

**RA Dr. Klaus Bertelsmann, Hamburg**

## **AGG und BetrVG:**

### **Mitwirkungsmöglichkeiten von Betriebsräten an der Verhinderung und Beseitigung von Benachteiligungen<sup>1</sup>**

1.	Soziale Verantwortung aller Beteiligten nach § 17 Abs. 1 AGG .....	2
2.	Erkennen von Benachteiligungen durch die Beteiligten .....	2
3.	Betriebsverfassungsrechtliche Handlungsmöglichkeiten und -aufgaben .....	3
3.1.	Allgemeine Vorgaben für verschiedene Personengruppen .....	4
3.2.	Gleichbehandlung von Frauen und Männern.....	5
3.3.	Gleichbehandlung und Alter .....	5
3.4.	Gleichstellung/Integration verschiedener Gruppen.....	6
3.5.	Schwerbehinderte Menschen.....	6
3.6.	Aufgaben ohne zusätzliche Mitbestimmungsrechte.....	7
3.7.	Ansatzbereiche zu einer Politik der Anti-Diskriminierung im BetrVG.....	7
4.	§ 17 Abs. 2 AGG und gerichtliches Vorgehen durch den Betriebsrat bzw. die Gewerkschaft	10
4.1.	§ 17 Abs. 2 AGG und der Bezug zu § 23 Abs. 3 BetrVG .....	10
4.2.	Voraussetzungen des § 17 Abs. 2 AGG .....	11
4.2.1.	Formelle Voraussetzungen .....	12
4.2.2.	Die Voraussetzungen des „groben Verstoßes“ des Arbeitgebers .....	13
4.3.	Das Gerichtsverfahren gegen grobe Verstöße des Arbeitgebers.....	15
4.3.1.	Antragsberechtigung .....	16
4.3.2.	Antragsformulierung .....	16
4.3.3.	Erkenntnisverfahren .....	17
4.3.4.	Einstweilige Verfügungen.....	18
4.4.	Zwangsvollstreckung aus rechtskräftigen Beschlüssen .....	18
4.4.1.	Zwangsvollstreckung bei Unterlassungsansprüchen.....	19
4.4.2.	Zwangsvollstreckung auf Vornahme von Handlungen.....	20
4.5.	Bewertung des Verfahrens.....	21
4.6.	§ 17 Abs. 2 AGG im Verhältnis zu Individualrechten .....	21
5.	§ 17 Abs. 2 AGG als Mittel konsequenter Anti-Diskriminierungspolitik .....	22

---

<sup>1</sup> Stand: Juli 2007. Aktualisierte Fassung der Kommentierung zu § 17 AGG in: Rust/Falke, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG, Kommentar, Erich-Schmidt-Verlag Berlin (Juli) 2007.

## 1. Soziale Verantwortung aller Beteiligten nach § 17 Abs. 1 AGG

- 1 Das AGG fordert in seinem § 17 Abs. 1 AGG fordert u.a. die Vertretungen der Beschäftigten auf, im Rahmen ihrer Aufgaben und Handlungsmöglichkeiten an der Verwirklichung des in § 1 genannten Ziels der Nichtdiskriminierung mitzuwirken. Vertretungen der Beschäftigten sind im privatwirtschaftlichen Bereich die Betriebsräte, im öffentlichen Dienst die Personalräte<sup>2</sup>, hinzukommen noch im kirchlichen Bereich die Mitarbeitervertretungen.<sup>3</sup> Sie alle sollten diese gesetzliche Regelung zum Anlass nehmen zu überlegen, welche Schritte ergriffen werden können, um zugunsten „diskriminierungsanfälliger“ Beschäftigtengruppen tätig zu werden. Zu diesen Gruppen gehören nicht nur „Arbeitnehmer/innen“, sondern angesichts des Wortlauts von § 17 Abs. 1 auch andere „Beschäftigte“ wie z.B. freie Mitarbeiter.
- 2 Die Schwierigkeiten der Durchsetzung für die *einzelnen* Betroffenen selbst sind gerade bei individueller Gegenwehr gegeben, stark (und häufig nur allzu berechtigt) ist die Sorge von Nachteilen im Betrieb. Im Bereich der Gleichbehandlung von Frauen und Männern sind nicht zufällig die meisten der (wenigen) Lohngleichheitsklagen nicht von einzelnen betroffenen Frauen durchgeführt worden, sondern von Gruppen: Leider sieht das Rechtssystem der Bundesrepublik Deutschland keine Möglichkeit vor, Diskriminierungen unabhängig von einzelnen Arbeitnehmerinnen anzugreifen – nicht einmal mehr die schon nach dem Entwurf des AGG dürftigen Verbandsklagemöglichkeiten sind in der endgültigen Fassung des AGG enthalten.
- 3 Angesichts dieser Situation sollte der Appellcharakter des § 17 Abs. 1 von Betriebsräten und Personalräten aufgenommen werden, um entscheidende Beiträge zur Durchsetzung einer Antidiskriminierungspolitik im Betrieb zu leisten. Dies kann einmal durch Information und Beratung betroffener Gruppen und Einzelner geschehen, aber auch durch Entfaltung eigener Aktivitäten.

## 2. Erkennen von Benachteiligungen durch die Beteiligten

- 4 Ähnlich wie im Bereich der Gleichbehandlung von Männern und Frauen muss die Grundlage von Aktivitäten zur Verhinderung oder Beseitigung von Benachteiligungen eine Analyse der Beschäftigungssituation von diskriminierungsanfälligen Gruppen im Betrieb sein. Eine solche Analyse ist geeignet, die Sensibilität von Betriebsräten zu schärfen, die Ungleichbehandlungen zu benennen und die Möglichkeiten für Verbesserungen deutlich zu machen: Veränderungen können erkannt werden, indem die Analysen im Zeitablauf verglichen werden. So wären und blieben sie Objekt der Diskussionen in der betrieblichen Interessenvertretung. Jeder

---

<sup>2</sup> Die Regelungen für Personalräte sind wegen ihrer Zersplitterung (Bundesebene und Länderebene) hier nicht dargestellt, es muss auf die entsprechende Literatur verwiesen werden.

<sup>3</sup> Einbezogen sind auch die weiteren Vertretungen wie z.B. Gesamt- und Konzernbetriebsrat, Jugend- und Auszubildendenvertretungen, auch die Schwerbehindertenvertretung.

Analyse muss dann allerdings die Umsetzung, die Veränderung folgen.

