

**5 Sa 284/12**  
14 Ca 8856/07  
(ArbG München)

Verkündet am: 19.09.2012

Gapp  
Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle



## Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

### URTEIL

In dem Rechtsstreit

A.  
A-Straße, A-Stadt

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte B.  
B-Straße, B-Stadt

gegen

C.  
C-Straße, A-Stadt

- Beklagter und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte D.  
D-Straße, A-Stadt

E.  
E-Straße, A-Stadt

- Streitverkündeter -

hat die 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 14. September 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Wanhöfer und die ehrenamtlichen Richter Gollum und Forster

**für Recht erkannt:**

- 1. Die Berufung des Klägers gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 22.07.2008 – Az. 14 Ca 8856/07 – wird zurückgewiesen.**
- 2. Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.**
- 3. Die Revision wird für den Kläger zugelassen.**

**Tatbestand:**

Die Parteien streiten über die Frage, ob der zwischenzeitlich aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschiedene Kläger tarifrechtlich nach der Entgeltgruppe Ä 3 gemäß § 12 des Tarifvertrags für Ärztinnen und Ärzte an Universitätskliniken (im Folgenden: TV-Ärzte / TdL) vom 30.10.2006 zu vergüten war und auch darüber, ob ihm der Beklagte im Laufe des Rechtsstreits eine entsprechende Vergütung zugesagt hat.

Der Kläger ist ausgebildeter Facharzt für G. und war seit 01.03.1976 beim Beklagten im F. (im Folgenden: Klinikum) beschäftigt (vgl. Arbeitsvertrag vom 14.06.1976, Bl. 439 f. d.A.). Laut „Änderung des Arbeitsvertrages“ vom 29.01.1980 umfasste seine Tätigkeit folgende Aufgaben: „Fachärztliche Versorgung von Patienten“ (Bl. 8 d.A.). Mit Wirkung zum 31.05.2011 schied der Kläger altersbedingt aus dem Arbeitsverhältnis aus.

Im F. war der Kläger an der Klinik für G. tätig. Er führte seit Juni 1984 die Bezeichnung „Oberarzt“ (vgl. Zeugnisse vom 16.10.1991, Bl. 76 ff. d. A., 28.02.1994, Bl. 79 d. A., und 13.04.1998, Bl. 80 ff. d.A.). Der Kläger war Mitglied des Personalrates.

Das F. verfügt über 33 Narkosesäle/Einsatzstellen. In „Tagesplänen“ der Klinik für G. (vgl. etwa K21 zum Schriftsatz des Klägers vom 31.01.2008, Bl. 147 d.A.) werden Fachärzte

und Assistenzärzte auf die Operationssäle, in denen an diesem Tag operiert wird, verteilt (Spalte 3 der Anlage K21). Nicht jedem Operationssaal ist ein Facharzt zugewiesen; die Zuweisung erfolgt auch an Assistenzärzte. Die eingeteilten Fachärzte übernehmen gegenüber den Assistenzärzten auch Aufsichtsfunktionen. Mehrere Operationssäle sind darüber hinaus Ärzten zugewiesen, die der Beklagte tariflich als Oberärzte einstuft (Spalte 2 der Anlage K21).

Die Regelarbeitszeit für den Kläger begann gegen 7.30 Uhr. Um diese Zeit treffen sich sämtliche G. zu einer Dienstbesprechung, welche durch den Chefarzt geleitet wird. Im Anschluss verteilen sich die G. auf die Narkosesäle/Einsatzstellen und beginnen das Tagesgeschäft im Rahmen der einzelnen OP-Pläne.

Auch der Kläger wurde während seiner Regelarbeitszeit (07.30 Uhr bis 16.00 Uhr) jeweils einem (wechselnden) Operationssaal zugewiesen (vgl. K21: Operationssaal HNO1; vgl. auch Anlage B1 zum Beklagtenschriftsatz vom 25.02.2008, Bl. 174 ff. d. A.: hiernach wurde der Kläger in der Regel „variabel“ eingeteilt, d.h. nicht einem festen Operationssaal zugewiesen).

Zum Teil trat der Kläger gegenüber Privatpatienten in Vertretung des Chefarztes H. auf. Der Kläger überprüfte zudem jahrelang Anträge auf Vergütung von Überstunden der Ärzte und Fachärzte und war auch Strahlenschutzbeauftragter.

Der Kläger wurde außerhalb seiner Regelarbeitszeit auch zu sog. FOA-Diensten (FOA als Abkürzung für Funktionsoberarzt) eingeteilt. Zu solchen Diensten werden nur Fachärzte eingeteilt. Ihre Funktion ist die Überwachung der Assistenzärzte, die für Operationssäle eingeteilt sind, in denen nach Ende der Regelarbeitszeit noch operiert wird. Daneben ist ein Arzt, den der Beklagte als Tarif-Oberarzt eingruppiert, in telefonischer Rufbereitschaft eingeteilt. Der Funktionsoberarzt trifft darüber hinaus Entscheidungen im Zusammenhang mit der Aufnahme von Notfallpatienten. Das Protokoll der Klinikumskonferenz vom 07.03.2005 regelte hierzu unter TOP 2 folgendes:

*„Die Rettungsleitstelle nimmt Kontakt mit der chirurgischen Poliklinik auf. Diese leitet das Gespräch an den diensthabenden Oberarzt der Klinik für G. weiter, der ohne Rücksprache mit den betroffenen Fachbereichen über die Aufnahme entscheiden kann. Prinzipiell sollen*

*die Patienten noch im gleichen Telefonat angenommen werden. Dem Oberarzt der Klinik für G. wird ein Belegungsrecht auf allen Intensivstationen und der Intermediate Care Station 2/2 eingeräumt.“*

(Bl. 84 d.A.)

Daneben gibt es noch eine Einteilung in die sog. Praemedikations - Ambulanz. Aufgabe hierbei ist die Durchführung des ärztlichen Beratungs- und Aufklärungsgesprächs mit den Patienten, die vor einer Operation stehen.

Der Kläger hat erstinstanzlich geltend gemacht, er trage nicht nur den Titel „Oberarzt“, sondern übe auch die Tätigkeit eines Oberarztes aus. Das sei ihm in den Zeugnissen auch so bestätigt worden. In seiner Regeldienstzeit trage er die medizinische Verantwortung für die G. in dem ihm zugewiesenen OP-Bereich. Dabei überwache er auch die Tätigkeit der Assistenzärzte, bilde sie weiter und übe Vorgesetztenfunktionen aus. Im Rahmen der „FOA-Dienste“, die er zumindest zu 50 % seiner üblichen Arbeitszeit ausübe, entscheide er eigenverantwortlich über die Aufnahme von Notfallpatienten und leite die Tätigkeit der weiteren G.. Narkosen seien in allen OP-Bereichen auszuführen; deshalb lasse sich die medizinische Verantwortung nicht räumlich bestimmen, sondern nur funktional (zum erstinstanzlichen Vorbringen des Klägers im Einzelnen wird auf seine Schriftsätze vom 04.07.2007, Bl. 1 ff. d. A., 31.01.2008, Bl. 126 ff. d. A., und 16.06.2008, Bl. 195 ff. d. A., nebst Anlagen Bezug genommen).

