

Inhaltsverzeichnis

Verzeichnis der Abkürzungen und der chinesischen Normen	21
1. Einleitung	25
1.1. Aktuelle Probleme im Arbeitsleben und entsprechende Gesetzgebung in China	25
1.1.1. Probleme: Zehn Jahre nach dem Inkrafttreten des Arbeitsgesetzes	25
1.1.2. Gesetzgebung und Ziel des AVG	27
1.1.3. Zustand der relevanten Forschung	28
1.2. Sinn des Bestandsschutzes für China	30
1.2.1. Analyse der Ökonomischen Wirkung	30
1.2.1.1. Minderung der Bereitschaft zu neuen Einstellungen sowie Investitionsverlagerung?	31
1.2.1.2. Weniger Motivation oder mehr Innovation	32
1.2.1.3. Unternehmen zur „Altenwerkstatt“ durch Sozialauswahl?	33
1.2.1.4. Problem der Arbeitslosigkeit	34
1.2.1.5. Förderung des Inlandskonsums mithilfe stabiler Einkommen	36
1.2.2. Arbeitnehmerschutz und sozialer Frieden	37
1.2.2.1. Schwache Position des einzelnen Arbeitnehmers	37
1.2.2.2. Gewerkschaften in China	38
1.2.2.2.1. Keine Koalitionsfreiheit	38
1.2.2.2.2. Konfrontative Interessenvertretung?	39
1.2.2.2.3. Forderung nach Reformen	40
1.2.2.3. Streikrecht?	41
1.2.2.3.1. Fehlende Regulierung	41
1.2.2.3.2. Arbeitskämpfe in der Wirklichkeit	42
1.2.2.3.3. Zukünftige Perspektive	43
1.2.2.4. Kollektivverträge	44
1.2.2.4.1. Vertragsparteien und deren Vertreter in der Verhandlung	45
1.2.2.4.2. Abschluss, Inhalt und Dauer	45
1.2.2.4.3. Geltungsbereich, Wirkung und Rangfolge	46
1.2.2.4.4. Geringe Bedeutung in der Praxis	47
1.2.2.5. Notwendigkeit der staatlichen Intervention	48
1.3. Vergleichende Analyse mit deutschen Arbeitsrecht	50

1.3.1.	Methode der Rechtsvergleichung	50
1.3.2.	Auswahl der zu vergleichenden Rechtsordnungen	50
1.3.2.1.	Schwacher Kündigungsschutz in den USA	50
1.3.2.2.	„Flexicurity“ in Dänemark	51
1.3.2.3.	Situation in Deutschland	53
2.	Überblick über den Kündigungsschutz im deutschen Arbeitsrecht	55
2.1.	Kündigungsschutz in Deutschland	55
2.1.1.	Kündigungserklärung und Kündigungsfristen	55
2.1.1.1.	Die Kündigungserklärung	55
2.1.1.1.1.	Inhalt	55
2.1.1.1.2.	Schriftform	56
2.1.1.1.3.	Berechtigte	57
2.1.1.1.4.	Zugang	57
2.1.1.2.	Kündigungsfristen nach § 622 BGB	58
2.1.2.	Allgemeiner Kündigungsschutz	60
2.1.2.1.	Verhaltensbedingte Kündigung	61
2.1.2.1.1.	Pflichtverletzung	62
2.1.2.1.2.	Negative Prognose	62
2.1.2.1.3.	Mildere Mittel	63
2.1.2.1.4.	Abmahnung	63
2.1.2.1.5.	Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses und Verschulden	65
2.1.2.1.6.	Interessenabwägung	66
2.1.2.2.	Personenbedingte Kündigung	67
2.1.2.2.1.	Negative Gesundheitsprognose	67
2.1.2.2.1.1.	Häufige Kurzerkrankungen	68
2.1.2.2.1.2.	Lang anhaltende Krankheit	69
2.1.2.2.2.	Erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen	69
2.1.2.2.3.	Interessenabwägung	70
2.1.2.3.	Betriebsbedingte Kündigung	71
2.1.2.3.1.	Betriebliche Erfordernisse und unternehmerische Entscheidung	71
2.1.2.3.1.1.	Außer- und innerbetriebliche Gründe	71
2.1.2.3.1.2.	Konzeption der unternehmerischen Entscheidung des BAG	72
2.1.2.3.1.3.	Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten	74
2.1.2.3.2.	Dringlichkeit und milderes Mittel	74
2.1.2.3.3.	Soziale Auswahl	76
2.1.2.3.3.1.	Betriebsbezogenheit	76

