

Bundesarbeitsgericht  
Achter Senat

Urteil vom 19. Dezember 2019  
- 8 AZR 2/19 -  
ECLI:DE:BAG:2019:191219.U.8AZR2.19.0

I. Arbeitsgericht Nürnberg

Endurteil vom 1. Februar 2018  
- 16 Ca 3627/17 -

II. Landesarbeitsgericht Nürnberg

Urteil vom 20. November 2018  
- 7 Sa 95/18 -

---

Entscheidungsstichworte:

Benachteiligung iSd. AGG - Geschlecht - Bewerber

Leitsätze:

1. Grundsätzlich kann eine unmittelbare Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts und dadurch bewirkte Diskriminierung nicht sachlich gerechtfertigt werden. Geht es allerdings um den Zugang zur Beschäftigung, kann nach § 8 Abs. 1 AGG eine unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes - auch des Geschlechts - zulässig sein. Dies setzt nach dem Wortlaut von § 8 Abs. 1 AGG voraus, dass dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist. Dabei kann in unionsrechtskonformer und enger Auslegung in Übereinstimmung mit den Antidiskriminierungsrichtlinien der Europäischen Union - hier mit Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie 2006/54/EG - und unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union nicht der Grund iSv. § 1 AGG, auf den die Ungleichbehandlung gestützt ist, sondern nur ein mit diesem Grund im Zusammenhang stehendes Merkmal eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellen.

2. Der Begriff „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ iSd. Antidiskriminierungsrichtlinien der Europäischen Union und iSv. § 8 Abs. 1 AGG bezieht sich auf eine Anforderung, die von der Art der betreffenden beruflichen Tätigkeit oder den Bedingungen ihrer Ausübung objektiv vorgegeben ist. Subjektive Erwägungen reichen nicht aus. Es muss vielmehr ein direkter, objektiv durch entsprechende Analysen belegter und überprüfbarer Zusammenhang zwischen der vom Arbeitgeber aufgestellten beruflichen Anforderung und der fraglichen Tätigkeit bestehen.

3. Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der in § 8 Abs. 1 AGG enthaltenen Voraussetzungen trägt der Arbeitgeber.

# BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 2/19  
7 Sa 95/18  
Landesarbeitsgericht  
Nürnberg

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
19. Dezember 2019

## URTEIL

Schmidt-Brenner, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. Dezember 2019 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Schlewing, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Winter, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Vogelsang sowie die ehrenamtlichen Richter Wein und Henniger für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 20. November 2018 - 7 Sa 95/18 - aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten darüber, ob der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger eine Entschädigung wegen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot des AGG zu zahlen. 1

Der Beklagte ist ein Schulverein. Durch Bescheid des Bayerischen Staatsministeriums für Unterricht, Kultus, Wissenschaft und Kunst vom 4. August 1993 wurde ihm die Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer privaten Waldorfschule mit Wirkung vom 1. August 1993 erteilt. Auszugsweise heißt es in diesem Bescheid: 2

„3. Unterrichtsbetrieb

3.1 Die Schule nimmt ihren Betrieb im Schuljahr 1993/94 mit der Jahrgangsstufe 5 auf. In den folgenden Schuljahren erfolgt der Ausbau jährlich um je eine weitere Jahrgangsstufe. Ferner kann eine Realschulabschlußklasse geführt werden, in die Schüler in der Regel nach den Jahrgangsstufen 10 oder 11 aufgenommen werden.

3.2 Der Unterricht erfolgt nach den Lehrplänen der Waldorfschulen in der Bundesrepublik Deutschland. Die Schule darf hierbei in ihren Lehrzielen, bezogen auf die jeweilige Jahrgangsstufe, nicht hinter öffentlichen Realschulen und Gymnasien zurückstehen. Das Staatsministerium behält sich vor, Mindestlehrpläne verbindlich vorzuschreiben.

...

5. Schulleiter und Lehrpersonal

5.1 Schulleiter und Lehrer müssen die nach Art. 72 BayEUG vorgeschriebenen Befähigungen für den Unterricht besitzen. Soweit Lehrer in Fächern verwendet werden, für die sie die Befähigung für das Lehramt an Gymnasien erworben haben, dürfen sie verwendet werden, wenn dies dem Staatsministerium für Unterricht, Kultus, Wissenschaft und Kunst unter Vorlage der notwendigen Unterlagen vorher angezeigt worden ist. Im übrigen dürfen Lehrer nur verwendet werden, wenn dies vorher durch das Staatsministerium für Unterricht, Kultus, Wissenschaft und Kunst genehmigt worden ist.

...

8. Sonstiges

Wesentliche Änderungen in den Verhältnissen, die dieser Genehmigung zugrunde liegen, d.h. insbesondere jede Änderung im Lehrpersonal und Änderungen in den räumlichen Verhältnissen, bedürfen einer gesonderten schulaufsichtlichen Genehmigung (Art. 77 Abs. 1 BayEUG); bei der Einstellung von Lehrern, die für die jeweilige Schulart voll ausgebildet sind, genügt die Anzeige. Klassenlehrer für die Jahrgangsstufen 5 mit 8 bedürfen stets einer schulaufsichtlichen Genehmigung.“

Im Juni 2017 veröffentlichte der Beklagte eine Stellenausschreibung mit folgendem Inhalt:

3

**„Die Freie Waldorfschule W**

ist eine 20 Jahre junge Schule mit den Klassen 1-13, einem angeschlossenen Kindergarten und Hort in einer reizvollen Umgebung vor den Toren N.

**Wir suchen:**

- **Klassenlehrer/in** (m/w)
- Fachlehrer/in **Mathe/Physik** (m/w) (volles Deputat und Teildeputat)
- Fachlehrer/in **Englisch** (Ober- und Unterstufe) (m/w) (Teildeputat)
- Fachlehrer/in **Biologie/Chemie/Geographie** (m/w) (Teildeputat)
- Fachlehrerin **Sport** (w)

- Fachlehrer/in **Technologie** 11. Kl. (m/w)  
(4 Stunden)
- Fachlehrer/in **Eurythmie** (m/w) (6-9 Stunden)

Auch die Fächer in anderen Kombinationen möglich.

...“

Unter den Parteien ist unstrittig, dass der Beklagte mit der Stellenausschreibung eine Sportlehrkraft für die Mädchen der Jahrgangsstufen 5 bis 12 suchte. 4

Der Kläger, ein ausgebildeter Sportlehrer mit mehrjähriger Berufserfahrung, bewarb sich per E-Mail vom 13. Juni 2017 auf die Stellenausschreibung. 5

Der Beklagte beantwortete diese Bewerbung mit E-Mail vom 19. Juni 2017 wie folgt: 6

„Sehr geehrter Herr C,  
leider suchen wir eine weibliche Sportlehrkraft für die Mädchen der Oberstufe.  
Mit freundlichem Gruß  
W (Personalkreis)“

Nachdem der Kläger mit Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 26. Juni 2017 vom Beklagten die Zahlung einer Entschädigung gefordert hatte, wies dieser den vom Kläger geltend gemachten Anspruch durch Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 30. Juni 2017 zurück. In diesem Schreiben heißt es ua.: 7

„Unzutreffend ist Ihre Behauptung, unsere Mandantschaft habe gegen das AGG verstoßen.

Der Lehrplan schreibt ausdrücklich vor: ‚Basissportunterricht wird in nach Geschlechtern getrennten Sportklassen unterrichtet. Mädchen werden von weiblichen Sportlehrkräften, Jungen von männlichen Sportlehrkräften unterrichtet‘.

Es handelt sich also um eine zulässige unterschiedliche Behandlung wegen beruflicher Anforderungen i.S.d. § 8 Abs. 1 AGG. Die Forderung Ihres Mandanten entbehrt somit jeder Grundlage.“

Der zum Zeitpunkt des Bewerbungsverfahrens gültige Lehrplan des Bayerischen Staatsministeriums für Unterricht und Kultus im Fach Sport (im Folgenden Lehrplan PLUS) enthält auszugsweise folgende Regelungen:

**„Lehrplan PLUS**

**Sport**

**1 Selbstverständnis des Faches Sport und sein Beitrag zur Bildung**

**Hinweise zum Unterricht**

Der Sportunterricht wird in den Jahrgangsstufen 5 mit 10 als *Basissportunterricht (BSU)* erteilt. Über zwei Wochenstunden BSU hinausgehender Sportunterricht kann als BSU oder *Differenzierter Sportunterricht (DSU)* erteilt werden. Basissportunterricht wird in nach Geschlechtern getrennten Sportklassen unterrichtet. Mädchen werden von weiblichen Sportlehrkräften, Jungen von männlichen Sportlehrkräften unterrichtet.

