

**AGG: Nachtdienst im Mädcheninternat ist nichts für Männer**

Lehnt ein Arbeitgeber (hier ein staatliches Gymnasium, das für sein Mädcheninternat eine Erzieherin/Sportlehrerin/Sozialpädagogin suchte) einen männlichen Bewerber ab, so kann der keinen Schadenersatz wegen eines Verstoßes gegen das AGG verlangen (den er hier mit „mindestens 6.750 €“ geltend gemacht hatte). (Hier argumentierte die Schulleitung, er komme als Mann für die ausgeschriebene Stelle nicht in Frage, da in dem Mädcheninternat auch Nachtdienst zu leisten sei, der häufig auch in den Bereich der Schlafräume der Mädchen führe. Deshalb seien ausschließlich weibliche Bewerberinnen berücksichtigt worden. Unbedeutend sei, dass darauf in der Stellenausschreibung nicht hingewiesen worden sei. Der „Qualifikationsnachteil“ des Mannes beruhe auf biologischen Gründen, die ihm nicht mit einer „Entschädigung in Geld“ versilbert werden müssten. Es stehe dem Arbeitgeber grds. frei festzulegen, welche Arbeiten auf einem zu besetzenden Arbeitsplatz zu erbringen seien.

Quelle: Wolfgang Büser

**Benachteiligungsfreie Ablehnung eines männlichen Bewerbers auf Lehrerstelle in Mädcheninternat**

**Gericht:** BAG

**Entscheidungsform:** Urteil

**Datum:** 28.05.2009

**Referenz:** JurionRS 2009, 20756

**Aktenzeichen:** 8 AZR 536/08

**ECLI:** [keine Angabe]

**Verfahrensgang:**

vorgehend:

LAG Rheinland-Pfalz - 20.03.2008 - AZ: 2 Sa 51/08

**Rechtsgrundlagen:**

Art. 1 Abs. 1 GG

Art. 2 Abs. 1 GG

Art 3 Abs. 1 GG

Art. 12 Abs. 1 GG

Art. 14 GG

§ 1 AGG

§ 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG

§ 3 Abs. 1 AGG

§ 6 Abs. 1 S. 2 AGG

§ 7 Abs. 1 AGG

§ 8 Abs. 1 AGG

§ 15 Abs. 2 S. 1 AGG

§ 611a BGB a.F.

**Fundstellen:**

BAGE 131, 86 - 105

ArbRB 2009, 287-288

AuA 2009, 432

AuR 2009, 266-267

AuR 2009, 369

AUR 2009, 369

AUR 2009, 266-267

BB 2009, 1293

DSB 2009, 34

EzA-SD 19/2009, 4

FA 2009, 247 (Pressemitteilung)

FA 2009, 352

FA 2009, 360

JA 2010, 903-905

MDR 2009, 1397

NJW 2009, 3672-3678

NJW-Spezial 2009, 610

NZA 2009, 1016-1022

RDV 2009, 224

RdW 2009, 745-747

RiA 2010, 60-61

schnellbrief 2009, 8 (Pressemitteilung)

ZMV 2009, 216 (Pressemitteilung)

ZTR 2009, 592-596

ZTR 2009, 364 (Pressemitteilung)

---

**Orientierungssatz:**

1. Will der Schulträger eine Stelle nur mit einer Frau besetzen, weil die Tätigkeit auch mit Nachtdiensten in einem Mädcheninternat verbunden ist, wird ein männlicher Bewerber nicht unzulässig wegen seines Geschlechts benachteiligt, wenn er deshalb nicht in die Bewerberauswahl für die zu besetzende Betreuerstelle mit einbezogen wird. Die unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts ist in diesem Falle zulässig.

2. Die Gestaltung des Anforderungsprofils für einen zu besetzenden freien Arbeitsplatz unterliegt der unternehmerischen Handlungsfreiheit des Arbeitgebers. Auch ein öffentlicher Arbeitgeber darf im Rahmen seiner Organisationsgewalt die Dienstposten nach organisatorischen Bedürfnissen und Möglichkeiten einrichten und ausgestalten.

**Amtlicher Leitsatz:**

Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts ist zulässig, wenn das Geschlecht des Stelleninhabers eine wesentliche und entscheidende Anforderung iSd. § 8 Abs. 1 AGG darstellt.

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

beklagtes, berufungsklagendes und revisionbeklagtes Land,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28. Mai 2009 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter Brückmann und Dr. Volz für Recht erkannt:

**Tenor:**

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 20. März 2008 - 2 Sa 51/08 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

**Tatbestand**

- 1 Der Kläger verlangt von dem beklagten Land eine Entschädigung wegen eines Verstoßes gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) .
- 2 In der Stellenbörse der Bundesagentur für Arbeit war im Mai 2007 folgende Stellenausschreibung veröffentlicht:  
  
"Erzieherin / Sportlehrerin / Sozialpädagogin  
  
Das Staatliche E-Gymnasium sucht für sein Mädcheninternat eine Erzieherin/Sportlehrerin/Sozialpädagogin zum 20. August 2007.  
  
Die Vergütung richtet sich nach dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TVL). Darüber hinaus werden die üblichen Sozialleistungen gewährt. Es handelt sich um eine Vollzeitstelle.

...

Das E-Gymnasium besuchen zur Zeit 500 Schülerinnen und Schüler in den Klassen 7 - 13 sowie in speziellen Förderklassen für Aussiedler und Migranten ab Klasse 10.

Zur Schule gehört ein Internat mit 196 Plätzen.

Wir suchen eine Erzieherin/Sportlehrerin/Sozialpädagogin, die bereit ist, Hausaufgabenbetreuung zu übernehmen und das sportliche sowie das Freizeitangebot für unsere Internatsschülerinnen und -schüler (Basketball, Volleyball, Badminton, Gymnastik, Tanz, Outdoor-Sportarten) durchzuführen und zu ergänzen. Die Schule verfügt über eine Sporthalle, ein Schwimmbad und einen Sportplatz.

Weitere Informationen entnehmen Sie bitte unserer Homepage:

...

Bewerbungsschluss ist der 25. Mai 2007. ..."

- 3 Der Kläger bewarb sich um diese Stelle.
- 4 Das Staatliche E-Gymnasium, vertreten durch den Schulleiter, teilte dem Kläger mit Schreiben vom 24. Mai 2007 mit:  
  
"Ihre Bewerbung als Sozialpädagoge für das Mädcheninternat des Staatlichen E-Gymnasiums  
  
Sehr geehrter Herr G,  
  
wir bestätigen den Eingang Ihrer Bewerbung. Da die neue Stelleninhaberin auch Nachtdienste im Mädcheninternat leisten muss, können wir bei der Besetzung der ausgeschriebenen Stelle ausschließlich weibliche Bewerberinnen berücksichtigen.  
  
Aus diesem Grund erhalten Sie Ihre Bewerbung zurück. Wir wünschen Ihnen bei Ihren zukünftigen Bewerbungen viel Erfolg und verbleiben  
  
..."
- 5 Der Kläger forderte mit anwaltlichem Schreiben vom 2. Juli 2007 das Staatliche E-Gymnasium auf, ihm wegen Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot eine Entschädigung in Höhe von 6.750,00 Euro zu zahlen. Das beklagte Land wies die Forderung mit Schreiben vom 19. Juli 2007 zurück und berief sich darauf, ein sachlicher Grund für die geschlechtsspezifische Ungleichbehandlung liege wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit vor, namentlich wegen des zu versehenen Nachtdienstes.
- 6 Mit der beim Arbeitsgericht am 30. August 2007 eingegangenen Klage, die dem beklagten Land am 6. September 2007 zugestellt worden ist, hat der Kläger die Zahlung einer Entschädigung in Höhe von mindestens 6.750,00 Euro verlangt. Er erfülle nach seinem Bildungsabschluss die Voraussetzungen der ausgeschriebenen Stelle. Auch stellt er in Abrede, dass er Nachtdienste im Mädcheninternat hätte leisten müssen und dass dieser Nachtdienst nicht doppelt besetzt sei. Weiter bestreitet er die tatsächlichen Behauptungen des beklagten Landes über die organisatorische Einbindung der zu besetzenden Stelle mit Nichtwissen. Der Kläger trägt ferner vor, aus der Stellenanzeige habe sich nicht ergeben, weshalb für die ausgeschriebene Stelle nur eine weibliche Kraft in Frage komme. Im Hinblick auf das Anforderungsprofil für die ausgeschriebene Stelle dürfte der Anteil der Nachtdienste im Übrigen äußerst gering sein. Die möglicherweise durchzuführenden Nachtdienste würden jedenfalls keine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellen. Angesichts der Ausbildungsanforderungen sowie der Geltung des TVL sei davon auszugehen, dass die Vergütung für die ausgeschriebene Stelle bei etwa 2.700,00 Euro brutto monatlich liege.