- 5 Anknüpfend an einen Katalog für den Bereich der IG BCE<sup>4</sup> für die Gleichbehandlung der Geschlechter könnten die ersten Schritte für eine solche Analyse folgende sein:

Ermittlung der Beschäftigtenstruktur des Betriebs aufgeschlüsselt nach

- Angehörigen „diskriminierungsanfälliger Gruppen“ im Vergleich zur Bevölkerungsstruktur bei Bewerbungen
- Prozentsätze der akzeptierten Bewerber/innen nach Gruppen
- Zahl von Bewerbungen auf höhere Positionen aufgeschlüsselt nach Gruppen
- Teilnehmer/innen an Fortbildungs- und Weiterbildungsangeboten nach Gruppen

- 6 Überprüfung

- der Ausschreibung von Stellen auf diskriminierende Inhalte
- von Auffälligkeiten bei der Verteilung von Gruppen auf Bereiche
- der Zuweisung von Tätigkeiten speziell an besondere Gruppen von Beschäftigten
- von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen auf diskriminierende Regelungen.

- 7 Aktivitäten zur Gleichbehandlung aller im Betrieb müssen, sofern nicht durch Argumentation und innerbetriebliche Diskussion eine einvernehmliche Regelung mit dem Arbeitgeber erreicht werden kann, an den betriebsverfassungsrechtlichen Möglichkeiten ansetzen, die den Betriebsräten direkt oder im Rahmen allgemeiner Schutzrechte zugunsten der Beschäftigten durch das BetrVG gegeben sind.

### **3. Betriebsverfassungsrechtliche Handlungsmöglichkeiten und -aufgaben**

- 8 Im BetrVG sind verschiedene Normen vorhanden, die Handlungsmöglichkeiten und Aufgaben des Betriebsrats in Bezug auf bestimmte diskriminierungsanfällige Gruppen benennen. In folgenden Regelungen wird auf Gruppen Bezug genommen, die nun nach In-Kraft-Treten des AGG vor Benachteiligungen nach § 1 AGG geschützt werden sollen.

---

<sup>4</sup> Abgedruckt bei Klemme/Lang/Michaelis, Der Betriebsrat 1983, 463 ff.

### 3.1. Allgemeine Vorgaben für verschiedene Personengruppen

- 9 § 75 Abs. 1 BetrVG ist seit Schaffung des BetrVG im Jahre 1952 die Grundnorm, die die Grundsätze für die Behandlung von Betriebsangehörigen regelt:

„Arbeitgeber und Betriebsrat haben darüber zu wachen, dass alle im Betrieb tätigen Personen nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit behandelt werden“.

Anfänglich waren 1952 nur die Kriterien Abstammung, Religion, Nationalität, Herkunft, politische und gewerkschaftliche Betätigung oder Einstellung, sowie Geschlecht benannt. Seit dem Jahr 1972 regelte zudem § 75 Abs. 1 S. 2 BetrVG:

„Sie haben darauf zu achten, dass Arbeitnehmer nicht wegen Überschreitung bestimmter Altersstufen benachteiligt werden“.

Im Jahre 2001 wurde – in Umsetzung der EG-Richtlinie 2000/78/EG – noch das Kriterium „sexuelle Identität“ hinzugefügt. Durch die Regelungen des AGG wurde das weitere Kriterium „Behinderung“ hinzugefügt und – unter Wegfall der Erwähnung der Altersstufen – das Alter generell benannt. Zudem wurde die Wortwahl der Richtlinie übernommen, so dass § 75 Abs. 1 BetrVG nun ab In-Kraft-Treten des AGG 2006 lautet:

„Arbeitgeber und Betriebsrat haben darüber zu wachen, dass alle im Betrieb tätigen Personen nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit behandelt werden, insbesondere, dass jede Benachteiligung von Personen aus Gründen ihrer Rasse oder wegen ihrer ethnischen Herkunft, ihrer Abstammung oder sonstigen Herkunft, ihrer Nationalität, ihrer Religion oder Weltanschauung, ihrer Behinderung, ihres Alters, ihrer politischen oder gewerkschaftlichen Betätigung oder Einstellung oder wegen ihres Geschlechts oder ihrer sexuellen Identität unterbleibt.“

- 10 In § 99 Abs. 2 Ziff. 6 BetrVG ist ein Fall der Zustimmungsverweigerung des Betriebsrates bei personellen Einzelmaßnahmen angesprochen. Der Betriebsrat kann seine Zustimmung verweigern, wenn der für die Position in Aussicht genommene Bewerber gegen die Diskriminierungsverbote nach § 75 Abs. 1 BetrVG grob verstoßen hat, insbesondere dann, wenn der Bewerber Störungen durch rassistische oder fremdenfeindliche Betätigungen befürchten lässt.
- 11 Der Betriebsrat hat nach § 104 BetrVG die Möglichkeit und Aufgabe, gegen Arbeitnehmer, die z. B. durch rassistische oder fremdenfeindliche Betätigungen oder durch sonstige Verletzung der in § 75 Abs. 1 BetrVG enthaltenen Grundsätze den Betriebsfrieden wiederholt ernstlich stören, vorzugehen. Hier kann vom Betriebsrat z.B. eine Versetzung oder auch die Entlassung des betriebsstörenden Arbeitnehmers verlangt und ggf. auch arbeitsgerichtlich durchgesetzt werden.

### 3.2. Gleichbehandlung von Frauen und Männern

- 12 In § 15 Abs. 2 BetrVG ist ein geschlechtsspezifischer Schutz für die Vertretung von Minderheiten enthalten: Das Geschlecht, das in der Belegschaft in der Minderheit ist, muss mindestens entsprechend seinem zahlenmäßigen Verhältnis im Betriebsrat vertreten sein, wenn dieser aus mindestens 3 Mitgliedern besteht.

In § 16 Abs. 1 S. 5 BetrVG ist geregelt, dass in Betrieben mit weiblichen und männlichen Beschäftigten im Wahlvorstand für die Betriebsratswahl Frauen und Männer vertreten sein sollen.

§ 47 Abs. 2 S. 2 und § 55 Abs. 1 S. 2 BetrVG regeln, dass bei Gesamtbetriebsrat und Konzernbetriebsrat die Geschlechter angemessen vertreten sein solle.

Die Vertretung von Männern und Frauen entsprechend ihrem zahlenmäßigen Verhältnis ist auch für die Jugend- und Auszubildendenvertretung nach § 62 Abs. 3 BetrVG enthalten.

Die Vereinbarkeit von Familie und Beruf ist auch in § 45 BetrVG ausdrücklich genannt als eine Fragestellung, die in Betriebs- und Abteilungsversammlungen behandelt werden kann.

Die Gleichstellung von Frauen und Männern ist in § 80 Abs. 1 Ziff. 2a BetrVG als einer der Bereiche genannt, in denen der Betriebsrat aktiv werden soll. Zielsetzung seiner Aktivitäten soll danach die Durchsetzung der tatsächlichen Gleichstellung sein, insbesondere die Förderung bei der Einstellung, Beschäftigung, Aus-, Fort- und Weiterbildung und beim beruflichen Aufstieg.

