

§ 75 Grundsätze für die Behandlung der Betriebsangehörigen

(1) 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 unterschiedliche Behandlung 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.

(2) Arbeitgeber und Betriebsrat haben die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern. Sie haben die Selbstständigkeit und Eigeninitiative der Arbeitnehmer und Arbeitsgruppen zu fördern.

Literatur: *Belling*, Die Haftung des Betriebsrats und seiner Mitglieder für Pflichtverletzungen, 1990; *Bepler*, Gleichbehandlung im Betrieb, Unternehmen, Konzern, NZA 2004, Sonderbeilage zu Heft 18, 3; *Däubler*, Rechtsextreme im Betrieb?, NJW 2000, 3691; *Eickhoff/Kaufmann*, Tonbandaufzeichnungen von Telefongesprächen im Betrieb, BB 1990, 914; *Fastrich*, Arbeitsrecht und betriebliche Gerechtigkeit, RdA 1999, 24; auch *Franzen*, Das dritte Geschlecht in der Betriebsverfassung, FS 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht (2020), S 129; *Fuchs*, Elemente der Antidiskriminierung im deutschen Arbeitsrecht, ZESAR 2006, 370; *Gola*, Betriebsrat und Datenschutz, ZBVR 2003, 206; *Gola/Jaspers*, Der Betriebsrat und seine sich aus dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz ergebenden datenschutzrechtlichen Aufgaben, RDV 2007, 111; *Hammer*, Die betriebsverfassungsrechtliche Schutzpflicht für die Selbstbestimmungsfreiheit des Arbeitnehmers, 1998; *von Hoyningen-Huene*, Der psychologische Test im Betrieb, DB 1991, Beilage Nr 10; *ders*, Belästigungen und Beleidigungen von Arbeitnehmern durch Vorgesetzte, BB 1991, 2215; *Kilian*, Verwendung und Weitergabe arbeitsmedizinischer Informationen in Großunternehmen, BB 1981, 985 *Klinkhammer/Schlicht*, Dienstkleidungsvorschriften in Betriebsvereinbarungen – Mitbestimmungsrecht und Gleichbehandlungsgrundsatz, ArbRAktuell 2015, 68; *Körner*, Beschäftigtendatenschutz in Betriebsvereinbarungen unter der Geltung der DS-GVO, NZA 2013, 1389; *Krieger/Rudnik/Povedano Peramato*, Homeoffice und Mobile Office in der Corona-Krise, NZA 2020, 473; *Löwisch*, Schutz und Förderung der freien Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer (§ 75 Abs 2 BetrVG 1972), AuR 1972, 359; *ders*, Der Erlass von Rauchverboten zum Schutz vor Passivrauchen am Arbeitsplatz, DB 1979, Beilage Nr 1; *ders*, Die Arbeitsrechtsordnung unter dem Grundgesetz, in: 40 Jahre Grundgesetz (1990) S 59; *ders*, Rückzahlungs- und Bestandsklauseln in Betriebsvereinbarungen NZA 2013, 549; *ders*, Belegschaft als Objekt der Betriebsverfassung, FS 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht (2020), S 441; *Maulshagen/Höner*, Der Gleichbehandlungsgrundsatz – Gegner der Leistungsförderung?, AuA 2008, 144; *Naber/Schulte*, Können Arbeitnehmer zu einer Corona-Impfung oder einem Impfnachweis verpflichtet werden?, NZA 2021, 81; *Preis/Ulber*, Die Rechtskontrolle von Betriebsvereinbarungen, RdA 2013, 211; *Prütting*, Schutz und Förderung von Arbeitnehmerinteressen durch das Grundgesetz, in: Arbeitnehmerinteressen und Verfassung (1998) S 11; *Richardi*, Janusköpfigkeit der Pflicht zur Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, ZfA 2008, 31; *Sasse*, Videoüberwachung von Arbeitnehmern, DSB 2008, Nr 12, 11; *Schierbaum*, Datenschutz im Betrieb – Alles unter Kontrolle, Arbeitswelt im Umbruch –, FS zum 10jährigen Bestehen der BTQ Niedersachsen (2000), S 63; *Schüren*, Ungleichbehandlungen im Arbeitsverhältnis – Versuch einer Strukturierung der Rechtfertigungsvoraussetzungen, FS Gnade (1992), S 161; *Schulze/Simon*, Anspruch auf Homeoffice, ArbRAktuell 2021, 119; *Steinkühler/Raif*, Arbeitnehmerüberwachung – „Big Brother“ am Arbeitsplatz, AuA 2009, 213; *Temming*, Für einen Paradigmenwechsel in der Sozialplanrechtsprechung – Konsequenzen des Verbots der Altersdiskriminierung, RdA 2008, 205; *Thannheiser*,

§ 75 Grundsätze für die Behandlung der Betriebsangehörigen

Aufgaben des Betriebsrats – Eine Übersicht über die allgemeinen Rechte und Pflichten, AiB 2006, 298; *Thüsing/Schmidt*, Zulässige Pauschalierung bei der Rechtfertigung präventiver Überwachungsmaßnahmen des Arbeitgebers, NZA 2017, 1027; *Wiese*, Individualrechte in der Betriebsverfassung, RdA 1973, 1; *ders*, Genetische Analysen und Rechtsordnung, 1994; *ders*, Der personale Gehalt des Arbeitsverhältnisses, ZfA 1996, 439; *ders*, Adressaten und Rechtsgrundlagen des innerbetrieblichen Persönlichkeitsschutzes von Arbeitnehmern – Kritische Anmerkungen zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, ZfA 2006, 631; *ders*, Zur Dogmatik des Mobbing im Arbeitsverhältnis, FS Birk (2008), S 1009; *ders*, Individuum und Kollektiv im Betriebsverfassungsrecht de lege lata und de lege ferenda, FS 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht (2020), S 801.