- 7 Der Kläger hat beantragt,  
das beklagte Land zu verurteilen, an ihn eine angemessene Entschädigung gemäß § 15 Abs. 2 AGG , deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens jedoch 6.750,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 25. Juli 2007 zu zahlen.
- 8 Das beklagte Land hat Klageabweisung beantragt.
- 9 Es hat behauptet, in dem Internat des Staatlichen E-Gymnasiums seien in zwei getrennten Gebäuden 120 Mädchen und 76 Jungen untergebracht. Es würden sieben Erzieher beschäftigt und zwar vier Frauen und drei Männer. Im Mädcheninternat seien vier Erzieherinnen erforderlich, im Jungeninternat seien drei Erzieher ausreichend. Die Stelle einer weiblichen Erzieherin sei frei geworden und deshalb sei die Stellenausschreibung seinerzeit erfolgt. Innerhalb des Mädcheninternats wechselten sich die Erzieherinnen im Dienst ab. Es sei ein Nachtdienst eingerichtet. Bei vier Personen finde ein wöchentlicher Wechsel des Nachtdienstes statt, so dass jede Erzieherin einmal im Monat eine Woche für den Nachtdienst zuständig sei. Im Jungeninternat werde bei drei Erziehern in gleicher Weise verfahren.
- 10 Die Bereitschaftszimmer im Internat befänden sich auf der Wohnetage, wo auch die Mädchen ihre Zimmer hätten. Bei Lichtschluss am Abend und zu den Weckzeiten am Morgen müsste die Internatserzieherin die einzelnen Mädchenzimmer aufsuchen. Zu den Bereitschaftszimmern der Erzieherinnen gehörten keine eigenen Nasszellen, so dass diese die Gemeinschaftseinrichtungen mitbenutzen müssten. Da der Elternwohnsitz der Internatsschülerinnen meist weit entfernt liege, übernehme im Falle der Erkrankung einer Schülerin zunächst die diensthabende Erzieherin die Betreuung. Dadurch entstehe ein sehr enger Kontakt zu den Mädchen. Das beklagte Land trägt weiter vor, es sei insbesondere mit Rücksicht auf die Intimsphäre der Schülerinnen erforderlich, dass vor allem nachts eine weibliche Kontaktperson zur Verfügung stehe. Da der Nachtdienst nicht doppelt besetzt sei, wäre dies im Falle der Einstellung eines männlichen Bewerbers nicht gewährleistet. Der Nachtdienst im Mädcheninternat mache einen nicht unwesentlichen Teil der Aufgaben aus. Ein männlicher Bewerber sei nicht in gleicher Weise einsetzbar wie eine weibliche Bewerberin. Die geforderte Entschädigung sei im Übrigen zu hoch. Die jetzige Stelleninhaberin erhalte ein Bruttogehalt gemäß TVL 8 in Höhe von 1.926,00 Euro. Es bestünden des Weiteren Zweifel, ob der Kläger überhaupt die Stelle hätte ausfüllen können, da er nicht dargetan und nachgewiesen habe, dass er bereits als Erzieher (Sozialpädagoge) eine Stelle innegehabt habe.
- 11 Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung des beklagten Landes hat das Landesarbeitsgericht die Klage abgewiesen. Mit der von dem Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter, während das beklagte Land die Zurückweisung der Revision beantragt.

### **Entscheidungsgründe**

- 12 Die Revision des Klägers hat keinen Erfolg. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen.
- 13 A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Auf der Grundlage der nach der durchgeführten Beweisaufnahme feststehenden Tatsachen stehe dem Kläger kein Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG zu. Es sei vom beklagten Land nicht in Abrede gestellt worden, dass der Kläger wegen seines Geschlechts nicht eingestellt worden sei. Die Ungleichbehandlung sei aber gerechtfertigt. Da durch das AGG die frühere Rechtsposition infolge Geschlechtsdiskriminierung nicht habe verschlechtert werden sollen, komme es auch bei § 8 Abs. 1 AGG darauf an, ob ein bestimmtes Geschlecht "unverzichtbare Voraussetzung für die Tätigkeit" sei. Unverzichtbarkeit im weiteren Sinne sei auch in Konstellationen zu bejahen, in denen Beschäftigte eines bestimmten Geschlechts die Arbeitsleistung zwar erbringen können, jedoch schlechter als

Beschäftigte des anderen Geschlechts und dieser Qualifikationsnachteil auf biologischen Gründen beruhe. Entscheidend seien die beruflichen Anforderungen, wie sie für die vertragsgemäße Leistung erforderlich seien. Der Kläger könne einen großen Teil der für eine Erzieherin im Mädcheninternat anfallenden Aufgaben nicht ausüben. Zumindest in den Nachtschichten komme es zu ganz privaten, in den Intimbereich führenden Zusammentreffen mit den Schülerinnen. Hier würde die Scham gegenüber dem anderen Geschlecht relevant. Bei der Tätigkeit im Nachtdienst handele es sich nicht um einen nur unerheblichen Teil der Arbeitsleistung. Der Zweck, die Stelle mit einer weiblichen Person zu besetzen, sei rechtmäßig und die Anforderung angemessen. Es obliege der Organisation des beklagten Landes zu entscheiden, dass gerade eine Stelle im Mädcheninternat zu besetzen sei und gerade für diese Stelle entscheidende berufliche Anforderung der Umstand sei, dass sie auch voll in den Wechselschichtbetrieb integriert werden könne.

