The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	Der Schutz des erkrankten Arbeitnehmers in Österreichein Vergleich mit der japanischen Rechtslage
Author(s)	Mizushima, Ikuko
Citation	Osaka University Law Review. 2011, 58, p. 27-46
Version Type	VoR
URL	https://hdl.handle.net/11094/5509
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

OSAKA UNIVERSITY LAW REVIEW No. 58 (February 2011) 27-46

Der Schutz des erkrankten Arbeitnehmers in Österreich – ein Vergleich mit der japanischen Rechtslage*

Ikuko MIZUSHIMA †

Zusammenfassung

Wenn ein Arbeitnehmer arbeitsunfähig wird, kann dies für ihn eine massive wirtschaftliche Belastung darstellen. In Österreich erhält der Arbeitnehmer bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nach dem Gesetz sein Entgelt fortgezahlt. Somit wird das Einkommen des erkrankten Arbeitnehmers auch während der Arbeitsunfähigkeit sichergestellt. Die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall kann insgesamt so beurteilt werden, dass Arbeitnehmer verhältnismäßig gut behandelt werden und der Arbeitgeber im Gegensatz dazu die Belastung tragen muss. Klein- und Mittelunternehmen können einen Teil des Krankenentgelts rückerstattet bekommen. Allerdings gibt es keinen speziellen Kündigungsschutz für erkrankte Arbeitnehmer. Das Gericht entscheidet im Einzelfall im Rahmen einer Interessenabwägung, ob es der Kündigungsanfechtung stattgeben soll. Häufige oder lange Krankenstände können einen Kündigungsgrund darstellen. Im Vergleich zur österreichischen Situation haben wir in Japan eine andere Art der Einkommenssicherung für erkrankte Arbeitnehmer. Das Einkommen der japanischen Arbeitnehmer wird durch den Erhalt von Krankengeld oder einer Ersatzleistung aus der Unfallversicherung anstelle von Krankenentgelt vom Arbeitgeber sichergestellt. Das Sicherungsniveau ist etwas niedriger als in Österreich. Deswegen nimmt der japanische Arbeitnehmer meistens im Falle einer Krankheit zuerst Urlaub. Man kann sagen, dass die Rechtssituation bei der Kündigung verhältnismäßig ähnlich ist. Das heißt, dass es in Japan keine speziellen Regelungen über den Kündigungsschutz für erkrankte Arbeitnehmer gibt und das Gericht im Einzelfall entscheidet, ob die Kündigung wirksam ist. Das

---

* Diese Arbeit wurde vom Wissenschaftleraustauschprogramm 2010 zwischen JSPS und BMWF (Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung, Österreich) unterstützt. Herrn Prof. Dr. Mazal, Herrn StudAss. Steinacker, sowie allen Professoren und allen Assistenten von Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien möchte ich meinen besonderen Dank für ihre freundliche Unterstützung aussprechen.

† Professorin (Associate Professor) für Arbeits- und Sozialrecht an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Osaka, Japan.

Sicherungsniveau bei der Kündigung in Japan wird im Verhältnis zu Österreich als höher angesehen. Zudem schützt die „Beurlaubung“ den Arbeitnehmer vor einer Kündigung.

1. Einleitung

Niemand kann einen Krankheitsfall verhindern. Wenn ein Arbeitnehmer krank und somit arbeitsunfähig wird, soll er nicht zur Arbeit gehen. Der japanische Arbeitnehmer nimmt in der Regel Urlaub, wenn er krankheitsbedingt arbeitsunfähig ist. Das heißt, dass er sein Entgelt erhält, jedoch den entsprechenden Urlaub verliert. In Österreich darf der Arbeitnehmer keinen Urlaub für den Krankenstand verwenden. Er hat den unabdingbaren Anspruch auf Entgeltfortzahlung bei gesundheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit. Dieses Entgeltfortzahlungsrecht fehlt in Japan.

Die Situation der zwei Ländern ist einerseits - wie dieses Beispiel zeigt - sehr unterschiedlich, aber andererseits sind manche Tatbestände, wie zB der technische Arbeitnehmerschutz, die Fürsorgepflicht der Arbeitgeber, das Fehlen eines besonderen Kündigungsschutzes für erkrankte Arbeitnehmer, verhältnismäßig ähnlich.

Des Weiteren ist zu erwähnen, dass japanische Arbeitgeber wenig Interesse am Schutz des erkrankten Arbeitnehmers durch das Gesetz hatten. Bei einem kurzen Fernbleiben des Arbeitnehmers traten diese Rechtsfragen kaum ein, weil er einfach seinen Urlaub antrat. Bei einem lang dauernden Krankenstand sorgte der Arbeitgeber im Einzelfall patriarchalisch für den Arbeitnehmer. Manchmal beurlaubte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer unter Entfall des Entgelts. Der Arbeitnehmer konnte dadurch für ein paar Jahre in der Firma bleiben und er beschloss selbst seinen Abschied zu nehmen. Diese familiären Beziehungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber sind heutzutage seltener geworden. Wegen der langanhaltenden schlechten Wirtschaftslage und des Wachstums der Zahl von erkrankten Arbeitnehmern, ist es nicht leicht für die Arbeitgeber, diese Arbeitnehmer in einem derartigen Ausmaß weiter zu unterstützen. Die nicht-familiäre Behandlung, zB die Kündigung wegen des langen Krankenstandes, würde einen rechtlichen Konflikt heraufbeschwören. Die Arbeitgeber müssen somit Interesse an der Behandlung des erkrankten Arbeitnehmers haben und an die dafür notwendigen Maßnahmen denken.

Im Folgenden werde ich auf den Einkommensschutz der erkrankten Arbeitnehmer eingehen. Abschließend werde ich den Kündigungsschutz beurteilen.

2. Einkommensschutz

2.1. Japanische Rechtslage

Das Japanische Recht über den Schutz des erkrankten Arbeitnehmers unterscheidet sich im Vergleich zum österreichischen Recht in zwei wesentlichen Punkten.

Zum einen ist es entscheidend und ganz wesentlich, ob die Ursache der Arbeitsunfähigkeit in der Beschäftigung liegt. Bei der Arbeitsunfähigkeit wegen eines Arbeitsunfalls und Berufskrankheit wird der Arbeitnehmer gesetzlich geschützt. Es gibt jedoch keinen gesetzlichen Schutz bei der Arbeitsverhinderung wegen einer Krankheit oder einem Unglücksfall, die sich im Privatbereich ereignen. Nicht nur gesetzlich, sondern auch im Kollektivvertrag und in der Arbeitsordnung[1)] ist die Behandlung fast immer unterschiedlich, je nachdem ob die Arbeitsunfähigkeit aufgrund eines Arbeitsunfalls verursacht wurde oder nicht. Die Vorstellung, dass Krankheit und Unglücksfall aus der persönlichen Sphäre des Arbeitnehmers herrühren und der Arbeitnehmer sich selbst schützen muss, dominiert in Japan. Im Gegensatz dazu denkt man, dass das Opfer des Arbeitsunfalls geschützt werden muss.

