

BUNDESARBEITSGERICHT



4 AZR 464/10
6 Sa 986/09
Landesarbeitsgericht
München

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
20. Juni 2012

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 20. Juni 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert, den Richter am Bundesarbeitsgericht Creutzfeldt, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Winter sowie die ehrenamtliche Richterin Dierßen und den ehrenamtlichen Richter Fritz für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 13. April 2010 - 6 Sa 986/09 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

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

Der Kläger ist Facharzt für Chirurgie und für Herzchirurgie. Er ist seit dem 1. Januar 1992 im Deutschen Herzzentrum in München (*DHM*) als Arzt beschäftigt. Nach § 3 seines schriftlichen Arbeitsvertrages bestimmt sich das Arbeitsverhältnis nach dem Bundes-Angestellentarifvertrag (*BAT*) und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der für den Arbeitgeber geltenden Fassung. Im Januar 1996 wurde dem Kläger die „Leitung des Bereichs Transplantationseinheit“ mit dem Hinweis übertragen, nach „allgemeinen Sprachgebrauch (sei eine) Anrede mit Oberarzt statthaft“. Mit Schreiben vom 17. Februar 1998 wurde er zum Oberarzt bestellt. Im Juli 1999 stellte ihm die Bayerische Landesärztekammer eine Urkunde über das Recht aus, die Facharztbezeichnung Herzchirurg zu führen. 2

Das Direktorium des DHM ernannte ihn mit Beschluss vom 19. April 2000 zum Transplantationsbeauftragten. Von dieser Funktion wurde er mit Wirkung ab 1. Juni 2005 wieder entbunden. Im Oktober 2004 hatte der Kläger seine letzte verantwortliche Herztransplantation (Implantation) durchgeführt. 3

Nach dem Inkrafttreten des TV-Ärzte/TdL im Jahr 2006 vereinbarten der beklagte Freistaat und der Marburger Bund am 13. April 2007 einen „Tarifvertrag über die Einbeziehung der Ärztinnen und Ärzte am Deutschen Herzzentrum München in den Geltungsbereich“ des TV-Ärzte/TdL „und über die Aus- 4

dehnung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit bei Bereitschaftsdienst“ (TV DHM), der am 1. Mai 2007 in Kraft trat.

Mit Schreiben vom 9. Oktober 2006 begehrte der Kläger erfolglos seine rückwirkende Eingruppierung ab 1. Juli 2006 als Oberarzt in der Entgeltgruppe Ä 3 TV-Ärzte/TdL. Mit seiner Klage hat er geltend gemacht, er sei Oberarzt im Sinne des TV-Ärzte/TdL. Als Leiter der Transplantationseinheit im DHM über die Aufsicht über das ärztliche und nichtärztliche Personal in diesem Teilbereich aus und sei für die Behandlung der Patienten verantwortlich. Mit den von ihm wahrgenommenen mindestens sechs bis acht monatlichen Hintergrunddiensten in der Fachabteilung für Herz- und Gefäßchirurgie sei ihm auch die medizinische Verantwortung für diesen Teilbereich der Klinik übertragen worden. Hiermit würden nur erfahrene Oberärzte betraut, die dem gesamten ärztlichen und nichtärztlichen Personal gegenüber weisungsbefugt seien. Sämtliche Oberärzte, die diesen Hintergrunddienst leisteten, seien in der Entgeltgruppe Ä 3 TV-Ärzte/TdL eingruppiert. Er habe zumindest einen Anspruch auf Gleichbehandlung. Schließlich sei ihm auch die Spezialfunktion „Facharzt für Herzchirurgie“ übertragen worden. Er, der seit 1995 mit Abstand die meisten Herztransplantationen im DHM vorgenommen habe, habe diese Zusatzbezeichnung auf Anforderung des DHM erwerben müssen, um weiter selbständig in der Abteilung für Herz- und Gefäßchirurgie operieren zu können. Bei zutreffender Eingruppierung stehe ihm für die Zeit bis zum 30. September 2009 eine monatliche Vergütungsdifferenz von 1.300,00 Euro zu.