- 14 B. Das Berufungsurteil hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Die zulässige Revision des Klägers ist unbegründet.
- 15 I. Soweit der Kläger rügt, das Landesarbeitsgericht habe neuen Vortrag gemäß § 67 ArbGG zugelassen und die durchgeführte Beweisaufnahme habe "entsprechend den Vorschriften der §§ 529 I Nr. 2, 531 II Nr. 3 ZPO den Rechtsstreit verzögert", ist die Verfahrensrüge (§ 551 Abs. 3 Nr. 2b ZPO) unbegründet. Selbst wenn das Landesarbeitsgericht eine erstmals in der Berufungsinanz vorgetragene Behauptung des beklagten Landes oder einen Beweistritt entgegen § 67 ArbGG, der § 531 ZPO als Spezialregelung vorgeht (BAG 15. Februar 2005 - 9 AZN 892/04 - Rn. 25, BAGE 113, 315 = AP ArbGG 1979 § 72a Divergenz Nr. 50 = EzA ArbGG 1979 § 72a Nr. 98), zugelassen haben sollte, könnte darauf die Revision nicht erfolgreich gestützt werden. Die fehlerhafte Berücksichtigung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel durch das Berufungsgericht kann mit der Revision nicht geltend gemacht werden. Die Präklusionsvorschriften dienen der Beschleunigung, nicht der Sanktion. Ihrem Zweck widerspräche es, wenn die Zulassung verspäteten Vorbringens durch das Revisionsgericht nachträglich beseitigt werden könnte. Die Beschleunigungswirkungen, die die Verspätungsvorschriften sichern sollen, können nicht mehr erzielt werden, sobald das Berufungsgericht dem Vortrag nachgegangen ist. Stattdessen würde die Feststellung des wahren Sachverhalts ohne zwingenden Grund eingeschränkt (BAG 19. Februar 2008 - 9 AZN 1085/07 - Rn. 11, AP ArbGG 1979 § 72a Nr. 60 = EzA ArbGG 1979 § 72 Nr. 37).
- 16 II. Die zulässige Klage ist unbegründet.
- 17 1. Der auf Zahlung einer Entschädigung gerichtete Klageantrag ist zulässig, insbesondere hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO).
- 18 Dem steht nicht entgegen, dass der Kläger die Höhe der von ihm beehrten Entschädigung in das Ermessen des Gerichts gestellt hat. Nach § 15 Abs. 2 AGG kann eine angemessene Entschädigung in Geld verlangt werden. Dem Gericht wird damit hinsichtlich der Höhe der Entschädigung ein Beurteilungsspielraum eingeräumt (vgl. BT-Drucks. 16/1780 S. 38). Steht dem Gericht ein Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Entschädigungshöhe zu bzw. hängt die Bestimmung eines Betrages vom billigen Ermessen des Gerichtes ab, ist ein unbezifferter Zahlungsantrag zulässig. Der Kläger muss allerdings Tatsachen, die das Gericht bei der Bestimmung des Betrages heranziehen soll, benennen und die Größenordnung der geltend gemachten Forderung angeben (BAG 16. September 2008 - 9 AZR 791/07 - Rn. 18, AP SGB IX § 81 Nr. 15 = EzA SGB IX § 81 Nr. 17; 24. April 2008 - 8 AZR 257/07 - Rn. 17, AP AGG § 33 Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 611a Nr. 6). Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Der Kläger hat einen Sachverhalt dargelegt, der dem Gericht grundsätzlich die Bestimmung einer Entschädigung ermöglicht und eine Angabe zur Größenordnung der Entschädigung, nämlich in Höhe von 6.750,00 Euro, getätigt.
- 19 2. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG.
- 20 a) Das AGG findet auf den Streitfall Anwendung.

21

Für Benachteiligungen von Beschäftigten iSd. § 6 AGG wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, die zeitlich nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes am 18. August 2006 stattgefunden haben, gelten die einschlägigen Regelungen des AGG ohne Einschränkung (vgl. § 33 AGG ).

- 22** Da der Kläger sich im Mai 2007 bei dem beklagten Land erfolglos beworben hatte, kommt demnach das AGG zur Anwendung.
- 23** b) Die Voraussetzungen für einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG liegen nicht vor.
- 24** aa) Gemäß § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG kann der oder die Beschäftigte wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Voraussetzung für diesen Entschädigungsanspruch ist ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG . Dies ist zwar in § 15 Abs. 2 AGG nicht ausdrücklich erwähnt, ergibt sich aber aus dem Gesamtzusammenhang des § 15 AGG (vgl. Voigt in Schleusener/Suckow/Voigt AGG 2. Aufl. § 15 Rn. 29; Bauer/Göpfert/Krieger AGG 2. Aufl. § 15 Rn. 31; ErfK/Schlachter 9. Aufl. § 15 AGG Rn. 5; Däubler/Bertzbach-Deinert 2. Aufl. § 15 Rn. 50; Meinel/Heyn/Herms AGG § 15 Rn. 36). Der Entschädigungsanspruch richtet sich gegen den Arbeitgeber iSd. § 6 Abs. 2 AGG (vgl. Voigt in Schleusener/Suckow/Voigt § 15 Rn. 28). Gemäß § 6 Abs. 2 Satz 1 AGG sind Arbeitgeber natürliche und juristische Personen sowie rechtsfähige Personengesellschaften, die Personen nach Absatz 1 beschäftigen.
- 25** Nach § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG gelten als Beschäftigte iSd. des AGG auch die Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis. Der Kläger hat sich auf eine von dem beklagten Land ausgeschriebene Stelle für ein Beschäftigungsverhältnis beworben. Ob der Begriff "Bewerberinnen und Bewerber" iSd. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG außer dem formalen Erfordernis einer Bewerbung das Vorliegen weiterer Tatbestandsmerkmale voraussetzt, bedarf hier keiner abschließenden Entscheidung. In Rechtsprechung und Literatur wird eine subjektive Ernsthaftigkeit der Bewerbung verlangt und dass die Person auch objektiv für die zu besetzende Stelle in Betracht kommt (Senat 27. April 2000 - 8 AZR 295/99 - zu § 611a BGB , BGI E II.2.1 BGB § 611a Nr. 2 ; Schleusener in Schleusener/Suckow/Voigt § 2 Rn. 7; Däubler/Bertzbach/Schrader/Schubert §6 Rn. 21c; Walker NZA 2009, 5; einschränkend ErfK/Schlachter § 6 AGG Rn. 3, die den Bewerberstatus nur ausschließt, wenn die fehlende objektive Eignung offensichtlich ist).
- 26** bb) Der Kläger ist aufgrund seines abgeschlossenen Fachhochschulstudiums berechtigt, die Berufsbezeichnung Diplom-Sozialarbeiter/Sozialpädagoge zu tragen. Weitere Feststellungen zu dem Inhalt des konkreten Bewerbungsschreibens und den eventuell dem Bewerbungsschreiben beigefügten Unterlagen hat das Landesarbeitsgericht nicht getroffen. Da nach den Angaben in der Stellenausschreibung lediglich eine "Erzieherin/Sportlehrerin/Sozialpädagogin" gesucht und weder eine bestimmte Berufserfahrung noch die zwingende Vorlage von weiteren Bewerbungsunterlagen gefordert wurde, kommt der Kläger bereits aufgrund seines Studienabschlusses objektiv für die ausgeschriebene Stelle in Betracht, auch wenn er möglicherweise als Sozialpädagoge noch keine Berufstätigkeit ausgeübt haben sollte.
- 27** cc) Anhaltspunkte dafür, dass die Bewerbung des Klägers nicht ernsthaft gewesen wäre, sind aufgrund der Feststellungen des Landesarbeitsgerichts und des Sachvortrags der Parteien nicht zu erkennen.
- 28** c) Das beklagte Land hat gegenüber dem Kläger nicht gegen das Benachteiligungsverbot gemäß § 7 Abs. 1 AGG verstoßen. Ein solcher Verstoß liegt vor, wenn ein Beschäftigter wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt wird. Dabei reicht es aus, wenn die Person, welche die Benachteiligung begeht, das Vorliegen eines in § 1 AGG genannten Grundes bei der Benachteiligung nur annimmt. Diese Voraussetzungen sind gegeben, wenn eine unmittelbare Benachteiligung ( § 3 Abs. 1 AGG ) vorliegt, die nicht aufgrund der §§ 8 bis 10 AGG gerechtfertigt ist bzw. nicht nach § 5 AGG zulässig ist.

**29**

Der Kläger wurde von dem beklagten Land zwar unmittelbar iSd. § 3 Abs. 1 AGG bei einer Maßnahme iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG benachteiligt. Die unterschiedliche Behandlung war aber gemäß § 8 Abs. 1 AGG zulässig.

