

## Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

### **Aktenzeichen: 4 Sa 312/08**

3 Ca 114/08 ArbG Flensburg  
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 19.03.2009

gez. ...  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



## Urteil

### Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit pp.

hat die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 19.03.2009 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und d. ehrenamtliche Richterin ... als Beisitzerin

für Recht erkannt:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Flensburg vom 26.06.2008 – 3 Ca 114/08 – wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben. Im Übrigen wird auf § 72a ArbGG verwiesen.

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten um die richtige Eingruppierung.

Der Kläger trat aufgrund des schriftlichen Arbeitsvertrages vom 13. Januar 2003 (Bl. 8 d. A.) am 1. März 2003 als Arzt in die Dienste des Rechtsvorgängers der Beklagten. In § 2 des Arbeitsvertrages vereinbarten die damaligen Vertragsparteien die Anwendung des Bundes-Angestelltentarifvertrages mit den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeber (VKA) jeweils geltenden Fassung. In § 4 des Arbeitsvertrages heißt es, der Kläger sei in die Vergütungsgruppe I a der Anlage 1 a zum BAT eingruppiert.

Begleitend zu diesem Arbeitsvertrag erhielt der Kläger von der Rechtsvorgängerin der Beklagten ein Schreiben vom 13. Januar 2003, in dem es heißt, die Rechtsvorgängerin freue sich, dem Kläger vorbehaltlich seiner gesundheitlichen Eignung ab 1. März 2003 eine unbefristete Einstellung als leitender Oberarzt in der Anästhesie-/Intensivabteilung im Kreiskrankenhaus N. anbieten zu können.

In der Abteilung für Anästhesie- und Intensivmedizin beschäftigt die Beklagte einen Chefarzt, drei Oberärzte und vier Fach-/Assistenzärzte. Der Chefarzt ist unter anderem ärztlicher Direktor, stellvertretender Aufsichtsratsvorsitzender, sogenannter „Hubschrauberarzt“, Leiter des Luftrettungsstandortes und ärztlicher Betreuer der Rettungswache. Zwischen den Parteien ist streitig, ob der Kläger nicht nur Abwesenheitsvertreter des Chefarztes ist, sondern darüber hinaus ihm die ständige Vertretung des Chefarztes von der Arbeitgeberin ausdrücklich übertragen wurde.

Nach Einführung des anzuwendenden TV-Ärzte (VKA) teilte die Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom 22. Januar 2007 (Bl. 10 d. A.) mit, er erfülle die Voraussetzungen einer Eingruppierung als Oberarzt in die Entgeltgruppe III. Mit Schreiben vom 27. Januar 2007 widersprach der Kläger dieser Zuordnung und wies unter anderem auf das Schreiben vom 13. Januar 2003 hin, dem zu entnehmen sei, dass er als leitender Oberarzt eingestellt wurde und ebenfalls als ständiger Vertreter des Chefarztes

aufgeführt werde. Die Eingruppierung sei deshalb in die Entgeltgruppe IV vorzunehmen.

Der Kläger hat behauptet, er nehme die Aufgaben des Chefarztes der Anästhesie-/Intensivabteilung auch bei dienstlicher Anwesenheit des Chefarztes und damit neben diesem wahr. Die ständige Vertretung, die er wahrnehme, sei weder zeitlich noch inhaltlich eingeschränkt. Insgesamt übe er zu weit mehr als 50 % chefärztliche Tätigkeiten aus. Aufgrund der dem Chefarzt übertragenen Aufgaben halte dieser sich zu einem Großteil der Arbeitszeit außerhalb der Klinik auf. Während dieser Zeiten habe er die Vertretung des Chefarztes übernommen. Eine ausdrückliche Übertragung der ständigen Vertretung des Chefarztes sei bereits durch die Einstellung als „leitender Oberarzt“ erfolgt. Dies bedeute nichts anderes als die Übertragung der Leitungsfunktion. Dabei verdränge er nicht den Chefarzt, sondern übe die ihm übertragenen Leitungsfunktionen neben diesem aus. Er habe von Beginn seiner Tätigkeit den Chefarzt auch bei dessen Anwesenheit vertreten, und zwar in der Gesamtheit der chefärztlichen Aufgaben. Da dies alles der Beklagten bekannt sei, könne sie sich nicht darauf berufen, dass es an einer ausdrücklichen Übertragung der ständigen Vertretung des Chefarztes auf ihn fehle. Ein solcher Einwand sei treuwidrig, jedenfalls nicht mit dem Rechtsgedanken des § 162 BGB vereinbar. Im Übrigen gehe die Beklagte selbst von einer Eingruppierung als leitender Oberarzt aus. Dies folge daraus, dass er zu einem „Führungskräfteworkshop“ eingeladen worden sei, der bei der Beklagten verwendete Stempel (Bl. 16 d. A.) ihn ausdrücklich als leitenden Oberarzt der Intensiv- und der Anästhesieabteilung ausweise und er auf dem Formular der Beklagten über die Vereinbarung von Wahlleistungen (Bl. 17 d. A.) als einziger ständiger Vertreter des Chefarztes der Anästhesie-/Intensivabteilung der Beklagten benannt sei. Auch der Betriebsrat habe sich für seine Eingruppierung in die Entgeltgruppe IV TV-Ärzte (VKA) eingesetzt.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, mit ihm eine Zusatzvereinbarung zu dem zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsvertrag zu schließen, nach welcher er rückwirkend ab dem 01.08.2008 in die Entgeltgruppe IV (EG

