

RECHTSANWALTSBÜRO DR. BERTELSMANN UND GÄBERT

STERBEKSTR. 90 c
22083 HAMBURG (ALSTERCITY)

TEL.: 040 - 27 13 013 FAX: 040 - 3003 2975
Email: arbeitsrecht@bertelsmann-gaebert.de

ARBEITSRECHT FÜR ARBEITNEHMER/INNEN UND BETRIEBSRÄTE

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

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

DATUM: Nov. 2014

Dr. Klaus Bertelsmann, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Hamburg

AGG und Betriebsrat:

Handlungsmöglichkeiten zur Verhinderung und Beseitigung von Diskriminierung im Betrieb¹

1 Soziale Verantwortung aller Beteiligten nach § 17 I AGG

Das AGG fordert in seinem § 17 I AGG u.a. die Vertretungen der Beschäftigten auf, im Rahmen ihrer Aufgaben und Handlungsmöglichkeiten an der Verwirklichung des Ziels der Nichtdiskriminierung bezüglich der im AGG genannten sechs „Merkmalsgruppen“ mitzuwirken. Die Bereiche, an denen Diskriminierungen am häufigsten ansetzen, sind in § 1 AGG benannt. § 7 AGG untersagt die Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, also wegen des Grundes

Rasse/ethnische Herkunft,
Geschlecht,
Religion/Weltanschauung,
Behinderung,
Alter,
sexuelle Identität.

¹ Dieser Aufsatz ist eine stark veränderte Neubearbeitung des Textes von Bertelsmann in: Rust/Falke, AGG, 2007, § 17 Rn 37 ff.

Vertretungen der Beschäftigten im privatwirtschaftlichen Bereich sind die Betriebsräte. Im öffentlichen Dienst agieren Personalräte, hinzu kommen noch im kirchlichen Bereich die Mitarbeitervertretungen.² Sie alle sollten diese gesetzliche Regelung zum Anlass nehmen zu überlegen, welche Schritte ergriffen werden können, um zugunsten „diskriminierungsanfälliger“ Beschäftigtengruppen tätig zu werden.

Die Schwierigkeiten der Durchsetzung für die **einzelnen** Betroffenen selbst sind gerade bei individueller Gegenwehr gegeben, häufig nur allzu berechtigt ist die Sorge von Nachteilen im Betrieb. Daher kommt den Betriebsräten als Institution eine besondere Rolle zu: sie müssen versuchen, von sich aus die Situation im Betrieb zu verbessern, sie können entscheidende Beiträge zur Durchsetzung einer Antidiskriminierungspolitik im Betrieb leisten.

2 § 17 II AGG und gerichtliches Vorgehen des Betriebsrates gegen grobe Verstöße des Arbeitgebers

Im BetrVG sind verschiedene Normen vorhanden, die Handlungsmöglichkeiten und Aufgaben des Betriebsrats in Bezug auf bestimmte diskriminierungsanfällige Gruppen benennen. Zu diesen betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen wird auf die entsprechende ausführliche Darstellung verwiesen.³ 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.⁴

Auch bisher hätten Betriebsräte schon zum Teil aus der Regelung des § 75 BetrVG Verfahren einleiten können. Die Handlungsmöglichkeiten von Betriebsräten wurden aber dadurch erleichtert, dass nunmehr Betriebsräte genauere Anhaltspunkte und auch Vorgaben durch das gerade und ausschließlich gegen Diskriminierungen gerichtete AGG erhalten. Zudem sind weitere Ansatzbereiche durch die nur im AGG vorgegebenen Pflichten des Arbeitgebers (§§ 11, 12, 13, 16 AGG) neu geschaffen worden.⁵

² Einbezogen sind auch die weiteren Vertretungen wie z.B. Gesamt- und Konzernbetriebsrat, Jugend- und Auszubildendenvertretungen, auch die Schwerbehindertenvertretung.

³ Bertelsmann, BetrVG und Betriebsrat: Handlungsmöglichkeiten zur Verhinderung und Beseitigung von Diskriminierung im Betrieb, www.bertelsmann-gaebert.de unter Aufsätze.

⁴ Überblick über entsprechende Ansatzbereiche nach dem BetrVG s. Trittin, in: Däubler u.a., BetrVG, 14. Aufl. 2014, § 23 Rn 212 ff.

⁵ Schlachter, AGG § 17 Rn 2, in: Erfurter Kommentar, 14. Aufl. 2014.

Hier soll behandelt werden, wie Betriebsräte nicht aus dem BetrVG, sondern direkt aus dem AGG⁶ gegen grobe Verstöße des Arbeitgebers vorgehen können. 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 – eine Möglichkeit, die nach den Anti-Diskriminierungs-Richtlinien der EU (RL 2000/43/EG und 2000/78/EG) **nicht** vorgegeben war, sondern eine **zusätzliche** Norm des deutschen Rechts ist⁷. Zweck der Antragsmöglichkeiten von Betriebsrat und Arbeitgeber 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.⁸ Betriebsrat und Gewerkschaft können entsprechende Verfahren auch ohne Einwilligung und ggf. sogar gegen den Willen der betroffenen Person führen.

