

**11 Sa 698/15**  
13 Ca 12509/12  
(ArbG München)

Verkündet am: 20.04.2016

Öschay  
Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle



## **Landesarbeitsgericht München**

Im Namen des Volkes

### **URTEIL**

In dem Rechtsstreit

Dr. A.  
A-Straße, A-Stadt

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt B.  
B-Straße, A-Stadt

gegen

C.

E-Straße, E-Stadt

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte D.  
D-Straße, D-Stadt

hat die 11. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 9. März 2016 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Neumeier und die ehrenamtlichen Richter Dr. Häusler und Hauke

für Recht erkannt:

- 1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts München (Az.: 13 Ca 12509/12) vom 18.06.2015 wird zurückgewiesen.**
- 2. Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.**
- 3. Die Revision wird hinsichtlich der Zurückweisung der Berufung betreffend Antrag 2. (Zahlung von € 8.149,60 brutto) zugelassen, im Übrigen nicht zugelassen.**

### **Tatbestand:**

Die Parteien streiten über die Zahlung von Vergütung und Ersatz eines Steuerschadens.

Die Klägerin wurde zum 01.09.2000 als ärztliche Mitarbeiterin bei der F., deren Rechtsnachfolgerin die Beklagte ist, im Sozialmedizinischen Dienst (SMD) eingestellt. Vor ihrer Tätigkeit bei der Beklagten war die Klägerin 14 Monate beim Kreiskrankenhaus G. tätig. Die Eingruppierung der Klägerin dort erfolgte in eine Vergütungsgruppe, welche Tätigkeiten eines Facharztes voraussetzt.

Am 16.10.2002 erhielt die Klägerin ihre Anerkennung als Internistin und damit als Fachärztin.

Es existiert eine interne Verfügung der Beklagten vom 10.03.2004 (Bl. 195 d.), aus der hervorgeht, dass zugunsten der Klägerin ihre 14-monatige ärztliche Tätigkeit beim Kreis-krankenhaus G. hinsichtlich des 8-jährigen Bewährungsaufstiegs nach Vergütungsgruppe 1a KnAT anzurechnen ist.

Seit 01.07.2005 übte die Klägerin die Leitung des SMD aus.

Seit 01.01.2010 findet auf das Arbeitsverhältnis der Tarifvertrag für Ärztinnen und Ärzte in den Sozialmedizinischen Dienststellen der Deutschen Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See vom 08.07.2010 (nachfolgend „TV-Ärzte“) Anwendung.

Als ärztliche Leiterin eines SMD wurde die Klägerin nach Entgeltgruppe V des TV-Ärzte vergütet. Der TV-Ärzte enthält zur Eingruppierung und Entgeltzahlung in § 15 allgemeine Eingruppierungsregelungen:

- „(1) *Die Eingruppierung der Ärztinnen und Ärzte richtet sich nach den Tätigkeitsmerkmalen des § 16. Die Ärztin / Der Arzt erhält Entgelt nach der Entgeltgruppe, in der sie / er eingruppiert ist.*
- (2) *Die Ärztin / Der Arzt ist in der Entgeltgruppe eingruppiert, deren Tätigkeitsmerkmalen die gesamte von ihm nicht nur vorübergehend auszuübende Tätigkeit entspricht. Die gesamte auszuübende Tätigkeit entspricht den Tätigkeitsmerkmalen einer Entgeltgruppe, wenn zeitlich mindestens zur Hälfte Arbeitsvorgänge anfallen, die für sich genommen die Anforderungen eines Tätigkeitsmerkmals oder mehrerer Tätigkeitsmerkmale dieser Entgeltgruppe erfüllen. Kann die Erfüllung einer Anforderung in der Regel erst bei der Betrachtung mehrerer Arbeitsvorgänge festgestellt werden, sind diese Arbeitsvorgänge für die Feststellung, ob diese Anforderung erfüllt ist, insoweit zusammen zu beurteilen. Ist in einem Tätigkeitsmerkmal als Anforderung eine Voraussetzung in der Person der Ärztin / des Arztes bestimmt, muss auch diese Anforderung erfüllt sein.*

...“

§ 16 TV-Ärzte legt die Entgeltgruppen wie folgt fest:

*„Ärztinnen und Ärzte sind wie folgt eingruppiert:*

- a) *Entgeltgruppe I:  
Ärztin / Arzt mit entsprechender Tätigkeit.*

- b) *Entgeltgruppe II:  
Fachärztin / Facharzt mit entsprechender Tätigkeit.*
- c) *Entgeltgruppe III:  
Fachärztin / Facharzt mit entsprechender Tätigkeit  
und mit Zusatzqualifikation Sozialmedizin.*
- d) *Entgeltgruppe IV:  
Fachärztin / Facharzt und gleichzeitig ständige Vertreterin /  
ständiger Vertreter der Leiterin / des Leiters einer  
Sozialmedizinischen Dienststelle.*
- e) *Entgeltgruppe V:  
Leiterin / Leiter einer Sozialmedizinischen Dienststelle.“*

In § 19 sind die Stufen der jeweiligen Entgeltgruppen geregelt:

- „(1) *„Ärztinnen und Ärzte erreichen die jeweils nächste Stufe – in Abhängigkeit von ihrer Leistung gemäß § 20 Abs. 2 – nach den Zeiten einer Tätigkeit innerhalb derselben Entgeltgruppe bei ihrem Arbeitgeber (Stufenlaufzeit) und zwar in  
...  
e) Entgeltgruppe V  
Stufe 2: Nach vierjähriger fachärztlicher Tätigkeit  
Stufe 3: Nach achtjähriger fachärztlicher Tätigkeit  
Stufe 4: Nach zwölfjähriger fachärztlicher Tätigkeit.“*
- (2) *Bei der Anrechnung von Vorbeschäftigungen werden in der Entgeltgruppe I Zeiten ärztlicher Tätigkeit angerechnet. Eine Tätigkeit als Ärztin / Arzt im Praktikum gilt als ärztliche Tätigkeit. In der Entgeltgruppe II werden Zeiten fachärztlicher Tätigkeit in der Regel angerechnet. Zeiten einer vorhergehenden beruflichen Tätigkeit können angerechnet werden, wenn sie für die vorgesehene Tätigkeit förderlich sind.“*

Der Tarifvertrag zur Überleitung der Ärztinnen und Ärzte in den Sozialmedizinischen Dienststellen der Deutschen Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See vom 08.07.2010 (nachfolgend TVÜ-Ärzte) enthält in § 4 für die Zuordnung der Ärztinnen und Ärzte folgende Regelung:

- „(1) Die Ärztinnen und Ärzte werden derjenigen Entgeltgruppe und Stufe (§ 16, 19 TV-Ärzte-SMD/DRV KBS) zugeordnet, die sie erreicht hätten, wenn die Entgelttabelle für Ärztinnen und Ärzte bereits seit Beginn ihrer Zugehörigkeit zu der für sie maßgebenden Entgeltgruppe gegolten hätte.
- (2) Für die Stufenfindung bei der Überleitung zählen die bisher anerkannten Zeiten im jetzigen Arbeitsverhältnis zu demselben Arbeitgeber. Zeiten ärztlicher Tätigkeit bei anderen Arbeitgebern und Zeiten als Ärztin / Arzt im Praktikum sind bei der Stufenfindung nach § 19 TV-Ärzte-SMD/DRV KBS zu berücksichtigen.“

§ 37 TV-Ärzte enthält die Regelung einer sechsmonatigen Ausschlussfrist nach Fälligkeit.