5

Der Kläger hat zuletzt beantragt:

1. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihn seit dem 1. Oktober 2009 als Oberarzt nach § 12 Entgeltgruppe Ä 3 des Tarifvertrages für Ärztinnen und Ärzte an Universitätskliniken vom 30. Oktober 2006 (TV-Ärzte/TdL) zu vergüten.
2. den Beklagten zu verurteilen, an ihn für die Zeit vom 1. Juli 2006 bis zum 30. September 2009 50.700,00 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

6

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat die Auffassung vertreten, dass der Kläger zutreffend in der Entgeltgruppe Ä 2 TV-Ärzte/TdL eingruppiert sei. Über dessen Tätigkeit als Facharzt hinaus sei ihm kein funktionell abgegrenzter Verantwortungsbereich zugewiesen worden. Seit der Neuorganisation des DHM im Jahre 1999 existiere eine Transplantations-einheit als eigenständiger Bereich mit eigenem Personal und abgetrennten Räumlichkeiten nicht mehr. Der Hintergrunddienst sei kein Teilbereich im tariflichen Sinne. Dem Kläger sei auch keine Spezialfunktion übertragen worden.

7

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der vom Landes-arbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klageziel weiter. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

8

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist unbegründet.

9

Das Landesarbeitsgericht hat im Ergebnis zu Recht den geltend gemachten Anspruch verneint. Es kann dahingestellt bleiben, ob, auf welcher Grundlage und ggf. in welchem Zeitraum der TV-Ärzte/TdL auf das Arbeitsverhältnis der Parteien anzuwenden ist, was das Landesarbeitsgericht im Einzelnen nicht überprüft hat. Selbst wenn zugunsten des Klägers unterstellt wird, dass das Arbeitsverhältnis im gesamten Streitzeitraum, dh. seit dem 1. Juli 2006, dem TV-Ärzte/TdL unterlegen hat, ist die Klage unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf eine Vergütung nach der Entgeltgruppe Ä 3 gemäß §§ 12, 16 Abs. 2 TV-Ärzte/TdL, da ihm vom Beklagten weder die medizinische Verantwortung für einen selbständigen Teil- oder Funktionsbereich einer Klinik oder Abteilung noch eine Spezialfunktion, für die er eine von dem Beklagten geforderte erfolgreich abgeschlossene Schwerpunkt- oder Zusatzausbildung nach der Weiterbildungsordnung absolviert hat, ausdrücklich übertragen worden ist.

10

- I. Die zugunsten des Klägers als anzuwenden unterstellte, für die Eingruppierung maßgebende Tarifnorm des TV-Ärzte/TdL lautet auszugsweise wie folgt: 11

**„§ 12
Eingruppierung**

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

Entgelt- gruppe	Bezeichnung
----------------------------	--------------------

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.“

- II. Die Tätigkeit des Klägers erfüllt die tariflichen Anforderungen an einen Oberarzt der Entgeltgruppe Ä 3 TV-Ärzte/TdL nicht. 12

1. Dem Kläger ist keine Verantwortung für einen Teil- oder Funktionsbereich einer Klinik oder einer Abteilung übertragen worden. Die „Leitung der Transplantationseinheit“ bezieht sich nicht auf einen Teil- oder Funktionsbereich im tariflichen Sinne. 13

- a) Unter dem Begriff des Teilbereichs einer Klinik oder einer Abteilung iSv. § 12 TV-Ärzte/TdL wird nach der ständigen Rechtsprechung des Senats eine organisatorisch abgrenzbare Einheit innerhalb der übergeordneten Einrichtung einer Klinik oder einer Abteilung verstanden, der eine bestimmte Aufgabe mit eigener Zielsetzung sowie eigener medizinischer Verantwortungsstruktur zugewiesen ist und die über eine eigene räumliche, personelle und sachlich-technische Ausstattung verfügt. Erforderlich ist eine tatsächliche organisatori- 14