Übersicht

Rn.	Rn.
I. Normzweck und Anwendungsbereich . . . 1	IV. Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Abs 2 37
II. Geschützter Personenkreis 7	V. Nichtbeachtung der Grundsätze des § 75 47
III. Gleichbehandlungsgrundsatz, Abs 1 . . 12	1. Individualrechtliche Folgen 47
1. Grundsatz 12	2. Kollektivrechtliche Folgen 51
2. Besondere Diskriminierungsverbote 16	VI. Streitigkeiten 54
3. Willkürverbot 28	

I. Normzweck und Anwendungsbereich

- 1 Abs 1 verpflichtet AG und BR zum einen dazu, darüber **zu wachen**, dass alle im Betrieb tätigen Personen (Rn 7ff) nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit behandelt und insbes gleichbehandelt werden, zum anderen dazu, nach Abs 2 S 1 die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten AN zu **schützen** und auch zu **fördern** <L: MünchArbR/*Boemke* § 288 Rn 32; grundlegend *Wiese* FS 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, S 801, 806>. AG und BR müssen bei ihren eigenen Entscheidungen und Vereinbarungen § 75 beachten. Da § 75 sowohl AG als auch BR bindet, macht er deutl, dass die ordnungsgem Beteiligung des BR unzulässige Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht der AN nicht zulässig macht, Rn 49. Damit geht es § 75 insgesamt um die Auswirkungen und die Beschränkung des Handelns von AG und BR ggü den AN des Betriebs <L: ErfK/*Kania* Rn 1>. Die Bindung an die „Grundsätze von Recht und Billigkeit“ führt richtig nicht zur Zweckmäßigkeitkontrolle des Handelns von AG und BR und insbes von BV, sondern lediglich zu einer **Rechtskontrolle** <R: BAG 26.7.1988, 1 AZR 156/87, BB 1988, 2385; L: AR/*Kolbe* Rn 7>.
- 2 § 75 bindet AG und BR über die Grundsätze von Recht und Billigkeit zunächst mittelbar an die **Grundrechte** <R: BVerfG 2.11.2020, 1 BvR 2727/19, NZA 2020, 1704>: in Abs 1 an den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art 3 GG (als Grundsatz der in Abs 1 aufgezählten Diskriminierungsverbote) und in Abs 2 an das Recht der AN auf freie Entfaltung der Persönlichkeit aus Art 2 Abs 1 GG <R: BAG 30.1.2019, 5 AZR 450/17, NZA 2019, 1065; 29.6.2004, 1 ABR 21/03, BB 2005, 102; 18.7.2006, 1 AZR 578/05, BB 2007, 221; 12.12.2006, 1 AZR 96/06, DB 2007, 866; 19.2.2008, 1 AZR 1004/06, BB 2008, 1793>. Als Grundsatz von Recht und Billigkeit müssen die Betriebspartner auch Art 6 GG beachten, weswg etwa eine Sozialplanregelung unwirksam ist, die für die Abfindung auch auf die Dauer der Beschäftigung abstellt, aber davon die Elternzeit ausnimmt <R: BAG

12.11.2002, 1 AZR 58/02, DB 2003, 1635; 21.10.2003, 1 AZR 407/02, BB 2004, 722>. Ebenso sind die Eigentumsfreiheit, Art 14 GG <R: BAG 30.1.2019, 5 AZR 450/17, NZA 2019, 1065> und die Glaubensfreiheit aus Art 4 GG zu beachten <R: ArbG HH 3.1.1996, 19 Ca 141/95, AuR 1996, 243>. Zu Besonderheiten in Tendenzbetrieben § 118.

Normadressaten sind **AG** und **BR** und zwar sowohl bei gemeinsamen Maßnahmen (Rn 3f) als auch jedes Betriebsverfassungsorgan für sich (Rn 6). Hingg bindet § 75 die einzelnen AN nicht an die Grundsätze von Recht und Billigkeit und verpflichtet sie nicht, die Persönlichkeitsrechte anderer AN zu beachten <L: MünchArbR/Boemke § 288 Rn 32>. Die AN sind ggü dem AG aber **arbeitsvertragl** verpflichtet, den Betriebsfrieden nicht dadurch zu stören, dass sie Arbeitskollegen beleidigen, sexuell belästigen, anfeinden oder deren persönl Geheimnisse an Dritte weitergeben, grundlos die Zusammenarbeit mit best Kollegen verweigern oder Angehörige einer Minderheitengruppe, etwa Ausländer, diskriminieren. § 75 verpflichtet aber AG und BR dazu, dafür Sorge zu tragen, dass alle Betriebsangehörigen die Grundsätze des § 75 beachten. Verstößt ein AN grob gg die Grundsätze des § 75, insbes durch rassistische oder fremdenfeindliche Betätigungen, kann der BR vom AG gem § 104 dessen Entlassung oder Versetzung verlangen (§ 104 Rn 2ff, 9). Eine Parallele findet § 104 im Zustimmungsverweigerungsrecht des BR aus § 99 Abs 2 Nr 6, nach dem der BR präventiv die Zustimmung zu einer Einstellung oder Versetzung verweigern kann, wenn die durch Tatsachen begründete Besorgnis besteht, dass der Bewerber oder der zu versetzende AN den Betriebsfrieden durch gesetzwidriges Verhalten oder durch grobe Verletzung der in § 75 Abs 1 enthaltenen Grundsätze stören wird, § 99 Rn 98ff. Ergänzt wird § 104 um die Pflicht des AG aus § 12 Abs 3 AGG, diskriminierende AN abzumahnern, zu versetzen oder zu kündigen, um die Diskriminierung zu unterbinden. Der AG wird zudem über § 12 AGG verpflichtet, dafür zu sorgen, dass AN Kollegen nicht entgg § 1, 3 AGG diskriminieren.

§ 75 Abs 1 begründet aber **keine umfassende Überwachungspflicht** für den AG, die auch über den Betrieb oder das Unternehmen selbst hinausgriffe <R: BAG 12.6.2019, 1 ABR 57/17, juris; BAG 20.3.2018, 1 ABR 15/17, NZA 2018, 1017>. Deshalb muss der AG im Konzern auch nicht aufgrund § 75 Abs 1 Einfluss auf Verteilungsentscheidungen der Konzernobergesellschaft etwa im Hinblick auf Aktienoptionen nehmen <R: BAG 12.6.2019, 1 ABR 57/17, juris> und auch nicht auf das Verhalten Dritter im Rahmen von deren Rechtsverhältnissen mit AN <R: BAG 20.3.2018, 1 ABR 15/17, NZA 2018, 1017>.

