wirkung, d. h. der Arbeitgeber genießt keinen Vertrauensschutz. Eine geltungserhaltende Reduktion, also die Geltung einer unwirksamen Vereinbarung zumindest soweit, dass nur der überschießende (unwirksame) Teil gestrichen wird, ist im Gesetz nicht vorgesehen. Damit fällt eine unwirksame Klausel insgesamt weg und es gilt das Gesetz, oftmals zum erheblichen Nachteil des Arbeitgebers.

Die Unwirksamkeit selbst vieler Vertragsklauseln führt aber nie dazu, dass der gesamte Arbeitsvertrag unwirksam wird. Dieser bleibt stets (notfalls mit einem Minimum an Bestimmungen) erhalten. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit gilt also im deutschen Arbeitsrecht nur sehr eingeschränkt. Umso wichtiger ist eine juristisch sorgfältige und stetige Aktualisierung der verwendeten Vertragsmuster. Hiervon werden in der Regel unterschiedliche Entwürfe benötigt, da für unterschiedliche Arbeitnehmergruppen jeweils ganz andere Regeln zu beachten sind. Unterschiedliche Muster werden z. B. benötigt für (Tarif-) Arbeitnehmer, leitende Angestellte, Teilzeitbeschäftigte, befristete Angestellte, geringfügig Beschäftigte, Auszubildende, Praktikanten und Organvertreter (Vorstand, Geschäftsführer). Hinzu kommen Verträge für freie Mitarbeiter, Berater, Leiharbeiter und Handelsvertreter, um nur einige zu nennen.

Sonderevereinbarungen werden benötigt für Situationen wie z. B. Aussendungen und im Falle des Ausscheidens von Mitarbeitern (Aufhebungs- oder Abwicklungsvertrag).

Einen gesetzlich notwendigen vorgeschriebenen Mindestinhalt für Arbeitsverträge gibt es in Deutschland nicht. Lediglich das Nachweisgesetz enthält einen Katalog von Bestimmungen, die schriftlich fixiert werden sollen. Zwingenden Charakter hat dieses Gesetz allerdings nicht. Erfolgt keine schriftliche Festlegung der Arbeitsbedingungen, führt dies lediglich dazu, dass der Arbeitgeber im Streitfall seine Version der Vereinbarung beweisen muss. Ungeachtet dessen ist es in weit über 90 % der Fälle üblich und gewohnte Praxis einen schriftlichen Vertrag abzuschließen. Nachfolgend sind einige der wichtigsten Vertragsregelungen sowie die dazu zu beachtenden Gesetzesregelungen dargestellt.

b) Diskriminierungsschutz

Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz ergibt sich aus dem Grundgesetz. Darüber hinaus regelt das 2006 in Kraft getretene Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (das auf einer europäischen Richtlinie basiert) Details zum Diskriminierungsschutz. Praktisch relevant ist das Gesetz bis heute nur im Bereich der Stellenbesetzung, die geschlechtsneutral erfolgen muss und bei der keine (mittelbare) Diskriminierung von Ausländern oder Schwerbehinderten vorliegen darf. Im laufenden Arbeitsverhältnis und anlässlich der Beendigung ist das Gesetz bislang ohne Wirkung geblieben, so dass – anders als zum Beispiel in den USA – der Diskriminierungsschutz keinen besonderen Stellenwert im deutschen Arbeitsrecht besitzt.

c) Visumerteilung und Arbeitserlaubnis

Bei der Beschäftigung von Ausländern wird ein Unterschied zwischen EU-Staatsangehörigen, die keinen wesentlichen Beschränkungen unterliegen, und sogenannten Drittstaatsangehörigen, die eine Arbeitserlaubnis und einen darauf beruhenden Aufenthaltstitel benötigen, unterschieden. Die Arbeitserlaubnis ist für Angehörige bestimmter Staaten (z. B. USA, Japan, Australien, Kanada) relativ leicht zu erlangen, Gleiches gilt für Hochqualifizierte aus anderen Ländern. Problematisch ist die Erlangung einer Arbeitserlaubnis für andere Drittstaatsangehörige mit geringerer oder keiner Qualifikation. Diese benötigen einen festen Arbeitsplatz (Zusage/Arbeitsvertrag) und/oder müssen über spezielle Qualifikationen (z. B. Spezialitätenkoch; besondere Sprachkenntnisse, die für die Arbeit unerlässlich sind) verfügen.

3. Vertragsdauer

Der Regelfall im deutschen Arbeitsrecht, der vom Gesetzgeber klar als angestrebter Idealzustand angesehen wird, ist das unbefristete Dauerarbeitsverhältnis. Nur hier entfalten sich die Vorteile des Arbeitnehmerschutzrechtes vollständig und ohne zeitliche Begrenzung.