Die Förderung der Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit ist als ein Spezialfall der Gleichstellungsförderung in § 80 Abs. 1 Ziff. 2b BetrVG genannt.

### 3.3. Gleichbehandlung und Alter

- 13 Nach § 70 BetrVG hat die Jugend- und Auszubildendenvertretung insbesondere auch die Aufgabe, die Situation der Beschäftigten bis zum vollendeten 25. Lebensjahr besonders zu berücksichtigen. Für diesen Personenkreis, abgegrenzt also nach Alter, können nach § 70 Abs. 1 Ziff. 1 BetrVG Maßnahmen beim Arbeitgeber beantragt werden und nach Ziff. 1a entsprechende Maßnahmen auch beim Betriebsrat beantragt werden. Zudem ist nach § 70 Abs. 1 Ziff. 2 BetrVG für den Personenkreis bis 25 zu überwachen, dass die zugunsten dieses Kreises geltenden Regelungen durchgeführt werden. Zudem ist die spezielle Beschwerdemöglichkeit für jüngere Beschäftigte in § 70 Abs. 1 Ziff. 3 BetrVG geregelt.

- 14 In § 70 Abs. 1 Ziff. 4 BetrVG ist als besonderer Punkt angesprochen die Förderung der Integration ausländischer jüngerer Arbeitnehmer im Betrieb. Die Integration dieses Personenkreises soll durch die JAV gefördert werden, Maß-

nahmen zugunsten einer Integration dieses Personenkreises können beim Betriebsrat beantragt werden.

- 15 Es ist Aufgabe des Betriebsrates, zugunsten der Förderung der Beschäftigung älterer Arbeitnehmer im Betrieb zu wirken, § 80 Abs. 1 Ziff. 6 BetrVG.

### **3.4. Gleichstellung/Integration verschiedener Gruppen**

- 16 In Betriebsversammlungen ist der Arbeitgeber nach § 43 Abs. 2 S. 3 BetrVG verpflichtet, mindestens einmal im Jahr u.a. über den Stand der Gleichstellung von Frauen und Männern im Betrieb und über die Integration der im Betrieb beschäftigten ausländischen Arbeitnehmer zu berichten.

Diese beiden Themenbereiche sind auch in § 45 BetrVG betont als Fragestellungen, die in Betriebs- und Abteilungsversammlungen behandelt werden können.

§ 53 Abs. 2 Ziff. 2 BetrVG verpflichtet den Unternehmer, der Betriebsräteversammlung des Unternehmens einen Bericht zu geben, der u.a. den Stand der Gleichstellung von Frauen und Männern darstellt und den Stand der Integration der im Unternehmen beschäftigten ausländischen Arbeitnehmer.

In § 70 Abs. 1 Ziff. 4 BetrVG ist als besonderer Punkt angesprochen die Förderung der Integration ausländischer jüngerer Arbeitnehmer im Betrieb. Die Integration dieses Personenkreises soll durch die JAV gefördert werden, Maßnahmen zugunsten einer Integration dieses Personenkreises können beim Betriebsrat beantragt werden.

Die Integration ausländischer Arbeitnehmer im Betrieb ist als Aufgabe des Betriebsrates in § 80 Abs. 1 Ziff. 7 BetrVG benannt, verbunden mit der Mitwirkung an Maßnahmen zur Bekämpfung des Rassismus und Fremdenfeindlichkeit im Betrieb.

Durch *freiwillige*, also nicht vom Betriebsrat erzwingbare Betriebsvereinbarungen können im Betrieb nach § 88 Ziff. 4 BetrVG Maßnahmen zur Integration ausländischer Arbeitnehmer geregelt werden, zudem auch Maßnahmen zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit. Der Betriebsrat kann hier versuchen, entsprechende Betriebsvereinbarungen zu initiieren.

### **3.5. Schwerbehinderte Menschen**

- 17 Die Aufgabe des Betriebsrates, die Eingliederung Schwerbehinderter und sonstiger schutzwürdiger Beschäftigter in den Betrieb zu fördern, ist in § 80 Abs. 1 Ziff. 4 BetrVG benannt.

### 3.6. Aufgaben ohne zusätzliche Mitbestimmungsrechte

- 18 In allen der genannten Regelungen sind Gruppen der besonderen Aufmerksamkeit des Betriebsrates überlassen, die auch als zu schützende Gruppen in § 1 AGG benannt sind. In vielen der genannten Regelungen hat der Gesetzgeber Aufgaben zugewiesen, die sich in Überwachung, Förderung, Beantragung von Maßnahmen beim Arbeitgeber usw. beschränken – diese Aufgaben bilden jedoch *keine* zusätzlichen Mitbestimmungsrechte. Informati-onsrechte, Argumentation, Anregungen, Beratung, Förderungsideen, Einflussnahme außerrechtlicher Art u.a. sind Gegenstände des § 80 Abs. 1 BetrVG.
- 19 Unterlassungsansprüche gegen den Arbeitgeber oder Handlungsverpflichtungen des Arbeitgebers können nach h.M. nicht aus § 80 Abs. 1 BetrVG abgeleitet werden.<sup>5</sup> Die eigentliche Mitwirkung oder Mitbestimmung kann nur über die speziellen Regelungen erreicht werden, wobei dann aber die Vorgaben des § 80 Abs. 1 BetrVG mit einfließen können.

### 3.7. Ansatzbereiche zu einer Politik der Anti-Diskriminierung im BetrVG

- 20 Der Betriebsrat kann zugunsten diskriminierungsanfälliger Gruppen natürlich nicht nur in den eben angeführten besonders genannten Bereichen des BetrVG tätig werden. Wichtiger noch ist es, dass in der täglichen Betriebsratsarbeit die „normalen“ Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates gerade auch zugunsten geschützter Gruppen eingesetzt werden.
- 21 Hier sollen nur durch Hinweis auf einige beispielhafte betriebsverfassungsrechtliche Regelungen Anregungen gegeben werden, an welchen Ansatzbereichen Betriebsräte aktiv werden können – wenn sie es denn wollen.<sup>6</sup> Die Reihenfolge der Beispiele hält sich an die der Nennungen im BetrVG.
- Beachtung der Bedingungen für Heimarbeit, häufig verrichtet von Frauen und Beschäftigten mit ausländischem Hintergrund (§ 6 Abs. 1 S. 2 BetrVG)
  - Maßnahmen des Betriebsrates, Angehörige von diskriminierungsanfälligen Gruppen für die Betriebsratsarbeit zu interessieren und sie eventuell zu Kandidaturen zu ermuntern
  - Beteiligung von Betriebsratsmitgliedern diskriminierungsanfälliger Gruppen an den Ausschüssen des Betriebsrates (§§ 27 und 28 BetrVG)
  - Sitzungen des Betriebsrates zu Zeiten, an denen z.B. Beschäftigte mit

---

<sup>5</sup> Näher s. Fitting u.a., BetrVG, § 80 Rn. 13 ff.

