

Klaus Bertelsmann

**§ 17 II AGG
und gerichtliches Vorgehen des
Betriebsrates gegen grobe Verstöße des
Arbeitgebers**

**ARBEITSRECHT
FÜR ARBEITNEHMER/INNEN UND BETRIEBSRÄTE**

ANJA BEHNKEN** DR. JÜRGEN KÜHLING***
DR. KLAUS BERTELSMANN* GABRIELE LUDWIG*
JENS GÄBERT* ANETTE PRZYBILLA-EISELE*

* Fachanwalt/Fachanwältin für Arbeitsrecht
** Fachanwältin für Sozialrecht und für Arbeitsrecht
*** Richter des BVerfG a.D.

DATUM: September 2018

**§ 17 II AGG
und gerichtliches Vorgehen des Betriebsrates gegen grobe Verstöße des
Arbeitgebers**

- 1 Die Kritik am Betriebsverfassungsgesetz, nicht mehr Möglichkeiten zur Durchsetzung des Ziels Antidiskriminierung zu beinhalten, ist berechtigt. Berechtigt ist aber auch die Feststellung, dass in der Vergangenheit etliche Betriebsräte die ihnen jetzt schon gegebenen Möglichkeiten des BetrVG nicht ausreichend wahrgenommen haben, sondern aus verschiedenen Gründen nicht genügend Aktivitäten für die Durchsetzung einer betrieblichen Politik der Antidiskriminierung entfaltet haben.

Einige Ansatzbereiche zu solchen Aktivitäten nach dem BetrVG sind an anderer Stelle geschildert worden.¹ Neben der Aufforderung in § 17 I AGG an die Vertretungen der Beschäftigten gibt § 17 II AGG den Betriebsräten (und Gewerkschaften) weitergehende Möglichkeiten als bisher nach dem BetrVG. Eine rechtliche Durchsetzungsmöglichkeit für Betriebsräte ist in § 17 II AGG mit dem Unterlassungsanspruch bei grober Verletzung der Pflichten des Arbeitgebers aus dem AGG gegeben.

- 2 Auch vor Inkrafttreten des AGG hätten Betriebsräte schon zum Teil aus der Regelung des § 75 BetrVG in Verbindung mit § 23 III BetrVG Verfahren gegen erfolgte bzw. erfolgende Diskriminierungen einleiten können. Die Handlungsmöglichkeiten von Betriebsräten wurden aber durch das AGG dadurch erleichtert, dass Betriebsräte genauere Anhaltspunkte und auch Vorgaben durch

¹ Bertelsmann, „17 I AGG: Ansatzbereiche für den Betriebsrat zu einer Politik der Antidiskriminierung“, homepage www.bertelsmann-gaebert.de, Stichwort Aufsätze.

das gerade und ausschließlich gegen Diskriminierungen gerichtete AGG erhalten haben. Zudem sind weitere Ansatzbereiche durch die nur im AGG vorgegebenen Pflichten des Arbeitgebers (§§ 11, 12, 13, 16 AGG) neu geschaffen worden.

- 3 Betriebsräte können also nicht nur aus dem BetrVG, sondern direkt aus dem AGG² gegen grobe Verstöße des Arbeitgebers vorgehen. Diese Möglichkeiten für Betriebsräte sind seit dem Inkrafttreten des AGG im Jahr 2006 höchst selten benutzt worden. Mit § 17 II AGG ist eine Regelung geschaffen worden, die die Durchsetzung der Antidiskriminierungspolitik in den Betrieben deutlich verbessern kann - wenn sie denn wahrgenommen wird.
- 4 Zweck der Antragsmöglichkeiten von Betriebsrat und Gewerkschaft ist es, Rechtsverstöße des Arbeitgebers zu bekämpfen, ohne dass die direkt betroffenen Beschäftigten in einen von ihnen selbst zu führenden Individualkonflikt mit dem Arbeitgeber kommen. Betriebsrat und Gewerkschaft können entsprechende kollektiv bezogene Verfahren auch **ohne Einwilligung** und ggf. sogar gegen den Willen der betroffenen Personen führen.
- 5 Die Regelung des § 17 II AGG gilt ausschließlich für den Geltungsbereich des BetrVG. Personalräte, Sprecherausschüsse oder Mitarbeitervertretungen können diese Möglichkeit **nicht** in Anspruch nehmen, auch nicht die Antidiskriminierungsverbände des § 23 AGG.

1 § 17 II AGG und der Bezug zu § 23 III BetrVG

- 6 Die Regelung des § 17 II AGG ist nur verständlich unter Rückgriff auf den Text von § 23 III BetrVG³, da sie auf diese Norm verweist und auf ihr aufbaut:

„Der Betriebsrat oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft können bei groben Verstößen des Arbeitgebers gegen seine Verpflichtungen aus diesem Gesetz beim Arbeitsgericht beantragen, dem Arbeitgeber aufzugeben, eine Handlung zu unterlassen, die Vornahme einer Handlung zu dulden oder eine Handlung vorzunehmen. Handelt der Arbeitgeber der ihm durch rechtskräftige gerichtliche Entscheidung auferlegten Verpflichtung zuwider, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, so ist er auf Antrag vom Arbeitsgericht wegen einer jeden Zuwiderhandlung nach vorheriger Androhung zu einem Ordnungsgeld zu verurteilen. Führt der Arbeitgeber die ihn durch eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung auferlegte Handlung nicht durch, so ist auf Antrag vom

² Generell sei verwiesen auf die Standardkommentierungen zu den Regelungen des AGG, insbesondere (alphabetisch) Adomeit/Mohr, AGG, 2. Aufl. 2011, § 17 Rn. 6 ff.; Bauer/Krieger, AGG, 5. Aufl. 2018, § 17 Rn. 10 ff.; Däubler/Bertzbach, AGG, 4. Aufl. 2018, § 17 Rn. 13 ff.; Hey/Forst, AGG, 2. Aufl. 2015, § 17 Rn. 2 ff.; Nollert-Borasio/ Perreng, AGG, 4. Aufl. 2015, § 17 Rn. 9 ff.; v.Roettecken, AGG, Stand 1.4.2013, § 17 Rn 25 ff.; ErfK/Schlachter, 18. Aufl. 2018, AGG, § 17 Rn. 2 f.; Rust/Falke, AGG, 2007, § 17 Rn 37; Schleusener u.a., AGG, 5. Aufl. 2018, § 17 Rn. 4 ff.; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2. Aufl. 2013, Rn. 619 ff.; Wendeling-Schröder/Stein, AGG, 2008, § 17 Rn. 38 ff.

³ Hinsichtlich der Kommentierung des § 23 III BetrVG sei hier verwiesen auf die Standardkommentierungen zu den Regelungen des BetrVG, insbesondere Däubler u.a., BetrVG, 16. Aufl. 2018, § 23 Rn. 195 ff.; Düwell (Hrsg), BetrVG, 5. Aufl. 2018, § 23 Rn. 34 ff.; Fitting u.a., BetrVG, 29. Aufl. 2018, § 23 Rn. 49 ff.; ErfK/Koch, 18. Aufl. 2018, § 23 Rn. 17 ff.; Richardi (Hrsg), BetrVG 16. Aufl. 2018, § 23 Rn. 72 ff.; GK-BetrVG-Oetker, 11. Aufl. 2018, § 23 Rn. 148 ff.