Aufgrund der Realitäten des Arbeitslebens und häufig auch des Wunsches eines Teils der Arbeitnehmer steht daneben die Möglichkeit der Vereinbarung von Teilzeitarbeit. Da diese überdurchschnittlich von Frauen (insbesondere in der Phase der Betreuung kleiner Kinder) nachgefragt wird, hat der Gesetzgeber unter dem Gesichtspunkt der Vermeidung einer (mittelbaren) Diskriminierung ein kritisches Auge auf diese Arbeitsverhältnisse.

Noch mehr gilt dies für befristete Arbeitsverträge. Diese hebeln nämlich durch ihre zeitliche Begrenzung das Kernstück des deutschen Arbeitsrechts, das Kündigungsschutzrecht, aus. Daher gelten strenge Anforderungen; es ist nur in vom Gesetz klar definierten Ausnahmefällen zulässig eine Befristung zu vereinbaren.

Im Einzelnen gilt Folgendes:

a) Teilzeit

Nach der Zielsetzung des Teilzeit- und Befristungsgesetzes soll Teilzeitarbeit gefördert und Diskriminierungen sollen verhindert werden. Ein Teilzeitarbeitsverhältnis ist jedes Arbeitsverhältnis, das keine Vollzeitarbeit vorsieht. Für Teilzeitarbeitnehmer gelten, mit

Ausnahme der der Arbeitszeit angepassten Vergütung, sämtliche Arbeitsgesetze in vollem Umfang. Neben praktisch weniger relevanten Regelungen zur Abrufarbeit und Arbeitsplatzteilung steht im Mittelpunkt des Gesetzes der Anspruch eines (Vollzeit-) Arbeitnehmers von seinem Arbeitgeber eine Verringerung der Arbeitszeit zu fordern. Voraussetzung ist allerdings ein sechsmonatiger Bestand des Arbeitsverhältnisses und die Beschäftigung von mehr als 15 Arbeitnehmern durch den Arbeitgeber. Macht der Arbeitnehmer spätestens drei Monate vor dem beabsichtigten Beginn der Reduzierung der Arbeitszeit seine Ansprüche geltend, muss hierüber verhandelt werden; der Arbeitgeber kann wegen entgegenstehender betrieblicher Gründe ablehnen (und muss dies auch schriftlich tun, um eine automatische Arbeitszeitverringerung zu vermeiden). Dann muss der Arbeitnehmer zunächst wie bisher weiter arbeiten, kann aber seinen Anspruch gerichtlich weiterverfolgen. Ein Anspruch auf Verlängerung der Arbeitszeit besteht hingegen nicht. Einige Sondergesetze sehen neue, zum Teil erweiterte Teilzeitmöglichkeiten vor, z. B. während der Elternzeit oder zur Pflege von Angehörigen.

b) Befristungen

Das gleiche Gesetz (Teilzeit- und Befristungsgesetz) regelt auch die ausnahmsweise Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge. Grundsätzlich werden zwei Arten von Befristungen unterschieden, die zeitliche Befristung (mit klaren Zeit- oder Datumsangaben) und die sogenannte Zweckbefristung (z. B. für ein begrenztes Projekt, zur Vertretung eines langzeiterkrankten Arbeitnehmers oder während einer Elternzeit). Erleichterungen gelten für neugegründete Unternehmen sowie bei Befristungen mit älteren Arbeitnehmern.

Die in der Praxis wichtigste Befristungsmöglichkeit ist diejenige während der ersten zwei Jahre eines Arbeitsverhältnisses. Hier ist kein Grund für die Befristung erforderlich; innerhalb der zwei Jahre kann maximal drei Mal verlängert werden, wenn z. B. die erste Befristung lediglich ein Jahr betrug. Eine solche Befristung ist jedoch grundsätzlich nur bei Neueinstellungen möglich; war der Arbeitnehmer schon einmal beim selben Arbeitgeber beschäftigt, scheidet diese Möglichkeit in der Regel aus.

Ansonsten bedarf der Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages eines sogenannten sachlichen Grundes; die wichtigsten zählt das Gesetz auf (Erprobung, vorübergehender Bedarf, Wunsch des Arbeitnehmers).

Wichtig ist, dass befristete Arbeitsverträge unbedingt schriftlich abgeschlossen werden müssen (und zwar bevor die Arbeit aufgenommen bzw. bei Verlängerungen fortgesetzt wird), anderenfalls gilt das Arbeitsverhältnis als unbefristet.

