Bundesarbeitsgericht Vierter Senat	Urteil vom 19. November 2014 - 4 AZR 76/13 -
I. Arbeitsgericht München	Endurteil vom 22. Juli 2008 - 14 Ca 8856/07 -
II. Landesarbeitsgericht München	Urteil vom 19. September 2012 - 5 Sa 284/12 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichwort:

Eingruppierung als Oberarzt nach dem TV-Ärzte/TdL

Bestimmungen:

ArbGG § 60 Abs. 4 Satz 2, § 69 Abs. 1 Satz 2; BGB § 145; Tarifvertrag für Ärztinnen und Ärzte an Universitätskliniken vom 30. Oktober 2006 (TV-Ärzte/TdL) § 12, Entgeltgruppe Ä 3

BUNDESARBEITSGERICHT

4 AZR 76/13
5 Sa 284/12
Landesarbeitsgericht
München

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
19. November 2014

URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. November 2014 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Treber und die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Rinck sowie den ehrenamtlichen Richter Bredendiek und die ehrenamtliche Richterin Redeker für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 19. September 2012 - 5 Sa 284/12 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Eingruppierung des Klägers als Oberarzt nach der Entgeltgruppe Ä 3 (Oberärztin/Oberarzt) des Tarifvertrags für Ärztinnen und Ärzte an Universitätskliniken vom 30. Oktober 2006 (TV-Ärzte/TdL). 1

Der Kläger, Facharzt für Anästhesiologie, war bis zum 31. Mai 2011 auf der Basis mit dem Beklagten geschlossener Arbeitsverträge im Klinikum der T U M (nachfolgend: Klinikum), davon seit dem Jahre 2003 aufgrund eines zwischen der Beklagten und dem Klinikum geschlossenen Personalgestellungsvertrags, in der Klinik für Anästhesiologie tätig. Nach einer „Änderung des Arbeitsvertrages“ am 29. Januar 1980 umfasste seine Tätigkeit die „Fachärztliche Versorgung von Patienten“. Seit dem Jahr 1984 führte er die Bezeichnung „Oberarzt“. Der Kläger war Mitglied des Personalrats. 2

Im Klinikum bestanden in den einzelnen Abteilungen insgesamt 32 Operationssäle und Einsatzstellen für Anästhesisten. In den sog. Tagesplänen der Klinik wurden die Fachärzte und Assistenzärzte den einzelnen Operationssälen zugeteilt. Nicht jedem Operationssaal war ein Facharzt zugewiesen. Die eingeteilten Fachärzte nahmen gegenüber den Assistenzärzten Aufsichtsfunktionen und das Weisungsrecht wahr. In den Tagesplänen waren darüber hinaus weitere Fachärzte aufgeführt, denen, ohne einzelnen Operationssälen zugeordnet zu sein, mehrere Operationssäle zugewiesen waren und die dort begleitend sowie kontrollierend tätig wurden. Diese Ärzte wurden von dem Beklagten als Oberärzte im Tarifsinne vergütet. Der Kläger war während seiner regelmäßigen Arbeitszeit jeweils einem Operationssaal zugewiesen. An etwa zwei Tagen im 3

Monat erfolgte im Rahmen der „Tagespläne“ allerdings eine Zuordnung zur sog. Prämedikationsambulanz. Dort wurden ärztliche Beratungs- und Aufklärungsgespräche mit Patienten durchgeführt, die vor einem operativen Eingriff stehen. Die Leitung dieser Ambulanz war einem anderen Beschäftigten übertragen, der nach der Entgeltgruppe Ä 3 TV-Ärzte/TdL vergütet wurde.

Im Klinikum bestand außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit ein Funktionsoberarzt-Dienst, zu dem auch ein Facharzt für Anästhesiologie gehörte. In diesem Dienst war der Kläger in einem zwischen den Parteien streitigen zeitlichen Umfang tätig. Diese „Funktionsoberärzte“ überwachten jedenfalls die Assistenzärzte, die in den Operationssälen nach Ende der Regelarbeitszeit tätig waren. Der jeweils tätige Funktionsoberarzt entschied auch über die Aufnahme von Notfallpatienten. 4

Bis zum Ende des ersten Quartals des Jahres 2007 war der Kläger zudem Strahlenschutzbeauftragter und überprüfte die Anträge von Ärzten auf Überstundenvergütung. 5

