

Für das Nachschlagewerk! Ja
Für die Fachpresse! Ja
Für die amtliche Sammlung! Nein

Gesetz: KSchG § 21 Abs. 1 Satz 2; Gesetz über das Apothekenwesen § 1 Abs. 3, § 16; Prüfungsordnung für Apotheker vom 8. Dezember 1934 §§ 6, 46

Leitsätze:

1. Eine Apotheke ist ein selbständiger Betrieb.
2. Ein Apothekerpraktikant ist bei Anwendung von § 21 Abs. 1 Satz 2 KSchG nicht als Arbeitnehmer, sondern als Lehrling anzusehen, wenn der Inhalt seines Vertrags im wesentlichen einem Lehrvertrag entspricht.

Aktenzeichen: 2 AZR 439/64

Urteil des BAG vom 5. August 1965

LAG Berlin



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Verkündet am
5. August 1965,

gez. Kistner,

Angestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 5. August 1965 durch den Senatspräsidenten Dr. König, den Bundesrichter Schilgen und die Bundesrichterin Dr. Meier-Schorling sowie die Bundesarbeitsrichter Dr. Schunorth und Sickert für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 8. Oktober 1964 - 4 Sa 45/64 - aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

- 2 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der am 10. September 1941 geborene Kläger schloß mit dem Beklagten als Inhaber der Lehr-Apotheke Ch den vorgedruckten "Lehrvertrag für Apothekerpraktikanten" vom 12. September 1962 für die Zeit vom 1. Oktober 1962 bis zum 30. September 1964. Nach einer Probezeit von drei Monaten sollte das Vertragsverhältnis nur noch fristlos aus wichtigem Grund gekündigt werden können. Dem Kläger standen im ersten Jahr 75,-- DM und im zweiten Jahr 85,-- DM als monatliche Beihilfe zu.

Mit Schreiben vom 21. Januar 1964, das der Kläger am 22. Januar erhielt, kündigte der Beklagte dem Kläger fristlos, weil er sich nach einem Vorfall am 16. Januar endgültig davon habe überzeugen müssen, daß der Kläger die für die Ausübung des Apothekerberufs unbedingt erforderlichen charakterlichen und willensmäßigen Voraussetzungen nicht besitze. Der Kläger hat am 25. Februar 1964 auf Feststellung geklagt, daß diese Kündigung das Lehrverhältnis nicht aufgelöst habe und der Beklagte verpflichtet sei, den Kläger bis zum Ablauf der Vertragszeit weiterzubeschäftigen.

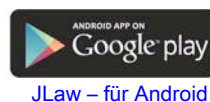
Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Beide Gerichte haben angenommen, daß die fristlose Kündigung nach § 11 Abs. 2 in Verbindung mit §§ 3 und 6 KSchG als rechtswirksam gelte, weil der Kläger mit seiner Feststellungsklage die Drei-Wochen-Frist versäumt habe.

Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Das angefochtene Urteil beruht auf der Ansicht, daß für das Vertragsverhältnis der Parteien das Kündigungsschutzgesetz gilt und die fristlose Entlassung des Klägers vom 22. Januar 1964 als von Anfang an rechtswirksam anzusehen ist, weil der



Kläger nicht innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung auf Feststellung geklagt hat, daß sein Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst worden ist (§§ 3, 6, 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG). Diese Ansicht greift die Revision mit Recht an.

I. Nach § 21 Abs. 1 Satz 2 KSchG gelten die Vorschriften des ersten Abschnitts dieses Gesetzes nicht für Betriebe, in denen in der Regel fünf oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich der Lehrlinge beschäftigt werden.

Der Beklagte meint in erster Linie, sein Apothekenbetrieb sei schon deshalb kein derartiger Kleinbetrieb, weil er nicht nur aus der Apotheke Ch bestche, in der der Kläger tätig war, sondern zu ihm auch noch seine beiden anderen Apotheken, nämlich die R -Apotheke und die C -Apotheke gehören; alle drei Apotheken zusammen seien ein einziger Betrieb mit insgesamt über 20 Arbeitnehmern.

