

Die krankheitsbedingte Kündigung und das Kündigungsschutzrecht in Japan

Insbesondere bei psychischer Erkrankung

*Etsushi Hosotani**

- I. Einleitung
 1. Die Rechtslage in Japan
 2. Die Rechtslage in Deutschland
- II. Die juristische Sicht zur krankheitsbedingten Kündigung in Japan und einschränkende Regelungen
 1. Der Standpunkt der Lehre
 2. Die Rechtsprechung
- III. Die Tendenz in der japanischen Rechtsprechung bei Kündigungen wegen psychischer Erkrankung
 1. Fälle, in denen die geheilte Krankheit keinen großen Einfluss auf die Arbeit mehr hatte
 2. Fälle, in denen die Unmöglichkeit der Arbeit oder die Minderleistung weiterbestand, doch eine Besserung der Krankheit anzunehmen war
 3. Fälle, in denen die Unmöglichkeit der Arbeit oder die Minderleistung fortbestand und die Kontinuität dieses Zustands absehbar war
- IV. Prüfungsmaßstäbe in der Rechtsprechung bei krankheitsbedingter Kündigung
 1. Das Vermögen zur Leistung der bisherigen oder einer anderen Arbeit
 2. Forderung nach ärztlicher Diagnose und medizinischer Beratung
 3. Mildere Mittel als eine Kündigung
 4. Sonstige Umstände
 5. Festlegung vernünftiger Fürsorgemaßnahmen und Kündigungsrecht
- V. Schlussbemerkung

I. EINLEITUNG

1. Die Rechtslage in Japan

Neuerdings nimmt in Japan die Praxis der langjährigen Beschäftigung (*chōki koyō kankō*) ab und zugleich steigt die Zahl von Beschäftigten im höheren Alter in der Relation zu denen im jungen und mittleren Alter.¹ Vor

* Professor an der juristischen Fakultät der Universität Kagawa.

1 Bis 2006 lag in Japan das Verhältnis zwischen jungen Beschäftigten und jenen im höheren Alter bei 52 % zu 48 %. Seitdem nahm die Zahl der Beschäftigten im Alter

diesem Hintergrund wächst die Zahl der Rechtskonflikte infolge von Kündigungen wegen Krankheit.² Da im Arbeitsleben ein zunehmendes Interesse an *mental health* besteht, ist gerade die Entlassung von psychisch erkrankten Arbeitnehmern ein deutliches Problem geworden. Der Grund für die Zunahme von psychischen Leiden liegt darin, dass das Personal einem höheren körperlichen und mentalen Druck ausgesetzt ist, da das Arbeitsquantum wegen betrieblicher Restrukturierung größer, die erfolgsorientierte Personalverwaltung härter und die menschlichen Beziehungen unter Kollegen schwieriger geworden sind.³

Bei den Prozessen ging es meist darum, ob der krankheitsbedingten Kündigung ein objektiver vernünftiger Grund fehlte und sie nach gesellschaftlicher Auffassung somit als unangemessen einzustufen wäre, womit sie einen Rechtsmissbrauch (Art. 16 Arbeitsvertragsgesetz⁴, nachfolgend AVG) darstellen würde. Die Arbeitsordnung japanischer Unternehmen stellt häufig klar, dass der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer bei Krankheit oder Verletzung beurlauben kann. Wenn die Rückkehr zum Arbeitsplatz nach Ablauf der Beurlaubung nicht mehr möglich ist, führt das meist automatisch zur Entlassung. Da eine Entlassung nur zulässig ist, wenn der Arbeitnehmer nach der Beurlaubung nicht zur Arbeit zurückkehren kann, besteht die berechtigte Frage, inwieweit eine krankheitsbedingte Kündigung nach Art. 16 AVG wirksam sein kann.

von 15 bis 44 Jahren um 2.250.000 Personen ab und die derjenigen zwischen 45 bis 65 Jahren um 2.850.000 zu, was zu einem Verhältnis von 48 % zu 58 % geführt hat. (SŌMU-SHŌ TŌKEI-KYOKU [Statistics Bureau, Ministry of Internal Affairs and Communications], *Rōdō-ryoku chōsa* [Labour Force Survey] 2017.).

- 2 In den vergangenen fünf Jahren entließen 16 % von 6.000 privaten japanischen Unternehmen, die über 50 Stammarbeitnehmer beschäftigen, Angestellte aus nichtbetrieblichen Gründen, hauptsächlich wegen Fehlverhaltens, mangelnder Leistung und gesundheitlicher Probleme. Bei Großunternehmen mit mehr als 1.000 Stammangestellten stehen ca. 22 % der Kündigungsgründe mit Krankheit im Zusammenhang. (RŌDŌ SEISAKU KENKYŪ KENSHŪ KIKŌ [The Japan Institute for Labour Policy and Training], *Jūgyō-in no saiō to taishoku ni kansuru jittai chōsa I* [Untersuchung zur Einstellungs- und Entlassungspraxis von Arbeitnehmern I] 2014, 36 f.).
- 3 Von 1999 bis 2014 stieg die Zahl affektiver Störungen (einschließlich manisch-depressiver Psychose) im Arbeitsbereich um das Zweieinhalbfache, nämlich auf 1.116.000 Personen. Auch wuchs die Anzahl der Fälle von Schizophrenie, schizotypischer Persönlichkeitsstörung und Paranoia um das Anderthalbfache und erreichten 2014 insgesamt 773.000. (KŌSEI RŌDŌ-SHŌ [Ministry of Health, Labour and Welfare], *Kanja chōsa no gaikyō* [Patient Survey] 2014). Hier ist anzumerken, dass ein Arbeitgeber, der mehr als 50 Leute beschäftigt, seit 2015 gemäß Art. 66 Abs. 10 Gesetz zu Sicherheit und Hygiene am Arbeitsplatz (*Rōdō anzen eisei-hō*, Gesetz Nr. 57/1972) zur Durchführung von regelmäßigen „Stresschecks“ verpflichtet ist.
- 4 *Rōdō keiyaku-hō*, Gesetz Nr. 128/2007.

Psychische Erkrankungen umfassen folgende Charakteristika, die ein Arbeitgeber beim Personalmanagement berücksichtigen sollte: (1) Während eine Gehirn- oder Herzkrankheit oftmals körperliche Symptome zeigt, ist eine psychische Erkrankung manchmal selbst dem Betroffenen nicht bewusst und kann auch von den Arbeitskollegen nur schwer erkannt werden. (2) Eine Gehirn- oder Herzkrankheit führt nach ärztlicher Behandlung in der Regel zur Heilung oder Fixierung der Symptome; dagegen wird bei psychischen Erkrankungen der Begriff „*Remission*“ angewandt, womit gemeint ist, dass die Symptome vorübergehend, teilweise oder ganz abklingen können. (3) Die Entscheidung, ob die Rückkehr eines psychisch Erkrankten zur Arbeit möglich ist, fällt nicht leicht, denn ein solches Leiden ist vielfach rückfällig, und der Grad der *Remission* oder Heilung ist schwieriger einzuschätzen als bei anderen Erkrankungen. Die Rückkehr verläuft auch wegen zwischenmenschlicher Probleme am Arbeitsplatz oft nicht reibungslos. (4) Symptome und Heilungsdauer bei psychischer Erkrankung sind bei jeder Person sehr verschieden.⁵

Die japanischen Gerichte haben bisher bei Kündigungen wegen Krankheit deren Wirksamkeit in jedem Einzelfall auf Basis des Rechtsmissbrauchsprinzips (Art. 16 AVG) unter umfassender Berücksichtigung der Umstände beurteilt. Das kann zwar im einzelnen Fall eine geeignete und gerechte Lösung bringen, doch fehlt hier eine ausreichende Rechtssicherheit sowohl bezüglich der Entscheidungsgrundlage als auch bezüglich der Verhaltensstandards. Das 2013 abgeänderte Gesetz zur Beschäftigungsförderung von Behinderten⁶ verpflichtet seit dem Inkrafttreten in 2016 den Arbeitgeber, für behinderte Beschäftigte geeignete und helfende Vorkehrungen („*vernünftige Fürsorgemaßnahmen*“) zu schaffen. Entsprechend befasste sich die akademische Debatte in den letzten Jahren mit dem Einfluss dieses Gesetzes auf das Kündigungsrecht.

Aus der vorliegenden Analyse der Rechtsprechung und Lehre zu Entlassungen wegen (psychischer) Erkrankungen möchte ich auf der Grundlage eines Vergleichs mit dem deutschen Recht Vorschläge für die Kündigungsregeln in Japan entwickeln, um dadurch zu einer ausreichenden Begründung und höheren Rechtssicherheit zu gelangen. Dies könnte vielleicht auch für die Theorie bzw. Praxis in Deutschland einige Anregungen bringen.

5 Vgl. T. KATŌ, *Mentaru fuchō-sha o meguru fukushoku hairyo gimu no ichikō-satsu* [Zur Fürsorgepflicht der Weiterbeschäftigung von psychisch erkrankten Arbeitnehmern], in: Komiya/Shimada/Katō/Kikuchi (Hrsg.), *Shakai-hō no sai-kōchiku* [Neugestaltung des Sozialrechts] (Tōkyō 2011) 157 f.

6 *Shōgai-sha no koyō no sokushin-tō ni kansuru hōritsu*, Gesetz Nr. 123/1960.