<sup>6</sup> Zu den Herausforderungen für Betriebsräte siehe u.a. Feldes, AiB 2006, 406 ff.; Herbst, AiB 2005, 663 ff.

Familienpflichten oder religiösen Pflichten unproblematisch teilnehmen können

- Ausgewählte Schulungen für Betriebsratsmitglieder unter Berücksichtigung ihres persönlichen Hintergrunds
- Besuch von Schulungen zum AGG nach § 37 Abs. 6 BetrVG
- Sprechstunden des Betriebsrats zugänglich für alle Beschäftigten
- Betriebsversammlungen und Abteilungsversammlungen zu Zeiten, an denen alle Angehörigen aller Beschäftigtengruppen teilnehmen können
- Themen von Betriebsversammlungen: abgestellt auch auf die Bedürfnisse von diskriminierungsanfälligen Beschäftigtengruppen – Themen von sexueller Belästigung über rassistische Diskriminierung und Probleme älterer Arbeitnehmer
- Ansprechen von Themen der Anti-Diskriminierung in den monatlichen Besprechungen mit dem Arbeitgeber (§ 74 Abs. 1 S. 1 BetrVG)
- Beachtung der Überwachungsaufgaben nach § 80 Abs. 1 BetrVG bezogen auf alle diskriminierungsanfälligen Beschäftigtengruppen
- Vertretung der Interessen der Beschäftigten bei Beschwerden nach § 85 Abs. 2 BetrVG
- Fragen der Ordnung des Betriebs bzw. des Verhaltens von Beschäftigten unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung (z.B. Kleidungs- oder Verhaltensvorschriften) nach § 87 Abs. 1 S. 1 BetrVG
- Berücksichtigung von Interessen diskriminierungsanfälliger Beschäftigtengruppen bei der Festlegung der Arbeitszeit (§ 87 Abs. 1 S. 2 BetrVG), z.B. bei Beschäftigten mit Kinderbetreuung oder Beschäftigten mit religiösen Verpflichtungen
- Berücksichtigung von Beschäftigtengruppen (insbesondere ausländischer Herkunft) bei den Urlaubsgrundsätzen und bei der Festlegung von Urlaubsplänen (§ 87 Abs. 1 Ziff. 5 BetrVG)
- Altersgerechte Umgestaltung der Arbeitsorganisation nach § 87 Abs. 1 Ziff. 7 BetrVG
- Überprüfung der Entgeltgestaltung auf diskriminierende generelle Regelungen bzw. Einzelfall-Praktiken (§ 87 Abs. 1 Ziff. 10 und 11 BetrVG)
- Integration verschiedenster Altersgruppen bei Gruppenarbeit nach § 87 Abs. 1 Ziff. 13 BetrVG
- Festlegung der Personalplanung unter Berücksichtigung der Interessen diskriminierungsanfälliger Beschäftigtengruppen (§ 92 BetrVG), ggf. auch Förderprogramme
- Diskriminierungsfreie Formulierung von Stellenanzeigen (§ 93 BetrVG), ggf. Übersetzung bei Sprachproblemen von Beschäftigten
- Überprüfung von Personalfragebögen nach § 94 BetrVG auf diskriminierende Fragen, Problem der Einsendung von Fotos von Bewerber-

ber/innen

- Überprüfung ggf. nach § 95 BetrVG bestehender Auswahlrichtlinien auf Diskriminierungen, ggf. Vorschlag von Regelungen zur Förderung bestimmter Beschäftigtengruppen
- Ausübung der Mitbestimmung nach § 98 Abs. 5 BetrVG bei Gestaltung der Schulungen, die vom Arbeitgeber nach § 12 Abs. 2 AGG durchzuführen sind
- Überprüfung, ob nach § 99 BetrVG auch wirklich sämtliche Unterlagen aller Bewerberinnen und Bewerber bei Einstellungen, Versetzung usw. vorgelegt werden. Sind Anzeichen für Diskriminierungen bei personellen Maßnahmen ersichtlich?
- Wird bei Kündigungen im Rahmen der sozialen Auswahl von diskriminierungsfreien Kriterien ausgegangen, insbesondere bezüglich Familienstand und Alter?
- Bei einer Betriebsänderung nach § 111 ff. BetrVG: Ausgestaltung von Interessenausgleich und Sozialplan ohne Benachteiligungen anknüpfend an diskriminierungsanfällige Kriterien (Unterhaltsverpflichtungen, Alter)?

Die hier aufgezeigten Bereiche sind nicht abschließend, sondern deuten an, welche Vielzahl von Möglichkeiten und Handlungspflichten Betriebsräte haben.

- 22 Ob Betriebsräten geraten werden sollte, Betriebsvereinbarungen zum Thema „Gleichstellung“ anzustreben und abzuschließen, ist jedenfalls nicht eindeutig. Vorschläge dazu werden an verschiedener Stelle gemacht.<sup>7</sup> Die meisten Vorschläge beschränken sich stark auf die Wiederholung des Gesetzestextes und formelle Regelungen. Vielleicht sollten Aktivitäten lieber auf enge begrenzte Bereiche (z.B. detaillierte Regelung der Art und Durchführung der Schulungen zum AGG) beschränkt bleiben.

Anzumerken ist, dass die Gefahr besteht, durch nicht ausreichend abgesicherte Betriebsvereinbarungen Individualansprüche zu gefährden. § 15 Abs. 3 AGG regelt, dass der Arbeitgeber bei der Anwendung kollektivrechtlicher Vereinbarungen nur dann zur Entschädigung (des immateriellen Schadens) verpflichtet ist, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat. Eine Betriebsvereinbarung ist eine kollektivrechtliche Vereinbarung. Wenn in dieser also Unklarheiten oder problematisch formulierte Bereiche enthalten sind, kann dies zu einem Wegfall der Haftung des Arbeitgebers führen.

---

<sup>7</sup> Zu Betriebsvereinbarungen zugunsten Angehöriger geschützter Gruppen s. Falke, ZESAR 2004, 249 f.; Vorstellungen zu einer Betriebsvereinbarung „Alter(n) im Betrieb“ s. Herbst, AiB 2005, 666; zum Vorschlag einer Betriebsvereinbarung „Antidiskriminierung“ insgesamt s. Nollert-Borasio/Perreng, AGG, 195 ff.