Der *Differenzierte Sportunterricht* trägt zur Vertiefung erworbener Kompetenzen aus dem *Basissportunterricht* bzw. dem Erwerb neuer sportartspezifischer Kompetenzen bei (s. gesonderter Lehrplan). Er wird je nach Ausstattung der Schule und fachlicher Qualifikation der Lehrkraft in sportartspezifischen Interessengruppen erteilt. In dafür geeigneten Sportarten kann der DSU insbesondere unter Berücksichtigung der besonderen Belange eines nicht geschlechtsspezifisch erteilten Sportunterrichts und der Leistungsvoraussetzungen der Schülerinnen und Schüler koedukativ erteilt werden. Die Entscheidung hierüber trifft die Schulleiterin/der Schulleiter.“

In dem an die Lehrkräfte für das Fach Sport gerichteten „Kontaktbrief 2010“ des Staatsinstituts für Schulqualität und Bildungsforschung vom September 2010 (im Folgenden Kontaktbrief 2010), mit dem ein Überblick über die wichtigsten Regelungen zum koedukativen Sportunterricht an Gymnasien gegeben wurde, heißt es ua.:

**„1.1 Geschlechtsspezifische Erteilung des Basissportunterrichts**

Der gymnasiale Fachlehrplan Sport schreibt vor, dass der Basissportunterricht (BSU) geschlechtsspezifisch erteilt wird. Das heißt zweierlei: Zum einen müssen die Schülerinnen und Schüler in nach Geschlechtern getrennten Sportklassen unterrichtet werden. Zum anderen werden

Mädchensportklassen von weiblichen und Jungensportklassen von männlichen Sportlehrkräften unterrichtet.

### **1.2 Ausnahmegenehmigungen durch das StMUK auf Antrag der Schule für die Jahrgangsstufen 5 und 6**

Sieht sich eine Schule vor die Situation gestellt, die durch den Fachlehrplan Sport gesetzte Prämisse einer geschlechtsspezifischen Erteilung nicht umsetzen zu können, kann das Staatsministerium zeitlich befristete Ausnahmegenehmigungen erteilen, in der Regel für ein Schuljahr. Diese sind auf die Jahrgangsstufen 5 und 6 beschränkt. In den Genehmigungsschreiben für die Erteilung koedukativen Sportunterrichts weist das Staatsministerium insbesondere darauf hin, dass die Belange eines nicht geschlechtsspezifisch erteilten Sportunterrichts, z.B. Aufsichtsführung in den Umkleiden oder Hilfestellung beim Gerätturnen, zu beachten und die Eltern über die koedukative Erteilung des Basissportunterrichts zu informieren sind.

Die Genehmigung, dass männliche Sportlehrkräfte Mädchensportklassen oder weibliche Sportlehrkräfte Jungensportklassen zeitlich befristet unterrichten dürfen, knüpft das Staatsministerium an das Einvernehmen mit den Eltern.

### **1.3 Jahrgangsstufen 11 und 12**

In den Jahrgangsstufen 11 und 12 wird der Unterricht in den sportlichen Handlungsfeldern Basketball, Fußball, Handball, Gerätturnen in der Regel nicht koedukativ erteilt. Der Schulleiter kann in begründeten Fällen Ausnahmegenehmigungen erteilen (vgl. dazu KMBek ‚Durchführung des Sportunterrichts in den Jahrgangsstufen 11 und 12‘).

### **1.4 Koedukative Erteilung des Differenzierten Sportunterrichts**

Der Differenzierte Sportunterricht (DSU) kann mit Ausnahme der Sportarten Basketball, Eishockey, Fußball, Handball und Hockey in der Regel koedukativ durchgeführt werden. Bei Judo, Ringen und Selbstverteidigung ist innerhalb der Interessengruppen nach Geschlechtern zu trennen.

### **1.5 Verpflichtende 3. Sportstunde im achtjährigen Gymnasium wahlweise als BSU oder DSU**

Die in den Stundentafeln des achtjährigen Gymnasiums verpflichtend verankerte 3. Sportstunde kann wahlweise als BSU oder DSU angeboten werden. Der DSU kann dabei wie üblich auch jahrgangsstufenübergreifend eingerichtet werden.

### **1.6 Formlose Antragstellung der Schule:**

Anträge der Schule, den BSU zeitlich befristet nicht geschlechtsspezifisch zu erteilen, sind formlos auf dem Dienstweg zu richten an

Bayerisches Staatsministerium für Unterricht und Kultus“

Im Juli 2018 bewarb sich der Kläger auf eine Stelle als Sportlehrkraft bei einem anderen Betreiber einer privaten Waldorfschule. Nachdem auch diese Schule ihm eine Absage mit der Begründung erteilt hatte, dass eine weibliche Lehrkraft für das Fach Sport gesucht werde, machte der Kläger auch dieser Schule gegenüber einen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung - letztlich auch gerichtlich - geltend. 10

Mit seiner am 4. Juli 2017 beim Arbeitsgericht eingegangenen und dem Beklagten am 11. Juli 2017 zugestellten Klage hat der Kläger sein Begehren auf Zahlung einer Entschädigung gegenüber dem Beklagten weiterverfolgt. 11

Er hat die Auffassung vertreten, der Beklagte habe ihn im Auswahl-/ Stellenbesetzungsverfahren entgegen den Vorgaben des AGG wegen seines Geschlechts benachteiligt und sei ihm deshalb zur Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG verpflichtet. Er sei durch die Absage unmittelbar wegen seines Geschlechts benachteiligt worden; diese unmittelbare Benachteiligung sei nicht ausnahmsweise nach § 8 Abs. 1 AGG zulässig. Für die Tätigkeit als Sportlehrkraft sei die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Geschlecht keine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung. Dies gelte auch für eine männliche Lehrkraft bei der Unterrichtung von Mädchen im Fach Sport. Soweit Hilfestellungen einen Körperkontakt zwischen Lehrkraft und Schülerin erforderten, erfolge dieser allenfalls im Schulter- und Armbereich. Das Betreten einer 12



Umkleidekabine aus Gründen der Aufsichtspflicht sei eine absolute Ausnahme und dann durch Anklopfen so ankündbar, dass Gelegenheit zum Ankleiden bleibe und das Schamgefühl von Schülerinnen und Schülern nicht verletzt werde. Zu berücksichtigen sei zudem, dass auch bei einer Lehrkraft desselben Geschlechts eine Berührung bzw. das Antreffen in nicht vollständiger Bekleidung bei Schülerinnen und Schülern Unbehagen auslösen könne. Auf den Lehrplan PLUS könne der Beklagte sich nicht mit Erfolg berufen. Dieser Lehrplan verstoße gegen das Diskriminierungsverbot des AGG und beinhalte einen unzulässigen Eingriff in sein Grundrecht auf Berufsfreiheit.

Bei der Bemessung der Entschädigung sei zu berücksichtigen, dass der Beklagte einem vollzeitbeschäftigten Sportlehrer in Anlehnung an den Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) eine monatliche Bruttovergütung iHv. ca. 4.500,00 Euro zahle. Der Beklagte habe - wie sich aus der Stellenausschreibung ergebe - eine Lehrkraft für das Fach Sport in Vollzeit gesucht.

Der Kläger hat zuletzt sinngemäß beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an ihn eine angemessene Entschädigung, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, die aber einen Betrag iHv. 13.500,00 Euro nicht unterschreiten sollte, zuzüglich Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er hat die Auffassung vertreten, er habe den Kläger nicht entgegen den Vorgaben des AGG wegen seines Geschlechts benachteiligt. Er sei an die Vorgaben des Lehrplans PLUS, der den Maßgaben des AGG vorgehe, gebunden und hätte daher den Kläger nicht als Sportlehrkraft für Mädchensportklassen einstellen dürfen. Er müsse sich den Einsatz jeder Lehrkraft vom Bayerischen Staatsministerium für Unterricht und Kultus genehmigen lassen. Für einen Einsatz des Klägers im Fach „Sport weiblich“ hätte er keine Genehmigung erhalten, was die abschlägige Antwort des Ministeriums auf seine nachträgliche Anfrage belege. Im Übrigen hätte er mit einer Einstellung des Klägers als Sportlehrkraft für Mädchenklassen den Widerruf der Genehmigung zum Betrieb der Schule bzw. den Wegfall staat-

licher Zuschüsse zur Finanzierung der Stelle riskiert. Desungeachtet sei für die zu besetzende Stelle die Zugehörigkeit zum weiblichen Geschlecht eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung iSv. § 8 Abs. 1 AGG. Das Schamgefühl der Schülerinnen könne beeinträchtigt werden, wenn es zu Berührungen mit einer männlichen Lehrkraft im Rahmen von Hilfestellungen beim Sportunterricht komme oder diese die Umkleieräume aufsuchen müsse, ohne sich vorher ankündigen zu können, was jederzeit erforderlich sein könne. Im Übrigen sei das Entschädigungsverlangen des Klägers dem durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwand ausgesetzt. Der Kläger habe sich bei ihm nicht mit dem Ziel einer Einstellung beworben, vielmehr sei es ihm nur darum gegangen, eine Entschädigung zu erhalten. Das zeige sich an der weiteren Entschädigungsklage, die der Kläger gegen eine andere Waldorfschule erhoben habe.

Bei der Höhe einer etwa doch zu zahlenden Entschädigung sei zu berücksichtigen, dass es sich bei der ausgeschriebenen Stelle, auf die der Kläger sich beworben habe, nicht um eine Vollzeitstelle gehandelt habe. Nachdem der Beklagte dazu zunächst vorgetragen hatte, es habe sich um eine Teilzeitstelle mit einem - gegenüber einer Vollzeitbeschäftigung mit 24 Wochenstunden - reduzierten Unterrichtsdeputat von 15 Wochenstunden zu einem Bruttomonatsentgelt iHv. 1.719,90 Euro gehandelt, hat er später ausgeführt, dass es eigentlich nur um 8 Stunden für den Sportunterricht zu einem Bruttomonatsentgelt iHv. 917,28 Euro gegangen sei, die weiteren 7 Stunden seien für ein anderes Fach vorgesehen gewesen. In der Stellenausschreibung habe man kein exaktes Stundenkontingent angegeben in der Hoffnung auf die Bewerbung einer Lehrkraft, die neben dem Fach Sport auch ein weiteres in der Stellenausschreibung aufgeführtes Fach unterrichten könne.