Arbeitsgericht zu erkennen, dass er zur Vornahme der Handlung durch Zwangsgeld anzuhalten sei. Antragsberechtigt sind der Betriebsrat oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft. Das Höchstmaß des Ordnungsgeldes und Zwangsgeldes beträgt 10.000 Euro.“

- 7 Ein in der Praxis häufiges und griffiges Beispiel soll die Anwendung des § 23 III BetrVG im Betriebsverfassungsrecht verdeutlichen: Ordnet ein Arbeitgeber andauernd Überstunden ohne Zustimmung des Betriebsrates an, kann dieser ihm für die Zukunft arbeitsgerichtlich verbieten lassen, solche Überstunden ohne Zustimmung wieder anzuordnen. Erfolgt dies dennoch, kann vom Gericht ein Ordnungsgeld verhängt werden.⁴
- 8 Die Norm des § 23 III BetrVG wird durch § 17 II AGG inhaltlich weitestgehend übernommen, mit dem Unterschied, dass als Ansatzpunkt für Vorgehensweisen „ein grober Verstoß des Arbeitgebers“ gegen die Vorschriften aus dem Abschnitt 2 des **AGG** vorliegen muss, also gegen die §§ 6 bis 16 AGG.
- 9 § 17 II AGG gibt dem Betriebsrat und jeder im Betrieb vertretenen Gewerkschaft eine **eigenständige prozessuale Befugnis**, zu verlangen, dass vom Arbeitgeber Handlungen unterlassen werden, oder die Vornahme einer Handlung geduldet wird oder aber eine Handlung vorgenommen wird. Zweck des § 17 II AGG ist es, ein gesetzmäßiges Verhalten des Arbeitgebers nach den Vorgaben der §§ 6 bis 16 AGG sicherzustellen. Es handelt sich nicht um ein „neues“ Mitbestimmungsrecht, sondern um eine neue durch das AGG geschaffene **Antragsbefugnis**.⁵
- 10 Der Rückgriff auf § 23 III BetrVG hat für die Praxis den Vorteil, dass auf eine Norm verwiesen wird, für die seit Jahrzehnten eine ständige gefestigte Rechtsprechung besteht. Die Kommentierungen des BetrVG zu dieser Norm können also voll übernommen werden, da ausschließlich der Gegenstand der Verstöße ein anderer ist, ansonsten aber sämtliche Regelungen identisch zu betrachten sind.
- 11 Die **Zuständigkeit** der Arbeitsgerichte und die Verfahrensart des Beschlussverfahrens sind in § 2 I Ziff. 1 und § 2 II ArbGG geregelt. Die Voraussetzungen für die Einleitung entsprechender Verfahren richten sich nach dem BetrVG, die erforderlichen Kosten (z.B. Kosten der anwaltlichen Vertretung) für die Verfahren nach § 17 II AGG hat der Arbeitgeber nach § 40 I BetrVG zu tragen.

⁴ Als Überblick, wie Betriebsräte insbesondere unter Anwendung des § 23 III BetrVG die verschiedenen Ansatzbereiche des BetrVG genutzt haben, sei auf die Auflistung entsprechender Beispiele verwiesen, z.B. Däubler u.a.-Trittin, BetrVG, § 23 Rn. 212 ff.; GK-BetrVG-Oetker, § 23 Rn. 245 ff.

⁵ Näher dazu Däubler/Bertzbach-Buschmann, AGG, § 17 Rn. 15.

2 Voraussetzungen des § 17 II AGG

§ 17 II AGG verlangt einige formelle Voraussetzungen, zudem das Vorliegen eines groben Verstoßes.

2.1 FORMELLE VORAUSSETZUNGEN

- 12 § 17 II AGG setzt ebenso wie § 23 III BetrVG eine Mindestzahl von fünf wahlberechtigten Arbeitnehmern (ggf. unter Mitberechnung von Leiharbeitnehmern nach § 7 S. 2 BetrVG) voraus, von denen drei wählbar sein müssen. Mini-Betriebe scheiden also aus. Zu betonen ist aber: Ein Betriebsrat selbst muss **nicht** vorhanden sein - eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft kann also auch dann nach § 17 II AGG aktiv werden, wenn im Betrieb kein Betriebsrat besteht.⁶ Und eine Gewerkschaft kann auch aktiv werden, obwohl der Betriebsrat ein solches Vorgehen nicht beabsichtigt. Diese Fälle werden selten, aber manchmal notwendig sein.
- 13 § 17 II S. 2 AGG betont, dass Betriebsräte und Gewerkschaften nicht Ansprüche des Benachteiligten geltend machen dürfen. Dieser Satz ist noch kurz vor Verabschiedung des AGG in das Gesetz hineingekommen⁷ – überflüssig, da auch § 23 III BetrVG in der Interpretation der Rechtsprechung genau dies seit jeher normiert.

Bei der Kündigung eines Arbeitnehmers wegen seiner Homosexualität wird dieser seine Kündigungsschutzklage gewinnen - der Betriebsrat kann aber nicht die Rücknahme der Kündigung nach § 17 II AGG einklagen. Bei homosexuellenfeindlichen Aktivitäten aber kommt ein Unterlassungsanspruch in Betracht („es zu unterlassen, homosexuelle Beschäftigte durch Anweisungen oder Ausspruch von Kündigungen zu diskriminieren“).

Oder: Der Betriebsrat kann nicht beantragen, an den jüngeren Arbeitnehmer X. einen Betrag von € 200 Differenz Entgelt im Vergleich zu den gleiche Tätigkeiten verrichtenden älteren Arbeitnehmern zu zahlen. Er kann aber beantragen, den Arbeitgeber zu verpflichten, es zu unterlassen, die Gruppe der jüngeren Beschäftigten dadurch nachteilig gegenüber der Gruppe der älteren Beschäftigten zu behandeln, dass er jedem Angehörigen der jüngeren Gruppe für gleiche Tätigkeit monatlich € 200 weniger als den älteren Beschäftigten zahlt.⁸

Auch die Zwangsvollstreckung zielt nicht darauf ab, an einen einzelnen Arbeitnehmer Geld zu zahlen, sondern darauf, ein Ordnungsgeld zu verhängen, wenn der Arbeitgeber entgegen seiner Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung wegen des Alters nicht jedem in dieser jüngeren Gruppe € 200 mehr pro Monat zahlt.

⁶ Nollert-Borasio/Perrong, AGG, § 17 Rn. 9; Thüsing, Diskriminierungsschutz, Rn. 627.

⁷ BT-Drs. 16/2022, 8 und 28.

⁸ Ausführlich zum Verhältnis der betriebsrätlichen Möglichkeiten zu den nur individuell durchsetzbaren Ansprüchen s. Däubler/Bertzbach-Buschmann, AGG, § 17 Rn. 29; zu restriktiv Bauer/Krieger, AGG, § 17 Rn. 22 f.

- 14 Hervorzuheben ist, dass die Möglichkeit, individuell Ansprüche geltend zu machen, Betriebsräte und Gewerkschaften nicht daran hindert, Ansprüche nach § 17 II AGG geltend zu machen⁹ - Betroffene sollten aber wissen, dass die Durchsetzung von Individualansprüchen oft an **Ausschlussfristen** gebunden ist, sie also trotz des Verfahrens z.B. des Betriebsrates ggf. ihre Ansprüche geltend machen müssten.

2.1.1 Die Voraussetzungen des „groben Verstoßes“ des Arbeitgebers

- 15 Die Ansprüche nach § 17 II AGG setzen **grobe** Verstöße gegen die Verpflichtung des Arbeitgebers aus dem AGG voraus. Die groben Pflichtverletzungen müssen eine gewisse Schwere erreicht haben, also erheblich gegen Sinn und Zweck der einzelnen Regelungen des AGG verstoßen,¹⁰ es muss sich um eine „objektiv erhebliche und offensichtlich schwerwiegende Pflichtverletzung handeln“.¹¹
- 16 Aber auch ein **einmaliger** Verstoß (sogar nur einen Arbeitnehmer betreffend) genügt, wenn er allein schwerwiegend genug ist und eine grobe Pflichtverletzung des Arbeitgebers darstellt.¹²

Als Beispiel: Alle Beschäftigten erhalten eine schriftliche Einladung zum Werksausflug – nur die fünf Sikhs in der Firma werden davon ausgenommen.