2.1.2.3.3.2.	Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer	76
2.1.2.3.3.3.	Auswahlkriterien	77
2.1.2.3.3.4.	Herausnehmen bestimmter Personen im betrieblichen Interesse	77
2.1.2.3.3.5.	Auswahlrichtlinie und Namensliste	78
2.1.3.	Besonderer Kündigungsschutz	78
2.1.4.	Basiskündigungsschutz	79
2.1.5.	Einschaltung des Betriebsrats bzw. Personalrats	80
2.1.5.1.	Anhörung des Betriebsrats	81
2.1.5.2.	Widerspruchsrecht	82
2.1.5.3.	Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG	82
2.1.6.	Auflösung des Arbeitsverhältnisses und Abfindungsanspruch	83
2.1.6.1.	Abfindungsanspruch des § 1a KSchG	83
2.1.6.2.	Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung	84
2.1.6.2.1.	Voraussetzungen der Lösungsmöglichkeit nach § 9 KSchG	84
2.1.6.2.2.	Auflösungsgründe	85
2.1.6.2.3.	Abfindung nach § 10 KSchG	86

3. Entwicklung des chinesischen Arbeitsrechts in Bezug auf Kündigungsschutz 88

3.1.	Vom Entlassungsverbot zum „Festbeschäftigungssystem“	88
3.1.1.	Entlassungsverbot als Lösung der Arbeitslosigkeit	88
3.1.2.	„Festbeschäftigte“ und „Vorübergehende Beschäftigte“	88
3.1.3.	Bewertung: Stabilität ohne Effizienz	91
3.2.	Erste Schritte der Einführung des Arbeitsvertragssystems	92
3.2.1.	Befristungsmöglichkeit	93
3.2.2.	Kündigungsrecht	94
3.2.2.1.	Kündigung seitens des Arbeitgebers gemäß § 12 AVVB	94
3.2.2.2.	Kündigung seitens des Arbeitnehmers	95
3.2.2.3.	Verfahren	95
3.2.2.4.	„Ausschluss“ und „Streichung von der Liste der Betriebsangehörigen“	96
3.2.3.	Beihilfe zum Lebensunterhalt	98

3.2.4.	Bewertung: Chance zur Belebung des Arbeitsmarkts	99
3.3.	Gründung des Arbeitsvertragssystems	100
3.3.1.	Befristung, Arbeitnehmerkündigung und Aufhebungsvertrag	101
3.3.1.1.	Befristung und auflösende Bedingung	101
3.3.1.2.	Kündigung durch den Arbeitnehmer und Aufhebungsvertrag	103
3.3.2.	Kündigungsschutz	103
3.3.2.1.	Fristlose Kündigung	103
3.3.2.2.	Kündigung mit dreißigtägiger Frist	105
3.3.2.3.	Massenentlassung	105
3.3.2.4.	Kündigungsverbot	106
3.3.3.	Abfindung	106
3.3.4.	Bewertung: Umgehung des Kündigungsschutzes durch grenzenlose Befristungsmöglichkeit	108
4.	Kündigungsschutz nach dem AVG	111
4.1.	Allgemeines zum AVG	111
4.1.1.	Anwendungsbereich des AVG	111
4.1.1.1.	Arbeitsverhältnis	111
4.1.1.1.1.	Fehlende Legaldefinition	111
4.1.1.1.2.	Merkmale eines Arbeitsverhältnisses	112
4.1.1.1.3.	Personalverhältnis	113
4.1.1.2.	Arbeitnehmer	114
4.1.1.2.1.	Nicht-Arbeitnehmer	114
4.1.1.2.2.	Rentner	114
4.1.1.2.3.	Führende Angestellte	115
4.1.1.3.	Arbeitgeber	117
4.1.2.	Probezeit statt Wartezeit	117
4.1.2.1.	Missbrauch der Probezeit	118
4.1.2.2.	Neue Regelungen	118
4.1.2.2.1.	Abhängigkeit der Probezeit von der gesamten Vertragsdauer	118
4.1.2.2.2.	Verbot der Vereinbarung einer Probezeit	119
4.1.2.2.3.	Erneuerte Probezeit bei demselben Arbeitgeber?	120
4.1.2.2.4.	Arbeitsvergütung während der Probezeit	121
4.1.2.2.5.	Kündigung in der Probezeit	121
4.1.2.3.	Offene Frage bezüglich der Berechnung der Probezeit	122
4.1.3.	§ 97 AVG als Übergangsregelung	122
4.1.4.	Das Verhältnis des AVG zu anderen Rechtsakten	123