Nach erfolgloser Geltendmachung hat der Kläger mit seiner Klage zunächst eine Vergütung nach der Entgeltgruppe Ä 3 TV-Ärzte/TdL verlangt. Nach Schluss der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz am 24. Juni 2009 hat er von der Personalabteilung des Klinikums ein Schreiben vom 16. Juli 2009 mit ua. folgenden Inhalt erhalten: 6

> „**Angebot zum Vergleich**
>
> Sehr geehrter Herr Dr. P,
>
> 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 €, rückwirkend ab dem 1.8.2008, bis zum Eintritt in den Ruhestand.
> Bitte teilen Sie uns bis zum 17.7.2009 schriftlich mit, ob Sie dieses Angebot annehmen werden.“

Der Prozessbevollmächtigte des Klägers hat mit Schreiben vom 17. Juli 2009 dem Prozessbevollmächtigten des Beklagten geantwortet, ein solcher 7

Vergleich sei für den Kläger zwar vorstellbar, die finanziellen Bedingungen müssten aber deutlich verbessert werden. Mit Schreiben des ärztlichen Direktors des Klinikums an den Prozessbevollmächtigten des Klägers vom 6. August 2009 ist dem Kläger „in Sachen Dr. P gegen Freistaat Bayern … folgendes ergänzendes Angebot unterbreitet“ worden:

> „Zusätzlich zu der bereits angebotenen außertariflichen Zulage in Höhe von 1.200 Euro ab 1.8.2008 wird Herrn Dr. P ab 1.9.2009 eine Eingruppierung nach TV-Ärzte §12 in die Entgeltgruppe Ä3 Stufe 3 (Oberarzt) angeboten. Die Zulage erlischt zum Zeitpunkt der Höhergruppierung“.

Mit Schriftsatz vom 7. August 2009 an das Landesarbeitsgericht hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers geäußert, der Kläger könne sich - „vorbehaltlich der genauen Formulierung“ - mit dem Angebot einverstanden erklären. Unter dem Datum des 12. August 2009 hat der Kläger bezogen auf das Schreiben vom 6. August 2009 dann mitgeteilt: „Hiermit nehme ich obiges Angebot an“. 8

Der Kläger ist der Auffassung, er könne aufgrund des Vertragsangebots im Schreiben vom 6. August 2009, das er angenommen habe, eine Zulage und ab dem 1. September 2009 eine Vergütung nach der Entgeltgruppe Ä 3 TV-Ärzte/TdL verlangen. Zudem habe er nicht nur den Titel „Oberarzt“ geführt, sondern eine solche Tätigkeit auch auszuüben gehabt. Er habe die medizinische Verantwortung für einen „Teil- und/oder Funktionsbereich“ der Klinik für Anästhesiologie getragen. In den ihm zugewiesenen Operationssälen, die jeweils einen eigenen Teilbereich bildeten, habe er die Tätigkeit der Assistenzärzte überwacht, sie weitergebildet und Vorgesetztenfunktionen ausgeübt. Die „verantwortlich in den OP-Bereichen eingesetzten Anästhesieärzte“ seien „neuerdings alle nachträglich als Oberärzte eingruppiert worden“. Im Rahmen seiner Funktionsoberarztdienste, die zeitlich mindestens die Hälfte seiner üblichen Arbeitszeit in Anspruch genommen hätten, habe er an Werktagen ab 16:00 Uhr die volle Verantwortung und Aufsicht für alle Operationsbereiche der Kliniken während dieser „24-Stunden-Dienste“ übernommen. Im Monat August 2010 seien ihm während vier Funktionsoberarztdiensten Fachärzte unterstellt gewe- 9

sen. Die Überstundenabrechnung und die ihm übertragenen Schadstoff-Belastungsanalysen seien selbständige Teilbereiche iSd. Entgeltgruppe Ä 3 TV-Ärzte/TdL. Darüber hinaus ergebe sich sein Anspruch aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Konkret von ihm benannte Beschäftigte würden dieselben Tätigkeiten wie er ausüben und seien nach der Entgeltgruppe Ä 3 TV-Ärzte/TdL vergütet worden. Die Beklagte habe nicht darlegen können, dass diese Ärzte die tariflichen Voraussetzungen für eine Eingruppierung als Oberarzt erfüllten.