sche Verselbständigung dieser Einheit; es genügt nicht, dass aufgrund der Aufgabenstellung hierzu die Möglichkeit bestünde. Eine ausreichende organisatorische Verselbständigung wird regelmäßig anzuerkennen sein, wenn die Einheit auf unbestimmte Dauer angelegt und zum einen mit eigenem nichtärztlichem und ärztlichem Personal ausgestattet ist sowie zum anderen eigene Räume und sonstige Sachmittel zugewiesen worden sind. Eine bloße Aufgabenerfüllung mit wechselndem Personal genügt nicht. Der Teilbereich muss eine eigenständige Verantwortungsstruktur aufweisen. Nicht zwingend ist dagegen, dass es sich um eine organisatorische Ebene unmittelbar unterhalb derjenigen der Klinik oder Abteilung handeln muss. Es ist aber regelmäßig davon auszugehen, dass ein Teilbereich im tariflichen Sinne über eine bestimmte Mindestgröße verfügen muss und nicht auf der untersten organisatorischen Hierarchieebene angesiedelt sein kann (*vgl. ausführlich BAG 9. Dezember 2009 - 4 AZR 568/08 - Rn. 29 ff., AP TVG § 1 Tarifverträge: Arzt Nr. 9*).

b) Der tarifliche Begriff des Funktionsbereichs entspricht demjenigen, der schon früher von den Tarifvertragsparteien in der Vergütungsordnung zum BAT (*VergGr. Ib Fallgr. 10 iVm. Protokollnotiz Nr. 5*) verwandt wurde (*vgl. ua. BAG 9. Dezember 2009 - 4 AZR 568/08 - Rn. 27 mwN, AP TVG § 1 Tarifverträge: Arzt Nr. 9*). Funktionsbereiche sind medizinisch definiert, dh. sie sind Untergliederungen eines Fachgebietes der Medizin, die wissenschaftlich anerkannte Spezialgebiete erfassen. Auch sie müssen organisatorisch abgegrenzt sein. 15

c) Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe lässt sich die vom Kläger behauptete „Transplantationseinheit“ weder als ein Teil- noch als ein Funktionsbereich im tariflichen Sinne qualifizieren. Hierzu hat der darlegungs- und beweisbelastete Kläger keinen hinreichenden Vortrag geleistet. 16

aa) Der beklagte Freistaat hat die Existenz einer sog. Transplantationseinheit im organisatorischen Sinne bestritten. Die Vorinstanzen haben zu Recht darauf verwiesen, der Kläger habe zwar eine sachliche, räumliche und personelle Ausstattung behauptet, diese jedoch nicht konkretisiert. Er hat in der Tat weder deutlich gemacht, in welchen Räumlichkeiten diese Einheit untergebracht 17

sein soll, noch welches Personal für sie ausschließlich oder doch zumindest überwiegend tätig wird. Damit fehlt es an entscheidungserheblichem Vortrag zur Begründung einer tariflich relevanten Einheit iSd. Entgeltgruppe Ä 3 TV-Ärzte/TdL.

bb) Soweit die Revision geltend macht, der beklagte Freistaat spreche selbst von „unserem Transplantationszentrum“ und habe ihm in einem Schreiben vom 30. November 2007 mitgeteilt, PD Dr. W sei zum „Leiter der Transplantationsmedizin“ bestellt worden, liegt darin noch kein schlüssiger Sachvortrag. Auch sein weiterer Hinweis, er habe bereits in der Berufungsinstanz „schlüssig dargelegt“, die „Transplantationseinheit“ sei eine selbständige Einrichtung mit eigenem Zimmer, Telefon und weisungsgebundenem Personal, ermöglicht es den Gerichten nicht, die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen für eine organisatorische Verselbständigung und eine eigene räumliche, personelle und sachliche Ausstattung feststellen zu können und die Existenz eines Teilbereichs von der bloßen Aufgabenerfüllung mit wechselndem Personal abzugrenzen. Der Kläger hat weder die Räumlichkeiten angegeben, die der Transplantationseinheit zur ggf. alleinigen Nutzung zugewiesen sind, noch einen einzigen ärztlichen oder nichtärztlichen Mitarbeiter benannt, der dieser Einheit zugeordnet und demgegenüber er weisungsbefugt gewesen sein soll.