4.1.4.1.	Rechtsquellen des chinesischen Arbeitsrechts	123
4.1.4.1.1.	Die verschiedenen Rechtsakte	124
4.1.4.1.2.	Das Rangverhältnis und die Konkurrenzregeln	125
4.1.4.1.3.	Urteile und justizielle Auslegungen	126
4.1.4.2.	Weitergeltung von AG sowie anderen Regelungen	127
4.2.	Andere Formen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses	129
4.2.1.	Befristung	129
4.2.1.1.	Zwang zum Abschluss unbefristeter Arbeitsverträge	129
4.2.1.1.1.	Ununterbrochene Beschäftigung von mindestens zehn Jahren	130
4.2.1.1.2.	Zwei befristete Arbeitsverträge hintereinander	132
4.2.1.1.3.	Sanktion der Pflichtverletzung zum Abschluss eines schriftlichen Vertrags	133
4.2.1.1.4.	Haftung bei Verstoß gegen den Zwang	134
4.2.1.2.	Zeitbefristung und Zweckbefristung	134
4.2.2.	Arbeitnehmerseitige Kündigung	135
4.2.2.1.	Kündigung mit dreißigtägiger Frist	135
4.2.2.2.	Fristlose Kündigung	137
4.2.3.	Aufhebungsvertrag	138
4.2.3.1.	Umkehr der Beweislast	139
4.2.3.2.	Informationspflicht des Arbeitgebers	139
4.2.3.3.	Anfechtung wegen Irrtums über Schwangerschaft	139
4.2.3.4.	Anfechtung wegen rechtswidriger Drohung	141
4.2.4.	Weitere Beendigungstatbestände	142
4.2.4.1.	Fristablauf	142
4.2.4.2.	Erhalt der Leistungen der Rentenversicherung	143
4.2.4.3.	Tod des Arbeitnehmers	144
4.2.4.4.	Insolvenz, Entzug der Gewerbe- lizenz, Betriebsschließung, Löschung der Registrierung und Auflösung des Arbeitgebers	144
4.3.	Vorbemerkung zum Kündigungsrecht	145
4.3.1.	Kündigungserklärung	145
4.3.1.1.	Inhalt und Form der Erklärung	145
4.3.1.1.1.	Keine konstitutive Formvorschrift	145
4.3.1.1.2.	Bedeutung für den Beginn der Antragsfrist	147
4.3.1.2.	Zur Kündigung Berechtigte	147
4.3.1.3.	Zugang der Kündigungserklärung	148
4.3.2.	Kündigungsfrist und Kündigungserklärungsfrist	149
4.3.2.1.	Kündigungsfrist	149
4.3.2.1.1.	Dreißigtägige Frist	149
4.3.2.1.2.	Alternative	150
4.3.2.2.	Kündigungserklärungsfrist	151

4.3.3.	Kündigungsschutzverfahren	152
4.3.3.1.	Schlichtung	153
4.3.3.2.	Schiedsverfahren	153
4.3.3.2.1.	Organisation	154
4.3.3.2.2.	Schiedsverfahren	154
4.3.3.2.3.	Schlichtungsurkunde und Schiedsspruch	155
4.3.3.3.	Gerichtsverfahren	155
4.3.3.4.	Beweislast	157
4.4.	Fristlose Kündigung wegen Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers nach § 39 AVG	158
4.4.1.	Allgemeines	158
4.4.1.1.	Wichtigkeit der fristlosen Kündigung in der chinesischen Praxis	158
4.4.1.2.	Fehlendes Stufenverhältnis zwischen außerordentlicher und ordentlicher Kündigung	158
4.4.1.3.	Strukturelemente der verhaltensbedingten Kündigung	160
4.4.1.3.1.	Vertragswidriges Verhalten	160
4.4.1.3.2.	Verschulden	162
4.4.1.3.3.	Nachteilige Auswirkung	163
4.4.1.3.4.	Andere Elemente?	165
4.4.2.	Nichtbewältigung während der Probezeit	166
4.4.2.1.	Voraussetzungen der erleichterten Kündigung	166
4.4.2.2.	Zulässigkeit der gestellten Anforderungen	167
4.4.2.3.	Diskriminierung bei Einstellungen	168
4.4.3.	Schwerwiegender Verstoß gegen die Arbeitsordnung	170
4.4.3.1.	Verzicht auf den Begriff „Arbeitsdisziplin“	170
4.4.3.2.	Arbeitsordnung des Unternehmens	171
4.4.3.2.1.	Normative Wirkung? --- OVG-Erläuterung 2001	171
4.4.3.2.2.	Verhältnis zu Arbeitsverträgen und Kollektiv- verträgen --- OVG-Erläuterung 2006	172
4.4.3.2.3.	Neue Bestimmungen des AVG/„Mitwirkungs- pflichtige Arbeitsordnungen“	174
4.4.3.2.3.1.	Beteiligung der Belegschaft an der Festsetzung der Arbeitsordnung	175
4.4.3.2.3.2.	Bekanntmachung der Arbeitsordnung	177
4.4.3.2.3.3.	Rechtsfolge der rechtswidrigen Arbeitsordnung	178
4.4.3.2.4.	Rechtsnatur der Arbeitsordnung	180
4.4.3.2.5.	Verhältnismäßigkeitskontrolle	182
4.4.3.3.	Schwerwiegender Verstoß	183
4.4.3.3.1.	Meinungen im Schrifttum	183
4.4.3.3.2.	Indizfunktion der Disziplin VO?	184
4.4.3.3.3.	Gerichtliche Kontrolle	185
4.4.3.3.3.1.	Wirksamkeitsvoraussetzungen	185