Eine wirksame Befristung führt dazu, dass der Arbeitsvertrag automatisch endet, ohne dass es einer Kündigung oder eines Kündigungsgrundes bedarf. Wichtig ist des Weiteren zu wissen, dass befristete Arbeitsverhältnisse nur dann auch während des Laufs der Befristung gekündigt werden können, wenn dies ausdrücklich so vertraglich und schriftlich vereinbart wurde.

4. Bezahlte/Unbezahlte Freistellung

a) Urlaub/Feiertage

Aufgrund des Bundesurlaubsgesetzes hat jeder Arbeitnehmer in Deutschland nach sechsmonatigem Bestand des Arbeitsverhältnisses im Kalenderjahr einen Mindesturlaubsanspruch von vier Wochen. In der Praxis beträgt der Anspruch aufgrund Arbeits- oder Tarifvertrag regelmäßig fünf bis sechs Wochen. Während dieser Zeit ist die normale Vergütung weiter zu zahlen; ein Anspruch auf zusätzliches Urlaubsgeld ist eher selten und ergibt sich allenfalls aus einem anwendbaren Tarifvertrag. Eine Übertragung von Urlaub auf das Folgejahr ist nur ausnahmsweise möglich. Eine finanzielle Urlaubsabgeltung ist nur bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses zulässig.

Hinzu kommen 9 bis 13 (länderabhängig) gesetzliche Feiertage. Fällt ein Feiertag auf einen (arbeitsfreien) Samstag oder einen Sonntag, besteht kein zusätzlicher Freizeitanspruch.

b) Krankheit

Im Falle einer Arbeitsunfähigkeit wegen unverschuldeter Erkrankung besteht nach vierwöchigem Bestand des Arbeitsverhältnisses aufgrund des Entgeltfortzahlungsgesetzes ein Anspruch auf volle Bezahlung für die Dauer von maximal sechs Wochen je Erkrankung pro Kalenderjahr. Voraussetzung für den Zahlungsanspruch ist die Vorlage einer von einem Arzt ausgestellten Bescheinigung, die dem Arbeitgeber in der Regel am dritten Werktag nach Beginn der Erkrankung vorzulegen ist, und die unverzügliche Krankmeldung (in der Regel am Beginn des ersten Tages der Erkrankung, wobei eine Meldung per Telefon oder per Mail ausreicht).

c) Sonstige Fälle

Im Falle der Erkrankung eines Kindes oder bei einem anderen persönlichen Umstand (z. B. Tod/Beerdigung eines nahen Angehörigen, Geburt eines Kindes) besteht nach § 616 BGB ein Anspruch auf kurzfristige bezahlte Freistellung. Es ist zulässig und nicht unüblich diesen Anspruch arbeitsvertraglich auszuschließen.

Weitergehende Freistellungsansprüche (in der Regel ohne Entgeltanspruch gegen den Arbeitgeber, unter Umständen allerdings mit Zahlung von Sozialleistungen) ergeben sich aus dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz für die maximal dreijährige Elternzeit, für die Mutterschutzfristen sowie aus den neuen Pflegezeitgesetzen.

Eine andere Art der bezahlten Freistellung ist die einseitig vom Arbeitgeber ausgesprochene oder vertraglich im Arbeits- oder Aufhebungsvertrag vereinbarte Freistellung des Arbeitnehmers nach Ausspruch einer Kündigung (gleich durch welche Vertragspartei).

5. Vergütung/Mindestlohn

Die Vergütung des Arbeitnehmers ergibt sich in der Regel aus den Vereinbarungen der Parteien, gelegentlich aus einem anwendbaren Tarifvertrag. Regelmäßig ist eine Bruttovergütung vereinbart; hiervon hat der Arbeitgeber Lohnsteuer einzubehalten und an das Finanzamt abzuführen. Des Weiteren behält der Arbeitgeber den

Arbeitnehmersozialversicherungsbeitrag ein und führt ihn zugleich mit dem Arbeitgeberbeitrag zur Sozialversicherung ab.

Die Vergütung setzt sich üblicherweise aus Fixum, Sachleistungen (z. B. Fahrtkostenerstattung, Kfz) und Variablen (Bonus, Tantieme, Provision usw.) zusammen. Maßgeblich für den Anspruch und die Details sind die vertraglichen Vereinbarungen. Hinzuweisen ist darauf, dass die Möglichkeit eines Widerrufsvorbehaltes oder eines Freiwilligkeitsvorbehaltes bei variablen Zahlungen mittlerweile stark eingeschränkt worden ist, so dass insbesondere hier höchste Sorgfalt bei der Vertragsgestaltung zu beachten ist.