Bedeutung hat § 75 vor allem für **BV**, auch für **Sozialpläne** <R: BAG 26.6.2019, 5 AZR 452/18, BB 2019, 2683; 26.4.2016, 1 AZR 435/14, DB 2016, 2304; 12.11.2002, 1 AZR 58/02, DB 2003, 1635; 19.2.2008, 1 AZR 1004/06, BB 2008, 1793>. Diese enthalten zwar anders als TV nach § 1 Abs 1 TVG keine Rechtsnormen, wirken aber gem § 77 Abs 4 unmittelbar und zwingend für die im Betrieb beschäftigten AN <L: zu diesem Unterschied Löwisch/Rieble TVG § 1 Rn 107>, § 77 Rn 7. Beim Abschluss von BV sind AG und BR über § 75 an die Grundrechte gebunden <R: BAG 19.7.2016, 3 AZR 134/15, NZA 2016, 1475; 29.6.2003, 1 ABR 21/03, BB 2005, 102; 14.12.2004, 1 ABR 34/03, AuR 2005, 456; 18.7.2006, 1 AZR 578/05, BB 2007, 221; L: dazu auch Preis/Ulber RdA 2013, 211, 212>, Rn 2. Der Eingriff durch BV muss durch schutzwürdige Belange anderer Grundrechtsträger, etwa des AG oder anderer AN, gerechtfertigt sein <R: BAG 29.6.2003 und 14.12.2004, aaO>; insoweit ist es Aufgabe von AG und BR, die konfligierenden Interessen der AN im Betrieb auszugleichen, § 87 Rn 40. In welchem Umfang die

§ 75 Grundsätze für die Behandlung der Betriebsangehörigen

Betriebspartner das Persönlichkeitsrecht der AN und deren allg Handlungsfreiheit begrenzen können, bestimmt sich nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit <R: BAG 11.12.2018, 1 ABR 12/17, NZA 2019, 480>, näher § 77 Rn 19.

- 6 Schranken entfaltet § 75 auch ggü **sonstigen Maßnahmen** von AG und BR, zum einen bei **einseitigen** Maßnahmen: ggü dem AG etwa bei Weisungen aufgrund seines Direktionsrechts aus § 106 GewO und bei der mitbestimmungsfreien Festlegung des begünstigten Personenkreises bei Sozialeinrichtungen und Sozialleistungen (§ 87 Rn 182 und 243), ggü dem BR etwa ggü dessen Verlangen nach § 104, einen störenden AN aus dem Betrieb zu entfernen. § 75 bindet die Betriebspartner aber auch bei sonstigen **gemeinsamen** Maßnahmen, etwa bei den mitbestimmten personellen Einzelmaßnahmen des AG iS der §§ 99ff und bei der nach § 87 Abs 1 Nr 9 mitbest Zuweisung und Kd von Werkmietwohnungen. Auch ihre Informationstätigkeit, etwa in Werkszeitungen, haben AG und BR an § 75 auszurichten.

II. Geschützter Personenkreis

- 7 § 75 gilt nur in **Betrieben mit BR** <L: GK/Jacobs Rn 4; aA MünchArbR/Boemke § 288 Rn 32>. In Betrieben ohne BR muss der AG aber die gesetzl Gleichbehandlungsgebote, insbes den richterrechtl entwickelten allg arbeitsrechtl Gleichbehandlungsgrundsatz und das Maßregelungsverbot des § 612a BGB sowie die gesetzl Diskriminierungsverbote beachten, also die Diskriminierung wg der in Abs 1 aufgezählten Merkmale nach §§ 1, 3 AGG (und § 164 Abs 2 SGB IX) unterlassen und unterbinden. Zudem muss der AG in Betrieben mit und ohne BR die gesetzl Diskriminierungsverbote zum Schutz befristet Beschäftigter (§ 4 Abs 1 TzBfG) und von Teilzeit-AN (§ 4 Abs 2 TzBfG) und das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Gewerkschaftszugehörigkeit (Art 9 Abs 3 GG) beachten.
- 8 Während sich **Abs 2 S 1** auf die „im Betrieb beschäftigten AN“ erstreckt, spricht **Abs 1** von „allen im Betrieb tätigen **Personen**“. Das legt eine weite Auslegung nahe. Normadressat des § 75 ist aber neben dem AG auch der BR (Rn 3). Deswg normiert § 75 Pflichten nur, soweit Beschäftigte betroffen sind, für die der BR zuständig ist <L: MünchArbR/Boemke § 288 Rn 33; AR/Kolbe Rn 4>. Dadurch wird der Schutz sonstiger Personen nicht unzulässig verkürzt, da den AG nach anderen Vorschriften, insbes nach dem AGG, weitergehende Pflichten treffen. Zuständig ist der BR außer für die AN iS des § 5 Abs 1 (§ 5 Rn 1 ff) auch für die im Betrieb tätigen **Leih-AN**, bei deren Einstellung er nach § 99 zu beteiligen ist (§ 99 Rn 17) und für die er die Einhaltung der Arbeitszeiten im Betrieb nach § 87 Abs 1 Nr 2 und 3 überwachen muss (§ 87 Rn 63 und 85) <L: Richardi/Maschmann Rn 7; Fitting Rn 12; DKW/Berg Rn 10; ErfK/Kania Rn 3; HWGNRH/Worzalla Rn 4; SWS Rn 2; aA GK/Jacobs Rn 16>. Zur Gleichbehandlung von AN und Leih-AN beim Arbeitsentgelt ist der AG aber schon deswg nicht verpflichtet, weil er nicht Vertrags-AG der Leih-AN ist, diesen also kein Arbeitsentgelt schuldet <R: BAG 25.1.2005, 1 ABR 61/03, BB 2005, 2189>.
- 9 **Nicht erfasst** werden **ltd Ang** iS des § 5 Abs 3 (§ 5 Rn 20ff), für die § 27 SprAuG in einer dem § 75 entspr Vorschrift AG und SprA verpflichtet <L: Richardi/Maschmann Rn 7 mwN> und erst recht nicht **Personen iS des § 5 Abs 2** (§ 5 Rn 19ff) <L: GK/Jacobs Rn 13; MünchArbR/Boemke § 288 Rn 33; aA für Abs 1 S 1: Richardi/Maschmann Rn 7; ErfK/Kania Rn 3; SWS Rn 2; BeckOK ArbR/Werner Rn 6; mit Einschränkungen auch

Fitting Rn 13; *DKW/Berg* Rn 11>. Ebenso wenig gilt § 75 für **freie Mitarbeiter** <L: *GK/Jacobs* Rn 15 mwN> und **AN-Ähnliche** (§ 5 Rn 10); Letzteren ggü ist der AG aber über § 6 Abs 1 S 1 Nr 3 AGG verpflichtet, Diskriminierungen zu unterlassen und zu unterbinden, §§ 1, 3, 12 AGG. Auch **AN einer Drittfirma**, die aufgrund eines zw dem AG und der Drittfirma geschlossenen Werk- oder Dienstvertrags tätig werden, werden nicht erfasst <L: *GK/Jacobs* Rn 16; *ErfK/Kania* Rn 3; **aA** *Fitting* Rn 14; *DKW/Berg* Rn 10; *HWGNRH/Worzalla* Rn 4; *SWS* Rn 2; auch noch *Vorauf* Rn 4>. Nicht unter § 75 fallen zudem im Betrieb im Rahmen einer Arbeitsgelegenheit mit Mehraufwandsentschädigung („Ein-Euro-Jobber“) beschäftigte Personen, § 16d SGB II <L: **aA** *Fitting* Rn 14; *HWGNRH/Worzalla* Rn 4>, **Freiwilligendienstleistende** und **Strafgefangene**; Beamte sind nur AN, soweit sie durch bes Vorschriften als AN des Betriebs gelten, § 5 Rn 7 <L: auch *Fitting* Rn 12>. Zum Zustimmungsverweigerungsrecht des BR aus § 99 bei der Einstellung der Beschäftigten § 99 Rn 15 ff.