Zum anderen existiert der Begriff der Entgeltfortzahlung in Japan grundsätzlich nicht. Nicht nur bei Krankheit, sondern auch bei einem Arbeitsunfall erhält der Arbeitnehmer nach dem Gesetz kein Entgelt fortgezahlt. Dem Arbeitnehmer gebührt kein Entgelt, sondern eine Leistung aus der Sozialversicherung. Es gibt jedoch die Möglichkeit, eine Vereinbarung nach dem Kollektivvertrag zu treffen oder eine Bestimmung hierfür nach der Arbeitsordnung zu regeln, durch welche der Arbeitnehmer während seiner Abwesenheit weiterhin sein Entgelt erhält. Diese Zahlung des Entgelts unterscheidet aber von der Entgeltfortzahlung in Österreich. In den meisten Fällen schreibt die Arbeitsordnung oder der Kollektivvertrag sog. Sonderurlaub vor. Der Sonderurlaub ist nicht gesetzlich geregelt, sondern freiwillig und wird etwa ua bei Krankheit, Hochzeit, Niederkunft der Ehegattin, oder ehrenamtlicher Tätigkeit gestattet. Dieser Sonderurlaub muss aber nicht immer bezahlter Urlaub sein. In einzelnen Arbeitsordnungen oder Kollektivverträgen ist bestimmt, ob er dieser entgeltlich oder unentgeltlich ist. Nach einer Umfrage des Ministeriums für Gesundheit, Arbeit und Wohlfahrt im Jahr 2006 haben 63,5% der

---

1) Die Arbeitsordnung ist keine Vereinbarung, sondern vom Arbeitgeber einseitig geregelt. Jener Arbeitgeber, der regelmäßig mehr als neun Arbeitnehmer beschäftigt, hat eine Arbeitsordnung zu erstellen und sie der Arbeitsbehörde vorzulegen (§ 89 Abs 1 Arbeitsstandardgesetz). Sie ist in der Praxis ein wichtigstes arbeitsrechtliches Gestaltungsmittel.

Firmen irgendein Sonderurlaubssystem und 22,8% ein Sonderurlaubssystem für Krankheiten[2]. 68,9% der Firmen, die ein Sonderurlaubssystem für Krankheiten haben, bezahlen dem Arbeitnehmer das Entgelt in vollem Umfang oder zumindest teilweise während des Sonderurlaubs im Falle der Krankheit.

Aufgrund dieser Situation beansprucht der erkrankte Arbeitnehmer manchmal seinen Urlaub. Es ist dem Arbeitnehmer nicht verboten, den Urlaub wegen und während der Krankheit zu nehmen. Ein Österreicher könnte sich wundern, dass der erkrankte Arbeitnehmer in diesem Jahr keinen Urlaub für den Erholungszweck nehmen kann, wenn er seinen Urlaub für den Heilbehandlungszweck schon verbraucht hat. Dies mag nachvollziehbar sein, jedoch verbrauchten die japanischen Arbeitnehmer im Jahr 2009 durchschnittlich nur 47,1% des Jahresurlaubs[3]. Diese Tatsache zeigt, dass die japanischen Arbeitnehmer dem Urlaub eine geringer Bedeutung beimessen. Sie zögern dabei nicht den Urlaub nicht nur für Erholung, sondern auch für die Heilbehandlung zu konsumieren. Sie denken vielmehr, dass es sinnvoll und vorteilhaft ist, den Urlaub im Krankheitsfall zu nützen, da das Entgelt wird nicht gemindert wird und sie bei der Arbeitsleistungsbeurteilung vom Arbeitgeber nicht nachteilig behandelt werden. Tatsächlich empfiehlt ein arbeitnehmerfreundlicher Arbeitgeber dem Arbeitnehmer oft, seinen Urlaub im Krankheitsfall zu nützen.

Wenn eine Firma kein Sonderurlaubssystem für den Krankheitsfall hat und der Arbeitnehmer seinen Urlaub verbraucht hat, kann er eine Sozialversicherungsleistung erhalten. Bei Krankheit (auch beim Unglücksfall) ist das Krankengeld von der Krankenversicherung dem Versicherten ab dem vierten Tag der Abwesenheit zu bezahlen (§ 99 Gesundheitsversicherungsgesetz). Die Anspruchsdauer besteht für ein und denselben Versicherungsfall bis zur Dauer von 18 Monaten. Das Krankengeld beträgt 66% des Entgelts. Sofern der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber das vollständige Entgelt oder zumindest 66 % des Entgelts erhält, gebührt das Krankengeld dem Arbeitnehmer nicht (§ 108 Abs 1 Gesundheitsversicherungsgesetz). Wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer weniger als 66% des Entgelts bezahlt, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf die Zahlung der Differenz aus dem Titel des Krankengelds.

---

2) *Ministerium für Gesundheit, Arbeit und Wohlfahrt*, Umfassende Umfrage der Arbeitsbedingungen, 2007. http://www.mhlw.go.jp/toukei/itiran/roudou/jikan/syurou/07/index.html (jap.).

3) *Ministerium für Gesundheit, Arbeit und Wohlfahrt*, Umfassende Umfrage der Arbeitsbedingungen, 2010. http://www.mhlw.go.jp/toukei/itiran/roudou/jikan/syurou/10/index.html (jap.).

Bei einem Arbeitsunfall (auch bei der Berufskrankheit) wird die Ersatzleistung, die 60% des Entgelts beträgt, von der Unfallversicherung dem Arbeitnehmer ab dem vierten Tag der Abwesenheit bezahlt (§ 14 Abs 1 Arbeitnehmerunfallversicherungsgesetz). Der Arbeitnehmer bekommt zusätzlich 20% des Entgelts als Sonderzahlung nach dem Arbeitnehmerunfallversicherungsgesetz (§ 29 Abs 1 Arbeitnehmerunfallversicherungsgesetz). Somit erhält der Arbeitnehmer bei der Arbeitsunfähigkeit wegen eines Arbeitsunfalls 80% des Entgelts. Für die ersten drei Tage hat der Arbeitgeber selbst dem Arbeitnehmer mindestens 60% des Entgelts als Ersatz zu zahlen (§ 76 Abs 1 Arbeitsstandardgesetz).

Einige Arbeitnehmer erhalten ihr Entgelt, selbst wenn sie krankheitsbedingt arbeitsunfähig sind. Der Großteil der Arbeitnehmer nimmt während der Krankheit Urlaub, um ihre Einkommen selbst zu sichern; jedoch gibt es bei einem längeren Krankenstand nur die Lösung des Sozialversicherungsrechts.

2.2. Entgeltfortzahlung

2.2.1. Allgemeines

Im Gegensatz zu Japan, wo es sich um eine sozialversicherungsrechtliche Frage handelt, betrifft die Frage der Entgeltfortzahlung in Österreich das Arbeitsrecht. Wenn also ein Arbeitnehmer wegen Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert ist, erhält er sein Entgelt nach dem Gesetz auf bestimmte Zeit von seinem Arbeitgeber fortgezahlt.