- 30 aa) Nach § 3 Abs. 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.
- 31 Der Kläger wurde aufgrund seines Geschlechts weder von dem beklagten Land eingestellt noch wurde seine Bewerbung bei der Bewerberauswahl überhaupt berücksichtigt. Insbesondere wurde er nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen. Er wurde damit hinsichtlich des Zugangs zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit ( § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG ) weniger günstig behandelt als die Frauen, die sich auf diese Stelle beworben hatten und zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen wurden. Bereits die Ablehnung, den Kläger zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, stellt eine weniger günstige Behandlung iSd. § 3 Abs. 1 AGG dar, weil ihm damit die Chance auf Einstellung versagt wurde (vgl. auch BVerfG 16. November 1993 - 1 BvR 258/86 - BVerfGE 89, 276 [BVerfG 16.11.1993 - 1 BvR 258/86] ).
- 32 bb) Die unterschiedliche Behandlung war nach § 8 Abs. 1 AGG zulässig.
- 33 § 8 Abs. 1 AGG lässt eine unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zu, 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 (1) In der Literatur wird ganz überwiegend vertreten, dass trotz der unterschiedlichen Formulierungen in § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB (gültig bis 17. August 2006) ("unverzichtbare Voraussetzung für diese Tätigkeit") und in § 8 Abs. 1 AGG ("wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingung ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung") durch § 8 Abs. 1 AGG nicht inhaltlich geringere Anforderungen an den Zulässigkeitsgrund gestellt werden als es der bisherigen Rechtsprechung zu § 611a Abs. 1 BGB (gültig bis 17. August 2006) entsprach (Däubler/Bertzbach-Brors § 8 Rn. 7, 18 mwN; Schleusener in Schleusener/Suckow/Voigt § 8 Rn. 5; MünchKommBGB/Thüsing 5. Aufl. § 8 AGG Rn. 4, 9; Bauer/Göpfert/Krieger § 8 Rn. 7 f.; ErfK/Schlachter § 8 AGG Rn. 4; Wendeling-Schröder in Wendeling-Schröder/Stein AGG § 8 Rn. 5; HWK/Annuß/Rupp 3. Aufl. § 8 AGG Rn. 1; v. Roetteken AGG Stand Januar 2009 § 8 Rn. 2, 6, aA Adomeit/Mohr KommAGG § 8 Rn. 13).
- 35 (2) Auch der Bundesgesetzgeber ging nach der Gesetzesbegründung davon aus, dass mit der Einführung von § 8 AGG keine Absenkung des Schutzstandards hinsichtlich des Merkmals Geschlecht verbunden ist (BT-Drucks.16/1780 S. 35).
- 36 (3) Zutreffend nimmt das Landesarbeitsgericht an, dass ein in § 1 AGG genannter Grund nur dann wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung ist, wenn dieser Grund "unverzichtbare Voraussetzung" für die Ausübung der Tätigkeit iSd. Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu § 611a BGB ist.
- 37 Eine "unverzichtbare Voraussetzung" iSd. früheren § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB stellte nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts erheblich höhere Anforderungen an das Gewicht des die Ungleichbehandlung rechtfertigenden Umstandes als ein sachlicher Grund, weil das Geschlecht nur dann unverzichtbar ist, wenn ein Angehöriger des jeweils anderen Geschlechts die vertragsgemäße Leistung nicht erbringen könnte und dieses Unvermögen auf Gründen beruht, die ihrerseits der gesetzlichen Wertentscheidung der Gleichberechtigung beider Geschlechter genügen (Senat 27. April 2000 - 8 AZR 295/99 - BGleig E II. 2.1 BGB § 611a Nr. 2 ). Dies bedeutet aber nicht, dass mit "unverzichtbar" iSd. früheren § 611a BGB eine objektiv rechtliche oder tatsächliche Unmöglichkeit, die Tätigkeit überhaupt wahrzunehmen, gemeint war (Unverzichtbarkeit im engeren Sinn). Eine Unverzichtbarkeit im weiteren Sinne ist nach der Rechtsprechung des



Bundesarbeitsgerichts auch in den Konstellationen zu bejahen, in denen ein Angehöriger eines bestimmten Geschlechts die Arbeitsleistung zwar erbringen kann, jedoch schlechter als der eines anderen Geschlechts, und dieser Qualifikationsnachteil auf biologischen Gründen beruht (BAG 14. August 2007 - 9 AZR 943/06 - Rn. 36, BAGE 123, 358 = AP AGG § 33 Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 611a Nr. 5). Der Begriff der "unverzichtbaren Voraussetzung" iSd. alten § 611a BGB entsprach damit einer Erforderlichkeit des Merkmals zur Ausübung der Tätigkeit. Wenn eine berufliche Anforderung wesentlich und entscheidend ist, um eine Tätigkeit wegen ihrer Art oder wegen der Bedingungen ihrer Ausübung erbringen zu können, ist sie auch erforderlich. Der Begriff "wesentlich" bedeutet nämlich "bedeutsam, wichtig, den Kern der Sache treffend" (Wahrig Deutsches Wörterbuch 8. Aufl.) und der Begriff "entscheidend" bedeutet "ausschlaggebend, richtunggebend" (Wahrig). Demnach kommt einer "wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung" und einer "unverzichtbaren Voraussetzung für die Tätigkeit" iSd. § 611a BGB letztlich materiell derselbe Gehalt zu (Schleusener in Schleusener/Suckow/Voigt § 8 Rn. 5; Däubler/Bertzbach-Brors § 8 Rn. 18; v. Roetteken § 8 Rn. 7; Bauer/Göpfert/Krieger § 8 Rn. 8 jedenfalls auf den Begriff "entscheidend").

- 38** (4) Ausgehend von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum früheren § 611a BGB ist ein Merkmal iSd. des § 1 AGG damit "eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung", wenn die Tätigkeit ohne dieses Merkmal bzw. ohne Fehlen dieses Merkmals entweder gar nicht oder nicht ordnungsgemäß durchgeführt werden kann und bezogen auf das Merkmal "Geschlecht" dieser Qualifikationsnachteil auf biologischen Gründen beruht (vgl. auch Schleusener in Schleusener/Suckow/Voigt § 8 Rn. 12; Wendeling-Schröder in Wendeling-Schröder/Stein § 8 Rn. 10; Meinel/Heyn/Herms § 8 Rn. 6; HWK/Annuß/Rupp § 8 AGG Rn. 2). Dabei muss eine Erheblichkeitsgrenze überschritten werden (vgl. MünchKommBGB/Thüsing § 8 Rn. 9; ErfK/Schlachter § 8 AGG Rn. 4 spricht von Geringfügigkeitsgrenze). Eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung kann nämlich nur angenommen werden, wenn das Merkmal nicht nur eine untergeordnete Rolle spielt, sondern zentraler Bestandteil für die auszuübende Tätigkeit ist, also prägende Bedeutung hat (Schleusener in Schleusener/Suckow/Voigt § 8 Rn. 13; Bauer/Göpfert/Krieger § 8 Rn. 21; Meinel/Heyn/Herms § 8 Rn. 6; MünchKommBGB/Thüsing § 8 AGG Rn. 9 verlangt, dass der Aufgabenbereich, der das Merkmal erfordert, einen erheblichen Teil des gesamten dem Beschäftigten übertragenen Aufgabenfeldes ausmachen muss, ähnlich auch Wendeling-Schröder in Wendeling-Schröder/Stein § 8 Rn. 10). Dabei kommt es aber nicht auf einen zeitlichen Faktor an. Denn ein solcher ist den Begriffen "entscheidend", "wesentlich" oder "unverzichtbar" nicht immanent. Der Begriff "wesentlich" kann demnach auch entgegen der Auffassung der Revision nicht mit "überwiegend" gleichgesetzt werden. Maßgebend ist vielmehr eine funktionale Betrachtung aus objektiver Sicht. Das Differenzierungsmerkmal darf nicht nur für unbedeutende, den Arbeitsplatz nicht charakterisierende Tätigkeiten erforderlich sein.
- 39** Ob das Vorhandensein bzw. das Fehlen eines in § 1 AGG genannten Merkmals eine im dargestellten Sinn wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung ist, ist anhand der von dem Arbeitnehmer konkret auszuübenden Tätigkeit zu bestimmen bzw. bei einer Bewerbung ist darauf abzustellen, welche Tätigkeiten auf dem zu besetzenden Arbeitsplatz auszuüben sind (vgl. MünchKommBGB/Thüsing § 8 AGG Rn. 9; ErfK/Schlachter § 8 AGG Rn. 3). Dies ergibt sich bereits aus der gesetzlichen Bestimmung in § 8 Abs. 1 AGG, die auf die Art der auszuübenden Tätigkeit oder die Bedingung ihrer Ausübung verweist. Der Arbeitgeber kann dabei aufgrund der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten unternehmerischen Freiheit sowohl den Unternehmensgegenstand als solchen festlegen als auch bestimmen, welche Arbeiten auf dem zu besetzenden Arbeitsplatz zu erbringen sind (vgl. Meinel/Heyn/Herms AGG § 8 Rn. 9, 11; Schleusener in Schleusener/Suckow/Voigt § 8 Rn. 7; Bauer/Göpfert/Krieger § 8 Rn. 16). Im Bereich des öffentlichen Dienstes obliegt es dem Dienstherrn, die Dienstposten nach organisatorischen Bedürfnissen und Möglichkeiten einzurichten und näher auszugestalten. Es unterliegt daher auch seinem organisatorischen Ermessen, wie er einen Dienstposten zuschneiden will und welche Anforderungen demgemäß der Bewerberauswahl zugrunde zu legen sind (vgl. BVerfG 8. Oktober 2007 - 2 BvR 1846/07 - Rn. 16, NVwZ 2008, 69 mwN). Ob für die Erledigung der Aufgaben ein Merkmal iSd. § 1 AGG erforderlich ist, ist demnach zunächst tätigkeitsbezogen zu beurteilen und zwar hinsichtlich des konkreten (zu besetzenden) Arbeitsplatzes. Da eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung nicht voraussetzt, dass ohne das Differenzierungsmerkmal