Der Kläger hat zuletzt beantragt 10

1. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihm vom 1. August 2008 bis zum 31. August 2009 eine monatliche außertarifliche Zulage in Höhe von 1.200,00 Euro brutto zu zahlen

   und

   festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihm seit dem 1. September 2009 bis zum 31. Mai 2011 entsprechend der Entgeltgruppe Ä 3, Stufe 3 gemäß § 12 des Tarifvertrags für Ärztinnen und Ärzte an Universitätskliniken (TV-Ärzte) zu vergüten und die anfallenden Bruttonachzahlungsbeträge beginnend ab dem 1. August 2008 ab dem jeweiligen Fälligkeitszeitpunkt mit fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz zu verzinsen hat,

hilfsweise

2. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger seit dem 1. Juli 2006 bis zu seinem Ausscheiden am 31. Mai 2011 entsprechend der Entgeltgruppe Ä 3, Stufe 3 gemäß § 12 des Tarifvertrags für Ärztinnen und Ärzte an Universitätskliniken (TV-Ärzte) zu vergüten und die anfallenden monatlichen Bruttonachzahlungsbeträge beginnend ab dem 1. Juli 2006 ab dem jeweiligen Fälligkeitszeitpunkt mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen hat,

hilfsweise zum Antrag zu 2.

3. den Beklagten zu verurteilen, einen Betrag in Höhe von 95.802,20 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz für einen jeweiligen Betrag in Höhe von 1.596,70 Euro ab dem jeweiligen Monatsersten für den Zeitraum vom Juli 2006 bis Juni 2011, erstmals

ab dem 1. Juli 2006 und letztmals ab dem 1. Juni 2011 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Eine vertragliche Vereinbarung sei nicht zustande gekommen. Das Angebot vom 6. August 2009 sei im Zusammenhang mit dem vorherigen vom 16. Juli 2009 auszulegen. Deshalb habe auch jenes ersichtlich unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Landesamts für Finanzen gestanden, die nicht erteilt worden sei. Der Kläger habe nicht dargetan, für welchen Teil- oder Funktionsbereich der Klinik bzw. einer Abteilung ihm die medizinische Verantwortung übertragen gewesen sein soll. Die medizinische Verantwortung sei, wie sich aus den Tagesplänen ergebe, abgestuft nach Oberärzten, „Funktionsoberärzten“/Fachärzten und Assistenzärzten gegliedert gewesen. Für alle Bereiche der 32 Operationssäle sei ein Oberarzt eingeteilt worden. Ein „Funktionsoberarzt“ habe (lediglich) die Tätigkeit eines Facharztes auszuüben. Zudem habe der Kläger nur etwa drei- bis viermal im Monat Bereitschaftsdienste geleistet. Während der Bereitschaftsdienste habe er bei schwierigen anästhesiologischen Fragen den Oberarzt hinzuziehen müssen. Soweit er sich darauf berufe, ihm sei während dieser Dienste eine Aufsicht über Fachärzte übertragen gewesen, sei sein Vorbringen unsubstantiiert und unzutreffend. Hinsichtlich eines etwaigen Anspruchs nach dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz sei der Kläger seiner Darlegungspflicht nicht nachgekommen. Die von ihm benannten Beschäftigten würden die Voraussetzungen der Entgeltgruppe Ä 3 TV-Ärzte/TdL erfüllen. 11

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und die Revision zugelassen. Das Bundesarbeitsgericht hat auf die Revision des Klägers mit Urteil vom 25. Januar 2012 *(- 4 AZR 185/10 -)* die landesarbeitsgerichtliche Entscheidung aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers abermals zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat der Kläger den ersten Teil seines Feststellungsantrags zu 1. 12

dahingehend umgestellt, dass die Zahlung von 15.600,00 Euro brutto verlangt wird.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. 13

I. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts ist entgegen der Rüge des Klägers nicht bereits deshalb aufzuheben, weil es bei der Verkündung nicht in vollständiger Form abgefasst vorgelegen hat. 14

Nach § 69 Abs. 1 Satz 2 iVm. § 60 Abs. 4 Satz 2 ArbGG muss das Berufungsurteil, das nicht in dem Termin verkündet wird, in dem die mündliche Verhandlung geschlossen wird, bei Verkündung in vollständiger Form abgefasst sein. Das war hier zwar nicht der Fall; denn das unterschriebene Urteil ist erst am 16. Januar 2013 von dem ehrenamtlichen Richter F unterschrieben zur Geschäftsstelle gelangt. Der Umstand, dass bei Verkündung das Urteil noch nicht vollständig abgefasst war, stellt jedoch keinen Revisionsgrund, sondern nur eine unerhebliche Verletzung einer Ordnungsvorschrift dar *(BAG 23. Januar 1996 - 9 AZR 600/93 - zu I 1 der Gründe, BAGE 82, 74; 25. September 2003 - 8 AZR 472/02 - zu I 3 der Gründe mwN)*. 15