16

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

17

## Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision des Klägers ist begründet. Das Landesarbeitsgericht durfte die Berufung des Klägers nicht zurückweisen. Die zulässige Klage ist dem Grunde nach begründet. Der Kläger hat einen Anspruch gegen den Beklagten auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG. Aufgrund der vom Landesarbeitsgericht bislang getroffenen Feststellungen kann der Senat allerdings nicht abschließend beurteilen, in welcher Höhe die Klage begründet ist; den Parteien ist zudem Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag zu geben. Dies führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). 18

A. Die auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG gerichtete Klage ist zulässig, insbesondere ist der Klageantrag hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Der Kläger durfte die Höhe der von ihm begehrten Entschädigung in das Ermessen des Gerichts stellen. 19

§ 15 Abs. 2 Satz 1 AGG räumt dem Gericht bei der Höhe der Entschädigung einen Beurteilungsspielraum ein, weshalb eine Bezifferung des Zahlungsantrags nicht notwendig ist. Der Kläger hat auch Tatsachen benannt, die das Gericht bei der Bestimmung der Höhe der Entschädigung heranziehen soll und die Größenordnung der geltend gemachten Forderung angeben (*zu den Anforderungen an die Bestimmtheit des Klageantrags: vgl. etwa BAG 14. November 2013 - 8 AZR 997/12 - Rn. 16; 13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 - Rn. 16*). Insoweit geht er davon aus, dass der von ihm mit 13.500,00 Euro bezifferte Mindestbetrag drei auf der Stelle erzielbaren Bruttomonatsgehältern entspricht. 20

B. Die Klage ist dem Grunde nach begründet. Der Kläger hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG. Der persönliche Anwendungsbereich des AGG ist eröffnet. Der Kläger hat den Entschädigungsanspruch auch frist- und formgerecht geltend gemacht 21

und eingeklagt. Der Beklagte hat den Kläger unmittelbar iSv. § 3 Abs. 1 AGG wegen seines Geschlechts benachteiligt. Entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts war diese Benachteiligung nicht ausnahmsweise nach § 8 Abs. 1 AGG zulässig. Dem Anspruch des Klägers steht auch nicht der durchgreifende Rechtsmissbrauchseinwand entgegen.

I. Der persönliche Anwendungsbereich des AGG ist eröffnet. Für den Kläger ergibt sich dies aus § 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AGG. Der Kläger ist als Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis Beschäftigter iSd. AGG (§ 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AGG). Dies folgt bereits aus dem Umstand, dass er eine Bewerbung eingereicht hat. § 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AGG enthält einen formalen Bewerberbegriff. Wie der Senat mehrfach ausgeführt hat, kommt es insoweit auf eine „subjektive Ernsthaftigkeit der Bewerbung“ nicht an (*vgl. näher ua. BAG 19. Mai 2016 - 8 AZR 470/14 - Rn. 62, BAGE 155, 149*). Der Beklagte ist Arbeitgeber iSv. § 6 Abs. 2 AGG. 22

II. Der Kläger hat den Entschädigungsanspruch auch frist- und formgerecht geltend gemacht und eingeklagt (§ 15 Abs. 4 AGG, § 61b Abs. 1 ArbGG). 23

Der Kläger hat nach der „Ablehnung durch den Arbeitgeber“ iSv. § 15 Abs. 4 Satz 2 AGG (*dazu BAG 29. Juni 2017 - 8 AZR 402/15 - Rn. 20, BAGE 159, 334*) vom 19. Juni 2017 seinen Entschädigungsanspruch gegenüber dem Beklagten mit Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 26. Juni 2017 frist- und formgerecht geltend gemacht. Seine am 4. Juli 2017 beim Arbeitsgericht eingegangene und dem Beklagten am 11. Juli 2017 zugestellte Klage wahrt die Frist des § 61b Abs. 1 ArbGG. 24

III. Der Beklagte hat den Kläger unmittelbar wegen seines Geschlechts benachteiligt. 25

1. Der Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG setzt einen Verstoß gegen das in § 7 Abs. 1 AGG geregelte Benachteiligungsverbot voraus, wobei § 7 Abs. 1 AGG ua. sowohl unmittelbare als auch mittelbare Benachteiligungen (§ 3 Abs. 1 und Abs. 2 AGG) verbietet. Das Benachteiligungsverbot in § 7 Abs. 1 AGG untersagt im Anwendungsbereich dieses Gesetzes 26

eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, ua. wegen des Geschlechts.

2. Der Beklagte hat den Kläger - wie das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen hat - unmittelbar iSv. § 3 Abs. 1 AGG benachteiligt. 27

a) Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Wie der Begriff „erfahren würde“ verdeutlicht, muss nach dieser Bestimmung die Vergleichsperson nicht eine reale, sondern kann auch eine fiktive bzw. hypothetische sein. 28

b) Vor diesem Hintergrund erfährt ein erfolgloser Bewerber - unabhängig davon, ob er bereits vorab aus dem Bewerbungs-/Stellenbesetzungsverfahren ausgeschieden wurde, ob es andere Bewerber für die Stelle gab und eine andere Bewerbung Erfolg hatte sowie unabhängig davon, ob die Stelle überhaupt besetzt wurde - stets eine unmittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG, weil er eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Soweit der Senat in einigen seiner Entscheidungen ausgeführt hat, dass der erfolglose Bewerber eine ungünstigere Behandlung erfahren habe als die „letztlich eingestellte(n) Person(en)“ (vgl. ua. BAG 16. Mai 2019 - 8 AZR 315/18 - Rn. 15), folgt hieraus nichts Abweichendes. Diese Formulierung war ausschließlich dem Umstand geschuldet, dass es im zu entscheidenden Fall tatsächlich einen oder mehrere Mitbewerber gegeben hatte, deren Bewerbung(en) erfolgreich war(en). 29

c) Nach alledem wurde der Kläger dadurch, dass er von dem Beklagten nicht eingestellt wurde, unmittelbar iSv. § 3 Abs. 1 AGG benachteiligt. Darauf, ob die von dem Beklagten ausgewählte Bewerberin die Stelle angetreten hat, kommt es nicht an. 30

3. Der Kläger hat die unmittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG auch wegen seines Geschlechts erfahren. 31

Der Beklagte hatte dem Kläger eine Absage mit der Begründung erteilt, er suche eine weibliche Sportlehrkraft. Vor diesem Hintergrund steht der erforderliche Kausalzusammenhang zwischen der Benachteiligung und einem in § 1 AGG genannten Grund (*dazu ua. BAG 16. Mai 2019 - 8 AZR 315/18 - Rn. 18; 25. Oktober 2018 - 8 AZR 501/14 - Rn. 50, BAGE 164, 117; 23. November 2017 - 8 AZR 372/16 - Rn. 20 mwN*) - hier: dem Geschlecht - außer Frage und es kommt nicht mehr darauf an, ob Indizien iSv. § 22 AGG (*dazu ua. BAG 25. Oktober 2018 - 8 AZR 501/14 - Rn. 51 ff., aaO; 23. November 2017 - 8 AZR 372/16 - Rn. 21 ff.*) - beispielsweise die Formulierung in der Stellenausschreibung, mit der eine „Fachlehrerin“ Sport gesucht wurde - eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen oder ob der Beklagte eine etwa durch Indizien begründete Vermutung einer Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes widerlegt hat (*zur Frage einer Widerlegung vgl. etwa: BAG 25. Oktober 2018 - 8 AZR 501/14 - Rn. 104 ff., aaO; 11. August 2016 - 8 AZR 406/14 - Rn. 28 mwN; 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Rn. 58; 17. August 2010 - 9 AZR 839/08 - Rn. 45*).

IV. Entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts und der Rechtsauffassung des Beklagten war die unmittelbare Benachteiligung, die der Kläger wegen seines Geschlechts erfahren hat, nicht ausnahmsweise nach § 8 Abs. 1 AGG zulässig. 33

1. Nach § 8 Abs. 1 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zulässig, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist. 34

a) § 8 Abs. 1 AGG dient der Umsetzung von ua. Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie 2006/54/EG in das nationale Recht. Danach können die Mitgliedstaaten im Hinblick auf den Zugang zur Beschäftigung einschließlich der zu diesem Zweck erfolgenden Berufsbildung vorsehen, dass eine Ungleichbehandlung wegen eines geschlechtsbezogenen Merkmals keine Diskriminierung darstellt, wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätig- 35

keit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt.

b) Grundsätzlich kann eine unmittelbare Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts und dadurch bewirkte Diskriminierung nicht sachlich gerechtfertigt werden (vgl. zur st. Rspr. EuGH 7. Februar 2018 - C-142/17 und C-143/17 - [Maturi u.a.] Rn. 38 f.; 12. September 2013 - C-614/11 - [Kuso] Rn. 50 ff. zur Vorgänger-Richtlinie 76/207/EWG; 18. November 2010 - C-356/09 - [Kleist] Rn. 41 ff. zur Vorgänger-Richtlinie 76/207/EWG; EuArbRK/Mohr 3. Aufl. RL 2006/54/EG Art. 2 Rn. 6). Ausnahmen hiervon sind nur in den in bestimmten Rechtsvorschriften festgelegten Fällen unter den dort konkret beschriebenen Voraussetzungen möglich (vgl. etwa EuGH 6. März 2014 - C-595/12 - [Napolij] Rn. 41 mwN). Zu diesen Rechtsvorschriften gehört Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie 2006/54/EG, der mit § 8 Abs. 1 AGG in das nationale Recht umgesetzt wurde, wobei zu beachten ist, dass die Mitgliedstaaten die wesentliche Gleichheit zwischen Männern und Frauen zu gewährleisten haben, die die Richtlinie 2006/54/EG herbeiführen soll (EuGH 6. März 2014 - C-595/12 - [Napolij] Rn. 38).