Seit dem 01. Januar 2015 gilt in den meisten Branchen in Deutschland aufgrund des Mindestlohngesetzes ein Mindestlohn in Höhe von 8,50 EUR pro Stunde. Hierbei muss es sich um die regelmäßige Vergütung handeln, einmalige oder gelegentliche Sonderzahlungen sind nicht berücksichtigungsfähig.

Besonders bemerkenswert ist, dass ein Unternehmer auch gegenüber Arbeitnehmern von Subunternehmern und Servicedienstleistern haftet und bei Missachtung erhebliche Bußgelder (bis zu 500.000 EUR) oder sogar Strafverfahren drohen. Ein gut funktionierendes Vertragsmonitoring und -management ist daher ab sofort unerlässlich.

6. Arbeitszeit

Zur Arbeitszeit sind in Deutschland zwei Themen zu unterscheiden.

Zum einen bestimmt der Arbeitsvertrag bzw. Tarifvertrag wie viele Stunden (meist pro Woche) der Arbeitnehmer zu arbeiten hat, ob er verpflichtet ist darüber hinaus Überstunden zu leisten und ob und gegebenenfalls wieviel zusätzliche Vergütung für Überstunden bezahlt werden.

Darüber hinaus regelt das Arbeitszeitgesetz die aus Gründen des Gesundheitsschutzes maximal zulässige Arbeitszeit. Diese beträgt in der Regel acht Stunden täglich und allerhöchstens 10 Stunden. Da es sich nach diesem Gesetz bei dem Samstag um einen Werktag handelt, beträgt somit die regelmäßige zulässige Wochenarbeitszeit 48 bzw. maximal 60 Stunden (wobei dann über einen Sechsmonatszeitraum ein Ausgleich auf durchschnittlich 48 Stunden hergestellt werden muss).

Beschränkungen gelten für Schwangere und Jugendliche. Das Gesetz enthält des Weiteren Regelungen zu Ruhepausen und einer Mindestfreizeit von 11 Stunden zwischen zwei täglichen Arbeitsphasen.

Es gelten sehr strenge Regelungen zu Sonn- und Feiertagsarbeit, die nur in bestimmten Branchen oder in seltenen Ausnahmefällen (z. B. Notfall) zulässig ist und oftmals auch einer vorherigen behördlichen Genehmigung bedarf.

7. Versicherungen

a) Pflichtversicherungen

Der Arbeitgeber ist für die Abführung des Gesamtsozialversicherungsbeitrages verantwortlich. Dazu gehört die Feststellung, ob ein sozialversicherungspflichtiges Arbeitsverhältnis vorliegt und die richtige Berechnung und Abführung der Kranken-, Arbeitslosen-, Pflege- und Rentenversicherungsbeiträge. Beitragsschuldner gegenüber der Sozialversicherung

ist allein der Arbeitgeber und zwar sowohl für die Arbeitgeberbeiträge als auch für die einzubehaltenden und abzuführenden Arbeitnehmerbeiträge. Anderweitige vertragliche Abreden sind nichtig. Die unterbliebene Beitragsabführung jedenfalls der Arbeitnehmerbeiträge ist eine Straftat.

In allen Versicherungszweigen gelten (der Höhe nach unterschiedliche) Beitragsbemessungsgrenzen, die eine Obergrenze der Zahlungsverpflichtungen darstellen, d. h. eine darüber hinausgehende Vergütung unterliegt nicht mehr dem Abzug von Sozialversicherungsbeiträgen. In der gesetzlichen Krankenversicherung kennzeichnet die Beitragsbemessungsgrenze darüber hinaus die für die Möglichkeit eines Wechsels in ein privates Krankenversicherungssystem maßgebliche Kenngröße. Arbeitnehmer, die mehr als den Beitragsbemessungssatz in der Krankenversicherung verdienen, können sich dafür entscheiden, aus dem gesetzlichen Versicherungssystem auszusteigen und eine private Krankenversicherung (die dann auch die Pflegeversicherung erfasst) abzuschließen. Ein einmal erfolgter Wechsel ist allerdings in der Regel bindend für die gesamte Lebensdauer, sollte also aus Sicht des Arbeitnehmers gut überlegt werden, zumal die gesetzliche Krankenversicherung Vorteile wie die Familienmitversicherung bietet. Andererseits sind private Krankenversicherungen oftmals zumindest in jüngeren Jahren günstiger und bieten ein erweitertes Leistungsspektrum. Bei Auslandsaufenthalten (z. B. Entsendungen) sind zum Teil Zusatzversicherungen auch bei Bestehen einer gesetzlichen Krankenversicherung erforderlich.