#### 4. § 17 Abs. 2 AGG und gerichtliches Vorgehen durch den Betriebsrat bzw. die Gewerkschaft

23 Mit § 17 Abs. 2 AGG ist unter recht großen Schwierigkeiten eine Regelung geschaffen worden, die die Durchsetzung der Antidiskriminierungspolitik in den Betrieben deutlich verbessern kann – eine Möglichkeit, die nach den RL 2000/43/EG und 2000/78/EG nicht vorgegeben waren, sondern eine zusätzliche Norm des deutschen Rechts ist<sup>8</sup>.

24 Die Möglichkeit von Betriebsräten und Gewerkschaften, gegen Verstöße des Arbeitgebers gegen seine Verpflichtungen aus dem AGG vorzugehen, war bereits im Gesetzentwurf vom 16.12.2004 als § 18 Abs. 2 ADG-E enthalten.<sup>9</sup> Damit sollte, so die Entwurfsbegründung, die Verantwortlichkeit der Betriebsräte und der im Betrieb vertretenen Gewerkschaften bei dieser Thematik betont werden.<sup>10</sup> Analog zum BetrVG ist es Zweck der Regelung, ein „Mindestmaß gesetzesmäßigen Verhaltens“ des Arbeitgebers im Rahmen der Ordnung des AGG sicherzustellen.<sup>11</sup>

Nach dem Regierungswechsel wurde zwar seitens der CDU/CSU versucht, diese Regelung wieder aus dem Gesetzentwurf zu entfernen, im Rahmen des im Juni 2006 erzielten Kompromisses blieb diese Regelung jedoch im Wesentlichen erhalten.

25 Zu betonen ist, dass die Regelung des § 17 Abs. 2 AGG ausschließlich für den Geltungsbereich des BetrVG gilt. Personalräte, Sprecherausschüsse, Mitarbeitervertretungen oder auch Antidiskriminierungsverbände können diese Möglichkeit nicht in Anspruch nehmen.

##### 4.1. § 17 Abs. 2 AGG und der Bezug zu § 23 Abs. 3 BetrVG

26 Die Regelung des § 17 Abs. 2 AGG ist, da sie darauf verweist und aufbaut, nur verständlich unter Rückgriff auf den Text von § 23 Abs. 3 BetrVG:

„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 we-

<sup>8</sup> Siehe Klumpp, NZA 2006, 904; Thüsing, Diskriminierungsschutz, Rn. 612.

<sup>9</sup> BT-Drs. 15/4538.

<sup>10</sup> BT-Drs. 15/4538, 36 f. zum damaligen § 18 Abs. 2 ADG-E; gleichlautend auch BR-Drs. 16/1780, 39 zu § 17 AGG.

<sup>11</sup> So die Zielumschreibung für § 23 Abs. 3 BetrVG bei GK/Oetker, BetrVG, § 23 Rn. 122; auch Fitting u.a., BetrVG, § 23 Rn. 51.

gen 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.“

- 27 Diese Norm des BetrVG wird nun durch § 17 Abs. 2 AGG inhaltlich weitestgehend übernommen, mit dem Unterschied, dass der Ansatzpunkt für Vorgehensweisen nicht „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.
- 28 § 17 Abs. 2 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 Abs. 2 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 Antragsbefugnis aus dem AGG.
- 29 Der Rückgriff auf § 23 Abs. 3 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.
- 30 Die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte und die Verfahrensart des Beschlussverfahrens sind in § 2 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 ArbGG geregelt. Die Voraussetzungen für die Einleitung entsprechender Verfahren richten sich nach normalem Betriebsverfassungsrecht (z.B. ordnungsgemäße Beschlussfassung des Betriebsrates), die erforderlichen Kosten für die Verfahren nach § 17 Abs. 2 AGG hat der Arbeitgeber nach § 40 Abs. 1 BetrVG zu tragen (z.B. Kosten der anwaltlichen Vertretung).

#### **4.2. Voraussetzungen des § 17 Abs. 2 AGG**

§ 17 Abs. 2 AGG verlangt einige formelle Voraussetzungen, zudem das Vorliegen eines groben Verstoßes.

#### 4.2.1. Formelle Voraussetzungen

- 31 § 17 Abs. 2 AGG setzt ebenso wie § 23 Abs. 3 BetrVG eine Mindestzahl von fünf Beschäftigten voraus, von denen drei wählbar sein müssen.<sup>12</sup> Mini-Betriebe scheiden also aus. Ein Betriebsrat selbst muss nicht bestehen<sup>13</sup> - eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft<sup>14</sup> kann also auch dann nach § 17 Abs. 2 AGG aktiv werden, wenn im Betrieb kein Betriebsrat besteht.<sup>15</sup>
- 32 § 17 Abs. 2 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 hineingekommen<sup>16</sup> – überflüssig, da auch § 23 Abs. 3 BetrVG in der Interpretation der Rechtsprechung genau dies seit jeher normiert.
- 33 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.<sup>17</sup>
- 34 Auch die Zwangsvollstreckung geht natürlich nicht darauf, an einen einzelnen Arbeitnehmer Geld zu zahlen, sondern darauf, ein Ordnungsgeld zu verhängen, wenn der Arbeitgeber nicht jedem in dieser Gruppe € 200 mehr pro Monat zahlt.
- 35 Bei der Kündigung eines Arbeitnehmers wegen seiner Homosexualität wird dieser seine Kündigungsschutzklage gewinnen – der Betriebsrat kann aber nicht die Rücknahme der Kündigung nach § 17 Abs. 2 einklagen.

---

<sup>12</sup> Dieser Schwellenwert war bis zur Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses (BR-Drs. 16/2022 v. 28.6.2006) nicht vorhanden.

<sup>13</sup> Thüsing, Diskriminierungsschutz, Rn. 618.

<sup>14</sup> Zum Nachweis des Vertretensein siehe Fitting u.a., BetrVG, § 23 Rn. 42 ff.

<sup>15</sup> Thüsing, Diskriminierungsschutz, Rn. 618.

<sup>16</sup> BT-Drs. 16/2022, 8 und 28.

<sup>17</sup> Ausführlich zum Verhältnis der betriebsrätlichen Möglichkeiten zu den nur individuell durchsetzbaren Ansprüchen s. Däubler/Buschmann, AGG; § 17 Rn. 29; Schiek/Kocher, AGG, § 17 Rn. 28 f.; zu restriktiv Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, § 17 Rn. 22, die zu Unrecht auf die Konkurrenz zweier auf das gleiche Rechtsschutzziel gerichteter Vorgehensweisen abstellen.