- 17 Der Einwand, ein Anknüpfen an eine individuelle (grobe) Diskriminierung könne die Gefahr einer „Paternalisierung“ und eines „Zwangsausings“ in sich bergen¹³, verkennt die Zielsetzung des § 17 II AGG - leichte wie grobe Verstöße setzen sich stets aus Einzelfällen beteiligter Arbeitnehmer zusammen. Betriebsrat und Gewerkschaften sollen gerade die „Überwachungsinstitutionen“ sein, die auch bei (oft auf Druck hin) fehlender Gegenwehr von Beschäftigten die Rechtsordnung im Betrieb gegenüber dem Arbeitgeber zum Schutz aller durchsetzen.
- 18 Auch leichtere Verstöße wiederum können bei **Wiederholungen** zu einem groben Verstoß werden.¹⁴ Kein grober Verstoß liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn der Arbeitgeber in einer schwierigen und ungeklärten Rechtsfrage nach einer vertretbaren, wenn auch im Nachhinein unzutreffenden, Rechtsansicht handelt.¹⁵

Argumentiert der Arbeitgeber damit, dass es sich - gleich aus welchen Gründen - jedenfalls nicht um einen **groben** Verstoß handle, sollte hilfsweise ein Feststellungsantrag gestellt werden.¹⁶

⁹ Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 17 Rn. 45.

¹⁰ So auch die Gesetzesbegründung direkt vor Verabschiedung des AGG, siehe BT-Drs. 16/2022, 27.

¹¹ BAG 26.7.2005 - 1 ABR 29/04.

¹² Walk/Shipton, BB 2010, 1921; a.A. Klumpp, NZA 2006, 906.

¹³ So Klumpp, NZA 2006, 905.

¹⁴ Dazu im Einzelnen Fitting u.a., BetrVG, § 23 Rn. 62 und 112; Däubler u.a.-Trittin, BetrVG, § 23 Rn. 203.

¹⁵ z.B. BAG 8.8.1989 - 1 ABR 63/88; BAG 26.7.2005 - 1 ABR 29/04; GK-BetrVG/ Oetker, § 23 Rn. 232. Kritik daran Däubler/Bertzbach-Buschmann, AGG, § 17 Rn. 34.

¹⁶ Ausführlich zur Antragstellung anschließend unter 2.2.2.

- 19 Eine grobe Pflichtverletzung setzt **kein schuldhaftes Verhalten** des Arbeitgebers voraus, es kommt nur darauf an, ob der Verstoß objektiv so erheblich ist, dass die Anrufung des Arbeitsgerichts durch den Betriebsrat gerechtfertigt erscheint.¹⁷ Die Regelung des § 17 II AGG will keine Schuld sühnen und soll keinen Strafcharakter haben, vielmehr für die Zukunft weitere Verstöße möglichst verhindern helfen.¹⁸ Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG setzt der Unterlassungsanspruch nach § 17 II AGG/§ 23 III BetrVG **keine Wiederholungsgefahr** voraus. Vielmehr sind die Ansprüche des Betriebsrates oder der Gewerkschaft Reaktionen auf schon erfolgte grobe Verstöße des Arbeitgebers, dies allein reicht aus.¹⁹
- 20 Bezüglich der Beispiele für grobe Pflichtverletzungen nach dem BetrVG sei auf die entsprechenden Kommentierungen verwiesen. Im Bereich des AGG kann für grobe Pflichtverletzungen u.a. an folgende Beispiele gedacht werden:
- Stellenanzeigen unter Verstoß gegen § 11 AGG²⁰ - also mit Altersbegrenzungen, unberechtigt nur für Vollzeit, nur für Frauen oder Männer usw.
 - Diskriminierende Einstellungspolitik, wie z.B. Nichteinladung bestimmter Angehöriger von Bewerbergruppen zu Einstellungsgesprächen
 - Verlangen des Arbeitgebers nach einer Versicherung von Bewerberinnen, nicht schwanger zu sein
 - Öffentliche Mitteilung, keine Monteure fremder Herkunft beschäftigen zu wollen, da Kunden Bedenken gegen deren Tätigkeit im Hause hätten²¹
 - Ausübung des Direktionsrechts einseitig nachteilig gegenüber bestimmten Gruppen
 - Diskriminierende Vergütungsgruppen im Betrieb, z.B. an das Lebensalter anknüpfende Vergütungs differenzierung
 - Anwendung eines Tarifvertrages mit diskriminierenden Inhalten
 - Mitteilung des Arbeitgebers an eine Arbeitnehmerüberlassungsfirma, sie möge nicht mehr osteuropäische Leihkräfte schicken
 - Zuweisung von Arbeiten/Arbeitsaufgaben an Angehörige spezieller Gruppen in diskriminierender Weise
 - Betriebliche Üblichkeit, bei homosexuellen/lesbischen Liebesbeziehungen zwischen Beschäftigten eine der beiden Personen zu versetzen
 - Generelle Ablehnung von Arbeitsbefreiungen, die aus religiösen Gründen beantragt wird
 - Betriebliche Beförderungspolitik einer Bekleidungsfirmas, ab einer bestimmten Hierarchieebene nur katholische Beschäftigte einzustellen/ zu befördern
 - Betriebliche Politik der sofortigen Freistellung von Beschäftigten nach Feststellung einer HIV-Infektion
 - Diskriminierende Darstellungen oder entsprechende Äußerungen bezogen auf Beschäftigtengruppen nach § 1 AGG auf der Homepage der Firma
 - Anforderungen diskriminierender Art bezüglich des Zugangs zur Beschäftigung
 - Festlegung eines Höchstalters für die Einstellung oder Festsetzung von Altersgrenzen zur automatischen Beendigung des Arbeitsverhältnisses
 - Duldung einer Arbeitsumgebung, die Angehörige zu schützender Gruppen beeinträchtigt
 - Betriebliche Politik, Schwangeren im Gegensatz zu Nichtschwangeren bei Ablauf der Befristung keine unbefristeten Arbeitsverhältnisse anzubieten
 - Unzulässige diskriminierende Fragen in einem Personalfragebogen

¹⁷ Fitting u.a., BetrVG, § 23 Rn. 64; Däubler u.a.-Trittin, BetrVG, § 23 Rn. 204 ff.

¹⁸ Däubler/Bertzbach-Buschmann, AGG, § 17 Rn. 33.

¹⁹ BAG 18.4.1985 - 6 ABR 19/84; Däubler u.a.-Trittin, BetrVG, § 23 Rn. 203.

²⁰ BAG 18.8.2009 - 1 ABR 47/08.

²¹ Anknüpfend an EuGH 10.7.2008 - Rs C-54/07 (Feryn)

- Kündigung von Arbeitnehmern wegen Migrationshintergrundes und Akzents²²
- Maßregelungen massiver Art unter Verstoß gegen § 16 AGG
- Bevorzugen bestimmter ethnischer Gruppen bei der Vergabe von Überstunden (oder auch Benachteiligungen)
- Ausgestaltung von Vergünstigungen in diskriminierender Weise

Die Voraussetzung des **groben** Verstoßes bedeutet, dass nicht allein ein schlichter Verstoß zur Anwendung des § 17 II AGG führen kann, sondern eine stärkere Beeinträchtigung der Regelungen des AGG vorhanden sein muss - entweder in inhaltlich massiverer Weise oder aber in andauernden kleineren Verstößen.