c) § 8 Abs. 1 AGG ist unionsrechtskonform in Übereinstimmung mit der Richtlinie unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union eng auszulegen (EuGH 6. März 2014 - C-595/12 - [Napolij] Rn. 41 mwN; vgl. 11. Januar 2000 - C-285/98 - [Kreil] Rn. 20 mwN zu der teilweise gleichlautenden Vorgängerbestimmung in Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 76/207/EWG; 15. Mai 1986 - 222/84 - [Johnston] Rn. 36; zu § 8 Abs. 1 AGG als Umsetzung von Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG vgl. ua. BAG 11. August 2016 - 8 AZR 4/15 - Rn. 101, BAGE 156, 71).

aa) Danach kann nicht der Grund iSv. § 1 AGG, auf den die Ungleichbehandlung gestützt ist, sondern nur ein mit diesem Grund im Zusammenhang stehendes Merkmal eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellen (vgl. übertragbar zur Richtlinie 2000/78/EG etwa: EuGH 7. November 2019 - C-396/18 - [Cafaro] Rn. 59; 14. März 2017 - C-188/15 -

*[Bouagnaoui und ADDH] Rn. 37; 15. November 2016 - C-258/15 - [Salaberria Sorondo] Rn. 33; 13. November 2014 - C-416/13 - [Vital Pérez] Rn. 36; 13. September 2011 - C-447/09 - [Prigge ua.] Rn. 66; 12. Januar 2010 - C-229/08 - [Wolf] Rn. 35).*

bb) Ein solches Merkmal - oder sein Fehlen - ist zudem nur dann eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung iSd. § 8 Abs. 1 AGG, wenn davon die ordnungsgemäße Durchführung der Tätigkeit abhängt (vgl. etwa *EuGH 13. September 2011 - C-447/09 - [Prigge ua.] Rn. 66; 12. Januar 2010 - C-229/08 - [Wolf] Rn. 35 f.; BAG 11. August 2016 - 8 AZR 4/15 - Rn. 101, BAGE 156, 71 mwN*). Der Begriff „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ iSd. Antidiskriminierungsrichtlinien der Europäischen Union bezieht sich auf eine Anforderung, die von der Art der betreffenden beruflichen Tätigkeit oder den Bedingungen ihrer Ausübung objektiv vorgegeben ist. Er kann sich hingegen nicht auf subjektive Erwägungen erstrecken (*insoweit übertragbar zu Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG: EuGH 14. März 2017 - C-188/15 - [Bouagnaoui und ADDH] Rn. 40*), die nicht durch entsprechende objektive Analysen belegt sind. Es muss ein direkter, objektiv überprüfbarer Zusammenhang zwischen der vom Arbeitgeber aufgestellten beruflichen Anforderung und der fraglichen Tätigkeit bestehen (*EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 63; dazu BAG 25. Oktober 2018 - 8 AZR 501/14 - Rn. 65, BAGE 164, 117*). Dabei ist es nicht entscheidend, wenn einige der Aufgaben nicht das Vorhandensein des betreffenden Merkmals erfordern (vgl. *EuGH 13. November 2014 - C-416/13 - [Vital Pérez] Rn. 39*).

39

cc) Im Übrigen wirkt sich aus, dass bei der Festlegung der Reichweite einer Ausnahme von einem Grundrecht wie dem auf Gleichbehandlung zudem der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist, der zu den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts gehört. Danach dürfen Ausnahmen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des verfolgten Zieles angemessen und erforderlich ist (*EuGH 11. Januar 2000 - C-285/98 - [Kreil] Rn. 23*). Aus diesem Grund muss die berufliche Anforderung über den Wortlaut von Art. 14 Abs. 2

40



der Richtlinie 2006/54/EG hinaus nicht nur angemessen, sondern auch erforderlich sein.

d) § 8 Abs. 1 AGG enthält eine für den Arbeitgeber günstige Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot der Diskriminierung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, hier des Geschlechts (vgl. etwa BAG 11. August 2016 - 8 AZR 4/15 - Rn. 99, BAGE 156, 71; zur Richtlinie 2006/54/EG vgl. etwa EuGH 6. März 2014 - C-595/12 - [Napolj] Rn. 41 mwN; 26. Oktober 1999 - C-273/97 - [Sirdar] Rn. 23), weshalb den Arbeitgeber - hier den Beklagten - bereits nach den allgemeinen Regeln des nationalen Rechts die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der in dieser Bestimmung enthaltenen Voraussetzungen trifft (vgl. etwa BAG 11. August 2016 - 8 AZR 4/15 - aaO; vgl. auch Art. 19 der Richtlinie 2006/54/EG; vgl. im Zusammenhang verschiedener Antidiskriminierungsrichtlinien: EuGH 16. Juli 2015 - C-83/14 - [CHEZ Razpredelenie Bulgaria] Rn. 85; 25. April 2013 - C-81/12 - [Asociația Accept] Rn. 55 mwN; 21. Juli 2011 - C-159/10, C-160/10 - [Fuchs und Köhler] Rn. 78; 10. Juli 2008 - C-54/07 - [Feryn] Rn. 32). Er hat im Licht der tatsächlichen Umstände des Einzelfalls darzutun, dass sich die geltend gemachte Anforderung tatsächlich als notwendig erweist (vgl. EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 67).

2. Entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts und der Rechtsauffassung des Beklagten war die unmittelbare Benachteiligung des Klägers wegen seines Geschlechts nicht ausnahmsweise nach § 8 Abs. 1 AGG zulässig. Der Beklagte hat nicht dargetan, dass für die streitgegenständliche Stelle ein geschlechtsbezogenes Merkmal aufgrund der Art der Sportlehrertätigkeit an seiner Schule oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende sowie angemessene und erforderliche berufliche Anforderung iSv. § 8 Abs. 1 AGG darstellt.

a) Wie unter Rn. 38 f. ausgeführt, kann ein „geschlechtsbezogenes Merkmal“, dh. ein mit dem Grund „Geschlecht“ im Zusammenhang stehendes Merkmal, nur dann eine „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ nach Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie 2006/54/EG und § 8 Abs. 1 AGG sein, wenn

es die spezifische Art der Tätigkeit bzw. die besonderen Bedingungen ihrer Ausübung betrifft (*EuGH 11. Januar 2000 - C-285/98 - [Kreil] Rn. 27; 30. Juni 1988 - 318/86 - [Kommission/Frankreich] Rn. 25*). Es muss zudem hinreichend durchschaubar und damit kontrollierbar sein (*EuGH 30. Juni 1988 - 318/86 - [Kommission/Frankreich] Rn. 25 ff.*).

b) Nicht geklärt ist in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union allerdings bislang, was unter einem „geschlechtsbezogenen Merkmal“ iSv. Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie 2006/54/EG konkret zu verstehen ist. Zwar finden sich in der Rechtsprechung des Gerichtshofs des Europäischen Union zur Richtlinie 2006/54/EG bzw. zur vorhergehenden Richtlinie 76/207/EWG, die mit ihrem Art. 2 Abs. 2 eine im Wesentlichen gleichlautende Bestimmung enthielt, einzelne Beispiele für Tätigkeiten, für die das „Geschlecht“ (in Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 76/207/EWG fehlte die heute ausdrücklich vorhandene Unterscheidung zwischen „Grund“ und „Merkmal“) für bestimmte Beschäftigungsverhältnisse als eine „unabdingbare Voraussetzung“ iSd. Bestimmung angesehen wurde (*vgl. insbesondere EuGH 26. Oktober 1999 - C-273/97 - [Sirdar] Rn. 23; 30. Juni 1988 - 318/86 - [Kommission/Frankreich]; 15. Mai 1986 - 222/84 - [Johnston]*). Die Rechtsprechung lässt jedoch bisher nicht erkennen, wie der Begriff „geschlechtsbezogenes Merkmal“ im Zusammenhang mit einer „wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung“ nach Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie 2006/54/EG näher zu verstehen ist. Nicht geklärt ist insbesondere, ob dazu nur bestimmte körperliche Merkmale gehören, wie etwa sog. primäre oder sekundäre Geschlechtsmerkmale, oder etwa auch bestimmte sog. tertiäre Geschlechtsmerkmale. Ungeklärt ist ferner, wie der Begriff „geschlechtsbezogenes Merkmal“ im Zusammenhang nichtbinärer Geschlechtsidentität zu verstehen ist, und ob auch andere Umstände von Bedeutung sein können, sofern sie in einem direkten Zusammenhang mit dem Geschlecht stehen, so zum Beispiel etwaige objektive Bedürfnisse oder Grundrechtspositionen von Betroffenen, etwa zu betreuender Schülerinnen (*zur grundgesetzlichen Gewährleistung der Glaubensfreiheit, Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG, im Zusammenhang koedukativ erteilten Sportunterrichts vgl. etwa BVerwG 25. August 1993 - 6 C 8/91 - BVerwGE 94, 82*).