Die Pflichten von AG und BR aus § 75 erstrecken sich nicht auf **Personen außerhalb des Betriebs** <L: *GK/Jacobs* Rn 44; *AR/Kolbe* Rn 4; abw *Fitting* Rn 16; *HWGNRH/Worzalla* Rn 3; auch *DKW/Berg* Rn 12>; § 6 Abs 1 S 2 AGG verpflichtet aber den AG auch ggü Bewerbern, Diskriminierungen zu unterlassen und zu unterbinden, §§ 1, 3, 12 AGG. Entgg der hM kann der BR die Zustimmung zu der Einstellung externer Bewerber auch nicht unter Berufung auf gesetzl Diskriminierungsverbote, etwa aus §§ 1, 3 AGG oder aus Art 9 Abs 3 GG verweigern: Der BR kann über sein Zustimmungsverweigerungsrecht nicht die Interessen externer Bewerber wahren, für die er nicht zuständig ist <L: *GK/Raab* § 99 Rn 197; **R**: ausdrückl **aA** BAG 28.3.2000, 1 ABR 16/99, BB 2000, 2311 (zu Art 9 Abs 3 GG); 10.11.1992, 1 ABR 21/92, DB 1993, 1141 (zu § 14 SchwbG); **L**: **aA** *Richardi/Maschmann* Rn 8>, näher § 99 Rn 63, auch Rn 62. In keinem Fall kann aus § 75 die Verpflichtung des AG abgeleitet werden, einen best Bewerber einzustellen: Auch § 15 Abs 1–4 AGG sanktionieren die Diskriminierung bei der Einstellung ledigl mit Schadensersatz- und Entschädigungspflichten, gewähren aber gem § 15 Abs 6 AGG gerade keinen Anspruch auf Abschluss eines Arbeitsvertrags <L: *Richardi/Maschmann* Rn 9; *GK/Jacobs* Rn 70; *DKW/Berg* Rn 147, 27; *HWGNRH/Worzalla* Rn 3>.

Grds werden auch die **Ruheständler (Betriebsrentner)** nicht mehr über § 75 geschützt <**R**: BAG 13.5.1997, 1 AZR 75/97, NZA 1998, 160; die allgemeine Zuständigkeitsfrage offen gelassen BAG 13.10.2020, 3 AZR 410/19, NZA-RR 2021, 192; BAG 11.7.2017, 3 AZR 513/16, NZA 2017, 1471; **aA L**: *Fitting* § 77 Rn 39>. Anders ist dies nur, wenn AG und BR Regelungen treffen, die auch die Ruheständler erfassen, etwa bei BV über die betriebl Altersversorgung oder Sozialeinrichtungen, die auch Ruheständlern offenstehen (§ 87 Rn 178) <L: *GK/Jacobs* Rn 17, 75; *Fitting* Rn 16; *DKW/Berg* Rn 12; weiter *Richardi/Maschmann* Rn 8>.

III. Gleichbehandlungsgrundsatz, Abs 1

1. Grundsatz

Nach Abs 1 müssen AG und BR darüber wachen, dass alle im Betrieb tätigen Personen (Rn 8 ff) nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit behandelt und nicht aus bes, beispielhaft aufgezählten Gründen benachteiligt werden. Dabei lehnt sich Abs 1 systema-

§ 75 Grundsätze für die Behandlung der Betriebsangehörigen

tisch an Art 3 GG an: Die „Grundsätze von Recht und Billigkeit“ enthalten den allg Gleichheitssatz des Art 3 Abs 1 GG, daraus destilliert die Rechtsprechung einen allg **betriebsverfassungsrechtl Gleichbehandlungsgrundsatz**, wonach eine unterschiedl Behandlung von AN-Gruppen zu rechtfertigen ist <R: BAG 10.12.2019, 3 AZR 478/17, AP Nr 79 zu § 1 BetrAVG; BAG 22.1.2019, 3 AZR 560/17, NZA 2019, 991; 13.8.2019, 1 AZR 213/18, NZA 2020, 49; 26.6.2019, 5 AZR 452/18, BB 2019, 2683; 26.4.2016, 1 AZR 435/14, DB 2016, 2304; 22.3.2005, 1 AZR 49/04, DB 2005, 1467; 19.2.2008, 1 AZR 1004/06, BB 2008, 1793; krit zur undifferenzierten Verwendung des Begriffs AR/*Kolbe* Rn 1>. Dieser wird durch konkrete Diskriminierungsverbote ergänzt, die sich teilweise mit § 1 AGG decken; zusätzl verbietet Abs 1 die Benachteiligung wg gewerkschaftl Betätigung (in Übereinstimmung mit Art 9 Abs 3 GG) und wg politischer Betätigung, Rn 16ff, bes 22f.

