

Entwicklung und Perspektiven im japanischen Kündigungsrecht bei Schlecht- oder Minderleistung

*Etsushi Hosotani**

- I. Einleitung
 - 1. Die Rechtslage in Japan
 - 2. Die Rechtslage in Deutschland
 - 3. Aufgaben und Ziele des vorliegenden Beitrags
- II. Prüfungskriterien der japanischen Rechtsprechung
 - 1. Schwere und Folgen von Arbeitnehmerfehlverhalten
 - 2. Umstände auf der Arbeitgeberseite, die ein Arbeitnehmerfehlverhalten veranlassen
 - 3. Mildere Mittel als eine Kündigung
 - 4. Sonstige Umstände
 - 5. Zusammenfassung
- III. Neue Theorien zum Kündigungsschutz
 - 1. Existenz- und Persönlichkeitsrecht bei der Arbeit
 - 2. Pflicht zur Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses aus dem Vertrauensverhältnis heraus
 - 3. Verhältnismäßigkeits- und Prognoseprinzip
 - 4. Hervorhebung der prozessualen Regelung
- IV. Die Neugestaltung des japanischen Kündigungsrechts und künftige Aufgaben
 - 1. Mögliche Richtlinien für eine Umformung
 - 2. Zum Verhältnis von Einstellungsbedingung und Regelungsstandard

I. EINLEITUNG

1. Die Rechtslage in Japan

Seit einiger Zeit bewerten japanische Arbeitgeber aufgrund der schwierigen Wirtschaftslage und starker Konkurrenz unter den Betrieben die Leistung ihrer Angestellten gemäß einer erfolgsorientierten Personalverwaltung strenger als bisher. Damit hat sich die Zahl der Fälle erhöht, in denen einem Arbeitnehmer wegen schlechter oder minderer Leistung bzw. „*Low-Performance*“ ordentlich gekündigt wurde.¹

In Japan wird die Regelung der ordentlichen Kündigung seit den 1950er Jahren diskutiert. Einer Lehrmeinung zufolge soll eine Kündigung durch einen „rechtfertigenden Grund“ bedingt sein. Dagegen spricht sich ein anderer Ansatz für die Kündigungsfreiheit

* Professor an der Law School der Universität Kagawa.

1 Vgl. RÖDÖ SEISAKU KENKYŪ KENSHŪ KIKŌ [THE JAPAN INSTITUTE FOR LABOUR POLICY AND TRAINING], *Jūgyō-in no sai'yō to taishoku ni kansuru jittai chōsa* [Falluntersuchungen zur Einstellung und Entlassung von Mitarbeitern] (2013) 9.

aufgrund von Art. 627 Abs. 1 des japanischen Zivilgesetzes (ZG)² aus. Vor diesem Hintergrund erkennt die Rechtswissenschaft in Japan die Kündigungsfreiheit prinzipiell an, stellt aber aufgrund von Art. 1 Abs. 3 ZG (Rechtsmissbrauch) zur Untersuchung, ob die Ausübung des Kündigungsrechts nicht einen Missbrauch darstellt.³ Die Kündigungseinschränkung bei Rechtsmissbrauch bekam so ein großes Gewicht in der Rechtsprechung.⁴

Dann wurde im Jahre 2007 in Art. 16 des Arbeitsvertragsgesetzes (AVG)⁵ eine Kündigungsbeschränkung festgelegt, nach der eine Entlassung einen Rechtsmissbrauch darstellt und unwirksam ist, wenn ihr ein objektiver vernünftiger Grund fehlt und sie nach allgemeiner gesellschaftlicher Auffassung als unangemessen angesehen wird. Seitdem versuchen Wissenschaft und Rechtsprechung zu klären, wann ein „vernünftiger Grund“ bzw. „Angemessenheit“ konkret vorliegt.

Einerseits gibt es in Japan klare Linien zur Wirksamkeit der „betriebsbedingten Kündigung“ (die sog. vier Beurteilungskriterien),⁶ da seit den 1970er Jahren der Personalabbau rasch anstieg, womit sich dann Rechtsprechung und Lehre befassten. Andererseits gab es früher nur wenige Urteile zur „verhaltensbedingten Kündigung“, weshalb die Richter bei jedem Fall alle Umstände bezüglich eines Rechtsmissbrauchs berücksichtigten, um über deren Wirksamkeit zu entscheiden. Damit blieben die Prüfungskriterien der verhaltensbedingten Kündigung aber undeutlich blieben.

Da das Missbrauchsprinzip beim Kündigungsrecht von der bisherigen Praxis der langfristigen Beschäftigung (*chōki koyō kankō*) in Japan ausgeht und in enger Verbindung mit dem vormals wenig offenen Arbeitsmarkt steht, in dem Arbeitnehmer ihre Anstellung selten wechselten, kann das bei Veränderungen in der Beschäftigungspraxis oder im Arbeitsmarkt zu einer Deregulierung im Kündigungsschutz führen.

Tatsächlich wendet die Rechtsprechung für Stammbeschäftigte (*sei-shain*) einerseits, die unter keiner Voraussetzung einer bestimmten Tätigkeitsart, Fähigkeit oder Berufserfahrung langfristig angestellt sind, sowie für Fachbeschäftigte (*senmon-shoku*) oder

2 *Minpō*, Gesetz Nr. 89/1996. Nach Art. 627 Abs. 1 ZG können die Vertragsparteien bei einem unbefristeten Arbeitsvertrag jederzeit von diesem zurücktreten, und das Arbeitsverhältnis endet dann nach Ablauf von zwei Wochen.

3 Zur Debatte über die Einschränkung des Kündigungsrechts vgl. S. NISHITANI, Vergleichende Einführung in das japanische Arbeitsrecht (Köln 2003) 331; T. YONEZU, *Kaiko-ken-ron* [Zum Kündigungsrecht], in: Momii (Hrsg.), *Sengo rōdō-hō gakusetsu-shi* [Geschichte der Wissenschaft zum Arbeitsrecht nach dem Krieg] (Tōkyō 1996) 657 ff.

4 Vgl. OGH, Urt. v. 25.4.1975, Minshū 29-4, 456; OGH, Urt. v. 31.1.1977, Saikō Saiban-sho Saiban-shū Minji 120, 23.

5 *Rōdō keiyaku-hō*, Gesetz Nr. 128/2007.

6 Nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre wird die Wirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung anhand von vier Kriterien geprüft, nämlich Notwendigkeit des Personalabbaus, Bemühung um Vermeidung der Kündigung, sachliche Gründe der Personalauswahl sowie Verhandlungen mit der Gewerkschaft oder sonstigen Beteiligten. Dazu NISHITANI (Fn. 3) 339 ff.; K. SUGENO, *Rōdō-hō* [Arbeitsrecht] (10. Aufl., Tōkyō 2012) 566 ff.; I. NEMOTO, *Rōdō kankei no shūryō* [Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen], in: Yoshida/Nako/Nemoto (Hrsg.), *Rōdō-hō 2* [Arbeitsrecht 2] (2. Aufl., Kyōto 2013) 298 ff.

leitende Angestellte (*kanri-shoku*) andererseits, welche unter Bedingung einer bestimmten Tätigkeitsart, Befähigung und meist auch Berufserfahrung angestellt sind, beim Kündigungsschutz unterschiedliche strenge Kategorien an. So gelten ein relativ fester Schutz für Stammbeschäftigte, aber lockere Kündigungsregeln für Fachbeschäftigte oder leitende Angestellte. Bei Letzteren kann ein Arbeitgeber die Pflicht zur Vermeidung einer Kündigung durch eine Versetzung umgehen, da er vertraglich nur eine begrenzte Befugnis zur Versetzung von Fachbeschäftigten oder leitenden Angestellten hat.

Zudem wurde vor einigen Jahren von einem beratenden Organ der Regierung vorgeschlagen, in der Arbeitsordnung den Satz „wenn die Arbeitsstelle oder Tätigkeit nicht mehr vorhanden ist“ als Kündigungsgrund hinzuzufügen, wenn ein Stammbeschäftigter unter der Bedingung einer spezifischen Tätigkeit, eines spezifischen Arbeitsorts, einer bestimmten kürzeren Arbeitszeit bzw. Arbeit ohne Überstunden angestellt ist: der sogenannte „bedingte Stammbeschäftigte“ (*gentei sei-shain*).⁷ Dieser Vorschlag ist problematisch, da ein Arbeitgeber einen Stammbeschäftigten entlassen kann, ohne gegen das Kündigungsmissbrauchsverbot (Art. 16 AVG) zu verstoßen.⁸ Denn obwohl er dem Stammbeschäftigten nur kündigen kann, wenn die vereinbarte Arbeitsstelle oder Tätigkeit nicht mehr existiert, also aus einem betrieblichen Grund, kann diese Klausel den Eindruck erwecken, dass ein „bedingter Stammbeschäftigter“ per se leicht kündbar ist. Dieses Missverständnis kann wiederum einen negativen Einfluss auf Gerichtsurteile haben, die sich mit der Kündigung von Fachbeschäftigten oder leitenden Angestellten bei Schlecht- oder Minderleistung befassen.⁹

Beim japanischen Kündigungsrecht sind vor allem die genannten Eigenarten und Aufgaben deutlich. Nun versucht die Lehre, noch konkretere Begründungen für den Kündigungsschutz zu erarbeiten und daraus deutlichere Beurteilungskriterien abzuleiten. Die Gerichte trafen in den letzten Jahren einige Entscheidungen, die von der bisherigen Denkweise abweichen, insbesondere bei der Kündigung von Fachbeschäftigten infolge

7 KISEI KAIKAKU KAIGI KOYŌ WORKING GROUP HŌKOKUSHO [COUNCIL FOR REGULATORY REFORM EMPLOYMENT WORKING GROUP], *Koyō kaikaku hōkoku-sho* [Bericht zur Beschäftigungsreform] (2013) 6. Das System der „bedingten Stammbeschäftigten“ bringt einige Vorteile, nämlich eine Stabilisierung in der Beschäftigung von befristet zu unbefristet, die Zunahme des Frauenanteils an den gesamten Beschäftigten sowie die Förderung der Berufsgestaltung. Doch wird damit ein konventioneller *Stammbeschäftigter* als Angestellter klassifiziert, der keiner bestimmten Tätigkeit, Arbeitsstelle und Arbeitszeit unterliegt, was die Fragen aufwirft, ob eine solche undefinierte Beschäftigung, die dem Grundgedanken des Arbeitsrechts widerspricht, gerechtfertigt ist, und ob das Gehalt von *bedingten Stammbeschäftigten* aufgrund ihres festgelegten Arbeitsbereichs bzw. Arbeitsorts herabgesetzt werden darf. Vgl. S. NISHITANI, *Zenmenteki na kisei kanwa kōsei to rodo-hō no kiki* [Die umfassende Deregulierung und die Krise im Arbeitsrecht], in: *Rōdō Hōritsu Junpō* 1807-08 (2014) 12 f.

8 S. NODA, *Gentei sei-shain no hōteki ichizuke – kakusa zesei hōri to kaiko seigen hōri no naka de* [Der rechtliche Stellenwert von bedingten Stammbeschäftigten – beim Recht auf Gleichbehandlung und Kündigungsschutz], in: *Rōdō Hōritsu Junpō* 1807-08 (2014) 34.

9 Vgl. NISHITANI (Fn. 7) 12.

von Minderleistung. Einige Urteile gaben einem milderem Mittel einen hohen Stellenwert, vor allem der Abmahnung, die eine Vertragsverletzung oder Schlechtleistung korrigieren soll. Es folgte eine akademische Debatte, welche Funktion oder welchen Inhalt die Abmahnung enthalten solle. Damit tritt das japanische Kündigungsrecht in eine Phase, in der sich bisherige Theorien zur verhaltensbedingten Kündigung revidieren lassen und neue Ansätze mit höherer Rechtssicherheit festzustellen sind.

2. *Die Rechtslage in Deutschland*

In Deutschland bestehen die Regeln zur verhaltensbedingten Kündigung hauptsächlich aus § 1 Kündigungsschutzgesetz und § 626 BGB, wobei der Kündigungsschutz vor allem durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip und Prognoseprinzip konkretisiert wird. Die in der Rechtswissenschaft und Praxis festgelegten Kriterien für eine ordentliche bzw. außerordentliche Kündigung wegen Schlecht- oder Minderleistung lassen sich wie folgt zusammenfassen.¹⁰

Zunächst soll geprüft werden, ob eine Vertragsverletzung des Arbeitnehmers besteht und welches Verschulden ihm zuzurechnen ist. Für eine Kündigung ist nur das Verhalten relevant, das zu einer konkreten Störung des Arbeitsverhältnisses führt. Das heißt, einerseits ist der Umstand, dass ein vertragliches Interesse des Arbeitgebers schwer beeinträchtigt ist, relevant für die Kündigung. Andererseits soll der Arbeitgeber eine geringe Beeinträchtigung seines eigenen vertraglichen Interesses in Kauf nehmen.

Dem Verhältnismäßigkeitsprinzip zufolge sind im Vergleich zur Kündigung leichtere Mittel wie etwa Abmahnung, Versetzung, Umschulung oder Fortbildung vorzuziehen, wenn dadurch die Störung des Arbeitsverhältnisses gelöst werden kann. Prinzipiell muss der Grund für eine außerordentliche Kündigung so gravierend sein, dass eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist für den Arbeitgeber unzumutbar ist. Daher muss der Grund für eine außerordentliche Kündigung schwerer wiegen als der für eine ordentliche, und es bedarf zudem einer besonders groben Pflichtverletzung. Aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip folgt überdies eine umfassende Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien sowohl bei einer außerordentlichen wie einer ordentlichen Kündigung.

Das Prognoseprinzip beinhaltet die Frage, ob ein gleichartiges Verhalten des Arbeitnehmers künftig wieder eintreten, oder ob seine begangene Vertragsverletzung einen nachteiligen Einfluss auf andere Mitarbeiter haben kann. Es fordert vom Arbeitgeber,

10 Vgl. O. DEINERT, in: Kittner/Däubler/Zwanziger (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht (9. Aufl., Frankfurt a.M. 2014) 1192 ff.; J. GRIEBELING, in: Etzel (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften (10. Aufl., Köln 2013) 129 ff.; K. DÖRNER/R. VOSSEN, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Hrsg.), Kündigungsrecht (4. Aufl., München 2012) 313 f. und 1532 f.; H. OETKER, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (12. Aufl., München 2012) 2111 ff.; M. QUECKE, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar (5. Aufl., Köln 2012) 2424 ff.

den Arbeitnehmer vor der Kündigung abzumahnern. Das gilt für die ordentliche wie für die außerordentliche Kündigung, weswegen der Sanktionscharakter einer Kündigung grundsätzlich verneint wird.