4.4.3.3.2.	Bestimmtheitsgebot	186
4.4.3.3.3.	Verhältnismäßigkeitskontrolle	187
4.4.4.	Erhebliche Vernachlässigung eigener Aufgaben oder unredliche Vorteilsverschaffung	189
4.4.4.1.	Das Verhältnis zwischen § 39 Nr. 2 und § 39 Nr. 3 AVG	189
4.4.4.2.	Schwerwiegende Pflichtverletzung	189
4.4.4.3.	Erheblicher Schaden	190
4.4.5.	Nebentätigkeit	192
4.4.5.1.	Wandlung der Stellungnahme gegenüber Nebentätigkeiten	192
4.4.5.2.	Erhebliche Beeinträchtigung der Erfüllung der Arbeitsaufgaben oder Forderung des Arbeitgebers?	195
4.4.5.2.1.	Wettbewerbsverbot während des laufenden Arbeitsverhältnisses	195
4.4.5.2.2.	Verbot jeglicher Nebentätigkeit durch Verträge oder Arbeitsordnung	197
4.4.5.2.3.	Problematik des § 39 Nr. 4 Alt. 2 AVG	197
4.4.6.	Vertragsschluss durch arglistige Täuschung, widerrechtliche Drohung und Ausnutzung der Notlage	198
4.4.6.1.	Unwirksamkeit, Anfechtung oder Kündigung	198
4.4.6.2.	Arglistige Täuschung und Fragerecht des Arbeitgebers	201
4.4.6.2.1.	Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers	202
4.4.6.2.2.	Grenzen des Fragerechts des Arbeitgebers	203
4.4.6.2.3.	„Recht zur Lüge“	204
4.4.7.	Straftaten	205
4.4.7.1.	Bedeutung der „Verfolgung strafrechtlicher Haftung“	205
4.4.7.2.	Kritik im Schrifttum: Ist der Freigängerstatus entscheidend?	206
4.4.7.3.	Eigener Vorschlag: Prüfung des Zusammenhangs zwischen Straftat und Arbeitsverhältnis	206
4.5.	Kündigung wegen Krankheit nach § 40 Nr. 1 AVG	209
4.5.1.	Krankheiten und Verletzungen, die nicht im Zusammenhang mit dem Beruf stehen	209
4.5.1.1.	Fehlende Definition der Erkrankung/Verletzung	209
4.5.1.2.	Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten	209
4.5.2.	Die vorgeschriebene Behandlungszeit	209
4.5.2.1.	Die Definition und die Berechnung der Behandlungszeit	209
4.5.2.1.1.	Definition der Behandlungszeit	210
4.5.2.1.2.	Länge der Behandlungszeit	210
4.5.2.1.3.	Problem der häufigen Kurzerkrankungen	212