**Der Kläger hat beantragt:**

- 1. Der Beklagte wird verurteilt, den Kläger rückwirkend zum 01.07.2006 in die Entgeltgruppe Ä 3 (Stufe 3) Tarifbereich West gemäß § 12 des Tarifvertrags für Ärztinnen und Ärzte an Universitätskliniken (TV-Ärzte) einzugruppieren.***
- 2. Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, den Kläger seit 01.07.2006 entsprechend der Entgeltgruppe Ä 3, Stufe 3, zu vergüten und dass der Beklagte die anfallenden monatlichen Bruttonachzahlungsbeträge beginnend mit dem 31.07.2006 ab dem jeweiligen Fälligkeitszeitpunkt mit 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen hat.***

**Der Beklagte hat beantragt,**

***die Klage abzuweisen***

und im Wesentlichen vorgetragen, der Kläger dürfe zwar nach wie vor die Bezeichnung „Oberarzt“ führen, sei jedoch kein Oberarzt im Sinne des TV-Ärzte / TdL. Der Kläger mache zwar lange Ausführungen zur medizinischen Verantwortung, lege aber nicht dar, welcher Teil- oder Funktionsbereich der Klinik bzw. Abteilung ihm übertragen worden sein soll. Die hierarchische Gliederung der Klinik für G. in Oberärzte, Funktionsoberärzte/Fachärzte und Assistenzärzte sei entsprechend der abgestuften Verantwortlichkeiten klar geregelt und ergebe sich bereits aus den vom Kläger vorgelegten Dienstplänen. Der Titel „Funktionsoberarzt“ sei historisch begründet, von der Tätigkeit sei es eine reine Facharztstätigkeit. Jeder Facharzt der Klinik habe auch die Aufgabe, Assistenzärzte zu überwachen und weiterzubilden. Typisch für einen Facharzt sei es auch, dass im Anschluss an den regelmäßigen Dienst ab 16.00 Uhr Bereitschaftsdienste für die Nacht übernommen würden; der Rufdienst werde dagegen vom Oberarzt ausgeführt. Abgesehen davon, dass dies kein Teil- oder Funktionsbereich sei, werde der Bereitschaftsdienst vom Kläger maximal 3 bis 4 Mal monatlich geleistet, was nicht zu einer zeitlich überwiegender Ausübung dieser Tätigkeit führe. Der Kläger sei während des Bereitschaftsdienstes auch verpflichtet, bei schwierigen g.lichen Fragen den Oberarzt herbeizuholen (zum erstinstanzlichen Vortrag des Beklagten im Einzelnen wird auf seine Schriftsätze vom 23.10.2007, Bl. 117 ff. d. A., und 25.02.2008, Bl. 170 ff. d. A., Bezug genommen).

Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 22.07.2008 die Klage abgewiesen und zur Begründung unter anderem ausführt, es könne nicht festgestellt werden, dass dem Kläger die medizinische Verantwortung für einen Funktionsbereich oder einen Teilbereich der Klinik bzw. Abteilung übertragen worden sei. Der Begriff des Funktionsbereichs sei bereits unter der Geltung des BAT verwendet und dort analog der ärztlichen Weiterbildungsordnung verstanden worden. Die Tätigkeit als G. sei kein solcher Funktionsbereich im Sinne der ärztlichen Weiterbildungsordnung. Mit dem Begriff „Teilbereich“ sei bewusst von der ärztlichen Weiterbildungsordnung abgewichen worden. Die Begriffe „Verantwortung“ und „Bereich“ implizierten jedoch, dass der Teilbereich eine gewisse eigene räumliche und personelle Ausstattung haben müsse. Es werde deshalb davon ausgegangen, dass zur Erfül-

lung dieses Kriteriums eine räumliche und personelle Abgrenzbarkeit erforderlich sei. Nach dem Sachvortrag des Klägers könne nicht festgestellt werden, dass es sich bei seinem Regeldienst als G. um einen Teilbereich im Sinne des TV-Ärzte / TdL handle. Der Kläger sei nicht dauerhaft für einen räumlich und personell abgrenzbaren Bereich zuständig, sondern werde variabel eingeteilt. Die Leitung der Rettungsleitstelle sei dem Kläger nicht dauerhaft und vor allem nicht mindestens zur Hälfte seiner regelmäßigen Arbeitszeit übertragen. Der Kläger übernehme lediglich, wenn er Bereitschaftsdienst habe, nach dem Ende der regelmäßigen Arbeitszeit während des Bereitschaftsdienstes die Aufgaben des diensthabenden Arztes. Auch die Tätigkeit als Leiter der Prämedikationsambulanz sei dem Kläger nicht dauerhaft und nicht mindestens zur Hälfte seiner regelmäßigen Arbeitszeit übertragen. Bei den FOA-Diensten handle es sich um Bereitschaftsdienste außerhalb, d.h. im Anschluss an die regelmäßige Arbeitszeit; allein hierauf könne deshalb die tarifliche Eingruppierung nicht gestützt werden. Der Kläger könne sich auch nicht auf den Gleichbehandlungsgrundsatz stützen, denn er habe nicht hinreichend substantiiert dargelegt, dass der Beklagte gleiche Sachverhalte ohne rechtfertigenden Grund ungleich handle (zur Begründung des Arbeitsgerichts im Einzelnen wird auf das Urteil vom 22.07.2008, Bl. 218 ff. d. A., Bezug genommen).

Über die Berufung gegen das Urteil des Arbeitsgerichts vom 22.07.2008 wurde am 24.06.2009 mündlich verhandelt. Auch über Vergleichsmöglichkeiten wurde hierbei gesprochen, ohne dass in der Sitzung ein Vergleich zustande kam. Die Berufungskammer bestimmte einen Termin zur Entscheidungsverkündung. Die Parteien erklärten, vor dem Entscheidungsverkündungstermin noch verschiedene Lösungsmöglichkeiten prüfen zu wollen.

Am 16.07.2009 schrieb die Personalabteilung des Klinikums an den Kläger folgendes:

**„Angebot zum Vergleich**

Sehr geehrter Herr Dr. B.,

um das derzeit vor dem LAG München laufende Berufungsverfahren zu beenden, bieten wir Ihnen – vorbehaltlich der Zustimmung durch das Bayerische Staatsministerium der Finanzen – folgenden Vergleichsvorschlag an: Sie erhalten eine außertarifliche Zulage in Höhe von € 1.200,00, rückwirkend ab dem 01.08.2008, bis zum Eintritt in den Ruhestand.

Bitte teilen Sie uns bis zum 17.08.2009 schriftlich mit, ob Sie dieses Angebot annehmen werden.

Mit freundlichen Grüßen

i.A.

Dr. I.“ (Bl. 578 d. A.)

Mit Schriftsatz vom 17.07.2009 setzte der Prozessvertreter des Beklagten das Landesarbeitsgericht hiervon in Kenntnis. Der Prozessvertreter des Klägers nahm gegenüber dem Prozessvertreter des Beklagten mit Schreiben vom 17.07.2009 Stellung. Der Kläger könne sich zwar einen Vergleich vorstellen, die Konditionen müssten jedoch aus finanzieller Sicht deutlich nachgebessert werden (Bl. 580 f. d. A.).

Am 06.08.2009 schrieb der ärztliche Direktor des Klinikums an den Prozessbevollmächtigten des Klägers wie folgt:

„Az. 5 Sa 813/08

Sehr geehrter Herr J.,

in Sachen Dr. B. gegen E. wird folgendes ergänzendes Angebot unterbreitet:

Zusätzlich zu der bereits angebotenen außertariflichen Zulage in Höhe von 1.200 Euro ab 01.08.2008 wird Herrn Dr. B. ab 01.09.2009 eine Eingruppierung nach TV-Ärzte § 12 in die Entgeltgruppe Ä3 Stufe 3 (Oberarzt) angeboten. Die Zulage erlischt zum Zeitpunkt der Höhergruppierung.

Mit freundlichen Grüßen

Univ.-Prof. Dr. A.“ (Bl. 590 d. A.)