§ 17 II AGG lautet:

„In Betrieben, in denen die Voraussetzungen des § 1 I S. 1 BetrVG vorliegen, können bei einem groben Verstoß des Arbeitgebers gegen Vorschriften aus diesem Abschnitt der Betriebsrat oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft unter der Voraussetzung des § 23 III S. 1 des BetrVG die dort genannten Rechte gerichtlich geltend machen; § 23 III S. 2-5 des BetrVG gilt entsprechend. Mit dem Antrag dürfen nicht Ansprüche des Benachteiligten geltend gemacht werden.“

Zu betonen ist, dass die Regelung des § 17 II AGG ausschließlich für den Geltungsbereich des BetrVG gilt. Personalräte, Sprecherausschüsse oder Mitarbeitervertretungen können diese Möglichkeit **nicht** in Anspruch nehmen, leider auch nicht die Antidiskriminierungsverbände des § 23 AGG.

⁶ Generell sei verwiesen auf die Standardkommentierungen zu den Regelungen des AGG, insbesondere (alphabetisch) Adomeit/Mohr, AGG, 2. Aufl. 2011, § 17 Rn 6 ff.; Bauer u.a., AGG, 3. Aufl. 2011, § 17 Rn 10 ff.; Bertelsmann, in: Rust/Falke, AGG, 2007, § 17 Rn 37 ff.; Däubler/Bertzbach (Hrsg), AGG, 3. Aufl. 2013, § 17 Rn 10 ff.; Hey/Forst, AGG, 2. Aufl. 2014, § 17 Rn 2 ff.; Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2. Aufl. 2010, § 17; Nollert-Borasio/Perreng, AGG, 3. Aufl. 2011, § 17 Rn 9 ff.; v.Roettecken, AGG, Loseblatt Stand 2013, § 17; Schlachter, aaO, § 17 AGG Rn 2 f.; Schleusener u.a., AGG, 4. Aufl. 2013, § 17 Rn 4 ff.; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2. Aufl. 2013, Rn 619 ff.; Wendeling-Schröder/Stein, AGG, 2008, § 17 Rn 38 ff.

⁷ Siehe Klumpp, NZA 2006, 904; Thüsing, aaO, Rn 621.

⁸ So Nollert-Borasio/Perreng, aaO, § 17 Rn 15.

3.1 § 17 II AGG und der Bezug zu § 23 III BetrVG

Die Regelung des § 17 II AGG ist, da sie darauf verweist und aufbaut, nur verständlich unter Rückgriff auf den Text von § 23 III BetrVG⁹:

„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 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.“

Ein häufiges und griffiges Beispiel soll die Anwendung dieses § 23 III BetrVG 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.

Diese Norm des BetrVG wird nun durch § 17 II AGG inhaltlich weitestgehend übernommen, mit dem Unterschied, dass der Ansatzpunkt für Vorgehensweisen nicht wie bei § 23 III BetrVG „grobe Verstöße des Arbeitgebers gegen seine Verpflichtungen“ aus dem **BetrVG** sind, sondern „ein grober Verstoß des Arbeitgebers“ gegen die Vorschriften aus dem Abschnitt 2 des **AGG** vorliegen muss, also gegen die §§ 6 bis 16 **AGG**.

§ 17 II AGG gibt dem Betriebsrat und jeder im Betrieb vertretenen Gewerkschaft eine eigenständige prozessuale Befugnis, zu verlangen, dass vom Arbeitgeber

⁹ Hinsichtlich der Kommentierung des § 23 III BetrVG sei hier verwiesen auf die Standardkommentierungen zu den Regelungen des BetrVG, insbesondere (alphabetisch) Däubler u.a. (Hrsg), BetrVG, 14. Aufl. 2014, § 23 Rn 195 ff.; Düwell (Hrsg), BetrVG, 4. Aufl. 2014, § 23 Rn 34 ff.; Fitting u.a., BetrVG, 27. Aufl. 2014, § 23 Rn 49 ff.; Koch, in: Erfurter Kommentar, 14. Aufl. 2014, § 23 Rn 17 ff.; Richardi (Hrsg), BetrVG 14. Aufl. 2014, § 23 Rn 72 ff.; Wiese u.a. (Hrsg), GK-BetrVG (zit.: GK), 10. Aufl. 2014, § 23 Rn 145 ff.

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.

Der Rückgriff auf § 23 III BetrVG hat für die Praxis den Vorteil, dass hier 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.

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 normalem BetrVG (z.B. ordnungsgemäße Beschlussfassung des Betriebsrates), die erforderlichen Kosten für die Verfahren nach § 17 II AGG hat der Arbeitgeber nach § 40 I BetrVG zu tragen (z.B. Kosten der anwaltlichen Vertretung).

3.2 Voraussetzungen des § 17 II AGG

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

3.2.1 Formelle Voraussetzungen

§ 17 II AGG setzt ebenso wie § 23 III BetrVG eine Mindestzahl von fünf Beschäftigten 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 Gewerkschaft¹⁰ kann also auch dann nach § 17 II AGG aktiv werden, wenn im Betrieb kein Betriebsrat besteht.¹¹ Und eine Gewerkschaft kann auch aktiv werden, obwohl der Betriebsrat ein solches Vorgehen nicht beabsichtigt. Diese Fälle werden selten, aber manchmal notwendig sein.