IV) des Tarifvertrages für Ärztinnen und Ärzte an kommunalen Krankenhäusern im Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (TV-Ärzte/VKA) eingruppiert wird,

hilfsweise

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihn rückwirkend ab dem 01.08.2006 in die EG IV des TV-Ärzte/VKA einzugruppiieren.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte meint, aus der Verwendung des Begriffes „leitender Oberarzt“ im Jahre 2003 könne nicht auf die Voraussetzung der Entgeltgruppe IV des am 01.08.2006 in Kraft getretenen TV-Ärzte (VKA) geschlossen werden. Tariflich sei der Begriff „leitender Oberarzt“ nicht besetzt gewesen. Es sei auch nicht beabsichtigt gewesen, ihm seinerzeit die ständige Vertretung im Sinne einer Anwesenheitsvertretung zu übertragen. Wäre dies gewollt gewesen, so wäre dies ausdrücklich geschehen, denn die damaligen tariflichen Vorschriften hätten den Begriff des ständigen Vertreters bereits vorgesehen. Der Kläger entlaste den Chefarzt auch nicht um mehr als 50 % bei der Erledigung chefärztlicher Aufgaben und sei auch nicht ausdrücklich zu dessen ständigen Vertreter ernannt worden. Er – Kläger – erledige sehr hochwertige Leistungen, die eine Eingruppierung in die Entgeltgruppe III rechtfertigten. Er sei Abwesenheitsvertreter des Chefarztes und gehöre zum Führungspersonal. Die grundsätzlichen, die Abteilung prägenden Entscheidungen und Führungsaufgaben, die auch persönlich zu verantworten seien, treffe der Chefarzt alleine oder der Kläger oder ein anderer Oberarzt ausschließlich in Abwesenheit des Chefarztes. Die Abteilung sei nicht so groß, dass es einer zweiten Kraft für die Erledigung chefärztlicher Tätigkeiten bedürfe.

Wegen des weiteren erstinstanzlichen streitigen Vortrages und der dort geäußerten Rechtsauffassungen wird Bezug genommen auf den Inhalt des Tatbestandes der erstinstanzlichen Entscheidung.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dem Kläger sei von der Arbeitgeberin nicht die ständige Vertretung des Chefarztes ausdrücklich übertragen worden. Eine ausdrückliche Übertragung setze eine wenigstens rechtsgeschäftsähnliche Erklärung durch den Arbeitgeber oder dessen Vertreter voraus. Nach dem Tarifwortlaut müsse die ständige Vertretung übertragen werden. Die Übertragung einer Tätigkeit genüge danach nicht. Wenn die ständige Vertretung ausdrücklich übertragen werden müsse, genüge auch ein bloß konkludentes Verhalten des Arbeitgebers beziehungsweise die bloß faktische Herstellung entsprechender Organisationsformen nicht. Eine solche Übertragung folge insbesondere nicht aus dem Schreiben vom 13. Januar 2003. Dort sei von einer ausdrücklichen Übertragung der ständigen Vertretung des Chefarztes gerade keine Rede. Vielmehr ergebe sich aus diesem Schreiben, dass dem Kläger zwar eine verantwortungsvolle Leitungsfunktion, nicht aber die „ständige Vertretung“ des Chefarztes übertragen wurde. Etwas anderes folge im Übrigen auch nicht aus dem Rechtsgedanken des § 162 BGB. Chefärztliche Aufgaben seien im TV-Ärzte (VKA) nicht definiert. Die vom Kläger aufgeführten Leitungsaufgaben seien solche, die auch einem Facharzt beziehungsweise Oberarzt oblägen. Es sei nicht erkennbar, dass der Kläger darüber hinaus den Chefarzt als Anwesenheitsvertreter in der Gesamtheit der chefärztlichen Aufgaben zu vertreten habe. Die tatsächliche Vertretung erstreckte sich nur auf einen Teilbereich der dem Chefarzt übertragenen Tätigkeiten. Letztlich sei der Kläger auch beweisfällig geblieben für seine Behauptung, die Beklagte habe jederzeit gewusst, dass er den Chefarzt auch bei dessen dienstlicher Anwesenheit vertrete.

Wegen der weiteren Begründung der erstinstanzlichen Entscheidung wird Bezug genommen auf den Inhalt der dortigen Entscheidungsgründe.

Der Kläger hat gegen das ihm am 1. August 2008 zugestellte Urteil am 25. August 2008 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis 3. November 2008 am 3. November 2008 begründet.