Das ist nicht richtig. Es kommt zwar hier nicht entscheidend darauf an, daß nach dem Sinn des Gesetzes über das Apothekenwesen vom 20. August 1960 (BGBl. S. 697) einem Apotheker nur die Erlaubnis zum Betreiben einer Apotheke erteilt werden darf (vgl. Bundesverfassungsgericht vom 13. Februar 1964, BVerfG 17, 231 [233]), im Notfall verbunden mit einer Zweigapotheke, die dann aber einen besonderen Verwalter haben muß (§ 16 ApothG). Denn es muß von dem tatsächlichen Zustand ausgegangen werden, der unstreitig darin besteht, daß dem Beklagten vor Inkrafttreten des Apothekengesetzes die Erlaubnis zum Betrieb von drei Apotheken erteilt worden ist. Immerhin gibt das Apothekengesetz mit seiner grundsätzlichen Kopplung einer Apotheke mit einem Apothekenleiter bereits einen gewissen Anhalt dafür, daß jede Apotheke ein selbständiger Betrieb sein muß. Ein Betrieb, auch im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes ist eine organisatorische Einheit von Arbeitsmitteln zur fortgesetzten Verfolgung eines arbeitstechnischen Zwecks (vgl. BAG 1, 175 [178]; 2, 91 [93]). Das trifft auf jede vorschriftsmäßig geführte Apotheke zu. Die dem Apotheker erteilte Erlaubnis zum Betrieb einer Apotheke gilt nur für die in der Erlaubnisurkunde bezeichneten Räume (§ 1 Abs. 3 ApothG). Der Apothekenvorstand muß grundsätzlich



im Haus der Apotheke wohnen. Dieses Haus muß mit der Bezeichnung "Apotheke" versehen sein (§ 2 der noch geltenden Apothekenbetriebsordnung vom 18. Februar 1902, Min.-Bl. f. Med. Ang. S. 64). Der "Betrieb" der Apotheken untersteht behördlicher Aufsicht (§ 18 Abs. 1 ApothG). Diese Aufsicht kann sinnvoll nur mit Bezug auf die einzelne Apotheke mit ihrem personellen und materiellen Bestand ausgeübt werden. Hiernach bleibt kein Raum für die Annahme, daß mehrere Apotheken einen gemeinsamen Betrieb bilden. Auch bei natürlicher Betrachtung kann eine Apotheke gar nicht anders denn als selbständiger Betrieb geführt werden. Der Beklagte gibt übrigens zu, daß er für seine Apotheke Ch ein Stammpersonal hat, auf dessen Zahl und Zusammensetzung noch näher einzugehen sein wird. Auch soweit er sich darauf beruft, daß das Personal im Bedarfsfall, z.B. bei Urlaub und Erkrankung, innerhalb seiner drei Apotheken ausgetauscht wird, ist dieses Vorbringen, seine Richtigkeit unterstellt, nicht geeignet, den Charakter der drei Apotheken, insbesondere der Apotheke Ch als selbständige Betriebe in Frage zu stellen, zumal es sich bei dieser um eine Leihapotheke handelt. Ebenso wenig wäre es von Bedeutung, wenn, was der Beklagte übrigens erstmals in seiner Revisionsbeantwortung vorgetragen hat, der Wareneinkauf von ihm zentral für alle drei Apotheken gelenkt wird. Der Umstand allein, daß der Beklagte Inhaber nicht nur einer, sondern dreier Apotheken ist, was eine gewisse Einheitlichkeit der Betriebsführung zur Folge haben mag, macht diese drei sowohl räumlich als auch organisatorisch voneinander getrennten Betriebe nicht zu einem Betrieb.