§ 17 II 2 AGG betont, dass Betriebsräte und Gewerkschaften nicht Ansprüche des Benachteiligten geltend machen dürfen. Dieser Satz ist noch kurz vor Verabschie-

¹⁰ Zum Nachweis des Vertretenseins s. Fitting u.a., aaO, § 2 Rn. 42 ff.

¹¹ Nollert-Borasio/Perrong, aaO, § 17 Rn 9; Thüsing, aaO, Rn 627.

derung des AGG in das Gesetz hineingekommen¹² – überflüssig, da auch § 23 III BetrVG in der Interpretation der Rechtsprechung genau dies seit jeher normiert.

Der Betriebsrat kann also 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.¹³

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.

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“).

Zu betonen ist, dass die Möglichkeit, individuell Ansprüche geltend zu machen, Betriebsräte und Gewerkschaften nicht daran hindert, Ansprüche nach § 17 II AGG geltend zu machen.¹⁴ Unabhängig davon sollten Betroffene stets darauf hingewiesen werden, dass die Durchsetzung von Individualansprüchen oft an Ausschlussfristen scheitert, sie also trotz des Verfahrens z.B. des Betriebsrates sie ggf. ihre Ansprüche geltend machen müssten.

3.2.2 Die Voraussetzungen des „groben Verstoßes“ des Arbeitgebers

Die Ansprüche nach § 17 II AGG setzen wie § 23 III BetrVG einen **groben** Verstoß gegen die Verpflichtung des Arbeitgebers aus dem AGG voraus. Die groben Pflichtverletzungen müssen eine gewissen Schwere erreicht haben, also erheblich

¹² BT-Drs. 16/2022, 8 und 28.

¹³ Ausführlich zum Verhältnis der betriebsrätlichen Möglichkeiten zu den nur individuell durchsetzbaren Ansprüchen s. Buschmann, in: Däubler/Bertzbach, aaO, § 17 Rn 29; zu restriktiv Bauer u.a., aaO, § 17 Rn 22.

¹⁴ Wendeling-Schröder/Stein, aaO, § 17 Rn 45.

gegen Sinn und Zweck der einzelnen Regelungen des AGG verstoßen,¹⁵ es muss sich um eine „objektiv erhebliche und offensichtlich schwerwiegende Pflichtverletzung handeln“.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.¹⁷

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

Der Einwand, ein Anknüpfen an eine individuelle (grobe) Diskriminierung könne die Gefahr einer „Paternalisierung“ und eines „Zwangsausings“ in sich bergen¹⁸, verkennt die Zielsetzung des § 17 II AGG. Leichte wie grobe Verstöße setzen sich stets aus Einzelfällen beteiligter Arbeitnehmer zusammen – auch die Untersagung von Überstunden nach § 23 III BetrVG nimmt als Anknüpfungspunkt die Handlungsweise des Arbeitgebers gegenüber einem einzelnen Beschäftigten. 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.

Auch leichtere Verstöße wiederum können bei Wiederholungen zu einem groben Verstoß werden.¹⁹ Kein grober Verstoß liegt vor, wenn der Arbeitgeber in einer schwierigen und ungeklärten Rechtsfrage nach einer vertretbaren Rechtsansicht handelt.²⁰

Argumentiert der Arbeitgeber damit, dass es sich - gleich aus welchen Gründen - jedenfalls nicht um einen **groben** Verstoß handle, sollte hilfsweise ein Feststellungsantrag gestellt werden.²¹

Eine grobe Pflichtverletzung setzt **kein** schuldhaftes Verhalten des Arbeitgebers

¹⁵ So auch die Gesetzesbegründung direkt vor Verabschiedung des AGG, siehe BT-Drs. 16/2022, 27.

¹⁶ BAG v. 26.7.2005 – 1 ABR 29/04.

¹⁷ Bertelsmann, in: Rust/Falke, aaO, § 17 Rn 53; Walk/Shipton, BB 2010, 1921; a.A. Klumpp, NZA 2006, 906.

¹⁸ So Klumpp, NZA 2006, 905.

¹⁹ Dazu im Einzelnen Fitting u.a., aaO, § 23 Rn 62 und 112; Trittin, in: Däubler u.a., aaO, § 23 Rn 202.

²⁰ z.B. BAG v. 8.8.1989 - 1 ABR 63/88; BAG v. 26.7.2005 - 1 ABR 29/04; GK/Oetker, aaO, § 23 Rn 227.