Hinsichtlich einer quantitativen Minderleistung legte das Bundesarbeitsgericht (BAG) kürzlich dar, dass die Arbeitspflicht anhand der subjektiven bzw. persönlichen Leistungsfähigkeit des jeweiligen Arbeitnehmers zu bestimmen sei. Das BAG führte aus, dass die Leistungsfähigkeit nicht angemessen ausgeschöpft sei und eine Kündigung gerechtfertigt sein könne, wenn der Arbeitgeber darlegen kann, dass die Leistung des Arbeitnehmers langfristig die Durchschnittsleistung um deutlich mehr als ein Drittel unterschritten habe und dieser die Arbeitgeberdarstellung nicht überzeugend widerlegen könne.¹¹ Dieses BAG-Urteil zog eine akademische Debatte nach sich.¹²

So befassten sich Lehre und Rechtsprechung in Deutschland mit der Aufgabe, wie aus den gesetzlichen Vorschriften und den dem Kündigungsrecht zugrunde liegenden Prinzipien klare Prüfungskriterien für die Wirksamkeit einer Kündigung hergeleitet werden können.

3. *Aufgaben und Ziele des vorliegenden Beitrags*

In diesem Beitrag soll das japanische Kündigungsrecht, das flexibel ist und keine ausreichende Rechtssicherheit bringt, untersucht werden. Danach sollen durch einen Vergleich mit dem deutschen Recht konkrete und feste Regeln für die verhaltensbedingte Kündigung in Japan vorgeschlagen werden.

Zunächst wird analysiert, welche Umstände japanische Gerichte in einzelnen Fällen hinsichtlich eines „vernünftigen Grundes“ oder der „Angemessenheit“ einer Kündigung als entscheidend betrachten, wobei die Spezifika und Aufgaben der von der Rechtsprechung gestalteten Kündigungsregelung genannt werden. Es folgt eine Zusammenfassung neuer akademischer Ansätze, welche die Grenzen der gegenwärtigen Rechtsprechung zu bewältigen versuchen, um schließlich mit Hinblick auf das deutsche Recht zu zeigen, wie das japanische Kündigungsrecht bei Schlecht- oder Minderleistung neu gestaltet werden könnte.

In Japan kommt es nicht selten vor, dass ein Arbeitgeber eine „disziplinarische Kündigung“ (*chōkai kaiko*) wegen Verletzung der betrieblichen Ordnung durch den Arbeitnehmer verhängt und Gerichte diese unter bestimmten Voraussetzungen als zulässig betrachten. Im Vergleich dazu sehen Lehre und Rechtsprechung in Deutschland die

11 BAG, Urt. v. 11.12.2003, AP Nr. 48 zu § 1 KSchG 1969, Verhaltensbedingte Kündigung.

12 So zustimmend: M. DEPEL/A. RAIF, Anm. zu BAG Urt. v. 11.12.2003, SAE 2005, 88; P. BENGELSDORF, Anm. zu BAG Urt. v. 11.12.2003, EzA § 1, Kündigungsschutzgesetz Verhaltensbedingte Kündigung, Nr. 62. Jedoch kritisch: R. MAUER, Anm. zu BAG Urt. v. 11.12.2003, AP Nr. 48 zu § 1 KSchG 1969, Verhaltensbedingte Kündigung; R. KRAUSE, in: v. Hoyningen-Huene/Linck/Krause (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz (15. Aufl., München 2013) 206 ff.

Kündigung als Disziplinarstrafe in der Regel als unzulässig an.¹³ Die Eigenart der disziplinarischen Kündigung in Japan liegt darin, dass der Arbeitgeber sie häufig als fristlose Kündigung ausspricht und sie auch vielfach eine Kürzung oder Streichung der Abfindung umfasst, die sehr hoch sein kann. Daneben stempelt sie den Arbeitnehmer als jemanden ab, der „die Betriebsordnung verletzt“ hat, was bei der Suche nach einem neuen Arbeitsplatz nachteilig sein kann. Am Ende dieses Beitrags werden dazu Vorschläge gemacht.

II. PRÜFUNGSKRITERIEN DER JAPANISCHEN RECHTSPRECHUNG

Die japanische Rechtsprechung betrachtet eine Kündigung als Rechtsmissbrauch und somit als unwirksam, wenn zwar ein „objektiv vernünftiger Grund“ vorliegt, da das Arbeitnehmersverhalten einen in der Arbeitsordnung gelisteten Kündigungsgrund tangiert, aber die Kündigung „nach allgemeiner gesellschaftlicher Auffassung als unangemessen“ betrachtet wird. Gerichte prüfen üblicherweise die letztere Voraussetzung, nämlich die „Angemessenheit“ einer Kündigung nach den folgenden Kriterien: ob der Kündigungsgrund gravierend ist, ob die Kündigung durch eine mildere Sanktion vermeidbar gewesen wäre, und ob Umstände bestehen, die für den Arbeitnehmer sprechen.¹⁴ Dabei spielen die Schwere und die Folgen von Regelverstößen sowie ein mögliches Reueempfinden des Arbeitnehmers eine große Rolle.

So besteht die Aufgabe, die Gerichtsbeschlüsse nach der Schwere des Regelverstößes durch den Arbeitnehmer zu trennen, sie in einzelnen Fallgruppen zu analysieren und zu fragen, wie die Entscheidungen zustande kamen, und ob sie als gerecht zu bewerten sind.

1. Schwere und Folgen von Arbeitnehmerfehlverhalten

a) Ein- oder zweimaliges leicht fahrlässiges Fehlverhalten

Die Rechtsprechung in Japan hält in den Fällen, in denen ein Arbeitnehmer ein- oder zweimal Fehler beging, ihm aber weder grobe Fahrlässigkeit noch Vorsatz vorzuwerfen sind, die Kündigung meistens für unwirksam.¹⁵ Dieser Ansatz fußt auf dem Grundgedanken, dass die Kündigung, die dem Arbeitnehmer schwere Nachteile bringen kann, in keinem Verhältnis zu dem ein- oder zweimaligen leicht fahrlässigen Verhalten steht, das in einem langen Arbeitsverhältnis manchmal unvermeidbar ist.

13 Vgl. BAG, Urt. v. 28.4.1982, AP Nr. 4 zu § 87 BetrVG 1972, Betriebsbuße; G. WIESE, in: Wiese/Kreutz/Oetker/Raab/Weber/Franzen (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Bd. 2 (8. Aufl., Neuwied u.a. 2005) 658; R. LINCK, in: Schaub/Linck/Koch/Vogelsang (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch (12. Aufl., München 2007) 523; FITTING (Begr.), Betriebsverfassungsgesetz Handkommentar (25. Aufl., München 2010) 1279; T. KANIA, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.) (Fn. 10) 1179.

14 Vgl. SUGENO (Fn. 6) 558.

15 Vgl. DG Chiba, Urt. v. 24.9.1993, in: Rōdō Hanrei 638, 32.

Hier spielt die Entscheidung des Obersten Gerichts (*saikō saiban-sho*: OGH) von 1977 eine große Rolle, durch die das Missbrauchsprinzip des Kündigungsrechts in der Rechtsprechung richterlich festgelegt wurde. In jenem Fall wurde ein Rundfunksprecher ordentlich entlassen, da er die täglichen Frühnachrichten um 6 Uhr wegen Verschlafens zweimal nicht sprechen konnte. Der OGH bewertete die Kündigung aus folgenden Gründen als zu streng und damit als unwirksam: Dem Ansager fehle es zwar an Verantwortungsbewusstsein, da er wegen desselben Fehlverhaltens – zweimaliges Verschlafen in zwei Wochen – die Sendungen versäumt habe. Das sei aber nicht vorsätzlich, sondern aus Fahrlässigkeit passiert. Ferner habe er sich für das erste Versäumnis sofort entschuldigt und bei dem zweiten Vorfall gleich nach dem Aufstehen so schnell wie möglich das Sendestudio zu erreichen versucht.¹⁶

Ein weiteres Fallbeispiel ist eine Entscheidung des Distriktgerichts (*chihō saiban-sho*: DG) Hakodate von 1988. Hier hatte ein Taxifahrer während einer Dienstfahrt einen tödlichen Unfall eines Dritten verursacht, worauf ihm ordentlich gekündigt wurde, da der Unfall einen Kündigungsgrund in der Arbeitsordnung betraf („wenn der Arbeitnehmer mit grober Fahrlässigkeit einen Unfall verursacht und dem Arbeitgeber damit Schaden zufügt“). Das DG betrachtete die Kündigung als unwirksam, da dem Taxifahrer nur leichte Fahrlässigkeit zuzurechnen war. Der Unfall erfolgte nämlich auf einer dunklen Straße bei geringer Beleuchtung, wobei der geschädigte Dritte, der nicht auffallend gekleidet war, von der Gegenfahrbahn aus die Straße zu überqueren versuchte, gleich nachdem das Taxi ein entgegenkommendes Auto passiert hatte.¹⁷

b) *Wiederholtes fahrlässiges Verhalten*

Es folgen drei Urteile zu Kündigungen nach wiederholtem fahrlässigem Verhalten:

So sah das DG Tōkyō 1970 die ordentliche Kündigung eines Taxifahrers als wirksam an, der während seines zweijährigen Arbeitsverhältnisses insgesamt fünf Verkehrsunfälle (zwei davon mit Personenschäden) verursacht und damit dem Arbeitgeber viel Schaden zugefügt hatte. Es war damit eine Kündigungsklausel in der Arbeitsordnung („wenn die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers sehr schlecht und er als Beschäftigter ungeeignet ist“) betroffen, und der Fahrer konnte zudem wegen Entzugs des Führerscheins fünf Monate während der zwei Jahre nicht arbeiten.¹⁸

Zum anderen erklärte das DG Morioka 1986 die ordentliche Kündigung eines Taxifahrers, der während der Arbeitsdauer von vier Jahren und drei Monaten vier Verkehrsunfälle begangen hatte, mit folgender Begründung für unwirksam: Der Fahrer habe zwar zwei Unfälle durch schwere Fahrlässigkeit herbeigeführt und dem Arbeitgeber einen beträchtlichen Sachschaden zugefügt. Doch sei die Zahl der Unfälle nicht übermäßig hoch gewesen, und der Arbeitgeber habe den Fahrer bei den ersten drei Unfällen nicht

16 OGH, Urt. v. 31.1.1977, in: Rōdō Hanrei 268, 17.

17 DG Hakodate, Urt. v. 29.2.1988, in: Rōdō Hanrei 518, 70.

18 DG Tōkyō, Urt. v. 31.10.1970, in: Rōdō Kankei Minji Saiban Reishū 21-5, 1438.

abgemahnt. Dieser habe überdies nach dem letzten Unfall seine Unachtsamkeit bedauert und erklärt, künftig mehr auf die Verkehrssicherheit achten zu wollen.¹⁹

Das DG Ōsaka entschied 1995 in einem Fall, in dem eine Büroangestellte wegen mehrerer Fehler von ihrer Firma ordentlich entlassen worden war, dass der folgende Kündigungsgrund aus der Arbeitsordnung nicht vorliege: „Wenn Leistungsfähigkeit bzw. die Effizienz des Arbeitnehmers sehr niedrig ist oder sein Verhalten mangelhaft ist, und diese Situation in Zukunft voraussichtlich nicht korrigierbar ist.“ Die Gründe seien: Ihre Fehler stellten nur ein leichtes Versagen im Rahmen umfangreicher Büroarbeiten dar, was der Arbeitgeber in Kauf nehmen müsse. Zudem seien die Folgen für die Geschäftsführung nicht gravierend gewesen.²⁰

Somit kommt es vor, dass in Japan bei Fällen, in denen ein Arbeitnehmer wiederholt fahrlässig handelte, das Gericht eine Entlassung als unzulässig wertet, wobei der Fahrlässigkeitsgrad, die Situation, in der die Fehler aufgetreten waren, die Häufigkeit, die Folgen sowie die möglichen Alternativen zu einer Kündigung eine Rolle spielen.²¹

c) *Minderleistung bzw. Low-Performance*

Bei Prozessen, die mehrmaliges fahrlässiges Fehlverhalten zum Gegenstand hatten, prüften die Gerichte oft, ob das Arbeitnehmergehalten eine Minderleistung bzw. *Low-Performance* darstellte. Das bedeutet, dass zwischen wiederholtem fahrlässigem Tun und einer Minderleistung bzw. *Low-Performance* Gemeinsamkeiten bestehen. Dazu kommen weitere Faktoren: Eine Minderleistung oder *Low-Performance* kann auf Umständen beruhen, die dem Arbeitnehmer zuzurechnen sind oder nicht.²² Bei einer Minderleistung oder *Low-Performance* geht es vor allem darum, was dabei eine Kündigung rechtfertigen kann. Das Charakteristikum der japanischen Rechtsprechung liegt darin, dass sie die Wirksamkeit einer Kündigung abhängig davon macht, unter welcher Voraussetzung der Arbeitnehmer angestellt worden ist.

Im Jahre 1999 traf das DG Tōkyō eine wegweisende Entscheidung in einem Fall, in dem ein Arbeitnehmer, der als Stammbeschäftigter ohne zeitliche Befristung und nicht für eine spezifische Tätigkeit eingestellt worden war und wegen Minderleistung ordentlich entlassen wurde. Das DG grenzte zunächst den Kündigungsgrund in der Arbeitsordnung („wenn die Arbeitsleistung niedrig und eine Verbesserung nicht abzusehen ist“) ein, so dass ein Kündigungsgrund nur dann vorliege, wenn die Leistung sehr gering und ohne Steigerungsaussicht sei. Die Kündigung sei daher aus folgenden Gründen unzulässig: Bei einer personellen Beurteilung 1998 war der Mann zwar im Bereich der

19 DG Morioka, Beschl. v. 17.10.1986, in: Rōdō Hanrei (488) 95.

20 DG Ōsaka Urt. v. 28.4.1995, in: Rōdō Hanrei 681, 58.

21 Vgl. auch DG Morioka, Beschl. v. 17.10.1986, in: Rōdō Hanrei 488, 92; DG Ōsaka, Urt. v. 20.6.2013, in: Rōdō Hanrei 1085, 87.