II. Der zulässige Klageantrag zu 1. ist unbegründet. 16

1. Der zuletzt gestellte Antrag zu 1. ist insgesamt zulässig. 17

a) Beim Übergang von dem in der Tatsacheninstanz zuletzt gestellten Feststellungsantrag zu 1. - erster Teil - auf eine Leistungsklage handelt es sich um eine in der Revisionsinstanz ausnahmsweise zulässige Klageänderung, weil der neue Sachantrag sich auf einen vom Landesarbeitsgericht festgestellten Sachverhalt stützt *(st. Rspr., s. nur BAG 18. November 2009 - 4 AZR 491/08 - Rn. 10 mwN, BAGE 132, 268)*, nämlich das Schreiben des ärztlichen Direktors 18

des Klinikums vom 6. August 2009 und die darin angebotene Zulage von monatlich 1.200,00 Euro für die Zeit vom 1. August 2008 bis zum 31. August 2009.

b) Der weitere Teil des Klageantrags zu 1. ist als sog. Eingruppierungsfeststellungsklage zulässig. Das auch noch in der Revisionsinstanz erforderliche besondere Feststellungsinteresse ist nicht aufgrund der im Verlauf des Rechtsstreits eingetretenen Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Ablauf des 31. Mai 2011 entfallen *(dazu ausf. BAG 5. November 2003 - 4 AZR 632/02 - zu I 2 der Gründe, BAGE 108, 224)*. 19

2. Der Antrag zu 1. ist unbegründet. Der Kläger kann sich für sein damit verfolgtes Begehren nicht auf eine vertragliche Vereinbarung mit dem Beklagten stützen. Das hat das Landesarbeitsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise erkannt. Deshalb steht dem Kläger weder der geltend gemachte Differenzbetrag für den Zeitraum von August 2008 bis einschließlich August 2009 zu noch kann die Feststellung getroffen werden, dass die Beklagte ihn in der Zeit vom 1. September 2009 bis zum 31. Mai 2011 nach der Entgeltgruppe Ä 3 Fallgr. 1 TV-Ärzte/TdL zu vergüten hat. 20

a) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, eine vertragliche Vereinbarung sei nicht zustande gekommen. Das Schreiben des ärztlichen Direktors des Klinikums vom 6. August 2009 habe unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen gestanden, die nicht erteilt worden sei. 21

Dieses Schreiben könne nicht isoliert, sondern nur im Gesamtzusammenhang mit dem vorangegangenen Schreiben vom 16. Juli 2009 ausgelegt werden. Der im späteren Schreiben enthaltene Antrag iSd. § 145 BGB sei dem Kläger nur als „ergänzendes Angebot“ „zusätzlich zu der bereits angebotenen außertariflichen Zulage“ unterbreitet worden. Weil sich das Schreiben vom 6. August 2009 auf das vorherige Schreiben bezogen und ebenfalls dazu gedient habe, den Rechtsstreit beizulegen, sei der Vorbehalt dem nachfolgenden Antrag immanent gewesen. Es fehle an Hinweisen, der zuvor von Seiten der Beklagten betonte Zustimmungsvorbehalt des Bayerischen Staatsministeriums 22

der Finanzen solle nun insgesamt nicht mehr gelten. Sowohl dem Prozessbevollmächtigten als auch dem Kläger sei bewusst gewesen, dass das Klinikum im Rahmen des Rechtsstreits nicht selbständig agiert habe, sondern der Beklagte, mit dem der Kläger seinen Arbeitsvertrag geschlossen hatte, durch das Landesamt für Finanzen vertreten wurde. Beiden sei daher bekannt gewesen, dass jegliche Einigung unter dem Vorbehalt der Zustimmung der Behörde gestanden habe. Dem Prozessbevollmächtigten des Klägers sei, wie seine Formulierung im Schriftsatz vom 7. August 2009 an das Landesarbeitsgericht („vorbehaltlich der genauen Formulierung“) verdeutliche, offensichtlich klar gewesen, dass das „ergänzende Angebot“ lediglich einen Vorschlagscharakter gehabt habe.