44

c) Gleichwohl bedarf es für die Entscheidung des vorliegenden Falles nicht eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 Abs. 3 AEUV. Es kann im vorliegenden Verfahren dahinstehen, wie der Begriff „geschlechtsbezogenes Merkmal“ iSv. Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie 2006/54/EG und damit iSv. § 8 Abs. 1 AGG näher zu verstehen ist. Selbst bei einer - zugunsten des Beklagten unterstellten - weiten Auslegung hat der Beklagte nicht dargetan, dass die unmittelbare Benachteiligung des Klägers wegen des Geschlechts zulässig war. 45

aa) Der Beklagte kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, er sei an die Vorgaben des Lehrplans PLUS, der den Bestimmungen des AGG vorgehe, und damit verbunden an die Vorgaben des Kontaktbriefs 2010 gebunden, wonach der Basissportunterricht in nach Geschlechtern getrennten Sportklassen unterrichtet werde, wobei Mädchen von weiblichen Sportlehrkräften und Jungen von männlichen Sportlehrkräften unterrichtet würden. Es kann dahinstehen, ob der von der bayerischen Schulverwaltung erlassene Lehrplan PLUS insoweit den auch für ihn maßgeblichen Vorgaben des AGG gerecht wird, insbesondere, ob die durch ihn bewirkte unmittelbare Benachteiligung der Sportlehrkräfte wegen ihres Geschlechts nach § 8 Abs. 1 AGG zulässig ist. Der Beklagte, der eine private Schule betreibt, bei der es sich nach dem Bescheid des Bayerischen Staatsministeriums für Unterricht, Kultus, Wissenschaft und Kunst vom 4. August 1993 um eine genehmigte Ersatzschule handelt, ist an diesen Lehrplan nicht gebunden. Dies folgt aus den in Art. 90 BayEUG sowie Art. 92 Abs. 5 Satz 1 BayEUG getroffenen Regelungen, mit denen der bayerische Gesetzgeber die Vorgaben von Art. 7 GG sowie von Art. 134 der Verfassung des Freistaates Bayern in das einfache Gesetzesrecht umgesetzt hat. 46

(1) Nach Art. 90 BayEUG dienen private Schulen der Aufgabe, das öffentliche Schulwesen zu vervollständigen und zu bereichern. Sie sind im Rahmen der Gesetze frei in der Entscheidung über eine besondere pädagogische, religiöse oder weltanschauliche Prägung, über Lehr- und Erziehungsmethoden, über Lehrstoff und Formen der Unterrichtsorganisation. 47

Da die Frage, ob bzw. ggf. ab welcher Klasse der Sportunterricht monoedukativ oder koedukativ erteilt werden sollte, dh. ob die Schülerinnen und 48

Schüler nach Geschlechtern getrennt oder gemeinsam unterrichtet werden sollten, beispielsweise um eine gleichberechtigte Entwicklungsförderung von Mädchen und Jungen zu erreichen und Geschlechtergrenzen zu überwinden bzw. um Rücksicht auf die unterschiedliche Entwicklung von Schülerinnen und Schülern in der Adoleszenz zu nehmen, eine Frage der Sportpädagogik ist, die im Übrigen in der Wissenschaft unterschiedlich beantwortet wird (vgl. hierzu etwa *BVerwG 30. Januar 2013 - 6 C 6/12 - Rn. 32, BVerwGE 145, 333; OVG Berlin-Brandenburg 18. September 2013 - OVG 3 S 52.13 - Rn. 7 f.; VG Berlin 22. Mai 2014 - 3 K 515.13 - Rn. 22*), kann der Beklagte nach Art. 90 BayEUG nicht an den für die öffentlichen Schulen geltenden Lehrplan PLUS gebunden werden.

Dementsprechend verweist Art. 92 Abs. 5 BayEUG, nach dem für staatlich genehmigte Ersatzschulen einige der für öffentliche Schulen geltenden - enumerativ aufgeführten - Vorschriften Anwendung finden, gerade nicht auf Art. 45 Abs. 1 Satz 1 BayEUG, wonach die Grundlage für Unterricht und Erziehung an öffentlichen Schulen die Lehrpläne, Stundentafeln und sonstige Richtlinien sind. Folgerichtig enthält auch der Genehmigungsbescheid des Bayerischen Staatsministeriums für Unterricht, Kultus, Wissenschaft und Kunst vom 4. August 1993 keine dahin gehende Auflage, sondern bestimmt unter II.3. 3.2, dass der Unterricht nach den Lehrplänen der Waldorfschulen in Deutschland erfolgt.

49

(2) Der bayerische Gesetzgeber hat mit Art. 90 BayEUG und Art. 92 Abs. 5 Satz 1 BayEUG die Vorgaben von Art. 7 GG sowie von Art. 134 der Verfassung des Freistaates Bayern in das Landesrecht umgesetzt.

50

(a) Private Ersatzschulen - wie die vom Beklagten betriebene - unterfallen zwar der staatlichen Schulaufsicht iSv. Art. 7 Abs. 1 GG, allerdings ist die staatliche Schulhoheit aus Art. 7 Abs. 1 GG im Wirkungsbereich der Privatschulfreiheit nach Art. 7 Abs. 4 GG wenn auch nicht aufgehoben, so doch abgeschwächt (*BVerwG 11. April 2018 - 6 B 77/17 - Rn. 15 mwN; BVerfG 14. November 1969 - 1 BvL 24/64 - zu D I 1 der Gründe, BVerfGE 27, 195*).

51

(b) Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG gewährleistet unter Absage an ein staatliches Schulmonopol die Freiheit, Privatschulen zu errichten. Kennzeichnend für die Privatschule ist ein Unterricht eigener Prägung, insbesondere im Hinblick auf die Erziehungsziele, die weltanschauliche Basis, die Lehrmethode und die Lehrinhalte. Das Recht zur Errichtung von Privatschulen als Ersatz für öffentliche Schulen ist jedoch gemäß Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG durch den Vorbehalt staatlicher Genehmigung beschränkt (*vgl. etwa BVerwG 11. April 2018 - 6 B 77/17 - Rn. 15 mwN*). Private Schulen als Ersatz für öffentliche Schulen bedürfen der Genehmigung des Staates und unterstehen den Landesgesetzen (*Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG*). Die Genehmigung ist gemäß Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG - sowie nach Art. 134 Abs. 2 der Verfassung des Freistaates Bayern - zu erteilen, wenn die privaten Schulen in ihren Lehrzielen und Einrichtungen sowie in der wissenschaftlichen Ausbildung ihrer Lehrkräfte nicht hinter den öffentlichen Schulen zurückstehen und eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert wird. Ferner darf ein Versagungsgrund iSd. in Art. 7 Abs. 4 Satz 4 GG genannten ungenügenden Sicherung der wirtschaftlichen und rechtlichen Stellung der Lehrkräfte nicht bestehen. Die Erfüllung weiterer als der in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG aufgeführten schulbezogenen Genehmigungsvoraussetzungen dürfen dem privaten Schulträger weder durch das Landesrecht noch durch eine bestimmte Ausgestaltung der schulbehördlichen Genehmigungspraxis abverlangt werden (*vgl. etwa BVerwG 29. April 2019 - 6 B 141/18 - Rn. 26 mwN*).

52

(c) Der in Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG genannte Begriff der Lehrziele muss vor dem Hintergrund des Sinns und Zwecks der verfassungsrechtlichen Privatschulfreiheit ausgelegt werden. Danach ist der dem staatlichen Einfluss entzogene Bereich dadurch gekennzeichnet, dass in der Privatschule ein eigenverantwortlich geprägter und gestalteter Unterricht erteilt wird, insbesondere soweit er die Erziehungsziele, die weltanschauliche Basis, die Lehrmethode und die Lehrinhalte betrifft. Das in Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG für Ersatzschulen bestimmte Genehmigungserfordernis hat den Sinn, die Allgemeinheit vor unzureichenden Bildungseinrichtungen zu schützen. Deshalb kommt es darauf an, ob im Kern gleiche Kenntnisse und Fertigkeiten vermittelt werden, unbeschadet eines von

53

einer eigenen weltanschaulichen Basis aus eigenverantwortlich geprägten Unterrichts mit darauf abgestellten Lehrmethoden und Lehrinhalten. Insoweit wird keine Gleichartigkeit mit öffentlichen Schulen verlangt, sondern nur eine Gleichwertigkeit. Bezieht sich aber die Gestaltungsfreiheit der privaten Ersatzschule auf Lehrmethoden und Lehrinhalte bei anzustrebender Gleichwertigkeit des Bildungsabschlusses, muss sie auch nach eigenem pädagogischen Ermessen darüber entscheiden dürfen, auf welchem Wege und mit welchen Mitteln sie zu diesem Gesamtergebnis gelangt; eine strikte Bindung an die von der Schulverwaltung erlassenen Lehrpläne und Stundentafeln verbietet sich vor diesem Hintergrund (*vgl. etwa BVerwG 29. April 2019 - 6 B 141/18 - Rn. 27 mwN; 13. Dezember 2000 - 6 C 5/00 - Rn. 21, BVerwGE 112, 263*).