Bei Auslandsentsendungen gilt vorbehaltlich einer zwischenstaatlichen Regelung (wie sie zwischen Deutschland und China existiert, dazu sogleich) das Ausstrahlungsprinzip, wonach bei einer zeitlich befristeten Entsendung auf Weisung des deutschen Arbeitgebers im Rahmen eines deutschen Arbeitsverhältnisses und einer Kostentragung des deutschen Unternehmens (im steuerrechtlichen Sinne) eine Entsendung mit der Folge vorliegt, dass der Arbeitnehmer auch während des Auslandsaufenthalts im deutschen Sozialversicherungssystem verbleibt. Nach dem deutsch-chinesischen Sozialversicherungsabkommen ist dieses Grundprinzip für die ersten vier Jahre der Beschäftigung beibehalten, gegebenenfalls können Verlängerungen beantragt werden. Ansonsten gilt das Wohnortprinzip. Dies gilt umgekehrt auch für chinesische Arbeitnehmer, die nach Deutschland entsandt werden.

b) Deutsch-Chinesisches Sozialversicherungsabkommen

Eine Ausnahme hinsichtlich der Anwendbarkeit dieser innerstaatlichen Grundsätze gilt, wenn die Beschäftigung in einem ausländischen Staat ausgeübt wird, mit dem ein Sozialversicherungsabkommen besteht. Dies ist für Deutschland und die Volksrepublik China der Fall. Daher finden die Regelungen des innerstaatlichen Rechts über die Ausstrahlung keine Anwendung, wenn der entsandte Arbeitnehmer von der Regelung des Sozialversicherungsabkommens erfasst wird.

Nach dem deutsch-chinesischen Sozialversicherungsabkommen vom 12. Juli 2001 bleiben die deutschen Rechtsvorschriften bei Entsendung in das Gebiet der Volksrepublik China (ohne Hong Kong, Macao und Taiwan) maßgeblich während der ersten 48 Monate,

wenn der Arbeitnehmer im Rahmen eines in Deutschland bestehenden Beschäftigungsverhältnisses entsandt wird um in der Volksrepublik China eine Arbeit für den deutschen Arbeitgeber auszuführen. Die Möglichkeit, die deutschen Rechtsvorschriften über den 48. Kalendermonat hinaus anzuwenden, ist nur im Rahmen einer Ausnahmereinbarung gegeben. Die Ausnahmereinbarung ist eine Vereinbarung zwischen der zuständigen Behörde des ausländischen Staates und der deutschen Verbindungsstelle Krankenversicherung-Ausland in Bonn. Eine Ausnahmereinbarung kann auch in den Fällen beantragt werden, in denen die Beschäftigung in dem anderen Vertragsstaat keine Entsendebeschäftigung darstellt. Die Ausnahmereinbarung wird regelmäßig nur für künftige Zeiten abgeschlossen. Deshalb ist es erforderlich, den Antrag auf Ausnahmereinbarung rechtzeitig, d. h. möglichst vor Abreise des jeweiligen Arbeitnehmers, bei der deutschen Verbindungsstelle Krankenversicherung-Ausland zu stellen.

Auf Antrag des Arbeitgebers bzw. Arbeitnehmers wird eine Bescheinigung ausgestellt, dass auf die Beschäftigung in einem Vertragsstaat die deutschen Rechtsvorschriften anzuwenden sind. Durch die Vorlage dieser Bescheinigung wird bei der jeweils zuständigen Stelle der ausländischen Sozialversicherung erreicht, dass diese Stelle davon absieht, Sozialversicherungsbeiträge nach ihren Rechtsvorschriften zu fordern. Es empfiehlt sich daher, die Ausstellung dieser Bescheinigung rechtzeitig vor Antritt der Entsendung zu beantragen. Die Bescheinigung wird für China von der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA) ausgestellt, wenn der Arbeitnehmer von der Versicherungspflicht in der Angestelltenversicherung befreit ist, ansonsten von dem Träger der gesetzlichen Krankenversicherung, bei dem der Arbeitnehmer pflicht- oder freiwillig krankenversichert ist.

Das Abkommen gilt ausschließlich für die gesetzliche Renten- und Arbeitslosenversicherung, also nicht für die Krankenversicherung.

c) Freiwillige Versicherungen

Darüber hinaus ist der Abschluss freiwilliger Versicherungen durch den Arbeitgeber zugunsten des Arbeitnehmers möglich. Praktisch relevant ist dies aber nur in wenigen Fällen. So wird für Arbeitnehmer, die häufig Dienstreisen unternehmen, eine Unfallversicherung abgeschlossen, für Mitglieder des Managements kommt der Abschluss einer speziellen Haftpflichtversicherung (D&O Versicherung) in Betracht.