b) Diese in der Revisionsinstanz nur eingeschränkt überprüfbaren Ausführungen des Landesarbeitsgerichts *(zum Prüfungsmaßstab bei der Auslegung nicht typisierter Willenserklärungen etwa BAG 27. Februar 2013 - 4 AZR 78/11 - Rn. 16; 19. September 2007 - 4 AZR 656/06 - Rn. 17)* lassen einen Rechtsfehler nicht erkennen. 23

aa) Entgegen der Auffassung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht keinen wesentlichen Vortrag unbeachtet gelassen. Soweit sich die Revision auf das Vorbringen der Beklagten bezieht, Professor Dr. K sei an den klinischen Direktor des Klinikums mit der Bitte herangetreten, dem Kläger ein Angebot zu unterbreiten, „um den Rechtsstreit friedlich zu beenden“, steht dies der Würdigung des Landesarbeitsgerichts, auch das „ergänzende Angebot“ vom 6. August 2009 enthalte einen Zustimmungsvorbehalt des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen, nicht entgegen. 24

Die in diesem Zusammenhang erhobene Rüge des Klägers, das Landesarbeitsgericht sei bei einem vermeintlich unzureichenden Vortrag zur Erteilung eines Hinweises nach § 139 ZPO verpflichtet gewesen, ist unzulässig. Der Kläger hat schon nicht dargelegt, welchen Hinweis das Landesarbeitsgericht hätte erteilen müssen. Im Übrigen hatte bereits der Beklagte in der Tatsacheninstanz geltend gemacht, beide Angebote stünden unter dem Vorbehalt der Zu- 25

stimmung des dem Bayerischen Staatsministerium für Finanzen nachgeordneten Landesamts für Finanzen.

bb) Die weitere Rüge der Revision, das Landesarbeitsgericht sei von einem Zustimmungsvorbehalt auch für das nachfolgende Schreiben vom 6. August 2009 ausgegangen, „ohne konkret zu benennen, auf welcher Grundlage diese Feststellung“ erfolgt sei, ist unzutreffend. Das zeigen schon die vorstehenden Ausführungen (unter II 2 b aa). Soweit der Kläger meint, er sei der Auffassung der Beklagten zu einem Vorbehalt substantiiert entgegengetreten, bezieht sich der von ihm angeführte Vortrag lediglich auf die Funktion des ärztlichen Direktors als Vorstandsvorsitzenden des Klinikums und dessen insoweit bestehende Vertretungsmacht. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die von ihm abgegebene Erklärung stehe ebenfalls unter dem Vorbehalt des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen ist damit vereinbar. 26

cc) Der weitere Einwand des Klägers, das Landesarbeitsgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, sowohl ihm als auch seinem Prozessbevollmächtigten sei bekannt gewesen, das Klinikum habe nicht selbstständig in Vertretung des Beklagten gehandelt, greift nicht durch. Diesem steht die nicht mit zulässigen Revisionsrügen angegriffene gegenteilige Feststellung des Landesarbeitsgerichts entgegen. 27

Im Übrigen übersieht die Revision, dass der klinische Direktor als Vorsitzender des Vorstands des Klinikums zwar berechtigt gewesen sein mag, das Klinikum im Außenverhältnis rechtswirksam zu vertreten. Eine Vertretungsmacht gegenüber dem Beklagten, gegen den sich die Klage richtet und der vom Landesamt für Finanzen vertreten wird, folgt daraus aber nicht. Nichts anderes ergibt sich aus dem vom Kläger für seine gegenteilige Auffassung angeführten Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht vom 24. Juni 2009. Wenn dort protokolliert ist, „die Parteien erklären, vor dem Entscheidungstermin noch gemeinsame Lösungsmöglichkeiten zu prüfen“, betrifft dies den Beklagten sowie das ihn vertretende Landesamt für Finanzen und gerade nicht - wie die Revision meint - das Klinikum, in welchem der Kläger beschäftigt ist. 28

dd) Das Landesarbeitsgericht ist schließlich bei seiner Würdigung nicht von einem Protokollierungsvorbehalt iSd. § 278 Abs. 6 ZPO ausgegangen. Es hat in den Entscheidungsgründen lediglich ausgeführt, es sei dem Kläger auf einen Abschluss des Verfahrens angekommen und ihm habe deshalb bewusst sein müssen, „dass eine prozessrechtlich wirksame Äußerung - auch eine Zustimmung nach § 278 Abs. 6 ZPO - vor dem Landesarbeitsgericht nur durch den Prozessvertreter des Beklagten abgegeben werden konnte“. Das steht im Einklang mit der Auslegung des Schreibens vom 16. Juli 2009. Danach dient das „Angebot zum Vergleich“ dazu, „das derzeit vor dem LAG München laufende Berufungsverfahren zu beenden“. Hierfür spricht auch der weitere vom Landesarbeitsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise herangezogene Umstand, dass sich der Schriftsatz des Prozessbevollmächtigten des Klägers vom 7. August 2009 an das Landesarbeitsgericht und gerade nicht an das Klinikum, namentlich an dessen klinischen Direktor, richtete. 29