Dieses Entgeltfortzahlungssystem wird in verschiedenen Gesetzen festgelegt. Gesetzliche Grundlage für den Anspruch von Arbeitern auf Entgeltfortzahlung ist das Entgeltfortzahlungsgesetz[4)] (EFZG). Das EFZG gilt ua nicht für Angestellte, Journalisten, Schauspieler (§ 1 Abs 2 EFZG). Ihre Ansprüche bestimmen sich nach den einzelnen für sie geltenden Gesetzen. Früher bestanden Unterschiede zwischen dem EFZG und dem Angestelltengesetz[5)] (AngG), die den Unterschied zwischen Arbeitern und Angestellten betrafen. Das heißt, dass das ursprüngliche EFZG eine 14-tägige Wartefrist hatte und die Anspruchsdauer der Entgeltfortzahlung im EFZG kürzer war als die Dauer nach dem AngG. Nach dem Arbeitsrechtsänderungsgesetz 2000[6)] (ARÄG 2000) fielen diese Unterschiede weg und die Angleichung der Entgeltfortzahlung zwischen Arbeitern und Angestellten verwirklichte sich im Wesentlichen. Jedoch ist sie noch nicht ganz gleich: zB bleibt der Anspruch des Arbeiters auf die Entgeltfortzahlung weiterhin auf das Arbeitsjahr bezogen (§ 2 Abs

4) BGBl 1974/399.
5) BGBl 1921/292.
6) BGBl I 2000/44.

4 EFZG). Beim Anspruch des Angestellten wird dagegen nicht das Arbeitsjahr abgestellt. Wenn der Angestellte in demselben Arbeitsjahr neuerlich erkrankt, bekommt er sein Entgelt in halber Höhe (§ 8 Abs 2 AngG). Der Angestellte hat noch einen besseren Schutzstandard als der Arbeiter[7]. Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch[8] (ABGB) enthält ebenfalls Bestimmungen über die Entgeltfortzahlung (§ 1154b ABGB). Die Sondergesetze finden vorrangig Anwendung, daher ist § 1154b ABGB nur subsidiär anzuwenden.

Da es keine Wartefrist mehr gibt, gebührt dem Arbeitnehmer das Krankenentgelt ab dem ersten Tag seines Krankenstandes. Wenn der Arbeitnehmer durch Krankheit oder Unglücksfall an der Leistung seiner Arbeit verhindert ist, hat er Anspruch auf das Entgelt bis zu sechs Wochen (§ 2 Abs 1 EFZG, § 8 Abs 1 AngG). Die Dauer der Entgeltfortzahlung verlängert sich mit der Dauer des Arbeitsverhältnisses. Nach einer Beschäftigung von fünf Jahren besteht ein Anspruch bis zu acht Wochen, nach 15 Jahren bis zu zehn Wochen und nach 25 Jahren bis zu zwölf Wochen. Dauert die Erkrankung länger als die obengenannten Fristen, hat der Arbeitnehmer jeweils weitere vier Wochen Anspruch auf das halbe Entgelt. Bei wiederholter Arbeitsverhinderung durch Krankheit oder Unglücksfall innerhalb eines Arbeitsjahres besteht der Anspruch des Arbeiters nach dem EFZG nur insoweit, als die Dauer des Anspruchs gemäß § 2 Abs 1 EFZG noch nicht erschöpft ist (§ 2 Abs 4 EFZG). Ein neuer Anspruch entsteht mit Beginn eines neuen Arbeitsjahres. Der Angestellte hat bei einer Folgeerkrankung innerhalb eines halben Jahres nach Wiederantritt nach einer Ersterkrankung nur Anspruch auf die Hälfte, wenn die Dauer den gemäß § 8 Abs 1 AngG Zeitraum übersteigt (§ 8 Abs 2 AngG).

Die Anspruchsdauer bei einem Arbeitsunfall oder einer Berufskrankheit ist unterschiedlich geregelt. Der Arbeiter, dessen Arbeitsverhältnis weniger als 15 Jahre dauert, hat den Anspruch auf das volle Entgelt für höchstens acht Wochen. Wenn sein Arbeitsverhältnis 15 Jahre ununterbrochen gedauert hat, hat er den Anspruch für maximal zehn Wochen (§ 2 Abs 5 EFZG). Die Anspruchsdauer bei einem Arbeitsunfall oder einer Berufskrankheit bezieht sich auf den jeweiligen Anlassfall. Im AngG sind die Krankenstände bei einem Arbeitsunfall oder einer

---

7) *Burger* zeigt jedoch ein Ausnahmebeispiel, indem der Angestellte ungünstiger gestellt ist (Ein Arbeitnehmer mit 18 Dienstjahren ist zehn Wochen krank, arbeitet drei Wochen und ist anschließend erneut zehn Wochen krank, danach elf Wochen in Krankenstand aufgrund eines Arbeitsunfalls). *Burger*, Dauer der Entgeltfortzahlung im Krankheits- und Unglücksfall, 103.

8) JGS 1811/946.

Berufskrankheit fast gleich wie während einer Krankheit oder im Unglücksfall zu behandeln. Nur bei der Dauer des Arbeitsverhältnisses von weniger als fünf Jahren verlängert sich die Frist von sechs Wochen um zwei Wochen (§ 8 Abs 1 AngG).

Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, dem Arbeitgeber ohne Verzug die Arbeitsverhinderung zu melden (§ 4 Abs 1 EFZG, § 8 Abs 8 AngG). Er ist allerdings nicht verpflichtet, dem Arbeitgeber über seinen Gesundheitszustand, ärztliche Diagnosen oder Therapiemaßnahmen zu berichten[9)]. Er muss jedoch auf Verlangen des Arbeitgebers eine Bestätigung seines Krankenstandes über voraussichtliche Dauer und Ursache der Arbeitsunfähigkeit vorlegen. Wird der Arbeitnehmer während des Krankenstandes ohne wichtigen Grund gekündigt, behält er seinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung für die gesetzliche vorgesehene Dauer (§ 5 EFZG, § 9 Abs 1 AngG). Diese Regelungen sollen verhindern, dass der Arbeitgeber sich von der Pflicht zur Entgeltfortzahlung an den Arbeitnehmer dadurch befreit, indem er das Arbeitsverhältnis durch Kündigung oder ungerechtfertigte Entlassung löst[10)].

2.2.2. Vorteile und Nachteile der Entgeltfortzahlung

Durch das Entgeltfortzahlungssystem wird bei einem erkrankten Arbeitnehmer das Einkommen sichergestellt. Betrachtet man dieses System unter einem japanischen Gesichtspunkt, ist auf zwei Vorteile hinzuweisen.

Erstens verliert der Arbeitnehmer sein Entgelt für einen bestimmten Zeitraum wegen seiner Krankheit nicht. Er könnte ohne Angst bei der Arbeit fehlen. Der Einkommensschutz gilt nicht nur für langjährigbeschäftigten Vollzeit-Arbeitnehmer, sondern auch für gerade neu eingestellte Arbeitnehmer und geringfügig Beschäftigte. In Japan haben der neu eingestellte bzw atypische Arbeitnehmer Schwierigkeiten, weil sie manchmal keinen Anspruch auf Urlaub haben. Diese Arbeitnehmer müssen sich entscheiden, ob sie trotz der Krankheit zur Arbeit gehen, oder ob sie ihr Entgelt verlieren.

Zweitens verliert der Arbeitnehmer seinen Urlaub wegen seiner Krankheit nicht. Für Zeiträume, während derer der Arbeitnehmer Anspruch auf Entgeltfortzahlung hat, darf der Urlaubsantritt nicht vereinbart werden (§ 4 Abs 2 Urlaubsgesetz[11)] (UrlG)). Bei Erkrankung während des Urlaubs gilt zudem der Zeitraum der Erkrankung nicht als Urlaub, wenn sie länger als drei Tage gedauert hat (§ 5 Abs 1 UrlG), da der Urlaub dem Erholungszweck dient. In Japan gibt es keine

9) *Rauch*, Kommentar zum EFZG, 2006, 96.
10) *Lindmayr*, Entgelt ohne Arbeit, 2006, 152.
11) BGBl 1976/390.