²¹ Ausführlich zur Antragstellung anschließend unter 3.2.3.

voraus, es kommt nur darauf an, ob der Verstoß objektiv so erheblich ist, dass die Anrufung des Arbeitsgerichts durch den Betriebsrat gerechtfertigt erscheint.²² Die Regelung will keine Schuld sühnen und soll keinen Strafcharakter haben, vielmehr für die Zukunft weitere Verstöße möglichst verhindern helfen.²³ 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, um die eine Wiederholungsgefahr zu unterstellen.²⁴

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 AGG²⁵ - 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 formularmäßigen Versicherung von Bewerberinnen, nicht schwanger zu sein

Öffentliche Mitteilung, keine Monteure fremder Herkunft beschäftigen zu wollen, da Kunden Bedenken gegen deren Tätigkeit im Hause hätten²⁶

Ausübung des Direktionsrechts einseitig nachteilig gegenüber bestimmten Gruppen

Diskriminierende Vergütungsgruppen im Betrieb, z.B. an das Lebensalter anknüpfende Vergütungsgruppen

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 bean-

²² Fitting u.a., aaO, § 23 Rn 64; Trittin, in: Däubler u.a., aaO, § 23 Rn 204 ff.; GK/Oetker, aaO, § 23 Rn 224.

²³ Buschmann, in: Däubler/Bertzbach, aaO, § 17 Rn 21.

²⁴ BAG v. 18.4.1985 - 6 ABR 19/84; Trittin, in: Däubler u.a., aaO, § 23 Rn 209.

²⁵ BAG v. 18.8.2009 - 1 ABR 47/08.

²⁶ Anknüpfend an EuGH v. 10.7.2008 – Rs C-54/07 (Feryn)

trägt wird

Betriebliche Beförderungspolitik einer Bekleidungsfirmen, 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

Kündigung von Arbeitnehmern wegen Migrationshintergrundes und Akzents²⁷

Maßregelungen massiver Art unter Verstoß gegen § 16 AGG

Bevorzugungen bestimmter ethnischer Gruppen bei der Vergabe von Überstunden (oder auch Benachteiligungen)

Ausgestaltung von Vergünstigungen in diskriminierender Weise

Die Voraussetzungen des **groben** Verstoßes bedeutet, dass nicht allein ein schlichter Verstoß zur Anwendung des § 17 II AGG führen kann, sondern hier eine stärkere Beeinträchtigung der Regelungen des AGG vorhanden sein muss - entweder in inhaltlich massiverer Weise oder aber in andauernden kleineren Verstößen. Die Rechtsprechung zu § 23 III BetrVG kann hier gut nutzbar gemacht werden, so dass kaum Auslegungsschwierigkeiten eintreten werden.

3.2.3 Hilfsantrag bei eventuell nicht „grobem“ Verstoß

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.

²⁷ Fallkonstellation wie bei LAG Bremen v. 29.6.2010 – 1 Sa 29/10.

Zwei Ansatzbereiche sind dabei zu unterscheiden:

Der Arbeitgeber wendet ein, der Verstoß sei nicht grob, weil er sich hier in einer schwierigen und ungeklärten Rechtslage befunden habe.

Der Arbeitgeber wendet ein, es sei zwar vielleicht ein Verstoß erfolgt, dieser sei aber nicht grob.

Der Einwand der schwierigen und ungeklärten Rechtslage ist häufig bei Verfahren nach § 23 III BetrVG erfolgt.²⁸ Die Rechtsprechung hat für das BetrVG akzeptiert,²⁹ inzwischen aber auch im Bereich des § 17 II AGG.³⁰ Die Kritik daran³¹ verweist darauf, dass im Gegensatz zur Auffassung des BAG eine Parallele hier nicht gezogen werden könne, vielmehr ein Verstoß gegen den Wortlaut des AGG immer als grob zu werten sei.

Die Rechtsprechung einmal unterstellt 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 Lebensalterstufen 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 Bildung von Altersgruppen einen Verstoß gegen § 7 AGG im Hinblick auf Altersdiskriminierung darstellt.“³²

So würde in diesem Falle der Verstoß geklärt werden können, eine Berufung auf eine vermeintlich unklare Rechtslage wäre danach nicht mehr möglich. Auch

²⁸ S. Fitting u.a., aaO, § 23 Rn 16.

²⁹ BAG v. 16.7.1991 - 1 ABR 69/90; v. 19.1.2010 - 1 ABR 55/08; v. 9.3.2011 - 7 ABR 137/09.

³⁰ BAG v. 18.8.2009 - 1 ABR 47/08 Rn 41.

³¹ Z.B. Buschmann, in: Däubler/Bertzbach, aaO, § 17 Rn 22; Walk/Shipton, BB 2010, 1921; Hayen, AuR 2007, 10.

³² Sehr umstrittene Thematik - s. BAG v. 15.12.2011 - 2 AZR 42/10; ArbG Siegburg 27.1.2010 - 2 Ca 2144/09, AuR 2010, 327; Bertelsmann, AuR 2007, 369 ff.

könnten dann festgestellte nicht schon grobe Verstöße genutzt werden, um später einen groben Verstoß im Sinne des § 17 II AGG (Begehung mehrerer nicht grober Verstöße) zu begründen.

Die Zulässigkeit eines hilfsweisen Feststellungsantrages war in der Vergangenheit bei § 23 III BetrVG umstritten³³, und auch bezogen auf § 17 II AGG³⁴. 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.³⁵ 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.³⁶

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 Feststellungsinteresse daran, dies feststellen zu lassen, um dann ggf. später auf die durch den Feststellungsantrag geklärte Rechtslage oder die früheren mehreren leichteren Verstöße verweisen zu können.