(aa) Die Freiheit der Methoden- und Formenwahl bildet die Essenz der Privatschulfreiheit. Diese Freiheit muss gerade auch als Freiheit der schulpädagogischen Beurteilung verstanden werden, um der grundrechtlichen Gewährleistung volle Wirksamkeit zu verschaffen. Der private Schulträger darf die Schulgestaltung daher grundsätzlich anhand derjenigen Annahmen über pädagogische Wirkungszusammenhänge vornehmen, die er selbst für fachlich überzeugend hält (*BVerwG 30. Januar 2013 - 6 C 6/12 - Rn. 27 f., BVerwGE 145, 333*). Dabei sind die Träger des Grundrechts der Privatschulfreiheit aus Art. 7 Abs. 4 GG, Art. 134 der Verfassung des Freistaates Bayern berechtigt, sich im Rahmen ihrer schulpädagogischen Beurteilung auch für Methoden und Organisationsformen zu entscheiden, die von den staatlich Verantwortlichen für den Bereich des öffentlichen Schulwesens bewusst verworfen werden (*vgl. BVerwG 30. Januar 2013 - 6 C 6/12 - Rn. 21, 28, 35, aaO; BayVGH 19. Februar 2013 - 7 B 12.2441 - Rn. 24*). Das ist für das Fach Sport und dessen ggf. geschlechtsspezifische Unterrichtung grundsätzlich nicht anders zu beurteilen als für andere Schulfächer.

54

(bb) Allerdings sind solche Methoden und Organisationsformen nicht mehr von der Privatschulfreiheit gedeckt, bei denen aufgrund eines im Wesentlichen gesicherten, in der Fachwelt weitgehend anerkannten wissenschaftlichen Erkenntnisstands davon auszugehen ist, dass ihre Eignung zur Verwirklichung

55

eines rechtlich bindenden Erziehungsziels in unvertretbar hohem Maße geringer ausfällt als diejenige der im öffentlichen Schulwesen gebräuchlichen Methoden und Organisationsformen. Ist ein derartiger Grad an objektivierter Gewissheit darüber erreicht, dass der private Schulträger sich mit seiner fachlichen Einschätzung nicht innerhalb der Bandbreite noch als vertretbar einzustufender Lehrmeinungen bewegt, muss den Belangen der staatlichen Schulhoheit und dem Schutz der Allgemeinheit vor unzureichenden Bildungseinrichtungen der Vorrang vor dem Bestimmungsrecht des privaten Schulträgers eingeräumt werden (*BVerwG 30. Januar 2013 - 6 C 6/12 - Rn. 29, BVerwGE 145, 333*). Diese Grenze ist beispielsweise nicht erreicht, wenn die Privatschule eine monoedukative Ausrichtung wählt, also ausschließlich Mädchen bzw. ausschließlich Jungen aufnimmt (*vgl. BVerwG 30. Januar 2013 - 6 C 6/12 - Rn. 31, aaO*). In solch einem Fall darf eine Schulbehörde die ordnungsgemäß beantragte Genehmigung einer Privatschule als Ersatzschule nicht allein wegen ihrer monoedukativen Ausrichtung versagen (*BVerwG 30. Januar 2013 - 6 C 6/12 - Rn. 31 ff., aaO*).

(cc) Die von der Privatschulfreiheit umfasste Freiheit der Methoden- und Formenwahl führt angesichts der in der Wissenschaft kontrovers diskutierten Frage, ob Schul(sport)unterricht bevorzugt koedukativ oder monoedukativ durchgeführt werden sollte (*vgl. ua. Heim/Sohnsmeyer Sportunterricht - Ein Überblick über die jüngere empirische Forschung, Sportunterricht 2016, 36, 38; zu weiteren Nachweisen zu dieser Diskussion: vgl. BVerwG 30. Januar 2013 - 6 C 6/12 - Rn. 32, BVerwGE 145, 333; OVG Berlin-Brandenburg 18. September 2013 - OVG 3 S 52.13 - Rn. 6 f., 9; VG Berlin 22. Mai 2014 - 3 K 515.13 - Rn. 22*), dazu, dass die privaten Schulen grundsätzlich frei darin sind, den Unterricht im Allgemeinen wie auch den Sportunterricht im Besonderen koedukativ oder monoedukativ auszugestalten. Aus diesem Grund können ihnen auch nicht mittels staatlicher Lehrpläne Vorgaben betreffend das Geschlecht der (Sport)Lehrkraft im Verhältnis zum Geschlecht der Schüler und Schülerinnen gemacht werden. Dass es auch insoweit keinen im Wesentlichen gesicherten, in der Fachwelt weitgehend anerkannten wissenschaftlichen Erkenntnisstand gibt, wonach die eine oder andere Ausgestaltung des Sportunter-

56

richts in wissenschaftlicher Hinsicht eindeutig vorzugswürdig wäre, zeigt sich bereits daran, dass es in den Bundesländern keine einheitlichen Vorgaben gibt. Neben Bundesländern, in denen der Sportunterricht in der Regel koedukativ gestaltet wird - wie beispielsweise in Hessen (*vgl. ua. Hessisches Kultusministerium, Lehrplan Sport Gymnasialer Bildungsgang, Gymnasiale Oberstufe, 2010 S. 19*) oder Hamburg (*Bildungsplan Gymnasium, Sekundarstufe I Sport S. 17*) - und wo - damit einhergehend - zum Geschlecht der Sportlehrkraft keine Vorgaben gemacht werden, gibt es jedenfalls ein Bundesland - Bayern - mit Vorgaben zum monoedukativen Sportunterricht verbunden mit Vorgaben zum Geschlecht der jeweiligen Lehrkräfte.

(3) Dass für ihn ein den Sportunterricht betreffender Mindestlehrplan iSv. Art. 93 Satz 1 BayEUG iVm. II.3. 3.2 des Genehmigungsbescheids vom 4. August 1993 gilt, nach dem der Sportunterricht geschlechtsspezifisch zu erteilen wäre, hat der Beklagte nicht vorgetragen. Deshalb kann dahinstehen, ob und ggf. inwieweit eine solche Vorgabe mit Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG - und Art. 134 Abs. 2 der Verfassung des Freistaates Bayern - vereinbar wäre. 57

bb) Da der Beklagte als Betreiber einer genehmigten Ersatzschule nicht an die Vorgaben des Lehrplans PLUS gebunden ist, kann - entgegen seinem Vorbringen - der Fortbestand der Genehmigung zum Betrieb der Schule nicht - jedenfalls nicht rechtswirksam - von der Einhaltung des Lehrplans PLUS abhängig gemacht werden, weshalb er bei Nichtbefolgen der Vorgaben aus dem Lehrplan PLUS nicht den Widerruf der Genehmigung befürchten muss. Die Einhaltung des Lehrplans PLUS ist - wie Art. 92 Abs. 5 Satz 1 BayEUG bestätigt - keine Voraussetzung für die Erteilung der Genehmigung zum Betrieb der Ersatzschule. 58

cc) Der Beklagte kann sich zudem nicht mit Erfolg darauf berufen, dass ihm für einen Einsatz des Klägers auf der ausgeschriebenen Stelle entgegen den Vorgaben des Lehrplans PLUS keine Unterrichtsgenehmigung erteilt worden und die Stelle auch nicht refinanziert worden wäre. Es kann dahinstehen, ob der Beklagte für eine Einstellung des Klägers als Sportlehrer überhaupt einer Unterrichtsgenehmigung nach Art. 94 BayEUG bedurft hätte oder ob die Einstellung 59



nach Art. 99 Abs. 1 Satz 2 BayEUG iVm. II.8. des Genehmigungsbescheids lediglich anzeigepflichtig gewesen wäre, weil der Kläger für die Schulart voll ausgebildet war. Dem Beklagten hätte eine etwaig erforderliche Unterrichtsgenehmigung und Refinanzierung der Stelle nicht mit der Begründung versagt werden dürfen, dass der Kläger nach den Vorgaben des Lehrplans PLUS Mädchensportklassen nicht unterrichten dürfe. Auch im Rahmen eines etwa erforderlichen Anzeigeverfahrens hätte dieser Umstand demnach keine Rolle gespielt. Der Beklagte als genehmigte Ersatzschule ist - wie unter Rn. 50 ff. ausgeführt - aus verfassungsrechtlichen Gründen grundsätzlich nur an seine eigenen Lehrpläne und nicht an den Lehrplan PLUS gebunden. Dies berücksichtigt auch Art. 94 BayEUG, der den Vorgaben von Art. 7 GG sowie von Art. 134 der Verfassung des Freistaates Bayern entsprechend die Erteilung der Unterrichtsgenehmigung nicht davon abhängig macht, dass die Lehrkraft nicht entgegen den Vorgaben eines Lehrplans zum Einsatz kommt.