Beschränkung beim Zweck des Urlaubs. Der Arbeitnehmer kann seinen Urlaub verwenden, wofür er ihn benutzen will. Er darf den Urlaub auch wegen einer Krankheit nehmen. Viele vorsichtige Arbeitnehmer möchten nicht den gesamten Urlaub aufbrauchen, sondern sparen, um ihn im Falle einer Krankheit verwenden zu können. Meiner Meinung nach ist dies eine wesentliche Ursache dafür, dass in Japan durchschnittlich der Urlaub weniger oft konsumiert wird und kürzer ist.

Wie oben gezeigt (2.1., 2.2.1.), gibt es zwei Möglichkeiten um das Einkommen des erkrankten Arbeitnehmers zu schützen; die arbeitsrechtliche und die sozialversicherungsrechtliche Lösung. Nach *Burger*[12)] hat die arbeitsrechtliche Lösung jenen Vorteil, dass die administrative Durchführung einfach ist. Ein Nachteil der sozialversicherungsrechtlichen Lösung ist die dauernde finanzielle Belastung einer Riskengemeinschaft. Dieser Nachteil kann auch ein Vorteil der arbeitsrechtlichen Lösung sein. Bei diesen Punkten ist die arbeitsrechtliche Lösung nach dem EFZG, dem AngG und ähnlichen Gesetzen, hervorragend.

Die arbeitsrechtliche Lösung hat jedoch auch Nachteile. Wird der Arbeitnehmer bei dem während eines Krankenstands gut geschützt, könnte der Arbeitgeber Zweifel über einen eventuellen Missbrauch der Entgeltfortzahlung haben. Er kann vom Arbeitnehmer eine ärztliche Bestätigung des Krankenstandes verlangen. Er hat jedoch keinen Anspruch auf die Bekanntgabe der Diagnose aufgrund der ärztlichen Schweigepflicht[13)]. Es ist umstritten, ob er bei begründeten Zweifeln an der Richtigkeit eines ärztlichen Attests eine amtsärztliche Untersuchung verlangen kann[14)]. Eine Kontrolle durch den Krankenversicherungsträger ist möglich. Er hat jedoch keinen Anspruch auf die Durchführung derartiger Untersuchungen, weil es um die Vermeidung von Kostenbelastungen der Krankenversicherung und nicht um die Interessen des Arbeitgebers geht[15)]. Über die Kündigung des Arbeitnehmers, der seinen Entgeltfortzahlungsanspruch missbräuchlich benutzt, siehe unter 3.3.

Der Nachteil der arbeitsrechtlichen Lösung besteht darin, dass der Arbeitgeber nicht voraussehen kann, welche finanzielle Belastung auf ihn zukommen wird und diese durchaus massiv sein kann. Zur Erleichterung der Überbelastung gibt es verschiedene Lösungen. Das ARÄG 2000 hat den Arbeitgeber durch die

---

12) *Burger* (Anm. 7), 99.

13) *Rauch*, Zulässige Kontroll- und Informationsmöglichkeiten bei Krankenständen, ASoK 2009, 400.

14) Dafür, *Gerhatl*, Melde- und Mitwirkungspflichten des Arbeitnehmers im Zusammenhang mit Erkrankungen, ASoK 2007, 430. Dagegen, *Risak*, Arbeitgeberrechte im Krankenstand, ZAS 2010, 55.

15) *Risak* (Anm. 14), 56.

Verlängerung des Entgeltfortzahlungsanspruches an den Arbeiter finanziell belastet. Deshalb wurde der Arbeitgeberanteil am Krankenversicherungsbeitrag um 0,3% gesenkt. Dies ist ein Beispiel, welches als Ersatz für die Verlängerung der Entgeltfortzahlungsfrist genannt werden kann und eine Lösung für die Entlastung des Arbeitgebers darstellen kann. Außerdem zeigt *Burger* „Mischtypen" zur besseren Verteilung der Lasten[16]. Er meint, dass die arbeitsrechtliche und die versicherungsrechtliche Variante miteinander kombiniert werden können. Ein Typ hierfür ist die „gespaltene" Variante. Der Arbeitnehmer erhält unmittelbar vom Arbeitgeber für eine gewisse Zeit sein Entgelt fortgezahlt (= arbeitsrechtliche Lösung) und danach hat er einen Anspruch gegenüber einem Versicherungsträger (= sozialversicherungsrechtliche Lösung). Diese Variante findet man in gültigen Gesetzen, wie ich unter 2.3. erwähne. Diese Variante verhindert die Überbelastung des Arbeitgebers. Eine andere Variante ist die Erstattung an den Arbeitgeber, die ich unter 2.2.3 erwähne.

Die Kosten aus dem Krankenstand ergeben sich allerdings nicht nur für den Betrieb, sondern auch für die Gesellschaft[17]. Im Jahr 2003 wurden 2.094,44 Mio. € für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall ausgegeben. Die Auszahlungen des Krankengelds in demselben Jahr beträgt 375,91 Mio. €. Diese direkten Kosten müssen um den Entgang von Wertschöpfung sowie anderen non-wage costs, die aus der krankheitsbedingten Abwesenheit entstehen, ergänzt werden[18]. Die indirekten Kosten könnten bis zu 4.000 Mio. € betragen. Zusätzlich fallen im Gesundheitssystem weitere 3.819,1 Mio. € an Kosten an[19]. Eine Steigerung der Gesundheitsausgaben übt einen Druck auf die Lohnnebenkosten aus, weil sich die Finanzierung des Gesundheitssystems im Wesentlichen aus Arbeitgeber- und Arbeitnehmerabgaben ergibt. Denkt man an den Schutz für Einkommen des erkrankten Arbeitnehmers, sowie an die Überbelastung des Arbeitgebers wegen der Entgeltfortzahlung, muss man über diese Kosten nachdenken.

2.2.3. Zuschuss zum Krankenentgelt für Kleinbetriebe

Die Pflicht der Entgeltfortzahlung belastet die Kleinbetriebe selbstverständlich in einem für sie sehr starken Ausmaß. Zur Entlastung der Klein- und Mittelbetriebe wird für sie ein Zuschuss zum Krankenentgelt nach Allgemeinem

---

16) *Burger* (Anm. 7), 99f.

17) *Leoni/Biffl/Guger*, Krankheits- und unfallbedingte Fehlzeiten in Österreich (Fehlzeitenreport 2007), 2008, 116.

18) *Leoni/Biffl/Guger* (Anm. 17), 130.

19) *Leoni/Biffl/Guger* (Anm. 17), 131.

Sozialversicherungsgesetz[20)] (ASVG) aus Mitteln der Unfallversicherung gewährt (§ 53b Abs 1 ASVG). Arbeitgeber, die regelmäßig weniger als 51 Arbeitnehmer beschäftigen, sind zum Erhalt dieses Zuschusses berechtigt (§ 53b Abs 2 ASVG).