22 Vgl. I. NEMOTO, *Kaiko jiyū no rui keika to kaiko-ken ran'yō no handan kijun* [Typisierung von Kündigungsgründen Kriterien zur Beurteilung des Missbrauchs des Kündigungsrechts], in: Nihon Rōdō-hō Gakkai-shi 99 (2002) 61 und 72 f.

untersten zehn Prozent aller Angestellten eingestuft worden, doch sei dies eine relative und keine absolute Evaluation, woraus sich nicht unmittelbar folgern lasse, dass seine Arbeitsleistung extrem gering und eine Verbesserung unwahrscheinlich sei.²³

Nach der üblichen japanischen Rechtsprechung kann also die Kündigung eines Arbeitnehmers, der als Stammbeschäftigter ohne Befristung und ohne eine bestimmte Tätigkeit bzw. Befähigung im Arbeitsvertrag angestellt war, nur dann wirksam sein, wenn seine Leistung den Durchschnitt erheblich unterliefe oder sein Leistungsabfall in sonstiger Weise gravierend war.²⁴ Die Rechtsprechung und Rechtslehre heben hervor, dass die Leistung durch eine absolute personelle Beurteilung geprüft werden müsse, da sonst Kündigungen infolge relativer Beurteilung anderer Arbeitnehmer erfolgten, die im Vergleich besser abschnitten.²⁵

Dagegen erkennt die Rechtsprechung die Entlassung von Arbeitnehmern an, die für eine bestimmte Tätigkeit bzw. aufgrund einer spezifischen Fähigkeit als Fachbeschäftigte oder leitende Angestellte angestellt waren, wenn eine Minderleistung vorliegt, die eine Kündigung rechtfertigen kann. Zudem erleichterten die Gerichte die Verpflichtung der Arbeitgeber, Entlassungen zu vermeiden.²⁶

Ein typisches Beispiel hierfür ist der Beschluss des DG Tōkyō aus dem Jahr 2000. Hier wurde ein Fachbeschäftigter, der mit der Beratung von Vorstandsmitgliedern von Firmen als Kunden betraut war, wegen Minderleistung ordentlich entlassen. Das DG sah zwei Kündigungsgründe in der Arbeitsordnung insofern tangiert („wenn der Arbeitnehmer für die Berufsausführung ungeeignet ist“ und „wenn er nicht fähig zur Berufsausführung ist“), als seine Fähigkeit bzw. Eignung angesichts seiner Leistung während eines bestimmten Zeitraums die Durchschnittsleistung unterschritten. Da die Fähigkeit und Eignung des Fachbeschäftigten unter dem Durchschnitt gelegen hatten, wurde der Kündigung stattgegeben.²⁷

Ein anderes Beispiel ist das Urteil des Obergerichts (*kōtō saiban-sho*: OG) Tōkyō von 1984. Es befand die ordentliche Entlassung eines leitenden Angestellten als zulässig, der aufgrund seines Ausbildungswegs und seiner beruflichen Karriere als Personal-

23 DG Tōkyō, Beschl. v. 15.10.1999, in: Rōdō Hanrei 770, 34.

24 So zum Beispiel: DG Tōkyō, Beschl. v. 10.8.2001, in: Rōdō Hanrei 820, 74; DG Yokohama, Urt. v. 28.5.2004, in: Rōdō Hanrei 878, 40.

25 Vgl. T. MURANAKA, *Seika shugi to kaiko* [Erfolgsprinzip und Kündigung], in: Tsuchida/Yamakawa (Hrsg.), *Seika shugi jinji to rōdō-hō* [Erfolgsorientierte Personalverwaltung und das Arbeitsrecht] (Tōkyō 2003) 206.

26 So z. B.: OG Tōkyō, Beschl. 22.2.1988, in: Rōdō Hanrei 517, 63; OG Ōsaka, Urt. v. 29.10.2010, in: Rōdō Hanrei 1021, 21. Auch die Wissenschaft spricht sich manchmal für diese Rechtsprechung aus, z. B. M. TSUCHIDA, *Rōdō keiyaku-hō* [Arbeitsvertragsrecht] (Tōkyō 2008) 587 f.; N. YAMASHITA, *Rōdō-sha no tekikaku-sei ketsujo to kiritsu ihan o riyū to suru kaiko* [Kündigung wegen fehlender Eignung und ordnungswidrigen Verhaltens], in: Noda/Nogawa/Yanagisawa/Yamashita (Hrsg.), *Kaiko to taishoku no hōmu* [Die juristische Praxis zur Kündigung und Entlassung aus dem Beruf] (Tōkyō 2012) 181 f.

27 DG Tōkyō, Urt. v. 26.4.2000, in: Rōdō Hanrei 789, 21.

abteilungsleiter in einer Firma eingestellt werden sollte. Er wollte der Personalabteilung aber nicht als regulärer Angestellter beitreten. Weil der Arbeitgeber ihn in keiner anderen Position als der des Personalabteilungsleiters verwenden wollte und nicht verpflichtet war, ihm eine Versetzung anzubieten, falls er als Personalabteilungsleiter ungeeignet war, konnte er entlassen werden.²⁸

In Japan kann ein Arbeitgeber bei der Einstellung von Fachbeschäftigten oder leitenden Angestellten in der Regel eine besondere Eignung zur Bedingung machen und so deren Leistung strenger beurteilen. Das kann zur Folge haben, dass die Gerichte einer Kündigung leichter stattgeben als bei normalen Angestellten. Doch sollte eine Kündigung von Fachkräften oder leitenden Angestellten grundsätzlich mit denselben Maßstäben wie für alle Arbeitnehmer bemessen werden, da auch sie mit ihrem Gehalt ihren Lebensunterhalt verdienen und eine berechtigte Erwartung an eine Weiterbeschäftigung haben dürfen.²⁹ So wird fraglich, ob die weitreichende Deregulierung des Kündigungsschutzes vor allem für Arbeitnehmer, die für eine bestimmte Tätigkeit oder aufgrund einer spezifischen Befähigung eingestellt sind, gerechtfertigt ist. Die Rechtsprechung verfolgt neuerdings vor allem bei Fachkräften tatsächlich einen anderen Ansatz.

Wichtig hierbei ist eine Entscheidung des DG Tōkyō von 2012. Ein Fachangestellter war damit betraut, Privatinvestoren Informationen über Investitionen in Unternehmen anzubieten und deren Geschäfte zu verwalten, wodurch er ein hohes Gehalt verdiente. Doch wurde er wegen mangelnder Leistung ordentlich entlassen. Das DG ging so vor: Der Beitrag eines Arbeitnehmers zum Ertrag des Arbeitgebers könne in der Regel nur anhand seines Jahresgehalts im nächsten Jahr oder seiner Bonuszahlung bemessen werden, weshalb nur eine erheblich geringe Leistung in der Jahresmitte einen Kündigungsgrund darstellen könne. Das treffe aber nicht zu: Die Leistung des Mannes sei zwar in Relation zu seinen vier Teamkollegen im ersten und zweiten Quartal des Jahres 2009 am niedrigsten gewesen, es sei aber nicht möglich zu beurteilen, ob seine Leistung auch während des zweiten Halbjahres dies Jahres an unterster Stelle rangieren würde. Die Kündigung sei unwirksam, da fraglich sei, ob die Arbeitgeberprognose zur künftigen Leistung angemessen war, und ob die Entlassung dem Prinzip der „Kündigung als letztem Mittel“ entspreche.³⁰

Hier zeigt sich der Einfluss der japanischen Lehrrichtung, die das deutsche Prognose- und Verhältnismäßigkeitsprinzip im japanischen Kündigungsrecht einzuführen versucht.³¹ Demnach soll der relativ strenge Kündigungsschutz auch für Fachangestellte oder leitende Angestellte gelten. Es müsse geklärt werden, ob ein Leistungsabfall tatsächlich so erheblich war, dass eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber unzumutbar war, und ob durch eine Abmahnung oder betriebliche Leitungsmaß-

28 OG Tōkyō, Urt. v. 30.3.1984, in: Rōdō Hanrei 437, 41.

29 Vgl. S. NISHITANI, *Rōdō-hō* [Arbeitsrecht] (2. Aufl., Tōkyō 2013) 411.

30 DG Tōkyō, Urt. v. 23.1.2012, in: Rōdō Hanrei 1047, 74.

31 Siehe dazu unten: Abschnitt III.3.

nahme eine Leistungssteigerung zu erwarten gewesen wäre. Entsprechend legten einige Gerichte in den letzten Jahren kein so großes Gewicht auf die vertraglichen Faktoren zu Art und Ort der Tätigkeit und erklärten, dass für Stammbeschäftigte, Fachkräfte oder leitende Angestellte prinzipiell keine Unterschiede in der Kündigungsregelung bestünden.³² Die Richter führten aber nicht genau aus, wie diese Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung theoretisch zu rechtfertigen sei. Die Lehre soll auch diese Frage lösen.³³

d) Schwerwiegende Pflichtverletzung

In Japan sieht die Rechtsprechung eine Kündigung normalerweise als wirksam an, wenn ein Arbeitnehmer durch Verletzung seiner arbeitsvertraglichen Pflicht dem Arbeitgeber eindeutig und vorsätzlich einen großen Schaden oder Nachteil zugefügt hat.

Ein klares Beispiel ist die Entscheidung des DG Ōsaka von 1996. Hier hatte ein Drechsler seinem Arbeitgeber Vorschläge zur Arbeitsverbesserung gemacht, die dieser aber nicht angenommen hatte. Weil der Arbeitgeber sein Gehalt überdies fälschlicherweise zu niedrig berechnet hatte, löschte der Drechsler die Programme der Drehmaschinen sowie die Computerdaten und entwendete die Maschinenbänder, die er dann wegwarf, wodurch er der Firma ernste Schwierigkeiten bereitete. Das DG entschied, dass die ordentliche Kündigung keinen Missbrauch des Kündigungsrechts darstelle, da der Angestellte alle Handlungen vorsätzlich begangen habe und das betriebsstörende Verhalten extrem bössartig gewesen sei.³⁴

Andererseits gibt es manchmal Fälle, in denen die Rechtsprechung eine Kündigung für unwirksam erklärt, obwohl ein Arbeitnehmer seine arbeitsvertragliche Pflicht oder die Anweisungen von Vorgesetzten gravierend verletzt hatte. Begründet wird das meist damit, dass keine ernsten Folgen entstanden waren oder der Arbeitgeber seine Pflicht zur Kündigungsvermeidung durch Ermahnung, Instruktionen oder Betriebsbußen nicht erfüllt hatte.

Das OG Tōkyō befand z. B. 1994 die ordentliche Entlassung eines Busfahrers nach folgendem Verhalten für nicht rechtmäßig: Der Mann hatte auf dem Weg zur Frühschicht den Bus eines Kollegen angehalten, der denselben Weg fuhr, und hatte ihn aus privaten Gründen ca. 40 Sekunden aufgehalten, bis er eingestiegen war. Darüber hatte sich ein Fahrgast beim Verkehrsbetrieb beschwert. Das OG entschied, dass zwar ein vorsätzliches Tun vorliege und die Grundhaltung des Busfahrers als Beschäftigter eines öffentlichen Verkehrsbetriebs in Frage gestellt sei. Doch der Fahrer bedauerte den Vorfall, wies auf die minimalen Folgen hin und entgegnete, dass sein Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung eine Disziplinarstrafe hätte verhängen sollen.³⁵

32 Vgl. auch OG Tōkyō, Urt. v. 24.4.2013, in: Rōdō Hanrei 1074, 75; DG Tōkyō, Urt. v. 23.7.2013, in: Rōdō Hanrei 1080, 5.

33 Siehe dazu unten: Abschnitt IV.2.

34 DG Ōsaka, Urt. v. 11.9.1996, in: Rōdō Hanrei 710, 51.

Interessant ist auch die Entscheidung des DG Sendai aus dem Jahr 2008. Ein leitender Angestellter wurde wegen mehrfacher Trunkenheit und Einnickens im Dienst sowie Abwesenheit von der Arbeit, als eine Besprechung mit einem Kunden geplant war, ordentlich entlassen. Das Gericht entschied, dass dies unwirksam sei und der Arbeitgeber überdies keinen Schadensersatz von dem Angestellten fordern könne. Denn der Arbeitgeber habe dem Mann zwar das Meiden von Alkohol geraten und ihm beim Einschlafen das Direktorenzimmer zum Ausruhen empfohlen, doch ihn sonst weder abgemahnt noch angewiesen, die eigenen Probleme zu erkennen und sein Verhalten zu korrigieren. Auch habe der Arbeitgeber sogar nach dem Fehlen des Arbeitnehmers versäumt, diesen durch eine Zurückstufung oder Disziplinarstrafe zu maßregeln.³⁶

2. *Umstände auf der Arbeitgeberseite, die ein Arbeitnehmerfehlverhalten veranlassten*

Somit lassen sich die Urteile nach der Schwere des Vergehens oder der entstandenen Folgen ordnen. Dabei zeigt sich, dass einige Gerichte beim Beurteilen von Grad oder Zurechenbarkeit des Arbeitnehmerverhaltens auch prüften, ob auf der Arbeitgeberseite Umstände bestanden, welche das Vergehen unmittelbar oder anderweitig verursacht haben (z. B. schlechte Arbeitsbedingungen oder mangelhafte Betriebsorganisation).