Bezogen auf das Schreiben vom 06.08.2009 telefonierte der Prozessvertreter des Klägers am 07.08.2009 mit Herrn Rechtsanwalt K. , dem Abwesenheitsvertreter des sich im Urlaub befindlichen Prozessvertreters des Beklagten. An das Landesarbeitsgericht schrieb er, der Kläger erkläre sich – „vorbehaltlich der genauen Formulierung“ – mit dem Angebot einverstanden (Bl. 589 d. A.).

Mit Datum vom 12.08.2009 erklärte der Kläger, bezogen auf das Schreiben vom 06.08.2009:

„Hiermit nehme ich obiges Angebot an.“

Das Landesarbeitsgericht berücksichtigte nach der mündlichen Verhandlung vom 24.06.2009 eingehenden Vortrag der Parteien in seinem am 07.10.2009 verkündeten Urteil – wegen der andauernden Vergleichsverhandlungen war der Entscheidungsverkündungstermin verschoben worden – nicht mehr. Die Berufung des Klägers wurde zurückgewiesen, die Revision zum Bundesarbeitsgericht zugelassen.

Auf die Revision des Klägers, hob das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 25.01.2012 (4 AZR 185/10) das Urteil des Landesarbeitsgerichts vom 07.10.2009 auf und verwies den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht

zurück. Das Landesarbeitsgericht habe nicht unter Mitwirkung der ehrenamtlichen Richter, die an der mündlichen Verhandlung vom 24.06.2009 teilgenommen hatten, geprüft, ob die Schriftsätze des Klägers, die nach Schluss der mündlichen Verhandlung vom 24.06.2009 eingegangen waren, Veranlassung zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gegeben hätten.

Eine Klage des Klägers gegen den ärztlichen Direktor des Klinikums, Herrn Prof. A., auf Schadensersatz, weil er ihm als Vertreter ohne Vertretungsmacht eine höhere Eingruppierung zugesagt habe, hatte keinen Erfolg. Das Arbeitsgericht München wies mit Urteil vom 19.11.2010 die Klage ab (39 Ca 5770/10) und das Landesarbeitsgericht München die Berufung zurück (5 Sa 1211/10); die Nichtzulassungsbeschwerde zum Bundesarbeitsgericht hatte keinen Erfolg (8 AZN 1026/11).

Der Kläger führt zur Begründung seiner Berufung gegen das Urteil des Arbeitsgerichts vom 22.07.2008 aus, er erfülle in seiner Tätigkeit die Voraussetzungen der Entgeltgruppe 3 des schon aufgrund arbeitsvertraglicher Verweisung anwendbaren TV-Ärzte / TdL. Das Urteil des Arbeitsgerichts beruhe im Wesentlichen auf fehlerhaften Feststellungen zum tatsächlichen Vorbringen. Er habe zu keinem Zeitpunkt vorgetragen, dass er die Leitung der Rettungsleitstelle übernehme. Vielmehr entscheide er im Rahmen seiner FOA-Dienste auf Anfrage der Rettungsleitstelle eigenverantwortlich, ob eine Aufnahme von Notfällen möglich sei. Er habe vorgetragen, dass er mindestens 50 % seiner üblichen Arbeitszeit zu FOA-Diensten eingeteilt worden sei. Außerdem habe er bestritten, dass Herr L. im orthopädischen OP eine andere Tätigkeit ausübe als er, wenn er dort eingesetzt werde. Dies impliziere die Behauptung, dieselbe Tätigkeit auszuüben. Mit Schriftsatz vom 16.06.2008 habe er detailliert aufgezeigt, dass er dieselben Tätigkeiten, wie die Tarifoberärzte L., M. bzw. N. ausübe. Vorsorglich stelle er noch einmal ausdrücklich klar, dass er (tarifvertraglich) die gleiche Tätigkeit ausübe wie die Tarifoberärzte L., M., O., P. und der zwischenzeitlich verstorbene Kollege N.. Das Arbeitsgericht berücksichtige nicht, dass er als G. im jeweiligen OP-Bereich die medizinische Verantwortung über die jeweils in den OP-Sälen eingesetzten Ärzte und das Anästhesiepflegepersonal trage. Die OP-Bereiche stellten jeweils einen eigenen Teilbereich dar. Sie seien insbesondere räumlich, von der Ausstattung und personell von den anderen OP-Bereichen abgrenzbar. Zu berücksichtigen sei insbesondere die neuere Rechtsprechung des BAG, wonach der G. eine Querschnitts-

funktion zugewiesen sei und es deshalb für die Erfüllung der tariflichen Anforderungen einer organisatorischen Selbständigkeit genügen müsse, wenn die Funktionen der den anderen Fachgebieten zugeordneten Teilbereiche der G. in den jeweiligen Operationsbereichen der Fachgebiete einen festen Platz hätten. Er habe während der Regeldienste die zentrale Verantwortung einer OP-Einheit. Was die FOA-Dienste angehe, übernehme er als Anästhesist die volle Verantwortung für alle OP-Bereiche der Kliniken im Hause. Mit Übernahme des FOA-Dienstes um 16:00 Uhr liefen in bis zu 17 OP-Sälen noch zahlreiche selektive Eingriffe. Die Tarifoberärzte würden zu diesem Zeitpunkt die medizinische Verantwortung auf den diensthabenden Funktionsoberarzt übertragen. Er habe während dieser 24-Stunden-Dienste die Aufsicht als Oberarzt auch über Fachärzte. Völlig unberücksichtigt lasse das Arbeitsgericht, dass ihm die Kontrolle der Überstundenabrechnungen sowie die Schadstoff-Belastungsanalysen übertragen gewesen seien. Die Überstundenabrechnung und die Schadstoffmessung seien selbständige Teilbereiche im Sinne der Entgeltgruppe Ä 3. Rechtsfehlerhaft sei die Auffassung des Gerichtes, dass ein Teilbereich eine gewisse eigene räumliche und personelle Ausstattung haben müsse. Schließlich habe der Beklagte nicht darlegen können, aufgrund welcher besonderen Merkmale die o.g. Tarifoberärzte die tarifoberärztlichen Qualifizierungsmerkmale erfüllten.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz sei verletzt. Die ungleiche Behandlung erfolge nur aufgrund sachfremder Kriterien, nämlich aufgrund seiner „unangenehmen Tätigkeit als Personalrat“. Er habe die Voraussetzungen der Gleichbehandlung dargelegt und die vergleichbaren Mitarbeiter benannt, die ihm gegenüber vorteilhaft behandelt worden seien. Ein Vortrag des Beklagten, wie er den begünstigten Personenkreis abgegrenzt habe und warum er nicht dazu gehöre, sei nicht erfolgt.

Schließlich sei die Eingruppierung jedenfalls entsprechend der getroffenen Vereinbarung ab 01.09.2009 zu gewähren. Er habe sich, nachdem ihm der Leiter der Klinik für G., Herr H., kein verbindliches Angebot habe machen können, an Herrn Prof. A., der als Vorsitzender des Vorstands das Klinikum nach außen vertrete, gewandt, um ein rechtsverbindliches Angebot zu erhalten, was dann auch geschehen sei. Das Angebot, welches ausdrücklich nicht mehr den Vorbehalt der Zustimmung des Landesamtes für Finanzen enthalte, sei bindend (zur Berufungsbegründung des Klägers im Einzelnen wird auf seine Schriftsätze vom 10.11.2008, Bl. 299 ff. d.A., 09.02.2009, Bl. 344 ff. d.A., und 17.04.2009,

Bl. 432 ff. d.A., 22.06.2009, Bl. 564 ff. d.A., 07.08.2009, Bl. 589 d. A., 01.09.2009, Bl. 612 f. d. A., 02.09.2009, Bl. 610 f. d. A., 15.09.2009, Bl. 621 f. d. A., 24.05.2012, Bl. 691 ff. d. A., 24.08.2012, Bl. 725 ff. d. A., 28.08.2012, Bl. 741 ff. d. A. und 13.09.2012, Bl. 758 ff. d. A., nebst Anlagen Bezug genommen).