18

cc) Auch wird die „Einheit“, auf die sich der Kläger in der Sache bezieht, an keiner Stelle organisatorisch abgegrenzt, sondern lediglich vage von der Aufgabenstellung her definiert. Schließlich erfolgt die Bezeichnung der „Einheit“ nicht durchgehend einheitlich; der Kläger spricht in der Sache gleichwertig von „Transplantationseinheit“, „Transplantationsteam“ oder „Transplantationszentrum“. Aus der Beschreibung der nach seiner Ansicht der Transplantationseinheit zugeordneten Aufgaben (*ua. Durchführung der Transplantation, präoperative Diagnostik, postoperative medizinische Nachsorge einschließlich medizinischer Betreuung der jeweiligen Patienten auf der Intensivstation*) wird deutlich, dass er damit den gesamten Aufgabenbereich im Zusammenhang mit Herztransplantationen anspricht. Damit erfüllt der Kläger jedoch nicht seine Darle-

19

gungslast hinsichtlich der erforderlichen organisatorischen Strukturen eines Teil- oder Funktionsbereichs im Sinne der Tarifnorm.

dd) Der Kläger hat nicht in revisionsrechtlich relevanter Weise gerügt, dass das Landesarbeitsgericht entscheidungserhebliches Vorbringen unberücksichtigt gelassen hat. Seine Verfahrensrüge, das Berufungsgericht hätte die von ihm benannten Zeugen zur Existenz der Transplantationseinheit und zur Übertragung von dessen Leitung auf ihn vernehmen müssen, ist unzulässig. 20

(1) Wird das Übergehen eines Beweisantritts gerügt, muss die Revision nach Beweisthema und Beweismittel angeben, in welchem Punkt das Landesarbeitsgericht eine an sich gebotene Beweisaufnahme unterlassen haben soll. Zugrunde zu legen sind die tatsächlichen und rechtlichen Ausführungen des Landesarbeitsgerichts. Ferner muss grundsätzlich dargelegt werden, dass die Unterlassung der Beweiserhebung kausal für die Entscheidung gewesen ist (*BAG 10. Mai 2005 - 9 AZN 195/05 - BAGE 114, 295; 18. Oktober 2000 - 2 AZR 380/99 - BAGE 96, 123; 29. Juli 1992 - 4 AZR 502/91 - BAGE 71, 56; 11. April 1985 - 2 AZR 239/84 - BAGE 49, 39*). Gegenüber einem vom Landesarbeitsgericht als unschlüssig gewerteten Sachvortrag kann nicht schlicht gerügt werden, es habe einen angebotenen Beweis für diesen nicht erhoben. 21

(2) Diesen Anforderungen genügt die Verfahrensrüge des Klägers nicht. Soweit das Landesarbeitsgericht ausgeführt hat, der Kläger habe seine Behauptung zur Existenz einer „Transplantationseinheit“ nicht hinreichend konkretisiert, kann die Revision dem nicht allein entgegenhalten, das Berufungsgericht habe diesbezüglich angebotene Beweise nicht erhoben. Es fehlt bereits an einem schlüssigen Sachvortrag des Klägers. Ein Beweisantritt dient der Beweisführung von streitig gebliebenen Tatsachen, die von der darlegungs- und beweisbelasteten Partei vorgetragen worden sind. Dies verkennt die Revision, die offenbar rechtsirrig davon ausgeht, ein Beweisantritt könne den Vortrag von Tatsachen ersetzen oder ergänzen (*so zu einer vergleichbaren Revisionsrüge bereits BAG 25. August 2010 - 4 AZR 23/09 - Rn. 46, EzTÖD 240 § 12 TV-Ärzte/TdL Eingruppierung Ä 3 Nr. 5*). 22