Bei Auslandsentsendungen sind weitergehende Regelungen, insbesondere zur umfassenden Absicherung des Krankenversicherungsschutzes des Arbeitnehmers und seiner Familie, üblich. In diesem Fall kommen auch Versicherungen, z. B. für Reisegepäck, Reiseunterbrechung und Hausrat in Betracht.

Die weitergehende Übernahme von Versicherungsrisiken durch den deutschen Arbeitgeber ist indes unüblich.

8. Kündigung

a) Formalien

Eine Kündigung des Arbeitsvertrages unterliegt zunächst einigen Formvorschriften. So muss eine Kündigung schriftlich erfolgen, von dem rechtlich dazu berufenen Mitarbeiter unterzeichnet sein und im Original der Gegenpartei zugestellt werden.

Auf Seiten des Arbeitgebers muss somit darauf geachtet werden, dass eine zweifelsfrei zur Kündigung berechnete Person unterzeichnet; dabei kommt es vor allem auf die nach außen sichtbare bzw. erklärte oder dokumentierte Vertretungsberechtigung an.

Der Zugang der Kündigung muss beweisbar sein; dies ist insbesondere wichtig, wenn es auf die Einhaltung von Fristen ankommt. Die Nutzung von Dienstleistern wie Post- oder Kurierdiensten ist insbesondere bei zeitkritischen Kündigungen extrem risikobelastet und kann letztlich sogar dazu führen, dass eine Kündigung gar nicht mehr wirksam ausgesprochen (wiederholt) werden kann.

b) Arten von Kündigungen

Das Gesetz unterscheidet die ordentliche Kündigung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einer außerordentlichen Kündigung mit sofortiger Wirkung.

Die Länge der Kündigungsfrist bei einer ordentlichen Kündigung ergibt sich aus § 622 BGB bzw. (soweit längere Fristen vereinbart werden), dem Arbeitsvertrag oder Tarifvertrag. Die gesetzlichen Fristen reichen von 2 Wochen (während einer vereinbarten Probezeit) bis hin zu sieben Monaten zum Monatsende nach mehr als 20 Jahren Beschäftigungszeit.

Soweit ein Betriebsrat besteht muss dieser vor Ausspruch der Kündigung angehört werden. Dabei sind Fristen zu beachten, die vom Arbeitgeber einzukalkulieren sind, wenn eine Kündigung zu einem bestimmten Zeitpunkt ausgesprochen werden soll bzw. muss. Soweit kein Kündigungsschutz besteht (dazu weiter unten) bedarf eine Kündigung keiner Begründung (dies gilt ohnehin für jede Arbeitnehmerkündigung); sie darf nur nicht diskriminierend oder willkürlich sein.

Eine außerordentliche Kündigung bedarf nach § 626 BGB eines wichtigen Grundes. Die Definition dieses Begriffs erfolgt durch die Rechtsprechung, zudem ist in jedem Einzelfall eine Abwägung der Interessen der beiden Parteien vorzunehmen. Dabei spielen viele Faktoren, wie die Länge der Betriebszugehörigkeit, die Historie des Arbeitsverhältnisses (gab es zuvor Vorfälle/Abmahnungen) und die Schwere der Vertragsverletzung eine Rolle. Weiter ist zu beachten, dass eine außerordentliche Kündigung spätestens zwei Wochen nach dem Ereignis, das zur Begründung der Kündigung herangezogen wird, ausgesprochen werden muss. Diese Frist ist ausgesprochen kurz, insbesondere wenn ein Betriebsrat anzuhören ist und der Zugang der Kündigung schwierig zu bewerkstelligen ist.

c) **Kündigungsschutz**

Das Kündigungsschutzgesetz stellt einen der wesentlichen Grundpfeiler des deutschen Arbeitsrechts dar.

Arbeitnehmer genießen Kündigungsschutz, wenn sie seit mehr als sechs Monaten bei dem Arbeitnehmer beschäftigt sind und der Betrieb (nicht das Unternehmen) mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt.

Soweit danach das Kündigungsschutzgesetz anwendbar ist, bedarf eine Kündigung eines rechtlich anerkannten Grundes (soziale Rechtfertigung), wobei der Arbeitgeber die volle Darlegungs- und Beweislast trägt. Dabei werden drei Kategorien unterschieden.

(i) **Personenbedingte Kündigung**

Der Hauptgrund für eine personenbedingte Kündigung ist die krankheitsbedingte Unfähigkeit des Arbeitnehmers die vereinbarte Arbeitsleistung zu erbringen. In der Praxis unterscheidet man eine lang andauernde Erkrankung (wobei ein Zeitpunkt der Genesung nicht absehbar ist) von häufigen Kurzerkrankungen. In beiden Fällen ist eine Kündigung schwierig, da der Arbeitnehmer die erforderliche Gesundheitsprognose jederzeit durch eine ärztliche Bescheinigung widerlegen kann.