2. Die Rechtslage in Deutschland

In Deutschland ist die krankheitsbedingte Kündigung ein wichtiges Thema im Arbeitsrecht geworden. Eine Krankheit fällt unter die personenbedingten Gründe im Sinne vom § 1 Abs. 2 Kündigungsschutzgesetz (nachfolgend KSchG). Eine krankheitsbedingte Kündigung liegt dann vor, wenn der Arbeitnehmer aus ihm nicht vorwerfbaren Gründen psychisch oder physisch beeinträchtigt ist, sodass er die erforderliche Leistung nicht erbringen kann. Die Rechtsprechung und Lehre in Deutschland entwickelten gemeinsam im Wesentlichen aufgrund von § 1 Abs. 2 KSchG sowie des *Verhältnismäßigkeits-* und *Prognoseprinzips* relativ klare Prüfungsmaßstäbe für die krankheitsbedingte Kündigung.⁷

Da eine Krankheit an sich keinen Kündigungsgrund darstellt, wird sie kündigungsrechtlich erst relevant, wenn von ihr störende Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis ausgehen. Bei reduzierter Leistung durch Krankheit kann der Betroffene auch nicht dafür bestraft werden, dass er in der Vergangenheit seine Arbeitsleistung nicht ausreichend erbracht hatte. Es ist vielmehr maßgeblich, ob das Arbeitsverhältnis künftig beeinträchtigt sein könnte. Somit kommt der negativen Prognose eine besondere Bedeutung zu. Der für die Prognose maßgebliche Zeitpunkt ist der Eingang der Kündigungserklärung. Grundlage für die Prognose sind objektiv (medizinisch) begründbare Tatsachen, jedoch nicht die subjektive Einschätzung des Arbeitgebers.

Bei der Analyse der krankheitsbedingten Kündigung sind drei Fallgruppen zu unterscheiden: (1) fortdauernde Leistungsunfähigkeit, (2) lang dauernde Erkrankung, (3) sich häufig wiederholende, kurze Leistungsausfälle. Ist der Arbeitnehmer auf Dauer nicht in der Lage, die geschuldete Leistung zu erbringen, und kann er in Zukunft weder die arbeitsvertraglich geschuldete noch eine andere Leistung erbringen, berechtigt dies als personenbedingter Grund den Arbeitgeber nach Art. 1 KSchG zur ordentlichen Kündigung.

Dann gibt es die Konstellation, dass die geschuldete Leistung bei einer Erkrankung für längere Zeit nicht erbracht wurde, die Genesung aber nicht ausgeschlossen werden kann. Von einer langanhaltenden Erkrankung ist dann

7 Siehe H. OETKER, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht* (17. Aufl., München 2017) 2128 ff.; R. KRAUSE, in: Hoyningen-Huene/Linck/Krause (Hrsg.), *Kündigungsschutzgesetz* (15. Aufl., München 2013) 178 ff.; T. FUJIWARA, *Doitsu ni okeru shippei kaiko no hōri* [Die Rechtstheorie zur krankheitsbedingten Kündigung in Deutschland], in: *Rōdō-sha hogo-hō no saisei* [Neugestaltung des Arbeitnehmerschutzgesetzes] (FS für M. Mizuno, Tōkyō 2005) 439 ff.; Y. ISHIZAKI, *Shippei ni yoru rōmu teikyō funō to rōdō keiyaku kankei no kisū* (5) [Zum Unvermögen einer Arbeitsleistung bei Krankheit und die Auswirkungen auf das Vertragsverhältnis], *Hōgaku Kyōkai Zasshi* Nr. 132-10 (2015) 1810 f.

auszugehen, wenn der Beschäftigte etwa eineinhalb Jahre arbeitsunfähig war und keine Besserung abzusehen ist. Auch in solchem Fall verdient er gemäß den in Art. 1 KSchG normierten „sozialen“ Gesichtspunkten besonderen Schutz. Diese geben vor, dass (1) der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Kündigungsmittelteilung arbeitsunfähig krank sein und (2) damit zu rechnen sein muss, dass er es auch weiterhin sein wird (*negative Prognose*); (3) ferner muss sich die prognostizierte Arbeitsunfähigkeit erheblich negativ für den Betrieb auswirken, sodass weitere Überbrückungsmaßnahmen (z. B. Einstellung von Aushilfskräften, Mehrarbeit, personelle oder organisatorische Umorganisation) nicht in Betracht kommen (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*).

Auch bei häufigen Kurzerkrankungen gehen Rechtsprechung und Lehre von einem dreistufigen Prüfungsraster aus: (1) Es müssen objektive Tatsachen vorliegen, die weitere neue Erkrankungen ernsthaft annehmen lassen (*negative Prognose*). (2) Die prognostizierten Kurzerkrankungen müssen zu einer erheblichen Beeinträchtigung des betrieblichen Interesses führen, z. B. wenn Störungen im Produktionsablauf eintreten können, Aushilfskräfte wiederholt vorübergehend eingestellt werden müssen oder besonders im Krankenhausbetrieb die Dienstplanung an strikte Vorgaben gebunden ist. Die bei künftigen Kurzerkrankungen zu zahlenden Entgeltfortzahlungskosten sind ebenfalls kündigungsrelevante finanzielle Belastungen. (3) Es hat eine abschließende Abwägung der wechselseitigen Vertragsinteressen stattzufinden.

Nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ist zu berücksichtigen, ob der Arbeitgeber ein *betriebliches Eingliederungsmanagement* (Art. 84 Abs. 2 Sozialgesetzbuch, IX. Buch) durchgeführt hat. Er ist dazu verpflichtet, wenn der Erkrankte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen permanent oder wiederholt arbeitsunfähig war. Hat der Arbeitgeber das betriebliche Eingliederungsmanagement unterlassen, führt das zwar nicht per se zur Unverhältnismäßigkeit der ordentlichen Kündigung, aber zu einer verschärften Darlegungslast, wenn sich der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess darauf berufen will, keinen weiteren freien Arbeitsplatz zu haben, den der Betroffene trotz Erkrankung noch ausfüllen könnte. Hier muss der Arbeitgeber konkret vortragen, weshalb dieser auf dem spezifischen Arbeitsplatz nicht mehr eingesetzt werden kann, andere krankheitsgerechte Modifikationen und Änderungen ausgeschlossen sind und er in keinem anderen Feld einsetzbar ist.

Die Zahl von psychischen Problemen (vor allem Depressionen, neurotische Störungen, Sucht, Schizophrenie) hat in den letzten Jahren auch in Deutschland zugenommen. Somit haben die Themen Arbeits- und Gesundheitsschutz, betriebliches Eingliederungsmanagement sowie die krankheitsbedingte Kündigung zunehmend Beachtung erfahren.⁸

II. DIE JURISTISCHE SICHT ZUR KRANKHEITSBEDINGTEN KÜNDIGUNG IN JAPAN UND EINSCHRÄNKENDE REGELUNGEN

1. *Der Standpunkt der Lehre*

In Japan hat eine Auffassung in der Lehre geltend gemacht, dass einem erkrankten Arbeitnehmer die geminderte Arbeitsleistung nicht vorgeworfen werden kann, da eine Erkrankung unabhängig von einer gesunden Lebensführung eintreten kann und das Risiko einer Krankheit nicht kontrollierbar ist. Der Arbeitgeber dürfe ihn somit nicht ohne weiteres entlassen, weil der Arbeitsvertrag ein Dauerschuldverhältnis darstelle und die Zukunft des Beschäftigten davon abhängen.⁹ Eine andere Lehrmeinung hält dagegen, dass die Beurlaubungsfrist bei Krankheit bzw. Verletzung nur auf eine Aufschiebung der Entlassung weise, sofern dem Arbeitnehmer der Grund dafür zuzurechnen sei. Somit sei dieser für seinen krankheitsbedingten Ausfall durchaus haftbar.¹⁰

Doch da man einer Erkrankung nie gänzlich vorbeugen kann, sollte der Krankheitsfall nicht als mit einem Fall von Fehlverhalten vergleichbar angesehen werden, bei welchem oft Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegen können. Da selbst eine Kündigung wegen Fehlverhaltens das Dauerschuldverhältnis nur für die Zukunft auflöst und so keinen Sanktionscharakter hat,¹¹ sollte gerade die krankheitsbedingte Kündigung in der Regel nicht als Sanktion gegen den Arbeitnehmer als einem ihm zuzurechnenden Grund betrachtet werden.

Die Rechtslehre diskutiert unter verschiedenen Aspekten wie die krankheitsbedingte Entlassung geregelt werden könnte. So wird zunehmend gel-

8 Vgl. H. M. HASSELHORN, § 2A. Arbeit, Alter und Gesundheit, in: vom Stein/Rothe/Schlegel, Gesundheitsmanagement und Krankheit im Arbeitsverhältnis (München 2015) 242 ff; J. BALIKCIOGLU, Psychische Erkrankungen am Arbeitsplatz, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2015, 1424 f.

9 H. WADA, *Rōdō-sha no byōki (shishō-byō) to kaiko-tō* [Krankheit (private Verletzung oder Erkrankung) eines Arbeitnehmers und die Kündigung], in: Hōgaku Kyōshitsu 252 (2001) 145; S. NODA, *Kyūka rōdō-hō no kenkyū* [Forschung zum arbeitsrechtlichen Urlaubsrecht] (1999 Tōkyō) 125; ISHIZAKI (Fn. 7) 1891; I. MIZUSHIMA, *Shippeī rōdō-sha no shōgū* [Die Personalverwaltung von erkrankten Arbeitnehmern], in: Nihon Rōdō-hō Gakkai [Japanische Arbeitsrechtliche Wissenschaftliche Vereinigung] (Hrsg.), *Kōza 21-seiki no rōdō-hō* [Arbeitsrecht im 21. Jahrhundert] Nr. 7 (2000) 132 f. Hier wird dargelegt, dass ein Arbeitnehmer für die Krankheit nicht verantwortlich ist, außer wenn er mit der Absicht, den Arbeitgeber zu behindern, sich vorsätzlich eine solche zufügt, um so die Arbeit nicht leisten zu müssen.

