

LANDESARBEITSGERICHT NÜRNBERG

5 Sa 452/16

12 Ca 816/16

(Arbeitsgericht Nürnberg)

Datum: 09.03.2017

Orientierungshilfe:

Kläger und Beklagte haben einen Mietvertrag über das Führen einer Apotheke abgeschlossen. Nach Beendigung des Mietverhältnisses hat der Kläger geltend gemacht, er habe als Apotheker in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagten gestanden. Klage und Berufung erwiesen sich als erfolglos.

Urteil:

1. Die Berufung des Klägers gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 02.09.2016, Aktenzeichen: 12 Ca 816/16, wird auf Kosten des Berufungsführers zurückgewiesen.
2. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten unter anderem über die Frage, ob der Kläger bei der Beklagten als Arbeitnehmer beschäftigt war.

Der Kläger war nach seinem Studium in mehreren Apotheken in Deutschland tätig und übernahm ab 04.09.2003 die Leitung der P...-Apotheke im M...-Center in N.... Von November 2004 bis Juli 2007 leitete der Kläger zudem die B...-Apotheke in N.... Ab 01.03.2008 leitete er zudem die Pl...-Apotheke in E.... Für die Räumlichkeiten der P...- und der Pl...-Apotheke wurden zwischen ihm und der Beklagten Mietverträge unterzeichnet (Bl. 40 ff. und Bl. 587 ff. d. A.). Für die N...er Räumlichkeiten unterzeichneten die Par-

- 2 -

teien am 29.08.2003 einen Vertrag, dass die S... Vermietungs GmbH als Vermieterin in den Vertrag anstelle der Beklagten eintrete (Bl. 547 f. d. A.).

Zwischen den Parteien ist umstritten, worauf sie sich bei Begründung des gegenseitigen Rechtsverhältnisses im Einzelnen geeinigt haben und wie dieses Rechtsverhältnis durchgeführt wurde.

Personal stellte der Kläger selbst ein und unterzeichnete die Arbeitsverträge. Lediglich im ersten vom Kläger durchgeführten Bewerbungsgespräch mit einem Kandidaten war der Geschäftsführer der Beklagten zugegen.

Die Steuererklärungen des Klägers erledigte die Eu... Steuerberatungsgesellschaft. Mit Schreiben vom 30.06.2010 (Bl. 312 d. A.) kündigte der Kläger das Mandatsverhältnis mit der Eu... fristlos. Im Nachgang reichte diese dennoch weitere Steuerunterlagen für den Kläger beim Finanzamt ein (Bl. 313 d. A.). In der Folge erledigte der vom Kläger selbst beauftragte Steuerberater G..... steuerliche Angelegenheiten des Klägers.

Zur Beendigung einer Reihe von Rechtsstreitigkeiten schlossen der Kläger auf der einen Seite sowie die Beklagte, die S... Vermietungs GmbH, die Mo..... Leasing GmbH und die V... GmbH am 18.07.2013 einen Vergleich im Zusammenhang mit „der Beendigung von Miet- und Leasingverhältnisses zweier vom [Kläger] betriebener Apotheken in N... und E... (Bl. 14 ff. d. A.). Die Einigung erfolgte ausdrücklich „ohne Präjudiz für die Sach- und Rechtslage“.

Mit seiner am 17.02.2016 beim Arbeitsgericht Nürnberg eingegangenen Klage verfolgt der Kläger unter anderem seinen Anspruch auf Erteilung von Gehaltsabrechnungen, sowie die Feststellung, dass zwischen den Parteien seit November 2002 ein Arbeitsverhältnis bestünde.

Der Kläger hat erstinstanzlich behauptet, er sei am 02.08.2002 in H... mit dem Geschäftsführer der Beklagten übereingekommen, dass er ab 01.11.2002 für die Beklagte in einer ihrer rund 50 Apotheken arbeiten und alsbald eine dieser Apotheken leiten sollte. Die Beklagte habe ihm in Aussicht gestellt, ab 01.03.2003 die neu einzurichtende Apotheke im M...-Center in N... zu übernehmen. Die Betriebserlaubnis und alle Erfordernisse für die

Eröffnung habe die Beklagte für den Kläger besorgen sollen. Das Ergebnis der Verhandlungen sei schriftlich ausgefertigt worden, der Kläger habe aber kein Exemplar erhalten. Inhalt der Einigung sei im Wesentlichen gewesen:

- Der Kläger verpflichtete sich, die ihm zugewiesene Apotheke gewissenhaft und wirtschaftlich zu führen.
- Der Kläger verpflichtete sich, die ihm zugewiesene Apotheke nach den Richtlinien der Beklagten zu führen.
- Der Kläger verpflichtete sich, für die jährliche persönliche Steuererklärung die Firma Eu... zu beauftragen.
- Der Kläger erhalte ein jährliches Entgelt von 80.000 € brutto zuzüglich eines Drittels des Überschusses des Jahresgewinns, zwei Drittel seien nach Weisung an die Firmengruppe O... zu überweisen.
- Der Kläger habe Anspruch auf 35 Tage Urlaub.
- Die Beklagte stelle den Kläger von jeglichen wirtschaftlichen Risiken frei.
- Beide Parteien verpflichteten sich zum Stillschweigen, Streitigkeiten solle Rechtsanwalt Mü... schlichten, der auch den Vertrag aufbewahre und nicht aushändige.
- Der Kläger sei verpflichtet, Änderungen seines Familienstandes unverzüglich mitzuteilen.
- Im Falle der Beendigung sei die Apotheke an einen anderen von der Beklagten bestimmten Apotheker zu übertragen.

Für den Betrieb der B...-Apotheke in N... bzw. der Pl...-Apotheke in E... sei in der Folge jeweils ein zusätzliches jährliches Entgelt von jeweils 30.000 € vereinbart worden.

Auf Weisung des Geschäftsführers der Beklagten hin habe der Kläger sodann von November 2002 bis Mai 2003 in Apotheken in Be..., Br..., Ma... und A... gearbeitet. Mit den jeweiligen Leitern der Apotheken habe der Kläger vorab keinerlei Kontakt gehabt. Für diese Zeit habe er nach Vorgabe der Beklagten Rechnungen für Beratungsleistungen (Bl. 164 ff. d. A.) an die Beklagte gestellt, welche diese auch beglichen habe. Für seinen anschließenden Urlaub habe ihm die Beklagte ein „Darlehen für private Zwecke“ i. H. v. 25.000 € gewährt (Vertrag Bl. 170 d. A.).

Die Einrichtung der P...-Apotheke im N...er M...-Center habe die Beklagte - wie immer bei den von ihr betriebenen Apotheken - bezahlt. Die Arbeitsteilung habe der für die 2008 vom Kläger ebenfalls übernommene Pl...-Apotheke in E... von der Beklagten erstellten Checkliste (Bl. 171 ff. d. A.) entsprochen.

Bei der Erlangung der Betriebserlaubnis habe ihn die Beklagte maßgeblich unterstützt. Die Verhandlungen mit dem zuständigen Pharmazierat habe der Prozessvertreter der Beklagten übernommen. Um das notwendige Startkapital vorweisen zu können, habe ihm die Eu... Steuerberatungsgesellschaft 25.000 € zur Verfügung gestellt; das Darlehen sei unverzüglich nach dem Nachweis wieder zurückgezahlt worden.

Die Beklagte habe die Führung der Apotheke wirtschaftlich ständig kontrolliert und den Betrieb durch Weisungen gesteuert. Wenn er Urlaub genommen habe, habe er dies der Beklagten auch jeweils vorab mitgeteilt.

Führungswechsel in einer Apotheke würden durch Kauf- und Übernahmevertrag geregelt, letzten Endes weitestgehend zum Nulltarif. Entsprechend habe die Beklagte auch mit dem Kläger durch Geltendmachung einer angeblichen Kaufoption (Bl. 193 d. A.) und ein späteres Übernahmeangebot für die Apotheken des Klägers durch den Apotheker Ot... (Bl. 310 d. A.) verfahren wollen. Die Beklagte bestimme und steuere über die sog. Erfahrungsaustausch (Erf)-Tagungen ein einheitliches Apothekenkonzept, auch die Namensgebung für die Apotheken sei hierüber geregelt worden. Auf das Protokoll der Erf-Tagung am 07.11.2007 (Bl. 561 ff. d. A.) wird Bezug genommen. Einen Datenschutzbeauftragten habe der Kläger nach Vorgabe der Beklagten bestimmt. Die Beklagte habe die Betriebserlaubnis besorgt und Anweisungen zur Buchhaltung gegeben. Sie habe den Einkauf und die Einkaufsverhandlungen durch „Empfehlungen“, die faktisch Weisungen seien, gesteuert. Auf die diesbezüglichen Schreiben der Beklagten (Anlagen K28-K31, Bl. 264 ff. d. A.) wird Bezug genommen. Die Beklagte selbst habe über die in den Apotheken eingesetzte Software die Umsatzzahlen der Apotheken gekannt (vgl. E-Mail Bl. 277 d. A.); der Server stehe bei ihr. Der Kläger behauptet, die Beklagte habe im Vollzug des von ihm angenommenen Arbeitsverhältnisses weitere von ihr geführte Unternehmen eingeschaltet („O... Gruppe“), namentlich die S... Vermietungs GmbH, die V... GmbH, die L... GmbH, die Mo..... Leasing GmbH, die Pl... Vertriebs- und Marketing GmbH und die Eu... Steuerbera-

- 5 -

tungsgesellschaft St... Partner GmbH. Die El... Apotheken Consulting GmbH bilde die Dachorganisation, die O...-Gruppe sei mit starkem Einfluss untergeordnet.