Der Kläger wiederholt seine Behauptung, ihm seien die Aufgaben des Chefarztes in der Anästhesie-/Intensivabteilung als ständiger Vertreter des Chefarztes auch bei dessen dienstlicher Anwesenheit übertragen worden. Jedenfalls nehme er diese

ständig neben dem Chefarzt wahr. Seine Vertretung sei insoweit weder zeitlich noch inhaltlich eingeschränkt. Seit Beginn des Arbeitsverhältnisses sei er ausdrücklich und wörtlich als „leitender Oberarzt“ in der Anästhesie-/Intensivabteilung tätig. Sowohl die Beklagte als auch deren Rechtsvorgänger hätten stets und ständig von ihm erwartet, dass er als „leitender Oberarzt“ tätig werde.

Das Arbeitsgericht verkenne, dass der TV-Ärzte (VKA) in § 16 bezogen auf die Entgeltgruppe IV nicht von einer Anordnung spreche, sondern von einer ausdrücklichen Übertragung. Eine Bestellung des Arbeitnehmers durch ausdrückliche Anordnung des Arbeitgebers sei deshalb nicht erforderlich. Die Formulierung in § 16 lit. d) des TV-Ärzte (VKA) sei deshalb ausdrücklich tätigkeitsbezogen, weshalb es eines rechtsgeschäftsähnlichen Bestellungsaktes durch den Arbeitgeber nicht bedürfe. Das Arbeitsgericht beziehe sich deshalb auf eine veraltete Rechtsprechung.

Die ärztlichen/pflegerischen sowie die administrativen chefärztlichen Aufgaben seien ihm – so behauptet er – durch den vorgesetzten Chefarzt Dr. B. übertragen worden. Dieser sei dazu berechtigt, weil er alle „grundsätzlichen, die Abteilung prägenden Entscheidungen und Führungsaufgaben“ treffe. Die Beklagte habe deshalb die Befugnis zur Übertragung der ständigen Vertretung des Chefarztes auf den Chefarzt Dr. B. delegiert. Zu betonen sei insoweit nochmals, dass es nicht in seiner Absicht liege, in Zweifel zu ziehen, dass der leitende Arzt/Chefarzt die Abteilungsleitung innehabe. Dies sei unstreitig der Fall. Dem stehe allerdings nicht seine Behauptung entgegen, er sei dessen ständiger Vertreter.

Weiterhin sei zu beachten, dass der Inhalt des Schreibens vom 13. Januar 2003, der von ihm benutzte Stempel und der Inhalt des Formulars über die „Vereinbarung über Wahlleistungen“ Umstände und Indizien darstellten, aufgrund derer angenommen werden dürfe, dass die Beklagte sehr genau wisse, dass er Tätigkeiten als leitender Oberarzt im Sinne des § 16 lit. d) des TV-Ärzte (VKA) wahrnehme. Wenn sich im Übrigen die Beklagte auf eine fehlende ausdrückliche Übertragung berufe, so handele sie insoweit treuwidrig gemäß § 242 BGB, jedenfalls sei der Einwand aber unter Berücksichtigung von § 162 BGB unbeachtlich. Entscheidend sei insoweit allein, dass er stets und ständig auch im Falle der Anwesenheit des Chefarztes die Chefärztli-

chen Aufgaben neben diesem wahrgenommen habe. Das Fehlen einer ausdrücklichen Übertragung sei deshalb unbeachtlich. Das Arbeitsgericht habe es fehlerhaft unterlassen, aufgrund seines detaillierten und substantiierten Vortrages eine Beweisaufnahme darüber durchzuführen, dass er ständiger Vertreter des Chefarztes sei.

Nachdem der Kläger auf rechtlichen Hinweis des Berufungsgerichts seine Klage zum Teil zurückgenommen hat, beantragt er nunmehr,

das Urteil des Arbeitsgerichts Flensburg vom 26.06.2008 – 3 Ca 114/08 - abzuändern und festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihm rückwirkend ab dem 01.08.2006 Vergütung nach der Entgeltgruppe IV des TV-Ärzte (VKA) zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vortrages die Entscheidung des Arbeitsgerichts und bestreitet weiterhin, dass der Kläger ständiger Vertreter des Chefarztes sei. Der diesbezügliche Vortrag des Klägers sei zu unsubstantiiert. Er habe lediglich pauschal vorgetragen, er nehme Leitungsaufgaben sowohl bei Anwesenheit als auch bei Abwesenheit des Chefarztes neben diesem wahr. Dieser zu bestreitende Vortrag sei zu pauschal. Unabhängig davon erstrecke sich die Vertretung des Chefarztes durch den Kläger auch nur auf einen Teilbereich der dem Chefarzt übertragenen Tätigkeiten. Dies gelte unabhängig von der Frage, ob tatsächlich eine ständige Vertretung gegeben sei. Es sei auch zu bestreiten, dass der Kläger mindestens zur Hälfte Arbeitsvorgänge erledige, die die Voraussetzungen der Entgeltgruppe IV erfüllen. Zudem sei ihm die ständige Vertretung auch nicht ausdrücklich von der Arbeitgeberin übertragen worden. Die ständige Vertretung des Chefarztes müsse ausdrücklich übertragen werden. Bloß konkludentes Verhalten beziehungsweise eine bloß faktische Herstellung entsprechender Organisationsformen genüge nicht.