10 M. TSUCHIDA, *Rōdō keiyaku-hō* [Arbeitsvertragsrecht] (2. Aufl., Tōkyō 2016) 458.

11 E. HOSOTANI, Entwicklung und Perspektiven im japanischen Kündigungsrecht bei Schlecht- oder Minderleistung, ZJapanR/J.Japan.L. 41 (2016) 194 f.

tend gemacht, den Kündigungsschutz nicht nur mit dem Existenzrecht (Art. 25 der japanischen Verfassung¹²), das ausschließlich das finanzielle Interesse des Arbeitnehmers schützt, sondern auch mit dem Prinzip der Menschenwürde bzw. Selbstbestimmung (Art. 13 der Verfassung)¹³ oder dem Recht auf Arbeit, das wiederum dem Persönlichkeitsinteresse und der Qualität bzw. dem Inhalt einer Arbeit besonderen Wert zumisst (Art. 27 Abs. 1 der Verfassung),¹⁴ zu begründen.

Zwecks Aufstellung konkreter Prüfungsmaßstäbe möchte eine Lehrrichtung das *Verhältnismäßigkeits-* und *Prognoseprinzip* ins japanische Kündigungsrecht einführen. Ein anderer Lehransatz argumentiert, dass aus der Pflicht des Arbeitgebers zur Wahrung des Arbeitsverhältnisses nicht nur eine materielle, sondern auch eine prozessuale Regelung folgen könne. Nach einer weiteren Auffassung ist der prozessualen Prüfung der Vorrang vor der materiellen zu geben.¹⁵

Meines Erachtens sollte das Kündigungsrecht zunächst sowohl mit dem Existenzrecht als auch mit dem Recht auf Arbeit – das auch das Persönlichkeitsinteresse umfasst – begründet werden. Weiterhin sollten als Prüfungskriterien das Verhältnismäßigkeitsprinzip (*Ultima-ratio-Prinzip*) wegen der Eigenschaft der Kündigung als Gestaltungsrecht, das einseitig dem Arbeitnehmer große Nachteile zufügt, sowie das Prognoseprinzip wegen der „*ex-nunc*-Wirkung“ der Kündigung für das Dauerschuldverhältnis angewendet werden.¹⁶ Nach dem *Prognoseprinzip* stellt eine frühere Nichtleistung der

12 *Nihon-koku kenpō* vom 3. November 1946.

13 Vgl. T. MURANAKA, *Nihonteki koyō kankō no henyō to kaiko seigen hōri* [Der Wandel in der japanischen Beschäftigungspraxis und das Kündigungsschutzrecht], *Minshōhō zasshi* Nr. 119-4/5 (1999) 605 f.; S. NISHITANI, *Kisei ga sasaeru jiko kett-ei – rōdō-hōteki kisei shisutemu no sai-kōchiku* [Die durch Regelungen zu stützende Selbstbestimmung – Umstrukturierung des arbeitsrechtlichen Regelungssystems] (Kyōto 2004) 398.

14 H. KARATSU, *Rōdō keiyaku to shūgyō kisoku no hōri-ron* [Die Rechtstheorie zu Arbeitsvertrag und Arbeitsordnung] (Tōkyō 2010) 103 f.; K. ARITA, *Shūrō kachiron no igi to kadai* [Bedeutung und Aufgabe der Theorie zum Wert der Arbeit], *Nihon Rōdō-hō Gakkai-shi* Nr. 124 (2014) 114 f.; S. HASEGAWA, *Shūrō kachi no hōri-ron* [Die Rechtstheorie zum Wert der Arbeit], *Nihon Rōdō-hō Gakkai-shi* Nr. 124 (2014) 125 f.

15 Vgl. E. HOSOTANI, *Rōdō-sha no hi'i kōi no jirei ni kansuru futsū kaiko kisei no saiken-tō* [Überprüfung der Regelungen zur verhaltensbedingten ordentlichen Kündigung] in: Nemoto/Okuda/Ogata/Yonezu (Hrsg.), *Rōdō-hō to gendai-hō no riron* [Theorien zum Arbeitsrecht und modernen Recht (FS zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Nishitani)] (Tōkyō 2013) 517 f.

16 HOSOTANI (Fn. 11) 194 f. Mehrere Rechtswissenschaftler machen inzwischen geltend, dass die normative Logik und Rechtssicherheit der Kündigungsregelungen durch das Verhältnismäßigkeits- und Prognoseprinzip erhöht werden sollen. Vgl. I.

Arbeitspflicht als solche keinen Entlassungsgrund dar, und die Kündigung wird nur dann relevant, wenn keine Besserung der Krankheit zu erwarten und somit ein langer Ausfall der Arbeitspflicht absehbar ist. Dem *Verhältnismäßigkeitsprinzip* zufolge kann die Kündigung nur gerechtfertigt sein, wenn der Erkrankte weder seine bisherige noch eine andere leichtere Arbeit leisten kann.¹⁷

2. Die Rechtsprechung

Früher war nicht immer klar, was die Gerichte in Japan unter einer krankheitsbedingten Kündigung verstanden. Doch inzwischen gehen einige Gerichte nicht nur dem Krankheitsverlauf oder Heilungsgrad ausführlich nach, sondern setzen sich auch mit den Genesungsaussichten auseinander,¹⁸ und fordern vom Arbeitgeber, dem Betroffenen eine Vorbereitungszeit zur Rückkehr an die Arbeit zu gewähren bzw. eine Weiterbildung zu leisten, falls abzusehen ist, dass dieser in Kürze zumindest teilweise wieder zu arbeiten vermag.¹⁹ Aus diesen Entscheidungen lässt sich ein ähnlicher Gedanke wie beim Prognoseprinzip folgern, wonach die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht ohne weiteres zulässig ist, wenn Aussicht auf absehbare Besserung besteht. Ferner ist anzumerken, dass einige Richter in den letzten Jahren bei Fällen von Kündigung wegen Krankheit bzw. Verletzung oder *Low-Performance* ausdrücklich das Prognoseprinzip und den Ultima-ratio-Grundsatz geltend gemacht haben.²⁰ Das Prognose- und Verhältnismäßigkeitsprinzip ist damit in der japanischen Gerichtspraxis einsetzbar.

NEMOTO, *Kaiko hōri ni okeru saigoteki shudan no gensoku to shōrai yosoku no gensoku* [Der Ultima-ratio-Grundsatz und das Prognoseprinzip im Kündigungsrecht], *Nihon Rōdō-hō Gakkai-shi* 94 (1994) 206 f.; T. YONEZU, *Kaiko hōri ni kansuru kisoteki kōsatsu* [Grundlegende Betrachtungen zum Kündigungsrecht], in: Nishitani/Nemoto (Hrsg.), *Rōdō keiyaku to hō* [Arbeitsvertrag und Recht] (Tōkyō 2011) 283 f.

17 S. NISHITANI, *Rōdō-hō* [Arbeitsrecht] (2. Aufl., Tōkyō 2013) 409 f.; MIZUSHIMA (Fn. 9) 132 und 142; K. TAKAHASHI, *Kaiko no kenkyū* [Forschung zur Kündigung] (Kyōto 2011) 270 f.

18 DG Tōkyō, 27.1.1984, Rōdō Hanrei 423, 23; DG Sapporo, 21.9.1999, Hanrei Taimuzu 1058, 172.

19 OG Ōsaka, 14.3.2001, Rōdō Hanrei 809, 61; DG Ōsaka, 18.10.1999, Rōdō Hanrei 772, 9.

20 DG Tōkyō, 23.1.2012, Rōdō Hanrei 1047, 74; K. IRAHARA, *Futsū kaiko to kaiken ran'yō hōri* [Die ordentliche Kündigung und Grundsätze zum Rechtsmissbrauch beim Kündigungsrecht], in: Shiraishi (Hrsg.), *Saiban jitsumu shirūzu 1 – Rōdō kankei soshō no jitsumu* [Reihe zur Gerichtspraxis 1 – Die Praxis im arbeitsrechtlichen Prozess] (Tōkyō 2012) 270 f.

III. DIE TENDENZ IN DER JAPANISCHEN RECHTSPRECHUNG BEI KÜNDIGUNGEN WEGEN PSYCHISCHER ERKRANKUNG

1. *Fälle, in denen die geheilte Krankheit keinen großen Einfluss auf die Arbeit mehr hatte*

Die Gerichte haben in den Fällen, in denen eine Ataxie des vegetativen Nervensystems oder eine Depression fast geheilt oder remittiert war und die Arbeitsleistung kaum noch tangierte, die Entlassung abgelehnt, da der Arbeitgeber zuvor seine Pflicht zur Kündigungsvermeidung z.B. durch Versetzung in eine leichtere Tätigkeit nicht erfüllt²¹ oder in einem anderen Fall die ärztliche Diagnose bzw. das Attest des Hausarztes nicht zur Kenntnis genommen hatte.²²

2. *Fälle, in denen die Unmöglichkeit der Arbeit oder die Minderleistung weiterbestand, doch eine Besserung der Krankheit anzunehmen war*

Ein Urteil lehnte eine Kündigung ab, weil zwar die Symptome der manisch-depressiven Psychose eines Arbeitnehmers einen hohen Grad erreicht hatten, der Arbeitgeber aber nicht dessen Hausarzt angehört und ihm keine nochmalige Beurlaubungszeit, welche die Arbeitsordnung zuließ, gewährt hatte, obwohl nach der ersten Beurlaubung die Möglichkeit der Heilung bestanden hatte.²³ In einem anderen Fall hatte ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer mit Asperger-Syndrom keine Weisung oder Warnung erteilt, um sein problematisches Verhalten zu korrigieren, und auch keine Fürsorgemaßnahme (z.B. Bereitstellung eines *Job Coachs*) erwogen.²⁴