- 13 Das Wort „insbesondere“ verdeutlicht, dass die aufgezählten bes Diskriminierungsverbote nur Beispiele sind <L: BeckOK ArbR/*Werner* Rn 18>. Daneben bestehen bes Diskriminierungsverbote in anderen Gesetzen, etwa in § 4 Abs 1 und 2 TzBfG für Teilzeitbeschäftigte und für AN in befristeten Arbeitsverhältnissen <R: vgl BAG 15.5.2018, 1 AZR 20/17, AP BetrVG 1972 § 112 Nr 239; 25.4.2007, 6 AZR 746/06, BB 2007, 1680 (LS)>. Die Betriebspartner verletzen § 4 Abs 1 TzBfG nicht, wenn sie aus Arbeitsschutzgründen vollzeitbeschäftigte AN nur zur Hälfte ihrer Arbeitszeit, teilzeitbeschäftigte AN mit einer Arbeitsverpflichtung von 20 Wochenstunden aber zu 75% ihrer Arbeitszeit mit Arbeiten an Bildschirmgeräten betrauen <R: BAG 9.2.1989, 6 AZR 174/87, BB 1989, 1341>. Ebenso dürfen Abfindungen und freiwillige Leistungen entspr der geringeren Beschäftigung für Teilzeitbeschäftigte geringer ausfallen <R: BAG 14.8.2001, 1 AZR 760/00, DB 2002, 153; 13.2.2007, 9 AZR 729/05, DB 2007, 1536>, Teilzeitbeschäftigte dürfen von freiwilligen, nach § 87 Abs 1 Nr 8, 10 mitbestimmten AG-Leistungen, etwa der betriebl Altersversorgung, aber nicht vollständig ausgeschlossen werden <R: BAG 25.10.1994, 3 AZR 149/94, NZA 1995, 730; 7.3.1995, 3 AZR 282/94, BB 1995, 2217>. Ebenso benachteiligt eine Kürzung des Weihnachtsgeldes um einen einheitl festen Betrag Teilzeitbeschäftigte unzulässig ggü Vollzeitbeschäftigten <R: BAG 24.5.2000, 10 AZR 629/99, DB 2000, 2431>.
- 14 Normadressaten sind nur **AG und BR** (Rn 3). Sie müssen bei gemeinsamen Maßnahmen den Gleichbehandlungsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot beachten (Rn 3f) und darüber wachen, dass der andere Betriebspartner dies auch bei einseitigen Maßnahmen tut (Rn 6): Abs 1 verpflichtet die Betriebspartner zu gegenseitiger Kontrolle und dazu, bei Verletzungen auf Abhilfe zu dringen <L: GK/*Jacobs* Rn 20ff mwN>. Mit diesen betriebsverfassungsrechtl Pflichten von AG und AN korrespondieren aber keine subjektiven Rechte der AN; **§ 75 ist keine individualrechtl Norm**, Rn 48ff. Der AG ist aber aus dem Arbeitsverhältnis individualrechtl zur Gleichbehandlung und zur Unterlassung von Diskriminierungen verpflichtet, Rn 49f.
- 15 Befragungen der AN durch einen Gleichstellungsbeauftragten zur **Aufklärung eines Diskriminierungsvorwurfs** sind nach § 87 Abs 1 Nr 1 mitbestimmungspflichtig, ebenso das **Beschwerdeverf** vor der Beschwerdestelle nach § 13 Abs 1 S 1 AGG sowie die Festlegung von Maßnahmen nach § 12 AGG, § 87 Rn 42. Die Entscheidung, ob die Beschwerdestelle auf Betriebsebene oder auf Unternehmensebene einzurichten ist, und die personelle Besetzung der nach § 13 Abs 1 S 1 AGG zu errichtenden Beschwerdestelle

kann durch freiwillige BV geregelt werden, ist aber nicht über § 87 Abs 1 Nr 1 erzwingbar, § 87 Rn 42 und § 88 Rn 10.

2. Besondere Diskriminierungsverbote

Abs 1 verbietet **jede Benachteiligung** (Begriff: „Behandlung“) wg der aufgezählten **16** Merkmale, die über die Merkmale des § 1 AGG hinausgehen und die auch („insbesondere“) nicht abschließend sind. Das erfasst neben der unmittelbaren Diskriminierung, in der eine Benachteiligung unmittelbar an das Geschlecht, die Religion usw anknüpft, auch die sog mittelbare Diskriminierung. Mittelbar diskriminieren Regelungen und Maßnahmen, die dem Anschein nach an neutrale Kriterien anknüpfen, aber AN wg eines in Abs 1 genannten Grundes ggü anderen AN in bes Weise benachteiligen können (vgl § 3 Abs 2 AGG). Weil es genügt, dass neutrale Vorschriften usw eine Gruppe „benachteiligen können“, ist es anders als nach der Rspr des EuGH <R: etwa EuGH 10.3.2005, C-196/02, NZA 2005, 807> nicht erforderl, dass die neutralen Vorschriften einen wesentl höheren Anteil der Träger eines der von § 75 erfassten Merkmale benachteiligen; ein statistischer Nachweis der nachteiligen Auswirkungen ist nicht notwendig <L: ErfK/Schlachter § 3 AGG Rn 10 mwN>. Freilich ist bei der mittelbaren Benachteiligung deren spezifische Rechtfertigungssystematik zu berücksichtigen <R: BAG 11.8.2016, 8 AZR 4/15, NZA 2017, 310>.

Abs 1 verbietet ausdrückl die Benachteiligung „aus Gründen [der] **Rasse**“ und drückt damit **17** (die Formulierung in § 1 AGG aufnehmend) im Verhältnis zu der sonstigen Formulierungen „wegen“ eine Distanzierung aus: Biologisch gibt es keine „Rasseunterschiede“. Der Begriff „Rasse“, den auch Art 3 Abs 3 GG verwendet, ist daher nicht biologisch, sondern **gesellschaftlich** zu verstehen: Mangels biologischer Anknüpfungspunkte ist „Rasse“, was aus Sicht des Benachteiligenden für „Rasse“ gehalten wird. Geschützt wird der AN deshalb vor einer Ungleichbehandlung **wg rassistisch motivierter Vorurteile**, etwa durch die Bezeichnung „Neger“ oder die Verwendung anderer rassistischer Stereotypen <R: BVerfG 2.11.2020, 1 BvR 2727/19, NZA 2020, 1704; L: *Fitting* Rn 63; HWGNRH/*Worzalla* Rn 8>.

Geschützt werden, über § 1 AGG hinausgehend, die AN auch gg Benachteiligungen wg **18** ihrer **Nationalität**, also ihrer Staatsangehörigkeit. Das Diskriminierungsverbot wg der **Abstammung** des AN meint seine Beziehung zu einer best Familie, etwa einem Adelsgeschlecht, erfasst aber auch die Zugehörigkeit zu einer Volksgruppe und einer (vermeintlichen) „Rasse“ <L: HWGNRH/*Worzalla* Rn 10 mwN> und deckt sich damit teilweise mit den seit 2006 zusätzl genannten Merkmalen „Rasse“ und ethnische Herkunft. In Übereinstimmung mit Art 3 Abs 3 GG, der die „**Herkunft**“, also die örtliche und soziale Herkunft (Arztkind, Adel usw) nennt <L: *Fitting* Rn 66; HWGNRH/*Worzalla* Rn 11 mwN>, enthielt Abs 1 bis 2006 nur den Begriff „Herkunft“. In Umsetzung der RL EG-RL 2000/43/EG ist in Abs 1 2006 der Begriff „**ethnische Herkunft**“ eingefügt worden und spricht Abs 1 iÜ von „sonstiger Herkunft“. Ethnische Herkunft meint die Zugehörigkeit zu einer Gruppe von Menschen, die durch verschiedene gemeinsame Eigenschaften wie Sprache, Tradition, Religion usw verbunden sind bzw sich verbunden fühlen und die in ihrer Selbst- als auch in der Fremdwahrnehmung als eine historisch, kulturell und brauchtmäßig abgrenzbare Bevölkerungsgruppe gelten <L: HWGNRH/*Worzalla* Rn 9 mwN>, zB die Sorben in der Lausitz. Abs 1 wird ergänzt durch § 80 Abs 1 Nr 7 (§ 80 Rn 13, 20) und durch § 88 Nr 4 (§ 88 Rn 8), die es zur allg Aufgabe des BR machen, die Integration aus-