II. Ist somit die Apotheke Ch ,für die allein der Kläger nach seinem Vertrag eingestellt worden ist, ein selbständiger Betrieb und nicht nur ein Teil eines aus den drei Apotheken des Beklagten zusammengesetzten Betriebes, so sind die Bestimmungen des ersten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes nach dessen § 21 Abs. 1 Satz 2 auf das Vertragsverhältnis der Parteien nur dann anzuwenden, wenn in dieser Apotheke in der Regel mehr als fünf, also wenigstens sechs Arbeitnehmer ausschließlich der Lehrlinge beschäftigt waren. Der Beklagte hat



vorgetragen, daß zur Zeit der Kündigung im Januar 1964 in der Apotheke Ch sieben Arbeitnehmer beschäftigt waren, nämlich

1. der Apotheker R ,
2. die Apothekerin Frau P ,
3. Fräulein Sch ,
4. die Helferin Frau Sch ,
5. Frau M ,
6. Frau P als Putzfrau und
7. der Kläger.

Die Apothekerin Frau P kann jedoch nicht mitgezählt werden, weil sie nach der unbestrittenen Behauptung des Klägers im Schriftsatz vom 21. Mai 1964 nur gelegentlich zwei Stunden in der Woche in der Apotheke Ch gearbeitet hat.

Damit die Zahl von sechs Arbeitnehmern erreicht wird, kommt es also, wie auch das angefochtene Urteil annimmt, darauf an, ob der Kläger als Apothekerpraktikant mitzuzählen oder ob er als Lehrling anzusehen ist.

Das Berufungsgericht hält den Kläger als Praktikanten nicht für einen Lehrling. Es geht mit Recht davon aus, daß die Überschrift seines vorgedruckten Vertrages "Lehrvertrag für Apothekerpraktikanten" nicht ausschlaggebend ist, sondern es mehr auf die Ausgestaltung und Abwicklung des Vertragsverhältnisses als auf seine Bezeichnung ankommt. Gerade das führt aber zu dem Ergebnis, daß der Kläger bei richtiger Betrachtung als Lehrling anzusehen ist.

Unter einem Praktikanten versteht man allgemein jemanden, der eine Zeitlang in einem Betrieb praktisch arbeitet, um sich die zur Vorbereitung auf einen - meist akademischen - Beruf notwendigen praktischen Kenntnisse und Erfahrungen anzueignen (vgl. z.B. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch Bd. 1, S. 87 Anm. 21). Der wichtigste und häufigste Fall ist das vorgeschriebene Praktikum vor Beginn oder während des Studiums an einer Technischen Hochschule. Von einem Arbeitnehmer im engeren Sinne unterscheidet sich der Praktikant dadurch, daß bei diesem die Ausbildungsabsicht in der Regel im Vordergrund steht. Der Unterschied zu einem Lehrling besteht im wesentlichen nur darin, daß bei die-



sem eine im einzelnen genau geregelte möglichst vollständige Ausbildung zu einem anerkannten Lehrberuf, insbesondere im Handel, Gewerbe und Handwerk, mit abschließender Prüfung angestrebt wird (vgl. §§ 76 - 82 HGB, §§ 126 - 128 GewO, §§ 21 - 40 HandwO).

Dieser allgemeine Versuch einer Begriffsbestimmung zeigt bereits, daß die Grenzen flüssig sind. Es kann dahingestellt bleiben, ob hiernach, wie das angefochtene Urteil unter Berufung auf zahlreiche Schriftsteller annimmt, die Praktikanten in aller Regel nicht als Lehrlinge anzusehen, sondern wie Arbeitnehmer zu behandeln sind. Denn im vorliegenden Fall liegen die Verhältnisse anders.