4.5.2.2.	Pflicht zur unverzüglichen Mitteilung und Vorlage der ärztlichen Bescheinigung	212
4.5.2.2.1.	Pflicht zur Krankmeldung	212
4.5.2.2.2.	Ordnungsgemäße Krankmeldung als anspruchsbegründende Voraussetzung	213
4.5.2.2.3.	Probleme in der Praxis	214
4.5.2.3.	Kündungsverbot und Verlängerung bei Fristablauf	215
4.5.2.4.	Leistungen während der Behandlungszeit	216
4.5.3.	Unfähigkeit zur Ausübung der früheren Arbeit und einer anderen zugewiesenen Arbeit	217
4.5.3.1.	Ausübung der ehemaligen Arbeit	217
4.5.3.2.	Zuweisung einer anderen Arbeit	218
4.5.3.2.1.	Auslegung in chinesischem Schrifttum und Regelungen auf lokaler Ebene	218
4.5.3.2.2.	Deutsche Diskussion über Möglichkeiten einer anderweitigen Beschäftigung	219
4.5.3.2.2.1.	Freier Arbeitsplatz	219
4.5.3.2.2.2.	Gleichwertiger, geringerwertiger oder höherwertiger Arbeitsplatz	221
4.5.3.2.2.3.	Leidensgerechter Arbeitsplatz	222
4.5.3.3.	Vollständiger Verlust der Erwerbsfähigkeit als Sonderfall	222
4.5.4.	Probleme der bestehenden Regelungen und Lösungsansätze	223
4.5.4.1.	Überschreiten der Behandlungszeit als widerlegbare Vermutung statt absoluter Voraussetzung	223
4.5.4.1.1.	Problematik	223
4.5.4.1.2.	Shanghaier Modell	224
4.5.4.1.3.	Mein Vorschlag	225
4.5.4.2.	Andere mildere Mittel als Zuweisung einer anderen Arbeit	225
4.5.4.3.	Berücksichtigung von Umständen des Einzelfalls	226
4.6.	Kündigung wegen Leistungsmängeln nach § 40 Nr. 2 AVG	227
4.6.1.	Leistungsmängel	227
4.6.1.1.	Maßstab zur Beurteilung	227
4.6.1.2.	Mangelnder Leistungswille	230
4.6.1.3.	Performance Measurement Systems/Low Performer	231
4.6.1.3.1.	Der Vitality Curve Ansatz von Jack Welch	231
4.6.1.3.2.	Leistungsbeurteilung ohne Ranking	232
4.6.1.3.3.	Zielvereinbarung	234
4.6.1.4.	Mangelnde Einigung	235
4.6.1.4.1.	Berufsausübungserlaubnis	235

4.6.1.4.2.	Arbeitsgenehmigung ausländischer Arbeitnehmer	236
4.6.1.4.3.	Kenntnisse und Fertigkeiten	237
4.6.2.	Weiterbildungsmaßnahme oder Arbeitsplatzwechsel	238
4.6.2.1.	Weiterbildung	239
4.6.2.2.	Wechsel des Arbeitsplatzes	241
4.6.3.	Fortbestehende Leistungsmängel	241
4.7.	Kündigung wegen erheblicher Änderung der objektiven Umstände nach § 40 Nr. 3 AVG	243
4.7.1.	Erhebliche Änderung der objektiven Umstände	243
4.7.1.1.	Störung der Geschäftsgrundlage?	243
4.7.1.2.	Zusammenhang zwischen § 40 Nr. 3 und § 41 AVG	246
4.7.2.	Unmöglichkeit der Weitererfüllung nach dem unveränderten Arbeitsvertrag	247
4.7.3.	Erfolglose Verhandlung über Anpassung des Arbeitsvertrags	248
4.7.3.1.	Einvernehmliche Änderung des Arbeitsverhältnisses	248
4.7.3.2.	Anpassungsmöglichkeiten	248
4.7.3.3.	Verhältnismäßigkeitsprinzip	249
4.7.4.	Verschmelzung, Spaltung sowie M&A-Geschäfte	249
4.7.4.1.	Übergang sämtlicher Arbeitsverhältnisse bei Verschmelzung oder Spaltung	250
4.7.4.2.	Umgehungstatbestände	252
4.7.4.3.	Formwechsel, „Share Deal“ oder „Asset Deal“	253
4.7.4.3.1.	Formwechsel	253
4.7.4.3.2.	Share Deal	253
4.7.4.3.3.	Keine direkte Anwendung des § 34 AVG auf „Asset Deals“	254
4.7.4.3.4.	Schaffung einer Regelung über den Betriebsübergang	255
4.8.	Massenentlassung nach § 41 AVG	258
4.8.1.	Allgemeines	258
4.8.1.1.	Sinn und Zweck der „wirtschaftlichen Massenentlassung“	258
4.8.1.2.	Änderungen gegenüber § 27 AG	258
4.8.1.3.	„Freisetzen“ im staatseigenen Unternehmen	259
4.8.2.	Entlassung einer Vielzahl von Arbeitnehmern	260
4.8.2.1.	Personelle Mindestgröße der Entlassung	260
4.8.2.2.	Maßgeblicher Zeitraum?	261
4.8.2.3.	Beweislast des Arbeitgebers zur Vermeidung der Zerlegung einer Massenentlassung	262
4.8.3.	Gründe zur Massenentlassung	263
4.8.3.1.	Prüfungsschema	263
4.8.3.1.1.	Feststellung der Ursache zur Kündigung	264
4.8.3.1.2.	Kontrolle der organisatorischen Entscheidung	265