Im Dezember 2013 erfolgte eine Änderung des TV-Ärzte rückwirkend zum Januar 2013. Dabei wurde § 19 Abs.1e) TV-Ärzte dahingehend abgeändert, dass es nunmehr eine Stufe mehr als zuvor gibt. Die Stufe 4 ist nunmehr das, was die Stufe 3 war (8-jährige fachärztliche Tätigkeit). Die höchste Stufe 5 ist nun bereits nach 10-jähriger fachärztlicher Tätigkeit erreicht. Dementsprechend wurde die Klägerin nach Abschluss des neuen Tarifvertrages rückwirkend zum Januar 2013 in die höchst mögliche Stufe 5 eingruppiert.

Mit E-Mail vom 07.03.2012 und 15.03.2012 sowie mit Schreiben vom 26.04.2012 machte die Klägerin ihre Eingruppierung in Stufe 4 der Entgeltgruppe V ab 02.07.2011 geltend und die Nachzahlung der sich ergebenden Differenz. Die gerichtliche Geltendmachung der Ansprüche erfolgte zunächst nicht, da ein weiterer gerichtlicher Streit der Parteien über die Eingruppierung der Klägerin in die Stufe 3 statt 2 der Entgeltgruppe V bereits anhängig war. Nach rechtskräftigem Abschluss jenes Verfahrens forderte die Klägerin die Beklagte nochmals auf, ihr die sich aus der ihr zustehenden Höhergruppierung in die Stufe 4 der Entgeltgruppe V ergebenden Differenzbeträge auszuführen mit Schreiben vom 23.06.2014.

Bereits mit Schreiben vom 09.08.2012 hatte die Klägerin angekündigt, dass sie Pflegezeit nach § 3 PflegeZG ab 01.08.2013 wegen der häusliche Pflege ihres Vaters bei nur teilweiser Freistellung in Anspruch nehmen werde (Bl. 201 d. A.). Trotz mehrfacher Aufforderung durch die Klägerin kam eine schriftliche beiderseits unterschriebene Vereinbarung über diese Freistellung nicht zustande. Mit Schreiben vom 25.06.2013 (Bl. 208 d. A.) teilte die Beklagte der Klägerin folgendes mit:

*„in Anwendung des Pflegezeitgesetzes beschäftigen wir Sie antragsgemäß in der Zeit vom 01.08.2013 bis 31.01.2014 mit 80 % der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit einer Vollbeschäftigten (das sind zurzeit 32 Stunden).*

*Die Verteilung der Arbeitszeit erfolgt auf die Tage Dienstag bis Freitag.*

*Im Übrigen verweisen wir, insbesondere bezüglich der tarif- und sozialversicherungsrechtlichen Auswirkungen der Arbeitszeitreduzierung auf unser Merkblatt zum Pflegezeitgesetz für Tarifbeschäftigte und Auszubildende, welches wir in der Anlage beifügen. Für Rückfragen stehen wir gerne zur Verfügung.“*

Mit Schreiben vom 09.07.2013 sowie 21.07.2013 forderte die Klägerin die Beklagte nochmals auf, eine Pflegezeitvereinbarung zu unterzeichnen. Eine solche kam jedoch nicht zustande. Die Klägerin erschien im August auch montags zur Arbeit. Mit Schreiben vom 12.08.2013 (Bl. 367 d. A.) teilte die Beklagte der Klägerin über ihren Prozessbevollmächtigten daraufhin folgendes mit:

*„... Mit Schreiben vom 09.08.2012 haben Sie im Namen und im Auftrag Ihrer Mandantin die Inanspruchnahme von Pflegezeit nach § 3 PflegeZG ab dem 01.08.2013 für die Dauer von sechs Monaten angekündigt. Mit dieser Erklärung hat Ihre Mandantin ihr einmaliges Gestaltungsrecht verbraucht.*

*Aufgrund der genannten Erklärung Ihrer Mandantin befindet sich diese seit dem 01.08.2013 in Pflegezeit. Bereits mit Schreiben vom 25.06.2013 haben wir mitgeteilt, dass die Verteilung der Arbeitszeit auch wie von Ihrer Mandantin gewünscht erfolgen kann. Die hier erforderlichen Umstellungen im Zeiterfassungsprogramm und im Gehaltsprogramm wurden entsprechend vorgenommen.*

*Vor diesem Hintergrund ist Ihr aktuelles Schreiben für uns nicht nachvollziehbar und wirft die Frage auf, ob Ihre Mandantin die in Anspruch genommene Pflegezeit nunmehr vorzeitig beenden möchte.*

*Sollte dies der Fall sein, bitten wir um eine entsprechende Mitteilung, damit hier geprüft werden kann, ob die nach § 4 Abs. 2 Satz 3 PflegeZG erforderliche Zustimmung erteilt werden kann.*

*Abschließend bitten wir Ihre Mandantin aus gegebenem Anlass an den arbeitsfreien Tagen den Dienst nur ausnahmsweise und ausschließlich nach vorheriger Absprache mit Ihrem Vorgesetzten aufzunehmen. . . .“*

Im Monat August 2013 hätte die Klägerin regulär eine Bruttovergütung von € 7.500,00 erhalten. Aufgrund der Inanspruchnahme von Pflegezeit rechnete die Beklagte nur € 6.000,00 brutto ab. Mit Schreiben vom 23.09.2013 forderte die Klägerin die Beklagte auf, das volle Gehalt für August 2013 abzurechnen und den Differenzbetrag auszusahlen.

Die Beklagte hatte im November 2009 eine Kündigung zum 31.03.2010 ausgesprochen und die Gehaltszahlung ab April 2010 gegenüber der Klägerin eingestellt. Im Kündigungsschutzverfahren vor der 30. Kammer des Arbeitsgerichts München hatte die Kammer die Unwirksamkeit der Kündigung festgestellt, allerdings das Arbeitsverhältnis nach §§ 9, 10 KSchG aufgelöst. Eine rechtskräftige Aufhebung der Auflösung des Arbeitsverhältnisses erfolgte im Berufungsverfahren vor der 9. Kammer des LAG am 22.03.2011. Eine Nachzahlung der Gehaltszahlung ab April 2010 erfolgte im Jahr 2011. In einem diesbezüglichen Arbeitsgerichtsverfahren über die Nachzahlung der Gehälter stellte das LAG München am 20.02.2014 (3 Sa 923/13) rechtskräftig fest, dass die Beklagte die Einstellung der Gehaltszahlung ab April 2010 nicht gem. § 286 Abs. 4 BGB zu vertreten hatte und insoweit einem entschuldbaren Rechtsirrtum unterlag. Nachdem die Klägerin ihren Steuerbescheid für 2011 am 15.01.2013 erhalten hatte, ließ sie zur Feststellung eines Steuer Schadens eine Vergleichsberechnung erstellen (vgl. hierzu Bl. 213 d. A.). Die Beklagte wurde mit Schreiben vom 07.06.2013 unter Fristsetzung vom 20.06.2013 erfolglos aufgefordert, der Klägerin den entstandenen Steuerschaden auszugleichen.