#### 4.2.2. Die Voraussetzungen des „groben Verstoßes“ des Arbeitgebers

- 36 Die Ansprüche nach § 17 Abs. 2 AGG setzen wie § 23 Abs. 3 BetrVG einen groben Verstoß gegen die Verpflichtung des Arbeitgebers aus dem AGG voraus.<sup>18</sup> Die groben Pflichtverletzungen müssen eine gewisse Schwere erreicht haben, also erheblich gegen Sinn und Zweck der einzelnen Regelungen des AGG verstoßen,<sup>19</sup> es muss sich um eine „objektiv erhebliche und offensichtlich schwerwiegende Pflichtverletzung handeln“.<sup>20</sup>
- 37 Aber auch ein einmaliger Verstoß (sogar nur einen Arbeitnehmer betreffend) genügt, wenn er allein schwerwiegend genug ist und eine grobe Pflichtverletzung des Arbeitgebers darstellt.<sup>21</sup>
- Als Beispiel: Einladung zum Werksausflug an alle 150 Beschäftigten mit Ausnahme von Schwarzen – und es gibt nur einen dunkelhäutigen Arbeitnehmer aus Ghana.
- 38 Der Einwand, ein Anknüpfen an eine individuelle (grobe) Diskriminierung könne die Gefahr einer „Paternalisierung“ und eines „Zwangsausings“ in sich bergen<sup>22</sup>, verkennt die Zielsetzung des § 17 Abs. 2 AGG. Leichte wie grobe Verstöße setzen sich stets aus Einzelfällen beteiligter Arbeitnehmer zusammen – auch die Untersagung von Überstunden nach § 23 Abs. 3 BetrVG nimmt als Anknüpfungspunkt die Handlungsweise des Arbeitgebers gegenüber einem einzelnen Beschäftigten. Betriebsrat und Gewerkschaften sollen gerade die „Überwachungs-institutionen“ sein, die auch bei (oft auf Druck hin) fehlender Gegenwehr von Beschäftigten die Rechtsordnung im Betrieb gegenüber dem Arbeitgeber zum Schutz aller Arbeitnehmer durchsetzen.
- 39 Auch leichtere Verstöße wiederum können bei Wiederholungen zu einem groben Verstoß werden.<sup>23</sup> Kein grober Verstoß liegt vor, wenn der Arbeitgeber in einer schwierigen und ungeklärten Rechtsfrage nach einer vertretbaren Rechtsansicht handelt.<sup>24</sup> Argumentiert ein Arbeitgeber im Verfahren damit, ist einem Betriebsrat zu empfehlen, als Hilfsantrag<sup>25</sup> einen Feststellungsantrag zu stellen:

---

<sup>18</sup> Das Wort „grob“ wurde entsprechend der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses hinzugefügt – war aber auch vorher schon durch die Verweisung auf § 23 Abs. 3 BetrVG Voraussetzung.

<sup>19</sup> So auch die Gesetzesbegründung direkt vor Verabschiedung des AGG, siehe BT-Drs. 16/2022, 27.

<sup>20</sup> BAG v. 26.7.2005, NZA 2006, 1374.

<sup>21</sup> A.A. Klumpp, NZA 2006, 906.

<sup>22</sup> So Klumpp, NZA 2006, 905.

<sup>23</sup> Dazu im Einzelnen Fitting u.a., BetrVG, § 23 Rn. 62; Däubler/Trittin, BetrVG, § 23 Rn. 73 ff. m.w.N.

<sup>24</sup> z.B. BAG v. 8.8.1989, AP BetrVG 1972 § 95 Nr. 18; BAG v. 26.7.2005, NZA 2006, 1374; GK/Oetker, BetrVG § 23 Rn. 172.

<sup>25</sup> Ausführlich zur Antragstellung siehe weiter unten.

- „... 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 ist.“

So würde in diesem Falle die Rechtsfrage geklärt werden, eine Berufung auf eine vermeintlich unklare Rechtslage wäre danach nicht mehr möglich.

- 40 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.<sup>26</sup> Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG setzt der Unterlassungsanspruch nach § 17 Abs. 2 AGG/§ 23 Abs. 3 BetrVG keine Wiederholungsgefahr voraus. Vielmehr sind die Ansprüche des Betriebsrates oder der Gewerkschaft Reaktionen auf erfolgte grobe Verstöße des Arbeitgebers, dies allein begründet schon eine Wiederholungsgefahr.<sup>27</sup>
- 41 Bezüglich der Beispiele für grobe Pflichtverletzungen nach dem BetrVG sei auf die entsprechenden Kommentierungen verwiesen.<sup>28</sup> Im Bereich des AGG kann für grobe Pflichtverletzungen an folgende Beispiele gedacht werden:
- Stellenanzeigen unter Verstoß gegen § 11 AGG
  - Diskriminierende Einstellungspolitik, wie z.B. Nichteinladung bestimmter Angehöriger von Bewerbergruppen zu Einstellungsgesprächen
  - Ausübung des Direktionsrechts einseitig nachteilig gegenüber bestimmten Gruppen
  - Diskriminierende Vergütungsgruppen im Betrieb, z.B. an das Lebensalter anknüpfende Vergütungsdifferenzierung
  - Anwendung eines Tarifvertrages mit diskriminierenden Inhalten
  - Zuweisung von Arbeiten oder Arbeitsaufgaben in Gruppen 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

---

<sup>26</sup> Fitting u.a., BetrVG, § 23 Rn. 64; Däubler/Trittin, BetrVG, § 23 Rn. 76; GK/Oetker, BetrVG, § 23 Rn. 173.

<sup>27</sup> BAG v. 18.4.1985, BetrVG 1972 § 23 Nr. 5; Däubler/Trittin, BetrVG, § 23 Rn. 78.

<sup>28</sup> Fitting u.a., BetrVG, § 23 Rn. 66; Däubler/Trittin, BetrVG, § 23 Rn. 80-83; GK/Oetker, BetrVG, § 23 Rn. 178.

- Herausdrängendes Verhalten gegenüber von Beschäftigten, die ihre Elternzeit beendet haben
- Betriebliche Beförderungspolitik einer Bekleidungshauses, ab einer bestimmten Hierarchieebene nur katholische Beschäftigte einzustellen/ zu befördern
- Betriebliche Politik der sofortigen Freistellung von Beschäftigten nach Feststellung einer HIV-positiv 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
- Unzulässige diskriminierende Fragen in einem Personalfragebogen
- Maßregelungen massiver Art unter Verstoß gegen § 16 AGG
- Bevorzungen bestimmter Gruppen bei der Vergabe von Überstunden
- Ausgestaltung von Vergünstigungen in diskriminierender Weise

42 Die Voraussetzungen des *groben* Verstoßes bedeutet, dass nicht allein ein schlichter Verstoß zur Anwendung des § 17 Abs. 2 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 Abs. 3 BetrVG kann hier gut nutzbar gemacht werden, so dass kaum Auslegungsschwierigkeiten eintreten werden.