4.8.3.1.3.	Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten	265
4.8.3.2.	Überprüfung der unternehmerischen Entscheidung	266
4.8.3.2.1.	Befürworter der BAG-Rechtsprechung	267
4.8.3.2.2.	Kritik an der Überhöhung der Unternehmerfreiheit	268
4.8.3.2.3.	Aufschluss für eine Lösung in China	270
4.8.3.3.	Sanierung nach dem KonkursG	272
4.8.3.4.	Ernsthafte Schwierigkeiten bei Produktion und Betrieb	273
4.8.3.5.	Produktionsumstellung, wichtige technische Erneuerung oder Änderung der Geschäftsstrategie	275
4.8.3.6.	Erhebliche Änderung der objektiven wirtschaftlichen Umstände	277
4.8.4.	Vertragsänderung und andere milderen Mittel	278
4.8.4.1.	Keine Beschränkung auf die Fälle des § 41 Abs. 1 Nr. 3 AVG	278
4.8.4.2.	Kündigung als letztes Mittel	278
4.8.4.2.1.	Verzicht auf Neueinstellung	279
4.8.4.2.2.	Entlassung von auswärtigen Beschäftigten	279
4.8.4.2.3.	Abbau von Überstunden	280
4.8.4.2.4.	Arbeitszeitverkürzung ohne Lohnausgleich	280
4.8.5.	Verfahren der Massenentlassung	281
4.8.5.1.	Mitteilung der Entlassung	282
4.8.5.2.	Konsultation mit der Gewerkschaft oder Belegschaft	283
4.8.5.3.	Anzeige bei der Arbeitsbehörde	284
4.8.5.3.1.	Anzeige oder Genehmigung?	284
4.8.5.3.2.	Anzeige vor der Entlassung	285
4.8.5.3.3.	Keine Entlassungssperre	285
4.8.5.3.4.	Einzureichende Unterlagen	285
4.8.5.3.5.	Durchführung des Entlassungsplans	286
4.8.6.	Sozialauswahl	287
4.8.6.1.	Einzubeziehende Arbeitnehmer	288
4.8.6.1.1.	Arbeitgeberbezogenheit	288
4.8.6.1.2.	Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer	288
4.8.6.1.3.	Ausklammerung der Arbeitnehmer mit Sonderkündigungsschutz	289
4.8.6.2.	Die Auswahlkriterien	290
4.8.6.2.1.	Langfristige und unbefristete Arbeitsverträge	290
4.8.6.2.2.	Soziale Lasten/Unterhaltspflichten	290
4.8.6.2.3.	Berücksichtigung anderer Gesichtspunkte?	291
4.8.6.3.	Überprüfung der Auswahlentscheidung	292
4.8.6.3.1.	Wertungsspielraum des Arbeitgebers	292
4.8.6.3.2.	Auswahlrichtlinie und Punktetabelle	293
4.8.6.3.3.	Dominoeffekt?	294