Vor der im November 2009 ausgesprochenen Kündigung hatte die Geschäftsführung der Beklagten am 26.10.2009 eine Tischvorlage für die Vorstandssitzung vom 29.10.2009 zur Vorbereitung der Kündigung verfasst. Die Ergebnisse der Vorstandssitzung wurden in einem Protokoll vom 29.10.2009 festgehalten (Bl. 243 und 239 d. A.). Wegen der nach Auffassung der Klägerin unwahren und ehrenrührigen über sie aufgestellten Behauptungen in dem Vorstandsprotokoll und der Tischvorlage hatte die Klägerin Klage auf (eingeschränkten) Widerruf, Unterlassung und Schmerzensgeld mit Klageschrift vom 01.08.2011 erhoben. Gegen das ihre Klage abweisende Urteil des Arbeitsgerichts wandte sich die Klägerin mit einer Berufung, wobei sie ihre Klage im Berufungsrechtszug insoweit erweiterte, als sie nun auch den (eingeschränkten) Widerruf bezüglich der in dem Internet-Portal niedergelegten Behauptungen über sie begehrte, hilfsweise die Unkenntlichmachung der entsprechenden Passagen des auf dem Internet-Portal niedergelegten Vor-

standsprotokolls vom 29.10.2009 (vgl. Bl. 281 ff. d. A.). Das LAG München (4 Sa 543/12) wies die Berufung der Klägerin insgesamt zurück und ließ die Revision zum BAG nicht zu. Das LAG München führte in dem Urteil auf Seite 24 (Bl. 309 d. A.) Folgendes aus:

- „b) *Unabhängig hiervon – und hinsichtlich der weitergehenden Widerrufsansträge der Klägerin unter Ziffer 8./8.1 bis 8.5 einschließlich wiederum der dortigen Hilfsanträge als (eingeschränkter Widerruf) bezogen auf eine Nichtaufrechterhaltung der angezogenen Behauptungen, inklusive auch des (weiteren) Hilfsantrags auf Unkenntlichmachung eines Teils des Vorstandsprotokolls vom 29.10.2009 – kommt, wie auch insoweit das Arbeitsgericht bereits zutreffend ausgeführt hat, ein Widerrufsanspruch (§§ 1004, 823 Abs. 1 BGB, auch als quasinegatorischer Beseitigungsanspruch) nur bei Tatsachenbehauptungen in Betracht, für deren Unrichtigkeit die Klägerin grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast trägt.*“

Die daraufhin von der Klägerin erhobene Nichtzulassungsbeschwerde wurde vom BAG durch Beschluss vom 22.08.2013 (Bl. 316 d. A.) zurückgewiesen. Unter II. Ziffer 4. der Gründe führte das BAG aus:

*„Soweit die Klägerin geltend macht, das Landesarbeitsgericht habe entweder über ihre Berufungsanträge Ziffer 8./8.1 bis Ziffer 8.5 nicht entschieden oder es habe diese Entscheidung aber nicht begründet, ist ihre Nichtzulassungsbeschwerde unzulässig.*

*In ersterem Fall hätte die Klägerin eine Urteilsergänzung nach § 321 ZPO beantragen müssen, in letzterem Fall wäre eine Nichtzulassungsbeschwerde unzulässig, weil eine solche für diesen Fall nicht vorgesehen ist. § 72 Abs. 2 Nr. 3 ArbGG verweist nämlich nicht auf den absoluten Revisionsgrund des § 547 Nr. 6 ZPO (Entscheidung ohne Gründe).“*

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis der Klägerin erneut unter dem 30.10.2013 und 30.01.2014. Die Kündigung vom 30.10.2013 wurde durch rechtskräftiges Versäumnisurteil des Arbeitsgerichts München vom 12.12.2013 für unwirksam erklärt. Die Kündigungsschutzklage der Klägerin gegen die Kündigung vom 30.01.2014 wurde zweitinstanzlich am 19.05.2015 abgewiesen. Hierauf hat die Klägerin Nichtzulassungsbeschwerde erhoben. Das BAG hat hierauf das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom



19.05.2015 aufgehoben und den Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Im vorliegenden Verfahren begehrt die Klägerin zunächst (soweit für das Berufungsverfahren von Bedeutung) die Unkenntlichmachung von Teilen des Vorstandsprotokolls vom 29.10.2009, hilfsweise die Sperrung der darin enthaltenen auf die Klägerin bezogenen Daten. Diesbezüglich war die Klägerin erstinstanzlich der Auffassung, dass der Anspruch trotz der Entscheidung im Verfahren vor dem LAG München (4 Sa 543/12) weiterhin erneut verlangt werden könne, da in diesem Urteil über diesen Anspruch nicht entschieden worden sei. Jedenfalls stünde die Rechtskraft dieser Entscheidung dem Anspruch deswegen nicht entgegen, da sich aufgrund Zeitablaufs die Umstände verändert hätten. Es würde sich um einen Dauertatbestand handeln, auf den aufgrund dessen Persönlichkeitsverletzung, welche fortwirke, die Klägerin mit dem entsprechenden Anspruch auf Unkenntlichmachung reagieren könne. Insbesondere sei das Persönlichkeitsrecht der Klägerin durch die Veröffentlichung im Internet-Portal der Beklagten verletzt. Dort würden herabsetzende, entwürdigende Äußerungen und Verhaltensweisen veröffentlicht, die geeignet wären, die Klägerin zu stigmatisieren.

Des Weiteren begehrt die Klägerin die Nachzahlung der Differenz des Lohnes zwischen der bezahlten Vergütung und der Vergütung nach Stufe 4 Entgeltgruppe V des § 16 TV-Ärzte für den Zeitraum vom 02.07.2011 bis 31.12.2012. Die Klägerin sei bereits am 01.07.2011 12 Jahre fachärztlich tätig gewesen, auch wenn sie die Facharztzulassung erst am 16.10.2002 erhalten habe. Dies ergebe sich insbesondere daraus, dass die Zeit der Tätigkeit beim Kreiskrankenhaus G. bei der Stufenlaufzeit zu berücksichtigen sei, da die Klägerin dort ausweislich der dortigen Eingruppierung bereits fachärztlich tätig gewesen sei. Aus § 16 TV-Ärzte ergebe sich zudem, dass die Facharztqualifikation bei einer Eingruppierung in Entgeltgruppe V nicht Voraussetzung sei. Die Regelung in § 19 Abs. 1 e) TV-Ärzte, nach der die jeweils nächste Stufe innerhalb derselben Entgeltgruppe bei Stufe 4 nach 12-jähriger fachärztlicher Tätigkeit erreicht werde, sei lediglich ein Redaktionsversehen. Insoweit seien die beiden Vorschriften widersprüchlich und auslegungsbedürftig. Für die Entgeltgruppe V werde aber weder eine Facharztqualifizierung noch die Zusatzqualifikation Sozialmedizin verlangt. Die Facharztzulassung stelle kein Tätigkeitsmerkmal dar. Die Beklagte habe auch Dienststellenleiter, die nicht Fachärzte seien. Ins-

besondere sei dies auch nachvollziehbar, weil Leiter von Sozialmedizinischen Dienststellen erheblich mit Verwaltungsaufgaben und weniger mit Facharztfragen beschäftigt seien. Auch sei nach der Überleitungsvereinbarung TVÜ-Ärzte § 4 Abs. 2 geregelt, dass ärztliche Tätigkeiten bei anderen Arbeitgebern bei der Stufenfindung zu berücksichtigen seien. Entsprechend habe die Beklagte auch beim Bewährungsaufstieg im Jahr 2004 diese Tätigkeiten beim Kreiskrankenhaus Landau anerkannt. Die Geltendmachung per E-Mail reiche auch zur Wahrung der Ausschlussfrist des Tarifvertrages aus.

Des Weiteren begehrt die Klägerin Vergütung für August 2013 in Höhe der Differenz zwischen der bezahlten Vergütung und der Vergütung i.H.v. € 7.500,00, mithin € 1.500,00 brutto, da die Klägerin im August auch an den Montagen gearbeitet habe, insoweit volle Arbeitsleistung erbracht habe. Zwischen den Parteien sei eine erforderliche schriftliche Vereinbarung über die Regelungen der Pfl egeteilzeit nicht zustande gekommen, so dass die Pflegezeitvereinbarung nicht wirksam gewesen sei. Die Klägerin sei daher verpflichtet gewesen, die volle Arbeitsleistung zu erbringen, was sie auch getan habe. Dies zeige insbesondere auch die Tatsache, dass das Zeiterfassungsprogramm eine Sollzeit für Montag enthalten habe. Im Schreiben vom 25.06.2013 sei der Klägerin auch nicht mitgeteilt worden, wie sich die reduzierte Arbeitszeit von 32 Stunden auf die die Tage Dienstag bis Freitag verteilen solle.