Ein Beispiel ist folgendes Urteil des DG Fukuoka von 1974. Ein Fahrer hatte im Dienst wegen Schlafmangels einige Verkehrsunfälle begangen, weshalb ihm ordentlich gekündigt wurde. Das Gericht grenzte zunächst den Kündigungsgrund in der Arbeitsordnung („bei einem grob fahrlässigen Verkehrsunfall“) ein, da der Fahrer zwar die Unfälle zu verantworten habe, doch auch der Arbeitgeber eine Fürsorgepflicht zur Sicherheit seines Personals trage. Ferner müsse das Arbeitnehmerfehlverhalten so gravierend sein, dass das vertragliche Vertrauensverhältnis zerstört sei, um eine Entlassung zu rechtfertigen. Das Gericht folgerte, dass diese Gründe in dem Fall nicht zuträfen, weshalb die Kündigung abgewiesen wurde.³⁷

In diese Kategorie fällt auch der bereits erwähnte Fall des OGH aus dem Jahr 1977, in dem ein Ansager die Morgennachrichten um 6 Uhr wegen zweimaligen Verschlafens innerhalb von zwei Wochen nicht hatte senden können. Der OGH entschied zugunsten des Ansagers, da der Sender keine präventiven Vorkehrungen getroffen habe, um die Nachrichten sicher senden zu können.³⁸

Das DG Tōkyō hielt 1990 die ordentliche Kündigung eines Buchhaltungsleiters wegen Fehlern und Verspätungen mit folgender Begründung für ungültig: Die Fehler seien

35 OG Tōkyō, Urt. v. 17.6.1994, in: Rōdō Hanrei 654, 25. Dieses Urteil bestätigte der OGH am 30.5.1995: in: Rōdō Hanrei 672, 15.

36 DG Sendai, Urt. v. 24.12.2008, in: Rōdō Hanrei 1018, 12. Das Berufungsgericht bestätigte die Entscheidung: OG Sendai, Urt. v. 30.7.2009, in: Rōdō Hanrei 1018, 9. Dagegen hielt das Revisionsgericht am 25.5.2010 die Kündigung nicht für unangemessen. Siehe dazu Abschnitt 3.

37 DG Fukuoka, Urt. v. 8.2.1974, in: Rōdō Hanrei 195, 22.

38 Vgl. OGH (Fn. 16).

in Situationen übermäßiger Arbeit entstanden, und ein Grund dafür liege auch in der ungenügenden Organisation der Geldkontrolle auf Seite des Arbeitgebers.³⁹

Somit berücksichtigen Richter in Japan manchmal die Verantwortung des Arbeitgebers, da dieser bei schwierigen Arbeitsbedingungen oder mangelhafter Betriebsorganisation für Fehlverhalten verantwortlich sein kann, womit eine Entlassung unkorrekt sei.⁴⁰ Hier soll ein gemeinsamer Aspekt mit den Grundsätzen zur Haftungsbeschränkung des Arbeitnehmers erarbeitet werden.⁴¹ So können der Grad der Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers oder seine Haftung auf Schadensersatz limitiert werden, soweit der Arbeitgeber falsche Handlungen mitverursachte.⁴²

Dagegen kam das DG Ōsaka 1979 zu einer anderen Entscheidung. Eine Büroangestellte wurde wegen Unkorrektheiten bei der Kassenführung eines Industrieunternehmens ordentlich entlassen. Das Gericht bestätigte dies, da die Angestellte von ihren Vorgesetzten zwar ungenügend angeleitet worden war, was die Außenhaftung des Arbeitgebers betreffe, aber das tangiere die Innenhaftung der Angestellten letztlich nicht, auch wenn ihre Fehler durch eine bessere Anweisung eventuell hätten vermieden werden können.⁴³ Dieses Urteil ist problematisch, da die Innenhaftung der Angestellten durch die mangelnde Aufsicht tatsächlich relativiert wird.

3. *Mildere Mittel als eine Kündigung*

Die japanische Rechtsprechung prüft zuweilen, ob ein Arbeitgeber ein milderer Mittel als eine Kündigung (z. B. Anweisung, Ermahnung, Abmahnung, Versetzung, Umschulung) oder eine Disziplinarstrafe (Verweis, Verwarnung, Entgeltkürzung, Suspendierung) hätte anwenden können.⁴⁴

39 DG Tōkyō, Urt. v. 15.5.1990, in: Rōdō Hanrei 562, 9.

40 Der gleiche Ansatz wird auch in der deutschen Rechtsprechung und Wissenschaft angewandt: LAG Köln, Urt. v. 2.3.1999, RzK/5i Nr. 153; BAG, Urt. v. 17.1.2008, AP 85 § 1 KSchG 1969; U. PREIS, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen (München 1987) 334.

41 Zur Arbeitnehmerhaftung in Japan vgl. E. HOSOTANI, Entwicklung und Aufgaben der Haftungsbeschränkung des Arbeitnehmers in Japan, in: ZJapanR/J.Japan.L. 32 (2011) 227; E. HOSOTANI, *Rōdō-sha no songai baishō sekinin* [Die Haftung des Arbeitnehmers] (Tōkyō 2014) 158 ff.

42 Zu der Debatte in Deutschland vgl. W. Däubler, in: Kittner/Däubler/Zwanziger (Hrsg.) (Fn. 10) 1280; S. VERSTEGE, Die Kündigung wegen geminderter Leistung des Arbeitnehmers (Hamburg 2008) 35.

43 DG Ōsaka, Beschl. v. 9.10.1979, in: Rōdō Hanrei 329, 41.

44 Im Unterschied dazu wird in Deutschland eine Betriebsbuße grundsätzlich nicht als milderer Mittel als eine Kündigung gesehen. Nach Rechtswissenschaft und Rechtsprechung gebietet das Ultima-Ratio-Prinzip nicht, vor einer Kündigung zunächst die durch Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG in der betrieblichen Bußordnung vorgesehenen Maßnahmen zu ergreifen, da eine Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auf kollektivrechtliche, also mitbestimmte Sanktionsmaßnahmen systemwidrig ist. R. MÜLLER-GLÖGE, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.) (Fn. 10) 1721; BAG, Urt. v. 17.1.1991, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 25.

Ein typischer Fall ist das Urteil des DG Hiroshima von 1984. Hier wurde ein Arbeitnehmer, der bei einem Agrarverband mit dem Verkauf und der Reparatur von landwirtschaftlichen Maschinen beschäftigt war, wegen Nichtübergabe eines Teils des von einem Kunden bezahlten Geldbetrags sowie mehrfacher Abwesenheit ohne Erlaubnis und schlechten Verhaltens ordentlich entlassen. Das Gericht sah das mit folgender Begründung als unzulässig an. Das Verhalten des Mannes sei zwar sehr negativ gewesen, doch sei die Nichtweiterleitung des Kundengeldes aus Fahrlässigkeit erfolgt, wobei der Betrag mit 26.200 Yen gering sei. Daher hätte der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag nicht sofort kündigen, sondern erst eine Disziplinarstrafe wie z. B. eine Verwarnung, Entgeltkürzung oder Arbeitssuspendierung anwenden sollen, um zu sehen, ob sich das Verhalten bessern würde.⁴⁵

Auch hob das DG Tōkyō 1999 in einem weiteren Prozess hervor, dass der Arbeitgeber vor der Entlassung eines Mitarbeiters weder eine Umschulung noch Instruktionen vorgenommen habe, obwohl er damit dessen Arbeitsleistung hätte erhöhen können.⁴⁶

So wurde vielfach geprüft, ob vor Ausspruch der Kündigung andere Sanktionen eingesetzt worden waren, um den Arbeitnehmer positiv zu beeinflussen. Dabei wird ersichtlich, dass nicht nur die Schwere des Zurechnungsgrundes oder der Pflichtverletzung, sondern auch die Prognose zur Verhaltensverbesserung relevant sein kann.⁴⁷ Doch hatten solche Überlegungen nur selten einen direkten Einfluss auf die Urteile, da sie nur ein Kriterium unter mehreren darstellten.

In den letzten Jahren kam die schwierige Frage auf, ob in Grenzfällen ein milderes Mittel vor einer Kündigung erforderlich sei. Wichtig ist hierbei das Urteil des OGH aus dem Jahr 2010 zu dem bereits genannten Fall, in dem ein leitender Angestellter wegen wiederholter Trunkenheit und Einschlafens im Dienst sowie unerlaubter Abwesenheit entlassen worden war. Dort ging es in erster Linie um die Deliktshaftung des Arbeitgebers und erst in zweiter Linie um die Wirksamkeit der Kündigung. Der OGH bestätigte, dass das Trinkverhalten so gravierend gewesen sei, dass nicht nur Kollegen, sondern auch Kunden sich darüber beschwert hätten und der Mann ungeachtet einer Mahnung des Arbeitgebers den übermäßigen Alkoholkonsum nicht reduziert habe. Damit sei die Kündigung weder deutlich unangemessen noch eine unzulässige Handlung, auch wenn der Arbeitgeber zuvor keine mildere Sanktion wie etwa eine Disziplinarstrafe ausgesprochen habe.⁴⁸

Für dieses Urteil sprechen zwar die Argumente des OGH, dass der Angestellte trotz Mahnung mehrfach betrunken war, dass er seine Abwesenheit bei einem Kundentreffen

45 DG Hiroshima, Urt. v. 26.10.1984, in: Hanrei Taimuzu 549, 291.

46 DG Tōkyō, Beschl. v. 15.10.1999, in: Rōdō Hanrei 770, 34.

47 Vgl. M. TSUCHIDA, *Shokumu ketai* [Dienstversäumnis], in: Hagiwara (Hrsg.), *Rōdō hanrei hyakusen* [Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht] (5. Aufl., Tōkyō 1989) 78 f.; H. NAKAKUBO/S. NODA, *Rōdō-hō no sekai* [Die Welt des Arbeitsrechts] (10. Aufl., Tōkyō) 343.

48 OGH, Urt. v. 25.5.2010, in: Rōdō Hanrei 1018, 5.

nicht bedauert habe, und dass er als Vorstandsmitglied überdies gar nicht ermahnt werden konnte, weshalb er sein Alkoholproblem und sein Pflichtversäumnis selbst hätte lösen müssen, da die Sanktionen nicht für ihn als Mitglied der Arbeitgeberseite vorgesehen seien.⁴⁹ Doch lässt sich einwenden, dass die Kündigung ohne Warnung (Abmahnung, Disziplinarstrafe) unangemessen war, wenn man berücksichtigt, dass der Angestellte früher aufgrund seiner Leistung befördert worden war und sein Gehalt nicht unbedingt hoch war.⁵⁰

Die Rechtsprechung fragt neuerdings, welche Funktion oder welchen Inhalt eine Maßnahme zur Korrektur oder Besserung von Verhalten haben soll. Beispielsweise befand das DG Sendai 2008, dass ein Arbeitgeber bei einer Abmahnung den Arbeitnehmer deutlich und konkret auf die Vertragsverletzung hinweisen und vor der drohenden Kündigung warnen müsse, damit er Gelegenheit habe, sich des eigenen Tuns bewusst zu werden und zu reagieren.⁵¹

Aufschlussreich ist ein Urteil des OG Tōkyō aus 2013. Ein Journalist bei einer Presseagentur wurde wegen einer Minderleistung angewiesen, einen einmonatigen „Performance Improvement Plan“ (PIP) insgesamt dreimal, also drei Monate lang fortlaufend auszuführen. Der PIP sah schwierige Aufgaben vor, darunter einen täglichen Artikel zum Aktienstand und einen wöchentlichen Untersuchungsbericht, der überdies einmal monatlich eine hohe Qualität („Best of the Week“) erreichen sollte. Da dies der Journalist nicht erfüllen konnte, wurde er entlassen. Das Gericht sah den PIP nicht als sachliche Mahnung an und entschied, dass die Kündigung unwirksam sei. Denn der Arbeitgeber habe den Journalisten lediglich angewiesen, Texte zu verfassen, die einmal monatlich dem „Best of the Week“ entsprechen sollten, ihn aber auf die unbefriedigende Qualität seiner Artikel nur indirekt hingewiesen und ihn nicht konkret aufgefordert, den Inhalt zu verbessern. Auch seien keine konkreten Maßnahmen zur Leistungssteigerung des Mannes ergriffen worden, um ihm ein Bewusstsein für die Problematik zu vermitteln.⁵²

Hier wird vom Arbeitgeber zu Recht eine effektive Abmahnung gefordert, um einen Leistungsmangel zu korrigieren. Der Arbeitgeber solle keine abstrakten Aufgaben stellen, sondern konkrete Schritte anbieten, um durch ein beidseitiges Problemverständnis den Konflikt zu lösen.

4. Sonstige Umstände

So bewerten Gerichte in Japan eine ordentliche Kündigung grundsätzlich danach, ob die Gründe dafür gravierend waren und Möglichkeiten zu milderem Mitteln bestanden und

49 Vgl. T. ASANO, Anm. zu OGH Urt. v. 25.5.2010, in: *Nihon Rōdō-hō Gakkai-shi* 117 (2011) 122 f.

50 Vgl. M. MOROZUMI, Anm. zu OGH Urt. v. 25.5.2010, *Heisei 22 nendo jūyō hanrei kaisetsu* [Wichtige Rechtsprechungen im Jahr 2010] (Tōkyō 2011) 267.

51 DG Sendai, Urt. v. 24.12.2008, in: *Rōdō Hanrei* 1018, 12.

52 OG Tōkyō, Urt. v. 24.4.2013, in: *Rōdō Hanrei* 1074, 75.

darüber hinaus aber auch unter dem Aspekt, ob Gründe vorliegen, die für den Arbeitnehmer sprechen.

Richter hoben beispielsweise hervor, dass es zuvor kein Problem mit der Leistung oder dem Verhalten eines Angestellten gegeben⁵³ oder dass ein Arbeitnehmer mit Überstunden und Feiertagsarbeit im Gesamtergebnis eine gute Leistung erbracht⁵⁴ hatte. Auch werden manchmal die Dauer der Betriebszugehörigkeit⁵⁵ oder das Alter⁵⁶ berücksichtigt. Ferner kann gegen eine Kündigung der Umstand sprechen, dass andere Mitarbeiter wegen eines gleichen Verhaltens bisher nicht entlassen worden waren: der sogenannte Gleichbehandlungsgedanke.⁵⁷

5. Zusammenfassung

Die geschilderten Urteile lassen sich wie folgt zusammenfassen: Wenn ein Arbeitnehmer leicht fahrlässig ein- oder zweimal Fehler begeht, wird das in der Regel nicht als so schwerwiegend gewertet, dass das Verhalten eine Kündigung rechtfertigt. Auch in Fällen, in denen sich Fahrlässigkeit wiederholt, wird die Kündigung meist verneint, wenn kein großer Schaden bzw. keine deutlichen Folgen entstanden sind und der Arbeitgeber vor der Kündigung kein anderes Mittel gewählt hat. Bei deutlicher Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflicht wird die Kündigung manchmal für unwirksam erklärt, falls die Folgen gering sind oder der Arbeitgeber seine Pflicht zur Kündigungsvermeidung nicht erfüllt hat. Andererseits ist sie wirksam, wenn der Arbeitnehmer eindeutig vorsätzlich den Betrieb stört und ihm dadurch schwere Nachteile oder Schäden zufügt.