3.3 Das Gerichtsverfahren gegen grobe Verstöße des Arbeitgebers

Das Verfahren eines Betriebsrates oder einer Gewerkschaft gegen grobe Verstöße des Arbeitgebers gegen die Regelungen der §§ 6 bis 16 AGG wird in der Ar-

³³ Ablehnend m.w.N. Fitting, aaO, § 23 Rn 56.

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

³⁵ BAG v. 17.3.2010 - 7 ABR 95/08, bes. Rn 29.

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

beitsgerichtsbarkeit als Beschlussverfahren³⁷ entsprechend §§ 2a, 80 ff. ArbGG durchgeführt. Eine deutlichere Erleichterung ist hier das Prinzip der *Offizialmaxime*, das Gericht ermittelt also auch von Amts wegen im Rahmen der gestellten Anträge.

3.3.1 Antragsberechtigung

Antragsberechtigt sind nach § 17 II AGG zum einen der Betriebsrat, 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.

Der Gesamtbetriebsrat und der Konzernbetriebsrat sind – innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeiten nach § 50 I und § 58 I BetrVG – ebenfalls antragsbefugt, wie sich aus § 51 V BetrVG für den GBR und § 59 I BetrVG (durch den am Ende stehenden Verweis auf § 51 V BetrVG) für den KBR ergibt. Beteiligt (als Antragsgegner) ist stets der Arbeitgeber.

3.3.2 Antragsformulierung

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 (Unterlassung altersspezifischer Stellenausschreibungen), oder aber Duldung (Zulassung von Gebetspausen für Muslime, soweit keine Störung der Produktion), auch Leistung (Pflicht zur Durchführung von Schulungen für die Personalabteilung nach § 12 II AGG).

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“;

³⁷ Einheitliche Auffassung, z.B. Bauer/Göpfert/Krieger, aaO, § 17 Rn 25; Bertelsmann, in: Rust/Falke, aaO, § 17 Rn 45; Besgen, BB 2007, 215; Buschmann, in: Däubler/Bertzsch, AGG, § 17 Rn 13 und 30; Schleusener, in: Schleusener u.a., aaO, § 17 Rn 9.

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

„... zu untersagen, die Abschlussveranstaltungen 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.“

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 Verpflichtung zu einem Ordnungsgeld zu verpflichten (Androhung eines Ordnungsgeldes).

Bei § 23 III BetrVG wird diskutiert, ob bestimmte Spezialnormen 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.

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 2 Ziff. 1 BetrVG) verwiesen, sondern kann auch ein Verfahren nach § 17 II i.V.m. § 23 III BetrVG einleiten.

3.3.3 Das arbeitsgerichtliche Verfahren

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“³⁸ gegenüber dem Arbeitgeber darstellt, die Sanktion dann erst eintritt, wenn nach dieser „Abmahnung“ erneut Verstöße erfolgen. Wegen dieser neuen, nach Rechtskraft begangenen Verstöße, kann dann das Ordnungsgeld verhängt werden („Zwangsvollstreckungsverfahren“).

3.3.4 Einstweilige Verfügungen

Einstweilige Verfügungen im Beschlussverfahren nach § 85 II ArbGG im Rahmen des § 17 II AGG i.V.m. § 23 III BetrVG sind zulässig.³⁹ Sie sind allerdings beschränkt auf direkt bevorstehende grobe Verstöße⁴⁰, 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 das zurzeit erfolgende Aufhängen muslimfeindlicher Bilder, Kommentare und Karikaturen untersagt und verhindert wird.“

Hinzuweisen ist darauf, dass auch bei „einfachen“ Verstößen von den nach BetrVG materiell Berechtigten (insbesondere dem Betriebsrat) vorgegangen werden kann – dann aber nicht unter Berufung auf § 17 II AGG, sondern nach den allgemeinen Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechten nach dem BetrVG, z.B. auf

³⁸ BAG v. 18.4.1985 - 6 ABR 19/84.

³⁹ Die Möglichkeit von einstweiligen Verfügungen im Rahmen des § 17 II AGG und des § 23 III BetrVG ist umstritten, zumindest was die Anforderungen daran betrifft. Bejahend insbesondere Buschmann, in: Däubler/Bertzbach, § 17 Rn 30; Fitting u.a., aaO, § 23 Rn 76, 103; Trittin, in: Däubler u.a., aaO, § 23 Rn 279; GK/Oetker, aaO, § 23 Rn 354 f.; Schleusener, in: Schleusener u.a., aaO, § 17 Rn 10; Wendeling-Schröder/Stein, aaO, § 17 Rn 49; ablehnend Bauer/Göpfert/Krieger, aaO, § 17 Rn 26; Thüsing, aaO, Rn 634.

⁴⁰ Zu der entspr. Problematik nach § 23 BetrVG s. Fitting u.a., aaO, § 23 Rn 107 f.

das Benachteiligungsverbot des § 75 I BetrVG. In besonderen Eilfällen ist an einen Antrag auf einstweilige Verfügung zu denken.