- d) Entgegen der Auffassung des Klägers liegt in der Teilnahme am Hintergrunddienst keine Ausübung der medizinischen Verantwortung für einen Teil- oder Funktionsbereich. 23
- aa) Ein fach- oder oberärztlicher Hintergrunddienst in einer Klinik ist als solcher kein Teilbereich im tariflichen Sinne. Es fehlt an einer eigenen, bereichsbezogenen medizinischen Verantwortungsstruktur. Wie der Kläger in der Revisionsverhandlung klargestellt hat, bezieht sich die von ihm angenommene Leitungstätigkeit nicht auf die Organisation des Hintergrunddienstes. 24
- bb) Die bloße Teilnahme am Hintergrunddienst und die damit - im Heranziehungsfalle - verbundene Verantwortlichkeit für bestimmte medizinische Maßnahmen erfüllt den tariflichen Begriff der „medizinischen Verantwortung“ nicht. Die medizinische Verantwortung für den jeweiligen Teil- oder Funktionsbereich muss ungeteilt bestehen. Sie betrifft nicht lediglich einzelne zu erfüllende Aufgaben oder Aufgabenbereiche und kann nicht bei mehreren Ärzten liegen. Das folgt aus dem von den Tarifvertragsparteien gewählten bestimmten Artikel „die“, mit dem eine einheitliche Verantwortung bezeichnet ist, die innerhalb des zugewiesenen Bereichs einheitlich und allein wahrzunehmen ist. Eine nur teil- oder zeitweise ausgeübte medizinische Verantwortung innerhalb der organisatorischen Einheit reicht regelmäßig nicht für eine Eingruppierung nach der ersten Fallgruppe der Entgeltgruppe Ä 3 TV-Ärzte/TdL aus (*BAG 9. Dezember 2009 - 4 AZR 630/08 - Rn. 31*). Dies verdeutlicht der Streitfall, in dem sieben Ärzte am Hintergrunddienst teilnehmen, was allein bereits gegen eine ungeteilte medizinische Bereichsverantwortung spricht. 25
- cc) Im Übrigen haben die Parteien des TV-Ärzte/TdL durch die gesonderte Regelung der Arbeitszeit in § 7 Abs. 6 und der Ausgleichsleistungen für Rufbereitschaft in § 9 deutlich gemacht, dass eine Rufbereitschaft als solche eingruppierungsrechtlich nicht bedeutsam werden kann. Dies zeigt die Bezugnahme der entsprechenden Zuschlagsregelung auf die „jeweilige Entgeltgruppe“. Diese wird von der Vergütung der Rufbereitschaft vorausgesetzt und schließt deshalb eine konstitutive Bedeutung für die Eingruppierung selbst aus. 26

- dd) Die vom Kläger im Zusammenhang mit den Hintergrunddiensten erhobene Verfahrensrüge, das Landesarbeitsgericht habe die von ihm benannten Zeugen nicht gehört, die die „besondere und spezifische Struktur der Hintergrunddienste im Deutschen Herzzentrum“ hätten bestätigen können, ist unzulässig. Der Kläger hat nicht nur das Beweisthema völlig unzureichend bezeichnet, sondern auch die Entscheidungserheblichkeit der angeblich rechtsfehlerhaft unterlassenen Beweisaufnahme nicht darlegt. Das Berufungsgericht ist nach seinen Entscheidungsgründen vielmehr davon ausgegangen, die Hintergrunddienste würden zwar auch von Oberärzten wahrgenommen, wegen der lediglich zeitweiligen medizinischen Verantwortung reiche dies aber für die tariflich vorgesehene „ungeteilte medizinische Verantwortung“ nicht aus. 27
2. Dem Kläger ist auch keine Spezialfunktion übertragen worden, für die er eine von dem Beklagten geforderte Schwerpunkt- oder Zusatzqualifikation nach der Weiterbildungsordnung benötigt. 28
- a) Die zweite Fallgruppe der Tarifregelung stellt auf die persönlich-fachliche Qualifikation des Arztes und deren gezielte Inanspruchnahme durch den Arbeitgeber ab. Sie setzt zunächst eine Facharztqualifikation und darüber hinaus den erfolgreichen Abschluss einer Schwerpunkt- oder Zusatzweiterbildung nach den einschlägigen Weiterbildungsordnungen der Ärztekammern voraus (*BAG 9. Dezember 2009 - 4 AZR 827/08 - Rn. 29, AP TVG § 1 Tarifverträge: Arzt Nr. 7 und - 4 AZR 841/08 - Rn. 32; Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese TV-L Stand Mai 2012 Teil IIa § 12 TV-Ärzte - Eingruppierung Rn. 72*). Weiter muss diese persönlich-fachliche Qualifikation des Arztes nach den tariflichen Anforderungen für den Arbeitgeber Anlass gewesen sein, diesem eine Spezialfunktion zu übertragen. Dabei genügt es nicht, dass die herausgehobene Qualifikation des Arztes für dessen Tätigkeit nützlich ist. Das Tätigkeitsmerkmal verlangt vielmehr ausdrücklich, dass der Arbeitgeber diese besondere Qualifikation für die auszuübende Tätigkeit gefordert und damit festgelegt hat, dass aus seiner Sicht die Weiterbildung für die Tätigkeit einschlägig ist (*vgl. auch Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese aaO*). Die Darlegung 29