Der Zuschuss beträgt 50 % des fortgezahlten Entgelts - mit Ausnahme der Sonderzahlung - und zusätzlich 8,34% für eine Sonderzahlung (§ 53b ASVG, § 4 Abs 1 Entgeltfortzahlungs-Zuschuss-VO 2005). Er wird höchstens für 42 Tage pro Arbeitnehmer und Arbeitsjahr gewährt (§ 4 Abs 2 Entgeltfortzahlungs-Zuschuss-VO 2005). Er ist dem Arbeitgeber aber für nicht alle Entgeltfortzahlungen auszuzahlen. Bei einer Arbeitsverhinderung durch Krankheit gebührt der Zuschuss dem Arbeitgeber ab dem elften Tag der Entgeltfortzahlung (§ 53b Abs 2 ASVG). Das heißt, dass die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit mindestens elf aufeinanderfolgende Tage dauern muss. Bei einer Arbeitsverhinderung durch Unfall, unabhängig davon ob ein Arbeitsunfall vorliegt, gebührt der Zuschuss dem Arbeitgeber ab dem ersten Tag der Entgeltfortzahlung, wenn die Arbeitsunfähigkeit wegen Unfall länger als drei aufeinanderfolgende Tage gedauert hat (§ 53b Abs 3 ASVG, § 4 Abs 1 Entgeltfortzahlungs-Zuschuss-VO 2005).

Durch dieses Erstattungssystem werden folgende drei Punkte berührt. Erstens steht das System nicht in den Entgeltfortzahlungsgesetzen, sondern im ASVG. Bis Ende 2000 gab es einen Erstattungsfond und das Krankenentgelt für Arbeiter wurde dem Arbeitgeber nach dem EFZG voll erstattet. Mit dem ARÄG 2000 wurde die Anspruchsdauer der Entgeltfortzahlung des Arbeiters und des Angestellten angeglichen, was eine erhebliche Erhöhung des EFZG-Beitrages aufgrund der Verlängerung zur Folge gehabt hätte[21)]. Deshalb wurde die Erstattung des Krankenentgelts abgeschafft und der Erstattungsfond aufgelöst. Man musste die Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt abwarten und schauen, ob kleinere Betriebe möglicherweise rasche Kündigungen der Arbeitnehmer vornehmen, die in häufigeren oder längeren Krankenständen sind[22)], da es ansonsten manchmal existenzbedrohende Probleme für diese kleineren Betriebe gab. Weil vor allem Arbeiter mit geringerer Qualifikation auf dem Arbeitsmarkt ersetzbar sind, werden vor allem ältere Arbeiter mit gesundheitlichen Problemen durch das ARÄG 2000 mit einer verschlechterten Arbeitsplatzsicherheit rechnen müssen[23)]. Eine Alternative musste daher gesucht werden und sie wurde 2002 im ASVG ohne zusätzliche Beiträge geschaffen.

---

20) BGBl 1955/189.

21) *Rauch* (Anm. 9), 130.

22) *Klein*, Vermischtes aus der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung, ASoK 2000, 252.

23) *Klein*, Arbeitsrechtsänderungsgesetz 2000 (ARÄG 2000), RdA 2000, 437ff.

Zweitens wird die Entgeltfortzahlung nicht völlig erstattet, sondern nur in halber Höhe. Für die Entgeltfortzahlung der ersten zehn Tage bei Krankheit gebührt der Zuschuss dem Arbeitgeber nicht. Nach den ursprünglichen Überlegungen zum Erstattungssystem sollte der Zuschuss für die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit dem Arbeitgeber eigentlich nicht gebühren. Die Erweiterung seit 2005 auf den Fall der Krankheit wurde aus finanzieller Sicht möglich, weil die in der allgemeinen Unfallversicherungsanstalt für den Zuschuss bei Krankenständen wegen Unfällen budgetierten Mittel nicht ausgeschöpft wurden[24]. Die Unterstützung für Kleinbetriebe ist in einem notwendigen und zumutbaren Maß gegeben.

Drittens behandelt das Erstattungssystem den Arbeitsunfall, den Unglücksfall, sowie die Krankheit und die Berufskrankheit, gleich. Diese Art der Gleichbehandlung besteht in Japan nicht.

2.3. Krankengeld

Sowohl das Krankenentgelt nach den Entgeltfortzahlungsgesetzen als auch Krankengeld nach ASVG sind wichtige Mittel für die Einkommenssicherung des erkrankten Arbeitnehmers. Das Krankengeld ist aber dem Krankenentgelt untergeordnet. Hat der Arbeitnehmer noch einen Anspruch auf die Entgeltfortzahlung von mehr als 50% des Entgelts, gebührt ihm kein Krankengeld (§ 143 Abs 1 Z 3 ASVG). Wenn er 50% des Entgelts erhält, steht ihm Krankengeld in halber Höhe zu.

Der Krankengeldanspruch besteht für ein und denselben Versicherungsfall bis zur Dauer von 26 Wochen (§ 139 Abs 1 ASVG). Wenn der Anspruchsberechtigte innerhalb der letzten zwölf Monate vor dem Eintritt des Versicherungsfalles mindestens sechs Monate in der Krankenversicherung versichert war, verlängert sich die Anspruchsdauer auf bis zu 52 Wochen. Durch die Satzung kann die Höchstdauer des Krankengeldanspruches bis auf 78 Wochen erhöht werden (§ 139 Abs 2 ASVG). In der Vergangenheit haben zahlreiche Gebietskrankenkassen davon Gebrauch gemacht, aber diese zum Teil in den letzten Jahren mit Rücksicht auf ihre eingeschränkte finanzielle Leistungsfähigkeit zurücknehmen müssen[25]. Das Krankengeld beträgt gesetzlich 50% des Entgelts (§ 141 Abs 1 ASVG). Ab dem 43. Tage der Erkrankung erhöht sich das Krankengeld auf 60% des Entgelts (§ 141 Abs 2 ASVG). Durch die Satzung kann das Krankengeld auf 75% des Entgelts

---

24) *Rauch* (Anm. 9), 177.
25) *Lindmayr* (Anm. 10), 170.

erhöht werden (§ 141 Abs 4 ASVG).

3. Kündigungsschutz

3.1. Allgemeines

Sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer können den Arbeitsvertrag einseitig auflösen. Es bestehen verschiedene Methoden[26)], die das Interesse des Arbeitnehmers, seinen Arbeitsplatz zu behalten vor dem gegenüberstehenden Interesse des Arbeitgebers den Arbeitnehmer zu kündigen schützen. Beispielsweise sind die Kündigungsfristen des Arbeitgebers deutlich länger als solche des Arbeitnehmers, die teure Abfertigung und der Kündigungsschutz im engeren Sinn. Der Arbeitnehmer wird nach den arbeitsrechtlichen Gesetzen geschützt, auch wenn eine Kündigung vom Arbeitgeber nach allgemeinem Zivilrecht gültig wäre. Es gibt im Arbeitsrecht einen allgemeinen Kündigungsschutz und einen besonderen Kündigungsschutz für ausgewählte Arbeitnehmergruppen.