iSd. § 1 AGG die Tätigkeit überhaupt nicht erbracht werden kann, sondern es ausreichend ist, dass diese Tätigkeit ohne das Differenzierungsmerkmal nur schlechter bzw. nicht ordnungsgemäß erbracht werden kann, ist ein Maßstab notwendig, um zu bestimmen, ob die von dem Arbeitnehmer auszuübende Tätigkeit objektiv gesehen bei Fehlen des Differenzierungsmerkmals nur schlechter als bei Vorhandensein des Merkmals ausgeübt werden kann. Dieser Maßstab ist die von dem Arbeitgeber vorgegebene Tätigkeit unter Berücksichtigung des vom Arbeitgeber verfolgten Unternehmensgegenstandes. Es kommt darauf an, welche unternehmerischen Zwecke und Konzepte er durch die Einrichtung des Arbeitsplatzes verwirklichen will (vgl. auch Meinel/Heyn/Herms § 8 Rn. 11; Schleusener in Schleusener/Suckow/Voigt § 8 Rn. 7; Wendeling-Schröder in Wendeling-Schröder/Stein § 8 Rn. 7; eher einschränkend ErfK/Schlachter § 8 AGG Rn. 3; kritisch auch Däubler/Bertzbach-Brors § 8 Rn. 4 ff.). Zur Erreichung dieser unternehmerischen Zwecke kann der Arbeitgeber ein Anforderungsprofil erstellen. Die unternehmerische Entscheidungsfreiheit, ein Anforderungsprofil festzulegen, bedeutet aber nicht, dass der Arbeitgeber als Einstellungsbedingung bzw. Bedingung für den Arbeitsplatz lediglich das Vorhandensein bzw. Fehlen eines in § 1 AGG genannten Grundes verlangen darf. Entscheidend ist, ob die Arbeiten, die auf dem konkreten Arbeitsplatz zu erbringen sind, zur Erreichung der unternehmerischen Zwecke das Merkmal erfordern oder das Merkmal erforderlich ist, damit durch die von dem Arbeitnehmer erbrachten Arbeiten der unternehmerische Zweck verwirklicht werden kann. Insofern können auch Beziehungen zu Dritten ausschlaggebend sein für die Beurteilung, ob ein Merkmal iSd. § 1 AGG notwendig ist, um die Tätigkeit ordnungsgemäß erbringen zu können. Die Verfolgung unternehmerischer Zwecke kann nämlich nicht losgelöst von solchen Beziehungen, zB zu Kunden oder Personen, denen gegenüber bestimmte Leistungen zu erbringen sind, betrachtet werden.

- 40 d) Für den von dem beklagten Land ausgeschriebenen und zu besetzenden Arbeitsplatz als Erzieherin/Sportlehrerin/Sozialpädagogin ist das weibliche Geschlecht wegen der Art der Tätigkeit und der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung.
- 41 aa) Nach den tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts sind auf dem zu besetzenden Arbeitsplatz folgende Tätigkeiten unter folgenden Bedingungen auszuüben: Neben der tagsüber zu leistenden Durchführung eines Freizeit- und Sportangebotes und der Hausaufgabenbetreuung sowohl für die Internatsschülerinnen als auch die Internatsschüler, ist in dem Gebäude, in dem die Internatsschülerinnen wohnen, ein Nachtdienst zu erbringen und zwar im täglichen Wechsel mit drei anderen weiblichen Dienstkräften. Ab 21.30 Uhr befindet sich nur noch eine Kraft im Mädcheninternat. Diese Diensthabende hält sich während des Nachtdienstes in dem Gebäude, in dem die Schülerinnen wohnen, auf. Der Nachtdienst umfasst den Lichtschluss und die Kontrolle, ob alle Mädchen in ihren Zimmern sind. Dabei müssen gegebenenfalls auch die Dusch- und Sanitärräume aufgesucht werden. Ferner obliegt dem Nachtdienst das Wecken am Morgen, wobei dafür die Zimmer der Mädchen betreten werden müssen. Die Mädchen bewegen sich auch zum Aufsuchen der Duschen oder Sanitäreinrichtungen im Nachthemd und kommen häufig mit umgeschlungenem Handtuch in die Zimmer zurück. Die erste Betreuung von erkrankten Schülerinnen ist ebenfalls durch den Nachtdienst wahrzunehmen. Das Betreten des Wohnbereichs im Mädchengebäude ist männlichen Personen grundsätzlich untersagt. Falls es erforderlich sein sollte, wird eine Erzieherin beauftragt, zu ermitteln, ob der Zugang für Männer möglich ist.
- 42 Diese insoweit vom Berufungsgericht aufgrund der Würdigung des Inhalts der Verhandlung und des Ergebnisses der durchgeführten Beweisaufnahme getroffenen tatsächlichen Feststellungen sind für das Revisionsgericht gemäß § 559 Abs. 2 ZPO bindend.
- 42 bb) Der Umstand, dass in der Stellenausschreibung das Erfordernis, Nachtdienste im Mädcheninternat zu erbringen, nicht erwähnt worden ist, steht einer Berücksichtigung dieser Tatsache im Prozess nicht entgegen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesarbeitsgerichts können Auswahlkriterien, die weder in der Ausschreibung noch während des Auswahlverfahrens formuliert worden waren, von dem Arbeitgeber nur eingeschränkt nachgeschoben werden. Erforderlich ist insofern, dass der Arbeitgeber nachweist, dass diese später vorgebrachten Gründe nicht bloß vorgeschoben waren (BVerfG 16. November 1993 - 1 BvR 258/86 - BVerfGE 89, 276 [BVerfG 16.11.1993 - 1 BvR 258/86] ; BAG 5. Februar 2004 - 8 AZR 112/03 -