### 4.3. Das Gerichtsverfahren gegen grobe Verstöße des Arbeitgebers

43 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<sup>29</sup> 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.

---

<sup>29</sup> Praktisch einheitliche Auffassung, z.B. Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, § 17 Rn. 25; Däubler/Buschmann, AGG, § 17 Rn. 30; Schiek/Kocher, AGG, § 17 Rn. 26; Schleusener/Schleusener, AGG, § 17 Rn. 6; Worzalla, AGG, 180. Anders dagegen Thüsing, Diskriminierungsschutz, Rn. 622: er spricht von Urteilsverfahren, dann aber in Rn. 626, 627 und 632 von **Beschlüssen** im Ausgangsverfahren, das dann wieder nur ein Beschlussverfahren sein kann.

### 4.3.1. Antragsberechtigung

- 44 Antragsberechtigt sind nach § 17 Abs. 2 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 zu, wenn sie *nicht* selbst Anspruchsberechtigter der Verpflichtung sind, gegen die der Arbeitgeber in grober Weise verstoßen hat.

- 45 Der Gesamtbetriebsrat und der Konzernbetriebsrat sind – innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeiten nach § 50 Abs. 1 und § 58 Abs. 1 BetrVG – ebenfalls antragsbefugt, wie sich aus § 51 Abs. 5 BetrVG für den GBR und § 59 Abs. 1 BetrVG (durch den am Ende stehenden Verweis auf § 51 Abs. 5 BetrVG) für den KBR ergibt. Anderen Personen oder Institutionen (wie z.B. mehrere sich zusammenschließende Betriebsratsmitglieder oder aber die Jugend- und Auszubildendenvertretung) steht keine Antragsbefugnis zu, sie sind auch nicht Beteiligte an dem geführten Beschlussverfahren. Beteiligt, zumeist als Antragsgegner, ist stets der Arbeitgeber.

### 4.3.2. Antragsformulierung

- 46 Mit dem Antrag muss Bezug genommen werden auf einen bestimmten groben Verstoß des Arbeitgebers gegen die Regelungen der §§ 6 bis 16 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“;

„... aufzugeben es zu unterlassen, die bei Einstellungen vorzulegenden Bewerbungsunterlagen so vorzusortieren, dass Bewerbungsunterlagen von dunkelhäutigen Bewerberinnen und Bewerbern dem Betriebsrat nicht vorgelegt werden“.

„den Arbeitgeber - bei Meidung eines Zwangsgeldes von bis zu € 10.000 im Einzelfall - zu verpflichten, in der Abteilung 14 Maßnahmen zum Schutz von muslimischen Beschäftigten zu treffen, insbesondere dadurch, dass er das Aufhängen und die Verbreitung muslimfeindlicher und sexistischer anzüglicher Bilder und Kommentare verhindert/ Maßnahmen zur Abschaffung der bestehenden muslimfeindlichen Atmosphäre trifft, insbesondere durch Abteilungsversammlungen zum Thema Islam und Ausländerfeindlichkeit.“

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

fall - 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.“

- 47 Mit dem Antrag auf Untersagung rechtswidrigen Verhaltens wird im Regelfall gleich der weitere Antrag verbunden, den Arbeitgeber für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die gerichtlich auferlegte Verpflichtung zu einem Ordnungsgeld zu verurteilen (Androhung eines Ordnungsgeldes).
- 48 Bei § 23 Abs. 3 BetrVG wird diskutiert, ob bestimmte Spezialnormen die Anwendung dieser Regelung sperren.<sup>30</sup> Diese Diskussion wird bei § 17 Abs. 2 AGG nicht entstehen können, da die Möglichkeit des Vorgehens gegen grobe Verstöße nicht aus dem BetrVG, sondern aus dem AGG abgeleitet ist.
- 49 Legt der Arbeitgeber z.B. für die Besetzung einer Führungsfunktion dem Betriebsrat Unterlagen nur ausgewählter Bewerber vor, sortiert aber Frauen und Ältere aus, so ist ein Betriebsrat nicht nur auf eine Zustimmungsverweigerung nach § 99 BetrVG (kein Beginn der Anhörungsfrist, zudem Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 Abs. 2 Ziff. 1 BetrVG) verwiesen, sondern kann auch ein Verfahren nach § 17 Abs. 2 i.V.m. § 23 Abs. 3 BetrVG einleiten.

### 4.3.3. Erkenntnisverfahren

- 50 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 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 Abs. 2 AGG erneut begangen werden. In diesem Zusammenhang ist in der Literatur auch davon die Rede, dass das Verfahren nach § 17 Abs. 2 AGG/§ 23 Abs. 3 BetrVG im ersten Schritt des Erkenntnisverfahrens eine Art „kollektivrechtliche Abmahnung“<sup>31</sup> gegenüber dem Arbeitgeber darstellt, die Sanktion dann erst eintritt, wenn nach dieser „Abmahnung“ erneut Verstöße erfolgen. Diese neuen, nach Rechtskraft begangenen Verstöße, stellen dann den Grund dar, aus dem Ord-

<sup>30</sup> s. z.B. Verhältnis von Verfahren nach § 101 BetrVG zu 23 Abs. 3 BetrVG. Zu diesem Problemkreis s. näher Fitting u.a., BetrVG, § 101 Rn. 12; GK/Oetker, BetrVG, § 23 Rn. 124 ff.

<sup>31</sup> BAG v. 18.4.1985, AP BetrVG 1972 § 23 Nr. 5 Bl. 2 R.

nungsgeld verhängt werden kann.

#### 4.3.4. Einstweilige Verfügungen

- 51 Einstweilige Verfügungen im Beschlussverfahren nach § 85 Abs. 2 ArbGG im Rahmen des § 17 Abs. 2 AGG i.V.m. § 23 Abs. 3 BetrVG sind zulässig.<sup>32</sup> Sie sind allerdings beschränkt auf direkt bevorstehende grobe Verstöße<sup>33</sup>, 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 Aufhängen und die Verbreitung muslimfeindlicher Bilder, Kommentare und Karikaturen untersagt und verhindert wird.“

- 52 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 Abs. 2 AGG, sondern nach den allgemeinen Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechten nach dem BetrVG. In besonderen Eilfällen kann dieses Vorgehen auch mit Anträgen auf Erlass von einstweiligen Verfügungen erfolgen.

#### 4.4. Zwangsvollstreckung aus rechtskräftigen Beschlüssen

- 53 Wenn ein rechtskräftiger Beschluss der Arbeitsgerichtsbarkeit im Erkenntnisverfahren vorliegt und dann erneut ein Verstoß erfolgt, kann die gerichtliche Vollstreckung beantragt werden und erfolgen. Die Zwangsvollstreckung aus dem rechtskräftigen Ergebnis des Beschlussverfahrens ist nicht davon abhängig, wer den Antrag nach § 17 Abs. 2 AGG gestellt hat. Antragsteller im Erkenntnisverfahren und Antragsteller im Zwangsvollstreckungsverfahren müssen nicht identisch sein.<sup>34</sup>
- 54 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.