2.1.2 Hilfsantrag bei eventuell nicht „grobem“ Verstoß

- 21 Argumentiert ein Arbeitgeber im Verfahren damit, dass zwar vielleicht ein Verstoß vorliegen könne, dieser aber nicht grob im Sinne von § 17 II AGG i.V.m. § 23 III BetrVG sei, ist einem Betriebsrat zu empfehlen, als Hilfsantrag einen Feststellungsantrag zu stellen. Zwei Ansatzbereiche sind dabei zu unterscheiden:
- Der Arbeitgeber wendet ein, der Verstoß sei nicht grob, weil er sich in einer **schwierigen und ungeklärten Rechtslage** befunden habe.
 - Der Arbeitgeber wendet ein, es sei zwar vielleicht ein Verstoß erfolgt, dieser sei aber **nicht grob**.
- 22 Der Einwand der schwierigen und ungeklärten Rechtslage ist häufig bei Verfahren nach § 23 III BetrVG erfolgt.²³ Die Rechtsprechung hat diese Verteidigungsargumentation von Arbeitgebern für das BetrVG akzeptiert,²⁴ inzwischen auch im Bereich des § 17 II AGG.²⁵
- 23 In Ansehung dieser Rechtsprechung sollte in Verfahren nach § 17 II AGG stets ein Hilfsantrag gestellt werden, wenn eingewandt wird, der Verstoß sei nicht „grob“ im Sinne des § 17 II AGG - gleich ob wegen einer ungeklärten Rechtsfrage oder wegen einer geringeren Schwelle des Verstoßes als grob. Der Hilfsantrag könnte z.B. lauten:
- „... hilfsweise festzustellen, dass die Vergütungszahlung nach Lebensaltersstufen in Anwendung des Tarifvertrages eine unzulässige Altersdiskriminierung im Sinne von § 1 AGG darstellt.“
- „... hilfsweise festzustellen, dass vertragliche Vereinbarungen im Betrieb über eine automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Vollendung des 60. Lebensjahres bei Frauen und des 65. Lebensjahres bei Männern/Frauen unzulässig sind.“
- „... hilfsweise“ (bei einem Antrag der Gewerkschaft) „festzustellen, dass die Betriebsvereinbarung Auswahlrichtlinien in ihren Regelungen zur sozialen Auswahl mit

²² Fallkonstellation wie bei LAG Bremen 29.6.2010 - 1 Sa 29/10.

²³ S. Fitting u.a., BetrVG, § 23 Rn. 63.

²⁴ BAG 16.7.1991 - 1 ABR 69/90; 19.1.2010 - 1 ABR 55/08; 9.3.2011 - 7 ABR 137/09.

²⁵ BAG 18.8.2009 - 1 ABR 47/08 Rn 41; Kritik daran z.B. Däubler/Bertzbach-Buschmann, AGG, § 17 Rn 34; Walk/Shipton, BB 2010, 1921; Hayen, AuR 2007, 10.

Bildung von Altersgruppen einen Verstoß gegen § 7 AGG im Hinblick auf Altersdiskriminierung darstellt.²⁶

- 24 So würde in diesem Falle der Verstoß geklärt werden können und die Berufung auf eine vermeintlich unklare Rechtslage wäre im weiteren Betriebsalltag nicht mehr möglich. Auch könnten festgestellte, nicht schon grobe Verstöße genutzt werden, um später einen groben Verstoß im Sinne des § 17 II AGG (Begehung mehrerer leichter Verstöße) zu begründen.
- 25 Die Zulässigkeit eines hilfsweisen Feststellungsantrages war in der Vergangenheit bei § 23 III BetrVG²⁷ und auch bezogen auf § 17 II AGG²⁸ umstritten. In Ansehung neuerer Rechtsprechung des BAG ist jedoch die **Möglichkeit eines solchen Hilfsantrages zu bejahen.**

In einer Entscheidung zum Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers gegen Betriebsräte hatte das BAG darüber zu entscheiden, ob ein grober Verstoß des Betriebsrates gegen seine gesetzlichen Pflichten vorlag. Das BAG verneinte dies, verwies dann den Arbeitgeber darauf, bei weniger schwerwiegenden Verstößen des Betriebsrates die Feststellung der Unzulässigkeit eines bestimmten Verhaltens zu beantragen. Die gerichtliche Feststellung würde dann dazu führen können, dass ein erneutes gleich gelagertes Verhalten als grober Verstoß angesehen werden könnte.²⁹ In einem weiteren Verfahren wurde 2014 diese Auffassung erneut betont - es reiche für den Rechtsschutz des Arbeitgebers aus, wenn diesem die Möglichkeit offenstehe, entsprechende Feststellungsanträge zu verfolgen.³⁰

- 26 Diese Rechtsprechung ist auch auf den Unterlassungsanspruch des Betriebsrates zu übertragen. Wenn ein Verstoß nicht grob ist, kann ein stattgebender Beschluss nach § 17 II AGG nicht ergehen. Wenn aber ein Verstoß vorliegt, besteht im Hinblick auf das zukünftige Verhalten des Arbeitgebers ein Interesse des Betriebsrates bzw. der Gewerkschaft, dies feststellen zu lassen, um dann ggf. später auf die durch den Feststellungsantrag geklärte Rechtslage oder die früheren mehreren leichteren Verstöße verweisen zu können.

2.2 Das Gerichtsverfahren gegen grobe Verstöße des Arbeitgebers

- 27 Das Verfahren eines Betriebsrates oder einer Gewerkschaft gegen grobe Verstöße des Arbeitgebers gegen die Regelungen der §§ 6 bis 16 AGG wird in der Arbeitsgerichtsbarkeit als **Beschlussverfahren**³¹ entsprechend §§ 2a, 80 ff.

²⁶ Sehr umstrittene Thematik - s. BAG 15.12.2011 - 2 AZR 42/10; ArbG Siegburg 27.1.2010 - 2 Ca 2144/09, AuR 2010, 327; Bertelsmann, AuR 2007, 369 ff.

²⁷ Ablehnend m.w.N. Fitting u.a., BetrVG, § 23 Rn. 56.

²⁸ Bejahend Rust/Falke-Bertelsmann, AGG, § 17 Rn. 54; wohl auch (bei Berufung auf ungeklärte Rechtslage) Däubler/Bertzbach-Buschmann, AGG, § 17 Rn. 34.

²⁹ BAG 17.3.2010 - 7 ABR 95/08, bes. Rn 29.

³⁰ BAG 28.5.2014 - 7 ABR 36/12, Rn. 18; es wird dabei auch auf die Zustimmung des 1. Senats zu dieser Konzeption verwiesen - BAG 15.10.2013 - 1 ABR 31/12, Rn. 26.

³¹ Einheitliche Auffassung, z.B. Bauer/Krieger, AGG, § 17 Rn. 25; Däubler/Bertzbach-Buschmann, AGG, § 17 Rn. 42.

ArbGG durchgeführt. Eine deutlichere Erleichterung gegenüber Klagen im Urteilsverfahren ist das Prinzip der **Offizialmaxime**, das Gericht ermittelt also auch von Amts wegen im Rahmen der gestellten Anträge.

2.2.1 Antragsberechtigung

- 28 Antragsberechtigt sind nach § 17 II AGG zum einen der **Betriebsrat**,³² zum anderen eine im Betrieb vertretene **Gewerkschaft**. Auch wenn ein Betriebsrat nicht besteht, kann die Gewerkschaft das Verfahren durchführen.