Für Apothekerpraktikanten ist die Prüfungsordnung für Apotheker vom 8. Dezember 1934 (RMinBl. S. 769) maßgebend, deren Bestimmungen in § 2 Abs. 2 der Bestallungsordnung für Apotheker vom 8. Oktober 1937 (RGBl. S. 1118) aufrechterhalten worden sind. Nach dieser Prüfungsordnung beginnt die Ausbildung zum Apotheker nach dem Abitur mit einem zweijährigen Praktikum in einer Lehrapotheke (vgl. § 6). Darauf folgt die pharmazeutische Vorprüfung (§§ 3 - 14). Es schließt sich das pharmazeutische Studium an einer Hochschule an, das zur Teilnahme an der pharmazeutischen Prüfung vor dem Prüfungsausschuß der Hochschule berechtigt (§ 15 ff.). Nach vollständig bestandener pharmazeutischer Prüfung muß der Kandidat, um die Approbation als Apotheker erhalten zu können, noch ein Jahr in einer Apotheke praktisch arbeiten (§ 46). Der künftige Apotheker braucht also zwei Zeiten praktischer Ausbildung: Eine zweijährige vor dem Universitätsstudium als Voraussetzung für die pharmazeutische Vorprüfung und eine einjährige nach abgeschlossenem Universitätsstudium und bestandener pharmazeutischer Prüfung. Um die zuerst genannte Zeit handelt es sich hier. Sie ist nach dem Vertrag der Parteien übereinstimmend mit § 6 Abs. 1 Buchstabe b der Prüfungsordnung wie eine echte Lehrzeit ausgestaltet. § 1 des Vertrags weist darauf hin, daß die Apotheke Ch als Lehrapotheke anerkannt ist. § 3 erklärt u.a. auch die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs über Handlungslehrlinge für maßgebend. § 4 lautet:



Der Apothekenleiter ist verpflichtet, den Apothekerpraktikanten praktisch und theoretisch für den Apothekerberuf gründlich auszubilden und auf die pharmazeutische Vorprüfung vorzubereiten. Er hat die Ausbildung verantwortlich zu leiten, auch soweit er pharmazeutische Mitarbeiter seiner Apotheke mit Teilgebieten der Ausbildung beauftragt.

Arbeiten, wie z.B. Auspacken und Auszeichnen der Waren, Lagerarbeiten u.ä., Reinigen der Arbeitsgeräte des Apothekers sowie der Apparaturen der Apotheke, schriftliche Arbeiten u.a. gehören zur Erreichung des Ausbildungszweckes.

§ 5 verpflichtet den Kläger u.a., den dienstlichen Anordnungen des Apothekenleiters und der pharmazeutischen Mitarbeiter Folge zu leisten, die ihm übertragenen dienstlichen Obliegenheiten gewissenhaft zu erfüllen sowie jede die berufliche Ausbildung fördernde Möglichkeit auszunutzen, auch an den als verbindlich angeordneten Lehrgängen teilzunehmen, ferner ein Tagebuch über seine Arbeiten zu führen und eine Pflanzensammlung anzulegen. Die in § 6 vereinbarte "Beihilfe" von monatlich 75,-- DM im ersten und 85,-- DM im zweiten Praktikantenjahr entspricht der Höhe nach etwa der bei Lehrlingen heute vielfach üblichen Erziehungsbeihilfe, aber nicht der Bezahlung eines vollbeschäftigten Arbeitnehmers. Nach § 7 Buchstabe a kann das Ausbildungsverhältnis nach Ablauf der Probezeit von drei Monaten (§ 2 Abs. 1) ebenso wie nach § 77 HGB, § 127 b Abs. 2 GewO und § 25 Abs. 2 HandwO nur noch aus einem wichtigen Grunde fristlos gekündigt werden. § 9 sieht vor, daß sich der Vertrag bis zum nächsten Vorprüfungstermin verlängert, wenn der Praktikant am Ende der vereinbarten Ausbildungszeit die pharmazeutische Vorprüfung nicht besteht.