BAGE 109, 265 [BAG 05.02.2004 - 8 AZR 112/03] = AP BGB § 611a Nr. 23 = EzA BGB 2002 § 611a Nr. 3). Diese Rechtsprechung betraf nur die Fälle, in denen streitig war, ob das Geschlecht mit ursächlich für die nachteilige Behandlung war, der Arbeitnehmer Tatsachen für den Vermutungstatbestand vorgetragen hatte und dem Arbeitgeber daher gemäß dem früheren § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB der Beweis oblag, dass ausschließlich nicht auf das Geschlecht bezogene Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigten. Begründet wurde diese Rechtsprechung damit, der Arbeitgeber, der die Anforderungen an die Qualifikation der Stelle grundsätzlich nach Belieben festlegen dürfe, könnte ansonsten jederzeit "sachliche Gründe" nachschieben, um zu belegen, dass nicht das Geschlecht, sondern ein anderer sachlicher Grund die unterschiedliche Behandlung bedingt habe. Dies sei mit dem Schutzzweck des Art. 3 Abs. 2 GG unvereinbar (vgl. BVerfG 16. November 1993 - 1 BvR 258/86 - aaO.). Eine solche Konstellation liegt im Streitfall jedoch nicht vor. Denn vorliegend beruhte die Ungleichbehandlung unstreitig gerade auf dem Geschlecht des Klägers und der Vortrag des beklagten Landes betrifft allein die Frage, ob die unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts durch einen Rechtfertigungsgrund iSd. § 8 AGG zulässig war. In einer solchen Fallgestaltung besteht auch unter Berücksichtigung des Schutzzwecks des Art. 3 Abs. 2 GG keine Notwendigkeit, erstmals nach Abschluss des Auswahlverfahrens gegenüber dem Bewerber vorgebrachte Tatsachen, aus denen sich das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes ergibt, nicht oder nur eingeschränkt zu berücksichtigen. Erachtet das Gericht nach seiner freien Überzeugung eine vorgetragene Tatsache für wahr ( § 286 ZPO ) und ergibt sich aus dieser Tatsache das Vorliegen eines Zulässigkeitsgrundes gemäß § 8 AGG , wird der Schutzbereich des Art. 3 Abs. 2 GG nicht verletzt. Denn in diesem Falle steht fest, dass die Ungleichbehandlung aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse gerechtfertigt war.

- 44 Im Übrigen hat das beklagte Land bereits in dem Schreiben vom 24. Mai 2007 den Kläger darauf hingewiesen, dass er wegen der erforderlichen Nachtdienste nicht für die Stelle in Betracht komme, so dass es bereits zweifelhaft ist, ob ein "Nachschieben" von Gründen vorliegt. Hinzu kommt, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, dass sich bereits aus der Stellenausschreibung ergab, dass gerade für das Mädcheninternat eine Betreuerin gesucht wurde. In einer öffentlichen Stellenausschreibung müssen nicht sämtliche Tätigkeiten, die auf diesem Arbeitsplatz zu erbringen sind, erwähnt werden. Für den Leser der Stellenausschreibung war hinreichend deutlich, dass sämtliche Aufgaben, die als Erzieherin/Sportlehrerin/Sozialpädagogin in einem Mädcheninternat anfallen, zu den Arbeitsaufgaben gehören. Zu solchen zählen in einem Internat auch üblicherweise Nachtdienste.
- 45 cc) Für die von dem beklagten Land ausgeschriebene Stelle war das weibliche Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung. Ohne dieses Merkmal war es nicht möglich, die auf dem Arbeitsplatz anfallenden Tätigkeiten ordnungsgemäß wahrzunehmen. Der Kläger könnte aufgrund seines männlichen Geschlechts die Aufgaben im Nachtdienst in dem Gebäude, in dem 120 Schülerinnen zwischen 13 und 22 Jahren wohnen, nicht ausüben. Es kommt nicht darauf an, ob er rein tatsächlich die anfallenden Aufgaben erbringen könnte. Entscheidend ist, dass die Tätigkeiten im Nachtdienst einen direkten Bezug auf andere Personen aufweisen, nämlich die Schülerinnen. Die Rechte dieser Schülerinnen, die sich aus Art. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG ergeben, nämlich auf Achtung der Würde des Menschen und auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, wozu auch der Schutz der Intimsphäre gehört, werden durch den Einsatz einer männlichen Person für die im Nachtdienst anfallenden Aufgaben gefährdet und gegebenenfalls beeinträchtigt. Dabei spielt auch das Schamgefühl der jungen Frauen eine Rolle. Ein unbedecktes bzw. nicht vollständig bedecktes Auftreten gegenüber dem anderen Geschlecht berührt im Regelfall das Schamgefühl und beeinträchtigt ein unbefangenes und freies Verhalten (eine Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts, um das Schamgefühl nicht zu verletzen, halten auch für zulässig: ArbG Hamburg 10. April 2001 - 20 Ca 188/00 - PflR 2001, 322; LAG Köln 19. Juli 1996 - 7 Sa 499/96 - AR-Blattei ES 800 Nr. 128; Bauer/Göpfert/Krieger § 8 Rn. 30; Meinel/Heyn/Herms § 8 Rn. 34; MünchKommBGB/Thüsing § 8 AGG Rn. 15; v. Roetteken § 8 Rn. 66; zum Schutz der Intimsphäre auch ErfK/Schlachter § 8 AGG Rn. 3; aA für den Pflegebereich ArbG Bonn 31. März 2001 - 5 Ca 2781/00 - PflR 2001, 318). Dies kann bereits gegenüber Familienangehörigen der Fall sein, ist aber im verstärkten Maße gegenüber außenstehenden Personen gegeben. Die Schülerinnen bewohnen das Gebäude, wobei sie die Gemeinschaftsflure auf den jeweiligen Wohntagen benutzen müssen, um in die Dusch- und Sanitärräume zu gelangen. Es entspricht der Lebenserfahrung, dass eine natürliche und freie

Bewegung von Jugendlichen und jungen Erwachsenen eingeschränkt ist, wenn eine erwachsene Person des anderen Geschlechts die Wasch- und Sanitarräume bzw. die Schlafzimmer betreten kann. Gleiches gilt hinsichtlich der jederzeit möglichen Begegnungen auf den Gemeinschaftsfluren, auf denen sich die Schülerinnen teilweise im Nachthemd, teilweise nur mit einem umgeschlungenen Handtuch bedeckt, bewegen. Im Übrigen ist zu beachten, dass das beklagte Land auch eine Aufsichts- und Fürsorgepflicht insbesondere gegenüber den minderjährigen Mädchen hat. Es ist bei einer männlichen Aufsichtsperson, die im Nachtdienst eingesetzt wird, aufgrund möglicherweise entstehender sexueller Interessen wesentlich eher mit Komplikationen zu rechnen als dies bei einer weiblichen Aufsichtsperson der Fall ist. Dabei kommt es auch nicht darauf an, ob tatsächlich bei allen Schülerinnen konkrete Beeinträchtigungen eintreten oder ob die Sorgeberechtigten der Minderjährigen sich mit einem Einsatz eines männlichen Erziehers im Wohnbereich einverstanden erklären. Da es um die Besetzung eines Arbeitsplatzes geht, muss der Arbeitgeber eine Prognoseentscheidung treffen, wobei im vorliegenden Fall eine pauschalierte Betrachtung zulässig ist.