Schließlich stehe der Klägerin Schadensersatz dafür zu, dass die Beklagte die Gehaltszahlungen an die Klägerin ab April 2010 eingestellt habe und die offenen Gehälter erst im Jahr 2011 nachbezahlt habe. Die Beklagte habe sich in Verzug befunden und sei verpflichtet, den entstandenen Steuerschaden zu ersetzen. Die Beklagte habe die verzögerte Gehaltszahlung auch zu vertreten.

Die Klägerin beantragte erstinstanzlich (soweit für die Berufung von Bedeutung):

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin € 9.139,60 brutto und Jahreszinsen i.H.v. 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz, mindestens jedoch Jahreszinsen i.H.v. 4 % aus jeweils € 495,00 seit 01.08.2011 und 01.09.2011 und aus je-

weils € 509,35 seit dem jeweils Monatsersten der Monate Oktober 2011 bis einschließlich Januar 2013 zu bezahlen.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin € 1.500,00 brutto und Jahreszinsen i.H.v. 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz, mindestens jedoch Jahreszinsen i.H.v. 4 % hieraus seit 01.09.2013 zu bezahlen.
3. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin € 3.278,21 und Jahreszinsen i.H.v. 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz, mindestens jedoch Jahreszinsen i.H.v. 4 % hieraus seit 21.06.2013 zu bezahlen.
4. Die Beklagte wird verurteilt, in dem im Internet-Portal unter der Anschrift [www.kbs-sv.de](http://www.kbs-sv.de) gespeicherten Vorstandsprotokoll vom 29.10.2009 den letzten Absatz auf der Seite 50 sowie den gesamten Text auf der Seite 51 und den Text vor den Unterschriften auf der Seite 52 unkenntlich zu machen.

Die Beklagte beantragte erstinstanzlich:

Klageabweisung.

Die Beklagte war erstinstanzlich der Auffassung, dass dem Anspruch auf Unkenntlichmachung des Vorstandsprotokolls die rechtskräftige Entscheidung des LAG München im Verfahren 4 Sa 543/12 entgegenstehe. Das LAG habe über diesen Anspruch, damals als Hilfsantrag gestellt, auch entschieden.

Die Zahlungsansprüche seien nicht begründet. Bezüglich der Höherstufung der Klägerin bereits zum 02.07.2011, sei zu berücksichtigen, dass die Klägerin die Voraussetzungen nicht erfüllt habe, da die 12-Jahresfrist erst im Oktober 2014 erreicht worden sei, aufgrund der Facharztqualifikation im Jahr 2002. Aus der Systematik der §§ 15 und 16 des TV-Ärzte ergebe sich, dass die Dienststellenleitung nur Fachärzten übertragen werden könne. Da in den Entgeltgruppen II bis IV jeweils die Facharztqualifikation Voraussetzung sei, sei nicht ersichtlich, dass für Entgeltgruppe V weniger als dies vorausgesetzt werden sollte. Insofern stehe dies auch im Einklang mit § 19 TV-Ärzte. Die interne Verfügung vom

10.03.2004 spreche nicht für die Argumentation der Klägerin. Darin sei die Möglichkeit eines Bewährungsaufstiegs von der Vergütungsgruppe I a nach I b KnAT geprüft worden. Voraussetzung hierfür sei eine 8-jährige ärztliche, nicht fachärztliche Tätigkeit gewesen. Die 12-jährige fachärztliche Tätigkeit, die nunmehr nach dem TV-Ärzte erforderlich sei, verlange nicht nur die Ausübung von Aufgaben eines Facharztes, sondern die Tätigkeit als Facharzt mit entsprechender Qualifikation. Darüber hinaus seien Teile der Ansprüche verfallen. Der Klägerin stehe auch kein weiterer Arbeitslohn für August 2013 zu. Die Pflegezeit sei infolge des Verlangens der Klägerin bereits mit Schreiben aus August 2012 von ihr in Anspruch genommen worden. Denn hierbei handle es sich um ein einseitiges Gestaltungsrecht des Arbeitnehmers. Entsprechend sei eine Arbeitsleistung der Klägerin im August an Montagen nicht geschuldet gewesen. Die Beklagte habe zudem die Klägerin auch schriftlich entsprechend ihrem Antrag freigestellt. Spätestens mit Zugang des Schreibens vom 12.08.2013 könne sich die Klägerin nicht mehr darauf berufen, sie habe Pflegezeit entgegen ihrer ursprünglichen Planung nicht antreten können und habe arbeiten müssen. Dem stünde das Schreiben entgegen.

Schließlich sei auch Schadensersatz für Steuernachteile nicht geschuldet. Insoweit fehle es bereits am erforderlichen Verschulden der Beklagten. Entsprechendes sei bereits vom LAG München in der Entscheidung 3 Sa 923/13 entschieden worden. Bis zur Entscheidung des LAG München vom 22.03.2011 in 9 Sa 693/10 habe sich die Beklagte in einem entschuldbaren Rechtsirrtum befunden.

Das Arbeitsgericht München hat mit dem angefochtenen Teilurteil vom 18.06.2015 insoweit die Klage abgewiesen.

Es hat dies damit begründet, dass ein Anspruch der Klägerin auf Unkenntlichmachung des Vorstandsprotokolls vom 29.10.2009 nicht bestehe, insoweit sei die Klage bereits unzulässig, da über diesen Antrag bereits rechtskräftig im Berufungsverfahren vor dem LAG München (4 Sa 543/12) entschieden sei.

Die Klägerin habe darüber hinaus keinen Anspruch auf Nachzahlung wegen unterbliebener Höherstufung im Rahmen der Entgeltgruppe V. Insoweit regle § 19 TV-Ärzte ausdrücklich, dass eine entsprechende fachärztliche Tätigkeit über den jeweiligen Zeitraum

hinweg ausgeübt werden müsse. Selbst wenn daher für die Eingruppierung in Entgeltgruppe V die fachärztliche Anerkennung nicht erforderlich sei, sei jedenfalls für die Höherstufung die mehrjährige fachärztliche Tätigkeit geschuldet. Anlass, von einem Redaktionsversehen auszugehen, bestehe nicht. Anderes ergebe sich auch nicht aus § 4 Abs. 2 TV-Ärzte. Zwar könnten ärztliche Tätigkeiten bei anderen Arbeitgebern berücksichtigt werden. Dies beziehe sich aber nur auf ärztliche Tätigkeiten, nicht hingegen auf fachärztliche Tätigkeiten. Aufgrund der tarifvertraglichen Ausschlussfristen seien jedenfalls die Ansprüche für Juli und August 2011 verfallen.

Eine restliche Vergütung für August 2013 i.H.v. € 1.500,00 sei auch nicht geschuldet, da die Klägerin nicht zur Leistung von Arbeit verpflichtet war, da der Arbeitgeber sie auch nicht zur Arbeitsleistung aufgefordert habe und Überstunden insoweit weder angeordnet, geduldet noch gebilligt gewesen seien. Die Klägerin habe mit Schreiben vom 09.08.2012 Pflegezeit ab 01.08.2013 mit Verteilung der Arbeitszeit auf Dienstag bis Freitag einer Woche beantragt. Insoweit liege ein einseitiges Gestaltungsrecht nach § 3 PflegeZG vor. Dies führe dazu, dass durch die Erklärung, Pflegezeit in Anspruch nehmen zu wollen, unmittelbar die gesetzlichen Rechtsfolgen der Pflegezeit eintreten, ohne dass es noch eines weiteren Handelns des Arbeitgebers bedürfe. Dies gelte nach der Rechtsprechung des BAG auch für die teilweise Freistellung für Pflege. Die Klägerin könne sich nicht darauf berufen, dass eine Pflegezeit wegen eines Formmangels nicht wirksam zustande gekommen sei. Zwar sehe § 3 Abs. 4 PflegeZG für die Vereinbarung bei Pflegeteilzeit ausdrücklich eine Schriftform vor. Jedoch sei aufgrund des Normzwecks der Formvorschriften davon auszugehen, dass bei Verletzung der Schriftform jedenfalls nicht Nichtigkeit eintrete. Die Warn- und Beweisfunktion spiele im vorliegenden Fall keine wesentliche Rolle, insbesondere spreche gegen die Nichtigkeitsfolge die in der Gesetzesbegründung angegebene Bezugnahme auf das Nachweisgesetz. Die Formvorschrift bezwecke wie beim Nachweisgesetz vor allem eine Klarstellung. Beide Seiten sollten sich auf das berufen können, was zwischen ihnen vereinbart sei. Der Androhung der Nichtigkeit bedürfe es schon aus Schutzgründen nicht, da der Beschäftigte ohnehin Pflegezeit in Anspruch nehmen könne. Es sei bei einer mündlichen oder nicht ausreichend schriftlichen Vereinbarung nicht von einer Nichtigkeit auszugehen. Die Beklagte habe gegenüber der Klägerin klar zum Ausdruck gebracht, dass sie deren Antrag, so wie er beantragt worden sei, annehme. Daher sei die Klägerin nicht verpflichtet gewesen, an Montagen zu arbeiten.