Weitere personenbedingte Kündigungsgründe sind z. B. das Fehlen einer Arbeitserlaubnis eines ausländischen Arbeitnehmers, der Verlust einer notwendigen behördlichen Erlaubnis (z. B. Führerschein bei Kraftfahrern, Approbation bei Ärzten, Zulassung bei Rechtsanwälten) sowie die – in der Praxis extrem schwierig durchsetzbare – Kündigung wegen unterdurchschnittlicher Leistung.

(ii) **Verhaltensbedingte Kündigung**

Eine verhaltensbedingte Kündigung kann ausgesprochen werden, wenn der Arbeitnehmer willentlich eine erhebliche oder wiederholte Vertragsverletzung begeht und die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber aus diesem Grund unzumutbar ist. Zu den akzeptablen Gründen für eine verhaltensbedingte Kündigung existiert eine umfangreiche Einzelfallrechtsprechung. In aller Regel ist vor einer solchen Kündigung die Erteilung einer oder mehrerer Abmahnungen erforderlich. Oft kann also nicht etwa bereits die erste Vertragsverletzung zur Kündigung genutzt werden, vielmehr bedarf es nach einer oder mehrerer Abmahnungen einer erneuten, gleichgelagerten Vertragsverletzung. Die Abgrenzung zur personenbedingten Kündigung kann schwierig sein, diejenige zur außerordentlichen Kündigung ist graduell (je nach Schwere der Vertragsverletzung).

(iii) **Betriebsbedingte Kündigung**

Führen dringende betriebliche Gründe zu einem Wegfall des Arbeitsplatzes, kann eine betriebsbedingte Kündigung ausgesprochen werden. Dabei ist zunächst eine funktionelle, keine individuelle Betrachtung anzustellen. Inner- oder außerbetriebliche Gründe wie eine Umstrukturierung des Unternehmens, eine schlechte wirtschaftliche Lage, der Wegfall eines wichtigen Kunden oder Projekts und ähnliches können dazu führen, dass in bestimmten Abteilungen oder dem ganzen Unternehmen ein Arbeitsplatzüberhang

besteht, das heißt, dass mehr Arbeitsplätze vorhanden sind als künftig benötigt werden. Steht fest, wie viele Arbeitsplätze in welchen Bereichen weggefallen sind, ist eine Individualisierung vorzunehmen.

Unter den funktional für die Kündigung in Betracht kommenden Arbeitnehmern ist zunächst (auf der gleichen horizontalen Hierarchieebene; es besteht also kein Anspruch auf Beförderung und es findet kein Verdrängungswettbewerb nach unten statt) eine Vergleichbarkeitsbetrachtung (auf der Basis des Arbeitsvertrages, aber auch unter Berücksichtigung von Ausbildung und beruflichen Erfahrungen) anzustellen. Anschließend ist eine soziale Auswahl unter den solchermaßen vergleichbaren Arbeitnehmern anhand der Kriterien Alter, Betriebszugehörigkeit, Unterhaltungspflichten und Schwerbehinderung vorzunehmen. Nur in Ausnahmefällen können einzelne Arbeitnehmer wegen besonderer Kenntnisse und Fähigkeiten aus der Sozialauswahl herausgenommen werden.

Die Wertung der einzelnen Kriterien ist gesetzlich nicht bestimmt, so dass in der Praxis oftmals Punkteschemata herangezogen werden, die von der Rechtsprechung in anderen Fällen schon einmal gebilligt wurden. Ist ein Betriebsrat vorhanden, wird – insbesondere wenn es um eine Mehrzahl von Fällen geht – in der Regel eine Bewertungsskala vereinbart.

(iv) Änderungskündigung

Bei einer Kündigung ist stets zu berücksichtigen, dass es sich um die ultima ratio handeln muss. Der Arbeitgeber muss also immer prüfen, ob es nicht eine Möglichkeit gibt, eine Kündigung zu vermeiden. Gibt es einen freien vergleichbaren Arbeitsplatz, scheidet eine Kündigung aus; es muss aber auch geprüft werden, ob nicht eine Beschäftigung zu schlechteren Bedingungen möglich ist. In solchen Fällen muss dem Arbeitnehmer in der Regel angeboten werden, auf einem anderen, freien Arbeitsplatz unter schlechteren Bedingungen weiterzuarbeiten. Nur wenn er dieses Angebot (das Teil des Kündigungsschreibens sein kann) nicht annimmt, kann die Beendigungskündigung Wirksamkeit entfalten.