Der allgemeine Kündigungsschutz gilt in betriebsratspflichtigen Betrieben für die dort beschäftigten Arbeitnehmer. Der Gesetzgeber hat die Verteidigung des Arbeitsplatzes nicht primär in die Hände des Arbeitnehmers gelegt, sondern sich für ein kollektivrechtliches Modell entschieden[27)]. Bevor der Arbeitgeber die Kündigung gegenüber einem Arbeitnehmer ausspricht, hat er den Betriebsrat nach dem Arbeitsverfassungsgesetz[28)] (ArbVG) von seiner Kündigungsabsicht zu unterrichten (§ 105 Abs 1 ArbVG). Der Betriebsrat kann daraufhin eine Beratung verlangen und hierzu Stellung nehmen (§ 105 Abs 2 ArbVG). Hat der Betriebsrat widersprochen, kann der Arbeitgeber dennoch dem Arbeitnehmer kündigen. Diese Kündigung kann jedoch bei Gericht angefochten werden. Die Anfechtung kann sich auf die Sittenwidrigkeit des Kündigungsmotivs[29)] oder auf die Sozialwidrigkeit der Kündigung stützen (§ 105 Abs 3 ArbVG).

Eine Kündigung ist sozial ungerechtfertigt, wenn sie wesentliche Interessen des Arbeitnehmers beeinträchtigt, es sei denn, der Arbeitgeber erbringt den Nachweis, dass die Kündigung a) durch Umstände, die in der Person des Arbeitnehmers gelegen sind und die betrieblichen Interessen nachteilig berühren, oder b) durch betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen, begründet ist (§ 105 Abs 3 Z 2 ArbVG). Die Prüfung der

---

26) *Schrammel*, Arbeitsrecht 2, 2008, 253.

27) *Schrammel* (Anm. 26), 254.

28) BGBl 1973/14.

29) ZB wegen der Mitgliedschaft zu Gewerkschaften, wegen der Tätigkeit in Gewerkschaften, wegen der Tätigkeit als Mitglied der Schlichtungsstelle.

Sozialwidrigkeit hat nach der Rechtsprechung in einem mehrstufigen Verfahren zu erfolgen[30]. Zunächst ist zu prüfen, ob durch die Kündigung wesentliche Interessen des Arbeitnehmers beeinträchtigt werden. Das Gericht hat dann zu prüfen, ob Rechtfertigungsgründe für die Kündigung vorliegen. Die Kündigungsrechtfertigung schließt eine Interessenabwägung ein. Der Arbeitgeber hat nach der Rechtsprechung die soziale Gestaltungspflicht, welche besagt, dass der Arbeitgeber zunächst alle zumutbaren Möglichkeiten auszuschöpfen hat, um den Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen[31]. Der Arbeitgeber muss daher zB diesem Arbeitnehmer geeignete freie Arbeitsplätze im Betrieb anbieten. Die soziale Gestaltungspflicht geht deutlich aus der Formulierung des Kündigungstatbestands des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG, also der betriebsbedingten Kündigung, hervor[32].

Der besondere Kündigungsschutz gilt für bestimmte Arbeitnehmergruppen, wie zB Mitglieder des Betriebsrates, Mütter und begünstigte Behinderte im Sinne des § 2 Behinderteneinstellungsgesetz[33] (BEinstG). Sowohl der Behinderte als auch der erkrankte Arbeitnehmer verlieren in gewissem Maße ihre Arbeitsfähigkeit, jedoch werden nur begünstigte Behinderte, deren Erwerbsfähigkeit um mindestens 50% gemindert ist, ab dem siebten Monat des Arbeitsverhältnisses besonders geschützt (§ 8 Abs 2 BEinstG). Die Kündigung eines begünstigten Behinderten darf nur mit Zustimmung des Behindertenausschusses ausgesprochen werden. Eine ohne Zustimmung des Behindertenausschusses ausgesprochene Kündigung ist rechtsunwirksam. Das BEinstG enthält zudem Regelungen über den Diskriminierungsschutz der Behinderten (§§ 7a ff BEinstG). Ein Behinderter, der nicht als begünstigter Behinderte zu qualifizieren ist, aber den Behindertenbegriff des § 3 BEinstG[34] erfüllt, kann eine Kündigung mit der Behauptung anfechten, dass der Arbeitgeber ihn wegen der Behinderung gekündigt habe (§ 7f BEinstG). Die Kündigung aufgrund der Behinderung ist verboten, im Gegensatz dazu ist die Kündigung wegen Krankheit erlaubt. Das heißt, dass der Arbeitgeber einem behinderten Arbeitnehmer nicht wegen seiner Behinderung - jedoch wegen seiner Krankheit - kündigen kann.

---

30) *Schrammel* (Anm. 26), 258ff.

31) OGH 1.6.1988, 9 ObA 110/88.

32) *Mazal*, Soziale Gestaltungspflicht bei krankheitsbedingten Kündigungen, ecolex 2010, 178.

33) BGBl 1970/22.

34) Eine Behinderung ist nach dem § 3 BEinstG die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden körperlichen, geistigen oder psychischen Funktionsbeeinträchtigung oder Beeinträchtigung der Sinnesfunktionen, die geeignet ist, die Teilhabe am Arbeitsleben zu erschweren.

3.2. Krankheitsbedingte Kündigung

Die Krankheit des Arbeitnehmers kann einen persönlicher Kündigungsgrund darstellen, wenn die betrieblichen Interessen nachteilig berührt werden (vgl § 105 Abs 3 Z 2 lit a ArbVG). Es geht also um häufige oder lang andauernde Krankenstände, weil die Kosten für Entgeltfortzahlung und allfällige Aufnahme einer Ersatzkraft einen nicht zu vernachlässigenden Kostenfaktor darstellen. Für die Beurteilung ist der krankheitsbedingte wirtschaftlich-betriebliche Effekt wesentlich; die Krankheit selbst ist nur sekundär[35)]. In der Praxis besteht Interesse daran klar zu stellen, wann ein Krankenstand eine Kündigung rechtfertigt. Krankentage im Ausmaß von 126 Tagen wurden als derart gravierend eingestuft, dass unabhängig davon, in welcher Arbeitsposition ein solcher Arbeitnehmer beschäftigt ist, der Leistungsausfall durch eine Vertretungsregelung nicht mehr tragbar und eine Weiterbeschäftigung nicht mehr zumutbar ist[36)]. Es gibt selbstverständlich keine generelle Regel.

Soll das Gericht beurteilen, ob der Krankenstand im Einzelfall als ein Kündigungsrechtfertigungsgrund gemäß § 105 Abs 3 Z 2 lit a ArbVG angesehen werden kann, hat es eine Interessenabwägung vorzunehmen. Hierbei sind vor allem das Alter des Arbeitnehmers, die Dauer der Betriebszugehörigkeit, medizinische Prognosen, die Ursache der Erkrankung zu berücksichtigen. Bei Umständen aus der Sphäre des Arbeitgebers werden beispielsweise die Größe des Betriebs, die wirtschaftliche Lage des Betriebs, eine Verschlechterung des Betriebsklimas, der Grad der wirtschaftlichen Belastung des Arbeitgebers, sowie Ausgleichsmöglichkeiten berücksichtigt.

Der OGH hat die soziale Gestaltungspflicht erstmals bei betriebsbedingten Kündigungen anerkannt. Danach wurde die soziale Gestaltungspflicht auch gegenüber einem gesundheitlich beeinträchtigten älteren Arbeitnehmer, der lange Zeit im Betrieb beschäftigt ist, ausgedehnt[37)]. Die soziale Gestaltungspflicht zwingt den Arbeitgeber zum Versuch, den gesundheitlich beeinträchtigten Arbeitnehmer auf einem seinen geminderten Kräften entsprechenden (vorhandenen) Arbeitsplatz zu verwenden[38)]. Der OGH nimmt die soziale Gestaltungspflicht offenbar als Ausfluss der Interessenabwägung an und zieht zur Begründung aber auch die Fürsorgepflicht sowie das ultima-ratio-Prinzip heran[39)].