3. *Fälle, in denen die Unmöglichkeit der Arbeit oder die Minderleistung fortbestand und die Kontinuität dieses Zustands absehbar war*

Der oberste Gerichtshof formulierte 2012 in einem Urteil, dass der betreffende Arbeitgeber eine medizinische Untersuchung des Beschäftigten durch einen Psychiater zu veranlassen, ihn dann nötigenfalls für eine ärztliche Behandlung zu empfehlen und eine Beurlaubung auszusprechen habe, bevor er die Disziplinar Kündigung als Betriebsbuße vornehmen könne, weil dieser wegen seelischer Probleme (Verfolgungswahn) dauernd beim Dienst fehlte. Der OGH sah die Disziplinar Kündigung als unwirksam an, weil es unangemessen sei, die Abwesenheit des Arbeitnehmers als unbegründet

21 DG Ōsaka, 25.1.2008, Rōdō Hanrei 960, 49.

22 DG Tōkyō, 26.11.2014, Rōdō Hanrei 1112, 47.

23 DG Tōkyō, 18.2.2005, Rōdō Hanrei 892, 80. Vgl. auch DG Tōkyō, 24.3.2010, Hanrei Taimuzu 1333, 153.

24 DG Kyōto, 29.3.2016, Rōdō Hanrei 1146, 65.

einzustufen und sofort die Disziplinar Kündigung zu verhängen, ohne zuvor die genannten Maßnahmen getroffen zu haben, da seine weitere Abwesenheit absehbar war, solange die seelische Störung anhielt.²⁵

Dieser Rechtsgrundsatz, wonach bei einem Gesundheitsproblem eines Angestellten eine positive Fürsorge vom Arbeitgeber gefordert wird, gilt nicht nur für die Betriebsbuße, sondern auch für die ordentliche Entlassung wegen eines seelischen Leidens, da die Disziplinar Kündigung sowohl den Charakter einer Betriebsbuße als auch den einer Kündigung hat.²⁶

Im Unterschied dazu wurde die Kündigung in einem Fall als zulässig gewertet, in dem ein Beschäftigter mit Asperger-Syndrom seine Arbeit über einen längeren Zeitraum unzureichend erbracht hatte, worauf ihm vom Arbeitgeber zunächst zur Vermeidung einer Kündigung eine lange Beurlaubungszeit gewährt worden war, was jedoch nicht zu der Prognose geführt hatte, dass seine Leistung sich künftig voraussichtlich verbessern würden. Das Gericht stützte sich auf folgende Gründe: Das arbeitsvertragliche Interesse des Arbeitgebers sei erheblich beeinträchtigt, und eine Versetzung des Beschäftigten in eine leichtere Betätigung sei unmöglich, da seine psychische Kondition keine zwischenmenschliche Kommunikation ermögliche und sein Verhalten zudem unzumutbar sei.²⁷

In einem anderen Fall wurde eine Entlassung als rechters gewertet, in dem ein Arbeitnehmer mit einer Persönlichkeitsstörung durch sein problematisches Verhalten in Form von Verstößen gegen Dienstanweisungen, Tätlichkeiten gegenüber Kollegen und Entwendung von Sachen aus dem Betrieb, wie etwa des Dienst-PCs, wiederholt gravierende Störungen im Betriebsablauf verursacht hatte und die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber deshalb vor dem Hintergrund, dass auch keine Besserung anzunehmen war, als unzumutbar angesehen wurde. Dabei wurde berücksichtigt, dass der Arbeitgeber sich korrekt verhalten und dem Beschäftigten den warnenden Hinweis gegeben hatte, sich bei einem Facharzt in Behandlung zu geben, auch wenn er keine Beurlaubung oder Versetzung in Betracht gezogen habe.²⁸

25 OGH, 27.4.2012, Hanrei Taimuzu 1376, 127. Eine ähnliche Entscheidung fällt auch das DG Ōsaka am 25.5.2009, Rōdō Hanrei 991, 101.

26 Vgl. H. TOKORO, *Seishin-men no fuchō ga mirareru rōdō-sha no mudan kekkin to yushi taishoku shobun no yūkō-sei* [Zur unerlaubten Abwesenheit des Beschäftigten mit seelischen Problemen und zur Wirksamkeit der Disziplinar Kündigung], in: *Shin hanrei kaisetsu watch* [Neue Erläuterungen zur Rechtsprechung] Vol. 12 (Tōkyō 2013) 295 f.

27 DG Tōkyō, 29.7.2015, Hanrei Taimuzu 1424, 283. Vgl. auch die Urteile des DG Tōkyō vom 31.1.2013, Rōdō Keizai Hanrei Soku-hō 2185, 3, sowie vom 28.5.2015, Rōdō Keizai Hanrei Soku-hō 2254, 3.

IV. PRÜFUNGSMASSSTÄBE IN DER RECHTSPRECHUNG BEI KRANKHEITSBEDINGTER KÜNDIGUNG

1. *Das Vermögen zur Leistung der bisherigen oder einer anderen Arbeit*

Es kommt nun darauf an, welche Leistung als die vertraglich geschuldete Leistung anzusehen ist, wenn ein Arbeitnehmer nach der Beurlaubung zur Arbeit zurückkehren möchte. Die Gerichte geben neuerdings vor, dass die die vertraglich geschuldete Leistung anzunehmen ist, wenn dieser eine andere Arbeit ausführen kann, in die der Arbeitgeber ihn versetzt, um später kurzfristig seine alte Tätigkeit wieder aufzunehmen.²⁹ Auch wertet die Lehre häufig Entlassungen als nicht rechens, wenn die Aussicht besteht, dass die erkrankten Arbeitnehmer in naher Zukunft ihre eigentliche Tätigkeit wieder aufnehmen können, ihnen aber keine übergangsweise Versetzungen angeboten werden, sondern sie sofort entlassen werden.³⁰

Bei einer Kündigung wegen körperlicher Erkrankung oder Behinderung verlangen die Gerichte manchmal eine Versetzung des Betroffenen, auch wenn feststeht, dass dieser nach der Beurlaubung seine bisherige Tätigkeit mittel- oder sogar langfristig nicht wieder ausüben können wird.³¹ Dies gilt jedoch nicht bei psychischen Erkrankungen. Die Unterscheidung rührt wohl daher, dass die Leistungsfähigkeit und Rückfälligkeit bei psychischem Leiden trotz einer Versetzung, anders als bei einer körperlichen Hirn- oder Herzkrankheit, schwer einzuschätzen sind und überdies das zwischenmenschliche Verhalten oder die Kommunikation im Betrieb beeinträchtigt werden kann.

2. *Forderung nach ärztlicher Diagnose und medizinischer Beratung*

Die Diagnose eines Arztes spielt eine große Rolle, wenn ein Arbeitgeber objektiv entscheiden soll, ob der psychisch genesende Arbeitnehmer die vertraglich geschuldete Leistung erbringen kann, falls er zur Arbeit zurückzukehren

28 DG Nagoya, 16.7.1997, Rōdō Hanrei 737, 70. Vgl. auch DG Ōsaka, 26.2.2009, Rōdō Keizai Hanrei Soku-hō 2034, 14.

29 DG Tōkyō, 26.3.2004, Rōdō Hanrei 876, 56; DG Ōsaka, 25.1.2008, Rōdō Hanrei 960, 49; DG Tōkyō, 28.5.2015, Rōdō Keizai Hanrei Soku-hō 2254, 3; DG Tōkyō, 29.7.2015, Rōdō Hanrei 1124, 5.

30 MIZUSHIMA (Fn. 9) 141; K. KAMATA, *Shishō-byō kyūshoku-sha no fukushoku to futan keigen sochi* [Die Rückkehr eines erkrankten Arbeitnehmers zur Arbeit und Schritte zur Belastungserleichterung], in: Yamaguchi/Sugeno/Nakajima/Watanabe (Hrsg.), *Kei'ei to rōdō hōmu no riron to jitsumu* [Theorie und Praxis von Management und Arbeitsrecht] (Tōkyō 2009) 97 f.; K. SUGENO, *Rōdō-hō* [Arbeitsrecht] (11. Aufl., Tōkyō 2016) 701; TSUCHIDA (Fn. 10) 458.