Das in der Rechtsprechung entwickelte und in Art. 16 AVG festgeschriebene Prinzip vom Missbrauch des Kündigungsrechts kann bei Wertung aller Umstände eine flexible Konfliktlösung ermöglichen. Doch haben die japanischen Gerichte kein gemeinsames Konzept entwickelt, welche Umstände bei verhaltensbedingter Kündigung im Rahmen von Missbrauch eine Rolle spielen sollen. Die Kriterien der Rechtsprechung schwanken, und es fehlt ihnen an Rechtssicherheit. So haben Gerichte in Grenzfällen unterschiedlich entschieden, ob ein Arbeitgeber ein milderes Mittel, insbesondere eine Abmahnung, anwenden soll. Auch wird die Entlassung von Fachkräften oder leitenden Angestellten bislang leichter als die von Stammbeschäftigten zugelassen. Die Pflicht des Arbeitgebers zur Kündigungsumgehung wurde vor allem durch die Möglichkeit einer Versetzung erleichtert, doch lässt sich theoretisch nicht genau klären, wie eine solche deutliche Lockerung des Kündigungsschutzes zu begründen ist.

53 Vgl. OGH, Urt. v. 31.1.1977, in: Rōdō Hanrei 268, 17; DG Tōkyō, Urt. v. 15.5.1990, in: Rōdō Hanrei 562, 9; DG Ōsaka, Beschl. v. 6.4.1993, in: Rōdō Hanrei 637, 32.

54 Vgl. DG Hiroshima, Urt. v. 26.10.1984, in: Hanrei Taimuzu 549, 291.

55 Vgl. DG Ōsaka, Beschl. v. 6.4.1993, in: Rōdō Hanrei 637, 32.

56 Vgl. OG Tōkyō, Urt. v. 17.6.1994, in: Hanrei Taimuzu 855, 210.

57 Vgl. OGH, Urt. v. 31.1.1977, in: Rōdō Hanrei 268, 17; DG Ōsaka, Beschl. v. 6.4.1993, in: Rōdō Hanrei 637, 32.

Somit besteht die Aufgabe, konkrete Rechtsgrundsätze und Prinzipien zu formulieren, um das bisherige abstrakte und unklare Kündigungsrecht zu konkretisieren und davon deutliche Kriterien abzuleiten. Ob und wie das bewältigt werden kann, hängt meist von der neuesten Entwicklung in der Rechtswissenschaft ab. Darum muss untersucht werden, wie sich diese mit der Thematik auseinandersetzt und entsprechende Theorien entwickelt.

III. NEUE THEORIEN ZUM KÜNDIGUNGSSCHUTZ

Früher war in Japan das Kündigungsrecht bei verhaltensbedingter Kündigung nur ein Nebenthema.⁵⁸ Ein Grund dafür ist, dass es kaum Gerichtsurteile dazu gab und so die Lehre die rechtlichen Aufgaben nicht genügend wahrnahm. Folglich wurden die Prüfungskriterien für die Kündigung weder gerichtlich noch akademisch ausreichend geklärt.

Doch seit den 1990er Jahren nahm die Zahl entsprechender Urteile vor dem Hintergrund zu, dass in Japan die traditionelle Praxis der langfristigen Beschäftigung nicht mehr vorherrschte, der Arbeitsmarkt zu einem gewissen Grad offen wurde und Arbeitnehmer einen Stellenwechsel häufiger als zuvor wahrnahmen. Mit diesen Veränderungen im Arbeitsmarkt legten die Gerichte vor allem für Fachbeschäftigte und leitende Angestellte leichtere Kündigungsregeln als für reguläre Stammbeschäftigte fest und deregulierten in einigen Fällen sogar das Kündigungsrecht bei betriebsbedingter Entlassung.

An dieser gerichtlichen Deregulierung kritisiert die Wissenschaft nun, dass die normative Basis im Kündigungsschutz und die ihm immanenten begrenzenden Rechtsgrundsätze nicht ausreichend geklärt worden seien, denn das Rechtsmissbrauchsprinzip beziehe sich auf die langfristige Beschäftigung und sei in unmittelbarer Verbindung mit dem vormals geschlossenen Arbeitsmarkt in Japan gestaltet gewesen. Die fehlende normative Begründung könne zu weiterer Lockerung im Kündigungsrecht führen, falls die Langzeitbeschäftigung noch mehr schwinde oder der Arbeitsmarkt weiter aktiviert werde.⁵⁹ Damit wird versucht, das Kündigungsrecht im Fall von Rechtsmissbrauch theoretisch zu überprüfen und zu modifizieren.

1. Existenz- und Persönlichkeitsrecht bei der Arbeit

Wegen dieser Unklarheiten bei der Kündigungsregelung sowie des Bewusstseinswandels bei den Arbeitnehmern, wonach im Arbeitsleben nicht nur finanzielle, sondern auch

58 Zum Beispiel: K. KONISHI, *Kaiko no jiyū (3) – hanrei riron o chūshin ni shite* [Die Kündigungsfreiheit (3) – zur Rechtsprechung], in: Hōgaku Kyōkai Zasshi 87-2 (1969) 1312 ff.; S. NODA, *Kaiko* [Die Kündigung], in: NIHON RŌDŌ-HŌ GAKKAI (Hrsg.), *Gendai rōdō-hō kōza Nr. 10 Rōdō keiyaku – shūgyō kisoku* [Gegenwärtiges Arbeitsrecht Nr. 10 Arbeitsvertrag – Arbeitsordnung] (Tōkyō 1982) 211 ff.

59 Vgl. YONEZU (Fn. 3) 689 f.; Y. SHIMADA, *Kaiko kisei o meguru rippō-ron no kadai* [Aufgaben für die Gesetzgebung zur Kündigungsregelung], in: Nihon Rōdō-hō Gakkai-shi 99 (2002) 79.

persönliche Interessen wichtig werden, macht die Wissenschaft inzwischen geltend, dass der Kündigungsschutz nicht nur mit dem Existenzrecht (Art. 25 der Verfassung⁶⁰) oder dem Recht auf Arbeit (Art. 27 Abs. 1 der Verf.), sondern auch mit dem Gedanken der Menschenwürde bzw. Selbstbestimmung (Art. 13 der Verf.) begründet werden soll.⁶¹

Vom Standpunkt der Menschenwürde aus kann eine Kündigung ein charakterliches oder geistiges Defizit bzw. Unfähigkeit implizieren und durch Entzug von Wertschätzung oder Selbstverwirklichung negative Folgen auf den Lebensinhalt oder die Karrieregestaltung eines Menschen haben.⁶² Im akademischen Bereich, der das Recht auf Selbstbestimmung hervorhebt, wird ausgeführt, dass ein Arbeitnehmer nur dann aufgrund seiner Selbstbestimmung betrieblich eigene Rechte geltend machen, eine Anweisung des Arbeitgebers, welche vom Arbeitsvertrag abweicht, verweigern oder eine für ihn nachteilige Änderung der Arbeitsbedingungen ablehnen kann, wenn er vor willkürlicher Kündigung ausreichend geschützt ist.⁶³

Wenn man die Menschenwürde bzw. Selbstbestimmung als wesentliche Begründung für den Kündigungsschutz heranzieht, kann trotz des Rückgangs der Langzeitbeschäftigung sowie des flexiblen Arbeitsmarkts keine Deregulierung der Kündigungsbestimmungen zugelassen werden, da sonst das Persönlichkeitsinteresse oder die Selbstverwirklichung des Arbeitnehmers geschädigt wird.⁶⁴

Deshalb messen einige Juristen in Japan der Qualität oder dem Inhalt einer Arbeit sowie dem Persönlichkeitsinteresse einen hohen Wert zu und begründen den Kündigungsschutz mit dem Recht auf Arbeit. So solle eine Arbeit die Erfordernisse der Menschenwürde, des Existenzrechts und der Gleichheit vor dem Gesetz (Art. 14 Abs. 1 der Verf.) decken und dem von der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) vorgeschlagenen Begriff „decent Work“ entsprechen, der eine für den Arbeitnehmer geeignete Beschäftigung mit angemessenen Arbeitsbedingungen, einer Garantie auf die Sozialrechte

60 Japanische Verfassung (*Nihon-koku Kenpō*) von 1946.

61 M. TSUCHIDA, *Kaiko-ken ranyō hōri no seitō-sei* [Eine Rechtfertigung des Prinzips vom Rechtsmissbrauch im Kündigungsrecht], in: Ōtake/Ōuchi/Yamakawa (Hrsg.), *Kaiko hōsei o kangaeru – hōgaku to keizai-gaku no shiten* [Betrachtungen zur Kündigungsregelung – vom rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Standpunkt aus] (ergänzte Aufl., Tōkyō 2004) 110; T. FUJIWARA, *Seiri kaiko hōri no sai-kentō* [Überprüfung des Kündigungsrechts bei betriebsbedingter Kündigung], in: Ōtake/Ōuchi/Yamakawa (Hrsg.) (diese Fn.) 153 ff.

62 Vgl. T. MURANAKA, *Nihonteki koyō kankō no henyō to kaiko seigen hōri* [Veränderungen in der japanischen Beschäftigungspraxis und das Kündigungsschutzrecht], in *Minshō-hō Zasshi* 119-4/5 (1999) 605 f.

63 S. NISHITANI, *Kisei ga sasaeru jiko kettei – rōdō-hō-teki kisei shisutemu no saikō chiku* [Die durch Regelungen gestützte Selbstbestimmung – Neuformung des arbeitsrechtlichen Regelungssystems] (Kyōto 2004) 398. Vgl. auch M. YOSHIDA, *Kaiko hōsei to kisei kanwa* [Kündigungsrecht und Deregulierung], in: Yoroï/Wakita/Goga, *Kisei kanwa to rōdō-sha – rōdō hōsei* [Deregulierung und Arbeitnehmer – rechtliche Regelungen der Arbeit] (Tōkyō 2001) 260 f.

64 Vgl. MURANAKA (Fn. 25) 195.

bzw. eine Berufsausbildung sowie sozialen Dialog bzw. soziale Teilnahme bei Gleichheit der Geschlechter meint.⁶⁵

2. *Pflicht zur Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses aus dem Vertrauensverhältnis heraus*

Eine Lehrrichtung spricht sich für die Pflicht des Arbeitgebers zur Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses aus. Denn dieser unterliege der Pflicht, die durch Treu und Glauben (Art. 1 Abs. 2 ZG) als Pflicht zur Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses konkretisiert werde, welche sich wiederum auf das Recht auf Arbeit (Art. 27 Abs. 1 der Verf.) stütze. Zur Bestimmung der Pflicht zur Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses wurden folgende Kriterien entwickelt:

Erstens solle ein Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis grundsätzlich aufrechterhalten, es sei denn es liegen so schwere verhaltensbedingte Gründe vor, dass die Arbeitsbedingungen nicht mehr gewährleistet sind oder der Arbeitgeber seine Pflicht zur Kündigungsvermeidung deutlich erfüllt habe.

Zweitens sei er zur Vermeidung von Nachteilen gegenüber dem Arbeitnehmer verpflichtet, auch wenn dieser seine arbeitsvertraglichen Pflichten nicht mehr einhalte. Das heißt, er solle diesem bis zu mittelschwerem Fehlverhalten eine Entlassung androhen oder eine Ersatzzahlung bei fehlender Ankündigung leisten (Art. 20 Abs. 1 Arbeitsstandardgesetz: ASG⁶⁶). Nur bei ernststen Gründen sei er von der Pflicht zur Vermeidung von Nachteilen gegenüber dem Arbeitnehmer befreit.

Drittens solle der Arbeitgeber schon vor Beendigung des Arbeitsvertrags dem Arbeitnehmer in einem persönlichen Gespräch die Gründe für die drohende Entlassung darlegen und bei erfolgter Kündigung die Gründe dann erneut konkret erklären und mitteilen.⁶⁷

Das Besondere dieses Lehransatzes ist, dass aus der Pflicht zur Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses nicht nur eine materielle, sondern auch eine prozessuale Regelung folgen soll. Ebenso meint eine andere Theorie: Der Arbeitgeber solle wegen der Schutzbedürftigkeit der persönlichkeitsrechtlichen Interessen des Arbeitnehmers, die sich aus der Menschenwürde (Art. 13 der Verf.), dem Existenzrecht (Art. 25 Abs. 1 der Verf.) und dem Recht auf Arbeit (Art. 27 Abs. 1 der Verf.) herleite, zunächst zu einem milderen Mittel wie etwa einer Versetzung verpflichtet sein, falls das betriebliche Ziel so erreicht werden könne. Dann solle er dem Arbeitnehmer die Entlassung androhen, ihm Gelegenheit zur Rechtfertigung geben und bei letzlichem Ausspruch der Kündigung die Gründe

65 H. WADA, *Jinken hoshō to rōdō-hō* [Garantie der Menschenrechte und Arbeitsrecht] (Tōkyō 2008) 282 f.; S. NISHITANI, *Jinken to shite no decent work – hatarakigai no aru ningen rashii shigoto* [Decent work als Menschenrecht – eine lohnende und menschenwürdige Arbeit] (Tōkyō 2011) 42 ff.; K. ARITA, *Shūrō kachi-ron no igi to kadai* [Bedeutung und Aufgabe der Theorie vom Wert der Arbeit], in: *Nihon Rōdō-hō Gakkai-shi* 124 (2014) 115 f.

66 *Rōdō kijun-hō*, Gesetz Nr. 49/1947.