**Der Kläger stellt den Antrag:**

- a. Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger im Zeitraum vom 01. August 2008 bis zum 31. August 2009 eine monatliche außertarifliche Zulage in Höhe von 1.200,-- € zu zahlen und festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, den Kläger seit dem 01. September 2009 bis zu seinem Ausscheiden am 31. Mai 2011 entsprechend der Entgeltgruppe Ä3, Stufe 3 gemäß § 12 des Tarifvertrages für Ärztinnen und Ärzte an Universitätskliniken (TV-Ärzte) zu vergüten und dass der Beklagte die anfallenden Bruttonachzahlungsbeträge beginnend ab dem 01. August 2008 ab dem jeweiligen Fälligkeitszeitpunkt mit fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz zu verzinsen hat.**

**Hilfsweise:**

- b. Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger seit dem 01. Juli 2006 bis zu seinem Ausscheiden am 31. Mai 2011 entsprechend der Entgeltgruppe Ä3, Stufe 3, gemäß § 12 des Tarifvertrages für Ärztinnen und Ärzte an Universitätskliniken (TV-Ärzte) zu vergüten und dass der Beklagte die anfallenden monatlichen Bruttonachzahlungsbeträge beginnend ab dem 01. Juli 2006 ab dem jeweiligen Fälligkeitszeitpunkt mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen hat.**

**Weiter hilfsweise:**

- c. Der Beklagte wird verurteilt, einen Betrag in Höhe von 95.802,20 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz für einen jeweiligen Betrag in Höhe von 1.596,70 € (95.802,20 € / 60 Monate) ab dem jeweiligen Monatsersten für den Zeitraum vom Juli 2006 bis Juni 2011, erstmals ab dem 01. Juli 2006 und letztmals ab dem 01. Juni 2011 zu zahlen.**

**Der Beklagte beantragt,**

**die Berufung zurückzuweisen**

und verteidigt das Urteil des Arbeitsgerichts. Beim Terminus „Funktionsbereich“ handele es sich um einen in den Vorgängerregelungen des BAT langjährig etablierten Begriff. Dort sei er als wissenschaftlich anerkanntes Spezialgebiet innerhalb eines ärztlichen Fachgebiets definiert gewesen. Es sei davon auszugehen, dass dies unverändert habe übernommen werden sollen. Unter „Teilbereich“ sei eine dem „Funktionsbereich“ vergleichbare (medizinisch-administrative) Untergliederung mit einer gewissen organisatorischen Verselbständigung sowie operativen und personellen Ausstattung zu verstehen. Medizinische Verantwortung setzte voraus, dass dem Betreffenden die Befugnis übertragen worden sei, strittige bzw. unklare Fragen in letzter Instanz zu entscheiden. Mit seinen Ausführungen begründe der Kläger nicht das Vorliegen dieser Voraussetzungen. Der Vortrag des Klägers, wonach der jeweils dort eingesetzte Facharzt die medizinische Verantwortung für den jeweiligen OP-Bereich trage, sei falsch. Aus den Einteilungsplänen sei ersichtlich, dass für alle Bereiche jeweils auch ein Oberarzt eingeteilt sei. Das Vorbringen des Klägers zu den FOA-Diensten sei unsubstantiiert und unzutreffend. Bei solchen Diensten handele es sich nie und nimmer um medizinische Verantwortung im Sinne der Tarifregelung. Zu den FOA-Bereitschaftsdiensten sei noch einmal zu betonen, dass diese außerhalb der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit lägen und der Kläger sie etwa drei bis vier Mal im Monat und zwar nur in seiner Funktion als G. übernehme. Soweit sich der Kläger auf den Gleichbehandlungsgrundsatz stütze, sei er seiner Darlegungspflicht nicht nachgekommen. Die vom Kläger benannten Ärzte würden die Voraussetzungen einer Eingruppierung in die Entgeltgruppe Ä 3 erfüllen. Dass der Kläger wegen seiner Personal-

ratstätigkeit und seines Alters diskriminiert werde, sei abwegig. Eine Einigung der Parteien über eine Höhergruppierung ab 01.09.2009 sei nicht zustandegekommen. Insbesondere sei das Angebot im Schreiben des ärztlichen Direktors vom 06.08.2009 im Zusammenhang mit dem Angebot vom 16.07.2009 auszulegen. Der Kläger habe davon ausgehen müssen, dass das Angebot unter dem Vorbehalt der Zustimmung durch das Staatsministerium der Finanzen stehe, die eben nicht erteilt worden sei (zur Berufungserwiderung des Beklagten im Einzelnen wird auf seine Schriftsätze vom 18.12.2008, Bl. 327 ff. d. A., vom 12.06.2009, Bl. 559 ff. d. A., vom 10.09.2009, Bl. 617 f. d. A., vom 01.10.2009, Bl. 626 ff. d. A., vom 04.07.2012, Bl. 704 ff. d. A., und vom 13.09.2012, Bl. 762 ff. d. A., nebst Anlagen, Bezug genommen).

### **Entscheidungsgründe:**

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.

#### **A.**

Der Hauptantrag ist zulässig, aber unbegründet.

#### **I.**

Eine Eingruppierungsfeststellungsklage gegen einen Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes bleibt trotz einer während des Rechtsstreits eingetretenen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zulässig, wenn es um die Klärung geht, ob dem Arbeitnehmer für den Streitzeitraum eine höhere als die gezahlte Vergütung zu zahlen ist oder wenn die alsbaldige Feststellung aus anderen Gründen geboten ist.

Klagen auf Zahlung einer höheren tarifvertraglichen Vergütung sind im öffentlichen Dienst grundsätzlich als Feststellungsklagen zulässig, weil sich die Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes der gerichtlichen Entscheidung hierüber in aller Regel beugen und auf diese Weise der Rechtsfrieden wiederhergestellt wird. Grundsätzlich braucht im Hinblick auf

diese Befriedungswirkung keine Leistungsklage oder Stufenklage auf Abrechnung und Leistung erhoben zu werden. Das Feststellungsinteresse entfällt nicht schon deswegen, weil das Arbeitsverhältnis im Laufe des Rechtsstreits sein Ende gefunden hat (BAG vom 05.11.2003 – 4 AZR 632/02).

Das gilt auch für die vom Kläger für die Zeit vom 01.08.2008 bis 31.08.2008 geltend gemachte außertarifliche Zulage von monatlich € 1.200,--. Der im Rahmen einer Leistungsklage zu fordernde Betrag wäre zwar unschwer zu berechnen. Die im Zusammenhang mit der Eingruppierungsstreitigkeit stehende außertarifliche Zulage kann gegen den Beklagten als Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes mit zu erwartender Befriedungswirkung im Rahmen der Eingruppierungsfeststellungsklage mit geltend gemacht werden, da ebenfalls zu erwarten ist, dass sich der Beklagte einer gerichtlichen Entscheidung beugen wird.

## II.

Der Hauptantrag ist aber unbegründet, da der geltend gemachte Anspruch dem Kläger unter keinen denkbaren Gesichtspunkt zusteht.