31 DG Ōsaka, 4.10.1999, Rōdō Hanrei 771, 25; DG Ōsaka, 10.4.2002, Rōdō Keizai Hanrei Soku-hō 1809, 18.

wünscht. So hat der Arbeitgeber das Attest vom Haus- oder Facharzt grundsätzlich zu respektieren.³² Die Forderung nach einer ärztlichen Diagnose zur Beurteilung der Leistungsfähigkeit gilt nach dem Prinzip von Treu und Glauben zwischen beiden Vertragsparteien sowie der Fürsorgepflicht (Art. 5 AVG) als vernünftiges und angemessenes Mittel. Der Arbeitgeber darf den Kranken zwar anweisen, eine ärztliche Diagnose vorzulegen, wobei dieser aber unter Berücksichtigung seiner Privatsphäre das Recht haben soll, den Arzt selber auszuwählen.³³ Falls der Arbeitgeber ihn entlässt, ohne die Meinung seines Arzt vernommen zu haben, wird das dem Arbeitgeber im Rahmen des Rechtsmissbrauchsprinzips (Art. 16 AVG) oft zum Nachteil gereichen.³⁴

Da der Arbeitgeber prinzipiell eine ärztliche Diagnose verlangen darf, sollte der Arbeitnehmer dies akzeptieren.³⁵ So wurde zum Beispiel einer Kündigung gerichtlich stattgegeben, als ein an Depression bzw. Ataxie des vegetativen Nervensystems erkrankter Beschäftigter nach langer Beurlaubung die Arbeit wieder aufnehmen wollte, aber lediglich eine Bescheinigung vorlegte, die von einem Arzt stammte, der ihn nicht fortdauernd diagnostiziert hatte, und kein Attest eingeholt hatte, aus dem der Arbeitgeber den Rahmen seiner Leistungsfähigkeit hätte ermessen können, obwohl ihm Zeit für die Auswahl und Konsultation eines geeigneten Arztes gegeben worden war und der Arbeitgeber die Vorlagefrist für das Attest dreimal verlängert hatte.³⁶

3. Mildere Mittel als eine Kündigung

Ein ausreichender Grund für eine Kündigung (vgl. Art. 16 AVG) liegt erst dann vor, wenn die vertraglich geschuldete Leistung wegen Krankheit ausfällt und diese Situation fortbestehen würde, auch wenn sich der Arbeitgeber dem Verhältnismäßigkeitsprinzip (*Ultima-ratio-Grundsatz*) gemäß um die folgenden Schritte zur Kündigungsvermeidung bemühen würde:

a) *Rat sich medizinisch untersuchen zu lassen, Hinweis auf drohende Nachteile und Verwarnung*

Wenn ein Arbeitnehmer wegen eines mentalen Leidens ständig der Arbeit fernbleibt, muss der Arbeitgeber eine medizinische Untersuchung der Er-

32 DG Tōkyō, 6.2.2006, Rōdō Hanrei 911, 5.

33 K. HATAI, *Shōgai/byōki to kaiko* [Behinderung/Krankheit und Kündigung], in: Noda/Nogawa/Yanagisawa/Yamashita (Hrsg.), *Kaiko to taishoku no hōmu* [Die Rechtspraxis bei Kündigung und Entlassung] (Tōkyō 2012) 217.

34 DG Tōkyō, 18.2.2005, Rōdō Hanrei 892, 80; DG Tōkyō, 24.3.2010, Rōdō Hanrei 1008, 35; DG Kyōto, 29.3.2016, Rōdō Hanrei 1146, 65.

35 DG Ōsaka, 16.4.2003, Rōdō Hanrei 849, 35; KATŌ (Fn. 5) 165.

36 DG Ōsaka, 16.4.2003, Rōdō Hanrei 849, 35.

krankung und deren Beurteilung verlangen, um einschätzen zu können, ob eine Behandlung oder Beurlaubung nötig ist, bevor er eine Betriebsbuße verhängt oder die Entlassung vollzieht.³⁷ Erkennt der Arbeitgeber die psychische Erkrankung nicht an, muss er dem abwesenden Arbeitnehmer die drohende Konsequenz mitteilen, dass ein weiteres Fernbleiben vom Arbeitsplatz als unerlaubte Abwesenheit angesehen würde und eine Betriebsbuße oder Kündigung zur Folge hätte.³⁸

Meines Erachtens sollte der Arbeitgeber dem Beschäftigten grundsätzlich die drohenden Nachteile darlegen, sobald er eine psychische Erkrankung auch nur vermutet.³⁹ Denn eine solche ist für den Arbeitgeber meist schwer erkennbar, womit eine Abmahnung bzw. Mitteilung drohender Nachteile wirkungslos sein kann. Dazu traf das Distriktgericht Kyōto im Jahr 2016 eine wichtige Entscheidung: Um einem Angestellten Gelegenheit zu geben, sein problematisches Verhalten zu ändern, müsse ihn der Arbeitgeber vor der Kündigung verwarnen, auch wenn dieser aufgrund seiner mentalen Behinderung die Sachlage nicht immer verstehen könne.⁴⁰ Die Notwendigkeit solcher Verwarnungen bzw. Hinweise sollte als durch das Verhältnismäßigkeits- und Prognoseprinzip begründet angesehen werden, um sie als eine Art von Abmahnung anordnen zu können.

b) Ausreichende Anwendung der Regelung für Beurlaubungen

Firmen in Japan konnten bisher entscheiden, ob sie eine Regelung für Beurlaubungen für den Krankheitsfall einführten, und wie sie diese gegebenenfalls ausgestalteten und anwendeten. Deshalb hielt die frühere Rechtsprechung die Entlassung von seelisch kranken Arbeitnehmern für zulässig, auch wenn der Arbeitgeber die Regelung für eine Beurlaubung nicht angewandt hatte.⁴¹ Doch in den letzten Jahren wurde eine Kündigung ohne ausreichenden Einsatz der Beurlaubung, vermittelt derer der Arbeitgeber die mentale Genesung beurteilen sollte, meist abgelehnt. Dem liegt eine gewandelte betriebliche Praxis zugrunde, nach der nun vielfach eine Beurlaubung

37 OGH, 27.4.2012, Hanrei Taimuzu 1376, 127.

38 OG Tōkyō, 26.1.2011, Rōdō Hanrei 1025, 5; DG Ōsaka, 15.2.2012, Rōdō Hanrei 1048, 105.

39 In einem Fall, in dem ein Arbeitnehmer mehrmals im betrunkenem Zustand gearbeitet hatte, befand das DG Sendai, dass ihn der Arbeitgeber bei der Abmahnung deutlich auf die Vertragsverletzung hätte hinweisen und vor der Kündigung hätte warnen müssen, um ihm Gelegenheit zu geben, sich seines Problems bewusst zu werden und sein Verhalten zu korrigieren (Urt. v. 24.12.2008, Rōdō Hanrei 1018, 12).

40 DG Kyōto, 29.3.2016, Rōdō Hanrei 1146, 65.

41 DG Nagoya, 16.7.1997, Rōdō Hanrei 737, 70; DG Kōbe, 30.1.2009, Rōdō Hanrei 984, 74.

für einen bestimmten Zeitraum vorgesehen ist.⁴² Folglich ist die sofortige Entlassung von psychisch Kranken ohne Gewährung einer Beurlaubung grundsätzlich inakzeptabel.⁴³ Falls keine zweite Beurlaubung gemäß der Obergrenze in der Arbeitsordnung erfolge oder eine Beurlaubung in Kombination mit anderen Möglichkeiten nicht verlängert werde, solle die Kündigung wirkungslos sein, wenn sich das Leiden künftig bessern dürfte.⁴⁴

Die angemessene Anwendung des Beurlaubungssystems, dessen Ziel ein Aufschub der Entlassung bzw. die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses ist, sollte auch nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip (*Ultima-ratio-Grundsatz*) oder Prognoseprinzip als ein wesentliches Instrument zur Vermeidung von Kündigungen gelten. So soll ein Arbeitgeber den Arbeitnehmer in der Regel nicht entlassen, bevor er diese Möglichkeit ausgeschöpft hat. Doch bleibt die Kündigung auch ohne Beurlaubung nach dem „*Zumutbarkeitsprinzip*“ gültig, wenn im Voraus deutlich ist, dass die Krankheit trotz Beurlaubung nicht heilen und eine weitere Arbeitsleistung unmöglich sein wird.⁴⁵

c) *Versetzung*

Weit seltener als die schon genannten Maßnahmen forderten die Gerichte vom Arbeitgeber mit Rücksicht auf die Zumutbarkeit die Vermeidung einer Kündigung durch Versetzung, da eine solche direkt zur Fortsetzung der Beschäftigung des seelisch kranken Arbeitnehmers führen kann. In einem Fall, in dem sich ein Betroffener mit leichten Arbeiten wie dem Kopieren von Unterlagen oder simplen Kalkulationen betätigt hatte, aber krankheitsbedingt auch diese nicht mehr leisten konnte und nach der Beurlaubung schließlich an seinen ursprünglichen Arbeitsplatz zurückkehren wollte, gab das Gericht der Kündigung statt, da der Arbeitnehmer voraussichtlich weder seine alte Arbeit noch die Versetzungstätigkeit ausführen könne, was die Voraussetzung für eine weitere Beschäftigung sei.⁴⁶

42 91,9 % der japanischen Unternehmen haben bei nicht betriebsbedingter Erkrankung oder Verletzung eine Beurlaubungsregelung mit folgenden Höchstgrenzen: 6 bis 12 Monate (22,3 %), 12 bis 18 Monate (17,2 %), 3 bis 6 Monate (13,3 %), 18 Monate bis 24 Monate (12,6 %). (RÖDÖ SEISAKU KENKYŪ KENSHŪ KIKŌ [The Japan Institute for Labour Policy and Training], *Mentaru herusu, shishō-byō tō no chiryō to shokugyō seikatsu no ryōritsu shi'en ni kansuru chōsa* [Untersuchung zur psychischen Gesundheit und zur Vereinbarkeit einer Krankheitsbehandlung mit dem Berufsleben], 2013).