3.3.5 Zwangsvollstreckung aus rechtskräftigen Beschlüssen

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 sein - es müssen aber jeweils entweder Betriebsrat oder Gewerkschaft sein.⁴¹

Bei der Vollstreckung ist allerdings zu unterscheiden nach Art der Verpflichtung, die die Arbeitsgerichtsbarkeit dem Arbeitgeber auferlegt hat. In Anlehnung an § 890 ZPO und § 888 ZPO wird unterschieden nach der Art der Ansprüche, die vollstreckt werden sollen.

3.3.6 Zwangsvollstreckung bei Unterlassungsansprüchen

Der häufigste Fall ist, dass der Arbeitgeber rechtskräftig verpflichtet worden ist, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden. In diesem Fall ist nach § 23 III 2 BetrVG ausschließlich die Verhängung von Ordnungsgeld möglich, nicht die Verhängung von Ordnungshaft. Der Ablauf für die Verhängung des Ordnungsgeldes:

- Rechtskräftiger Beschluss der Arbeitsgerichtsbarkeit, mit dem der Arbeitgeber verpflichtet wird, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden.
- Vorherige rechtskräftige Androhung von Ordnungsgeld durch das Arbeitsgericht. Diese ist zumeist gleich in dem arbeitsgerichtlichen Beschluss über die ausgesprochene Verpflichtung enthalten.
- Zustellung des Beschlusses an den Arbeitgeber durch den Antragsteller.
- Nichtbefolgung der im rechtskräftigen arbeitsgerichtlichen Beschluss ausgesprochenen Verpflichtung durch den Arbeitgeber: Der Arbeitgeber muss also **nach Rechtskraft** des arbeitsgerichtlichen Beschlusses der darin enthaltenen Verpflichtung auf Unterlassen einer Handlung oder Duldung der Vornahme einer Handlung zuwider gehandelt haben.

⁴¹ Siehe Fitting u.a., aaO, § 23 Rn 86.

Das Ordnungsgeld ist eine **repressive** Rechtsfolge, kann also nicht etwa dadurch entfallen, dass der Arbeitgeber sich für die Zukunft verpflichtet, dies nicht nochmals zu tun oder aber den Verstoß versucht „zurückzunehmen“.

Voraussetzung für die repressive Rechtsfolge ist ein Verschulden des Arbeitgebers. Es genügt allerdings einfaches Verschulden, also Fahrlässigkeit. Die Vollstreckung erfolgt ausschließlich auf Antrag eines Antragsberechtigten (Betriebsrat oder Gewerkschaft), nicht von Amts wegen. Die Festsetzung des Ordnungsgeldes erfolgt durch Beschluss des ArbG, auch dann, wenn Grundlage der Vollstreckung eine rechtskräftige Entscheidung des LAG oder des BAG ist. Der Beschluss kann ohne mündliche Verhandlung ergehen, jedoch ist rechtliches Gehör zu gewähren. Die Höhe des Ordnungsgeldes wird im Einzelfall festgelegt - Einfluss auf dessen Höhe haben die Schwere des Verstoßes, die Zahl der Betroffenen, die Gründe für den Verstoß, die Wiederholung u.a.

Die Einziehung des Ordnungsgeldes erfolgt ebenfalls auf Antrag des Antragstellers, das Ordnungsgeld kommt der Staatskasse zugute.⁴²

3.3.7 Zwangsvollstreckung auf Vornahme von Handlungen

Etwas anders läuft die Vollstreckung, wenn Zielrichtung des Antrages und des Beschlusses des Arbeitsgerichtes ist, dass der Arbeitgeber eine Handlung vorzunehmen hat. Führt er dann, trotz rechtskräftigen Beschlusses der Arbeitsgerichtsbarkeit, diese Handlungen nicht durch, so ist der Arbeitgeber zur Vornahme der Handlung durch Zwangsgeld anzuhalten. Die Verhängung von Zwangshaft ist nicht möglich.

Der Ablauf für die Verhängung von Zwangsgeld:

- Rechtskräftiger Beschluss der Arbeitsgerichtsbarkeit, mit dem der Arbeitgeber verpflichtet wird, eine Handlung selbst vorzunehmen.
- Zustellung des Beschlusses an den Arbeitgeber durch den Antragsteller
- Eine vorherige Androhung des Zwangsgeldes ist nicht notwendig, vielmehr handelt es sich lediglich um eine Beugemaßnahme.
- Nichtbefolgung der im rechtskräftigen arbeitsgerichtlichen Beschluss aus-

⁴² Teilweise wird jedoch vor der Einziehung des Ordnungsgeldes eine Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und z.B. Betriebsrat getroffen, dass diese Gelder einvernehmlich für Maßnahmen im Betrieb (oft in dem Bereich, in dem der Verstoß begangen wurde) verwendet werden.

gesprochenen Verpflichtung durch den Arbeitgeber: Der Arbeitgeber muss also nach Rechtskraft des arbeitsgerichtlichen Beschlusses der darin enthaltenen Verpflichtung auf eigene Vornahme einer Handlung zuwider gehandelt haben.