Schließlich sei Dr. B. als Chefarzt weder befugt, dem Kläger die ständige Vertretung ausdrücklich zu übertragen noch sei dies geschehen.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in der Berufung wird Bezug genommen auf den Inhalt der dort gewechselten Schriftsätze.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufung ist zulässig. Sie ist statthaft und frist- und formgerecht eingelegt worden. In der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg. Das Arbeitsgericht hat mit zutreffender und sorgfältiger Begründung die Klage zu Recht abgewiesen. Das Berufungsgericht nimmt zur Vermeidung von Wiederholungen darauf ausdrücklich Bezug. Die Angriffe der Berufung rechtfertigen keine abändernde Entscheidung.

#### **I.**

Die Klage ist mit dem in der Berufung auf Anregung des Gerichts geänderten Antrag zulässig. Innerhalb eines bestehenden Arbeitsverhältnisses ist regelmäßig die sogenannte Eingruppierungsfeststellungsklage die zweckmäßigste Klageart. Denn dadurch wird der Status des Arbeitnehmers umfassend festgestellt (ErfK-Koch, § 46 ArbGG, Rn. 31). Nur durch eine solche Eingruppierungsfeststellungsklage kann eine globale Feststellung sämtlicher Ansprüche im Rahmen des Arbeitsverhältnisses für die Zukunft erfolgen (Germelmann, ArbGG, 6. Aufl., § 46 ArbGG, Rn. 106). Der Arbeitnehmer ist insoweit nicht auf eine vermeintlich vorrangige Leistungsklage zu verweisen, auch nicht für etwaige bereits aufgelaufene Ansprüche aus der Vergangenheit. Insoweit ist das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche besondere Feststellungsinteresse aber nicht nur bei Klage im öffentlichen Dienst, sondern auch in der Privatwirtschaft regelmäßig zu bejahen (ErfK-Koch, § 46, Rn. 31 m. H. a. Rechtsprechung; Germelmann § 46 ArbGG, Rn. 108). Der Umstand, dass es sich bei der Beklagten also um eine juristische Person des Privatrechts handelt, steht der Zulässigkeit der Feststellungsklage nicht entgegen.

#### **II.**

Die Klage ist nicht begründet, weshalb die Berufung zurückzuweisen ist.

Der Kläger hat keinen Anspruch auf Zahlung der Vergütung nach der Entgeltgruppe IV des § 16 lit. d) des TV-Ärzte (VKA). In diese Entgeltgruppe ist der leitende Oberarzt einzugruppieren. Dies ist der Arzt, dem die ständige Vertretung des leitenden Arztes (Chefarzt) vom Arbeitgeber ausdrücklich übertragen wurde. Ausweislich der Protokollnotiz wiederum kann nur derjenige Arzt leitender Oberarzt sein, der den leitenden Arzt in der Gesamtheit seiner Dienstaufgaben vertritt. Diese Voraussetzungen erfüllt der Kläger nicht. Ihm wurde die ständige Vertretung des Chefarztes von der Arbeitgeberin nicht ausdrücklich übertragen. Zudem hat die Beklagte beziehungsweise deren Rechtsvorgängerin ihm auch nicht unabhängig vom Fehlen eines ausdrücklichen Übertragungsaktes die Tätigkeiten der ständigen Vertretung tatsächlich zugewiesen, weshalb sie sich auch weder treuwidrig noch mit dem Rechtsgedanken des § 162 BGB unvereinbar verhält, wenn sie auf die Notwendigkeit einer ausdrücklichen Übertragung hinweist. Dazu im Einzelnen:

1. Eine Vergütung in die Entgeltgruppe IV setzt ausweislich des Wortlautes dieser Tarifvorschrift voraus, dass dem Arzt die ständige Vertretung des leitenden Arztes vom Arbeitgeber ausdrücklich übertragen wurde.

a. Ständige Vertretung setzt zunächst voraus, dass sie auf Dauer übertragen wurde. Darüber hinaus muss sie sich ausweislich der Protokollerklärung zu § 16 lit. d) TV-Ärzte (VKA) auf die Gesamtheit der Dienstaufgaben des leitenden Arztes beziehen. Vertritt daher der Arzt den leitenden Arzt beispielsweise nur in dessen Abwesenheit, so sind die Voraussetzungen einer Eingruppierung in die Entgeltgruppe IV nicht erfüllt. Der „ständige Vertreter“ muss die Aufgaben neben dem leitenden Arzt zu erledigen haben. Insoweit ist auch weiterhin für die Entgeltgruppe IV des TV-Ärzte (VKA) die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Begriff des ständigen Vertreters des leitenden Arztes (Protokollnotiz Nr. 3 zur Anlage 1a BAT) heranzuziehen. Unter einer „ständigen Vertretung“ ist daher nicht die bloße Vertretung im Falle der Abwesenheit oder der Verhinderung des Vertretenen wegen Krankheit, Urlaub oder sonstigen Gründen zu verstehen. Vielmehr muss der ständige Vertreter dessen

