

**Rundschreiben Nr.: 14 / September 2007**

Hauptschwerbehindertenvertretung Land Berlin

Michaela Kreckel-Hartlieb / PR-Assistentin (DAPR)

**Quelle:** LAG Baden-Württemberg online**Internet:** <http://www.rechtsrat.ws/vlink/urteile/lag-baden-wuerttemberg-07-06-18-4-sa-14-07.htm>

Seite - 1 - von 2

**Urteil vom 18.06.2007 / Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg****Krankheitsbedingte Kündigung eines älteren Arbeitnehmers wegen erhöhter Fehlzeiten verstößt nicht zwingend gegen das AGG**

Kündigt ein Arbeitgeber einem älteren Arbeitnehmer wegen - im Vergleich zu jüngeren Kollegen - erhöhten krankheitsbedingten Fehlzeiten, so liegt hierin nicht zwingend eine unzulässige Altersdiskriminierung im Sinn der §§ 1, 3 Abs.2 AGG. Eine Altersdiskriminierung scheidet insbesondere dann aus, wenn der ältere Arbeitnehmer deutlich häufiger gefehlt hat als der Durchschnitt vergleichbarer Arbeitnehmer in seiner Altersgruppe.

**Der Sachverhalt:**

Der 1952 geborene Kläger war seit 1981 bei der Beklagten als Gipser beschäftigt. Die Beklagte beschäftigte im maßgeblichen Zeitraum nicht mehr als fünf Arbeitnehmer. Sie kündigte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger Mitte September 2006 zum 30.4.2007 wegen hoher krankheitsbedingter Fehlzeiten.

Die Fehlzeiten des Klägers betragen in den letzten zehn Jahren 395 Tage und traten vermehrt in den letzten fünf Jahren auf. Seine rund 15 Jahre jüngeren Kollegen A. und B. wiesen im gleichen Zeitraum zwischen 202 und 212 krankheitsbedingte Fehltage auf. Die Beklagte musste für den Kläger einige Male für mehr als sechs Wochen pro Jahr Entgeltfortzahlungen im Krankheitsfall leisten. Ursachen für die Arbeitsunfähigkeit des Klägers waren jeweils Erkältungskrankheiten, Magenbeschwerden oder orthopädische Leiden.

Mit seiner Klage machte der Kläger geltend, dass die Kündigung gegen Treu und Glauben verstoße. Auch in einem Kleinbetrieb müssten Arbeitgeber ein Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme wahren und das durch langjährige Mitarbeit erdiente Vertrauen in den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses beachten. Außerdem stelle die Kündigung eines älteren Arbeitnehmers statt eines jüngeren und weitaus kürzer Beschäftigten allein wegen der Arbeitsunfähigkeitszeiten eine unzulässige Altersdiskriminierung dar.

**Die gegen die Kündigung gerichtete Klage hatte sowohl vor dem ArbG als auch vor dem LAG keinen Erfolg.**

**Die Gründe:**

Die Beklagte hat das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger wirksam gekündigt.

Da im Betrieb der Beklagten nicht mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftigt sind, findet das KSchG keine Anwendung. Die Kündigung verstößt auch nicht gegen den

Grundsatz von Treu und Glauben. Es spricht einiges dafür, dass die erheblichen Fehlzeiten des Klägers sowie die langen Entgeltfortzahlungszeiträume sogar eine krankheitsbedingte Kündigung nach § 1 Abs.2 KSchG gerechtfertigt hätten. Dann

muss aber erst recht eine Kündigung im Kleinbetrieb zulässig sein, da die Grenze der Treuwidrigkeit einer Kündigung deutlich unterhalb der Schwelle liegt, die für krankheitsbedingte Kündigungen nach § 1 Abs.2 KSchG gilt.

Im Streitfall liegt auch keine nach dem AGG unzulässige Altersdiskriminierung vor. Zwar weisen ältere Arbeitnehmer statistisch eine höhere Krankheitsanfälligkeit auf als ihre jüngeren Kollegen und kann daher eine allein auf die Anzahl der Fehltage gestützte Kündigung diskriminierend sein. Das kommt allerdings nur in Betracht, wenn einem älteren Arbeitnehmer wegen Fehlzeiten gekündigt wird, die über den durchschnittlichen Fehlzeiten jüngerer Kollegen liegen, sich aber noch im Rahmen der durchschnittlichen Fehlzeiten vergleichbarer Arbeitnehmer seiner Altersgruppe bewegen.

Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt. Die krankheitsbedingten Fehlzeiten des Klägers sind nicht nur höher als die Fehlzeiten seiner jüngeren Kollegen, sondern überschreiten auch die in seiner Altersgruppe durchschnittlichen Fehlzeiten erheblich. So liegen die durchschnittlichen Fehlzeiten in der Altersgruppe der 55 bis 65-jährigen Arbeitnehmer allgemein bei 21,6 und bei der am stärksten belasteten Gruppe der Maurer bei 31 Tagen im Jahr, während der Kläger durchschnittlich an 41 Arbeitstagen pro Jahr arbeitsunfähig krank war.

**Linkhinweis:**

Der Volltext der Entscheidung ist auf der Homepage des LAG Baden-Württemberg veröffentlicht.

**<http://www.lag-baden-wuerttemberg.de>**