43 OGH, 27.4.2012, Hanrei Taimuzu 1376, 127.

44 DG Tōkyō, 18.2.2005, Rōdō Hanrei 892, 80; DG Tōkyō, 24.3.2010, Rōdō Hanrei 1008, 35.

45 TSUCHIDA (Fn. 10) 585; DG Tōkyō, 24.4.2002, Rōdō Hanrei 828, 22.

46 DG Tōkyō, 26.3.2004, Rōdō Hanrei 876, 56.

Die tatsächlich ausgeübte Arbeit sollte das Kriterium sein, an dem gemäß der vertraglich geschuldeten Leistung gemessen wird, ob der Kranke seine eigentliche Tätigkeit wieder aufnehmen kann, da der Arbeitgeber dessen Übergangsleistung bereits akzeptiert hat, auch wenn diese unterhalb des normalen Pensums liegt.⁴⁷

In Fällen, in denen ein Arbeitnehmer als sog. „Generalist“ (*sōgō-shoku*) in einem Unternehmen eingestellt worden war, dann aber aufgrund psychischer Probleme die Arbeit nicht mehr ausführen konnte, legten einige Gerichte bei der Frage, ob er eine „andere Tätigkeit“ ausführen könne, großes Gewicht auf diese Einstellungsbedingung und beschränkten somit die Möglichkeit der „anderen Tätigkeit“ auf Arbeiten, in die ein „Generalist“ generell versetzt werden kann. Sie gaben einer solchen Kündigung statt, weil der Betreffende als „Generalist“ nicht imstande gewesen sei, gewisse Anforderungen zu erfüllen, wie beispielsweise die zwischenmenschliche Interaktion oder die Kommunikation mit Vorgesetzten.⁴⁸

Japanische Firmen haben ein spezifisches Beschäftigungssystem, bei dem der Arbeitnehmer bei der Einstellung oder auch später zwischen zwei Karrierewegen wählt: der „Generallaufbahn“ (*sōgō-shoku*), deren Tätigkeit zentrale Unternehmensaufgaben umfasst, sowie der „Normallaufbahn“ (*ippan-shoku*), bei der lediglich untergeordnete Tätigkeiten ausgeübt werden. Die „Generalisten“ werden mit häufiger Rotation und periodischer gezielter Versetzung für vielfältige Aufgaben eingesetzt, um ihre betriebspezifischen Erfahrungen zu erweitern und so ihre Einsatzfähigkeit zu verbessern. Die „Normal-Angestellten“ bleiben meist an einem bestimmten Arbeitsplatz mit einem geregelten Tätigkeitsfeld. Da die „Generalisten“ flexibler sein müssen, ist ihr Gehalt höher.⁴⁹

Zwar hält eine Lehrmeinung daran fest, dass es schwierig sei, einen Arbeitnehmer, der als „Generalist“ angestellt wurde, nach der Beurlaubung in die „Normallaufbahn“ mit einfachen Tätigkeiten wechseln zu lassen, da dies den ursprünglichen Einstellungsbedingungen zuwiderlaufe.⁵⁰ Doch zeigt sich ein Arbeitgeber als sehr formell und inflexibel, wenn er eine solche Möglichkeit

47 Y. KONISHI, *Seishin shikkan o yūsuru mono ni taisuru byōki kyūshoku kikan manryō ni yoru kaiko no tekihō-sei* [Zur Wirksamkeit einer Kündigung eines psychisch erkrankten Arbeitnehmers nach Ausschöpfung der Beurlaubungszeit], *Jurisuto* 1295 (2005) 232.

48 DG Tōkyō, 31.1.2013, Rōdō Keizai Hanrei Sokuhō 2185, 3; DG Tōkyō, 29.7.2015, Hanrei Taimuzu 1424, 283.

49 Vgl. S. NISHITANI, Vergleichende Einführung in das japanische Arbeitsrecht (Köln 2003) 72, 162.

50 K. NISHIMURA, *Sōkyoku-sei shōgai ni rikanshita rōdō-sha no fukushoku no kahi* [Zur Rückkehr eines Arbeitnehmers mit manisch-depressiver Psychose an den Arbeitsplatz], *Minshō-hō Zasshi* 151-3 (2014) 97 f.

kategorisch ausschließt. Es ist auch fragwürdig, ob die genannte Lehrmeinung mit der Pflicht zur Aufrechterhaltung der Beschäftigung (vgl. Artt. 13, 25, 27 der Verfassung), dem Verhältnismäßigkeitsprinzip (*Ultima-ratio-Grundsatz*) und der Pflicht zu *vernünftigen Fürsorgemaßnahmen* (Art. 36 Abs. 3 Gesetz zur Beschäftigungsförderung von Behinderten) vereinbar ist.⁵¹

Wichtig ist es, ausführlich zu prüfen, ob eine Versetzung möglich ist – unter Berücksichtigung der Krankheit, der verbliebenen Leistungsfähigkeit bzw. des Willens des Arbeitnehmers, der Unternehmensgröße, des Geschäftszweigs und der Schwierigkeit einer Versetzung. Somit kann die Bemühungspflicht des Arbeitgebers zur Versetzung nicht völlig von den Einstellungskonditionen abhängig gemacht werden. Diese müssen vielmehr neben der Problematik der Versetzung und anderen Faktoren berücksichtigt werden, um die Wirksamkeit der Kündigung zu beurteilen.⁵²

d) Die Änderungskündigung

Da es in Japan keine gesetzliche Bestimmung zur Änderungskündigung gibt, wurde viel darüber diskutiert, ob eine solche zulässig ist. Einerseits wurde gegen die Änderungskündigung angeführt, dass der Einwilligungsvorbehalt gesetzlich nicht geregelt sei und Art. 528 *Minpō* (Zivilgesetz, nachfolgend ZG)⁵³ diesen als Ablehnung eines Antrags ansehe: Werde die Änderungskündigung ohne die Möglichkeit des Einwilligungsvorbehalts akzeptiert, führe dies dazu, dass ein Arbeitgeber vor einer Kündigung die Arbeitsbedingungen willkürlich ändern könne, was dem Betroffenen gegenüber ungerecht sei.⁵⁴ Dagegen wurde andererseits argumentiert, die Änderungskündigung als Auslegung anzuerkennen,⁵⁵ da Art. 528 grundsätzlich nur für einen neuen Vertragsabschluss gelte⁵⁶ und die Änderungskündigung somit gar nicht betreffe, womit der Arbeitgeber aus Treu und Glauben die Pflicht zur Akzeptanz des Einwilligungsvorbehaltes tragen solle.⁵⁷

51 ISHIZAKI (Fn. 7) 1859; F. KOMIYA, *Koyō shūryō no hōri* [Rechtsgrundsätze zur Beendigung einer Beschäftigung] (Tōkyō 2010) 184.

52 HATAI (Fn. 33) 210.

53 *Minpō*, Gesetz Nr. 89/1896.

54 DG Ōsaka, 31.8.1998, Rōdō Hanrei 751, 38; OG Tōkyō, 26.11.2002, Rōdō Hanrei 843, 20; T. MURANAKA, *Rōdō jōken no henkō to funsō shori* [Die Änderung der Arbeitsbedingungen und die Konfliktlösung], in: Nishimura/Kojima/Kato/Yanagiya, *Shin-jidai no rōdō keiyaku-hō riron* [Neue Theorien im Arbeitsvertragsrecht] (Tōkyō 2003) 342 f.

55 DG Tōkyō, 13.4.1995, Rōdō Kankei Minji Saiban Reishū 46-2, 720; I. NEMOTO, *Rōdō kankei no shūryō* [Beendigung des Arbeitsverhältnisses], in: Yoshida/Nako/Nemoto (Hrsg.), *Rōdō-hō 2* [Arbeitsrecht 2] (2. Aufl., Kyōto 2013) 312.

56 NISHITANI (Fn. 17) 425.

57 TSUCHIDA (Fn. 10) 604.

Falls der Einwilligungsvorbehalt durch die letztgenannte Argumentation gerechtfertigt wäre, müsste der Arbeitgeber zur Änderungskündigung greifen, um z.B. eine Versetzung in eine leichtere Arbeit vorzuschlagen, wenn der Angestellte, der unter der Bedingung einer spezifischen Tätigkeit oder Fähigkeit eingestellt wurde, diese wegen Krankheit nicht mehr ausführen kann.⁵⁸ Da aber das Recht zum Einwilligungsvorbehalt in der japanischen Gerichtspraxis noch nicht festgelegt ist, sollte die Regelungssystematik, wegen der ein Arbeitnehmer bei Änderung der Arbeitsbedingungen während des laufenden Arbeitsverhältnisses klagen kann, vom Gesetzgeber begründet werden.⁵⁹

4. *Sonstige Umstände*

Bei der Problematik, ob ein vernünftiger Grund für eine Kündigung vorliegt, prüfen die Richter somit erstens, ob der Arbeitnehmer die geschuldete Leistung erbracht, und ob der Arbeitgeber seine Pflicht zur Vermeidung einer Kündigung erfüllt hat. Sie gehen dann zweitens der Frage nach, ob die Kündigung nach gesellschaftlicher Auffassung unangemessen sein kann. Dann folgen die sonstigen Umstände wie z.B. solche, die den Arbeitnehmer entlasten oder zeigen, dass seine Verfehlung mittelbar durch den Arbeitgeber verursacht wurde. Das kann bei der umfassenden Evaluierung zur Aufhebung der Kündigung führen.⁶⁰ Auch kann sich eine bisherige gute Arbeitsleistung oder ein Beitrag zum Betrieb günstig auswirken.⁶¹

Ferner sollte der „*Gleichbehandlungsgedanke*“ gelten: will ein Vorgesetzter das Beschäftigungsverhältnis beenden, ohne zuvor zu milderer Sanktionen zu greifen, wobei er einem anderen Arbeitnehmer, der ähnlich krank ist, einen Versetzungsposten gewährt, ist die Kündigung wegen des Gleichbehandlungsgedankens unangemessen.⁶² Demgegenüber kann die Tatsache, dass der Betroffene eine notwendige ärztliche Behandlung aufgegeben oder

58 TAKAHASHI (Fn. 17) 278.

59 T. ARAKI, *Rōdō-hō* [Arbeitsrecht] (3. Aufl., Tōkyō 2016) 407.

60 DG Tōkyō, 18.2.2005, Rōdō Hanrei 892, 80. Hier wurde eine Entlassung mit der Begründung abgelehnt, dass das überzogene Verhalten des Beschäftigten nicht immer unvernünftig gewesen sei, da er nur übermäßig auf äußere Faktoren reagiert habe. Er habe zwar außerdem ohne Befugnis vertrauliche betriebliche Daten eingesehen, doch trage der Arbeitgeber die Verantwortung für die ungenügende Sicherung der Daten.