Sein Hauptlieferant sei ein Unternehmen gewesen, welches einen Vertrag mit der Beklagten gehabt habe, an dem er selbst nicht beteiligt gewesen sei. Nur für 20 % des Sortiments habe er Ein- und Verkaufspreise selbst bestimmen können. Er habe kein eigenes Kapital eingesetzt und keine Arbeitsgeräte eingebracht.

Die Beklagte habe den Kläger angewiesen, an den von ihr organisierten Erfa-Tagungen teilzunehmen („Einladung“ Bl. 281 d. A.). Allerdings sei eine Teilnahme nicht immer möglich. Aus diesem Grund habe der Kläger an der Erfa-Tagung am 07.11.2007 nicht teilgenommen. Die Beklagte habe zudem die Weisung erteilt, Mitarbeiter der Apotheke zum E-Learning anzumelden (Bl. 284 f. d. A.) und Fotos von der Apotheke angefordert (Bl. 286 d. A.). Sie habe die Wirtschaftszahlen der Apotheke durch Mietnachlässe und -nachforderungen, Werbezuschüsse, Storni und andere Rechnungen „jongliert“ (Gutschriften der Beklagten an den Kläger Bl. 290 und 302 d. A.).

Sein Gehalt habe der Kläger durch Entnahmen vom Konto der von ihm geleiteten Apotheken erhalten. Den der Beklagten nach den Vereinbarungen zustehenden Teil habe er in der Kasse gelassen.

Im Juni 2009 habe der Kläger erfahren, dass die Beklagte per Inserat einen Apotheker zur Filialleitung in einer mittelfränkischen Großstadt suche (Zeitungsannonce der L... Unternehmensberatung GmbH Bl. 299 d. A.). In der Folge hätten die Beklagte und andere Unternehmen der O...-Gruppe dem Kläger Gutschriften erteilt, die zu erheblichen Umsatzsteuer-Nachzahlungen geführt hätten, welche aus dem Konto der Apotheke zu zahlen gewesen seien.

Insgesamt entspreche die Durchführung des Rechtsverhältnisses der Parteien dem von der Beklagten mit all ihren Apotheken durchgeführten System.

Der Kläger hat erstinstanzlich beantragt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger für die Zeit vom 01.11.2002 bis zum 31.07.2013 monatliche Gehaltsabrechnungen zu erteilen, die Lohnsteuer dem Finanzamt zu melden und dem Kläger die monatlichen Gehaltsabrechnungen in schriftlicher Form auszuhändigen.
2. Es wird festgestellt, dass zwischen den Parteien seit dem 01.11.2002 ein Arbeitsverhältnis besteht.

Die Beklagte hat erstinstanzlich beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat erstinstanzlich behauptet, sie betreibe keine Apotheken, sondern sei lediglich im Apothekenmarkt als gewerbliche Zwischenvermieterin tätig. Hierzu nutze sie ihre Kontakte zu Betreibern von Einkaufszentren, Ärztehäusern usw. Die von ihr in solchen Immobilien angemieteten Räumlichkeiten vermiete sie an selbständige Apotheker weiter.

Die vom Kläger benannten Unternehmen seien jeweils selbständig. Der Kläger sei mit ihnen jeweils eigenständige vertragliche Beziehungen eingegangen. Sie würden nicht von der Beklagten geführt. Zwischen dem Kläger und der Beklagten habe zuletzt lediglich der Mietvertrag für die Apotheken-Räume in E... bestanden.

Die Vertretungsleistungen des Klägers in den Jahren 2002 und 2003 habe der Geschäftsführer der Beklagten dem Kläger lediglich vermittelt, um die Zeit bis zur Eröffnung der P...-Apotheke im M...-Center in N... zu überbrücken. Weil die Beklagte daran interessiert sei, für die von ihr angemieteten Räumlichkeiten geeignete Apotheker als Mieter zu motivieren und an sich zu binden, sei sie im Einzelfall auch bereit, von diesen Rechnungen über Beratungsleistungen zu akzeptieren, die sie dann an die jeweiligen Einsatz-Apotheken weiterleite.