(1) Gemäß Art. 99 Abs. 1 Satz 1 BayEUG bedürfen wesentliche Änderungen in den Voraussetzungen für die Genehmigung der Schule (*Art. 92 BayEUG*) ihrerseits der Genehmigung. Zu diesen wesentlichen Änderungen im Sinne dieser Bestimmung gehört auch eine Änderung beim Lehrpersonal. Dieser Genehmigungsvorbehalt für die Einstellung von Lehrern an privaten Ersatzschulen ist mit höherrangigem Recht vereinbar (*vgl. etwa BayVGH 19. Februar 1997 - 7 B 95.3048 - zu II 2 a der Gründe*). 60

(2) Ob nach Art. 99 Abs. 1 Satz 1 BayEUG die Genehmigung für die Einstellung einer Lehrkraft zu erteilen ist, richtet sich nach den Vorgaben des Art. 94 BayEUG. Danach ist zum einen Voraussetzung, dass eine fachliche und pädagogische Ausbildung der Lehrkraft sowie Prüfungen nachgewiesen werden, die der Ausbildung und den Prüfungen der Lehrkräfte an den entsprechenden öffentlichen Schulen gleichartig sind oder ihnen im Wert gleichkommen (*Art. 94 Abs. 1 BayEUG*), wobei auf einen solchen Nachweis verzichtet werden kann, wenn die Eignung der Lehrkraft durch gleichwertige freie Leistungen nachgewiesen wird (*Art. 94 Abs. 2 BayEUG*). Zudem werden Anforderungen an die persönliche Eignung der Lehrkraft gestellt. Um Übergriffen einer Pri- 61

vatschullehrkraft gegenüber den ihr anvertrauten Schülerinnen und Schülern vorzubeugen, erstreckt sich die Prüfung von Privatschullehrkräften nach Art. 94 Abs. 1 Satz 2 BayEUG auch auf schwerwiegende, in der Person der Lehrkraft liegende Tatsachen, die einer unterrichtenden oder erzieherischen Tätigkeit (*Art. 59 Abs. 1 Satz 1 BayEUG*) entgegenstehen. Damit sollen beispielsweise einschlägig vorbestrafte Bewerber (insbesondere wegen Sexualstraftaten oder vorsätzlicher Körperverletzungsdelikten) von einer Lehrtätigkeit ausgeschlossen werden können. Weitere Voraussetzungen für die Erteilung der Unterrichtsge-  
nehmigung enthält Art. 94 BayEUG nicht.

dd) Der Beklagte hat auch im Übrigen nicht dargetan, dass die Vorausset- 62  
zungen von § 8 Abs. 1 AGG vorliegen. Er hat nicht dargetan, dass ein ge-  
schlechtsbezogenes Merkmal aufgrund der Art der Sportlehrertätigkeit oder der  
Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche  
Anforderung darstellt und dass es sich dabei um eine - an einem rechtmäßigen  
Zweck gemessen - angemessene und erforderliche Anforderung handelt.

(1) Allein aus dem Umstand, dass der Sportunterricht in der vom Beklagten 63  
betriebenen Schule teilweise monoedukativ in dem Sinne erteilt wird, dass die  
Schülerinnen und Schüler in nach Geschlechtern getrennten Sportklassen un-  
terrichtet werden, wofür es gute Gründe geben kann (*vgl. oben unter Rn. 56 die  
Nachweise zur kontroversen Diskussion*), folgt nicht, dass dieser Sportunterricht  
auch „geschlechtsspezifisch“ bezogen auf die Lehrkräfte durchgeführt werden  
müsste, dh. dass Mädchen nur von weiblichen Sportlehrkräften und Jungen nur  
von männlichen Sportlehrkräften unterrichtet werden könnten. Sowohl weibliche  
als auch männliche Sportlehrkräfte sind dafür ausgebildet, sowohl Mädchen als  
auch Jungen im Fach Sport zu unterrichten.

(2) Auch aus dem Umstand, dass der Sportunterricht mit einer gewissen 64  
„Körperlichkeit“ in dem Sinne verbunden ist, dass es bei Hilfestellungen durch  
die Sportlehrkraft zu Berührungen der Schülerinnen und Schüler kommen kann,  
ergibt sich - für sich betrachtet - nichts für eine ausnahmsweise Zulässigkeit der  
unmittelbaren Benachteiligung des Klägers wegen seines Geschlechts. Die  
Körperlichkeit in diesem Sinne ist der Tätigkeit der Sportlehrkraft immanent.

Dies gilt allerdings unterschiedslos für jedes Geschlecht, mithin für das weibliche, das männliche und für ein drittes Geschlecht gleichermaßen. Zudem lernen Sportlehrkräfte während der Lehrerausbildung den richtigen Umgang bei Hilfestellungen. Auch kann der Beklagte als privater Schulbetreiber seine Lehrkräfte entsprechend fortbilden.

(3) Der Beklagte dringt schließlich auch nicht mit seinem Argument durch, für die zu besetzende Stelle sei eine männliche Sportlehrkraft nicht in Betracht gekommen, weil nur so verhindert werden könne, dass das Schamgefühl der Mädchen verletzt werde, wenn es zu Berührungen mit einer männlichen Lehrkraft im Rahmen von Hilfestellungen beim Sportunterricht komme oder diese die Umkleieräume aufsuchen müsse, ohne sich vorher ankündigen zu können, was jederzeit erforderlich sein könne. 65

(a) Der Beklagte, den - wie unter Rn. 41 ausgeführt - insoweit die Darlegungs- und Beweislast trifft, hat schon nicht konkret dargetan, dass das Schamgefühl der Schülerinnen bei Hilfestellungen durch eine männliche Sportlehrkraft so beeinträchtigt wird, dass sich die unmittelbare Benachteiligung des Klägers wegen seines Geschlechts als zulässig nach § 8 Abs. 1 AGG erweist. Dies gilt auch dann, wenn zugunsten des Beklagten davon ausgegangen wird, dass - wie auch das Landesarbeitsgericht angenommen hat - Hilfestellungen im Sportunterricht beim Geräteturnen nicht auf den Schulter- und Armbereich beschränkt sind, sondern Berührungen auch am Gesäß erforderlich sein können. 66

(aa) Zwar hält der Senat es nicht für ausgeschlossen, dass es Fallgestaltungen geben kann, in denen besondere pädagogische Gründe oder geschlechtsbezogene (kulturelle) Besonderheiten oder andere objektive geschlechtsbezogene Umstände vorliegen, die es mit sich bringen, dass im monoedukativ erteilten Sportunterricht mit Rücksicht auf das Schamgefühl der Schülergruppen auch „geschlechtsspezifisch“ - wie unter Rn. 63 ausgeführt - unterrichtet wird. Dabei wäre allerdings zu berücksichtigen, dass sich der Begriff „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ iSv. Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie 2006/54/EG und iSv. § 8 Abs. 1 AGG - wie unter Rn. 39 ausgeführt - auf eine Anforderung bezieht, die von der Art der betreffenden beruflichen Tätigkeit oder 67

den Bedingungen ihrer Ausübung objektiv vorgegeben ist; er kann sich hingegen nicht auf subjektive Erwägungen erstrecken, die nicht durch entsprechende objektive Analysen belegt sind. Es muss vielmehr ein direkter, objektiv überprüfbarer Zusammenhang zwischen der vom Arbeitgeber aufgestellten beruflichen Anforderung und der fraglichen Tätigkeit bestehen.

(bb) Der Beklagte hat noch nicht einmal im Ansatz objektive Umstände bzw. Analysen dargetan, aus denen sich ergibt, dass das Schamgefühl der Mädchen bei lege artis durchgeführten Hilfestellungen durch eine männliche Sportlehrkraft überhaupt stärker beeinträchtigt wird, als dies bei Hilfestellungen durch eine weibliche Sportlehrkraft der Fall ist. Insoweit hat der Beklagte sich vielmehr auf bloße Annahmen bzw. Vermutungen beschränkt. Das reicht nicht aus. Daran ändert auch nichts, dass das Landesarbeitsgericht sich diesen Annahmen des Beklagten mit eigenen (bloßen) Annahmen angeschlossen hat. 68

(cc) Der Beklagte hat zudem nicht konkret dargetan, dass auf der streitgegenständlichen Stelle Sportarten unterrichtet werden, in denen relevante Hilfestellungen durch die Sportlehrkraft überhaupt erforderlich werden können. Die bloße Bezugnahme auf die Vorgaben des staatlichen Lehrplans ersetzt den insoweit erforderlichen Sachvortrag nicht. 69

(dd) Aber auch dann, wenn zugunsten des Beklagten davon ausgegangen wird, dass es sich bei der beruflichen Anforderung des Beklagten wegen des Erfordernisses der Hilfestellung um eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung iSv. Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie 2006/54/EG und § 8 Abs. 1 AGG handelt, und demnach der Zweck grundsätzlich als rechtmäßig angesehen werden könnte, führt dies nicht zu einer anderen Bewertung, denn es fehlt an jeglichem Vortrag des Beklagten zur Angemessenheit der Anforderung. 70

Der Beklagte hat weder dargetan, welche Sportlehrkräfte er zur Deckung welchen Bedarfs beschäftigt und dass ihm insoweit eine bedarfsgerechte Einsatzplanung durch eine entsprechende Umorganisation nicht möglich ist, noch hat er dazu vorgetragen, ob und mit welchem Ergebnis er geprüft hat, ob und ggf. welche fachdidaktischen Möglichkeiten nach dem aktuellen Stand der 71

Sportwissenschaft zum respektvollen Umgang - auch bezogen auf etwa bestehende Schamgefühle - bestehen und ob bzw. wie diese im Sportunterricht an der von ihm betriebenen Schule umgesetzt werden können. Der Beklagte hat zudem nicht dargetan, ob und ggf. inwiefern geeignete Schülerinnen und Schüler nach sachgerechter Anleitung zu gleichgeschlechtlichen Hilfestellungen und Sicherheitsmaßnahmen herangezogen werden können (*vgl. grundsätzlich zu dieser Möglichkeit ua. Niedersachsen, Erlass „Bestimmungen für den Schulsport“ in Kraft seit dem 1. September 2018, Unterpunkt 2.1.4*).

(b) Der Beklagte dringt auch nicht mit seinem Vorbringen durch, für die zu besetzende Stelle sei eine männliche Sportlehrkraft nicht in Betracht gekommen, weil nur so verhindert werden könne, dass das Schamgefühl der Mädchen verletzt werde, wenn die Sportlehrkraft die Umkleieräume aufsuchen müsse, ohne sich vorher ankündigen zu können, was jederzeit erforderlich sein könne.