- 46 Da die Schülerinnen jedenfalls unter der Woche und zum Teil auch an den Wochenenden in dem Internatsgebäude wohnen, ist die vorliegende Konstellation nicht zu vergleichen mit einer Behandlung durch Ärzte oder mit einem von einem Sportlehrer durchgeführten Sportunterricht. In diesen Fällen geht es um eingegrenzte Zeiträume. Im Sportunterricht kann sich die Schülerin im Übrigen entsprechend kleiden. Das Leben im Internat betrifft aber den häuslichen Bereich. In diesem Privatbereich muss sichergestellt werden, dass sich die Schülerinnen so weit wie möglich unbefangen und natürlich bewegen können, was aber bei Einsatz einer erwachsenen männlichen Person, die zudem nicht zu den Familienmitgliedern gehört, wegen des Schamgefühls nicht oder nur eingeschränkt möglich ist.
- 47 dd) Nicht erforderlich ist, dass die Aufgaben, deren Wahrnehmung ein in § 1 AGG genanntes Merkmal erfordern, überwiegend anfallen. Die erforderliche Erheblichkeitsschwelle ist im Streitfalle jedenfalls überschritten. Denn die Wahrnehmung des Nachtdienstes gehört zu den zentralen und bedeutsamen Aufgaben des Arbeitsplatzes. Ohne einen solchen Nachtdienst kann die erzieherische bzw. sozialpädagogische Betreuung in einem Mädcheninternat nicht wahrgenommen werden.
- 48 e) Nach § 8 Abs. 1 AGG muss ferner der Zweck der Ungleichbehandlung rechtmäßig und die Anforderung angemessen sein. Auch diese Voraussetzungen liegen hier vor.
- 49 In der Literatur werden die Begriffe "rechtmäßiger Zweck" und "angemessene Anforderung" unterschiedlich behandelt.
- 50 aa) Zum Teil wird angenommen, wenn die gestellte Anforderung für die Ausübung der geschuldeten Tätigkeit "wesentlich" sei, so stelle sie einen inhaltlich rechtmäßigen Zweck dar. Insoweit komme dem 2. Halbsatz keine eingrenzende Wirkung mehr zu. Bei einer "angemessenen" Anforderung werde eine Verhältnismäßigkeitsprüfung verlangt. Der mit der Differenzierung verfolgte Zweck müsse in einem akzeptablen Verhältnis zu dem durch seine Verwendung verursachten Nachteil stehen (ErfK/Schlachter § 8 AGG Rn. 5). Von anderen werden die Begriffe "rechtmäßiger Zweck" und "die Anforderung angemessen ist" nicht gesondert definiert (so Däubler/Bertzbach-Brors § 8 AGG ) bzw. es wird allgemein auf die Verhältnismäßigkeit verwiesen (HWK/Annauß/Rupp § 8 AGG Rn. 1). Zum Teil wird vertreten, die Festlegung des Anforderungsprofils durch den Arbeitgeber müsse einem rechtmäßigen Zweck dienen, durch dieses Merkmal werde die autonome Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers dahingehend eingegrenzt, dass rechtswidrige, weil rechtsmissbräuchliche Festlegungen nicht zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung geeignet seien. Dies entspreche der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Willkürkontrolle von unternehmerischen Entscheidungen. Willkürlich sei etwa die Festlegung, die keinen Bezug zur Tätigkeit des Arbeitnehmers aufweise oder die gegen ein Verbotsgesetz verstoße (Bauer/Göpfert/Krieger § 8 Rn. 18 f.; Wendeling-Schröder in Wendeling-Schröder/Stein § 8 Rn. 11). Es wird auch angenommen, dass die Anforderungen nicht in Einklang mit einem rechtmäßigen Zweck stehen, wenn bereits der Unternehmens- oder Betriebszweck oder der konkrete Arbeitseinsatz gegen ein gesetzliches Verbot verstößt (Meinel/Heyn/Herms § 8 Rn. 9) bzw. dass der Zweck, der die Differenzierung nach einem Merkmal nach § 1 AGG bedinge, rechtmäßig sein müsse

(Schleusener in Schleusener/Suckow/Voigt § 8 Rn. 17). Durch das Merkmal der Angemessenheit werde eine Verhältnismäßigkeitsprüfung gefordert, dh. die entsprechende Anforderung müsse geeignet und erforderlich sein, um das rechtmäßige Ziel, das der Arbeitgeber verfolge, zu erreichen, und die Anforderung müsse verhältnismäßig im engeren Sinn sein. Dabei sei die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn durch eine Abwägung des beruflichen Zwecks, der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten unternehmerischen Handlungsfreiheit des Arbeitgebers einerseits und aus den aus Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG sowie aus dem europäischen Primärrecht folgenden geschützten Interessen des Beschäftigten zu ermitteln (Schleusener in Schleusener/Suckow/Voigt § 8 Rn. 18; Bauer/Göpfert/Krieger § 8 Rn. 20; ähnlich auch Wendeling-Schröder in Wendeling-Schröder/Stein § 8 Rn. 12).

- 51** bb) Ausgehend von dem gesetzlichen Wortlaut und dem gesetzlichen Sinnzusammenhang kommt es gemäß § 8 Abs. 1 AGG auf die Rechtmäßigkeit des unternehmerischen Zweckes, der die Anforderung bedingt, an. Der unternehmerische Zweck, der durch die von dem Beschäftigten auszuübende Tätigkeit, für die ein in § 1 AGG genanntes Merkmal eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung ist, verfolgt werden soll, muss also rechtmäßig sein. Er darf nicht gegen eine Verbotsnorm verstoßen. Das Merkmal der Angemessenheit der Anforderung verlangt, dass eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen ist. Diese hat sich dabei auf den von dem Arbeitgeber mit der Tätigkeit verfolgten unternehmerischen Zweck einerseits und den Nachteil für den Beschäftigten andererseits zu beziehen (vgl. auch BT-Drucks. 16/1780 S. 35). Insoweit ist eine Abwägung auch unter Berücksichtigung der betroffenen Grundrechte und des europäischen Primärrechts vorzunehmen (siehe auch Schleusener in Schleusener/Suckow/Voigt § 8 Rn. 18; Bauer/Göpfert/Krieger § 8 Rn. 20; ähnlich auch Wendeling-Schröder in Wendeling-Schröder/Stein § 8 Rn. 12; Meinel/Heyn/Herms § 8 Rn. 10). Dabei ist auf Seiten des Arbeitgebers zu beachten, dass durch Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 GG die unternehmerische Handlungsfreiheit geschützt ist. Diese umfasst das Recht des Arbeitgebers zu entscheiden, welche unternehmerischen Ziele er überhaupt verfolgt, aber auch die Ausgestaltung der betrieblichen Arbeitsorganisation (vgl. BAG 26. September 2002 - 2 AZR 636/01 - BAGE 103, 31 [BAG 26.09.2002 - 2 AZR 636/01] = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 124 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 124; 24. April 1997 - 2 AZR 352/96 - BAGE 85, 358 = AP KSchG 1969 § 2 Nr. 42 = EzA KSchG § 2 Nr. 26). Auch die Gestaltung des Anforderungsprofils für den zu besetzenden freien Arbeitsplatz unterliegt der unternehmerischen Handlungsfreiheit des Arbeitgebers (BAG 7. Juli 2005 - 2 AZR 399/04 - Rn. 32 f., AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 138 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 138). Der öffentliche Arbeitgeber darf im Rahmen seiner Organisationsgewalt ebenfalls die Dienstposten nach organisatorischen Bedürfnissen und Möglichkeiten einrichten und näher ausgestalten. Es unterliegt daher auch seinem organisatorischen Ermessen, welche Anforderungen demgemäß der Bewerberauswahl zugrunde zu legen sind (vgl. BVerfG 8. Oktober 2007 - 2 BvR 1846/07 - Rn. 16 mwN, NVwZ 2008, 69). In die Abwägung einzubeziehen sind auch die Rechte von Dritten, die unmittelbar von der unternehmerischen Tätigkeit betroffen werden. Auf Seiten des Beschäftigten einschließlich des Bewerbers ist der sich aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG ergebende Schutzzweck und der durch § 1 AGG gewährte Schutz zu berücksichtigen.
- 52** cc) Der vom beklagten Land im vorliegenden Fall verfolgte unternehmerische Zweck ist rechtmäßig. Dieser besteht in der erzieherischen und sozialpädagogischen Betreuung von Schülerinnen und Schülern im Internat einschließlich der Aufsicht und Betreuung der im Mädchengebäude wohnenden Schülerinnen während der Nacht durch Einrichtung eines Nachtdienstes. Ausgehend von diesem von dem beklagten Land mit der Besetzung der Stelle verfolgten unternehmerischen Zweck ist es angemessen, lediglich eine Frau einzustellen. Die gemäß Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Persönlichkeitsrechte der Schülerinnen in dem Internat und ihr Grundrecht aus Art. 1 Abs. 1 GG auf Achtung der Menschenwürde und der Erziehungsauftrag des beklagten Landes überwiegen das Interesse des Klägers, diese Stelle zu erhalten.
- 53** dd) Das Erfordernis der Angemessenheit verlangt vom Arbeitgeber nicht, seine Arbeitsorganisation bzw. seine Arbeitsplätze so einzurichten bzw. umzugestalten, dass damit eine Ungleichbehandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes ausgeschlossen wird. § 8 AGG erlaubt nämlich gerade eine Ungleichbehandlung wegen eines der in § 1 AGG genannten Gründe, wenn dieser aufgrund