Das Recht zur Einleitung und Durchführung eines Verfahrens steht dem Betriebsrat und/oder der Gewerkschaft gerade auch dann zu, wenn sie **nicht** selbst Anspruchsberechtigter der Verpflichtung sind, gegen die der Arbeitgeber in grober Weise verstoßen hat.

Beteiligt (als Antragsgegner) ist stets der Arbeitgeber, auch wenn sein Verstoß in der Duldung diskriminierender Handlungen z.B. anderer Arbeitnehmer besteht.

2.2.2 Antragsformulierung

- 29 Mit dem Antrag muss Bezug genommen werden auf einen bestimmten groben Verstoß des Arbeitgebers gegen die Regelungen der §§ 6 bis 16 AGG. Es kann je nach Fallkonstellation **Unterlassung** verlangt werden (z.B. Unterlassung altersspezifischer Stellenausschreibungen), oder aber **Duldung** (z.B. Zulassung von Gebetspausen für Muslime, soweit keine Störung der Produktion), auch **Leistung** (z.B. Pflicht zur Durchführung von Schulungen für die Personalabteilung nach § 12 II AGG).

- 30 Der Antrag muss konkret benennen, was verlangt wird, z.B.

„dem Arbeitgeber - bei Meidung eines Ordnungsgeldes von bis zu 10.000 € für jeden Fall der Zuwiderhandlung - aufzugeben es zu unterlassen, in Stellenanzeigen für das Verkaufspersonal Anforderungen bezüglich des Alters der gesuchten Person oder aber des Geschlechts der gesuchten Person zu stellen“;

„dem Arbeitgeber aufzugeben es zu unterlassen, beim Einstellungsverfahren nach § 99 BetrVG dem Betriebsrat die vorzulegenden Bewerbungsunterlagen von Bewerberinnen und Bewerbern mit arabisch/türkisch klingenden Namen nicht vorzulegen“.

„den Arbeitgeber - bei Meidung eines Zwangsgeldes von bis zu € 10.000 im Einzelfall - zu verpflichten, in der Abteilung Logistik Maßnahmen zum Schutz von ausländischen Beschäftigten und solchen mit Migrationshintergrund zu treffen, insbesondere dadurch, dass er das Aufhängen und die Verbreitung ausländer- und muslimfeindlicher anzüglicher Bilder und Kommentare verhindert und Maßnahmen zur Abschaffung der bestehenden feindlichen Atmosphäre trifft, insbesondere durch Abteilungsversammlungen zum Thema Islam und Ausländerfeindlichkeit.“

„den Arbeitgeber - bei Meidung eines Zwangsgeldes von bis zu € 10.000 im Einzelfall - zu

³² Und ggf. innerhalb der jeweiligen Kompetenzen der GBR bzw. KBR.

verpflichten, berufliche Fortbildungsmaßnahmen nach § 12 AGG für die Beschäftigten in der Personalabteilung und die Abteilungsleiter und Bereichsleiter durchzuführen“.

„... zu untersagen, den Abschlussabend für die Teilnehmer/innen an den halbjährlichen dreitägigen Fortbildungsveranstaltungen so zu gestalten, dass sie für männliche Beschäftigte im Striptease-Lokal auf St. Pauli und für weibliche Beschäftigte in der Oper Hamburg stattfinden.“

- 31 Mit dem Antrag auf Untersagung rechtswidrigen Verhaltens wird im Regelfall gleich die Androhung verbunden, den Arbeitgeber für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die rechtskräftig gerichtlich auferlegte Unterlassungsverpflichtung zu einem Ordnungsgeld zu verpflichten (nach § 23 III S. 2 BetrVG) oder - bei Handlungspflichten - zu einem Zwangsgeld (nach § 23 III S. 3 BetrVG).
- 32 Bei § 23 III BetrVG wird diskutiert, ob bestimmte Spezialnormen des BetrVG die Anwendung dieser Regelung sperren. Diese Diskussion wird bei § 17 II AGG nicht entstehen können, da die Möglichkeit des Vorgehens gegen grobe Verstöße nicht aus dem BetrVG, sondern aus dem AGG abgeleitet ist.
- 33 Legt der Arbeitgeber z.B. für die Besetzung einer Führungsfunktion dem Betriebsrat Unterlagen nur ausgewählter Bewerber vor, sortiert aber vorher die Unterlagen von Frauen generell und Männern/Frauen mit ausländisch klingenden Namen aus, so ist ein Betriebsrat nicht nur auf eine Zustimmungsverweigerung nach § 99 BetrVG (kein Beginn der Anhörungsfrist, zudem Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 II S. 2 Ziff. 1 BetrVG) verwiesen, sondern kann auch ein Verfahren nach § 17 II i.V.m. § 23 III BetrVG einleiten.

2.2.3 Das arbeitsgerichtliche Verfahren

- 34 Wird das Vorliegen eines groben Verstoßes des Arbeitgebers gegen seine gesetzlichen Verpflichtungen aus dem AGG bejaht, so ist dem Antrag stattzugeben. Die Verurteilung zu einem Ordnungs- oder Zwangsgeld erfordert im Regelfall die Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung. Das arbeitsgerichtliche Verfahren („Erkenntnisverfahren“) ist auf ein künftiges Verhalten des Arbeitgebers gerichtet: Voraussetzung für den Antrag sind bereits begangene grobe Verstöße des Arbeitgebers, sanktioniert werden aber nur solche Verstöße, die **nach Rechtskraft** des Verfahrens nach § 17 II AGG **erneut begangen** werden. In diesem Zusammenhang ist in der Literatur auch davon die Rede, dass das Verfahren nach § 17 II AGG/§ 23 III BetrVG im ersten Schritt des gerichtlichen Verfahrens eine Art „**kollektivrechtliche Abmahnung**“³³ gegenüber dem Arbeitgeber darstellt, weil die Sanktion dann erst eintritt, wenn nach dieser „Abmahnung“ erneut Verstöße erfolgen. Wegen der später nach Rechtskraft begangenen Verstöße kann dann das Ordnungsgeld/Zwangsgeld verhängt werden („Zwangsvollstreckungsverfahren“).

2.2.4 Einstweilige Verfügungen

³³ BAG 18.4.1985 - 6 ABR 19/84.

- 35 Einstweilige Verfügungen im Beschlussverfahren nach § 85 II ArbGG im Rahmen des § 17 II AGG i.V.m. § 23 III BetrVG sind zulässig.³⁴ Sie sind allerdings beschränkt auf direkt bevorstehende grobe Verstöße³⁵, z.B.

„den Arbeitgeber im Wege der einstweiligen Verfügung – bei Meidung eines Zwangsgeldes von bis zu € 10.000 im Einzelfall - zu verpflichten, in der Verpackungsabteilung Maßnahmen zum Schutz von muslimischen Beschäftigten dadurch zu treffen, dass der zurzeit erfolgende/drohende Aushang muslimfeindlicher Bilder, Kommentare und Karikaturen untersagt und verhindert wird.“

- 36 Hinzuweisen ist darauf, dass unabhängig vom AGG von den nach BetrVG materiell Berechtigten (insbesondere dem Betriebsrat) vorgegangen werden kann - und zwar nach den allgemeinen Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechten nach dem BetrVG, z.B. auf das Benachteiligungsverbot des § 75 I BetrVG. In besonderen Eilfällen ist auch mit Berufung auf § 75 I BetrVG an einen Antrag auf einstweilige Verfügung zu denken.