§ 75 Grundsätze für die Behandlung der Betriebsangehörigen

ländischer AN zu fördern sowie Rassismus und Fremdenfeindlichkeit im Betrieb zu bekämpfen und insoweit freiwillige BV abzuschließen. Ebenso wird Abs 1 ergänzt durch § 104, nach dem der BR vom AG die Entlassung oder Versetzung von AN verlangen kann, die durch rassistische oder fremdenfeindliche Betätigungen den Betriebsfrieden wiederholt ernstlich gestört haben (Rn 3 und § 104 Rn 2 ff). Eine Differenzierung wegen der „Muttersprache“ der AN kann ggf eine mittelbare Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft auslösen <R: BAG 22.6.2011, 8 AZR 48/10, NZA 2011, 1226; s für die Möglichkeit einer unmittelbaren Benachteiligung aber BAG 15.12.2016, 8 AZR 418/15, juris>.

- 19 Abs 1 verbietet schon immer eine Benachteiligung von AN wg ihrer **Religion**, seit 2006 in Umsetzung der EG-RL 2000/78 auch eine Benachteiligung wg ihrer **Weltanschauung**. Für die Auslegung dieser Begriffe kann man sich an Art 4 Abs 1 GG anlehnen, der die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses schützt. Entspr der englischsprachigen Fassung der RL, die formuliert: „on the grounds of religion or belief“ und in Übereinstimmung mit Art 4 Abs 1 GG ist das „religiöse und weltanschauliche Bekenntnis“ geschützt, also nicht jede individuelle Überzeugung, sondern nur eine grundlegende kollektive Gesamtsicht der Welt mit quasi-religiösen Bezügen <L: HWGNRH/*Worzalla* Rn 13 ff mwN>. Während jeder Religion eine den Menschen überschreitende und umgreifende (transzendente) Wirklichkeit, häufig der Glaube an einen oder mehrere die Weltgeschichte lenkenden Gott oder Götter zugrunde liegt, bezeichnet Weltanschauung zwar ein umfassendes Konzept des Weltganzen und der Herkunft und des Ziels menschlichen Lebens, ist aber auf innerweltliche („immanente“) Bezüge beschränkt <R: BT-Drucks 16/2022 S 13; BAG 22.3.1995, 5 AZB 21/94, DB 1995, 1714; BVerwG 27.3.1992, 7 C 21/90, NJW 1992, 2496>. Bloße Sympathie für ein bestimmtes Land oder dessen Regierungssystem begründet aber noch keine Weltanschauung <R: BAG 20.6.2013, 8 AZR 482/12, NZA 2014, 21>. Als Religion geschützt sind etwa der katholische, der evangelische, der mosaische und der muslimische Glaube, auch der Rastafarismus. Allein das Selbstverständnis, sich als Gemeinschaft zu einer Religion zu bekennen, genügt nicht; es muss sich tatsächl, nach geistigem Gehalt und äußerem Erscheinungsbild, um eine Religion und Religionsgemeinschaft handeln <R: BVerfG 5.2.1991, 2 BvR 263/86, NJW 1991, 2623 bejahend für die örtlichen Geistigen Räte der Baha'i; BAG 22.3.1995, aaO>. Jedenfalls eine Weltanschauung ist etwa die Osho-Bewegung (früher „Bhagwan“-Bewegung) <R: BVerfG 26.6.2002, 1 BvR 670/91, NJW 2002, 2626; für Religion BVerwG 27.3.1992, aaO>. Dass die **wirtschaftl Betätigung** der Gemeinschaft die gemeinschaftl Pflege von Religion oder Weltanschauung in den Hintergrund drängt, die geschäftlichen Interessen die sonstigen Aktivitäten also überwiegen, nimmt einer Gemeinschaft nicht den Charakter als Religionsgemeinschaft. Anders ist es nur, wenn die Religion ledigl als Vorwand für eine wirtschaftl Betätigung dient <R: BAG 22.3.1995, aaO; BVerwG 27.3.1992, aaO>. Keine Religion praktiziert deswg die Scientology-Kirche <R: BAG 22.3.1995, aaO>, § 118 Rn 69 mwN. Eine unterschiedl Behandlung wg der Religion oder der Weltanschauung ist unter den in §§ 9, 10 AGG genannten Voraussetzungen zulässig. Zum Tendenzschutz aus § 118 Abs 1 Nr 1 s § 118 Rn 8 und zu § 118 Abs 2 s § 118 Rn 62 ff.
- 20 Anders als das Verbot der Diskriminierung wg **Behinderung** nach § 164 Abs 2 SGB IX, das sich nach § 151 Abs 1 SGB IX nicht auf alle Behinderte, sondern nur auf Schwerbehinderte und ihnen Gleichgestellte iS der § 2 Abs 2 und 3 SGB IX erstreckt, erfasst Abs 1

– wie § 1 AGG – jede Behinderung, auch unterhalb der Schwerbehindertenschwelle <R: BAG 3.4.2007, 9 AZR 823/06, NZA 2007, 1098; L: *Fitting* Rn 72; HWGNRH/*Worzalla* Rn 18>. Für die Auslegung des Begriffs Behinderung kann man sich an § 2 Abs 1 SGB IX und § 3 BGG (Behindertengleichstellungsgesetz) anlehnen, die definieren: „Menschen sind behindert, wenn ihre körperl Funktion, ihre geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist.“ Allerdings wird die zeitl Vorgabe von sechs Monaten im Unionsrecht nicht gefordert <R: EuGH 18.12.2014, C-354/13, NZA 2015, 33; ledigl „von Dauer“>. Etwa ist Kleinwuchs, der mit Funktionseinschränkungen der Gliedmaßen und des Rumpfes verbunden ist, eine Behinderung iS von § 2 Abs 1 SGB IX <R: BAG 18.10.2000, 2 AZR 380/99, BB 2001, 627> und damit auch iS des Abs 1, ebenso eine schwere Neurodermitis <R: BAG 3.4.2007, aaO>. Behinderung ist mehr als Krankheit <R: EuGH 11.7.2006, C 13/05, NZA 2006, 839; L: HSWG/ *Worzalla* Rn 21>. Allerdings kann wegen einer durch eine Krankheit ausgelösten sozialen Stigmatisierung (etwa durch HIV-Infektion) auch eine Behinderung resultieren <R: BAG 19.12.2013, 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372>. Bloßes Übergewicht ist keine Behinderung, möglicherweise aber eine echte behandlungsbedürftige Fettsucht bzw. Fettleibigkeit (Adipositas), die zu einer stark verminderten körperl Belastbarkeit führen kann <R: EuGH 18.12.2014, C-354/13, NZA 2015, 33>. Möglicherweise fällt auch eine Alkohol- oder Drogensucht wg ihrer Auswirkungen unter Abs 1. Dem Diskriminierungsverbot entspricht die allg Pflicht des BR aus § 80 Abs 1 Nr 4, die Eingliederung Schwerbehinderter und sonstiger bes schutzbedürftiger Personen zu fördern (§ 80 Rn 17), zu § 176 SGB IX § 80 Rn 18.