der entsprechenden Tatsachen für die Übertragung einer Spezialfunktion obliegt nach den allgemeinen Darlegungs- und Beweislastregeln dem Arzt.

b) Der Kläger hat die Voraussetzungen für die Erfüllung des Tarifmerkmales nicht hinreichend dargelegt. 30

Sein Vortrag, der beklagte Freistaat habe eine Facharztqualifikation als Herzchirurg als Spezialfunktion gefordert und er sei deshalb Oberarzt im Sinne der Entgeltgruppe Ä 3 TV-Ärzte/TdL, ist unzureichend. Die Qualifikation als Facharzt in einem Fachbereich ist nach dem Tarifvertrag Grundvoraussetzung für den Erwerb einer zusätzlichen Schwerpunkt- oder Zusatzweiterbildung, nicht jedoch bereits diese selbst. Es hätte daher im Rahmen der Facharztausbildung zum Herzchirurgen der Absolvierung einer ggf. dort vorgesehenen Schwerpunkt- oder Zusatzweiterbildung bedurft, um überhaupt die Wahrnehmung einer Spezialfunktion erfüllen zu können. Eine - weitere - Schwerpunkt- oder Zusatzweiterbildung hat der Kläger nicht dargetan. 31

III. Der beklagte Freistaat ist nicht nach dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verpflichtet, den Kläger nach der Entgeltgruppe Ä 3 TV-Ärzte/TdL zu vergüten. 32

1. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet sowohl die sachfremde Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer gegenüber anderen Arbeitnehmern in vergleichbarer Lage als auch die sachfremde Differenzierung zwischen Arbeitnehmern in einer bestimmten Ordnung. Sachfremd ist eine Differenzierung, wenn es für die unterschiedliche Behandlung keine billigen-werten Gründe gibt, wenn die Regelung also für eine am Gleichheitsgedanken orientierte Betrachtungsweise als willkürlich anzusehen ist. Im Bereich der Vergütung gilt der Gleichbehandlungsgrundsatz nur eingeschränkt, der Grundsatz der Vertragsfreiheit hat Vorrang. Etwas anderes kann ausnahmsweise angenommen werden, wenn der Arbeitgeber Leistungen nach einem erkennbar generalisierenden Prinzip aufgrund einer abstrakten Regelung gewährt. Von einer solchen Regelung darf er Arbeitnehmer nur aus sachlichen Gründen ausnehmen. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz greift jedoch 33

nur ein bei einem gestaltenden Verhalten des Arbeitgebers, hingegen nicht beim bloßen - auch vermeintlichen - Normenvollzug. Deshalb gibt es keinen Anspruch auf „Gleichbehandlung im Irrtum“ (*st. Rspr., vgl. nur BAG 27. August 2008 - 4 AZR 484/07 - Rn. 40 mwN, BAGE 127, 305*).