III. Der zulässige, hilfsweise gestellte Eingruppierungsfeststellungsantrag (Antrag zu 2.) ist ebenfalls unbegründet. Der Kläger kann weder aufgrund der tariflichen Eingruppierungsregelungen (unter 1) noch in Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes (unter 2) eine Vergütung nach der Entgeltgruppe Ä 3 TV-Ärzte/TdL beanspruchen. 30

1. Der Kläger hat nicht schlüssig dargetan, dass er aufgrund seiner Tätigkeit die tariflichen Anforderungen des Tätigkeitsmerkmals der Entgeltgruppe Ä 3 Fallgr. 1 TV-Ärzte/TdL erfüllt. 31

a) Für die tarifliche Bewertung der Tätigkeit des Klägers sind nach dem TV-Ärzte/TdL maßgebend: 32

„**§ 12**

Eingruppierung

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

Entgeltgruppe	**Bezeichnung**
Ä 1	Ärztin/Arzt mit entsprechender Tätigkeit

Ä 2	Fachärztin/Facharzt mit entsprechender Tätigkeit
Ä 3	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) Nach den vorstehenden tariflichen Anforderungen ist der Kläger nicht als Oberarzt iSd. § 12 Entgeltgruppe Ä 3 Fallgr. 1 TV-Ärzte/TdL, auf die er sich allein stützt, zu vergüten. 33

aa) Für die Eingruppierung des Klägers ist nach § 12 TV-Ärzte/TdL die zeitlich mindestens zur Hälfte auszuübende Tätigkeit maßgebend *(vgl. BAG 17. November 2010 - 4 AZR 188/09 - Rn. 23; 20. Oktober 2010 - 4 AZR 138/09 - Rn. 24, jew. mwN)*. 34

Das Landesarbeitsgericht hat zwar davon abgesehen, ausdrücklich festzustellen, ob der Kläger eine einheitliche Gesamttätigkeit oder mehrere Teiltätigkeiten ausübt. Auf den zeitlichen Zuschnitt von Einzeltätigkeiten innerhalb der vom Kläger auszuübenden Tätigkeit iSd. Einleitungssatzes von § 12 TV-Ärzte/TdL kommt es aber nicht an, weil er bei keinem denkbaren Zuschnitt der ihm übertragenen Tätigkeit die Anforderungen der geforderten Entgeltgruppe erfüllt. 35

bb) Die vom Kläger auszuübende Tätigkeit erfüllt nicht das Tatbestandsmerkmal „medizinische Verantwortung für Teil- oder Funktionsbereiche der Klinik beziehungsweise Abteilung“ der Entgeltgruppe Ä 3 Fallgr. 1 TV-Ärzte/TdL. 36

(1) Die Eingruppierung eines Arztes als Oberarzt iSd. § 12 Entgeltgruppe Ä 3 Fallgr. 1 TV-Ärzte/TdL setzt ua. voraus, dass dem Arzt die medizinische 37

Verantwortung für Teil- oder Funktionsbereiche der Klinik beziehungsweise Abteilung übertragen worden ist. Die Tarifvertragsparteien haben dabei von einer ausdrücklichen Bestimmung dessen, was unter medizinischer Verantwortung im tariflichen Sinne zu verstehen ist, abgesehen. Aus dem tariflichen Gesamtzusammenhang ergibt sich jedoch, dass das Tätigkeitsmerkmal nur dann erfüllt werden kann, wenn dem Oberarzt ein Aufsichts- und - teilweise eingeschränktes - Weisungsrecht hinsichtlich des medizinischen Personals zugewiesen worden ist. Dabei genügt es nicht, dass in dem Teil- oder Funktionsbereich Ärzte der Entgeltgruppe Ä 1 TV-Ärzte/TdL tätig sind. Ihm muss auch mindestens eine Fachärztin oder ein Facharzt der Entgeltgruppe Ä 2 TV-Ärzte/TdL unterstellt sein *(grdl. BAG 9. Dezember 2009 - 4 AZR 495/08 - Rn. 45, BAGE 132, 365; weiterhin 26. Januar 2011 - 4 AZR 263/09 - Rn. 17; 17. November 2010 - 4 AZR 188/09 - Rn. 38; zu Fachärzten für Anästhesiologie 20. April 2011 - 4 AZR 453/09 - Rn. 33 ff.; 15. Juni 2011 - 4 AZR 782/09 - Rn. 29)*.