Abs 1 verpflichtet AG und BR, darauf zu achten, dass AN nicht wg **Alters** benachteiligt werden; in Umsetzung der RL 2000/78/EG ist der frühere Zusatz „wg Überschreitens best Altersstufen“ gestrichen worden. Nach der Neuformulierung darf ein best Alter allein kein Anlass für die unterschiedl Behandlung eines AN sein; insoweit sind auch die Gründe für eine unterschiedl Behandlung wg des Alters in § 10 AGG zu beachten <L: *Fitting* Rn 76; HWGNRH/*Worzalla* Rn 24; s auch R: BAG 15.12.2016, 8 AZR 454/15, NZA 2017, 715>. Das Diskriminierungsverbot wg Alters spielt eine Rolle **insbes bei Richtlinien iS des § 95**. Etwa darf eine Beförderung nicht davon abhängig gemacht werden, dass der AN ein best Alter noch nicht erreicht hat, oder darf einem AN nicht nur aus dem Grund gekündigt werden, dass er ein best Alter überschritten hat. Zulässig ist aber eine BV, die das Ende des Arbeitsverhältnisses an das Erreichen der Regelaltersgrenze knüpft <R: BAG 21.2.2017, 1 AZR 292/15, NZA 2017, 738; 5.3.2013, 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916>. Ebenso können AG und BR in einem **Sozialplan** Leistungen für die AN herabsetzen oder ganz ausschließen, die Anspruch auf vorgezogenes Altersruhegeld haben oder so kurz vor der Verrentung stehen, dass sie den Zeitraum bis zum Rentenbezug durch den Bezug von Arbeitslosengeld vollständig oder weitgehend überbrücken können <R: BAG 28.7.2020, 1 AZR 590/18, BB 2021, 61; BAG 16.7.2019, 1 AZR 842/16, NZA 2019, 1432; BAG 7.5.2019, 1 ABR 54/17, BB 2019, 2043; 9.12.2014, 1 AZR 102/13, NZA 2015, 365; 7.6.2011, 1 AZR 34/1, NZA 2011, 1370; 30.9.2008, 1 AZR 684/07, DB 2009, 573; 11.11.2008, 1 AZR 475/07, DB 2009, 347; 20.1.2009, 1 AZR 740/07, DB 2009, 495>. Allerdings verbietet sich auch hier eine pauschale Betrachtung, sodass eine verminderte Abfindung im Sozialplan für AN, die einen Regelrentenanspruch gelten machen können, für schwerbehinderte AN jedenfalls **mittelbar diskriminierend**

§ 75 Grundsätze für die Behandlung der Betriebsangehörigen

sein kann, weil sie nach § 236a Abs 1 S 2 SGB VI vorzeitig einen solchen Anspruch haben <R: BAG 28.7.2020, 1 AZR 590/18, BB 2021, 61; BAG 16.7.2019, 1 AZR 842/16, NZA 2019, 143>. Höchstbeträge für Abfindungen verstoßen aber grundsätzlich nicht gegen § 75 Abs 1 <R: BAG 7.12.2021, 1 AZR 562/20, NZA 2022, 281>. Für das Arbeitsentgelt ist die Anknüpfung an die Berufserfahrung oder das Dienstalter zulässig <R: EuGH 3.10.2006, C-17/05, NJW 2007, 47>. Während Abs 1 bisher durch die allg Aufgabe des BR in § 80 Abs 1 Nr 6 ergänzt wurde, die Beschäftigung älterer AN generell zu fördern, steht § 80 Abs 1 Nr 6 jetzt in einem gewissen Gegensatz zu Abs 1: Abs 1 verbietet die Diskriminierung wg jedweden Alters, also auch jüngerer AN, während § 80 Abs 1 Nr 6 gerade die älteren AN dem bes Schutz des BR unterstellt (§ 80 Rn 20).

- 22 Das Verbot des Abs 1 S 1, AN wg ihrer **politischen Betätigung oder Einstellung** unterschiedl zu behandeln, findet keine Entsprechung in § 1 AGG. Erfasst wird zunächst das politische Verhalten des AN außerhalb des Betriebs: Ob und wie sich jemand im tägl Leben politisch äußert, welcher Partei, welchen kommunal- oder sonstigen politischen Vereinigungen er angehört oder für welche Vereinigung er Wahlauftrufe unterschreibt, darf für seine Behandlung im Betrieb keine Rolle spielen. Aus Abs 1 folgt weitergehend, dass ein AN auch wg seiner politischen Meinungsäußerung und Betätigung im Betrieb nicht bevorzugt oder benachteiligt werden darf. Die politische Betätigung im Betrieb findet ihre Grenze aber an den arbeitsvertragl Verpflichtungen des AN (§ 74 Rn 12). Zum Tendenzschutz aus § 118 Abs 1 Nr 1 s § 118 Rn 19.
- 23 Abs 1 S 1 verbietet – über § 1 AGG hinausgehend – auch jede Differenzierung wg der **gewerkschaftl Betätigung oder Einstellung** eines AN. Das entspricht Art 9 Abs 3 GG, der über S 2 unmittelbar und zwingend auch zw AG und AN gilt. Über Abs 1 hinaus gilt Art 9 Abs 3 S 2 GG auch im Verhältnis AG und Bewerber um einen Arbeitsplatz: Die Einstellung eines Bewerbers darf der AG nicht allein deshalb ablehnen, weil dieser Gewerkschaftsmitglied ist <R: BAG 2.6.1987, 1 AZR 651/85, DB 1987, 2312; 28.3.2000, 1 ABR 16/99, BB 2000, 2311>. Fragen nach der Gewerkschaftszugehörigkeit im Einstellungsgespräch sind unzulässig, § 94 Rn 10. § 75 schützt sowohl eine Benachteiligung wg der Zugehörigkeit zu einer (best) Gewerkschaft als auch eine Benachteiligung wg Nichtzugehörigkeit (positive und negative Koalitionsfreiheit). Der AG ist aber nicht gehindert, tarifgebundene AN einem TV folgend anders zu behandeln als Nichtorganisierte, da er in diesem Fall nicht aufgrund der gewerkschaftl Einstellung, sondern kraft der zwingenden Wirkung des TV differenziert <R: BAG 21.1.1987, 4 AZR 547/86, DB 1987, 487; auch 11.6.2002, 1 AZR 390/01, DB 2002, 2725; L: GK/Jacobs Rn 82; Fitting Rn 102; DKW/Berg Rn 92; BeckOK ArbR/Werner Rn 34>. Zum Tendenzschutz aus § 118 Abs 1 Nr 1 s § 118 Rn 20.
- 24 Abs 1 verbietet die **Differenzierung nach dem Geschlecht**, die die Angehörigen eines Geschlechts (typischerweise die Frauen) benachteiligt. Das Verbot entspricht Art 157 AEUV und § 1 AGG. Verboten sind geschlechtsbezogene Benachteiligungen insbes beim berufl Aufstieg, bei einer Weisung oder bei einer Kd. Unzulässig ist bei einer Einstellung oder Beförderung die Frage nach dem Bestehen einer Schwangerschaft <R: EuGH 8.11.1990, C 177/88, BB 1991, 692; BAG 6.2.2003, 2 AZR 621/01, BB 2003, 1734>, § 94 Rn 11. Für gleiche oder gleichwertige Arbeit muss das gleiche Entgelt bezahlt werden <R: BAG 23.8.1995, 5 AZR 942/93, BB 1996, 1279>. Wie nach § 8 Abs 1 AGG ist eine Differenzierung nach dem Geschlecht aber zulässig, wenn ein best Geschlecht wg der Art der ausübenden Tätigkeit eine wesentl und entscheidende berufl Anforderung