Sie habe die Arbeitsleistung der Beklagten aufgedrängt. Es bestehe kein Vergütungsanspruch.

Auch habe die Klägerin keinen Schadensersatzanspruch wegen des entstandenen Steuerschadens wegen verspäteter Vergütungszahlung. Insoweit habe sich die Beklagte in einem entschuldbaren Rechtsirrtum befunden. Aufgrund der Stattgabe des Auflösungsantrages habe die Beklagte auf die Wirksamkeit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses zunächst vertrauen dürfen.

Gegen dieses, der Klägerin am 17.07.2015 zugestellte, Teilurteil richtet sich die Berufung der Klägerin mit Schriftsatz vom 05.08.2015, am gleichen Tag beim Landesarbeitsgericht München eingegangen.

Die Klägerin war im Rahmen der Berufung zunächst weiterhin der Auffassung, dass Anspruch auf Unkenntlichmachung des Vorstandsprotokolls vom 29.10.2009 bestehe. Das Landesarbeitsgericht München habe in der Entscheidung 4 Sa 543/12 hierüber nicht entschieden. Des Weiteren müsse die Geltendmachung des Anspruchs auf Unkenntlichmachung nach Zeitablauf auch zulässig sein, wenn der Anspruch zu einem früheren Zeitpunkt abgelehnt worden sei, da es sich hierbei um einen Dauertatbestand handle. Wegen der Herabwürdigung im Inhalt des Vorstandsprotokolls könne die Klägerin erneut den Anspruch verfolgen. Insoweit sei der Anspruch auch begründet, da Passagen des Vorstandsprotokolls unrichtig seien. Jedenfalls habe die Klägerin hilfsweise einen Anspruch auf Sperrung des Textes nach § 35 Abs. 4 BDSG. Die Textpassagen seien nicht nachweislich richtig. Die Klägerin habe die Unrichtigkeit der Textpassagen unter Beweis gestellt. Die Beklagte sei daher verpflichtet, den Text zu sperren. Diese Klageerweiterung, welche einen anderen Streitgegenstand erfasse, als die Unkenntlichmachung, sei jedenfalls in der Berufungsinstanz wegen Sachdienlichkeit zulässig.

Die Klägerin habe des Weiteren Anspruch auf Höherstufung ab 02.07.2011, denn die Regelungen in § 16 und § 19 TV-Ärzte würden im Widerspruch stehen, sie seien auslegungsbedürftig. Aufgrund eines anzunehmenden Redaktionsversehens, sei davon auszugehen, dass fachärztliche Tätigkeiten, d.h. eine Facharztqualifikation tatsächlich für Entgeltgruppe V nicht verlangt werden könne. Aufgrund der Regelung in § 4 Abs. 2 TVÜ-

Ärzte sei zudem verpflichtend eine Anrechnung der Vorbeschäftigungszeiten beim anderen Arbeitgeber vorzunehmen. Die Klägerin habe daher unter Anrechnung der 14 Monate beim Kreiskrankenhaus G. jedenfalls fachärztliche Tätigkeiten entsprechend lang ausgeübt, so dass die Höherstufung bereits gerechtfertigt sei, auch weil die Klägerin seit Beginn ihrer Tätigkeit bei der Beklagten fachärztliche Tätigkeiten durchgeführt habe, lediglich wegen Verzögerung beim Termin der Facharztprüfung die Anerkennung erst später erlangt habe. Dies zeige auch die Anrechnung dieser Beschäftigungszeiten im Rahmen des Bewährungsaufstiegs im Jahr 2004.

Restliche Vergütungsansprüche für August 2013 seien ebenfalls begründet. Insoweit werde im Rahmen der Pflegezeit ein Gestaltungsrecht nicht einseitig durch den Beschäftigten wirksam bereits durch das Verlangen ausgeübt, vielmehr sei eine schriftlich zu treffende Vereinbarung erforderlich. Bei Nichteinhaltung der Schriftform sei daher die Pflegezeit nicht wirksam in Anspruch genommen. Insoweit habe die Klägerin, auch wegen der dargestellten Arbeitszeiten im Zeiterfassungsprogramm, auch an Montagen ihrer Arbeitspflicht nachkommen müssen. Die Beklagte habe die Arbeitsleistung der Klägerin auch angenommen, so dass diese auch zu vergüten sei.

Auch der Steuerschaden sei zu ersetzen, da die Beklagte schuldhaft Vergütungszahlungen verspätet vorgenommen habe. Insoweit sei zu berücksichtigen, dass das Arbeitsgericht bei der Stattgabe des Auflösungsantrages einen Tatbestand berücksichtigt habe, der sich erst im Rahmen einer Beweisaufnahme ergeben habe und von Seiten der Beklagten selbst nicht als Auflösungsgrund angegeben worden sei. Insoweit habe die Beklagte erkennen müssen, dass die Auflösung zu Unrecht erfolgt sei und sei daher nicht in einem entschuldbaren Rechtsirrtum gewesen. Mit Schriftsatz vom 05.04.2016 vertrat die Klägerin weiterhin die Auffassung, ein Verschulden der Beklagten hätte auch vorgelegen, weil das Arbeitsgericht das Arbeitsverhältnis deswegen aufgelöst habe, weil das Verhältnis zu einer Mitarbeiterin eine sinnvolle Zusammenarbeit nicht mehr habe erwarten lassen. Diese Mitarbeiterin sei aber bereits ausgeschieden gewesen, so dass für die Beklagte die fehlende Stichhaltigkeit dieses Auflösungsgrundes erkennbar gewesen sei. Die Beklagte habe vielmehr schuldhaft gehandelt und sei daher verpflichtet, den Steuerschaden zu ersetzen.

Die Klägerin hat zuletzt die Berufung, soweit das Arbeitsgericht den Anspruch auf Unkenntlichmachung des Vorstandsprotokolls abgewiesen hatte, zurückgenommen.

Die Klägerin beantragte daher zuletzt:

1. Das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 18.06.2015 – 13 Ca 12509/12 – wird aufgehoben.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin € 8.149,60 brutto und Jahreszinsen i.H.v. 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz, mindestens jedoch Jahreszinsen i.H.v. 4 % aus jeweils € 509,35 seit den jeweils Monatsersten der Monate Oktober 2011 bis einschließlich Januar 2013 zu bezahlen.
3. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin € 1.500,00 brutto und Jahreszinsen i.H.v. 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz, mindestens jedoch Jahreszinsen i.H.v. 4 % hieraus seit 01.09.2013 zu bezahlen.
4. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin € 3.278,21 und Jahreszinsen i.H.v. 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz, mindestens jedoch Jahreszinsen i.H.v. 4 % hieraus seit 21.06.2013 zu bezahlen.