der auszuübenden Tätigkeit bzw. der Art ihrer Ausübung erforderlich ist. Die an den Beschäftigten gestellte Anforderung hinsichtlich eines in § 1 AGG genannten Grundes muss nach der gesetzlichen Bestimmung lediglich bezogen auf den verfolgten beruflichen Zweck angemessen sein. Allerdings ist die berufliche Anforderung dann nicht mehr angemessen, wenn die Einrichtung des Arbeitsplatzes bzw. Festlegung, welche Arbeitsleistungen auf dem Arbeitsplatz zu erbringen sind, auf eine unternehmerische Entscheidung zurückzuführen ist, die ihrerseits willkürlich, offenbar unvernünftig oder offenbar unsachlich ist, selbst wenn der letztlich verfolgte berufliche Zweck rechtmäßig sein sollte. Insoweit hat eine Missbrauchskontrolle stattzufinden, die sich daran zu orientieren hat, dass der Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligungen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes nicht unangemessen zurückgedrängt werden darf (vgl. zB BAG 26. September 2002 - 2 AZR 636/01 - zum Missbrauch einer unternehmerischen Entscheidung zur Begründung einer Kündigung, BAGE 103, 31 [BAG 26.09.2002 - 2 AZR 636/01] = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 124 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 124). Demnach kann der Arbeitgeber das Vorhandensein eines in § 1 AGG genannten Merkmales dann nicht verlangen, wenn er in willkürlicher oder offensichtlich unvernünftiger oder offensichtlich unsachlicher Weise einen Arbeitsplatz eingerichtet hat, für dessen Ausübung gerade eines der in § 1 AGG genannten Merkmale unverzichtbar ist.

- 54 ee) Im vorliegenden Fall beruht die Entscheidung des beklagten Landes, einen Arbeitsplatz mit dem Anforderungsprofil "Nachtdienst im Mädchengebäude im Wechsel mit drei weiteren Erzieherinnen und während des Tages Betreuung von Internatsschülerinnen und Internatsschülern" nicht auf einer willkürlichen oder offensichtlich unvernünftigen oder unsachlichen Entscheidung. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts war es in dem dem Staatlichen E-Gymnasium angeschlossenen Internat üblich, dass im Mädcheninternat vier Stellen für Erzieherinnen vorgesehen waren, die im Wechsel auch für den Nachtdienst zuständig waren. Dagegen wurde der Nachtdienst im Gebäude, in dem die Jungen wohnen, im Wechsel durch drei Erzieher wahrgenommen. Eine Erzieherin war ausgeschieden. Das beklagte Land hat demnach bei der Besetzung der Stelle nicht die Arbeitsorganisation geändert, um männliche Bewerber auszuschließen, sondern die bisherige Arbeitseinteilung beibehalten. Diese Einteilung, die jedenfalls teilweise gemeinsame Betreuung sowohl der Schülerinnen und Schüler am Tage durch sieben Erzieherinnen und Erzieher und die Durchführung des Nachtdienstes durch eine der vier Erzieherinnen im Mädchenhaus und durch einen der drei Erzieher im Jungenhaus jeweils im Wechsel, ist angesichts der Anzahl der zu betreuenden Mädchen (120 Mädchen) im Verhältnis zu der Anzahl der zu betreuenden Jungen (76 Jungen) ebenfalls weder willkürlich noch offensichtlich unvernünftig oder offensichtlich unsachlich.
- 55 IV. Ohne Erfolg wendet sich die Revision dagegen, dass das Berufungsgericht dem beklagten Land nicht gemäß § 97 Abs. 2 ZPO die Kosten des Berufungsverfahrens auferlegt hat. Die Anwendung des § 97 Abs. 2 ZPO setzt voraus, dass die obsiegende Partei auf Grund eines neuen Vorbringens obsiegt, das sie in einem früheren Rechtszug geltend zu machen imstande war. Da der Zweck dieser Vorschrift darin besteht, im Interesse der Prozessbeschleunigung demjenigen die Kosten des Rechtsmittelverfahrens aufzuerlegen, der den Prozess nachlässig führt (BGH 2. März 2005 - VIII ZR 174/04 - Rn. 12 mwN, NJW-RR 2005, 866), setzt das Imstandesein im Sinne dieser Vorschrift voraus, dass die Partei nicht nur in der Lage war, das Vorbringen im früheren Rechtszug geltend zu machen, sondern für eine sorgfältige und auf Förderung des Verfahrens iSd. § 282 ZPO bedachte Person dafür auch Anlass bestand (Musielak/Wolst ZPO 6. Aufl. § 97 ZPO Rn. 10; Zöller/Herget ZPO 27. Aufl. § 97 Rn. 11; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO 67. Aufl. § 97 Rn. 50). Das Arbeitsgericht hatte dem beklagten Land keine Auflage gemäß § 56 Abs. 1 Nr. 1 ArbGG erteilt. Es hatte dem beklagten Land mit Beschluss vom 19. September 2007 lediglich pauschal aufgegeben, "sämtliche Einwendungen auf die Klage substantiiert und unter Beweistritt darzulegen bis 17.10.2007". Eine Auflage nach § 56 Abs. 1 Nr. 1 ArbGG setzt jedoch voraus, dass die Partei aufgefordert wird, sich zu konkreten, aufklärungspflichtigen Tatsachen zu äußern (vgl. BAG 19. Juni 1980 - 3 AZR 1177/79 - AP ArbGG 1979 § 56 Nr. 1 = EzA ArbGG 1979 § 56 Nr. 1). Nachdem der Kläger erstmals mit Schriftsatz vom 12. November 2007 bestritten hatte, dass der Stelleninhaber im Mädcheninternat Nachtdienste durchzuführen hat, war die in der mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht am 21. November 2007 erfolgte Ergänzung des Vortrages durch das beklagte Land nicht iSd. § 282 ZPO verspätet. Soweit dieses erstinstanzlich seine Behauptungen nicht unter

Beweis gestellt hatte, liegt auch darin keine Verletzung der Pflicht aus § 282 Abs. 1 ZPO . Das Arbeitsgericht wäre gemäß § 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO verpflichtet gewesen, nach Eingang des Schriftsatzes vom 12. November 2007 das beklagte Land aufzufordern, seine Behauptungen unter Beweis zu stellen. Da ein solcher Hinweis nicht erfolgt ist, jedenfalls fehlt es an der Aktenkundigkeit ( § 139 Abs. 4 Satz 2 ZPO ), verstieß das beklagte Land nicht gegen die sich aus § 282 ZPO ergebenden Prozessförderungspflichten.

**56** V. Der Kläger hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen.

---

Hauck  
Böck  
Breinlinger  
Brückmann  
Volz

Verhältnis zu bisheriger Rechtsprechung:

Zu Orientierungssatz 2: Fortführung von: BAG 7. Juli 2005 - 2 AZR 399/04 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 138 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 138 und BVerfG 8. Oktober 2007 - 2 BvR 1846/07 - NVwZ 2008, 69

Branchenspezifische Problematik: Schulen mit Internat

Besonderer Interessentenkreis: Schulträger

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.