für diese Tätigkeit ist. Etwa können die Betriebspartner in einer Auswahlrichtlinie iS des § 95 für den Verkauf von Damenoberbekleidung einschließl Badebekleidung in einem Einzelhandelsgeschäft mit Anprobemöglichkeit als persönl Voraussetzung an das weibl Geschlecht anknüpfen <R: vgl LAG Köln 19.7.1996, 7 Sa 499/96, NZA-RR 1997, 84>, § 95 Rn 4. Dem Diskriminierungsverbot entspricht die allg Pflicht des BR aus § 80 Abs 1 Nr 2a, die Durchsetzung der tatsächl Gleichstellung von Frauen und Männern, insbes bei der Einstellung, Beschäftigung, Aus-, Fort- und Weiterbildung und beim berufl Aufstieg, zu fördern, § 80 Rn 15; sie wird ergänzt durch § 5 AGG und durch die Pflicht des BR in § 96 Abs 2 S 2, für die Teilnahme von Teilzeitbeschäftigten (also typischerweise Frauen) an Berufsbildungsmaßnahmen Sorge zu tragen, § 96 Rn 8. Die Pflicht, die Beschäftigung von Frauen positiv zu fördern, rechtfertigt es aber nicht, dass AG und BR die Plätze in einem nach § 87 Abs 1 Nr 8 mitbestimmten betriebl Kindergarten (§ 87 Rn 175) weibl AN vorbehalten und männl AN nur als Alleinerziehende und in Notfällen Zugang zu diesen Plätzen haben, um einer erhebl Unterrepräsentation von Frauen bei den Beschäftigten entgg zu wirken <R: aA EuGH 19.3.2002, C-476/99, DB 2002, 1450 m Anm Thüsing; L: aA *Fitting* Rn 123>.

Die Diskriminierung wg des Geschlechts verbietet auch Benachteiligung **transsexueller** 25 <R: EuGH 30.4.1996, C-13/94, NZA 19996, 695; L: *Fitting* Rn 124; GK/*Jacobs* Rn 102; für sexuelle Identität: HWGNRH/*Worzalla* Rn 29> **und intersexueller Menschen** (Zwischengeschlechtliche oder Hermaphroditen) <R: dazu BVerfG 10.10.2017, 1 BvR 2019/16, NJW 2017, 3643; L: für sexuelle Identität *Fitting* Rn 124; HWGNRH/*Worzalla* Rn 29; wohl auch *Franzen*, FS 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, S 129, 133>.

Verboten ist seit 2006 aufgrund der Umsetzung der RL 2000/78/EG auch die Diskrimi- 26 nierung wg der „sexuellen Identität“. Die vom in den USA üblichen Begriff der „sexuellen Orientierung“ und von dem in Art 19 Abs 1 EUV sowie Art 1 der RL 2000/78/EG gebrauchten Begriff der „sexuellen Ausrichtung“ abw Formulierung „Identität“ verdeutlicht, dass nur die die Person ausmachende grundlegende sexuelle Orientierung, hing nicht jedes sexuelle Verhalten und sexuelle Vorlieben gemeint ist <L: GK/*Jacobs* Rn 102; aA HWGNRH/*Worzalla* Rn 29>. „Sexuelle Identität“ ist daher restriktiv auszulegen und schützt neben den heterosexuellen insbes **homosexuelle und bisexuelle Menschen**. Trans- und Intersexualität sind Geschlechtszuordnungen (Rn 25). Auch insoweit genügt es, wenn die benachteiligte Person wg einer scheinbar abw sexuellen Ausrichtung diskriminiert wird, etwa weil ein AN dem AG homosexuell erscheint, vgl Rn 16.

Abs 1 hält AG und BR– **nicht** dazu an, eine Diskriminierung der AN **wg ihres Familien-** 27 **standes oder wg Elternschaft als solche** zu verhindern. Allerdings gelten hier der allg arbeitsrechtl Gleichbehandlungsgrundsatz und die Vorgaben des AGG, die zu einer mittelbaren Diskriminierung führen können. Als Grundsatz von Recht und Billigkeit iS des Abs 1 müssen die Betriebspartner aber auch **Art 6 GG** beachten, weswg etwa eine Sozialplanregelung unwirksam ist, die für die Abfindung auf die Dauer der Beschäftigung abstellt, aber davon die Elternzeit ausnimmt <R: BAG 12.11.2002, 1 AZR 58/02, DB 2003, 1635; 21.10.2003, 1 AZR 407/02, BB 2004, 722>, Rn 2. Zudem trifft den BR insoweit die allg Aufgabe aus § 80 Abs 1 Nr 2b, die Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit der im Betrieb beschäftigten AN zu fördern (§ 80 Rn 15), ergänzt durch die Pflicht des BR in § 96 Abs 2 S 2, für die Teilnahme von AN mit Familienpflichten an Berufsbildungsmaßnahmen Sorge zu tragen (§ 96 Rn 8). Noch Rn 1.