Aufgaben auch bei dienstlicher Anwesenheit des Vertretenen, also neben diesem zu erledigen haben (BAG, Urteil vom 14.08.1991 - 4 AZR 25/91, - zitiert nach juris, Rn. 30). Diese Rechtsprechung ist deshalb heranzuziehen, weil die Formulierung in der ehemaligen Protokollnotiz Nr. 3 zum ständigen Vertreter bezogen auf die Tätigkeitsmerkmale identisch ist mit den Anforderungen und Tätigkeitsmerkmalen an den leitenden Oberarzt der Entgeltgruppe IV des TV-Ärzte (VKA). In beiden Fällen wird abgestellt auf die Vertretung des leitenden Arztes in der Gesamtheit seiner Dienstaufgaben.

b. Darüber hinaus setzt eine Eingruppierung in die Entgeltgruppe IV voraus, dass die ständige Vertretung des Chefarztes dem Arzt vom Arbeitgeber ausdrücklich übertragen wurde. Zwar sprechen die Tarifvertragsparteien insoweit nicht mehr von einer Anordnung, sondern von einer Übertragung. Durch die Beibehaltung des Adjektivs „ausdrücklich“ vor dem Begriff der „Übertragung“ ist jedoch deutlich gemacht, dass in Fortgeltung der bisher ergangenen Rechtsprechung zum Begriff der „ausdrücklichen Anordnung“ die bloß tatsächliche Wahrnehmung der Tätigkeiten nicht ausreicht. Die Argumentation des Klägers, wonach die Formulierung „ausdrückliche Übertragung“ ausschließlich tätigkeitsbezogen ohne Notwendigkeit eines rechtsgeschäftsähnlichen Bestellungsaktes zu verstehen sei, trifft deshalb nicht zu.

Die Tarifvertragsparteien haben in § 17 TV-Ärzte (VKA) bezogen auf die vorübergehende Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit auf das Adjektiv „ausdrücklich“ bezogen auf „Übertragen“ verzichtet. Auch in § 33 Abs. 3 TV-Ärzte (VKA) wird nur auf die Übertragung abgestellt. Wenn die Tarifvertragsparteien dann abweichend von diesen Formulierungen des § 17 und des § 33 Abs. 3 TV-Ärzte (VKA) in § 16 lit. d) TV-Ärzte (VKA) abstellen erstens auf die ausdrückliche Übertragung, die zweitens vom Arbeitgeber zu erfolgen hat, so wird damit deutlich, dass sie nicht allein tätigkeitsbezogen dieses Merkmal verstehen wollen. Mit dem Adjektiv „ausdrücklich“ haben die Tarifvertragsparteien deutlich gemacht, dass insoweit jedenfalls eine bewusste Übertragung zu erfolgen hat. Diese wiederum hat vom Arbeitgeber zu erfolgen, setzt also eine Übertragung durch das zuständige Organ des jeweiligen Arbeitgebers voraus. Rein tatsächliche Dispositionen des leitenden Arztes reichen deshalb zur Erfüllung der Tätigkeitsmerkmale nicht aus. Auch insoweit kann zurückgegriffen

werden auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum „ständigen Vertreter“ des leitenden Arztes. Das Bundesarbeitsgericht hat mit Urteil vom 25. Februar 1987 (4 AZR 217/86; zitiert nach juris, Rn. 20) darauf hingewiesen, dass der Unterschied zwischen dem ständigen Vertreter und dem Abwesenheitsvertreter es rechtfertigt, auch bei einer vertretungsweisen Übertragung der Aufgaben eines ständigen Vertreters eine Bestellung durch ausdrückliche Anordnung zu verlangen. Denn die Kompetenz zur Vertretung des leitenden Arztes bei der Gesamtheit seiner Dienstaufgaben bedürfe auch in diesem Falle einer eindeutigen Klarstellung und könne nach dem tariflichen Gesamtzusammenhang nicht allein tatsächlichen beziehungsweise medizinischen Dispositionen des leitenden Arztes überlassen bleiben. Innerhalb der Abteilung und der Klinik müsse auch bei der vertretungsweisen Übertragung der Aufgaben des ständigen Vertreters deutlich zum Ausdruck kommen, welchem Arzt diese Aufgaben aufgrund der entsprechenden Bestellung obliegen. Wenngleich diese Entscheidung erging zur Frage der Zahlung der Vertretungszulage nach § 24 Abs. 2 BAT, so ist sie dennoch auf das Tätigkeitsmerkmal der Entgeltgruppe IV des TV-Ärzte (VKA) zu übertragen. Der Umstand, dass seinerzeit das vom Bundesarbeitsgericht zu beurteilende Tätigkeitsmerkmal auf die ausdrückliche Anordnung statt die ausdrückliche Übertragung abstellte, führt zu keiner anderen Betrachtung. Der begriffliche Unterschied ist nicht wesentlich. Übertragung und Anordnung setzen in jedem Fall ein aktives, bewusstes Vorgehen der Person des „Anordnenden“ oder des „Übertragenden“ voraus (Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese, TVöD-Kommentar, § 16 TV-Ärzte (VKA) Rn. 54). Behalten die Tarifvertragsparteien aber insoweit das Adjektiv „ausdrücklich“ bei und weisen darauf hin, dass die Übertragung durch den Arbeitgeber zu erfolgen habe, so bestätigt dies, dass es auch den Tarifvertragsparteien des TV-Ärzte (VKA) darum ging, die Kompetenz zur Vertretung des leitenden Arztes in der Gesamtheit seiner Aufgaben aus Gründen der notwendigen Klarheit und Klarstellung vom Arbeitgeber deutlich zum Ausdruck zu bringen. Ob es sich dabei um eine geschäftsähnliche Handlung handelt, kann dabei offen bleiben. Ebenso muss eine solche Maßnahme nicht zwingend schriftlich erfolgen. Entscheidend bleibt aber, dass angeknüpft werden muss an ein eindeutiges Handeln des Arbeitgebers, welches keine Zweifel daran aufkommen lässt, dass er bewusst einem Arzt die Vertretung des leitenden Arztes in der Gesamtheit seiner Dienstaufgaben übertragen will. Wenn eine Tarifnorm eine ausdrückliche Erklärung des Arbeitgebers (Übertragung