Die Beklagte beantragte zuletzt:

Zurückweisung der Berufung.

Die Beklagte war zunächst weiterhin der Auffassung, dass über den Anspruch auf Unkenntlichmachung bereits rechtskräftig entschieden sei. Sie widersprach der Klageerweiterung um einen weiteren Hilfsantrag auf Sperrung der Daten.



Des Weiteren ist die Beklagte im Rahmen des Berufungsverfahrens weiterhin der Auffassung, dass ein Anspruch auf Höhergruppierung nicht bestehe, da für Entgeltgruppe V nicht weniger an Voraussetzungen gefordert sei, als für die Entgeltgruppen II bis IV. Insofern sei eine Facharztqualifikation Voraussetzung, insbesondere weil bereits für den Vertreter des Dienststellenleiters eine Facharztqualifikation gefordert sei. Ein Entgelt für August 2013 sei nicht geschuldet, da die Klägerin wirksam Pflegezeit in Anspruch genommen habe. Die Beklagte habe die Klägerin freigestellt, so dass die Klägerin nicht arbeiten musste und auch die Beklagte die Vergütung nicht zu leisten brauchte. Eine entsprechende Vereinbarung, wie sie durch den Antrag der Klägerin und die Annahme durch Schreiben der Beklagten vom 25.06.2013 zustande gekommen sei, habe von Seiten der Klägerin nicht einseitig abgeändert werden können. Jedenfalls sei die Klägerin freigestellt worden. Der Steuerschaden sei nicht zu ersetzen, da insoweit ein Verschulden der Beklagten nicht vorgelegen habe. Die Arbeitsleistung sei auch nicht entgegengenommen worden, vielmehr sei gegenüber der Klägerin mit Schreiben vom 12.08.2013 klargestellt worden, dass die Klägerin nicht einseitig, ohne Absprache mit ihrem Vorgesetzten, arbeiten dürfe.

Im Übrigen wird auf die Schriftsätze vom 05.08.2015, 25.08.2015, 19.10.2015, 06.11.2015, 13.01.2016, 18.01.2016, 05.04.2016 sowie auf die Sitzungsniederschriften Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe:**

Die Berufung der Klägerin ist, soweit sie nach teilweiser Berufungsrücknahme noch anfiel, unbegründet.

- 18 -

**I.**

Die nach § 64 Abs. 2 ArbGG statthafte Berufung der Klägerin ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 ZPO). Sie ist daher zulässig.

Der ursprünglich gestellte Hilfsantrag auf Sperrung von Teilen des Vorstandsprotokolls fiel nicht zur Entscheidung an, nachdem über den diesbezüglich gestellten Hauptantrag auf Unkenntlichmachung wegen Berufungsrücknahme nicht zu entscheiden war. Der Hilfsantrag war aber ersichtlich nur für den Fall gestellt, dass dem Hauptantrag nicht stattgegeben würde, also darüber überhaupt entschieden würde.

**II.**

Die Berufung ist unbegründet.

**1.** Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Nachzahlung von Vergütung wegen fehlerhafter Eingruppierung.

**a)** Die Klägerin hat für den hier streitgegenständlichen Zeitraum September 2011 bis Dezember 2012 keinen Anspruch auf Bezahlung nach Stufe 4 der Entgeltgruppe V gem. § 16 des TV-Ärzte, da die Klägerin die Voraussetzungen, wonach eine 12-jährige fachärztliche Tätigkeit vorliegen muss, nicht erfüllt.

**aa)** Die Klägerin übt seit 01.07.2005 die Leitung der Sozialmedizinischen Dienststelle aus. Daher war frühestens zu diesem Zeitpunkt eine Vergütung nach Entgeltgruppe V des § 16 TV-Ärzte geschuldet. Gem. § 19 Abs. 1 erreichen die Ärztinnen und Ärzte die jeweils nächste Stufe – in Abhängigkeit von ihrer Leistung gem. § 20 Abs. 2 – nach den Zeiten einer Tätigkeit innerhalb derselben Entgeltgruppe bei ihrem Arbeitgeber (Stufenlaufzeit). Dies bedeutet, dass innerhalb derselben Entgeltgruppe, also der Entgeltgruppe V, frühestens nach 12-jähriger fachärztlicher Tätigkeit in dieser Entgeltgruppe die Stufe 4 erreicht

werden konnte. Damit lagen die Voraussetzungen im Zeitraum von September 2011 bis Dezember 2012 schon insoweit nicht vor.

**bb)** § 19 Abs. 2 TV-Ärzte beinhaltet auch keine Anrechnung von Vorbeschäftigungszeiten. Denn in den Sätzen 1 bis 3 ist lediglich die Anrechnung von Vorbeschäftigungen in den Entgeltgruppen I und II geregelt. Ansonsten sieht Satz 4 lediglich eine fakultative Anrechnung von vorhergehenden beruflichen Tätigkeiten vor, wenn diese für die vorgesehene Tätigkeit förderlich sind. Er sieht aber keine Verpflichtung hierzu vor.

**cc)** Auch aus § 4 des TVÜ-Ärzte ergibt sich kein anderes Ergebnis. Denn nach Abs. 1 werden die Ärztinnen und Ärzte zunächst derjenigen Entgeltgruppe und Stufe zugeordnet, die sie erreicht hätten, wenn die Entgelttabelle bereits seit Beginn ihrer Zugehörigkeit zu der für sie maßgebenden Entgeltgruppe gegolten hätte. Wenn also der TV-Ärzte bereits im Zeitpunkt des 01.07.2005, als die Klägerin als Leiterin eines Sozialmedizinischen Dienstes tätig wurde, gegolten hätte, so wäre die Klägerin zu diesem Zeitpunkt in die Entgeltgruppe V eingeordnet worden. Gem. Abs. 2 Satz 1 des § 4 TVÜ-Ärzte zählen für die Stufenfindung bei der Überleitung die bisher anerkannten Zeiten im jetzigen Arbeitsverhältnis zu demselben Arbeitgeber. Dies bedeutet wiederum, dass die bisher anerkannten Zeiten, also diejenigen in der jeweiligen Entgeltgruppe nach § 19 TV-Ärzte bei diesem Arbeitgeber gelten. Letztlich dient der Überleitungsvertrag einer Eingruppierung in der Form, dass im Zeitpunkt der Überleitung, also im Jahr 2010 letztlich die Mitarbeiter so gestellt werden, wie wenn bereits früher der TV-Ärzte bereits gegolten hätte. Daher werden bereits die Tätigkeitszeiten, die vor dem Jahr 2010 in der Form anerkannt wurden, dass sie den jeweiligen Entgeltgruppen entsprochen hätten, berücksichtigt. Dies bedeutet wiederum, dass Tätigkeitszeiten der Klägerin ab dem 01.07.2005 nach Entgeltgruppe V auch bei der Einordnung in die jeweilige Stufe zu berücksichtigen sind. Schließlich ergibt sich auch aus § 4 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-Ärzte keine weitergehende Berücksichtigung. Letztlich könnte es sogar dahingestellt bleiben, ob etwa die Vordienstzeiten im Umfang von 14 Monaten im Krankenhaus Landau anzurechnen wären. Denn für den hier maßgeblichen Zeitraum von September 2011 bis Dezember 2012 würde sich ausgehend vom 01.07.2005 selbst unter Hinzuaddierung dieser Monate noch keine 12-jährige Tätigkeit in dieser Entgeltgruppe ergeben. Darüber hinaus spricht aber § 4 Abs. 2 Satz 2 lediglich von der Berücksichtigung der Zeiten ärztlicher Tätigkeit bei anderen Arbeitgebern, nicht aber

hingegen von der Berücksichtigung fachärztlicher Tätigkeiten. Nachdem aber der Tarifvertrag in § 4 Abs. 2 Satz 2 auf § 19 TV-Ärzte verweist, dort eindeutig zwischen ärztlichen und fachärztlichen Tätigkeiten differenziert wird, kann § 4 Abs. 2 Satz 2 auch keine Anrechnung fachärztlicher Tätigkeiten aus Vorbeschäftigungen bei anderen Arbeitgebern entnommen werden. Dem steht auch die Anrechnung von Vorbeschäftigungszeiten beim Bewährungsaufstieg nicht entgegen, da es dort auch nur um ärztliche Tätigkeiten ging, nicht um fachärztliche.