67 M. KAWAGUCHI/K. FURUKAWA, *Rōdō keiyaku shūryō hōri no sai-kōsei* [Neuformung der Rechtsgrundsätze zur Beendigung des Arbeitsvertrags], in: *Kikan Rōdō-hō* 204 (2004) 52 ff.

darlegen und sich bemühen, ihre Konsequenzen abzumildern, da seine Rechtsausübung vor allem dem Verbot des Rechtsmissbrauchs unterliege.⁶⁸

Diese Lehrmeinung, die sowohl eine materielle wie prozessuale Regelung abzuleiten versucht, kann einige wichtige Aspekte aufzeigen, denn bisher wurde zur verhaltensbedingten Kündigung nicht gründlich untersucht, womit eine prozessuale Regelung wie Aufklärung, Besprechung oder Aufzeigen des Kündigungsgrundes begründet werden soll.

Zwar sollen damit die verfassungsrechtlichen Aspekte als wesentlich für den Kündigungsschutz gelten, aber allein daraus lässt sich keine konkrete Regelgestaltung folgern.⁶⁹ Zudem ist es nicht einfach, aus dem abstrakten Begriff der „Pflicht zur Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses“ zu schließen, was für ein Fehlverhalten einen „überaus schweren verhaltensbedingten Grund“ für eine Kündigung darstellt, und in welchen Fällen ein Arbeitgeber ein „milderes Mittel“ versuchen und welche Mittel er anwenden soll. Diese ungenügende Herleitbarkeit der materiellen Regelung und die unklare Beurteilbarkeit, bei welchem Handeln und nach welchem alternativen Versuch ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer wirksam entlassen darf, stellen die Rechtslehre vor einige Hürden.

Zur Klassifizierung der Kündigung bei Arbeitnehmerverhalten wird neuerdings versucht, aus den Eigenschaften und Existenzgründen des Kündigungssystems heraus die dem Kündigungsrecht immanenten einschränkenden Prinzipien herauszufinden und daraus konkrete Kriterien zu formen. Dieser akademische Ansatz meint, dass das Verhältnismäßigkeits- oder Prognoseprinzip im deutschen Kündigungsrecht maßgebend sei und auch in Japan geltend gemacht werden könne.

3. *Verhältnismäßigkeits- und Prognoseprinzip*

Die führende Lehrrichtung in Japan, die das Verhältnismäßigkeits- und Prognoseprinzip in das japanische Kündigungsrecht einzuführen versucht, geht davon aus, dass das Kündigungsrecht keine „gänzliche Freiheit“ des Arbeitgebers, sondern ein bedingtes Recht in dem Sinne sei, dass seine Rechtsausübung sachliche Gründe voraussetze und gerade diese Bedingung die wesentliche Basis für den Kündigungsschutz sei.⁷⁰ Diese Lehrmeinung spricht sich für das Prognoseprinzip aus, weil die Kündigung eines fortlaufenden Vertragsverhältnisses eine *ex nunc*-Wirkung habe und die Wahrnehmung des Kündigungsrechts auf die Befreiung von zukünftiger vertraglicher Bindung ziele, womit der ihm immanente Ultima-Ratio-Grundsatz (das Verhältnismäßigkeitsprinzip) bei einer Ausübung des Gestaltungsrechts dem Arbeitgeber zugewiesen werden solle.⁷¹

68 Y. MOTOHISA, *Kaiko seigen no kihanteki konkyo* [Normative Gründe für den Kündigungsschutz], in: *Nihon Rōdō-hō Gakkai-shi* 99 (2002) 20 ff.

69 I. NEMOTO, *Kaiko hōri no rironteki kadai* [Theoretische Aufgaben beim Kündigungsrecht], in: *Rōdō Hōritsu Junpō* 1495/96 (2001) 36.

70 NEMOTO (Fn. 69) 36.

71 I. NEMOTO, *Kaiko hōri ni okeru saigoteki shudan no gensoku to shōrai yosoku no gensoku – Doitsu ni okeru riron no shōkai to kentō* [Der Ultima-Ratio-Grundsatz und das Prognose-

Diesem Ansatz gemäß wird eine Versetzung oder Umschulung in der Regel als Maßnahme zur Vermeidung der personenbedingten Kündigung und eine Abmahnung als geeignetste Sanktion zur Vermeidung der verhaltensbedingten Kündigung betrachtet. Ferner soll ein mildes Vorgehen zu einem besseren Verhalten führen, wobei ein wichtiges Kriterium darin bestehe, ob das Risiko der Wiederholung der ein- oder mehrmaligen Vertragsverletzung besteht.⁷² Damit wird das Verhältnismäßigkeits- oder Prognoseprinzip zunehmend als Hauptbegründung für den Kündigungsschutz verstanden. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip wird infolge der Eigenschaft der Kündigung als Ausübung eines Gestaltungsrechts angewandt, um einen Interessenausgleich zwischen den Vertragsparteien zu gewährleisten.⁷³

Eine andere Theorie macht geltend, dass eine Kündigung einen schweren Eingriff in die Rechte des Arbeitnehmers darstelle, weshalb der Arbeitgeber möglichst ein mildes Mittel (Suspendierung, Versetzung, Weiterbildung oder Hilfe bei der Arbeitsausführung) wählen solle (Verhältnismäßigkeitsprinzip) und die Kündigung nur dann zulässig sei, wenn die Schlechtleistung sich voraussichtlich auch künftig fortsetzen werde (Prognoseprinzip).⁷⁴

Derzeit ist schwer zu sagen, ob für die verhaltensbedingte Kündigung schon deutliche Regeln vorliegen, da die Rechtsprechung bisher nur aufgrund des Rechtsmissbrauchsprinzips (Art. 16 AVG) unter umfassender Berücksichtigung aller Umstände jeden Fall prüfte. Im Unterschied dazu revidiert die neue japanische Rechtslehre, die das Verhältnismäßigkeits- und Prognoseprinzip im Kündigungsrecht anwenden möchte, berechtigterweise die alte Regelung, die davon ausgeht, dass der Arbeitgeber *a priori* das Kündigungsrecht besitzt. Somit wird akademisch geprüft, wie die Regelung durch normative Grundsätze oder Prinzipien neu gestaltet werden kann, um dann deutliche und konkrete Prüfungskriterien aufzustellen.⁷⁵

4. Hervorhebung der prozessualen Regelung

Die zuletzt genannte Theorie stellt ausschließlich auf die prozessuale Prüfung ab, während bei den anderen Vorschlägen die materielle Prüfung eine wichtige Rolle spielt oder

prinzip im Kündigungsrecht – Vorstellung und Betrachtung der Theorien in Deutschland], in: Nihon Rōdō-hō Gakkai-shi 94 (1999) 206 f. Vgl. auch NEMOTO (Fn. 69) 35 f.

72 NEMOTO (Fn. 22) 64.

73 T. FUJIWARA, *Kaiko seigen* [Kündigungsschutz], in: Kaneko/Nishitani (Hrsg.), *Kihon-hō konmentāru rōdō kijun-hō* [Kommentar zum Arbeitsstandardgesetz] (5. Aufl., Tōkyō 2006) 101.

74 T. YONEZU, *Kaiko hōri ni kansuru kisoteki kōsatsu* [Grundlegenden Betrachtungen zum Kündigungsrecht], in: Nishitani/Nemoto (Hrsg.), *Rōdō keiyaku to hō* [Arbeitsvertrag und Recht] (Tōkyō 2011) 283 f.

75 Vgl. auch NISHITANI (Fn. 29) 408 f. und 412 f.; E. HOSOTANI, *Rōdō-sha no kagokōi o riyū to suru kaiko seigen hōri – doitsu-hō no shōkai kentō o chūshin to shite* [Das Kündigungsschutzrecht bei verhaltensbedingter Kündigung – Vorstellung und Betrachtung des deutschen Rechts], in: Ōsaka Keizai-hō-ka Daigaku Hōgaku Ronshū 59 (2004) 49 ff.

die prozessuale Prüfung nur angefügt wird. Eine solche typische Lehrmeinung sagt, dass die Prüfungskriterien gemäß Art. 18 Nr. 2 ASG (Rechtsmissbrauch des Kündigungsrechts – diese Vorschrift ist seit 2007 in Art. 16 AVG umgesetzt) prinzipiell zur prozessualen Regelung umzugestalten seien und diese dann als notwendige Voraussetzung für die Wirksamkeit der Kündigung festgelegt werden sollten. So soll der Arbeitgeber vor allem im direkten Gespräch den Arbeitnehmer ausreichend und überzeugend informieren, um zu entscheiden, ob eine Kündigung des Arbeitsvertrags richtig ist.⁷⁶

Die Theorie zur prozessualen Prüfung ist zwar nützlich, doch würde es zu einer Herabsetzung der Regelungsstandards führen, wenn sich die Gerichte ausschließlich auf die Prüfung beschränken, wie der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer den Kündigungsgrund besprach. Die Rechtsprechung dagegen betont die materielle Regelung und fragt, inwieweit Grad oder Folgen des Arbeitnehmerfehlverhaltens gravierend waren, unter welcher Arbeitsbedingung oder Betriebsorganisation es auftrat, und ob der Arbeitgeber andere Mittel hätte anwenden können. Eigentlich sollte die prozessuale Regelung, da sie aufgrund des Existenzrechts, des Rechts auf Arbeit und der Menschenwürde zur Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses beitragen soll, im Wesentlichen die materielle Regelung ersetzen. Doch verlangt die Wissenschaft, die für die Verfahrensregeln wirbt, vom Arbeitgeber explizit ein Befolgen von Prozeduren, weshalb die materielle Regelung mit ihrer Forderung nach vernünftigen Gründen für eine Kündigung von der prozessualen Regelung nicht ersetzt werden kann.⁷⁷

IV. DIE NEUGESTALTUNG DES JAPANISCHEN KÜNDIGUNGSRECHTS UND KÜNFTIGE AUFGABEN

1. *Mögliche Richtlinien für eine Umformung*

Unter Berücksichtigung der Besonderheiten und Grenzen der gegenwärtigen japanischen Rechtsprechung und Rechtswissenschaft können folgende Aspekte zur Umgestaltung des Kündigungsrechts in Japan vorgeschlagen werden:

Zunächst sollte das Kündigungsrecht nicht nur mit dem Existenzrecht (Art. 25 der Verf.), das vor allem das finanzielle Interesse des Arbeitnehmers hervorhebt, sondern auch mit dem Gedanken der Menschenwürde und Selbstbestimmung (Art. 13 der Verf.) sowie dem Recht auf Arbeit (Art. 27 Abs. 1 der Verf.), das das Persönlichkeitsinteresse umfasst, begründet werden. Sonst würde die auf dem Prinzip des Rechtsmissbrauchs basierte Kündigungsregelung (Art. 16 AVG) wegen der Abnahme der Langzeitbeschäftigung und Zunahme eines flexiblen Stellenmarkts weiter dereguliert. Entsprechend werden die mit einer Kündigung verbundenen finanziellen und seelisch-persönlichkeitsrechtlichen Nachteile bereits von Arbeitnehmern zunehmend problematisiert.

76 S. ŌUCHI, *Kaiko hōsei no „pro veritate“* [Das „pro veritate“ im Kündigungsrecht], in: Ōtake/Ōuchi/Yamakawa (Hrsg.) (Fn. 61) 256 ff.

77 Vgl. TSUCHIDA (Fn. 61) 112.

Da die Kündigungsregeln nach dem Missbrauchsprinzip normativ nicht ausreichend begründet sind, ist bei der Klärung, ob vor einer Kündigung alle mildereren Mittel versucht wurden, auch bei den genannten Lehrensätzen für die Begründung der Kündigungsregelung vom Standpunkt des Verhältnismäßigkeits- und Prognoseprinzips aus sehr geeignet. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip wird wegen der Eigenschaft der Kündigung als Ausübung eines Gestaltungsrechts und das Prognoseprinzip wegen der „*ex-nunc*-Wirkung“ des gekündigten Dauervertragsverhältnisses einsetzbar. Damit werden der Kündigungsschutz und die dem Kündigungsrecht immanenten und limitierenden Rechtsgrundsätze normativ begründet, womit als Kriterium – anstelle der Prüfung des Rechtsmissbrauchs – das Prinzip gilt, ob ein berechtigter Grund für das Recht auf Kündigung besteht.

Auch bei arbeitsrechtlichen Urteilen ist der Verhältnismäßigkeitsgedanke in einige Bereiche eingeflossen, wo er als Prinzip verstanden wird, die Rechte von Arbeitgeber und Arbeitnehmer auszugleichen, falls kein gesetzliches Instrument zur Interessenabwägung besteht.⁷⁸ Durch den Umstand, dass sich die Rechtslehre und Rechtspraxis manchmal für den Grundsatz der „Kündigung als letztes Mittel“ (*saigo no shudan gensoku*) aussprechen,⁷⁹ können japanische Richter die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, das die Formel der „Kündigung als letztes Mittel“ präzisieren lässt, somit künftig leichter übernehmen.⁸⁰

Prinzipiell kommt eine Kündigung, die für den Arbeitnehmer sehr nachteilig ist, erst dann in Frage, wenn sein Fehlverhalten oder Leistungsabfall schwerwiegend ist und der Arbeitgeber große Nachteile oder Schäden erleidet. Dabei muss ergänzt werden: Bei einer sachlichen Beurteilung des Arbeitnehmerfehlverhaltens ist wichtig zu prüfen, ob im Rahmen seiner Tätigkeitsart, der konkreten Arbeitsanforderungen oder spezieller Betriebsumstände nicht der Arbeitgeber oder gegebenenfalls ein Kollege die unmittelbare oder mittelbare Ursache für sein Fehlverhalten waren.⁸¹ Dann soll stets nach denselben Prinzipien untersucht werden, ob der Arbeitgeber bemüht war, die Kündigung anderweitig (Versetzung, Abmahnung, Umschulung) zu vermeiden, da dies eine notwendige Voraussetzung für die Wirksamkeit der Kündigung ist.⁸²

78 Vgl. I. NEMOTO, *Kaiko kisei to rippō seisaku* [Die Kündigungsregelung und die Gesetzgebungspolitik], in: Nishitani/Nakajima/Okuda (Hrsg.), *Tenkan-ki rōdō-hō o kadai – henyō suru kigyō shakai to rōdō-hō* [Aufgaben zum Arbeitsrecht am Wendepunkt – die sich wandelnde Unternehmenswelt und das Arbeitsrecht] (Tōkyō 2003) 280; OG Tōkyō, Urt. v. 11.12.2003, in: Rōdō Hanrei 867, 5.