4.8.6.3.4.	Änderung der Vertragsdauer vor der Auswahl	294
4.8.6.4.	Keine „Sozialauswahl“ im strengeren Sinne	295
4.8.7.	Wiedereinstellungsanspruch	295
4.8.7.1.	Voraussetzungen des Wiedereinstellungsanspruchs	296
4.8.7.1.1.	Kündigung in einer wirtschaftlichen Massenentlassung	296
4.8.7.1.2.	Neueinstellung in den folgenden sechs Monaten	297
4.8.7.1.3.	Vergleichbarkeit mit auswärtigen Bewerbern	297
4.8.7.2.	Pflicht des Arbeitgebers zur Mitteilung an die betroffenen Arbeitnehmer	298
4.8.7.3.	Konsequenzen der Geltendmachung und Rechtsfolgen der Pflichtverletzung	298
4.9.	Sonderkündigungsschutz durch Kündigungsverbote	299
4.9.1.	Normzweck	299
4.9.2.	Ausschluss der Kündigungsmöglichkeiten nach §§ 40 und 41 AVG	300
4.9.2.1.	Fristlose Kündigung, Eigenkündigung und Aufhebungsverträge	300
4.9.2.2.	Verlängerter Schutz trotz Fristablauf	300
4.9.3.	Zwingende Wirkung	301
4.9.4.	Einzelne geschützte Arbeitnehmergruppen	301
4.9.4.1.	Verdacht einer Berufskrankheit	301
4.9.4.2.	Verlust der Erwerbsfähigkeit wegen Arbeitsunfällen oder Berufskrankheit	302
4.9.4.2.1.	Arbeitsunfallversicherung	303
4.9.4.2.1.1.	Versicherungsfälle	303
4.9.4.2.1.2.	Leistungen der Arbeitsunfallversicherung	304
4.9.4.2.1.3.	Geringe Deckungsquote der Arbeitsunfallversicherung	304
4.9.4.2.2.	Verlust der Erwerbsfähigkeit	305
4.9.4.3.	Behandlungszeit wegen „normalen“ Erkrankungen/ Verletzungen	306
4.9.4.4.	Mutterschutz	307
4.9.4.4.1.	Schutz während Schwangerschaft, Entbindung und Stillzeit	307
4.9.4.4.2.	Kenntnis des Arbeitgebers	308
4.9.4.4.3.	Einhaltung der Ein-Kind-Politik	309
4.9.4.5.	Ältere Arbeitnehmer mit längerer Unternehmenszugehörigkeit	309
4.9.4.5.1.	Fünfzehnjährige Unternehmenszugehörigkeit	310
4.9.4.5.2.	Erreichen des Rentenalters in weniger als fünf Jahren	311
4.9.4.6.	Andere Kündigungsverbote in formellen Gesetzen und Verwaltungsrechtsnormen	311

4.9.5.	Problematik: kein ausreichender Schutz von Arbeitnehmerinteressenvertretern	312
4.9.5.1.	Funktionsträger einer Unternehmensgewerkschaft	312
4.9.5.2.	Arbeitnehmervertreter bei Kollektivverhandlungen	313
4.10.	Beteiligung der Gewerkschaft	315
4.10.1.	Sinn und Zweck der Beteiligung der Gewerkschaft bei Kündigungen	315
4.10.2.	Anhörung	316
4.10.2.1.	Anhörung vor jeder Einzelkündigung	316
4.10.2.2.	Zeitpunkt, Form und Inhalt der Mitteilung	316
4.10.2.2.1.	Zeitpunkt der Mitteilung und Anhörungsfristen	316
4.10.2.2.2.	Form und Adressat der Mitteilung	317
4.10.2.2.3.	Inhalt der Mitteilung	317
4.10.2.2.4.	Befreiung von der Mitteilungspflicht bei Eigenkenntnis der Gewerkschaft	318
4.10.2.3.	Reaktionsmöglichkeiten der Gewerkschaft	319
4.10.2.4.	Weiterleitung einer Stellungnahme an den Arbeitnehmer	320
4.10.3.	Verlangen der Korrektur und Antwortpflicht des Arbeitgebers	320
4.10.3.1.	Korrekturverlangen	320
4.10.3.2.	Antwort des Arbeitgebers	321
4.10.3.3.	Weiterbeschäftigungsanspruch?	322
4.10.4.	Folgen ordnungsgemäßer, fehlender oder fehlerhafter Beteiligung	324
4.10.4.1.	Ordnungsgemäße Anhörung	324
4.10.4.2.	Fehlende und fehlerhafte Anhörung	324
4.10.4.2.1.	Sphäre des Arbeitgebers	325
4.10.4.2.2.	Sphäre der Gewerkschaft	325
4.10.5.	Lösung bei fehlender Unternehmensgewerkschaft	325
4.11.	Abfindungszahlung	327
4.11.1.	Rechtsnatur und Funktion der Abfindung	327
4.11.2.	Zwingende Pflicht zur Abfindungszahlung	329
4.11.3.	Sachlicher Anwendungsbereich	329
4.11.3.1.	Arbeitnehmerseitige Kündigung nach § 38 AVG	330
4.11.3.2.	Aufhebungsvertrag auf arbeitgeberseitige Initiative	330
4.11.3.3.	Arbeitgeberseitige Kündigung nach § 40 AVG	331
4.11.3.4.	Massenentlassung nach § 41 Abs. 1 AVG	331
4.11.3.5.	Beendigung durch Fristablauf	331
4.11.3.6.	Beendigung nach § 44 Nr. 4 und 5 AVG	332
4.11.3.7.	Andere in formellen Gesetzen oder Verwaltungsrechtsnormen vorgesehene Umstände	332
4.11.4.	Berechnung der Abfindung	333