(2) Diese Voraussetzungen sind im Entscheidungsfall nicht erfüllt. Das hat das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt. 38

(a) Eine Eingruppierung in die begehrte Entgeltgruppe aufgrund der Tätigkeit in den Operationssälen scheidet vorliegend schon deshalb aus, weil dem Kläger kein Facharzt unterstellt ist. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts überwacht der Kläger, wenn er in einem Operationssaal tätig ist, in benachbarten Operationssälen lediglich Assistenzärzte. Der Kläger übersieht in diesem Zusammenhang, dass die Beklagte bei der von ihr vorgenommenen Organisation zur Beaufsichtigung der Operationssäle eine weitere verantwortliche Ebene zwischen dem leitenden Arzt der Klinik einerseits und den Fachärzten sowie Assistenzärzten andererseits gebildet hat. Es handelt sich um diejenigen - auch in den Tagesplänen in einer separaten Spalte ausgewiesenen - Ärzte, denen die medizinische Verantwortung für mehrere Operationssäle übertragen worden ist. 39

Entgegen der Auffassung des Klägers ergeben sich aus der Entscheidung des Senats vom 20. April 2011 *(- 4 AZR 453/09 -)* hinsichtlich der erforderlichen Facharztunterstellung für den Bereich der Anästhesiologie keine an- 40

deren Maßstäbe. Darauf hat bereits das Landesarbeitsgericht zutreffend hingewiesen.

(b) Entgegen der Auffassung der Revision ergibt sich ein Vergütungsanspruch nach der Entgeltgruppe Ä 3 TV-Ärzte/TdL auch nicht aus dem Umstand, dass der Kläger - wie er geltend macht - als sog. Springer eingesetzt war. Handelt es sich bei der Zuteilung zu den einzelnen Operationssälen um die vertragsgemäße Beschäftigung, führt dies in Anwendung der tariflichen Tätigkeitsmerkmale dazu, dass eine Vergütung nach der begehrten Entgeltgruppe nicht in Betracht kommt. 41

Soweit der Kläger in diesem Zusammenhang anführt, ihm seien die Tätigkeitsbereiche „Überstundenabrechnung“ oder „Schadstoffmessung“ systematisch entzogen worden, ist dies für die tarifliche Bewertung der Tätigkeit in den Operationssälen ersichtlich ohne Bedeutung. 42

(c) Ebenso hat der Kläger nicht dargetan, ihm seien im Rahmen des auszuübenden Bereitschaftsdienstes Fachärzte unterstellt gewesen. Soweit er unter Hinwies auf den Dienstplan für den Monat August 2010 pauschal behauptet, „ihm seien die nachbenannten Fachärzte unterstellt“ gewesen, fehlt es an der Darlegung tatsächlicher Umstände, aus denen sich das erforderliche Unterstellungsverhältnis ergeben soll. Zudem hat die Beklagte dieses nicht weiter unter Beweis gestellte Vorbringen als unzutreffend bestritten. Es kann deshalb auch dahinstehen, ob Zeiten eines Bereitschaftsdienstes, die nach § 7 Abs. 4 TV-Ärzte/TdL außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit ausgeübt werden, vorliegend geeignet sein könnten, ein Eingruppierungsverlangen zu begründen. 43

(d) Eine notwendige Facharztunterstellung ist weiterhin weder für die Tätigkeit des Klägers in den Bereichen der Schadstoffmessung und des Strahlenschutzes noch in der Prämedikationsambulanz erkennbar. Für den Bereich der Prämedikationsambulanz hat der Beklagte zudem unwidersprochen vorgetragen, deren Leitung sei einem anderen Oberarzt im Tarifsinne übertragen gewesen. Das steht einer ungeteilten medizinischen Verantwortung des Klägers für diesen Bereich *(zu diesem Erfordernis BAG 16. Mai 2012 - 4 AZR 372/10 -* 44

Rn. 14 mwN) entgegen. Ebenso ist für die Tätigkeiten „Überstundenabrechnung“ oder „Schadstoffmessung“ eine Facharztunterstellung nicht dargetan; es kann deshalb dahinstehen, ob dem Kläger diese Tätigkeiten entgegen den arbeitsvertraglichen Vereinbarungen entzogen worden sind.