2.2.5 Zwangsvollstreckung aus rechtskräftigen Beschlüssen

- 37 Wenn ein **rechtskräftiger** Beschluss der Arbeitsgerichtsbarkeit z.B. auf Unterlassung vorliegt und dann erneut ein Verstoß erfolgt, kann die gerichtliche Vollstreckung eines Ordnungsgeldes beantragt werden und erfolgen. Die Zwangsvollstreckung aus dem rechtskräftigen Ergebnis des Beschlussverfahrens ist nicht davon abhängig, wer den Antrag nach § 17 II AGG gestellt hat. Die Antragsteller im Ausgangsverfahren und im Zwangsvollstreckungsverfahren müssen **nicht identisch**, aber jeweils entweder Betriebsrat oder Gewerkschaft sein.³⁶
- 38 Bei der Vollstreckung wird in Anlehnung an § 890 ZPO und § 888 ZPO unterschieden nach der Art der Ansprüche, die vollstreckt werden sollen - also ob es sich um Unterlassungsansprüche oder um Ansprüche auf Vornahme einer Handlung oder Duldung handelt.

Falls ein Ordnungsgeld oder ein Zwangsgeld verhängt wird, erfolgt die Einziehung auf Antrag des Antragstellers, das Ordnungsgeld kommt der Staatskasse zugute.³⁷

2.3 Bewertung des Verfahrens

³⁴ Strittig. Bejahend insbesondere Däubler/Bertzbach-Buschmann, AGG, § 17 Rn. 42; Fitting u.a., BetrVG, § 23 Rn. 76 und 103; Däubler u.a.-Trittin, BetrVG, § 23 Rn. 279; GK-BetrVG/Oetker, § 23 Rn. 262 f.; Rust/Falke-Bertelsmann, AGG, § 17 Rn. 67.; Schleusener u.a.-Schleusener, AGG, § 17 Rn. 10; Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 17 Rn. 49; ablehnend Bauer/Krieger, AGG, § 17 Rn. 26; Thüsing, Diskriminierungsschutz, Rn. 634.

³⁵ Zu der entsprechenden Problematik nach § 23 BetrVG s. Fitting u.a., BetrVG, § 23 Rn. 108 und 109.

³⁶ Siehe Fitting u.a., BetrVG, § 23 Rn. 86.

³⁷ Manchmal erfolgt jedoch statt des Antrages auf Einziehung des Ordnungsgeldes eine Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und z.B. Betriebsrat, dass diese Gelder einvernehmlich für Maßnahmen im Betrieb (z.B. in dem Bereich, in dem der Verstoß begangen wurde) verwendet werden.

- 39 Angesichts der Art der unterschiedlichen Zwangsvollstreckung wird zumeist versucht, Anträge nach § 17 II AGG möglichst als Unterlassungsanspruch zu formulieren. Dann ist z.B. ein Ordnungsgeld bei einem Verstoß nicht mehr abzuwenden durch Erfüllung. Bei der Zwangsvollstreckung auf Zwangsgeld dagegen (bei Antrag auf Verpflichtung zu eigenem Tun) sind häufig Verzögerungstaktiken eines Arbeitgebers zu erkennen, der ggf. erst unmittelbar vor Durchführung der Zwangsvollstreckung den Anspruch erfüllt.
- 40 Das Verfahren nach § 17 II AGG ist langwierig - erst muss man im Beschlussverfahren zu einem Titel zu kommen, dann diesen im Wege der Zwangsvollstreckung umsetzen. Jedoch ist zu konstatieren, dass bei Vorliegen eines Titels Verstöße stark sanktioniert werden können. Dies führt im Regelfall dazu, dass Arbeitgeber vorsichtiger werden und sanktionierbare Verstöße vermeiden.
- 41 In besonderen Eilfällen ist zu empfehlen, grobe direkt bevorstehende Verstöße durch Anträge auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zu verhindern.³⁸
- 42 Liegt eine rechtskräftige Entscheidung der Arbeitsgerichtsbarkeit vor, so ist bei späteren Verstößen daraus Ordnungsgeld oder Zwangsgeld über einen Zeitraum von dreißig Jahren (§ 197 Ziff. 3 BGB) zu vollstrecken.

2.4 § 17 II AGG im Verhältnis zu Individualrechten

- 45 Das kollektivrechtliche Beschlussverfahren des Betriebsrates oder der Gewerkschaft dient dazu, den Arbeitgeber zu einem Mindestmaß an ordnungsgemäßen Umgang mit dem AGG anzuhalten. Aufgrund begangener grober Verstöße in der Vergangenheit sollen dem Arbeitgeber für die Zukunft (also für die Zeit nach Rechtskraft des Verfahrens) Sanktionen für **erneute** Verstöße angedroht werden. Die Sanktion mit z.B. Ordnungsgeld hat also eine repressive Funktion.
- 46 Individuelle Verfahren einzelner Betroffener dagegen haben als Ziel, konkret erlittene Schäden Einzelner zu mildern oder aber bestehende Diskriminierungen zu beenden – gleich ob ein Betriebsrat oder eine Gewerkschaft bereits im Vorfeld aktiv war. Hier ist keine Überschneidung des kollektiven und individuellen Bereichs gegeben.
- 47 Auch wenn es um immateriellen Schadensersatz geht, steht beim Arbeitnehmer die Genugtuungsfunktion im Vordergrund. Eine „Aufrechnung“ des Ordnungsgeldes gegenüber einem Ersatz des immateriellen Schadens³⁹ ist weder erforderlich noch dem Verletzungstatbestand angemessen.

³⁸ Siehe 2.2.4.

³⁹ So aber die Zielsetzung von Klumpp, NZA 2006, 905 f.

2.5 Bisherige Arbeitsgerichtsverfahren nach § 17 Abs. 2 AGG

Bisher sind – soweit bekannt und veröffentlicht – nur **wenige Verfahren** anhängig gemacht worden, bei denen sich Betriebsräte auf Unterlassungsansprüche aus § 17 II AGG berufen haben. Betroffen waren die Bereiche Stellenausschreibungen, Entgeltgleichheit Männer/Frauen, Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten, Ausgrenzung wegen ethnischer Herkunft/ Staatsbürgerschaft und sexuelle Belästigung.

2.5.1 Verfahren um niedrigere Eingruppierung von Frauen

- 48 Es gibt für die Logistikbranche in Hamburg zwei Entgelttarifverträge, getrennt für Lohnempfänger und Gehaltsempfänger. Bei einer Logistikfirma wurden bei gleicher Arbeit alle (männlichen) Lagerarbeiter nach dem LohnTV eingruppiert, alle Lagerarbeiterinnen nach dem GehaltsTV. Wie man sich denken kann: die Einstufungsstufen des GehaltsTV waren erheblich geringer, es ergab sich eine Differenz in der niedrigsten Einstufungsgruppe pro Monat von € 269,35, in höheren bis zu € 335,35 zu Lasten der Frauen.

Der Betriebsrat begehrte die Unterlassung der falschen Eingruppierung aller Frauen mit einem Antrag nach § 17 II AGG,

es dem Arbeitgeber - bei Meidung eines Ordnungsgeldes von bis zu € 10.000 pro Fall der Zuwiderhandlung - zu untersagen, Frauen mit Lager- und Transporttätigkeiten nach dem GehaltsTV Stufe K 1 statt nach dem LohnTV Lagerpersonal Stufe 1 zu vergüten.

- 49 Das Verfahren wurde nicht durch eine Entscheidung des ArbG⁴⁰ beendet, vielmehr wurden - wohl auch bewirkt durch das starke Interesse in der Öffentlichkeit - durch Vergleich rückwirkend die Entgelte angeglichen.⁴¹

2.5.2 Drei Verfahren um mittelbar diskriminierende Stellenausschreibungen

- 50 In einer Drogeriekette wurden Stellenausschreibungen geschaltet, in denen der Arbeitgeber Beschäftigte ohne bzw. mit möglichst wenigen Berufsjahren suchte. Grund dieser Suche: nach dem regionalen TV wurden Beschäftigte mit mehr Berufsjahren besser bezahlt.