Das Arbeitsgericht hat zutreffend entschieden, dass die tarifvertraglichen Voraussetzungen für eine Eingruppierung des Klägers nach § 12 Entgeltgruppe Ä 3 des zwischen der Tarifgemeinschaft deutscher Länder und dem Marburger Bund geschlossenen Tarifvertrages für Ärztinnen und Ärzte an Universitätskliniken vom 30.10.2006 (TV-Ärzte / TdL) nicht vorliegen. Dem Kläger ist von der Beklagten nicht die medizinische Verantwortung für Teil- oder Funktionsbereiche der Klinik bzw. Abteilung im Sinne des TV-Ärzte übertragen.

Auch Ansprüche auf entsprechende Eingruppierung aus dem sog. Gleichbehandlungsgrundsatz hat der Kläger nicht.

Schließlich kam es auch zu keiner Einigung zwischen den Parteien, den Kläger ab 01.09.2009 entsprechend der Entgeltgruppe Ä3 zu vergüten und für die Zeit vom 01.08.2008 bis 31.08.2009 eine monatliche außertarifliche Zulage in Höhe von € 1.200,-- zu zahlen.

- 15 -

## 1.

Der Kläger erfüllt die Anforderungen der Tätigkeitsmerkmale eines Oberarztes nach § 12 TV-Ärzte / TdL nicht.

## a)

Die maßgeblichen Tarifbestimmungen lauten:

*„§ 12**Eingruppierung*

*Ärzte sind entsprechend ihrer nicht nur vorübergehend und zeitlich mindestens zur Hälfte auszuübenden Tätigkeit wie folge eingruppiert:*

*Entgeltgruppe**Bezeichnung**Ä1**Ärztin / Arzt mit entsprechender Tätigkeit**Ä2**Fächärztin / Facharzt mit entsprechender Tätigkeit**Ä3**Oberärztin / Oberarzt*

*Oberarzt ist derjenige Arzt, dem die medizinische Verantwortung für Teil- oder Funktionsbereiche der Klinik beziehungsweise Abteilung vom Arbeitgeber übertragen worden ist.*

*Oberarzt ist ferner der Facharzt in einer durch den Arbeitgeber übertragenen Spezialfunktion, für die dieser eine erfolgreich abgeschlossene Schwerpunkt- oder Zusatzweiterbildung nach der Weiterbildungsordnung fordert.“*

## b)

Dass der Kläger schon seit 1984 die Bezeichnung „Oberarzt“ führt, ist für die Erfüllung der tariflichen Eingruppierungsmerkmale nicht ausreichend.

Vor Inkrafttreten des TV-Ärzte / TdL zum 01.11.2006 haben den Titel „Oberarzt“ eine Viel-

zahl von Ärzten geführt. Nach dem BAT und TVöD war es nicht vergütungsrelevant, ob der Titel „Oberarzt/-ärztin“ geführt wurde. Ein spezielles Eingruppierungsmerkmal für Oberärzte gab es nicht; tatsächlich kam der Begriff im Tariftext nicht vor. Eine Höhergruppierung war davon abhängig, ob dem Arzt eine gewisse Anzahl von Ärzten unterstellt war. In der Praxis wurde von den Kliniken der Titel „Oberarzt“ aufgrund der Tatsache, dass der Titel keinen Einfluss auf die Eingruppierung des jeweiligen Arztes hatte, unterschiedlich vergeben.

Dass der Kläger bereits vor Inkrafttreten des TV-Ärzte / TdL diesen Titel mit Zustimmung des Beklagten geführt hat, ist daher ohne tarifrechtliche Bedeutung. Denn die Tarifvertragsparteien haben dazu in einer „Niederschriftserklärung“ zu § 4 des Tarifvertrages zur Überleitung der Ärztinnen und Ärzte an Universitätskliniken (TV-Ärzte) klargestellt, dass Ärztinnen und Ärzte, die die Bezeichnung „Oberärztin/-arzt“ führen, ohne die Voraussetzungen für eine Eingruppierung als Oberärztin bzw. Oberarzt nach § 12 TV-Ärzte / TdL zu erfüllen, die Berechtigung zur Führung ihrer bisherigen Bezeichnung nicht verlieren sollten. Eine Eingruppierung nach Entgeltgruppe Ä 3 sei hiermit nicht verbunden.

Daraus folgt, dass die Tarifvertragsparteien davon ausgegangen sind, dass es aufgrund der tarifvertraglichen Neudefinition der Oberarzt-Tätigkeit in einer Vielzahl von Fällen dazu kommen würde, dass Oberärzte, die bisher den Titel „Oberarzt“ geführt hatten, gleichwohl nicht die nunmehrigen tariflichen Eingruppierungsmerkmale für eine Oberarztstätigkeit nach § 12 TV-Ärzte erfüllen werden (BAG vom 09.12.2009 – 4 AZR 495/08). Aus diesem Grund kann auch nichts aus der Tatsache abgeleitet werden, dass der Kläger, etwa in Arbeitszeugnissen und anderen Unterlagen des Beklagten, als „Oberarzt“ bezeichnet worden ist. Denn diese in Unkenntnis des wesentlich später zustande gekommenen Tarifvertrags gewählte Bezeichnung kann nichts dafür hergeben, dass mit dieser Bezeichnung die Festlegung verbunden wäre, dass der Kläger die Voraussetzungen der wesentlich später in Kraft getretenen tarifvertraglichen Oberarztdefinition erfüllen würde (LAG München vom 26.08.2008 – 4 Sa 328/08; vom 22.04.2009 – 10 Sa 300/08).

**c)**

Die Tätigkeit eines Facharztes mit übertragener Spezialfunktion kommt beim Kläger nicht in Betracht. Tarifrrechtlich könnte er eine Vergütung gemäß der Entgeltgruppe Ä 3 des § 12 TV-Ärzte / TdL daher nur dann beanspruchen, wenn seine Tätigkeit für den Beklagten die drei Voraussetzungen

- der vom Arbeitgeber übertragenen
- medizinischen Verantwortung
- für Teil- oder Funktionsbereiche der Klinik bzw. Abteilung erfüllen würde.

**aa)** Der Begriff „Funktionsbereich“ wurde bereits in der früheren Regelung des Tarifvertrages zur Änderung und Ergänzung der Anlage 1a zum BAT vom 23.02.1972 für Ärzte, Apotheker, Tierärzte und Zahnärzte verwendet. Gemäß Protokollerklärung Nr. 3 zum Tarifvertrag zur Änderung und Ergänzung der Anlage 1a zum BAT sind Funktionsbereiche wissenschaftlich anerkannte Teilgebiete innerhalb eines ärztlichen Fachgebiets. An diesem Begriff sollte für den TV-Ärzte / TdL festgehalten werden.

Danach sind Funktionsbereiche medizinisch definiert, d.h. sie sind Untergliederungen eines Fachgebiets der Medizin, die wissenschaftlich anerkannte Spezialgebiete erfassen. Als Beispiele für Funktionsbereiche habe die Tarifvertragsparteien in ihrer Protokollerklärung Nr. 3 des Tarifvertrags zur Änderung und Ergänzung der Anlage 1 a zum BAT vom 20.02.1972 unter anderem die Handchirurgie, die Neuroradiologie, die Elektroencephalographie und Herzkatheterisierung benannt (BAG vom 09.12.2009 – 4 AZR 495/08).

