BURKARDT, PETERS & PARTNER
RECHTSANWÄLTE

NEWSLETTER

Januar 2013

Neue Spielregeln für Leiharbeit durch lang erwartete Änderung des Arbeitsvertragsgesetzes der Volksrepublik China

Nachteilige rechtliche und finanzielle Folgen drohen, die existierende Praxis zur Nutzung gewerblicher Leiharbeit in der Volksrepublik China („VRC“) zu ändern. Mit der Änderung des *Arbeitsvertragsgesetzes der VRC* am 28. Dezember 2012 („*Änderungsvorschrift*“), die zum 1. Juli 2013 wirksam wird, unternimmt der Nationale Volkskongress („NVK“) einen ernstzunehmenden Versuch, der weitverbreiteten Verletzung der Bestimmungen zur Leiharbeit im *Arbeitsvertragsgesetz* entgegenzuwirken.

Die *Änderungsvorschrift* beabsichtigt in erster Linie, Defizite in der Umsetzung des *Arbeitsvertragsgesetzes* mittels Durchsetzung der folgenden Regeln zu beheben:

- dem Prinzip von „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“;
- dem Grundsatz, dass die Direktanstellung zum Regelarbeitsverhältnis werden soll; und
- dem Prinzip des „Verwaltungsrechtlichen Genehmigungsvorbehalts“ für die Errichtung von Leiharbeitsunternehmen.

Die Initiative des NVK

Den Erläuterungen des NVK - einem am 6. Juli 2012 veröffentlichten Entwurf der *Änderungsvorschrift* beigefügt – ist zu entnehmen, dass die *Änderungsvorschrift* eine Reaktion auf die mangelhafte Implementierung der Rechtsvorschriften zur Leiharbeit und der Zunahme von Leiharbeit infolge der Verabschiedung des *Arbeitsvertragsgesetzes* am 29 Juni 2007 ist.

Bis zum Wirksamwerden der *Änderungsvorschrift* hängt die Durchsetzung der Rechtsvorschriften zur Leiharbeit in erster Linie von verwaltungsbehördlichem Handeln und Bußgeldern ab. Mehrere Versuche des Ständigen Komitees des NVK, die örtlichen Arbeitsbehörden zur tatsächlichen Durchsetzung anzuhalten, scheiterten. Ein Grund hierfür ist, dass die besagten Rechtsvorschriften sehr generell formuliert sind, was den Behörden und Unternehmen hinreichend Argumentationsspielraum gibt, eine Durchsetzung des ursprünglich intendierten gesetzgeberischen Zwecks zu verhindern.

Das Prinzip „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“

Die *Änderungsvorschrift* sieht vor, dass Leiharbeiter den gleichen Lohn erhalten sollen, den auch direkt angestellte Arbeitnehmer verdienen, die auf gleichen oder ähnlichen Arbeitsplätzen beim Entleiher beschäftigt werden. Gibt es beim Entleiher keinen Arbeitnehmer auf dem gleichen oder ähnlichen Arbeitsplatz, so soll sich der Lohn nach der Vergütung für Arbeitnehmer auf gleichen oder ähnlichen Arbeitsplätzen am Ort des Entleihers richten.

Das Prinzip „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ ist kein neues Konstrukt im Arbeitsrecht der VRC. In der Praxis kann die genaue Berechnung des „gleichen Lohns“ dennoch Streitigkeiten zwischen dem Unternehmen und den Leiharbeitern verursachen. Um solche Streitigkeiten zu vermeiden und die Interessen des Unternehmens zu schützen, empfiehlt sich die Einführung einheitlicher Vergütungssysteme mit klar definierten Gehaltsstufen und Kriterien für die Lohnzahlungen, was beispielsweise in Arbeitnehmerhandbüchern oder Tarifverträgen erfolgen kann. Mit der Einführung derartiger Systeme kann zudem sichergestellt werden, dass bei der Anwendung des Prinzips „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ auch andere Prinzipien, beispielsweise das der „Verteilung nach Leistung“, hinreichend Berücksichtigung finden.