**b)** Darüber hinaus ist es Voraussetzung für eine höhere Stufe, dass jedenfalls eine Tätigkeit nach Facharztanerkennung innerhalb dieser Entgeltgruppe V ausgeübt wird. Auch die Tatsache, dass in § 16e bei der Entgeltgruppe V der Facharzt nicht als Voraussetzung genannt wird, hindert nicht, dass bei der jeweiligen Stufenzuordnung eine solche fachärztliche Tätigkeit dann eine Rolle spielt. Dass hier also ein Redaktionsversehen vorliegt, ist nicht erkennbar. Letztlich konnte es allerdings dahingestellt bleiben, ob die Anerkennung erforderlich ist oder lediglich die Ausübung fachärztlicher Tätigkeiten ausreicht, da, wie oben dargelegt, lediglich die Zeiten einer Tätigkeit innerhalb derselben Entgeltgruppe beim Arbeitgeber zu berücksichtigen sind. Für den hier streitgegenständlichen Zeitraum wären daher frühestens Zeiten ab dem 01.07.2005 zu berücksichtigen gewesen, so dass die Voraussetzungen der Stufe 4 ohnehin im Zeitraum September 2011 bis Dezember 2012 nicht vorgelegen hätten. Daher war auch insoweit die Berufung zurückzuweisen.

**2.** Die Klägerin hat auch keinen Anspruch auf weitere Vergütung i.H.v. € 1.500,00 für August 2013.

**a)** Insoweit kann zunächst auf die Begründung des erstinstanzlichen Urteils verwiesen werden. Denn die Klägerin hat tatsächlich von ihrem Gestaltungsrecht zur Inanspruchnahme der Pflegezeit durch ihren Antrag mit Schreiben vom 09.08.2012 Gebrauch gemacht. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich, wie im vorliegenden Fall, um eine Pflegezeit handelt oder um vollständige Inanspruchnahme der Pflegezeit, also auch bezogen auf Vollzeit. Dies hat das Bundesarbeitsgericht bereits in der Entscheidung vom 15.11.2011 (9 AZR 348/10) entschieden und dies ebenfalls in der Entscheidung auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts

München vom 19.05.2015 (9 Sa 860/14) festgehalten. Das Gestaltungsrecht wird auch bei Pflgeteilzeit bereits mit der Ankündigung der Pflgezeit in Anspruch genommen und verbraucht.

**b)** Zu Recht hat auch das erstinstanzliche Urteil im Hinblick auf die Verteilung der Arbeitszeit in der Pflgeteilzeit eine schriftliche Vereinbarung nicht für erforderlich erachtet. Dazu sieht § 3 Abs. 4 PflgeZG vor, dass bei nur teilweiser Freistellung Arbeitgeber und Beschäftigte über die Verringerung und Verteilung der Arbeitszeit eine schriftliche Vereinbarung zu treffen haben. Grundsätzlich würde dieses Schriftformerfordernis auch die strenge Schriftform nach § 126 BGB beinhalten und damit gem. § 125 BGB wegen der hier nicht eingehaltenen strengen Schriftform, eine Nichtigkeit der Vereinbarung zur Folge haben. Dies stünde aber im Widerspruch zum von Seiten des BAG angenommenen Gestaltungsrecht, das durch die Ankündigung der Pflgezeit bereits ausgeübt wird. Denn dann hätte der Arbeitnehmer zwar Pflgezeit in Anspruch genommen, die Verteilung der Arbeitszeit wäre aber nicht geregelt, eine entsprechende Vereinbarung dann nicht wirksam zustande gekommen, so dass der Arbeitnehmer gegebenenfalls gegen seine Pflichten verstoßen würde, wenn er nicht in vollem Umfang eine Arbeitsleistung erbringen würde.

Darüber hinaus zeigt auch die Begründung des Gesetzes und der Hinweis auf das Interesse der Rechtssicherheit und im Hinblick auf das Nachweisgesetz, womit das Schriftformerfordernis begründet wurde, dass zum einen gerade die Bezugnahme auf das Nachweisgesetz nahelegt, dass die Nichtigkeit nicht die Folge des Verstoßes sein soll, wie es ebenfalls beim Nachweisgesetz nicht der Fall ist. Auch Sinn und Zweck der Regelung, nämlich der Klarstellung, was zwischen den beiden Parteien vereinbart ist, spricht daher nicht für die strenge Formvorschrift und damit für eine Nichtigkeitsfolge im Falle der Nichteinhaltung der strengen Schriftform. Gerade im vorliegenden Fall haben beide Parteien schriftlich übereinstimmend die Reduzierung und die Verteilung der Arbeitszeit festgehalten. Die Klägerin hat bereits mit Schreiben vom 09.08.2012 mitgeteilt, dass sie eine teilweise Freistellung von der Arbeitsleistung erreichen will und dabei während der Pflgezeit eine Reduzierung um 20 % auf 32 Arbeitswochenstunden begehrt mit einer Verteilung auf die Wochentage Dienstag bis Freitag jeweils 8 Stunden. Dem ist die Beklagte mit Schreiben vom 25.06.2013 (Bl. 208 d. A.) gefolgt und hat dies gerade auch gegenüber

der Klägerin dahingehend bestätigt, dass sie mit zur Zeit 32 Stunden, verteilt auf die Tage Dienstag bis Freitag, beschäftigt wird. Demgemäß ist auch, entgegen der Auffassung der Klägerin, eine Vereinbarung diesbezüglich zustande gekommen. Denn die Klägerin hatte dies beantragt und die Beklagte hat diesen Antrag angenommen. Insoweit ist insbesondere unter diesem Blickwinkel auch dem Schriftformerfordernis mit seiner Nachweisfunktion Folge getragen und hinreichend klargestellt, was zwischen den Parteien gelten soll. Auch wenn das Zeiterfassungssystem nicht entsprechend umgestellt worden sein sollte, so war jedenfalls durch diese beiden Schreiben klargestellt, in welcher Form die Verteilung der Arbeitszeit erfolgen sollte, insbesondere dahingehend, dass jedenfalls am Montag keinerlei Arbeitsleistung geschuldet sein sollte.

c) Darüber hinausgehend wäre jedenfalls zwischen den Parteien ohnehin eine Vereinbarung über eine Freistellung zustande gekommen, völlig unabhängig vom Pflegezeitgesetz. Denn die Klägerin hatte eine Reduzierung ihrer Arbeitszeit und eine Verteilung ihrer Arbeitszeit auf die Wochentage Dienstags bis Freitags beantragt. Dem war die Beklagte entsprechend nachgekommen. Selbst wenn also i.S.d. Pflegezeitgesetzes eine wirksame Vereinbarung nicht getroffen worden wäre, so wurde jedenfalls eine wirksame Freistellungsvereinbarung zwischen den Parteien getroffen, zumal in jedem Fall, wie bereits das BAG entschieden hat, auch die Pflegezeit wirksam einseitig von Seiten der Klägerin in Anspruch genommen wurde. Die Klägerin kann sich daher auch nicht darauf berufen, dass die Freistellung nur für den Fall der Pflegezeit beantragt wurde, denn nach Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hat jedenfalls die Klägerin diese Pflegezeit einseitig wirksam durch Ausübung des Gestaltungsrechts in Anspruch genommen. Diese Voraussetzung läge also vor. Daher haben die Parteien diesbezüglich auch wirksam eine Freistellung für Montag jeder Woche jeweils vereinbart.