oder Anordnung) verlangt, dann sind an die Erfüllung des Merkmals „ausdrücklich“ keine zu geringen Anforderungen zu stellen (LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 26.08.2008 – 3 Sa 768/07 –, zitiert nach juris, Rn. 40). In jedem Fall muss die Übertragung genügend deutlich erfolgen. Dies ist nicht zuletzt deshalb notwendig, weil sich deshalb eingruppierungsrechtliche und möglicherweise haftungsrechtliche Folgen ergeben (vergl. LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 26.08.2008 – 3 Sa 768/07 –, zitiert nach juris, Rn. 41).

2. An einer solchen ausdrücklichen Übertragung der ständigen Vertretung des leitenden Arztes vom Arbeitgeber an den Kläger fehlt es.

a) Aus dem Inhalt des Schreibens vom 13. Januar 2001 folgt eine solche ausdrückliche Übertragung der ständigen Vertretung des leitenden Arztes auf den Kläger nicht. Zwar wird ihm in diesem Schreiben die Einstellung als leitender Oberarzt in der Anästhesie-/Intensivabteilung angeboten. Diese Formulierung sagt aber nichts aus über die Vertretung des leitenden Arztes in der Gesamtheit seiner Dienstaufgaben und deren Übertragung auf den Kläger. Zutreffend hat das Arbeitsgericht darauf hingewiesen, dass es im Jahre 2003 tarifrechtlich den Begriff des leitenden Oberarztes nicht gab. Vielmehr benutzten seinerzeit die Tarifvertragsparteien als für die Eingruppierung relevant den Begriff des ständigen Vertreters des leitenden Arztes. Hätte die Beklagte also im Jahre 2003 beabsichtigt, dem Kläger die ständige Vertretung des Chefarztes im Sinne einer Anwesenheitsvertretung zu übertragen, so hätte sie sich ohne weiteres dieses tariflichen Begriffes bedienen können. Gerade der Umstand, dass dies nicht geschehen ist, spricht dafür, dass jedenfalls mit dem Schreiben vom 13. Januar 2003 dem Kläger die Tätigkeit des Anwesenheitsvertreters des Chefarztes nicht übertragen wurde.

b) Auch der Wortsinn „leitender Oberarzt“ zwingt nicht zu der Annahme, dass die Beklagte beziehungsweise deren Rechtsvorgängerin dem Kläger im Jahre 2003 die ständige Anwesenheitsvertretung übertragen wollte. Mit dem Begriff des leitenden Oberarztes, der tarifrechtlich nirgendwo definiert wurde, muss nicht zwingend eine Anwesenheitsvertretung des Chefarztes verbunden sein. Damit kann auch lediglich zum Ausdruck gebracht werden, dass der leitende Oberarzt der unter den sonstigen

Oberärzten herausgestellte Oberarzt ist. Diese Herausstellung kann sich zum Beispiel darauf beziehen, dass er derjenige ist, der den Chefarzt in Abwesenheit vertritt. Eine andere Sichtweise folgt auch nicht aus dem Begriff „leitender“. Zwar ist insoweit – worauf der Klägervertreter zutreffend hingewiesen hat – keine Einschränkung vorgesehen. Das Fehlen einer solchen Einschränkung führt aber nicht zwingend dazu, dass damit auch die Anwesenheitsvertretung übertragen wurde. „Leitend“ kann auch ein Hinweis darauf sein, dass sich dieser Arzt hierarchisch abhebt von den anderen Oberärzten, ohne aber sogleich Anwesenheitsvertreter des Chefarztes zu werden.