**bb)** Der Begriff des Teilbereichs einer Klinik oder Abteilung ist dagegen tariflich neu und wird von den Tarifvertragsparteien nicht ausdrücklich näher bestimmt. Der Teilbereich ist schon wegen der von den Tarifvertragsparteien gewählten grammatikalischen Abgrenzung zu den Funktionsbereichen („oder“) ein hiervon unabhängiges eigenständiges Tatbestandsmerkmal. Die Auslegung des Begriffs ergibt unter besonderer Berücksichtigung des Wortlauts und des tariflichen Gesamtzusammenhangs, dass ein Teilbereich einer Klinik oder Abteilung im tariflichen Sinne regelmäßig eine organisatorisch abgrenzbare Einheit innerhalb der übergeordneten Einrichtung einer Klinik oder Abteilung ist, der eine bestimmte Aufgabe mit eigener Zielsetzung sowie eigener medizinischer Verantwortungs-

struktur zugewiesen ist und die über eine eigene räumliche, personelle und sachlich-technische Ausstattung verfügt. Die Anforderung einer gewissen organisatorischen Verselbständigung wird in der Regel einerseits durch eine zumindest auf einen nicht unerheblichen Zeitraum, zumeist jedoch auf unbestimmte Dauer ausgerichtete Ausstattung mit eigenem nichtärztlichem und ärztlichem Personal erfüllt. Die bloße Aufgabenerfüllung mit wechselndem Personal genügt für die erforderliche Abgrenzung nicht. Andererseits müssen der Einheit regelmäßig auch eigene Räume und sonstige Sachmittel zugewiesen worden sein. Diese orientieren sich an dem der organisatorischen Einheit innerhalb der Klinik oder der Abteilung übertragenen Zweck. Erforderlich ist, dass die Einheit in diesem Sinne tatsächlich organisatorisch verselbständigt ist; es genügt dagegen nicht, dass auf Grund der Aufgabenstellung hierzu die Möglichkeit bestünde. Es muss sich um eine Organisationseinheit handeln, der eine eigenständige Verantwortungsstruktur zugewiesen werden kann und zugewiesen worden ist. Nicht zwingend ist dagegen, dass es sich um eine organisatorische Ebene unmittelbar unterhalb derjenigen der Klinik bzw. Abteilung handeln muss (ausführlich BAG vom 09.12.2009 – 4 AZR 495/08).

Allerdings sind für die G. Besonderheiten zu beachten. Die G. kooperiert jedenfalls im Bereich der operativen Medizin vielfach mit anderen medizinischen Fachgebieten; sie ist eine unverzichtbare „Zusammenhangs-Disziplin“ zu den jeweils den konkreten Krankheiten oder Funktionsstörungen zugeordneten medizinischen Gebieten, beispielsweise HNO, Augenheilkunde, Orthopädie, Internistischer Bereich. Wegen der großen Bedeutung der und den komplexen Anforderungen an die G. hat sie sich als eigenständige medizinische Fachrichtung entwickelt. Ohne ihre Beteiligung finden praktisch keine Operationen mehr statt. Wegen der in der Regel notwendigen Verbindung zu einem anderen Fachgebiet wird die G. in den jeweiligen Spezialkliniken tätig. Ihr ist eine Querschnittsfunktion zugewiesen, die für die anderen Fachgebiete abrufbar ist. Schon wegen des Umfangs dieser notwendigen Tätigkeiten, aber auch wegen ihrer qualitativen Anforderungen und ihrer Einbindung in die Ausbildung sowie Wissenschaft und Lehre, ist die G. oft, wie auch im Krankenhaus der Beklagten, als eigene Klinik organisiert. Sie besteht, was die G. angeht, aus den jeweiligen Einheiten, die den Operationsbereichen der anderen Fachgebiete zugeordnet sind. Für die Erfüllung der tariflichen Anforderung einer organisatorischen Selbständigkeit muss es deshalb bei einer Klinik für G. genügen, wenn die Funktionen der den anderen Fachgebieten zugeordneten Teilbereiche der G. in den jeweiligen Operationsbe-

reichen der Fachgebiete einen festen Platz haben. Der spezifische Zweck gerade dieser jeweiligen Teilbereiche erschließt sich aus den dort organisierten und der Klinik für G. zuzurechnenden medizinischen Dienstleistungen (BAG vom 20.04.2011 – 4 AZR 453/09).

**cc)** Was schließlich die „medizinische Verantwortung“ angeht, folgt zwar aus der Unterordnung unter den leitenden Arzt und seinen ständigen Vertreter, dass die von einem Oberarzt wahrzunehmende Verantwortung keine Allein- oder Letztverantwortung sein kann. Die medizinische Verantwortung muss sich in personeller Hinsicht aber auch auf Fachärzte erstrecken und in organisatorischer Hinsicht ungeteilt auf den gesamten Teil- oder Funktionsbereich beziehen. Aus der Struktur der Regelung in § 12 TV-Ärzte / TdL folgt, dass die den Oberärzten im Tarifsinn obliegende „medizinische“ Verantwortung über die allgemeine „ärztliche“ Verantwortung eines Assistenzarztes und eines Facharztes deutlich hinausgeht. Dabei wird an die tatsächliche krankenhauserne Organisations- und Verantwortungsstruktur angeknüpft. Es muss sich um eine Verantwortung handeln, die sich in einer gesteigerten Aufsichts- und – teilweise eingeschränkten – Weisungsbefugnis niederschlägt (BAG vom 16.11.2011 – 4 AZR 653/09; BAG vom 16.05.2012 – 4 AZR 372/10).

**d)**

Die Voraussetzung einer Übertragung der medizinischen Verantwortung für Teil- oder Funktionsbereiche der Klinik bzw. Abteilung durch den Beklagten ist beim Kläger nicht gegeben.

**aa)** Die Tätigkeit als G. ist kein Funktionsbereich im Sinne der ärztlichen Weiterbildungsordnung. Diese Feststellung des Arbeitsgerichts im Urteil vom 22.07.2008 wird vom Kläger in seiner Begründung der Berufung letztlich nicht angegriffen.

**bb)** Der Kläger trägt auch keine medizinische Verantwortung für einen „Teilbereich“ im Sinne der Entgeltgruppe Ä 3.

Dass der Kläger während der Regeldienstzeit für den OP-Saal, dem er zugeteilt ist und ggf. auch überwachend für benachbarte OP-Säle, denen Assistenzärzte zugeteilt sind, als G. und Facharzt nach allgemeinem Verständnis erhebliche medizinische Verantwortung

trägt, ist nicht zu bestreiten. Dem Kläger werden dabei aber „lediglich“ typische fachärztliche Funktionen übertragen, verbunden mit der Verantwortung, die einem Facharzt im Klinikbetrieb typischerweise auferlegt ist. Eine medizinische Verantwortung für einen Teilbereich im Tarifsinne wird auch nicht daraus, dass der Kläger den Assistenzärzten in benachbarten OP-Sälen „auf die Finger schaut“.

Eine Interpretation des Tariftextes im Sinne des Klägers würde dazu führen, dass nahezu jeder Facharzt als Oberarzt einzugruppieren wäre. Dies stünde offensichtlich im Widerspruch zur tariflichen Systematik, die eine Heraushebung des Tarif-Oberarztes gegenüber dem in der Vergütungsgruppe Ä 2 eingruppierten Facharzt fordert. Im Hinblick auf die allgemeine ärztliche Verantwortungsstruktur und die unterschiedlichen hierarchischen Ebenen ist es deshalb für eine Eingruppierung als Tarif-Oberarzt erforderlich, dass diesem nicht nur Assistenzärzte nachgeordnet sind, sondern in der Regel auch mindestens ein Facharzt unterstellt ist. Eine solche Unterstellung hat der Kläger nicht dargelegt.