4.11.4.1.	Unternehmenszugehörigkeit	333
4.11.4.2.	Berechnung des Monatsgehalts	335
4.11.4.2.1.	Das Durchschnittsgehalt der letzten 12 Monate	335
4.11.4.2.2.	Umfang des Monatsgehalts	335
4.11.4.2.3.	Kein Durchschnittsgehalt aller Beschäftigten des Unternehmens	336
4.11.4.3.	Deckelung für Vielverdiener	336
4.11.5.	Fälligkeit der Pflicht zur Abfindungszahlung und Haftung bei Nichtleistung	337
4.11.6.	Übergangsvorschrift	338
4.12.	Rechtsfolgen einer rechtswidrigen Kündigung	340
4.12.1.	Rechtswidrige Kündigung	340
4.12.2.	Weitererfüllung des Arbeitsvertrags	342
4.12.2.1.	Geltendmachung des Anspruchs auf Weitererfüllung	342
4.12.2.2.	Nachzahlung der Vergütung	343
4.12.2.3.	Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung	345
4.12.2.3.1.	Anwendungsfälle	345
4.12.2.3.2.	Zeitpunkt der Beurteilung	345
4.12.3.	Auflösung gegen Entschädigung	346
4.12.3.1.	Auflösung des Arbeitsverhältnisses	346
4.12.3.2.	Berechnung der Entschädigung nach § 87 AVG	346
4.12.3.2.1.	Rückwirkung	347
4.12.3.2.2.	Berechnungsmethode	347
4.12.3.3.	Die Abfindung und die Entschädigung	348
4.13.	Sonderregelungen über Teilzeitbeschäftigung und Leiharbeit	350
4.13.1.	Arbeitnehmerüberlassung	350
4.13.1.1.	Erstmalige Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung	350
4.13.1.2.	Kündigungsmöglichkeit bei einer Arbeitnehmerüberlassung	350
4.13.2.	Teilzeitbeschäftigung	352
4.13.2.1.	Sondervorschriften über die Teilzeitbeschäftigung	352
4.13.2.2.	Mangelnder Kündigungsschutz	353
4.13.2.2.1.	Fristlose und grundlose Kündigung	353
4.13.2.2.2.	Keine Abfindungspflicht	354
4.13.2.2.3.	Begrenzung der Anwendung	355
4.13.2.3.	Gewährleistung eines Basiskündigungsschutzes	355
5.	Schlussfolgerung	358
5.1.	Zusammenfassung	358
5.1.1.	Stärkerer Bestandsschutz im Vergleich zu AG	358

5.1.2.	Vergangenheitsbezogenheit der Kündigung vs Prognoseprinzip	360
5.1.2.1.	Sanktionscharakter der Kündigung nach § 39 AVG	360
5.1.2.2.	Vergangenheitsbezogenheit der Kündigungsgründe nach §§ 40 und 41 AVG?	362
5.1.2.3.	Einführung einer Prognoseentscheidung	363
5.1.3.	Milderes Mittel vs. Verhältnismäßigkeitsprinzip	364
5.1.3.1.	Gesetzliche Regelung über milderes Mittel	364
5.1.3.2.	Starres Festhalten am Gesetzeswortlaut	365
5.1.3.3.	Anerkennung des Verhältnismäßigkeitsprinzips	366
5.1.4.	Absolute Kündigungsgründe vs. Prinzip der Interessenabwägung	367
5.1.4.1.	Enumerative Aufzählung von absoluten Kündigungsgründen	367
5.1.4.2.	Kritik im Schrifttum: Klarheit oder Starrheit	368
5.1.4.3.	Eigene Bewertung: chinesischer Mittelweg zwischen Generalklausel und starrer Liste	368
5.1.4.3.1.	Rechtssicherheit	369
5.1.4.3.2.	Einzelfallgerechtigkeit	370
5.1.4.3.3.	Unverhältnismäßige Beschränkung des Kündigungsrechts?	371
5.1.4.3.4.	Beispielhafte Aufzählung als künftiges Model	371
5.1.5.	Ausbau der Sozialversicherungen	372
Literaturverzeichnis		377
Anhang		387