Dass im Übrigen der Kläger einen Stempel (Bl. 16 d. A.) mit dem Hinweis „leitender Oberarzt Intensiv-/Anästhesieabteilung“ nutzt, führt ebenso wenig zur Annahme einer Anwesenheitsvertretung wie der Umstand, dass er im Vordruck „Vereinbarung über Wahlleistung“ als ständiger ärztlicher Vertreter des Wahlarztes ausgewiesen wurde. Insoweit ist auf die zutreffenden Ausführungen des Arbeitsgerichts zur Vermeidung von Wiederholungen zu verweisen.

c) Es ist auch nicht erkennbar, dass die Rechtsvorgängerin der Beklagten oder die Beklagte selbst zu einem späteren Zeitpunkt hinreichend deutlich gemacht hat, er oder sie übertrage dem Kläger die Anwesenheitsvertretung des Chefarztes. Es gibt keinen tatsächlichen Anhaltspunkt dafür, wann und unter welchen Umständen eine solche bewusste Entscheidung zur Übertragung dieser Tätigkeit auf den Kläger erfolgte. Auch der Kläger trägt insoweit nicht substantiiert vor, wann ihm durch einen hinreichend deutlichen Akt bewusst und eindeutig klargestellt die Anwesenheitsvertretung übertragen wurde.

d) Unbeachtlich ist weiterhin die pauschale Behauptung des Klägers, sein Vorgesetzter, der Chefarzt Dr. B., habe ihm die ärztlichen/pflegerischen sowie die administrativen chefärztlichen Aufgaben übertragen. Zwar ist es grundsätzlich möglich, dass der Arbeitgeber die Befugnis zur Übertragung der ständigen Vertretung des Chefarztes selbst auf den Chefarzt delegiert. Dafür bestehen hier aber überhaupt keine Anhaltspunkte. Allein aus dem Umstand, dass der Chefarzt alle grundsätzlichen, die Abteilung prägenden Entscheidungen und Führungsaufgaben trifft, folgt noch nicht seine Befugnis, ohne Einschaltung der zuständigen Stelle des Arbeitgebers selbständig

einen Anwesenheitsvertreter zu ernennen beziehungsweise ihm diese Aufgaben zu übertragen. Damit würde er seine Kompetenzen überschreiten, denn angesichts der eingruppierungsrechtlichen Folgen, möglicher Haftungsfragen und nicht zuletzt der Regelung in § 16 lit. d) TV-Ärzte (VKA) steht diese Aufgabe originär dem Arbeitgeber, also der Geschäftsleitung zu. Dass diese wiederum ihre Befugnis – wie der Kläger behauptet – auf den Chefarzt übertragen hat, ist nicht erkennbar. Der Kläger trägt insoweit nicht substantiiert vor, wann unter welchen Voraussetzungen und sonstigen Umständen die Beklagte dem Chefarzt Dr. B. diese Befugnis übertrug.

e) Auch die vom Kläger im Einzelnen vorgetragenen und im Wesentlichen von der Beklagten auch nicht bestrittenen von ihm auszuübenden Tätigkeiten und Aufgaben belegen noch nicht, dass ihm damit seitens der Beklagten auch ausdrücklich, also hinreichend deutlich, die Anwesenheitsvertretung des Chefarztes übertragen wurde. Es mag sein, dass der Kläger auch Aufgaben ausführt, die in einem Krankenhaus typischerweise vom Chefarzt erledigt werden. Wenn er dann aber solche Aufgaben anführt, so ist damit noch keineswegs belegt, dass die Arbeitgeberin ihm ausdrücklich die Gesamtheit der chefärztlichen Aufgaben zur Vertretung übertragen hat. Eine solche Annahme wäre nur dann gerechtfertigt, wenn sich aus dem Vortrag des Klägers ergeben würde, dass die Beklagte unabhängig von den von ihm erwähnten Tätigkeiten und Aufgaben die Gesamtheit der Anwesenheitsvertretung übertragen hat, also aller Aufgaben, die potentiell im Rahmen einer chefärztlichen Anwesenheitsvertretung anfallen. Der Kläger hat dazu aber nicht substantiiert vorgetragen, insbesondere hat er nicht dargelegt, welche über die von ihm erwähnten Tätigkeiten hinaus vom Chefarzt wahrzunehmen sind und inwieweit ihm die Befugnis zur Anwesenheitsvertretung auch insoweit übertragen wurde. Es gibt neben den vom Kläger erwähnten Zuständigkeiten und Aufgaben noch eine Vielzahl anderer Tätigkeiten, die üblicherweise ein Chefarzt in der Klinik zu erledigen hat. Wenn jemand Anwesenheitsvertreter sein will, so muss er substantiiert vortragen, dass er den Chefarzt in der Gesamtheit seiner Aufgaben vertritt. Dem wird ein Vortrag nicht gerecht, der einerseits nur beispielhaft Tätigkeiten aufführt, andererseits bezüglich der Übertragung der Gesamtheit der Dienstaufgaben aber pauschal und unsubstantiiert bleibt. Der Kläger hat nicht im Ansatz dargelegt, inwieweit er solche Leitungstätigkeiten, die einem leitenden Arzt üblicherweise zufallen, in Anwesenheit des Chefarztes oder gegebenen-

falls nur in dessen Abwesenheit zu übernehmen hat. Es ist für das Berufungsgericht ebenso wie bereits für das Arbeitsgericht nicht erkennbar, dass der Kläger den Chefarzt auch in dessen Anwesenheit ohne Einschränkung vertreten hat oder vertritt.

f) Weiterhin ist zu beachten, dass allein rein tatsächliche Handhabungen oder Absprachen zwischen dem Chefarzt und dem Kläger bezüglich der Erledigung seiner Aufgaben nicht ausreichen. Solche rein tatsächliche Dispositionen eines leitenden Arztes genügen nicht zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „ausdrückliche Übertragung durch den Arbeitgeber“. Die ausdrückliche Übertragung der Anwesenheitsvertretung muss vom zuständigen Organ des jeweiligen Arbeitgebers getroffen werden. Daran fehlt es hier aus den bereits dargelegten Gründen.