Der Kläger überspringt auch, dass der Beklagte unterhalb der Chefarzteebene, aber eben oberhalb der Facharzteebene, eine eigene Verantwortungsebene eingezogen hat (vgl. Spalte 2 der Tagespläne, wonach die Verantwortung für mehrere OP-Säle einem Tarif-Oberarzt zugewiesen ist). Dass diese vom Beklagten als solche eingruppierten Tarif-Oberärzte nach dem Vortrag des Klägers die medizinische Verantwortung wegen zahlreicher anderer Verpflichtungen bezogen auf das konkrete Operationsgeschehen nicht tragen können, ist nicht stichhaltig. Mit diesem Argument könnte man andernfalls auch dem Chefarzt absprechen, dass er die medizinische Verantwortung trägt. Hier geht es um eine strukturelle Verantwortung (und nicht den einzelnen Handgriff), die den vom Beklagten beschäftigten Tarif-Oberärzten nicht von der Schulter genommen werden kann. Dass die von der Beklagten in der Spalte 2 eingeteilten Oberärzte keine medizinische Verantwortung für die ihnen zugeordneten OPs tragen, will letztlich wohl auch der Kläger nicht zum Ausdruck bringen.

An diesem schon im Urteil der Berufungskammer vom 07.10.2009 gezogenen Schluss ändert sich nichts durch die aktuelle Rechtsprechung des BAG zu den Besonderheiten im Bereich der G. (Urteil vom 20.04.2011 – 4 AZR 453/09). Hier wird lediglich im Rahmen der Prüfung, ob ein selbständiger Teilbereich vorliegt, zum Merkmal der organisatorischen

Selbständigkeit darauf hingewiesen, dass es bei einer Klinik für G. genügen muss, wenn die Funktionen der den anderen Fachgebieten zugeordneten Teilbereiche der G. in den jeweiligen Operationsbereichen der Fachgebiete einen festen Platz haben. Hierzu hat der Kläger schon nicht dargelegt, dass die Klinik für G. im F. in Teilbereiche in diesem Sinne untergliedert ist. Der Kläger wird ja nach eigenem Vortrag in unterschiedlichen Operationssälen unterschiedlicher Fachgebiete eingesetzt (vgl. auch die als Anlagenkonvolut K25 vorgelegten Tagespläne, Bl. 198 ff. d. A.). Vor allem aber ändert dies nichts daran, dass ein Oberarzt im Sinne des TV-Ärzte / TdL die medizinische Verantwortung im oben beschriebenen Sinne für einen solchen verselbständigten Teilbereich tragen muss. Es bleibt dabei, dass die fachärztliche Verantwortung für den jeweils zugewiesenen und möglicherweise den ein oder anderen benachbarten Operationssaal hierfür nicht ausreicht.

**cc)** Nichts anderes ergibt sich, wenn man die (regelmäßige) Einteilung des Klägers als sog. Funktionsoberarzt mit einbezieht.

Bei der Tätigkeit als Funktionsoberarzt handelt es sich um die Übertragung eines zweifellos verantwortungsvollen Dienstes im Wechsel an verschiedene Fachärzte der Klinik für G.. Die Einteilung zu solchen Diensten ist aber ebenfalls keine Übertragung der medizinischen Verantwortung für einen Teilbereich im Tarifsinne, sondern die auf diesen Dienst beschränkte Übertragung einer bestimmten Funktion. Entsprechendes gilt für die Übertragung von Diensten im Rahmen der Praemedikations – Ambulanz.

Unabhängig davon kann der Kläger nicht darlegen, dass es sich um Tätigkeiten handelt, die – wie es der Einleitungssatz des § 12 TV-Ärzte fordert – zeitlich mindestens zur Hälfte ausgeübt werden. Dass ihm der FOA - Dienst regelmäßig öfter als rund vier Mal pro Monat übertragen wird, legt auch der Kläger nicht dar. Seine Behauptung, die er gegenüber dem erstinstanzlichen Urteil sogar mit einer Tatbestandsberichtigung verfolgt hat, er würde mit mindestens 50 % seiner üblichen Arbeitszeit zu FOA-Diensten eingeteilt (vgl. Berufungsbegründungsschriftsatz vom 10.11.2008) ist nicht ausreichend. Erstinstanzlich hat er zwar mit Schriftsatz vom 16.06.2008 den Zeitraum vom 14.05.2008 bis 11.06.2008 dargelegt, in dem er in erheblichem Umfang zu FOA-Diensten eingeteilt worden war. Für diesen Zeitraum von rund einem Monat kommt er selbst auf 128 Stunden. Der Kläger legt aber weder näher dar, ob dies einem typischen Volumen entspricht, noch setzt er dieses Vo-

lumen in Verhältnis zu seiner Gesamtarbeitszeit. Zu einer Auseinandersetzung damit hätte aber schon deswegen Anlass bestanden, weil der Beklagte das Verhältnis der FOA-Stunden zur Gesamtarbeitszeit mit 90 zu 230 Stunden beziffert (vgl. Protokoll der Sitzung vom 24.06.2009, Bl. 566 ff. d. A.). Außerdem hatte die Berufungskammer im Urteil vom 07.10.2009 schon ausgeführt, dass der Kläger nicht dargelegt hatte, dass er die FOA-Dienste zeitlich zumindest zur Hälfte ausübt. Seine weiteren Schriftsätze nach Zurückverweisung durch das Bundesarbeitsgericht enthalten dennoch keine Vertiefung. Im Schriftsatz vom 24.05.2012 bezieht er sich nur kurz auf August 2010, in dem er vier FOA-Dienste (also höchstens 96 Stunden) wahrgenommen habe.

**dd)** Die mindestens hälftige Ausübung tariflich höher qualifizierter Tätigkeit überspringt der Kläger schließlich auch nicht mit den anderen von ihm benannten übertragenen Aufgaben. Weder dass er in Einzelfällen den Chefarzt gegenüber einem Privatpatienten vertritt, noch dass er für die Abzeichnung der Überstunden seiner Kollegen zuständig war und schließlich auch nicht die vom Kläger wahrgenommenen Zuständigkeiten für Schadstoffmessung und Strahlenschutz ist eine Übertragung medizinischer Verantwortung für einen Teilbereich der Klinik im tariflichen Sinne.

## 2.

Ein Anspruch des Klägers auf Vergütung nach § 12 Entgeltgruppe Ä3 TV-Ärzte / TdL ergibt sich auch nicht aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.

### a)

Nach dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, der inhaltlich durch den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG bestimmt wird, sind Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern, die sich in gleicher oder vergleichbarer Lage befinden, gleich zu behandeln. Untersagt ist sowohl eine willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer innerhalb einer Gruppe als auch eine sachfremde Gruppenbildung. Vorrang hat der Grundsatz der Vertragsfreiheit für individuell ausgehandelte Gehälter. Der Gleichbehandlungsgrundsatz findet aber auch im Bereich der Entgeltzahlung Anwendung, wenn der Arbeitgeber das Entgelt nach einem bestimmten erkennbaren und generalisierenden Prinzip gewährt, indem er bestimmte Voraussetzungen oder bestimmte Zwecke festlegt (BAG vom 16.05.2012 – 4 AZR 372/10). Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrund-

satz greift jedoch nur ein bei einem gestaltenden Verhalten des Arbeitgebers, hingegen nicht beim bloßen – auch vermeintlichen – Normenvollzug. Deshalb gibt es keinen Anspruch auf „Gleichbehandlung im Irrtum“ (BAG vom 15.06.2012 – 4 AZR 465/09).

**b)**

Der für eine Verletzung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes darlegungs- und beweisbelastete Kläger hat kein erkennbares und generalisierendes Prinzip des Beklagten aufgezeigt, nachdem dieser andere frühere Titular-Oberärzte nunmehr als Tarif-Oberärzte behandelt und ihn, obwohl er die Bedingungen des generalisierenden Prinzips ebenfalls erfüllt, hiervon ausnimmt.