61 DG Tōkyō, 24.3.2010, Hanrei Taimuzu 1333, 153. In dem Fall wurde die Kündigung eines Schullehrers abgelehnt, da dieser über drei Jahre hinweg vor der Beurteilung bei der Arbeit einen guten Ruf genossen, sich stark für die Entwicklung neuer Unterrichtsmethoden eingesetzt und bei einem Wettbewerb eines Verlags den ersten Preis für die Schule erhalten hatte.

62 DG Tōkyō, 18.2.2005, Rōdō Hanrei 892, 80. Vgl. auch: HATAI (Fn. 33) 199 f.

während der Beurlaubung keine in Anspruch genommen hat, diesem zum Nachteil gereichen.⁶³

5. Festlegung vernünftiger Fürsorgemaßnahmen und Kündigungsrecht

Seit 2016 ist ein Arbeitgeber nach Art. 36 Abs. 3 Gesetz zur Beschäftigungsförderung von Behinderten dazu verpflichtet, für behinderte Arbeitnehmer Vorkehrungen zum reibungslosen Dienstablauf zu leisten bzw. eine Hilfskraft zu stellen und „vernünftige Fürsorgemaßnahmen“ zu treffen, um die Gleichbehandlung zu sichern und dem Betroffenen zu helfen, seine Fähigkeiten zu entfalten und hinderliche Umstände zu beseitigen. Doch gilt das nicht, wenn die vernünftigen Fürsorgemaßnahmen dem Arbeitgeber eine „Mehrbelastung“ auferlegen.⁶⁴

Behindert im Sinne der gesetzlichen Vorschrift ist, wer wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung (einschließlich einer Entwicklungskrankheit) oder einer anderen geistigen bzw. körperlichen Funktionsbehinderung ein Berufsleben langfristig nur mit erheblichen Einschränkungen oder Schwierigkeiten führen kann (Art. 2 Abs. 1 Gesetz zur Beschäftigungsförderung von Behinderten). Deswegen trifft den Arbeitgeber die Pflicht zu vernünftigen Fürsorgemaßnahmen, wenn der Beschäftigte nach Rückkehr zur Arbeit wegen seiner Behinderung oder Krankheit seinen Beruf langfristig nur mit starken Einschränkungen ausüben kann.

Die Regelung zur vernünftigen Fürsorgepflicht umfasst zunächst einmal eine Konfliktlösung durch Beratung, Anleitung oder Vermittlung von fachlichen Verwaltungsorganen. Dabei ist sie an sich weder eine zwingende Vorschrift noch die Grundlage für einen Anspruch. Doch erhält sie durch Allgemeinklauseln wie beispielsweise Art. 1 Abs. 3 ZG (Rechtsmissbrauch) eine privatrechtliche Bedeutung und Wirkung. Es ist daher denkbar, dass ein Unterlassen vernünftiger Fürsorgemaßnahme bei einer Kündigung berück-

63 DG Tōkyō, 7.2.1997, Rōdō Keizai Hanrei Sokuhō 1655, 16.

64 Amtliche Bekanntmachung Nr. 117 v. 25.3.2015. Das Ministerium für Gesundheit, Arbeit und Wohlfahrt versteht unter vernünftigen Fürsorgemaßnahmen für seelisch erkrankte Beschäftigte unter anderem: Das Klären von Zielen und Prioritäten, persönliche Anweisungen an die betreffende Person und Aufstellung eines leicht verständlichen Arbeitsplans, Verringerung des Arbeitsvolumens und ein Angebot zu regelmäßiger ärztlicher Behandlung während der Dienstzeit und im Urlaub. Falls der Kranke im Lauf des Arbeitslebens trotz vernünftiger Fürsorgemaßnahmen wichtige Aufgaben nicht mehr genügend ausführen könne, habe der Arbeitgeber weitere Maßnahmen inklusive einer Versetzung in Erwägung zu ziehen. Ob die vernünftigen Fürsorgemaßnahmen zu einer „Mehrbelastung“ für ihn führen, hänge mit der Unternehmensführung, dem Schwierigkeitsgrads der entsprechenden Maßnahmen, den Kosten bzw. Belastung, der Unternehmensgröße und der finanziellen Situation zusammen.

sichtigt und diese nach Art. 16 AVG unwirksam wird.⁶⁵ Die neue Regelung zur vernünftigen Fürsorgepflicht bestätigt zudem nicht nur rückwirkend diejenigen Urteile, die vom Arbeitgeber eine Fürsorge (Versetzung, Arbeits erleichterung usw.) für körperlich oder geistig erkrankte Arbeitnehmer forderten,⁶⁶ sondern gibt der Rechtsprechung auch Richtlinien zur künftigen Auslegung der Pflicht zur Vermeidung von Kündigungen. Ferner kann sie Inhalt und Umfang der Fürsorgemaßnahmen erweitern.⁶⁷

Im Übrigen trägt der Arbeitgeber gemäß Art. 16 AVG bei der krankheitsbedingten Kündigung die Beweislast für einen objektiven vernünftigen Grund. Erbringt der Arbeitnehmer Beweise dafür, dass er bei Erfüllung der betrieblichen Fürsorgepflicht die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung erbringen könnte, um an seinen alten Arbeitsplatz zurückzukehren, dann müsste der Arbeitgeber beweisen, dass es entweder keinen freien Arbeitsplatz für ihn gibt, obwohl er eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu vermeiden versucht hat, oder dass die Erfüllung der Fürsorgepflicht den Betrieb belasten würde.⁶⁸

Nach Art. 36 Abs. 3 des Gesetzes zur Beschäftigungsförderung von Behinderten muss der Arbeitgeber die konkreten Umstände benennen, die trotz des Ausschöpfens vernünftiger Fürsorgemaßnahmen zeigen, dass die betreffende Person die geforderte Leistung nicht erbringen kann, auch wenn diese augenscheinlich eine Arbeit gemäß den Fürsorgemaßnahmen zu erbringen scheint.⁶⁹ Wenn Inhalt und Umfang der vernünftigen Fürsorgemaßnahmen zudem ausgelegt, interpretiert oder erweitert werden können, wird es für den Arbeitgeber schwer zu beweisen, dass das Arbeitsverhältnis nicht fortgesetzt werden kann.

V. SCHLUSSBEMERKUNG

Zusammengefasst lässt sich sagen: Erstens darf eine krankheitsbedingte Kündigung keinen Sanktionscharakter haben, weil sie das Arbeitsverhältnis

65 Vgl. SUGENO (Fn. 30) 283 und 741; TSUCHIDA (Fn. 10) 95 f.; ARAKAI (Fn. 59) 90.

66 DG Ōsaka, 4.10.1999, Rōdō Hanrei 771, 25; DG Ōsaka, 25.1.2008, Rōdō Hanrei 960, 49; DG Tōkyō, 25.12.2012, Rōdō Hanrei 1068, 5.

67 Vgl. T. HASEGAWA, *Shōgai-sha koyō no hōsei-saku* [Rechtliche Maßnahmen zur Beschäftigung von Behinderten], in: Tsuchida/Yamakawa (Hrsg.), *Rōdō-hō no sōten* [Streitpunkte im Arbeitsrecht] (Tokyō 2014) 35; DG Kyōto, 29.3.2016, Rōdō Hanrei 1146, 65.

68 Vgl. HATAI (Fn. 33) 215.

69 Vgl. T. HASEGAWA, *Gōriteki hairyo teikyō gimu* [Die Pflicht zu vernünftigen Fürsorgemaßnahmen], in: Nagano/Hasegawa/Tominaga (Hrsg.), *Shōsetsu shōgai-sha koyō sokushin-hō* [Kommentierung zum Gesetz zur Beschäftigungsförderung von Behinderten] (Tokyō 2016) 233.

für die Zukunft auflöst. Da man einer Erkrankung nicht absolut vorbeugen kann, ist die verminderte Arbeitsleistung dem Arbeitnehmer in der Regel nicht zuzurechnen.

Zweitens zeigt die Rechtsprechung zu Entlassungen bei psychischen Erkrankungen, dass die Gerichte prüfen, ob der Arbeitnehmer die vereinbarte Arbeit erbringen konnte, und ob der Arbeitgeber seine Pflicht erfüllt hat, eine Kündigung möglichst zu vermeiden. Somit lassen sich in der Rechtsprechung die folgenden Tendenzen beobachten:

(1) In den Fällen, in denen die psychische Erkrankung fast geheilt und die Arbeit nicht mehr stark beeinträchtigt war, wird die Kündigung meist für unwirksam erklärt, da der Arbeitgeber vielfach keine Vermeidung der Kündigung etwa durch Versetzung in eine leichtere Tätigkeit versucht hat.

(2) In den Fällen, in denen eine Unmöglichkeit der Arbeitsleistung oder eine reduzierte Leistung über einige Zeit hinweg weiter bestand, doch eine künftige Besserung der Krankheit absehbar war, wird die Entlassung häufig als unwirksam gewertet, wenn der Arbeitgeber die Beurlaubungszeit nicht korrekt festgesetzt oder dem Arbeitnehmer keine Anweisung oder Hinweise gegeben hatte, um sein Verhalten zu korrigieren, bzw. keine für die seelische Krankheit geeignete Fürsorgemaßnahme getroffen hatte.