Der Betriebsrat machte einen Unterlassungsanspruch nach § 17 II AGG geltend, mit der Argumentation, die Anforderung möglichst weniger Berufsjahre stelle eine mittelbare Altersdiskriminierung dar, da mehr Berufsjahre zumeist mit höherem Lebensalter einhergehen.

⁴⁰ ArbG Hamburg Az. 17 BV 2/07. Das Entgelt im Jahre 2006: Eingangsentgelt beim LohnTV 1.483,35 € und beim GehaltsTV 1.214 €.

⁴¹ Presseberichte darüber im Internet unter dem Stichwort „Süderelbe Logistik GmbH Diskriminierung“.

51 Ein Verfahren wurde beim Hessischen LAG⁴² und anschließend vom BAG in Anwendung von § 17 II AGG zugunsten des Betriebsrates entschieden. Der Tenor der Entscheidung des BAG⁴³:

1. Der Arbeitgeberin wird aufgegeben, es zu unterlassen, im Bezirk 302 (Rüsselsheim) betriebsinterne Stellenausschreibungen für Verkaufs-/ Kassierkräfte mit Angabe des ersten Berufs- oder Tätigkeitsjahres für die Eingruppierung vorzunehmen.
2. Der Arbeitgeberin wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen ihre Verpflichtung ein Ordnungsgeld in Höhe von bis zu € 10.000 angedroht.

52 Ein weiteres Verfahren mit ähnlich gelagerten Anträgen war vom LAG Saarland entsprechend entschieden worden.⁴⁴ In diesem Verfahren war vom Betriebsrat beantragt worden,

der Antragsgegnerin aufzugeben, es zu unterlassen, in den Stellenausschreibungen für den Bezirk Sa. ausschließlich neue Mitarbeiter zu suchen, die in der Tarifgruppe G I, 1. Jahr bzw. bei Filialleiterstellen G IV, 1. Jahr anfangen sollen.

Dort wurde auch ein weiteres Parallelverfahren entsprechend entschieden.⁴⁵

53 In einem weiteren Verfahren wurde vom BAG „nebenbei“ angemerkt, dass bei altersdiskriminierenden Stellenausschreibungen ein Verfahren des Betriebsrates nach § 17 II AGG in Betracht kommt.⁴⁶

2.5.3 Verfahren um mittelbare Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten

54 Nach dem TV Nr. 112a der Post konnte freiwillig zu den im Arbeitsvertrag vereinbarten und normal bezahlten Arbeitsstunden die „Übernahme zusätzlicher Leistungen“ vereinbart werden, diese wurden schlechter bezahlt als normale Tätigkeit. Die Post vereinbarte solche Verträge nicht nur mit Vollzeitkräften, sondern auch mit Teilzeitbeschäftigten. Ergebnis: zwischen z.B. 19,25 Wochenstunden und 38,5 Wochenstunden verdienten die Teilzeitbeschäftigten weniger Stundenentgelt als die Vollzeitbeschäftigten, erst ab Überschreitung der 38,5 Stunden erhielten beide Gruppen die gleiche (schlechtere) Vergütung.

55 Der BR stellte den Antrag,

festzustellen, dass der Arbeitgeber den Tarifvertrag Nr. 112a nicht für die Übernahme zusätzlicher Leistungen auf Teilzeitbeschäftigte anwenden darf,

hilfsweise

⁴² Hessisches LAG 6.3.2008 - 9 TaBV 251/07, AuR 2008, 315 ff.

⁴³ BAG 18.8.2009 - 1 ABR 47/08.

⁴⁴ LAG Saarland 11.2.2009 - 1 TaBV 73/08. Das Rechtsbeschwerdeverfahren (Az. 1 ABR 27/09) wurde mit Beschluss des BAG v. 16.2.2010 eingestellt.

⁴⁵ LAG Saarland 11.2.2009 - 1 (2)TaBV 74/08. Das Rechtsbeschwerdeverfahren (Az. 1 ABR 28/09) wurde mit Beschluss des BAG v. 16.2.2010 eingestellt.

⁴⁶ BAG 14.11.2013 - 8 AZR 997/12, Rn.42.

dem Arbeitgeber aufzugeben es zu unterlassen, Teilzeitbeschäftigte zu diskriminieren, indem diesen für die Differenzstunden zwischen ihrer vertraglich vereinbarten Arbeitszeit und einer Arbeitszeit von 38,5 Stunden nach dem Tarifvertrag Nr. 112a Entgelte gezahlt werden, die niedriger sind als die Entgelte, die Vollzeitbeschäftigten bis zu einer Wochenarbeitszeit von 38,5 Stunden gezahlt werden,

äußerst hilfsweise Feststellungsantrag wie Hilfsantrag ansonsten.

- 56 Das Verfahren wurde erstinstanzlich wegen vermeintlicher Unzulässigkeit des Feststellungsantrages (und des äußerst hilfsweise gestellten Antrages) und Unbegründetheit des Hilfsantrages zurückgewiesen.⁴⁷ In der 2. Instanz wurde das Verfahren aufgrund veränderter Umstände (Beendigung der Anwendung des Tarifvertrages) durch Rücknahme des Antrags beendet,⁴⁸ nachdem die Übernahme zusätzlicher Leistungen vom Arbeitgeber generell beendet wurde.
- 57 In einem Verfahren, das vom LAG Berlin-Brandenburg entschieden wurde,⁴⁹ hatte ein Betriebsrat unter anderem beantragt, dem Arbeitgeber zu untersagen, geringfügig Beschäftigte bei der Zahlung von Zuschlägen für Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit zu benachteiligen. Dieses Verfahren wurde ausschließlich auf § 23 III in Verbindung mit § 78 I BetrVG gestützt. Ob bei dieser Handhabung auch eine mittelbare Diskriminierung von Frauen eine Rolle spielte, wurde nicht vorgetragen, der Antrag wurde auch nicht auf § 17 II AGG gestützt, was in einem solchen Fall zu überlegen gewesen wäre.

2.5.4 Verfahren um ethnische Diskriminierung bei Einstellungen

- 58 In einem Betrieb einer großen Filialkette für Kleidung in Wiesbaden wurde der Betriebsrat darauf aufmerksam, dass praktisch keine Bewerbungen von Bewerbern kamen, die ausländisch klingenden Namen hatten. Durch Einreichung von Scheinbewerbungen stellte sich heraus, dass der Arbeitgeber solche Bewerbungen, die „nicht deutsch“ klangen, vorher aussortiert hatte und dem Betriebsrat nur die anderen Bewerbungen vorgelegt hatte.

Der Betriebsrat leitete ein Verfahren auf Unterlassung ein, wodurch dem Arbeitgeber untersagt werden sollte, bestimmte Bewerbungen für ausgeschriebene Stellen auszusortieren und dem Betriebsrat nicht vorzulegen.

Das Verfahren wurde erstinstanzlich beim ArbG Wiesbaden erfolgreich abgeschlossen.

2.5.5 Kennzeichnung von E-mail-Adressen mit einschränkendem Zusatz

- 59 In einem deutschen Betrieb eines US-amerikanischen Konzerns wurden die internen E-Mail-Adressen von Beschäftigten, die eine bestimmte Staatsangehörigkeit oder ein Aufenthaltsrecht in bestimmten Staaten hatten, mit einer besonderen Kennzeichnung (TR = trade restricted) versehen. Es handelte sich um solche

⁴⁷ ArbG Hamburg 8.1.2009 - 29 BV 25/08, Deutsche Post Brief Hamburg Zentrum.

⁴⁸ LAG Hamburg - 2 TaBV 3/09, Einstellung durch Beschluss v. 31.5.2010.