Auch wenn dies nicht ausdrücklich in der *Änderungsvorschrift* bestimmt ist gilt als sicher, dass sich Leiharbeiter direkt auf das Prinzip „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ berufen können, wenn sie vor Arbeitsschieds- oder Volksgerichten Lohnansprüche geltend machen. Für Unternehmen in der VRC bedeutet dies, die verbleibende Zeit bis zum Wirksamwerden der *Änderungsvorschrift* zur Überprüfung der internen Zahlungssysteme zu nutzen und die zur Vermeidung von Arbeitsstreitigkeiten erforderlichen Maßnahmen zu treffen.

Direkte Anstellung als Regelarbeitsverhältnis

Die *Änderungsvorschrift* beschränkt die Nutzung von Leiharbeit in zweifacher Weise. Zum einen dürfen Leiharbeiter danach ausschließlich für vorübergehende, hilfsweise oder Ersatztätigkeiten beschäftigt werden. Bis

zur Wirksamkeit der *Änderungsvorschrift* gilt dies lediglich als Grundsatz, von dem dementsprechend (in Ausnahmefällen) abgewichen werden darf, beispielsweise durch dauerhafte Nutzung von Leiharbeit, nicht nur hilfweise oder Ersatztätigkeiten.

„Vorübergehende Tätigkeit" bezieht sich auf eine Beschäftigungsdauer von maximal 6 Monaten. Dabei ist zu beachten, dass das *Arbeitsvertragsgesetz* die Unterteilung einer einheitlichen Beschäftigung in mehrere kurzfristige Beschäftigungen untersagt. „Hilfstätigkeit" bezieht sich auf nachrangige Tätigkeiten, die Tätigkeiten, welche direkt dem Kerngeschäft des Unternehmens dienen, unterstützen. Es wird gemeinhin vertreten, dass sich dies beispielsweise auf Sicherheitspersonal oder Reinigungskräfte (sofern es sich nicht um ein Sicherheits- oder Reinigungsunternehmen handelt), Fahrer oder Rezeptionisten bezieht. „Ersatztätigkeit" bezieht sich auf Tätigkeiten die ausgeführt werden, um Arbeitnehmer während kurz oder längerfristigen Auszeiten zwecks Vollzeitstudium, Urlaub oder aus anderen vorübergehenden Gründen zu ersetzen.

Zum anderen wird der Anteil der Leiharbeitnehmer an der Gesamtbelegschaft beschränkt. Der genaue Maximalanteil soll von der Arbeitsverwaltungsabteilung des Staatsrates der VRC bestimmt werden, was bisher noch nicht geschehen ist. In der Provinz Guangdong wurde bereits ein Entwurf für Rechtsvorschriften zur Leiharbeit erlassen („*Guangdong Entwurf*"). Dieser Entwurf sieht vor, dass der Anteil der Leiharbeitnehmer an der Gesamtbelegschaft des Entleihers maximal 30% betragen darf, was einen Hinweis auf die Größenordnung der vom Staatsrat zu erwartenden Zahlen geben kann.

Die Rechtsfolgen von Verstößen gegen die oben beschriebenen Beschränkungen sind allerdings in erster Linie auf verwaltungsbehördliches Handeln und Bußgelder limitiert. Auch wenn der Maximalbetrag für Bußgelder durch die *Änderungsvorschrift* erhöht wird bleibt abzuwarten, ob diese Rechtsfolgen schwerwiegend genug sind, um die Unternehmen in Zukunft zur Einhaltung der Vorschriften zu bewegen. Zudem muss bezweifelt werden, dass die lokalen Arbeitsbehörden die Durchsetzung der neuen Politik tatsächlich mittragen. In jedem Fall sollte aber ein Blick auf die anwendbaren lokalen Rechtsvorschriften geworfen werden. Der *Guangdong Entwurf* fingiert beispielsweise die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen Entleiher und Leiharbeiter, wenn ein Leiharbeiter nicht nur vorübergehend, hilfsweise oder als Ersatz beschäftigt wird.