Ein Verschulden des Arbeitgebers ist nicht erforderlich. Die Verhängung oder Vollstreckung des Zwangsgeldes ist unzulässig, wenn der Arbeitgeber inzwischen die Handlung vorgenommen hat.

- Wird die verlangte Handlung nicht vorgenommen, so kann die Festsetzung des Zwangsgeldes auch mehrfach erfolgen.
- Die Vollstreckung des Zwangsgeldes erfolgt ausschließlich auf Antrag eines Antragsberechtigten, nicht von Amts wegen.
- Die Festsetzung des Zwangsgeldes erfolgt durch Beschluss des ArbG, auch dann, wenn Grundlage der Vollstreckung eine rechtskräftige Entscheidung des LAG oder des BAG ist. Der Beschluss kann ohne mündliche Verhandlung ergehen, jedoch ist rechtliches Gehör zu gewähren.
- Die Höhe des Zwangsgeldes wird im Einzelfall festgelegt. Einfluss auf die Höhe hat die Schwere des Verstoßes, die Gründe für den Verstoß, die Wiederholung u.a.
- Die Einziehung des Zwangsgeldes erfolgt ebenfalls auf Antrag des Antragstellers, das Zwangsgeld kommt der Staatskasse zugute. Eine tatsächliche Einziehung ist selten, da das Zwangsgeld als Beugemaßnahme eingesetzt wird und deshalb vom Arbeitgeber durch Erfüllung der verlangten Handlung abgewendet werden kann.

3.4 Bewertung des Verfahrens

Angesichts der Art der unterschiedlichen Zwangsvollstreckung wird zumeist versucht, Anträge nach § 17 II AGG möglichst auf einen Unterlassungsanspruch hin 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 Vermeidungsmöglichkeiten eines Arbeitgebers zu erkennen.

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.

In besonderen Eilfällen ist zu empfehlen, grobe direkt bevorstehende Verstöße durch Anträge auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zu verhindern.

Liegt eine rechtskräftige Entscheidung der Arbeitsgerichtsbarkeit vor, so ist bei späteren Verstößen daraus Ordnungsgeld oder Zwangsgeld über einen Zeitraum von dreißig Jahren zu vollstrecken.

3.5 § 17 II AGG im Verhältnis zu Individualrechten

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.

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.

Auch wenn es um immateriellen Schadensersatz geht, steht beim Arbeitnehmer die Genugtuungsfunktion im Vordergrund. Eine „Aufrechnung“ des Ordnungsgeldes gegenüber einem Ersatz des immateriellen Schadens⁴³ ist weder erforderlich noch dem Verletzungstatbestand angemessen.

4 Bisherige Verfahren

Bisher sind – soweit bekannt und veröffentlicht – nur sieben 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.

⁴³ So aber die Zielsetzung von Klumpp, NZA 2006,905 f.

4.1 Verfahren um falsche Eingruppierung von Frauen

Es gibt für die Logistikbranche in Hamburg zwei Entgelttarifverträge, jeweils 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 Eingangsstufen des GehaltsTV waren erheblich geringer, es ergab sich eine Differenz in der niedrigsten Eingangsgruppe pro Monat von € 269,35, in höheren bis zu € 335,35 zu Lasten der Frauen.⁴⁴

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.

Das Verfahren wurde nicht durch eine Entscheidung des ArbG beendet, vielmehr wurden durch Vergleich rückwirkend die Entgelte angeglichen.⁴⁵

4.2 Drei Verfahren um mittelbar diskriminierende Stellenausschreibungen

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.

⁴⁴ Süderelbe Logistik GmbH, Hamburg (ArbG Hamburg Az. 17 BV 2/07). Das Entgelt betrug im Jahre 2006: Eingangsentgelt LohnTV € 1.483,35; GehaltsTV € 1.214.

⁴⁵ Presseberichte darüber im internet unter dem Stichwort „Süderelbe Logistik Diskriminierung“.

Ein Verfahren wurde beim Hessischen LAG⁴⁶ und anschließend vom BAG in Anwendung von § 17 II AGG zugunsten des Betriebsrates entschieden. Der Tenor der Entscheidung des BAG⁴⁷:

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.

Ein weiteres Verfahren mit ähnlich gelagerten Anträgen war vom LAG Saarland entsprechend entschieden worden⁴⁸. 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.⁴⁹

4.3 Verfahren um mittelbare Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten

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.

Der BR stellte den Antrag,

⁴⁶ Hessisches LAG v. 6.3.2008 - 9 TaBV 251/07, AuR 2008, 315 ff.

⁴⁷ BAG v. 18.8.2009 - 1 ABR 47/08.

⁴⁸ LAG Saarland v. 11.2.2009 – 1 TaBV 73/08. Das Rechtsbeschwerdeverfahren (Az. 1 ABR 27/09) wurde mit Beschluss des BAG v. 16.2.2010 eingestellt.

⁴⁹ LAG Saarland v. 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.

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

hilfsweise

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.