Die Tätigkeit der Klägerin an Montagen würde daher eine Mehrarbeit der Klägerin über diese Vereinbarung hinaus bedeuten. Eine Vergütungspflicht dieser Mehrarbeit würde sich daher nur dann ergeben, wenn diese Mehrarbeit angeordnet, gebilligt oder geduldet worden wäre, wie bereits das erstinstanzliche Gericht ausgeführt hat. Die Klägerin hat aber die Voraussetzungen für die Vergütungspflicht dieser Überstunden nicht dargelegt. Auch im Rahmen der Berufung hat die Klägerin, obwohl bereits das erstinstanzliche Gericht diese Voraussetzungen angesprochen hat, hierzu nicht näher vorgetragen. Dabei ist

auch zu berücksichtigen, dass die Beklagte, sobald sie von dieser Tätigkeit Kenntnis erlangt hatte, auch darauf hingewiesen hat, dass keinerlei Duldung dieser Mehrarbeit erfolgen wird, vielmehr die Klägerin lediglich dann die Tätigkeiten an Montagen leisten darf, wenn sie dies mit dem Vorgesetzten abgesprochen hat. Daher kommt auch keine Genehmigung oder Duldung dieser Tätigkeiten in Betracht, so dass auch insoweit eine Vergütung ausscheidet. Daher konnte auch insoweit die Berufung keinen Erfolg haben.

**3.** Schließlich steht der Klägerin auch kein Schadensersatzanspruch für einen etwaigen Steuerschaden zu, der ihr dadurch entstanden ist, dass die Annahmeverzugsvergütung erst verspätet gezahlt wurde. Denn die Beklagte hätte einen entsprechenden Schaden nur dann zu begleichen, gem. §§ 286 Abs. 2, 287 BGB, wenn sie die verspätete Zahlung ab April 2010 zu vertreten hätte. Dies war aber nicht der Fall, da sich die Beklagte insoweit in einem entschuldbaren Rechtsirrtum befand.

**a)** Gem. § 286 Abs. 4 BGB kommt ein Schuldner nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstands unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat. Der Schuldner hat grundsätzlich Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, nach § 276 Abs. 1 BGB handelt derjenige fahrlässig, der die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Die Beklagte hat aber nicht fahrlässig gehandelt, als sie die Gehaltszahlungen ab April 2010 eingestellt hat, da die Beklagte insoweit sich in einem entschuldbaren Rechtsirrtum befunden hat, weil sie von einer wirksamen Auflösung des Arbeitsverhältnisses ausgegangen ist.

**b)** Im Falle einer Kündigung hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass der Arbeitgeber einen Annahmeverzug nur dann zu vertreten hat, wenn er bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können, dass die Kündigung unwirksam war. Entscheidend ist, ob der Arbeitgeber unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung mit vertretbaren Gründen zu der Annahme gelangen durfte, die Kündigung werde sich als rechtsbeständig erweisen (vgl. BAG Urteil v. 13.06.2002 – 2 AZR 391/01). Ist die Rechtslage nicht eindeutig und beruht der Ausspruch der Kündigung auf einem vertretbaren Rechtsstandpunkt, handelt der kündigende Arbeitgeber solange nicht fahrlässig, wie er auf die Wirksamkeit seiner Kündigung vertrauen durfte.

Die Beklagte befand sich in einem das Verschulden ausschließenden Rechtsirrtum, denn letztlich hat sie die Gehaltszahlungen nur deshalb eingestellt, weil das Arbeitsgericht München auf den Auflösungsantrag der Beklagten hin, das Arbeitsverhältnis aufgelöst hatte. Insoweit schließt sich die hiesige Kammer der Beurteilung der 3. Kammer im Urteil vom 20.02.2014 an ( 3 Sa 923/13), wonach die Parteien bei der Durchführung des Verfahrens, in dem die Auflösung entschieden wurde, hinreichend Gelegenheiten hatten, die entsprechenden zur Beurteilung des Auflösungsantrags aus ihrer Sicht erforderlichen Tatsachen vorzutragen und ihre Rechtsauffassung darzustellen. Aufgrund der Entscheidung des Arbeitsgerichts, das Arbeitsverhältnis aufzulösen, durfte die Beklagte nach dem ergangenen Urteil darauf vertrauen, dass eine Zahlung zunächst nicht mehr geschuldet war. Auch wenn das Arbeitsgericht dem Auflösungsantrag möglicherweise zu Unrecht stattgegeben hat, weil sich der Auflösungsgrund nicht aus dem Vortrag der Beklagten, sondern aus dem Ergebnis einer Beweisaufnahme erst ergeben hat, wobei schon fraglich wäre, inwieweit sich nicht die Beklagte dieses Ergebnis der Beweisaufnahme zu Eigen gemacht hat, so kann von einem Arbeitgeber nicht verlangt werden, dass er hier weitergehende Zweifel an dieser Entscheidung anmelden muss. Anders als etwa im Falle einer Kündigung, bei der der Arbeitgeber selbst die entsprechende Abwägung anstellen muss, hat der Beklagten gewissermaßen das Arbeitsgericht diese Abwägung in seiner Entscheidung abgenommen. Der Arbeitgeber muss aber nicht weitere Zweifel anmelden, wenn die Entscheidung des Arbeitsgerichts nicht auf den ersten Blick hin unvertretbar ist. Daher hat die Beklagte nicht fahrlässig gehandelt, d.h. die erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen, als sie das erstinstanzliche Urteil als wirksam angesehen und die Zahlungen eingestellt hat. Nach der anders lautenden Entscheidung des LAG München hat die Beklagte dann die Zahlungen geleistet. Soweit die Klägerin im Schriftsatz vom 05.04.2016 neuen Vortrag bezüglich des Auflösungsgrundes und des Wegfalls erbracht hat, war dieser Vortrag gem. § 67 Abs.4 ArbGG nicht mehr zu berücksichtigen, da er nicht in der Berufungsbegründung erfolgte und eine Verzögerung des Rechtsstreites bewirkt hätte, weil hierzu erst die Stellungnahme der Beklagten hätte eingeholt werden müssen und ein weiterer Termin erforderlich geworden wäre. Daher ist für den hier geltend gemachten Schadensersatzanspruch des Steuerschadens durch die verspätete Zahlung kein Raum, weil jedenfalls dieser Steuerschaden nicht schuldhaft verursacht wurde. Auch insoweit war daher die Berufung zurückzuweisen.



4. Aufgrund der in der mündlichen Verhandlung ausführlich erfolgten Erörterungen dieser Umstände, auf die das Gericht hingewiesen hatte, war eine weitergehende Schriftsatzfristgewährung nicht veranlasst.
5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.
6. Anlass, die Revision zuzulassen, besteht nur hinsichtlich der Zurückweisung des Antrages 2., also bezüglich der Zahlungsanträge wegen unrichtiger Stufenzuordnung, da dem Rechtsstreit wegen der Auslegung des Tarifvertrages grundsätzliche Bedeutung zukommt. Insoweit wird auf die nachfolgende Rechtsmittelbelehrung verwiesen. Darüber hinaus besteht keine Veranlassung die Revision zuzulassen. Auf die Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde wird insoweit hingewiesen.

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen dieses Urteil kann die Klägerin betreffend den Antrag zu 2. (Zahlung von € 8.149,60 brutto) Revision einlegen.

Für die Beklagte ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Urteils.

Die Revision muss beim

Bundesarbeitsgericht  
Hugo-Preuß-Platz 1  
99084 Erfurt

- 26 -

Postanschrift:  
Bundesarbeitsgericht  
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:  
0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

Die Revisionsschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Revisionseinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen. Einzelheiten hierzu unter <http://www.bundesarbeitsgericht.de>

Neumeier

Dr. Häusler

Hauke