---

35) *Kollros/Gauss*, Ratgeber Krankenstand, 2008, 78.
36) *Kollros/Gauss* (Anm. 35), 80.
37) OGH 24.8.1998, 8 ObA 172/98.
38) *Mazal* (Anm. 32), 179.
39) *Mazal* (Anm. 32), 179.

3.3. Verhalten im Krankenstand als Entlassungsgrund

Entlassung ist die vom Arbeitgeber ausgesprochene vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund (§ 27 AngG, § 82 Gewerbeordnung[40)] (GewO)). Grundsätzlich kann ein Arbeitnehmer nur wegen solcher Umstände entlassen werden, die in seiner Person oder in seinem Verhalten begründet sind[41)]. Pflichtwidriges Verhalten des Arbeitnehmers während seines Krankenstandes kann den Arbeitgeber zur Entlassung berechtigen.

Der erkrankte Arbeitnehmer ist verpflichtet, dem Arbeitgeber seine Arbeitsverhinderung zu melden. Unterlässt der Arbeitnehmer die Krankmeldung, verliert er seinen Entgeltfortzahlungsanspruch. Eine Unterlassung der Anzeige durch den Arbeitnehmer rechtfertigt jedoch die Entlassung im Allgemeinen nicht, weil dadurch ein an sich nicht pflichtwidriges Dienstversäumnis nicht in eine Pflichtwidrigkeit umgewandelt werden kann[42)]. Das Fernbleiben des Arbeitnehmers vom Arbeitsplatz ist gerechtfertigt, wenn er tatsächlich krank und arbeitsunfähig ist. Eine verspätete Krankmeldung kann eine Entlassung nur rechtfertigen, wenn besondere Umstände hinzutreten, etwa wenn der Arbeitnehmer wusste, dass dem Arbeitgeber dadurch ein wesentlicher Schaden erwachsen werde und ihm die rechtzeitige Meldung leicht möglich gewesen wäre[43)].

Die Unterlassung des Nachweises des Attestes rechtfertigt die Entlassung grundsätzlich nicht[44)]. Wie bei der Unterlassung der Krankmeldung verliert der Arbeitnehmer nur seinen Entgeltfortzahlungsanspruch. Sofern der Arbeitnehmer vorgibt krankheitsbedingt nicht zur Arbeit kommen zu können, obwohl er in Wahrheit gesund gewesen ist, hindert dies eine Entlassung durch den Arbeitgeber nicht. Somit ist festzuhalten, dass der Missbrauch des Entgeltfortzahlungsanspruchs inkl. der Verfälschung einer Krankenstandsbestätigung vom Arbeitnehmer ein Entlassungsgrund sein kann.

Der Arbeitnehmer ist aufgrund der ihn aus dem Arbeitsvertrag treffenden Treuepflicht verpflichtet, sich so zu verhalten, dass die Arbeitsfähigkeit möglichst bald wiederhergestellt wird[45)]. Er hat den auf die Wiederherstellung seiner Gesundheit abzielenden Anordnungen des Arztes nach Tunlichkeit nachzukommen und ihnen nicht so schwerwiegend zuwiderzuhandeln, dass der Krankheitsverlauf

---

40) RGBl 1859/227.
41) *Schrammel* (Anm. 26), 237ff.
42) *Lindmayr* (Anm. 10), 51.
43) *Rauch* (Anm. 9), 89.
44) *Lindmayr* (Anm. 10), 76.
45) *Lindmayr* (Anm. 10), 130.

negativ beeinflusst und/oder der Heilungsverlauf verzögert werden könnte. Legt der Arbeitnehmer ein Verhalten an den Tag, das seine Genesung ernstlich verzögert, verletzt er dadurch die Treuepflicht und dieses Verhalten kann einen Entlassungsgrund darstellen. Gewisse Verhaltensweisen während des Krankenstandes, wie zB ein mehrstündiger Aufenthalt an einer Baustelle, ein mehrstündiger Aufenthalt in einem Nachtlokal, Fahrten mit dem Pkw über ca. 1.500 km innerhalb von sechs Tagen, rechtfertigen nach der Rechtsprechung eine Entlassung[46)].

3.4. Japanische Situation

3.4.1. Kündigungsschutz

Auch das japanische Recht enthält einen besonderen Kündigungsschutz für Arbeitnehmer bestimmter Gruppen, wie zB für Mitglieder der Gewerkschaft, für Frauen während und nach der Schwangerschaft oder für Opfer eines Arbeitsunfalls. Der Arbeitnehmer, der einen Arbeitsunfall (auch eine Berufskrankheit) erleidet, wird in Bezug auf die Kündigung als besonders schützenswert angesehen. Der Arbeitgeber darf dem Arbeitnehmer während der arbeitsunfallbedingten Abwesenheit sowie in folgenden 30 Tagen nicht kündigen (§ 19 Abs 1 Arbeitsstandardgesetz). Dauert die Abwesenheit mehr als drei Jahre, kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer kündigen und einen Ersatz für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses (§ 81 Arbeitsstandardgesetz) als Entschädigung leisten. Im Gegensatz dazu, genießt weder der erkrankte Arbeitnehmer noch der Behinderte einen besonderen Kündigungsschutz[47)].

Der Arbeitgeber kann dem Arbeitnehmer wegen der Krankheit und/oder der Arbeitsunfähigkeit grundsätzlich kündigen. Für ihn gilt jedoch der allgemeine Kündigungsschutz. Eine Kündigung ist unwirksam, wenn es ihr am objektiven vernünftigen Kündigungsgrund fehlt oder sie sozial unangemessen ist (§ 16 Arbeitsvertragsgesetz). Eine lange und/oder schwere Krankheit und/oder eine dauernde Arbeitsunfähigkeit können einen objektiven und vernünftigen Kündigungsgrund darstellen. Es ist darauf abzustellen, ob die Kündigung des erkrankten Arbeitnehmers sozial angemessen ist. Das Gericht hat im Einzelfall zu prüfen. Dabei werden zB der Grad der Arbeitsunfähigkeit, die ärztliche Prognose,

---

46) OGH 8.7.1993, 9 ObA 96/93, OGH 11.7.1990, 9 ObA 166/9, OLG Innsbruck 13.10.1992, 5 Ra 194/92.

47) Das japanische Behinderteneinstellungsförderungsgesetz enthält nur die Regelung über die Einstellungsförderung. Es schreibt weder einen besonderen Kündigungsschutz noch ein Diskriminierungsverbot vor.

Beurlaubungsmöglichkeiten, Versetzungsmöglichkeiten zu anderen leichten Arbeiten und Präzedenzfälle im Betrieb berücksichtigt.

Der Arbeitnehmer wird nach der Rechtsprechung vor der Kündigung gut geschützt. Es ist schwer für den Arbeitgeber, auch dem erkrankten Arbeitnehmer zu kündigen, obwohl es keinen besonderen Kündigungsschutz für ihn gibt. Das Gericht hat eine soziale Gestaltungspflicht wie in Österreich nicht anerkannt. Es nimmt jedoch meines Erachtens eine vergleichbare Pflicht an und beurteilt ob die Kündigung ohne Erfüllung dieser Pflicht sozial unangemessen ist.