Nach alledem scheidet eine Eingruppierung in die Entgeltgruppe IV des TV-Ärzte (VKA) daran, dass dem Kläger nicht ausdrücklich von der Arbeitgeberin die ständige Vertretung des leitenden Arztes (Chefarzt) übertragen wurde.

3. Die Beklagte verletzt auch nicht Treu und Glauben (§ 242 BGB) oder den Rechtsgedanken aus § 162 BGB, wenn sie sich auf das Fehlen einer solchen ausdrücklichen Übertragung beruft. Die diesbezügliche Argumentation des Klägers könnte nur dann zutreffen, wenn die Beklagte ihm einerseits tatsächlich die Aufgaben des Anwesenheitsvertreters übertragen hätte, andererseits dies jedoch nicht ausdrücklich geschehen wäre und die Beklagte sich auf das Fehlen einer ausdrücklichen Übertragung berufen würde. Insoweit teilt das Landesarbeitsgericht die Auffassung des Klägervertreters, wonach es jedenfalls rechtsmissbräuchlich wäre, wenn sich der Beklagte in einem solchen Fall darauf berufen hätte, eine ausdrückliche Übertragung durch ihr zuständiges Organ sei nicht erfolgt (vergl. dazu LAG Düsseldorf, Urteil vom 18.07.2008 - 9 Sa 546/08 -, zitiert nach juris, Rn. 86). Weist nämlich bewusst ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer bestimmte Tätigkeiten zu, so kann er sich nicht darauf berufen, der Mitarbeiter sei aber nicht den Tätigkeiten gemäß zu vergüten, weil es an einem formalen Übertragungsakt – schriftlich oder mündlich oder sonstwie – fehle.

Diese Argumentation ist hier jedoch nicht heranzuziehen, denn – wie bereits oben dargelegt – es ist nicht erkennbar, dass die Beklagte dem Kläger alle potentiellen

Tätigkeiten, Befugnisse und Funktionen des Chefarztes als Anwesenheitsvertreter übertragen hat. Allein der Vortrag des Klägers bezüglich verschiedener bestimmter Tätigkeiten reicht nicht zu der Annahme aus, dass die Beklagte ihm potentiell alle Aufgaben der Anwesenheitsvertretung des Chefarztes übertragen hat. Für das Berufungsgericht bleibt nicht erkennbar, dass der Kläger durch tatsächliche bewusste Handhabung der Beklagten alle potentiellen Aufgaben und Funktionen des Chefarztes im Rahmen einer Anwesenheitsvertretung zu erledigen hätte. Allein der Hinweis auf bestimmte Tätigkeiten reicht nicht zu einer solchen Annahme aus. Es ist für das Berufungsgericht nicht erkennbar, dass die Arbeitgeberin bewusst durch Duldung oder aber tatsächliche Aufgabenübertragung vom Kläger verlangt hat, dass er im Rahmen der Anwesenheitsvertretung die Gesamtheit der dem Chefarzt obliegenden Aufgaben zu vertreten hat. Die Tätigkeiten eines Chefarztes sind derart vielfältig und komplex, dass allein der Hinweis auf bestimmte Aufgaben, die der Kläger wahrgenommen hat, nicht ausreicht zur Annahme, er sei insgesamt Anwesenheitsvertreter des Chefarztes. Sicherlich – und dies wird auch von der Beklagten nicht in Abrede gestellt und auch vom Gericht nicht angezweifelt – erbringt der Kläger in der Abteilung eine qualifizierte herausragende Leistung. Möglicherweise mag er sich insoweit auch von den anderen Oberärzten abheben. Dies ändert aber nichts daran, dass er trotz dieser Heraushebung nicht die weitergehenden Tätigkeitsmerkmale der Entgeltgruppe IV erfüllt. Allein der Umstand, dass der Kläger in Abstimmung mit dem Chefarzt und auch in dessen Anwesenheit gelegentlich chefarztliche Aufgaben übernimmt und übernehmen muss, führt noch nicht zu der Annahme, dass er insgesamt Anwesenheitsvertreter in der Gesamtheit der dem Chefarzt obliegenden Aufgaben ist. Dies wäre nur dann anzunehmen – woran es hier fehlt – wenn mit hinreichender Deutlichkeit erkennbar wäre ein Erklärungsakt (schriftlich, mündlich, konkludent oder sonstige) des zuständigen Organs der Beklagten, mit dem dem Kläger die Anwesenheitsvertretung bezogen auf die Gesamtheit der dem Chefarzt obliegenden Dienstaufgaben übertragen wurde.

Nach alledem ist die Berufung mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen. Anlass zur Zulassung der Revision besteht nicht.

gez. ...

gez. ...

gez. ...