Daß die Apothekerpraktikanten, weil sie vor Beginn ihrer Tätigkeit die Reifeprüfung an einer höheren Schule (Abitur) abgelegt haben müssen, schon in einem höheren Lebensalter stehen als die Gewerbe- und Handwerkslehrlinge, bei denen der Besuch der Volksschule genügt, ist nicht von wesentlicher Bedeutung. Auch Handlungslehrlinge, insbesondere Banklehrlinge treten ihre Lehre oft erst nach dem Abitur an, also in einem Alter von etwa 19 Jahren. Dies mag mit ein Grund dafür gewesen sein, den sich praktisch auf den Apothekerberuf Vorbereitenden als



Praktikanten zu bezeichnen, um ihn von den meist wesentlich jüngeren Lehrlingen im engeren Sinne zu unterscheiden. Am wirklichen Status ändert sich dadurch nichts.

Als einziger Unterschied zwischen einem Apothekerpraktikanten und einem Lehrling bleibt, daß dieser mit dem Abschluß seiner Lehre und mit bestandener Gesellenprüfung seine Berufsausbildung formell abgeschlossen hat, jener jedoch auch mit dem Bestehen der pharmazeutischen Vorprüfung nur den ersten Abschnitt seiner Berufsausbildung vollendet. Dieser Unterschied kann jedoch nicht entscheidend sein, wenn im übrigen die erste Praktikantenzeit des werdenden Apothekers in allen Stücken einer echten Lehrzeit gleicht. Bei beiden handelt es sich um eine in sich geschlossene Ausbildungszeit, die genau geregelt ist und vollen persönlichen Einsatz in Hinblick auf das Berufsziel verlangt.

Auch für die Arbeitslosenversicherung ist das Praktikantenverhältnis dem Lehrverhältnis insofern gleichgestellt, als beide grundsätzlich versicherungsfrei sind (vgl. §§ 63, 64 AVAVG). Bei der Rentenversicherung werden Praktikanten und Lehrlinge übrigens ebenfalls gleich behandelt (vgl. § 1227 Abs. 1 Ziff. 1 RVO, § 2 Abs. 1 i. Verb. m. § 3 Abs. 1 Ziff. 4 AngVG).

III. Hiernach ist der Kläger, wenn er auch nicht Lehrling im engeren Sinne ist, so doch im Rahmen von § 21 Abs. 1 Satz 2 KSchG als solcher anzusehen. Denn es liegt im Sinne dieser Vorschrift, einem Kleinbetrieb mit bis zu fünf Arbeitnehmern die damit verbundene Herausnahme aus dem allgemeinen Kündigungsschutz nicht deshalb zu entziehen, weil er außer Angestellten und Arbeitern auch Lehrlinge - und lehrlingsähnliche Personen - beschäftigt und ihn dadurch von der Annahme von Lehrlingen abzuhalten. Daß sich dieses Prinzip unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falles ausnahmsweise zuungunsten des Arbeitgebers auswirkt, ändert nichts an seiner Geltung.

Die rechtliche Folge ist, daß die Apotheke Ch

des Beklagten nur fünf Arbeitnehmer hat und deshalb für sie der erste Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes mit seinen §§ 3, 6, 11 Abs. 1 Satz 2 nicht gilt. Die Überschreitung



der in § 3 vorgeschriebenen Klagefrist von drei Wochen um zwei Wochen hindert den Kläger daher nicht, die Unwirksamkeit der Kündigung geltend zu machen. Die außerdem umstrittene Frage, ob § 11 Abs. 1 Satz 2 auch deshalb nicht gilt, weil es sich hier nicht um ein ordentlich kündbares unbefristetes, sondern um ein nur aus wichtigem Grunde kündbares befristetes Arbeitsverhältnis handelt, braucht nicht entschieden zu werden.

Die Sache muß an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, damit nunmehr materiell geprüft werden kann, ob der Beklagte einen wichtigen Grund zur fristlosen Entlassung des Klägers hatte. Der Senat als Revisionsgericht ist zu einer Entscheidung hierüber nicht in der Lage, weil das Landesarbeitsgericht diese Frage nicht erörtert und keine tatsächlichen Feststellungen dazu getroffen hat.

gez. Dr. König Schilgen Dr. Meier-Scherling
Dr. Schunorth W. Sickert



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)