79 So etwa: TSUCHIDA (Fn. 26) 581; DG Tōkyō, Urt. v. 23.1.2012, in: Rōdō Hanrei 1047, 74.

80 Vgl. K. IRAHARA, *Futsū kaiko to kaiko-ken ranyō hōri* [Die ordentliche Kündigung und die Grundsätze zum Rechtsmissbrauch beim Kündigungsrecht], in: Shiraishi (Hrsg.), *Saiban jitsumu shirīzu 1 – Rōdō kankei soshō no jitsumu* [Reihe zur Gerichtspraxis 1: Die Praxis im arbeitsrechtlichen Prozess] (Tōkyō 2012) 271.

81 Vgl. BAG, Urt. v. 17.1.2008, AP Nr. 85 zu § 1 KSchG 1969.

82 NEMOTO (Fn. 78) 281.

Nach dem Prognoseprinzip begründet die begangene Vertragsverletzung als solche nicht den Kündigungsgrund, sondern es sollen eine künftige Verhaltensbesserung und mögliche Einflüsse auf das Arbeitsverhältnis beurteilt werden. In Japan üben Arbeitgeber eine ordentliche Kündigung manchmal zum Zweck der Sanktionierung aus. Dabei kommt es vor, dass in der Arbeitsordnung als Kündigungsgrund eine „Leistungsminde-
rung“ wie auch der folgende Satz „wenn keine Aussicht auf Verbesserung des Verhaltens besteht“ vermerkt ist. Oft werden Entlassungen auch dann vorgenommen, wenn zuvor mildere Mittel verhängt wurden, aber keine Besserung registriert wird. Gerichte erkennen das Prognoseprinzip somit inzwischen an.⁸³ Soweit sich dieses legitimieren lässt, sollte der „Sanktionscharakter“ einer ordentlichen Kündigung prinzipiell verneint werden. Bei der Prüfung einer Kündigung kann außerdem der Verschuldensgrad des Arbeitnehmers von Bedeutung sein, weshalb das Verschuldensprinzip eine wichtige Wertung von Verhalten oder Tat darstellt und das Prognoseprinzip sinnvoll ergänzen kann.⁸⁴

Auch die Abmahnung erhielt in neueren Urteilen mehr Gewicht. Ihrer Funktion gemäß soll der Arbeitgeber die Vertragsverletzung des Arbeitnehmers klar und erkennbar ansprechen und ihn explizit darauf hinweisen, dass der Bestand des Arbeitsverhältnisses bedroht ist, falls sich gleichartiges Fehlverhalten wiederholt.⁸⁵ Will der Arbeitgeber mit der Abmahnung überdies eine bessere Leistung oder ein bestimmtes Ergebnis einfordern, muss er konkrete Anweisungen geben, die Arbeitsweise ändern lassen, Ursachen der Leistungsminde-
rung klären, sein Problembewusstsein mit dem Arbeitnehmer teilen und so die Verbesserung wirksam fördern. Wird dies nicht erfüllt, kann die Abmahnung nicht als effektives Warnmittel gesehen werden.⁸⁶ Ferner liegt kein Kündigungsgrund vor, falls der Arbeitnehmer nach der Abmahnung entgegen einer Verbesserungsprognose die Leistung dennoch kurz unterschreitet und keinen angemessenen Zeitraum für eine Leistungssteigerung erhält.⁸⁷

Der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmer grundsätzlich im Voraus abzumahnern, da ein Verhalten, das durch Willen gesteuert wird, korrigiert werden kann. Die Abmahnung ist ausnahmsweise dann entbehrlich, wenn eine Verhaltenskorrektur von vornherein ausgeschlossen oder wenigstens äußerst unwahrscheinlich und die Pflichtverletzung so ernst ist, dass die sofortige (fristlose) Kündigung zulässig ist.⁸⁸

Die Frage, wann die Abmahnung wegen gravierender Pflichtverletzung konkret entbehrlich ist, lässt sich so beantworten: Einerseits soll der Arbeitnehmer zunächst abgemahnt werden, wenn er z. B. vorsätzlich Falsches tat, es aber bedauert und Besserung

83 DG Tōkyō, Urt. v. 23.1.2012, in: Rōdō Hanrei 1047, 74; IRAHARA (Fn. 80) 271.

84 Zu der Diskussion in Deutschland vgl. PREIS (Fn. 40) 333 ff.

85 DG Sendai, Urt. v. 24.12.2008, in: Rōdō Hanrei 1018, 12; OG Sendai, Urt. v. 30.7.2009, in: Rōdō Hanrei 1018, 9.

86 DG Tōkyō, Urt. v. 5.10.2012, in: Hanrei Taimuzu 1389, 172; OG Tōkyō, Urt. v. 24.4.2013, in: Rōdō Hanrei 1074, 75.

87 Vgl. DG Tōkyō, Urt. v. 23.1.2012, in: Rōdō Hanrei 1047, 74.

88 Vgl. FUJIWARA (Fn. 73) 103.

verspricht und die Konsequenzen nicht schwerwiegend waren,⁸⁹ oder er zwar schwerwiegende Vertragsverletzungen wiederholt beging, der Arbeitgeber ihn aber weder wirksam maßregelte noch anwies, sein Verhalten zu korrigieren und ihn eventuell zuvor sogar befördert hatte.⁹⁰ Andererseits kann eine Kündigung ohne vorige Abmahnung nur gelten, wenn der Arbeitnehmer durch erhebliche Pflichtverletzung, gegebenenfalls mit Vorsatz, dem Arbeitgeber einen hohen Schaden oder Nachteil zufügte und kein Mitverschulden bzw. keine Fehler auf der Arbeitgeberseite festzustellen sind.⁹¹

Zuletzt kommt es auf die Interessenabwägung zwischen beiden Vertragsparteien an. Gerichte prüfen manchmal zum Schluss, ob weitere Umstände bestehen, die den Arbeitnehmer entlasten, etwa die frühere Arbeitsleistung oder das bisherige Verhalten, die Dauer der Betriebszugehörigkeit und Maßnahmen des Arbeitgebers bei gleichartigem Verhalten anderer Mitarbeiter (Gleichbehandlungsgedanke). Diese abschließende gerichtliche Untersuchung soll nun deutlich als notwendige Interessenabwägung, welche aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip rührt, etabliert werden.

Entscheidend ist, die herkömmlichen Prüfungskriterien, die Richter aus den gesellschaftlichen Werten und der normativen Sicht auf das Arbeitsverhältnis in Japan entwickelt und angewandt haben,⁹² durch das Verhältnismäßigkeits- und Prognoseprinzip zu klaren Normen und allgemeingültigen Regeln zu erweitern. Insgesamt besteht das japanische Kündigungsrecht aus der materiellen wie auch der prozessualen Regelung (Art. 20 ASG⁹³ und Art. 22 ASG⁹⁴). Als neues Prinzip kann insbesondere eine erforderliche Aufklärung und Besprechung der Gründe vor einer Kündigung aus den Grundrechten wie dem Recht auf Arbeit (Art. 27 Abs. 1 Verf.), der Menschenwürde (Art. 13 Verf.), dem Existenzrecht (Art. 25 Verf.) sowie Treu und Glauben hergeleitet werden. Solche prozessualen Regelungen sind somit auch Aufgabe der Gesetzgebung. Wenn das Kündigungsrecht so umgestaltet wird, können die Prüfungskriterien im hohen Maße geklärt und gerichtliche Entscheidungen leichter vorhergesehen werden.

89 Vgl. OG Tōkyō, Urt. v. 17.6.1994, in: Rōdō Hanrei 654, 25.

90 Vgl. DG Sendai, Urt. v. 24.12.2008, in: Rōdō Hanrei 1018, 12; OG Sendai Urt. v. 30.7.2009, in: Rōdō Hanrei 1018, 9.

91 Zum Erfordernis der Abmahnung im deutschen Kündigungsrecht vgl. W. BERKOWSKY, Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung (4. Aufl., München 2005) 222; KRAUSE (Fn. 12) 230 ff.; DÖRNER/VOSSEN (Fn. 10) 343; BAG, Urt. v. 23.6.2009, AP Nr. 59 zu § 1 KSchG 1969, Verhaltensbedingte Kündigung; BAG, Urt. v. 10.6.2010, AP Nr. 229 zu § 626 BGB.

92 Vgl. YONEZU (Fn. 3) 691; MOTOHISA (Fn. 68) 20.

93 Nach Art. 20 ASG muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mit einer Frist von mindestens 30 Tagen kündigen. Kündigt er ihm davor, muss er ihm das durchschnittliche Entgelt für mehr als 30 Tage zahlen.

94 Nach Art. 22 Abs. 1 ASG muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer auf dessen Verlangen beim Ausscheiden ein Zeugnis aushändigen, in dem im Fall einer Kündigung der Grund dafür angegeben ist. Nach Abs. 2 muss auf Verlangen des Arbeitnehmers der Arbeitgeber ihm vom Zeitpunkt der Kündigungsankündigung bis zum Ausscheiden eine Bescheinigung mit dem Kündigungsgrund geben.

2. *Zum Verhältnis von Einstellungsbedingung und Regelungsstandard*

So bleibt noch die Frage, ob die Kondition, unter der jemand eingestellt wurde, einen direkten Einfluss auf die Höhe des Kündigungsschutzes haben soll, das heißt, ob die bisherige Sicht der japanischen Rechtsprechung und Lehre akzeptabel ist.⁹⁵ Demnach soll bei Fachkräften oder leitenden Angestellten, die unter der Bedingung einer bestimmten Tätigkeit oder Fähigkeit angestellt wurden, ein geringerer Kündigungsschutz als bei Stammbeschäftigten gelten, die ohne solche Voraussetzung eingestellt wurden, womit im ersteren Fall ein bloßes Unterlaufen der Durchschnittsleistung einen Kündigungsgrund darstellen kann und der Arbeitgeber weniger verpflichtet ist, sich für eine Kündigungsalternative zu engagieren.

Jedoch ist die Differenzierung zwischen Stammbeschäftigten, die der Praxis der langfristigen Beschäftigung entsprechen, sowie Fachkräften oder leitenden Angestellten inzwischen deutlich relativiert. Vielmehr bestehen meist Zwischenformen, da Fachkräfte oder leitende Angestellte manchmal bis zur Altersgrenze im Betrieb bleiben oder ihre anfangs festgelegte Tätigkeit später abgeändert wird.⁹⁶ Daher sollte ihre Entlassung unter den gleichen Kriterien wie bei Stammbeschäftigten geprüft werden, auch wenn Fachkräfte oder leitende Angestellte ein höheres Gehalt beziehen, denn dieses stellt eine zentrale Lebensnotwendigkeit dar, und sie erwarten berechtigterweise die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses.⁹⁷

Die Kündigung von Fachkräften oder leitenden Angestellten wird damit begründet, dass sie eine höhere Befähigung zur Berufsausführung besitzen, womit ihre Leistung strenger bewertet werden kann und das Unterschreiten der Durchschnittsleistung schwerer wiegt; außerdem können sie nur sehr begrenzt versetzt werden. Doch sind manche Gerichtsurteile nicht überzeugend (auch wenn das Prinzip des Rechtsmissbrauchs nicht verletzt wurde), wenn sie ausführen, dass der Arbeitgeber die Versetzung eines leistungsschwachen leitenden Angestellten nicht habe erwägen müssen, da er diesen einzig in dieser Funktion wünsche,⁹⁸ oder dass ein Kündigungsgrund bereits vorliege, wenn die Leistung eines Fachangestellten den Durchschnitt nicht überragt.⁹⁹

Sollte das Verhältnismäßigkeits- und Prognoseprinzip in Japan zum Rechtsgrundsatz werden, muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer z. B. durch eine Vertragsänderung im Rahmen des Möglichen eine Versetzung vorschlagen, soweit noch ein offener Arbeitsplatz verfügbar ist, auch wenn dessen Tätigkeit vertraglich bestimmt ist.¹⁰⁰ Auch in Bezug auf Inhalt und Erfordernis einer Abmahnung sollten prinzipiell keine Unterschiede bei Stammbeschäftigten, Fachkräften und leitenden Angestellten bestehen. Dann können

95 Siehe oben: II.1.a).

96 MURANAKA (Fn. 25) 208 f.

97 NISHITANI (Fn. 29) 411.

98 OG Tōkyō, Urt. v. 30.3.1984, in: Rōdō Hanrei 437, 41.

99 DG Tōkyō, Urt. v. 26.4.2000, in: Rōdō Hanrei 789, 21.

100 Vgl. MURANAKA (Fn. 25) 214 f.; FUJIWARA (Fn. 73) 102; NISHITANI (Fn. 29) 417.

die strengen und klaren Kündigungsregelungen in Deutschland für Arbeitnehmer, die unter der Bedingung einer spezifischen Tätigkeit und eines festen Arbeitsfelds eingestellt sind,¹⁰¹ zur Revidierung der Vorgehensweise in Japan herangezogen werden, die das Schutzniveau bisher von der Art oder der Bedingung der Einstellung abhängig macht.

Es folgt der anfangs genannte Vorschlag eines Beratungsorgans zu den sogenannten „bedingten Stammbeschäftigten“, wonach diesen leicht gekündigt werden könne, wenn es ihr Arbeitsfeld oder ihre Tätigkeit nicht mehr gibt.¹⁰² Dagegen wurde angeführt, dass das einen negativen Einfluss auf die Kündigungspraxis von Fachkräften oder leitenden Angestellten bei Schlecht- oder Minderleistung haben könne. Denn wenn der vereinbarte Arbeitsplatz oder Bereich eines *bedingten Stammbeschäftigten* nicht mehr existiert, werde die Pflicht zur Kündigungsvermeidung gelockert, die eng mit der vertraglichen umfangreichen Personalbefugnis des Arbeitgebers verknüpft ist.¹⁰³

Hier kann widersprochen werden: Die Tatsache, dass in der Arbeitsordnung der Wegfall des Arbeitsplatzes oder der Tätigkeit einen Kündigungsgrund darstellt, ist wenig relevant, da sie durch Anhörung der Arbeitnehmervertretung wie auch durch den Arbeitgeber einseitig neugefasst oder geändert werden kann. Vielmehr sollen das Persönlichkeits- und das Existenzrecht bei der Arbeit sowie das Verhältnismäßigkeits- und Prognoseprinzip den Vorrang im Kündigungsrecht vor der Arbeitsordnung haben. Dann wäre ein Unternehmen verpflichtet, einen *bedingten Stammbeschäftigten* durch eine Vertragsänderung in einen anderen Bereich zu versetzen.¹⁰⁴ So soll der Arbeitgeber bei betriebs- oder verhaltensbedingter Kündigung sowohl von *bedingten Stammbeschäftigten* als auch von Fachkräften oder leitenden Angestellten prinzipiell nicht von der Pflicht zur Vermeidung der Kündigung befreit sein.