Das Prinzip des „Verwaltungsrechtlichen Genehmigungsvorbehalts“

Wie auch bestimmte lokale Vorschriften (z.B. in Shanghai) sieht die *Änderungsvorschrift* mehrere Anforderungen an die Errichtung und den Betrieb eines Leiharbeitsunternehmens vor, beispielsweise eine behördliche Genehmigung und ein registriertes Mindestkapital von RMB 2 Millionen. Verstöße gegen diese Anforderungen haben vorrangig Konsequenzen für das Leiharbeitsunternehmen selbst. Wenn das Leiharbeitsunternehmen jedoch dem Leiharbeiter Schäden durch die Verletzung der Vorschriften zur Leiharbeit zugefügt hat, haften Ver- und Entleiher gesamtschuldnerisch.

Deshalb ist es wichtig, die Verlässlichkeit des Leiharbeitsunternehmens zu prüfen, um versteckte Haftungsrisiken gegenüber den Leiharbeitern auszuschließen.

This newsletter is published for the clients and professionals of Burkardt, Peters & Partner Attorneys-at-Law. The contents are of a general nature only. Readers are advised to consult their legal advisors before acting on any information contained in this newsletter. For more information or advice on the above subject or analysis of other legal issues, please contact us. Telephone: +86 21 6093 3728, fax: +86 21 6879 0822, email: info@bpp-law.cn

BURKARDT, PETERS & PARTNER
RECHTSANWÄLTE

Burkardt, Peters & Partner Rechtsanwälte

Wir sind eine deutsch - geführte chinesische Rechtsanwaltskanzlei mit Sitz in Shanghai und beraten vorwiegend Unternehmen aus Deutschland, der Schweiz und Österreich bei deren Investitionen in der Volksrepublik China. Die Schwerpunkte unserer Beratung liegen in den Bereichen ausländische Direktinvestitionen, Market-Entry und M&A, Dispute Resolution und Unternehmensrestrukturierung.

EunaCon Gruppe

Als Mitglied der EunaCon Gruppe haben wir jederzeit einen direkten Zugang zu Experten aus den Bereichen Audit und Steuer - über die EunaCon Perfect Alliance Certified Public Accountants - sowie zu eigenen Personal– und Unternehmensberatern aus der EunaCon HR Solutions & Services.

Diese multidisziplinäre Aufstellung macht uns zum perfekten Ansprechpartner für bereichsübergreifende Projekte.

Was die EunaCon Gruppe von anderen Beratungsunternehmen unterscheidet ist die einzigartige Kombination von qualitativ hochwertigen Dienstleistungen aus mehreren spezialisierten Unternehmen unter einem Dach. Alle Unternehmen aus der EunaCon Gruppe werden von deutschen Experten mit mehrjähriger China-Erfahrung geführt.

Autoren

Dr. Nils Seibert ist deutscher Rechtsanwalt mit mehrjähriger Erfahrung in China. Nils Seibert arbeitet mit Schwerpunkt in den Bereichen Arbeits- und Sozialversicherungsrecht.

Vor seiner Tätigkeit für Burkardt, Peters & Partner arbeitete Herr Seibert für eine renommierte chinesische Großkanzlei in Shanghai sowie für eine internationale Großkanzlei in Frankfurt im Bereich Arbeitsrecht. Herr Seibert, der zum chinesischen Arbeitsrecht promoviert wurde, ist Autor verschiedener Artikeln zum Arbeits– und Sozialversicherungsrecht der Volksrepublik China, die in angesehenen Fachmagazinen in Deutschland und China veröffentlicht wurden.

Stefan Peters ist Executive Counsel bei Burkardt, Peters & Partner Rechtsanwälte in Shanghai, China. Er ist ein ausgewiesener Spezialist im Bereich Corporate, Mergers & Aquisitions und Unternehmensrestrukturierung.

Bei Fragen zum Artikel wenden Sie sich bitte an Herrn Seibert:

M +86 136 5194 3057, E n.seibert@bpp-law.cn

KONTAKT

Burkardt, Peters & Partner Rechtsanwälte

Unit 3503, 35/F
SOHO Donghai Plaza
299 Tongren Rd.
Jing'an District
200040 Shanghai

T +86 21 6093 3728
F +86 21 6879 0822
E info@bpp-law.cn
www.bpp-law.cn