---

<sup>32</sup> Die Möglichkeit von einstweiligen Verfügungen im Rahmen des § 23 Abs. 3 BetrVG ist umstritten, zumindest was die Anforderungen daran betrifft. Im Einzelnen s. dazu Fitting u.a., BetrVG, § 23 Rn. 76, 96 ff. und 107 f.; Däubler/Trittin, BetrVG, § 23 Rn. 121 ff.; GK/Oetker, BetrVG, § 23 Rn. 142.

<sup>33</sup> Zu der entsprechenden Problematik nach § 23 BetrVG s. Fitting u.a., BetrVG, § 23 Rn. 107 f.

<sup>34</sup> S. Fitting u.a., BetrVG, § 23 Rn. 86.

#### 4.4.1. Zwangsvollstreckung bei Unterlassungsansprüchen

- 55 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 Abs. 3 S. 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 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.
- 56 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 die Höhe hat die Schwere des Verstoßes, die Gründe für den Verstoß, die Wiederholung u.a.
- Als Beispiel: Bei Überstunden wird z.B. beim ersten Verstoß pro Stunde ein Ordnungsgeld von z.B. € 50 festgesetzt, bei späteren neuen wiederholten Verstößen wird der Betrag jedes Mal deutlich erhöht/ vervielfacht.
- 57 Die Einziehung des Ordnungsgeldes erfolgt ebenfalls auf Antrag des Antragstel-

lers, das Ordnungsgeld kommt der Staatskasse zugute.<sup>35</sup>

#### 4.4.2. Zwangsvollstreckung auf Vornahme von Handlungen

- 58 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.
- 59 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 ausgesprochenen 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.

---

<sup>35</sup> Häufig wird jedoch 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.

- 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.

#### 4.5. Bewertung des Verfahrens

- 60 Angesichts der Art der unterschiedlichen Zwangsvollstreckung wird zumeist versucht, Anträge nach § 17 Abs. 2 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.
- 61 Das Verfahren nach § 17 Abs. 2 AGG ist langwierig – erst im Beschlussverfahren zu einem Titel zu kommen, dann diesen im Wege der Zwangsvollstreckung umsetzen zu müssen. Jedoch ist zu konstatieren, dass bei Vorliegen eines Titels Verstöße im jeweils betroffenen Bereich stark sanktioniert werden können. Dies führt im Regelfall dazu, dass Arbeitgeber vorsichtiger werden und sanktionierbare Verstöße vermeiden.
- 62 In besonderen Eilfällen ist zu empfehlen, grobe direkt bevorstehende Verstöße durch Anträge auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zu verhindern.
- 63 Liegt eine rechtskräftige Entscheidung der Arbeitsgerichtsbarkeit vor, so ist bei späteren Verstößen daraus Ordnungsgeld oder Zwangsgeld über einen Zeitraum von dreißig Jahren zu vollstrecken.

#### 4.6. § 17 Abs. 2 AGG im Verhältnis zu Individualrechten

- 64 Das kollektivrechtliche Beschlussverfahren des Betriebsrates oder der Gewerkschaft gegen grobe Verstöße dient dazu, den Arbeitgeber zu einem Mindestmaß an ordnungsgemäßen Umgang mit dem AGG anzuhalten. Aufgrund begangener 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.
- 65 Individuelle Verfahren einzelner Betroffener dagegen haben als Ziel dagegen, 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.
- 66 Auch wenn es um immateriellen Schadensersatz geht, steht beim Arbeitnehmer die Genugtuungsfunktion im Vordergrund. Eine „Aufrechnung“ des Ordnungs-

geldes gegenüber einem Ersatz des immateriellen Schadens<sup>36</sup> ist weder erforderlich noch dem Verletzungstatbestand angemessen.

## 5. § 17 Abs. 2 AGG als Mittel konsequenter Anti-Diskriminierungspolitik

- 67 Mit der Regelung des § 17 Abs. 2 AGG werden die Möglichkeiten von Betriebsräten (und Gewerkschaften) erheblich verstärkt.<sup>37</sup> Betriebsräte waren bisher z.B. bei Verstößen gegen die Gleichbehandlung Männer und Frauen oft darauf verwiesen, über 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 sich nicht auf (teilweise fehlende oder unzureichende) Normen des BetrVG zur Gleichbehandlung berufen, sondern kann das AGG direkt zugrunde legen.
- 68 Die Kompetenz aus § 17 Abs. 2 hat allerdings nur der Betriebsrat - Sprecherausschüsse für leitende Angestellte haben die Rechte des § 17 Abs. 2 AGG nicht, ebenso fehlen sie bei Mitarbeitervertretungen im kirchlichen Bereich. Zudem betrifft § 17 Abs. 2 AGG ausschließlich den privaten Sektor, also nur die Betriebe, in denen das BetrVG gilt. Für Personalräte und ihre Gewerkschaften fehlt eine entsprechende Regelung. Hier hofft man wohl auf das Gute im Öffentlichen Dienst.<sup>38</sup>
- 69 Die Bedeutung von Verfahren nach § 17 Abs. 2 AGG ist nicht zu unterschätzen. Wenn ein Beschluss der Arbeitsgerichtsbarkeit nach § 17 Abs. 2 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 Abs. 2 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.
- 70 Im Bereich des BetrVG ist § 23 Abs. 3 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 Abs. 2 AGG konsequent nutzen, wird dies zu ei-

---

<sup>36</sup> So aber die Zielsetzung von Klumpp, NZA 2006,905 f.

<sup>37</sup> Unverständlich Wisskirchen, AGG, 56, die meint, Betriebsräte hätten nach normalen BetrVG auch schon bisher genauso agieren können.

<sup>38</sup> Dazu ist allerdings anzumerken, dass jedoch auch heute ein Unterlassungsanspruch von Personalräten von der Verwaltungsgerichtsbarkeit abgelehnt wird bzw. nur unter gegenüber Betriebsräten sehr erschwerten Umständen gewährt wird. Näher s. Altvater u.a., BPersVG, § 83 Rn. 121 ff. und § 69 Rn. 21 m.w.N. auch der abweichenden Literatur.

ner 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 im Betrieb vertretene Gewerkschaft zu verfolgen.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> Diese gemeinsame Zielsetzung kann verdeutlicht werden, wenn Betriebsrat und Gewerkschaft beide als Antragsteller in einem solchen Verfahren nach § 17 Abs. 2 AGG auftreten.