So bleibt noch die Frage der „disziplinarischen Kündigung“. In Deutschland ist eine Kündigung als Disziplinarstrafe grundsätzlich unzulässig. Dagegen wird die disziplinarische Kündigung von der Rechtsprechung und Lehre in Japan unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt.¹⁰⁵ In der Praxis wird sie üblicherweise ohne Kündigungsfrist

101 Vgl. R. VON STEINAU-STEINRÜCK/C. VERNUNFT, *Arbeitsvertragsgestaltung mit Klauselbeispielen für die Praxis* (2. Aufl., Frankfurt a.M. 2014) 13 ff.

102 COUNCIL FOR REGULATORY REFORM EMPLOYMENT WORKING GROUP (Fn. 7) 6.

103 Vgl. M. TSUCHIDA, *Hi-tenkei koyō to kyaria keisei* [Atypische Beschäftigung und Karrieregestaltung], in: *Nihon Rōdō Kenkyū Zasshi* 534 (2004) 46.

104 NISHITANI (Fn. 7) 12; K. KEZUKA, *Gentei sei-shain-ron no hōteki mondai o kangaeru – kubunteki koyō kanri ni okeru rōdō jōken hōri to kaiko hōri* [Betrachtung der rechtlichen Probleme von bedingten Stammbeschäftigten – Rechtsgrundsätze für die Arbeitsbedingung und Kündigung bei differenzierender Personalverwaltung], in: *Kikan Rōdō-hō* 245 (2014) 30.

105 Die disziplinarische Kündigung beinhaltet auch die Eigenschaft der schwersten Bestrafung wie der Entlassung und unterliegt somit den Artt. 15 und 16 AVG. Nach Art. 15 stellt eine Disziplinarstrafe einen Rechtsmissbrauch dar und ist unwirksam, wenn es ihr unter Berücksichtigung des Arbeitnehmerverhaltens und anderer Umstände an einem objektiven vernünftigen Grund fehlt und sie nach allgemeiner gesellschaftlicher Auffassung als unangemessen verstanden wird. Die Rechtsprechung und Lehre in Japan sehen überwiegend die disziplinarische Kündigung unter solchen Voraussetzungen als zulässig an. Nur eine akademische

verhängt, was meist auch eine Kürzung oder Streichung der (oft hohen) Abfindung umfasst. Für einen „disziplinarisch entlassenen“ Arbeitnehmer wird es oft schwierig, eine neue Stelle zu finden. Da damit finanzielle oder seelische Beeinträchtigungen verbunden sind, sollte eine disziplinarische Kündigung strenger als eine ordentliche Kündigung geprüft werden. Sie sollte nur wirksam sein, wenn die Schädigung des Arbeitgeberinteresses sehr schwerwiegend ist, das heißt, wenn die Verletzung der Arbeitspflicht oder Betriebsordnung so gravierend ist, dass ihr durch vertragliche Maßnahmen wie eine ordentliche Kündigung nicht ausreichend begegnet werden kann und der Ausschluss des Angestellten aus dem Betrieb als „Strafe“ notwendig wird.¹⁰⁶ Hier kann das Prognoseprinzip nicht gelten, da diese Art Kündigung die Eigenschaft der höchsten Disziplinarstrafe beinhaltet.

ZUSAMMENFASSUNG

In Japan hat sich neuerdings die Zahl der Fälle erhöht, bei denen Arbeitnehmern aufgrund einer erfolgsorientierten Personalverwaltung wegen Schlecht- oder Minderleistung bzw. „Low-Performance“ das Beschäftigungsverhältnis ordentlich gekündigt wurde. Doch sind die Prüfungskriterien für die verhaltensbedingte Kündigung hinsichtlich eines Rechtsmissbrauchs (Art. 16 Arbeitsvertragsgesetz) undeutlich. Die japanischen Kündigungsregelungen gehen von der bisherigen Praxis der Langzeitbeschäftigung (chōki koyō kankō) aus. So gilt einerseits ein relativ strenger Kündigungsschutz für Stammbeschäftigte (sei-shain), welche ohne die Bedingung einer bestimmten Tätigkeit oder Fähigkeit langfristig angestellt sind, und andererseits ein lockerer Kündigungsschutz bei Fachkräften (senmon-shoku) oder leitenden Angestellten (kanri-shoku), welche unter der Bedingung einer spezifischen Tätigkeit oder Befähigung angestellt sind. Bei Letzteren entfällt die Pflicht des Arbeitgebers zur Kündigungsvermeidung durch eine Versetzung, da der Arbeitgeber bei ihnen vertraglich nur ein eingeschränktes Recht auf Versetzung besitzt.

Der vorliegende Beitrag untersucht das japanische Kündigungsrecht, das flexibel ist und keine ausreichende Rechtssicherheit bietet, und schlägt nach einem Vergleich mit dem deut-

Richtung lehnt sie ab, da sie dem Arbeitnehmer tiefe Persönlichkeitsnachteile bringt und eine Disziplinarstrafe als Mittel zur Aufrechterhaltung der betrieblichen Ordnung eigentlich die Unangemessenheit der ordentlichen Kündigung oder des Schadensersatzanspruchs ergänzen soll. Vgl. S. NISHITANI, *Shūgyō kisoku* [Arbeitsordnung], in: Kataoka (Hrsg.), *Shin-rōdō kijun hōron* [Neuer Kommentar zum Arbeitsstandardgesetz] (Kyōto 1982) 515 f.; K. KEZUKA, *Chōkai no kinō to chōkai-ken shōnin no kihanteki keiki* [Funktionen der Disziplinarstrafe und rechtsnormative Möglichkeiten zur Anerkennung des Rechts auf Disziplinarstrafe], in: *Nihon Rōdō Kyōkai Zasshi* 277 (1982) 24 f.

106 Vgl. M. TSUCHIDA, *Chōkai shobun no hō-ron* [Rechtsgrundsätze zur Disziplinarstrafe], in: TŌKYŌ DAIGAKU RŌDŌ-HŌ KENKYŪ-KAI (Hrsg.), *Chūshaku rōdō kijun-hō jōkan* [Kommentar zum Arbeitsstandardgesetz Bd. 1] (Tōkyō 2003) 256.

schen Recht konkrete Regeln für eine Neugestaltung vor. So soll der Kündigungsschutz nicht nur mit dem Existenzrecht (Art. 25 der japanischen Verfassung), das das wirtschaftliche Interesse des Arbeitnehmers hervorhebt, sondern auch mit dem Gedanken der Menschenwürde bzw. Selbstbestimmung (Art. 13 der Verfassung) und dem Recht auf Arbeit (Art. 27 Abs. 1 der Verfassung), das auch das Persönlichkeitsinteresse des Arbeitnehmers umfassen kann, begründet werden. Damit wird sowohl dem zunehmenden Bewusstseinswandel unter japanischen Arbeitnehmern als auch den Veränderungen in der Beschäftigungspraxis Rechnung getragen.

Ferner soll versucht werden, das deutsche Verhältnismäßigkeits- und Prognoseprinzip in das japanische Kündigungsrecht zu integrieren. Nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip kommt eine Kündigung erst in Frage, wenn die Vertragsverletzung gravierend ist und der Arbeitgeber damit große Nachteile erleidet. Bei einer sachlichen Beurteilung des Arbeitnehmerverhaltens ist es wichtig zu prüfen, ob nicht etwa der Arbeitgeber oder ein Kollege dieses (mit)verursacht hatte. Auch soll untersucht werden, ob vor der Kündigung ein milderes Mittel (z. B. Versetzung, Abmahnung, Umschulung) angewandt wurde, da der Versuch solcher Maßnahmen zur notwendigen Voraussetzung für die Wirksamkeit der Kündigung wird. Nach dem Prognoseprinzip soll eine mögliche künftige Besserung des Arbeitnehmerverhaltens evaluiert werden. Ergänzt werden soll es durch das Verschuldensprinzip, das den Grad des Arbeitnehmerschuldens prüft.

Würden diese Änderungsvorschläge umgesetzt, hätte in Japan der Arbeitgeber den Arbeitnehmer vor einer Kündigung grundsätzlich abzumahnern und damit auf deutlich erkennbare Weise die Vertragsverletzung zur Sprache zu bringen. Fordert er eine höhere Leistung oder ein bestimmtes Ergebnis ein, müsste er konkrete Schritte anwenden, etwa eine Überprüfung der Arbeitsweise, Klärung der Problemursachen und Förderung eines gemeinsamen Problembewusstseins. Die Abmahnung wäre nur dann entbehrlich, wenn eine Korrektur des Verhaltens ausgeschlossen oder die Pflichtverletzung so schwerwiegend ist, dass die fristlose Kündigung zulässig ist. Diese könnte aber nur angewandt werden, wenn der Arbeitnehmer (vorsätzlich) dem Arbeitgeber einen großen Nachteil zufügte, und dieser kein Mitverschulden an der Entstehung der Vertragsverletzung trägt.

Das japanische Kündigungsrecht besteht sowohl aus den genannten materiellen Regelungen, die eine abschließende Interessenabwägung zwischen den Vertragsparteien umfassen, als auch aus den prozessualen Regelungen vor allem der Artt. 20 und 22 im Arbeitsstandardgesetz.

Im Verhältnis zu regulären Stammbeschäftigten benötigen Fachkräfte oder leitende Angestellte in der Regel eine besondere Fähigkeit zur Berufsausführung, weswegen sie wegen einer Unterschreitung der Durchschnittsleistung leichter entlassen werden können. Auch sind sie nur begrenzt versetzbar, wodurch der Arbeitgeber die Möglichkeit einer Versetzung nicht prüfen muss und eine Entlassung schneller vornehmen kann. Beides ist rechtlich problematisch. Deshalb sollte auch hier durch Einführung des Verhältnismäßigkeits- und Prognoseprinzips der Arbeitgeber verpflichtet werden, Fachkräften oder leitenden Angestellten eine Versetzung oder Umschulung durch eine Vertragsänderung vorzuschlagen, auch wenn

deren Tätigkeitsart im Arbeitsvertrag fest bestimmt ist. Auch sollten prinzipiell keine Unterschiede bei den Erfordernissen und dem Inhalt einer Abmahnung zwischen Stammbeschäftigten, Fachkräften oder leitenden Angestellten bestehen.

Auf diese Weise soll das japanische Kündigungsrecht neu justiert werden.

SUMMARY

*In Japan the number of cases where employees' contracts have been terminated by regular notice because of low performance is on the rise. The criteria, however, according to which courts determine whether a dismissal on grounds of conduct has been illegal pursuant to Article 16 of the Law on Employment Contracts are unclear. Japanese rules on termination are tailored towards the traditional custom of long-term employment (*chōki koyō kankō*). They provide for a comparatively strong protection for regular employees (*sei-shain*), who have been employed long-term without a precise job description or specification of qualifications on the one hand and a rather weak protection for skilled employees (*senmon-shoku*) or executives (*kanri-shoku*), who have been employed to perform a specific task or because of a specific qualification. For the latter, the employer's duty to avoid termination by means of relocation does not apply because the employer lacks sufficient contractual authority to do so.*

This article seeks to analyze the Japanese law of termination, which does not provide for sufficient legal certainty, and seeks to propose new rules by examining the German approach. Protection against cancellation should be based not only upon the right of existence (Art. 25 Japanese Constitution), which emphasizes the economic interests of the employee, but also on the idea of human dignity and self-determination (Art. 13 Japanese Constitution) and the right to work (Art. 27 para. 1 Japanese Constitution), which takes into account the personal interests of the employee as well. This approach accommodates the growing change of awareness amongst employees as well as changes in employment practice.

Moreover, the author attempts to transplant the German principles of proportionality and prognosis into the Japanese law of termination. According to the principle of proportionality, an employment contract can only be terminated if the violation of contract by the employee is severe and leads to considerable loss for the employer. When judging the employees behavior objectively, it is necessary to determine whether the employer or a colleague is (partly) responsible. Furthermore, it is necessary to consider whether a less severe measure (e.g. relocation, warning or re-training) has been applied prior to termination, being a precondition for it to be valid. The principle of prognosis calls for an evaluation of possible future improvement of the employee's behavior. It is to be complemented by the principle of fault, which takes into account the degree of fault by the employee.

An adoption of these proposals would in principle require Japanese employers to give employees a warning prior to termination, thereby openly addressing the violation of contract. In case the employer demands improvement of performance by the employee or a specific result of his work, the employer needs to take the appropriate measures, for example an

evaluation of working methods, clarification of the causes for trouble and promotion of a shared awareness of the problem. The warning is only dispensable in cases where a future change of behavior seems impossible or where the violation of contract is so severe that it allows for a termination without notice. That right is restricted to cases where the employee has intentionally and severely harmed the employer and where the employer bears no contributory negligence regarding the violation of contract.

Japanese law of termination consists both of the said material rules that include a final weighing of the interests of both parties, as well as procedural rules, mainly those of Articles 20 and 22 of the Labor Standards Law.

Skilled employees or executives – contrary to regular employees – usually need a certain special qualification and therefore can be let go more easily when falling short of average performance. They cannot be easily relocated either, which is why their contracts can be terminated more easily. Both of these aspects are problematic from a legal perspective. The principles of proportionality and prognosis should be applied in these cases as well and employers should thus be obliged to propose relocation or re-training to skilled employees and executives by means of amending the contract, even though it contains a specific job description. Moreover there should, at least in principle, be no difference in requirements for or content of a warning aimed at regular employees, skilled employees or executives.

The Japanese law of termination should be re-adjusted by introducing all the measures discussed above.

(The Editors)