Selbst wenn bei Kollegen des Klägers im Einzelfall die Eingruppierung nicht den tariflichen Voraussetzungen entsprechen würde, kann ohne konkrete Anhaltspunkte nicht unterstellt werden, dass der Beklagte bewusst nach einer selbst gesetzten Regel Eingruppierungen unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des Tarifvertrages vornimmt. Vielmehr wäre in einem solchen Fall, wenn kein anderes Vorgehen des Beklagten dargelegt wird, anzunehmen, dass dem Beklagten bei der Anwendung des Tarifvertrages ein Fehler unterlaufen ist, es aber beim Ausgangspunkt bleibt, den Tarifvertrag anwenden zu wollen. Dass der Beklagte nach einem erkennbar anderen, sich von den Voraussetzungen des Tarifvertrages lösenden Prinzips vorgeht, ist durch den Kläger nicht dargelegt.

Soweit der Kläger behauptet, er würde (tarifvertraglich) die gleiche Tätigkeit ausüben, wie die Tarif-Oberärzte L. , M. , O., Q. und N. bleibt diese Behauptung unsubstantiiert und ungeeignet, die Voraussetzungen für eine Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes darzulegen. Die Ausführungen des Klägers hierzu sind in ihrer Allgemeinheit einer Beweisaufnahme nicht zugänglich.

Das hatte die Berufungskammer schon im Urteil vom 07.10.2009 ausgeführt. Der Kläger hat seine Behauptung, er führe die gleichen Tätigkeiten wie die benannten Tarif-Oberärzte aus, in seinen Schriftsätzen nach Zurückverweisung an das Landesarbeitsgericht dennoch nicht weiter substantiiert. Seine These, die ungleiche Behandlung erfolge aufgrund sachfremder Kriterien, nämlich aufgrund seiner „unangenehmen“ Tätigkeit als Personalrat, beruht auf der Behauptung, er werde ungleich behandelt. Dann müsste der

Kläger aber erst einmal darlegen, dass eine ungleiche Behandlung, hier eine unterschiedliche Eingruppierung bei vergleichbarer Tätigkeit, tatsächlich vorliegt. Eine solche hinreichend nachvollziehbare Darlegung ist dem Vorbringen des Klägers nicht zu entnehmen.

### 3.

Der Beklagte ist auch nicht auf Grund einer vertraglichen Vereinbarung verpflichtet, den Kläger seit 01.09.2009 bis zu seinem Ausscheiden nach § 12 Entgeltgruppe Ä3 TV-Ärzte / TdL zu vergüten und für die Zeit vom 01.08.2008 bis 31.08.2008 eine außertarifliche Zulage von monatlich € 1.200,-- zu zahlen.

Ein Vertrag zwischen den Parteien ist nicht dadurch zustande gekommen, dass der ärztliche Direktor des Klinikums das Angebot mit Schreiben vom 06.08.2009 abgab und der Kläger dieses mit Schreiben vom 12.08.2009 annahm. Das Angebot vom 06.08.2009 stand nämlich unter dem Vorbehalt der Zustimmung durch das Bayerische Staatsministerium der Finanzen. Diese Zustimmung wurde nicht erteilt.

#### a)

Empfangsbedürftige Willenserklärungen sind so auszulegen, wie sie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste (§§ 133, 157 BGB; st. Rspr.).

Der Empfänger darf der Erklärung nicht einfach den für ihn günstigsten Sinn beilegen. Er ist nach Treu und Glauben verpflichtet, unter Berücksichtigung aller ihm erkennbarer Umstände mit gehöriger Aufmerksamkeit zu prüfen, was der Erklärende gemeint hat (BAG vom 15.12.2005 – 2 AZR 148/08).

#### b)

Ausgehend von diesen Maßstäben kann die Erklärung des ärztlichen Direktors vom 06.08.2009 nicht isoliert betrachtet werden. Die Auslegung hat aus dem Gesamtkontext heraus zu erfolgen, also insbesondere mit Blick auf die Situation, in der das Angebot abgegeben wurde und in der Zusammenschau mit dem zuvor unterbreiteten Angebot vom 16.07.2009. Die Verknüpfung zu letzterem ergibt sich bereits daraus, dass das Angebot als „ergänzendes Angebot“ bezeichnet wird, das „zusätzlich zu der bereits angebotenen

außertariflichen Zulage“ inhaltlich einen für den Kläger günstigen Lösungsansatz unterbreitet. Das ergänzende Angebot enthielt die vom klägerischen Prozessbevollmächtigten geforderte Verbesserung der Konditionen in finanzieller Hinsicht, aber keinen Hinweis, dass der im vorausgegangenen Schreiben, auf das sich das ergänzende Angebot bezieht, betonte Vorbehalt der Zustimmung des Staatsministeriums der Finanzen für dieses neue Angebot nicht mehr gelten sollte.

Dieser Vorbehalt war dem Angebot aber immanent, denn es wurde zur Beilegung des Rechtsstreits zwischen den Parteien unterbreitet, worauf das Schreiben vom 06.08.2009 ebenfalls Bezug nimmt und was sich auch daraus ergibt, dass sich das Schreiben an den klägerischen Prozessbevollmächtigten richtet. Diesem, aber auch dem Kläger, war bekannt, dass das Klinikum hier nicht selbständig in Vertretung des Beklagten agiert, sondern dass jegliche Einigung – erst recht, wenn diese eine höhere Eingruppierung vorsah – unter dem Vorbehalt behördlicher Zustimmung stand. So nahm an der mündlichen Verhandlung über die Berufung vom 18.02.2009 auch Herr Regierungsdirektor R. vom Landesamt der Finanzen teil.

Dem Kläger, dem es auf eine rechtsverbindliche Klärung ankam, d.h. in diesem Zusammenhang auch auf einen Abschluss des Verfahrens vor dem Landesarbeitsgericht, musste auch bewusst sein, dass eine prozessrechtlich wirksame Äußerung – auch eine Zustimmung nach § 278 Abs. 6 ZPO – vor dem Landesarbeitsgericht nur durch den Prozessvertreter der Beklagten abgegeben werden konnte. Dementsprechend interpretierte auch der Prozessvertreter des Klägers den Vorschlag vom 06.08.2009 lediglich als Einigungsmodell, das vor einer endgültigen Einigung noch weiter abzuklären und zu präzisieren war. An das Landesarbeitsgericht schrieb der Prozessvertreter des Klägers nämlich mit Schriftsatz vom 07.08.2009, dieser sei „vorbehaltlich der genauen Formulierung“ mit dem Angebot einverstanden. Auch dem klägerischen Prozessbevollmächtigten war offensichtlich klar, dass das „ergänzende Angebot“ Vorschlagscharakter hatte und das ausformulierte Angebot erst im Rahmen einer internen Abklärung bei dem Beklagten zur Herbeiführung eines Vergleichsabschlusses zu bewerten war.

- 26 -

**B.**

Der hilfsweise gestellte Feststellungsantrag (Antrag b) für die Zeit ab 01.07.2006 ist als Eingruppierungsfeststellungsklage zulässig, aber unbegründet, da der Kläger – wie ausgeführt – keinen Anspruch auf Eingruppierung nach § 12 Entgeltgruppe Ä3 TV-Ärzte / TdL hat.

**C.**

Der weiter hilfsweise gestellte Zahlungsantrag (Antrag c) ist zulässig, aber aus den genannten Gründen ebenfalls unbegründet.

**D.**

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Revision wird für den Kläger nach Maßgabe der folgenden Rechtsmittelbelehrung zugelassen, § 72 Abs. 1 ArbGG.

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen dieses Urteil kann der Kläger Revision einlegen.

Für den Beklagten 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

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>

Dr. Wanhöfer

Gollum

Forster

für den ausgeschiedenen ehrenamtlichen Richter

Dr. Wanhöfer