Arbeitnehmer können gegen eine Kündigung gerichtlich vorgehen; sie müssen das Verfahren in der Regel innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung einleiten. Gewinnt der Arbeitnehmer, muss er (weiter-) beschäftigt werden und hat Anspruch auf die Vergütung, die er in der Zeit zwischen Ablauf der Kündigungsfrist und gerichtlicher Entscheidung bekommen hätte. Dieses Szenario führt dazu, dass in Kündigungsrechtsstreiten in aller Regel über eine Abfindung verhandelt wird, obwohl es grundsätzlich keinen Abfindungsanspruch gibt (Ausnahme: Sozialplan und Auflösungsantrag). Die in Deutschland übliche Abfindung berechnet sich nach der Formel $0,5 - 1$ Bruttomonatsgehälter pro Beschäftigungsjahr, kann aber auch deutlich darüber hinausgehen.

(v) Besonderer Kündigungsschutz

Besonderen Kündigungsschutz genießen schwangere Arbeitnehmerinnen während der Mutterschutzfristen und während einer beantragten Elternzeit, Auszubildende nach Ablauf der Probezeit, Schwerbehinderte und Betriebsräte. In diesen Fällen ist oftmals nur eine außerordentliche Kündigung und/oder eine Kündigung unter vorheriger Beteiligung/Zustimmung einer Behörde oder eines Gerichts möglich.

d) Betriebsübergang

Aufgrund einer europäischen Richtlinie gilt im Falle eines Betriebsübergangs, also einer Übertragung wesentlicher materieller und/oder immaterieller Wirtschaftsgüter (nicht Gesellschaftsanteile), dass den Betriebsmitteln die Arbeitsverhältnisse automatisch folgen. Es findet also ein Arbeitgeberwechsel statt; dabei werden keine neuen Arbeitsverhältnisse begründet und keine neuen Arbeitsverträge abgeschlossen. Auch etwaig bestehende Betriebsräte bleiben im Amt, kollektive Regelungen bleiben dann als solche bestehen. Allerdings haben die Arbeitnehmer ein Recht darauf, vorab umfassend über die Details informiert zu werden. Sie können nach Erhalt der Information dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses widersprechen, da niemandem ein neuer Vertragspartner einseitig aufgezwungen werden kann. Wird der Betrieb allerdings vollständig veräußert und ist er auch nicht Teil eines Konzerns, können widersprechende Arbeitnehmer relativ leicht gekündigt werden.

e) Nachvertragliches Wettbewerbsverbot

Die Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes ist für die Dauer von maximal zwei Jahren möglich. Es gelten allerdings strenge Anforderungen für den zulässigen Inhalt, ansonsten droht die Unwirksamkeit. Wichtigstes Wirksamkeitserfordernis ist die Zahlung einer Karenzentschädigung in Höhe von mindestens 50 % der vorherigen Monatsvergütung (einschließlich aller Sachleistungen und Variablen) während der gesamten Dauer des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots.

Ein späterer Verzicht auf das nachvertragliche Wettbewerbsverbot ist oft nicht mehr möglich bzw. muss sehr früh vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses erklärt werden, ansonsten wirkt sich der Verzicht sofort zugunsten des Arbeitnehmers aus, während der Arbeitgeber noch für die Dauer von einem Jahr die Karenzentschädigung zu zahlen hat. Daher werden nachvertragliche Wettbewerbsverbote meist nur mit höher qualifizierten Knowhow-Trägern (oder Vertriebsmitarbeitern mit engem Kundenbezug) vereinbart und solche Wettbewerbsverbote treten auch erst nach einer bestimmten Mindestdauer des Arbeitsverhältnisses (z. B. erfolgreicher Abschluss der Probezeit) in Kraft.

f) Arbeitszeugnis

Jeder Arbeitnehmer hat bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf ein schriftliches Arbeitszeugnis. Dieses soll dem beruflichen Fortkommen des Arbeitnehmers dienen und Dritte über die Fähigkeiten des Arbeitnehmers informieren.

Gesetzlich wird zwischen dem einfachen und dem qualifizierten Zeugnis unterschieden. Ein einfaches Zeugnis gibt Art und Dauer der Beschäftigung wieder, das qualifizierte Zeugnis enthält darüber hinaus Angaben zu Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers. Zudem wird nach dem Zeitpunkt differenziert, zu dem das Zeugnis erstellt wird. Gesetzlich allein geregelt ist das Endzeugnis, das wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erteilt wird. Daneben gibt es das Zwischenzeugnis, das während des ungekündigten Arbeitsverhältnisses – regelmäßig aus besonderem Anlass – erteilt wird. Dieser besondere Anlass kann in einer bevorstehenden Beendigung des Arbeitsverhältnisses liegen,