72

Der Beklagte hat schon nicht dargetan, dass es einer männlichen Sportlehrkraft nicht möglich wäre, die Umkleieräume entweder erst dann zu betreten, wenn die Schülerinnen diese bereits verlassen haben oder sich zumindest vor einem aus objektiven Gründen erforderlichen Betreten der Umkleieräume durch entsprechendes Anklopfen anzukündigen, um den Schülerinnen Gelegenheit zum Ankleiden zu geben. Er hat auch nicht dargetan, dass und warum er sich außerstande sieht, den Sportlehrkräften eine entsprechende Anweisung zu erteilen. Dass in akuten Notfällen bei Gefahr für Leib oder Leben das Betreten der Umkleieräume von Schülerinnen durch jede anwesende und zur Hilfeleistung verpflichtete Person, darunter auch eine männliche Sportlehrkraft, unter erleichterten Bedingungen möglich sein und ggf. ein Recht von Schülerinnen, nicht in ihrem Schamgefühl verletzt zu werden, zeitweise zurücktreten muss, versteht sich von selbst. Nichts anderes gilt im Übrigen beim „geschlechtsspezifisch“ erteilten Sportunterricht im Hinblick auf das Schamgefühl von Schülern, sofern weibliche Sportlehrkräfte die Umkleieräume betreten müssen. Im Übrigen hat der Beklagte auch keine objektiven Umstände bzw. Analysen dargetan, aus denen sich anderes ergibt. Aus alledem folgt, dass der Beklagte auch aus dem Urteil des Senats vom 28. Mai 2009 (- 8 AZR 536/08 -

73

*BAGE 131, 86*), das im Übrigen einen nicht vergleichbaren Sachverhalt betraf, nichts zu seinen Gunsten ableiten kann.

Darüber hinaus ist das Vorbringen des Beklagten auch in sich nicht schlüssig. Auf der einen Seite beruft er sich - wie unter Rn. 15 ausgeführt - darauf, die berufliche Anforderung der Zugehörigkeit zum weiblichen Geschlecht sei deshalb erforderlich, weil die Sportlehrkraft im Rahmen der Ausübung ihrer Aufsichtspflicht, aber auch in Notfällen, die Umkleieräume der Schülerinnen betreten müsse. Auf der anderen Seite sieht sich der Beklagte an die Vorgaben des Lehrplans PLUS und des Kontaktbriefs 2010 gebunden, nach dem allerdings bereits der Differenzierte Sportunterricht in den Jahrgangsstufen 5 bis 10 mit Ausnahme bestimmter Sportarten in der Regel koedukativ und der Sportunterricht in den Jahrgangsstufen 11 und 12 nur in bestimmten sportlichen Handlungsfeldern nicht koedukativ erteilt werden kann. In all den Fällen des koedukativ durchgeführten Sportunterrichts kann es aber erforderlich werden, dass die Sportlehrkraft unter Umständen die Umkleieräume auch der Schülerinnen und Schüler des anderen Geschlechts betreten muss. Davon, dass bei Einhaltung des insoweit gebotenen Verfahrens das Schamgefühl der Schülerinnen oder Schüler in einer relevanten Weise beeinträchtigt werden könnte, gehen indes weder der Lehrplan PLUS noch der Kontaktbrief 2010 aus.

74

V. Dem Entschädigungsverlangen des Klägers steht - entgegen der Rechtsauffassung des Beklagten - nicht der durchgreifende rechtshindernde Einwand des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) entgegen (*zu den strengen Vorgaben vgl. BAG etwa 25. Oktober 2018 - 8 AZR 562/16 - Rn. 46 ff. mwN*). Der Beklagte, dem die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen obliegt, die den Einwand des Rechtsmissbrauchs begründen (*vgl. BAG 25. Oktober 2018 - 8 AZR 562/16 - Rn. 48 mwN*), kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, der Kläger habe sich bei ihm nicht mit dem Ziel einer Einstellung beworben, sondern ihm sei es nur darum gegangen, eine Entschädigung zu erhalten. Allein aus dem insoweit vom Beklagten angeführten Umstand, dass der Kläger sich auf eine von einer anderen Schule ausgeschriebene Stelle einer Sportlehrerin beworben und nach einer Absage ein auf Zahlung

75

einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG gerichtetes Klageverfahren geführt hat, kann nicht bereits auf Rechtsmissbrauch geschlossen werden (*vgl. ebenso BAG 19. Mai 2016 - 8 AZR 470/14 - Rn. 50, BAGE 155, 149, zu einer Vielzahl erfolgloser Bewerbungen und mehrerer Entschädigungsprozesse*).

C. Aufgrund der vom Landesarbeitsgericht bislang getroffenen Feststellungen kann der Senat nicht abschließend beurteilen, in welcher Höhe die Klage begründet ist; den Parteien ist zudem Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag zu geben. Dies führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Dafür gibt der Senat die folgenden Hinweise: 76

I. Bei der Beurteilung der angemessenen Höhe der festzusetzenden Entschädigung nach § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls wird das Landesarbeitsgericht zu beachten haben, dass die Entschädigung einen tatsächlichen und wirksamen rechtlichen Schutz gewährleisten muss. Die Härte der Sanktionen muss der Schwere des Verstoßes entsprechen, indem sie insbesondere eine wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber gewährleistet, zugleich aber den allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt (*EuGH 25. April 2013 - C-81/12 - [Asociația Accept] Rn. 63 mwN; BAG 26. Januar 2017 - 8 AZR 848/13 - Rn. 161*). Eine rein symbolische Entschädigung wird den Erfordernissen einer wirksamen Umsetzung der Richtlinie nicht gerecht (*EuGH 22. April 1997 - C-180/95 - [Draehmpaehl] Rn. 25; BAG 25. Oktober 2018 - 8 AZR 501/14 - Rn. 111, BAGE 164, 117*). 77

II. Das Landesarbeitsgericht wird zudem zu berücksichtigen haben, dass es sich bei der in § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG bestimmten Grenze, wonach die Entschädigung bei einer Nichteinstellung nach § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG drei Monatsgehälter nicht übersteigen darf, wenn der oder die Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre, was von dem Beklagten darzulegen und im Bestreitensfall zu beweisen wäre (*vgl. etwa BAG 11. August 2016 - 8 AZR 406/14 - Rn. 102*), um eine „Kappungsgrenze“ han- 78

delt, weshalb vom Tatsachenrichter zunächst die Höhe einer angemessenen und der Höhe nach nicht begrenzten Entschädigung zu ermitteln und diese dann, wenn sie drei Monatsentgelte übersteigen sollte, zu kappen ist (vgl. BAG 19. August 2010 - 8 AZR 530/09 - Rn. 66 mwN). Im Übrigen weist der Senat darauf hin, dass der Gerichtshof der Europäischen Union in seinem Urteil vom 22. April 1997 (- C-180/95 - [Draehmpaehl] Rn. 35) im Hinblick auf die Bestimmung einer angemessenen Entschädigung eine Anknüpfung an die auf der ausgeschriebenen Stelle zu erwartende Bruttomonatsvergütung grundsätzlich gebilligt hat.

1. Insoweit, dh. im Hinblick auf die Bestimmung der angemessenen Entschädigung, wird das Landesarbeitsgericht allerdings noch Feststellungen darüber zu treffen haben, ob es sich bei der ausgeschriebenen Stelle um eine Vollzeitstelle oder eine Teilzeitstelle - mit welchem Stundendeputat im Verhältnis zur Vollzeitstelle - handelte, was unter den Parteien streitig ist. In diesem Zusammenhang wird das Landesarbeitsgericht auch den Text der Ausschreibung zu würdigen haben. Dabei ist es entgegen der Auffassung des Beklagten allerdings nicht von Bedeutung, dass nach der Ausschreibung „die Fächer“ auch „in anderen Kombinationen möglich“ waren, und sich durch die Einstellung einer Lehrkraft auf deren kombinierte Bewerbung hin möglicherweise ergeben hätte, dass Sport nur in Teilzeit mit einem bestimmten Stundendeputat unterrichtet worden wäre. Entscheidend ist insoweit ausschließlich das Stundenkontingent, das sich bei einer Einstellung einer Lehrkraft ergeben hätte, die ausschließlich Sport unterrichtet.

79

2. Ebenso wird das Landesarbeitsgericht noch Feststellungen dazu zu treffen haben, welche Bruttomonatsvergütung der Kläger ungefähr verdient hätte, wenn er die ausgeschriebene Stelle als Sportlehrkraft erhalten hätte. Auch hierüber streiten die Parteien. Während der Kläger geltend gemacht hat, der Beklagte vergüte seine Beschäftigten in Anlehnung an den TV-L, weshalb er auf der ausgeschriebenen Stelle ein Bruttomonatsentgelt iHv. ca. 4.500,00 Euro erzielt hätte, hat der Beklagte verschiedene geringere Beträge errechnet, ohne dazu vorzutragen, nach welcher Entgeltordnung er seine Lehrkräfte überhaupt

80



vergütet und was sich daraus grundsätzlich für eine Sportlehrkraft ergibt. Das wird der Beklagte nachzuholen haben, wenn er dem Vorbringen des Klägers substantiiert entgegentreten will.

Schlewing

Winter

Vogelsang

Wein

Andreas Henniger