Das Verfahren wurde erstinstanzlich wegen vermeintlicher Unzulässigkeit des Feststellungsantrages (und des äußerst hilfsweise gestellten Antrages) und Unbegründetheit des Hilfsantrages zurückgewiesen⁵⁰, dann in der 2. Instanz aufgrund veränderter Umstände (Beendigung der Anwendung des Tarifvertrages) durch Rücknahme des Antrags beendet.⁵¹ Die Übernahme zusätzlicher Leistungen wurde generell beendet.

4.4 Kennzeichnung von email-Adressen mit einschränkendem Zusatz

In einem deutschen Betrieb eines US-amerikanischen Konzern wurden die internen email-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 Staaten, die nach Auffassung des Konzern (und entsprechender US-Bestimmungen) sicherheitsproblematisch waren („Schurkenstaaten“). Die Beschäftigten mit TR-Kennzeichnung waren von Teilen des email-Verkehrs ausgeschlossen bzw. hatten besondere Vorgaben zu beachten.

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.

⁵⁰ ArbG Hamburg v. 8.1.2009 - 29 BV 25/08, Deutsche Post Brief Hamburg Zentrum.

⁵¹ LAG Hamburg - 2 TaBV 3/09, Einstellung durch Beschluss v. 31.5.2010.

Das Sächsische LAG⁵² 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.⁵³

4.5 Unterbindung sexueller Belästigung

In einer großen Elektronik-Verkaufsfiliale kam es bei einer Jubiläumsfeier 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 wurde, 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.

Das ArbG Berlin lehnte die Anträge mit Beschluss vom 27.1.2012 ab⁵⁴, in der Begründung wurde insbesondere darauf abgestellt, dass bei diesem einmaligen Vorfall ein grober Verstoß der Arbeitgeberin nicht bejaht werden könne, zudem durch die Rüge ausreichende Maßnahmen von der Arbeitgeberin ergriffen worden seien, zudem eine Wiederholung nicht zu befürchten sei.

⁵² v. 17.9.2010 - 3 TaBV 2/10, NZA-RR 2011, 72 ff.

⁵³ Dazu s. Buschmann, in: Däubler/Bertzbach, aaO, § 17 Rn 19a.

⁵⁴ 28 BV 17992/11.

5 § 17 II AGG als Mittel konsequenter Anti-Diskriminierungspolitik

Mit der Regelung des § 17 II AGG sind die Möglichkeiten von Betriebsräten (und Gewerkschaften) erheblich verstärkt worden. Betriebsräte waren bisher 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 nun überflüssig: Wenn ein Betriebsrat eine konsequente Anti-Diskriminierungspolitik 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.

Die Kompetenz aus § 17 II hat allerdings nur der Betriebsrat - 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.⁵⁵ Hier hofft man wohl auf das Gute im Öffentlichen Dienst.

Die Bedeutung von Verfahren nach § 17 II AGG ist nicht zu unterschätzen. 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 aber auch festzustellen, dass erhebliche Folgen für die innerbetriebliche Diskussion und hinsichtlich des Ansehens des Unternehmens der Öffentlichkeit eintreten können.

Bisher ist die Möglichkeit des § 17 II AGG von Betriebsräten extrem wenig genutzt worden. Parallel dazu ist auch früher schon häufiger zu konstatieren gewesen, dass bereits im BetrVG erhebliche Durchsetzungsrechte vorhanden sind, aber auch diese schon oft **nicht** angewendet werden. Die Durchsetzung von Ansprüchen der Betriebsräte, die auf Gleichbehandlung im Betrieb abzielen, muss stärker

⁵⁵ Buschmann, in: Däubler/Bertzbach, aaO, § 17 Rn 15. Es ist anzumerken, dass jedoch auch heute ein Unterlassungsanspruch von Personalräten von der Verwaltungsgerichtsbarkeit abgelehnt wird bzw. nur unter gegenüber Betriebsräten sehr erschwerten Umständen zugesprochen wird. Näher s. Altwater u.a., BPersVG, 8. Aufl. 2013, § 69 Rn 71, Auswirkungen auf e.V. § 83 Rn 120 ff. m.w.N.

werden - gleich ob aus dem BetrVG oder dem AGG abgeleitet. Hier ist noch viel zu tun.

Im Bereich des BetrVG ist § 23 III BetrVG sehr häufig und effektiv angewandt worden, z.B. als Mittel zur Verhinderung von ungenehmigten Überstunden, bei Verstößen gegen die Verletzung von Mitbestimmungsrechten usw. Wenn Betriebsräte die Regelung des § 17 II AGG konsequent nutzen, wird dies zu einer deutlichen Veränderung im Betrieb führen können, die tatsächliche Umsetzung einer Politik gegen Diskriminierung kann dadurch sehr gefördert werden. Der Zweck, den Arbeitgeber zu einem gesetzeskonformen Verhalten anzuhalten, ist gleichermaßen auch durch eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft zu verfolgen.

Eine gemeinsame Zielsetzung kann verdeutlicht und die Relevanz des Verfahrens betont werden, wenn Betriebsrat und Gewerkschaft beide als Antragsteller in einem solchen Verfahren nach § 17 II AGG auftreten. Ein solches Zusammengehen ist auch für Arbeitgeber und Gericht normalerweise beeindruckend.