⁴⁹ 20.8.2015 - 21 TaBV 336/15; das BAG-Verfahren 1 ABR 55/15 wurde eingestellt.

Staaten, die nach Auffassung des Konzerns (und entsprechender US-Bestimmungen) sicherheitsproblematisch waren („Schurkenstaaten“). Die Beschäftigten mit TR-Kennzeichnung waren von Teilen des E-Mail-Verkehrs ausgeschlossen bzw. hatten besondere Vorgaben zu beachten.

- 60 Der Betriebsrat sah darin eine Diskriminierung von Beschäftigten wegen ihrer ethnischen Herkunft und leitete ein Verfahren auf Unterlassung nach § 17 II AGG ein. Als Antrag wurde gestellt,

der Beteiligten zu 2. zu untersagen, die betriebliche Mailadresse einzelner Arbeitnehmer mit dem Zusatz „TR Trade Restricted“ zu kennzeichnen.

Das Sächsische LAG⁵⁰ wies den Antrag ab, es sah zwar eine (nach AGG **nicht** untersagte) Ungleichbehandlung wegen der Staatsangehörigkeit als gegeben an, nicht aber eine (nach AGG unzulässige) Diskriminierung wegen ethnischer Herkunft.⁵¹

2.5.6 Unterbindung sexueller Beeinträchtigung

- 61 In einer großen Elektronik-Verkaufsfiliale kam es bei einer Jubiläumsfeier zu sexuell bezogenen Übergriffen des Geschäftsführers gegenüber einer Angestellten, u.a. Umfassen der Hüften, Griff nach dem Po. Der Betriebsrat verlangte von der Gesellschaft geeignete Sanktionsmaßnahmen gegenüber dem Geschäftsführer. Es erfolgte eine Untersuchung der Vorgänge durch den „Compliance Officer“ des Unternehmens. Resultat war, dass der Geschäftsführer deutlich gerügt, nicht aber - wie vom Betriebsrat verlangt - abberufen wurde. Der Betriebsrat beantragte in Anwendung u.a. von § 17 II AGG,

1. der Arbeitgeberin aufzugeben, ihren Geschäftsführer von solchen Aufgaben zu entbinden, aufgrund derer er in direkten Kontakt zu den weiblichen Mitarbeiterinnen treten muss, und für den Fall der Zuwiderhandlung der Arbeitgeber ein Zwangsgeld von bis zu Euro 10.000 für jeden Tag der Zuwiderhandlung aufzuerlegen;
2. hilfsweise, der Arbeitgeberin aufzugeben, es, handelnd durch den Geschäftsführer, zu unterlassen, weibliche Mitarbeiterinnen durch unerwünschte körperliche Berührungen sexuell zu belästigen und ihr für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld von bis zu Euro 10.000 aufzuerlegen.

- 62 Das ArbG Berlin lehnte die Anträge mit Beschluss vom 27.1.2012 ab⁵². In der Begründung wurde insbesondere darauf abgestellt, dass bei diesem einmaligen Vorfall ein grober Verstoß der Arbeitgeberin nicht bejaht werden könne. Zudem seien durch die Rüge ausreichende Maßnahmen von der Arbeitgeberin ergriffen worden und eine Wiederholung nicht zu befürchten.

⁵⁰ v. 17.9.2010 - 3 TaBV 2/10.

⁵¹ Kritisch dazu s. Däubler/Bertzbach-Buschmann, AGG, § 17 Rn. 24.

⁵² 28 BV 17992/11.

2.6 § 17 II AGG als Mittel konsequenter Anti-Diskriminierungspolitik

- 63 Mit der Regelung des § 17 II AGG sind die Möglichkeiten von Betriebsräten (und Gewerkschaften) **erheblich verstärkt** worden. Betriebsräte waren vor dem Inkrafttreten des AGG z.B. bei Verstößen gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung bei Männern/Frauen oft darauf verwiesen, über oft schwierige Umwege den Arbeitgeber zur Erfüllung seiner Verpflichtungen anzuhalten. Diese Umwege sind durch § 17 II AGG überflüssig: Wenn ein Betriebsrat eine konsequente Antidiskriminierungspolitik betreiben will, hat er deutlich erleichterte Möglichkeiten, diese im Betrieb umzusetzen – er muss nicht versuchen, sich auf (teilweise fehlende oder unzureichende) Normen des BetrVG zur Gleichbehandlung berufen, sondern kann das AGG direkt zugrunde legen.
- 64 Die Kompetenz aus § 17 II AGG hat allerdings nur der Betriebsrat (und die Gewerkschaften) - Sprecherausschüsse für leitende Angestellte haben die Rechte des § 17 II AGG nicht, ebenso fehlen sie bei Mitarbeitervertretungen im kirchlichen Bereich. Zudem betrifft § 17 II AGG **ausschließlich den privaten Sektor**, also nur die Betriebe, in denen das BetrVG gilt. Für **Personalräte** und ihre Gewerkschaften **fehlt** eine entsprechende Regelung.⁵³ Hier hofft der Gesetzgeber wie früher beim Arbeitsschutz wohl auf das Gute im Öffentlichen Dienst.
- 65 Die Bedeutung von Verfahren nach § 17 II AGG wird bisher unterschätzt. Das BAG hat bislang nur in dem erwähnten Verfahren wegen diskriminierender Stellenausschreibung⁵⁴ inhaltlich Gelegenheit gehabt, eine Unterlassung nach § 17 II AGG zu verfügen.
- 66 Wenn ein Beschluss der Arbeitsgerichtsbarkeit nach § 17 II AGG durch einen Betriebsrat erreicht worden ist, so ist dieser Beschluss ein recht scharfes Schwert, um zukünftige Verstöße zu verhindern. Ein Arbeitgeber, der in der Vergangenheit Verstöße gegen bestimmte Gleichbehandlungsgebote begangen hat und dem gegenüber ein Beschluss nach § 17 II AGG erreicht worden ist, muss sich ordnungsgemäß verhalten, wenn weitere Verstöße nicht teuer werden sollen.

Daneben ist auch festzustellen, dass erhebliche Folgen für die **innerbetriebliche Diskussion** und hinsichtlich des **Ansehens** des Unternehmens der Öffentlichkeit eintreten können.

- 67 Bisher ist die Möglichkeit des § 17 II AGG von **Betriebsräten** fast nie genutzt worden. Parallel dazu ist auch früher schon häufiger zu konstatieren gewesen, dass bereits im BetrVG erhebliche Durchsetzungsrechte gegen Diskriminierungen vorhanden sind, aber auch diese oft **nicht** angewendet werden. Wenn Betriebsräte die Regelung des § 17 II AGG konsequent nutzen, könnte dies zu einer deutlichen Veränderung im Betrieb führen können, hin zu einer tatsächlichen Umsetzung einer Politik gegen Diskriminierung.

⁵³ Däubler/Bertzbach-Buschmann, AGG, § 17 Rn. 18.

⁵⁴ Siehe 2.2.4.

- 68 Das Verfahren des § 17 II AGG ist von den **Gewerkschaften** bisher gar nicht genutzt worden. Der Zweck, den Arbeitgeber zu einem gesetzeskonformen Verhalten anzuhalten, könnte gleichermaßen auch durch eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft verfolgt werden – allein oder zusammen mit einem Betriebsrat.
- 69 Ein gemeinsames Ziel - wie z.B. die diskriminierungsfreie Eingruppierung von Frauen - könnte verdeutlicht und die Relevanz des Verfahrens betont werden, wenn Betriebsrat und Gewerkschaft beide als Antragsteller in einem solchen Verfahren nach § 17 II AGG auftreten würden.