cc) Schließlich ist allein die Verleihung des „Status“ oder des Titels „Oberarzt“ für die Eingruppierung in die begehrte Entgeltgruppe unerheblich. Erforderlich ist vielmehr, dass die auszuübende Tätigkeit selbst die Anforderungen des tariflichen Tätigkeitsmerkmals erfüllt *(st. Rspr., grdl. BAG 9. Dezember 2009 - 4 AZR 495/08 - Rn. 57 ff., BAGE 132, 365; sowie 17. November 2010 - 4 AZR 188/09 - Rn. 42)*. Deshalb reicht weder eine „Ernennung“ des Klägers zum Oberarzt noch seine Bezeichnung als solcher in den von ihm vorgelegten Zeugnissen oder in der „Außendarstellung“ des Klinikums aus. 45

2. Der Antrag zu 2. ist auch nicht in Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes *(zu dessen Maßstäben etwa BAG 23. März 2011 - 4 AZR 431/09 - Rn. 49 mwN)* begründet. Der Kläger hat kein generalisierendes Prinzip dargetan, nach dem der Beklagte eine bestimmte Gruppe von Beschäftigten übertariflich vergütet und ihn hiervon ohne sachlichen Grund ausnimmt. 46

a) Soweit der Kläger geltend gemacht hat, er übe die „gleiche Tätigkeit“ aus wie von ihm benannte Beschäftigte, ist das Landesarbeitsgericht mit Recht davon ausgegangen, dass dieses Vorbringen nicht ausreicht, um die Voraussetzungen eines Anspruchs in Anwendung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes begründen zu können. Der Kläger hat keine substantiierten Tatsachen vorgetragen, aus denen sich eine Gruppenbildung des Beklagten ergibt, anderen Beschäftigten mit der „gleichen Tätigkeit“ bewusst übertariflich zu vergüten. Nähere Darlegungen wären aber bereits deshalb erforderlich gewesen, weil nach den vom Kläger selbst (und auch von der Beklagten) vorgelegten „Tagesplänen“ diesen Ärzten - anders als dem Kläger - die medizinische Verantwortung für mehrere Operationssäle übertragen worden war. Bereits dieser Umstand spricht gegen die vom Kläger pauschal angeführte „gleiche Tätigkeit“. 47

b) Der weitere Einwand des Klägers, er habe Oberärzte benannt, die aufgrund von Berufs- und Dienstalter sowie Qualifikation mit ihm vergleichbar seien, übersieht, dass damit noch keine hinreichende Tatsachengrundlage für die Annahme einer Gruppenbildung zur Leistung einer übertariflichen Vergütung dargetan ist. Es fehlt bereits an einer substantiierten Darlegung der maßgebenden Tatsachen für die von ihm nur abstrakt benannten Kriterien. 48

c) Das weitere Vorbringen des Klägers, er sei aufgrund seiner Tätigkeit als Personalratsmitglied im Vergleich zu anderen, sich „konform“ verhaltenden Beschäftigten benachteiligt worden, ist nicht von ausreichenden Tatsachen getragen. Es kann nicht festgestellt werden, dass ein Regelwerk oder eine Ordnung vom Beklagten durch ein eigenes gestaltendes Verhalten geschaffen worden ist und der Kläger hiervon ohne sachlichen Grund ausgenommen wurde. Allein die allgemein geäußerte Benachteiligung als Personalrat führt noch nicht dazu, dass er eine Gleichbehandlung mit einer anderen Gruppe von Arbeitnehmern verlangen kann, wenn bereits die Merkmale für eine Gruppenbildung nicht erkennbar dargelegt wurden. 49

d) Schließlich bleibt die Verfahrensrüge, das Landesarbeitsgericht habe den Kläger auf einen vermeintlich unsubstantiierten Vortrag nicht hingewiesen, ohne Erfolg. Der Kläger legt bereits nicht ausreichend dar, was er im Falle eines Hinweises im Einzelnen vorgebracht hätte *(dazu etwa BAG 19. Oktober 2010 - 6 AZR 118/10 - Rn. 23)*. Sein Vorbringen in der Revision, er hätte „vorgetragen, die Ungleichbehandlung zu den benannten Oberärzten liege darin, dass diese - trotz vergleichbarer Ausgangssituation bei Lebens- und Dienstalter sowie bei der Qualifikation - eine Oberarztstelle erhalten haben“, ist aus den vorstehenden Gründen unzureichend. 50

IV. Der weitere, hilfsweise gestellte Antrag zu 3. fällt nicht zur Entscheidung an. Er ist, wie der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nochmals ausdrücklich klargestellt hat, nur für den Fall gestellt, dass der Antrag zu 2. unzulässig wäre. 51

V. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 52

Eylert Rinck Treber

Bredendiek Redeker