Im Gegensatz zu Österreich, wo es sich beim Verhalten im Krankenstand um einen Entlassungsgrund handelt, hat der japanische Arbeitgeber wenig Interesse am Verhalten des erkrankten Arbeitnehmers während des Krankenstandes, da der Arbeitgeber zur Entgeltfortzahlung nicht verpflichtet ist und daher nicht wirtschaftlich belastet wird. Schlechtes Verhalten des erkrankten Arbeitnehmers während des Fernbleibens kann eine Ordnung des Betriebs verletzen. Die Verletzung der Ordnung des Betriebs könnte ein Kündigungsgrund sein, ist dies aber selten.

3.4.2. Beurlaubung

Bei Krankenständen, die so lange dauern, dass der Arbeitnehmer weder einen Urlaubsanspruch noch einen Sonderurlaubsanspruch hat, kommt es nicht zu einer sofortigen Kündigung, sondern zu einer Beurlaubung durch den Arbeitgeber, welche grundsätzlich mit dem Entfall des Entgeltbezugs einhergeht. Die Beurlaubung ist im Allgemeinen kein Recht des Arbeitnehmers, sondern ein Weisungsrecht des Arbeitgebers. In den meisten Fällen schreibt die Arbeitsordnung im Betrieb die Beurlaubung vor. Nach einer Umfrage des JILPT im Jahr 2004 haben 69,1% der Firmen ein Beurlaubungssystem für Krankheiten[48)]. Die Dauer der Beurlaubung ist unterschiedlich. 40,3% der Unternehmen mit über 1000 Arbeitnehmer beurlauben die Arbeitnehmern maximal zwei Jahre oder noch länger.

Theoretisch könnte man dieses Vorgehen dahingehend deuten, dass das Fernbleiben des Arbeitnehmers als Vorgang zu sehen ist, mit dem der Arbeitnehmer eine Verpflichtung des Arbeitgebers aus der Arbeitsordnung auslöst, ihn gegen Entfall der Bezüge zu beurlauben. Man sieht jedoch in der Realität das Fernbleiben des Arbeitnehmers als Vertragsbruch, den der Arbeitgeber freilich nicht als solchen aufgreift und etwa mit der Kündigung ahndet, sondern bei dem

48) *JILPT (Das japanische Institut für Arbeitspolitik und Bildung)*, Umfrage zur Gründung und Änderung der Arbeitsbedingungen sowie Personalwesen, 2005, 95ff. (jap.).

sich der Arbeitgeber – im Regelfall aus der Arbeitsordnung – verpflichtet fühlt, einseitig eine Beurlaubung unter Entfall der Bezüge auszusprechen. Der Zweck der Beurlaubung ist manchmal, das Erhalten des Arbeitsplatzes des Arbeitnehmers, da dieser sonst gekündigt werden würde. Sofern er während der Beurlaubung wieder gesund wird, kann dadurch der Verlust des Arbeitsplatzes vermeiden werden.

Wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende der Beurlaubungsfrist nicht wieder gesund wird, kann ihm der Arbeitgeber grundsätzlich kündigen. Das Gericht beurteilt jedoch oft, dass die Kündigung nach Ablauf der Beurlaubungsfrist ungültig ist, wenn die Prognose der baldigen Erholung vorhanden ist, oder wenn der Arbeitgeber eine dem Arbeitnehmer geeignete und leichtere Arbeit in der Firma finden kann.

Der Arbeitgeber muss in diesem Fall den Arbeitnehmer weiter beschäftigen. Wegen des langen Fernbleibens und der Minderung seiner Arbeitsfähigkeit kann der Arbeitnehmer oft nach der Beurlaubung nicht die an ihn durch den Arbeitgeber gestellten Forderungen erfüllen bzw nicht im erforderlichen Ausmaß die Arbeitsleistung vollbringen. Der Arbeitgeber kann dem Arbeitnehmer in diesem Fall nicht einfach kündigen, sondern muss für den Arbeitnehmer eine besser geeignetere Arbeit finden. Dies ist ein heikles und umstrittenes Thema in der japanischen Arbeitswelt, weil die Zahl der -vor allem psychisch- erkrankten Arbeitnehmer zunimmt und diese noch bevor sie wieder komplett fit sind, wieder in den Beruf zurückkehren, um eine Kündigung zu vermeiden, was allerdings zu dem Problem führt, dass sie ihre Arbeitsleistung noch nicht voll erbringen können.

4. Schlusswort

Wenn ein Schuldner ohne sein Verschulden nicht mehr in der Lage ist, seine Leistung zu erbringen, verliert er seinerseits seinen Anspruch auf die Gegenleistung. Wenn er seine Leistung nicht mehr oder nicht dauerhaft erbringen kann, wird sein Vertrag aufgelöst. Abgehend von diesem zivilrechtlichen Grundsatz soll der Arbeitgeber den Arbeitnehmer im Krankheitsfall schützen. Diese Situation in Österreich und Japan unterscheidet sich in folgender Weise:

In Österreich erhält ein Arbeitnehmer sein Entgelt von seinem Arbeitgeber fortgezahlt, wenn er krankheitsbedingt an seiner Arbeitsleistung verhindert ist. Wird er während des Krankenstandes ohne wichtigen Grund gekündigt, behält er seinen Anspruch für die vorgesehene Dauer. Man sollte erwähnen, dass in Österreich in erster Linie ein vollkommener Einkommensschutz erreicht werden soll. Auf Seite des Arbeitgebers kann man erwähnen, dass der österreichische Arbeitgeber wegen der Entgeltfortzahlungspflicht kurzzeitig wirtschaftlich belastet

wird.

In Japan besteht dieser Einkommensschutz für erkrankte Arbeitnehmer nicht in voller Höhe. Der erkrankte Arbeitnehmer verbraucht nämlich zuerst seinen Urlaub und erst danach erhält eine Sozialversicherungsleistung. Bei einem lang dauernden Krankenstand wird eine Beurlaubung durch seinen Arbeitgeber angeordnet werden. Ein Japaner möchte den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses der möglichst lange aufrechterhalten und erwartet ein patriarchalisches Verhalten vom Arbeitgeber; vom Arbeitgeber wird erwartet, den Arbeitnehmer zu beurlauben. Die Beurlaubung ist früher meistens eine freiwillige Maßnahme des Arbeitgebers gewesen, jedoch wird diese aktuell meistens in der Arbeitsordnung geregelt. Deswegen kann nicht mehr von einem patriarchalischen Verhalten die Rede sein. Der japanische Arbeitgeber ist im Gegensatz zum österreichischen Arbeitgeber nicht direkt wirtschaftlich belastet, aber er muss den Arbeitnehmer weiterhin beschäftigen und auf die Wiederherstellung des Arbeitnehmers warten. Es ist oft schwer im Vornherein zu erkennen, ob und wann der Arbeitnehmer wieder gesund wird.

Die unterschiedliche Behandlung hängt in Japan davon ab, ob die Arbeitsunfähigkeit aufgrund eines Arbeitsunfalls verursacht wurde oder nicht. Im Gegensatz dazu besteht nur ein kleiner Unterschied der Behandlung in Österreich. Weil es in einigen Fällen unklar ist, ob die Krankheit aufgrund eines Arbeitsunfalls verursacht wurde oder nicht, ist die unterschiedliche Behandlung in Japan nicht immer angemessen. Die österreichische Rechtslage ist auch aus diesem Grund interessant.