2. Ein derart gestaltendes Verhalten des Beklagten liegt im Streitfall nicht vor. 34
- a) Die Kläger hat sich darauf berufen, die neben ihm im Hintergrunddienst tätigen Ärzte seien jeweils einzelnen aufgeführten Teil- oder Funktionsbereichen zugeordnet und erhielten alle ein Entgelt nach der Entgeltgruppe Ä 3 TV-Ärzte/TdL. 35
- b) Dieser Vortrag vermag einen Verstoß gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zu begründen. 36
- aa) Der Kläger hat nicht vorgetragen, dass seine sechs benannten Kollegen ein Entgelt nach der Entgeltgruppe Ä 3 TV-Ärzte/TdL nur allein deshalb erhalten, weil sie am Hintergrunddienst teilnehmen. Die Eingruppierung als Oberarzt beruht schon nach dem Vortrag des Klägers offensichtlich nicht tragend auf dieser Teilnahme. Vielmehr ist davon auszugehen, dass eine Eingruppierung und eine damit entsprechende Vergütungsverpflichtung der anderen Ärzte aus anderen Gründen erfolgt ist und der Beklagte sie - unabhängig davon - im Hintergrunddienst einsetzt. 37
- bb) Die Übertragung jeweils eines Teil- oder Funktionsbereichs auf andere Ärzte begründet keinen Gleichbehandlungsanspruch des Klägers auf Zahlung von Entgelt nach der Entgeltgruppe Ä 3 TV-Ärzte/TdL. Soweit er diese Übertragung an jeweils einen der Oberärzte als Grund einer entsprechenden Eingruppierung in der Entgeltgruppe Ä 3 TV-Ärzte/TdL anführt, folgt daraus für ihn noch kein Vergütungsanspruch als Oberarzt, sondern allenfalls ein möglicher Anspruch auf Übertragung eines entsprechenden Bereichs. Im Übrigen trägt der Kläger mit seinem Vorbringen selbst einen Differenzierungsgrund für die aktuelle, unterschiedliche Vergütung vor und verdeutlicht, dass die Voraussetzungen 38

für eine Einstufung in eine höhere Entgeltgruppe bei ihm gerade nicht vorliegen. Im Übrigen hätte er bei einer grob tarifwidrigen fehlerhaften Eingruppierung eines seiner Kollegen als Oberarzt keinen eigenen Anspruch auf eine ebenso fehlerhafte Behandlung (*dazu BAG 15. Juni 2011 - 4 AZR 465/09 - Rn. 47 f.*).

cc) Die Verfahrensrüge des Klägers, das Landesarbeitsgericht habe seine richterliche Hinweispflicht verletzt, da es ihn nicht auf seinen unzureichenden Vortrag zur vergleichbaren Situation seiner nach Entgeltgruppe Ä 3 TV-Ärzte/TdL vergüteten Kollegen hingewiesen habe, ist unzulässig. 39

Der Kläger hat schon nicht dargelegt, was er auf einen entsprechenden Hinweis des Landesarbeitsgerichts über den bisherigen Vortrag hinaus vorge- 40
tragen und wie sich dieser auf die Berufungsentscheidung ausgewirkt hätte (*zu den Voraussetzungen einer solchen Revisionsrüge, vgl. dazu BAG 14. November 2007 - 4 AZR 861/06 - Rn. 22, NZA-RR 2008, 362; 23. März 2011 - 4 AZR 268/09 - Rn. 71, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 101*). Die bloße Benennung von Zeugen für einen bereits vom Landesarbeitsgericht erkennbar als unschlüssig bewerteten Vortrag stellt keinen Ersatz für einen vom Berufungsgericht gerade noch nicht bewerteten Vortrag dar, der nach einem entsprechenden Hinweis möglicherweise erbracht worden wäre. Aus diesem Grunde lässt sich schon die Entscheidungserheblichkeit eines möglichen Verfahrensfehlers des Landesarbeitsgerichts nicht beurteilen.

IV. Der Kläger hat die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen (§ 97 41
Abs. 1 ZPO).

Eylert

Winter

Creutzfeldt

Dierßen

Fritz