(3) In den Fällen, in denen die Nichterfüllung einer Arbeit oder Minderleistung ohne Aussicht auf Besserung einige Zeit fortbestand, kann die Disziplinkündigung unzulässig sein, wenn z.B. keine medizinische Untersuchung bzw. Behandlung oder Beurlaubung angeordnet wurde. Andererseits bleibt sie rechters, wenn die seelische Beeinträchtigung und unzureichende Arbeitsleistung sich auch nach intensiver Beurlaubung nicht verbessert haben, da so das arbeitsvertragliche Interesse des Arbeitgebers stark tangiert wird und auch keine Versetzung in eine leichtere Tätigkeit machbar ist. Weiter wird der Kündigung stattgegeben, wenn der Arbeitnehmer wiederholt ein problematisches Verhalten an den Tag legt und daraus gravierende negative Einflüsse auf die Führung bzw. Ordnung im Betrieb entstehen, auch wenn der Arbeitgeber keine Beurlaubung oder Versetzung verfügt hatte.

Diese Urteile wurden jedoch im Rahmen der Rechtsmissbrauchstheorie (Art. 16 AVG) lediglich in einzelnen Fällen getroffen, womit undeutlich bleibt, ob die Gerichte auch künftig in ähnlichen Fällen dieselben Beurteilungsmaßstäbe anwenden werden.

Drittens sollten meines Erachtens eine Reihe der geschilderten Beurteilungsmaßstäbe, die mehrere Urteile gemeinsam verwandt haben, durch das dem Kündigungsrecht immanente *Verhältnismäßigkeits-* und *Prognoseprinzip* zu eindeutigen allgemeingültigen Regelungen umgestaltet werden. So sollte stets nach denselben Prinzipien untersucht werden, ob eine künftige Krankheitsbesserung absehbar ist, ob und wieweit diese weiterhin die betrieblichen Interessen tangieren kann, ob der Arbeitgeber vor der Kündi-

gung das Mittel unter mehreren geeigneten Mitteln ausgewählt hat, welches das Arbeitnehmerinteresse am wenigsten verletzt (z.B. Forderung von ärztlicher Diagnose, Untersuchung bzw. Behandlung, Mitteilung des drohenden Nachteils aufgrund der Abwesenheit, Hinweise, um ein problematisches Verhalten zu korrigieren, ausreichende Anwendung der Regelungen zu Beurlaubung oder Versetzung usw.), und ob der Leistungsausfall im Verhältnis zur Kündigung steht, wobei schließlich noch weitere Aspekte bewertet werden sollen (z.B. den Arbeitnehmer entlastende Umstände, seine bisherige Arbeitsleistung, sein Beitrag zum Betrieb, gegebenenfalls sein Versäumnis einer Behandlung und der Gleichbehandlungsgedanke).⁷⁰

Dabei ist auch von Bedeutung, dass Inhalt und Umfang der Pflicht zur Vermeidung einer Kündigung vermittelt der Pflicht zur Ergreifung vernünftigen Fürsorgemaßnahmen (Art. 36 Abs. 3 des Gesetzes zur Beschäftigungsförderung von Behinderten) bestimmt und erweitert werden können. So könnten die Fälle zunehmen, in denen eine Kündigung mit der Begründung verworfen wird, dass keine vernünftigen Fürsorgemaßnahmen ergriffen wurden. Die Pflicht zur Ergreifung vernünftiger Fürsorgemaßnahmen kann auch durch das Verhältnismäßigkeits- und Prognoseprinzip gerechtfertigt werden.

Außerdem sollte der Arbeitgeber gemäß dem Recht auf ein angemessenes Leben (Art. 25 der Verfassung), dem Gedanken der Menschenwürde bzw. Selbstbestimmung (Art. 13 der Verfassung) und vor allem dem Recht auf Arbeit (Art. 27 Abs. 1 der Verfassung), das auch das Persönlichkeitsinteresse und die Qualität bzw. den Inhalt einer Arbeit einschließt, eine Kündigung durch mildere Maßnahmen wie z.B. Arbeitserleichterung oder Versetzung nachhaltig zu vermeiden suchen, um dem erkrankten Arbeitnehmer die Möglichkeit einzuräumen, an den Arbeitsplatz zurückzukehren. So sollte sich der Arbeitgeber auch bemühen, die Diensterteilung und Ähnliches bis zu einem gewissen Grad zu ändern, und dann beurteilen, ob die Rückkehr an die ursprüngliche Arbeit möglich ist.⁷¹ Auch soll der Arbeitgeber nach dem Verhältnismäßigkeits- und Prognoseprinzip grundsätzlich die Pflicht zur Bemühung um die Vermeidung einer Kündigung tragen, unabhängig von den Einstellungsbedingungen bzw. der Einstellungs differenzierung.

ZUSAMMENFASSUNG

In Japan stieg in den letzten Jahren die Zahl der Rechtskonflikte wegen Kündigungen von Arbeitsverhältnissen aufgrund von Erkrankungen, insbesondere bei psychischen Leiden. Bei den Prozessen ging es meist darum, ob der krankheits-

70 Vgl. HOSOTANI (Fn. 15) 523 f.

71 Vgl. HASEGAWA (Fn. 14) 125 f.; KARATSU (Fn. 14) 99 f.; ARITA (Fn. 14) 114 f.

bedingten Kündigung ein objektiver vernünftiger Grund fehlte und sie somit nach gesellschaftlicher Auffassung als unangemessen anzusehen war und einen Rechtsmissbrauch (Art. 16 Arbeitsvertragsgesetz) darstellte. Dabei haben die Gerichte über die Wirksamkeit einer Kündigung bislang unter umfassender Berücksichtigung aller Umstände nach den Grundsätzen des Rechtsmissbrauchs entschieden. Das ermöglicht zwar im Einzelfall geeignete Lösungen, jedoch fehlt es an ausreichender Rechtssicherheit bezüglich der Entscheidungsgrundlagen.

Der vorliegende Beitrag analysiert die bisherige Rechtsprechung und die Ansichten in der Lehre zur Kündigung bei psychischer Erkrankung und entwickelt normative Vorschläge zur Erhöhung der Rechtssicherheit. Zunächst sollte ein Sanktionscharakter der krankheitsbedingten Kündigung verneint werden, da sie das Vertragsverhältnis des Arbeitnehmers für die Zukunft auflöst. Die Gerichte haben bei Kündigungen wegen psychischen Erkrankungen vor allem geprüft, ob der Arbeitnehmer die vertraglich vereinbarte Leistung erbringen konnte, und ob der Arbeitgeber seinerseits die Pflicht erfüllt hatte, sich um eine Vermeidung der Kündigung zu bemühen. Diejenigen Beurteilungskriterien, die dabei gemeinsam in mehreren Urteilen Verwendung fanden, sollten mittels des dem Kündigungsrecht immanenten Verhältnismäßigkeits- und Prognoseprinzips zu eindeutigen allgemeingültigen Regelungen umgestaltet werden. So sollte stets nach denselben Prinzipien untersucht werden, ob eine künftige Krankheitsbesserung absehbar ist, ob die prognostizierte Situation zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen des Arbeitgebers führen kann, ob der Arbeitgeber das im Interesse des Arbeitnehmers akzeptabelste Mittel zur Vermeidung einer Kündigung ausgewählt hat, und ob eine Kündigung im angemessenen Verhältnis zur Leistungsbeeinträchtigung infolge der Erkrankung steht, wobei noch weitere Faktoren ausschlaggebend sein können. Hierbei sollte auch die neue Gesetzgebung über „vernünftige Fürsorgemaßnahmen“ im Rahmen der Beschäftigungsförderung von Behinderten als Maßstab mit herangezogen werden. Außerdem sollte ein Arbeitgeber unter Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Prinzipien von sich aus im Rahmen des Möglichen anstelle einer Kündigung mildere Mittel wie etwa eine Arbeits erleichterung oder die zeitweilige Versetzung an einen anderen Arbeitsplatz anbieten, um eine Rückkehr des Erkrankten an den Arbeitsplatz zu erleichtern.

SUMMARY

In recent years, there has been an increase in the number of legal conflicts in Japan in relation to terminations of employment contracts because of illness, and, in particular, mental illness. Most cases concerned the issue whether an objectively reasonable ground for dismissal existed, the lack of which would render the termination socially inappropriate and make it an abuse of rights

under Art. 16 Labor Contracts Act. The contribution analyzes Japanese case law and academic opinion with respect to terminations of employment contracts due to mental illness and shows possible ways of regulating such dismissals in a way that is justified and guarantees a higher level of legal security.

The analysis of Japanese case law shows that until now, the Japanese courts have decided on the validity of dismissals by assessing the principle of abuse of right by taking into consideration all circumstances of the case in question. The author concludes that while this approach might lead to an appropriate solution for the individual case, there is no legal security due to a lack of a decision norm. As for the regulation, the author advocates that the sanctioning character of a dismissal by reason of illness ought to be denied, because a termination ends the employment contract with prospective effect. He recommends that shared standards used by the courts in assessing a dismissal be remodeled as express rules of general application on the basis of the principles of proportionality and of prognosis that are inherent in the right to terminate. In this respect, the “necessary measures” of the new regulation on employment promotion of persons with disabilities allow the content and scope of the employer’s right of dismissal to be explained and extended. As a consequence, terminations in a wider set of circumstances could be found to be invalid, namely where such “necessary measures” are not taken. The duty to take such measures is justifiable on the principles of proportionality and of prognosis. Moreover, the employers ought to offer, of their own accord, measures less drastic than a dismissal, such as reduction of the employees’ tasks or a transfer on the basis of the constitutional rights of employees.

(The Editors)