Die Beklagte habe nicht die Einrichtung der vom Kläger betriebenen Apotheken übernommen, sondern hierfür die Mo..... Leasing GmbH bzw. die V... GmbH vermittelt.

Neben den Mietverhältnissen biete die Beklagte ihren Mietern zusätzliche Beratungsleistungen. Es stehe den Apothekern frei, diese anzunehmen oder abzulehnen. Die Beklagte gebe auch keinerlei Vertragspartner vor. Die Beklagte habe den Kläger zudem unter anderem bei der Erlangung der Betriebserlaubnis und anderen Aufgaben im Zusammenhang mit der Eröffnung der Apotheken insofern aus eigenem Interesse unterstützt, weil sie vor allem bei Center-Apotheken gegenüber dem Hauptvermieter in der Pflicht sei, für einen Apothekenbetrieb in den Räumlichkeiten zu sorgen. Aus diesem Grund habe sie im Einzelfall aus wirtschaftlichen Überlegungen dem Kläger auch Zuschüsse gewährt oder Mietschulden erlassen.

Die Erfa-Gruppen beschränkten die teilnehmenden Apotheker nicht in ihrer eigenverantwortlichen Leitung.

Der Kläger sei mit seinen Apotheken Teil einer Apotheken-Kooperation gewesen, die unter anderem das Ziel verfolgten, günstige Einkaufskonditionen zu verhandeln. Hiervon habe auch der Kläger profitiert. Die Beklagte habe auch nicht den Einkauf für den Kläger übernommen, sondern lediglich Empfehlungen ausgesprochen.

Der klägerischen Behauptung, er sei Arbeitnehmer gewesen, stünden zudem die in den Steuerbilanzen vom 31.05.2011 (Bl. 38 f. d. A.) bzw. 31.07.2011 (Bl. 419 d. A.) ausgewiesenen Entnahmen im Jahr 2010 i. H. v. 247.866,79 € bzw. 233.431,20 € entgegen.

Im Übrigen sei die Klage mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig, da die begehrte Feststellung keinerlei Wirkungen für Gegenwart und Zukunft hätte. Jedenfalls seien die klägerseits geltend gemachten Ansprüche verwirkt. Der Kläger sei bislang - auch in den bisherigen gerichtlichen Verfahren - selbst allenfalls vom Bestehen einer stillen Gesellschaft ausgegangen, nicht aber von einem Arbeitsverhältnis.

In seiner Replik bestreitet der Kläger die von der Beklagten vorgetragene Entnahmen gemäß den Steuerbilanzen. Sein mittlerweile verstorbener Steuerberater habe hierfür

Rücksprache mit der Zeugin Sch... genommen. Der Kläger wisse nicht, welche Zahlen er von dieser erhalten habe. Der Kläger selbst habe sich vom ersten Tag an nicht mit steuerlichen Fragen beschäftigen müssen und könne die Vorgänge daher weder nachvollziehen noch prüfen.

Im Übrigen habe die Beklagte auf den klägerischen Vortrag in zahlreichen Punkten nicht erwidert, dieser gelte daher als zugestanden (Bl. 520 ff d. A.).

Das Arbeitsgericht Nürnberg hat mit Endurteil vom 02.09.2016 die Klage abgewiesen. Das Arbeitsgericht hat entschieden, dass der Sachvortrag des Klägers nicht den Schluss zugelassen hätte, er sei Arbeitnehmer der Beklagten gewesen. Zwar würden aus Sicht des Arbeitsgerichts erhebliche Indizien dafür sprechen, dass Gegenstand der Vereinbarungen zwischen den Parteien eine Dienstleistung des Klägers gewesen sei. Die Klage habe jedoch nur Erfolg haben können, wenn zwischen den Parteien nicht nur ein Dienstverhältnis, sondern gerade ein Arbeitsverhältnis festzustellen gewesen wäre. Die Tätigkeit als Apotheker könne zweifellos auch als selbständige Dienstleistung erbracht werden. Indiz für die Selbständigkeit des Klägers sei die ihm erteilte Betriebserlaubnis und dass er auch Personal eingestellt und Arbeitsverträge unterschrieben habe. Demgegenüber trage der Kläger keine Indizien vor, die darauf schließen lassen würden, er sei in eine Arbeitsorganisation der Beklagten eingegliedert gewesen. Dass die Beklagte - so die Behauptung des Klägers - den Einkauf für den Kläger organisiert habe, widerlege nicht ihren Vortrag, dies sei ihm Rahmen einer Einkaufsgemeinschaft geschehen. Auch dass der Kläger - wie von ihm behauptet - nur über 20 % der Ein- und Verkaufspreise bestimmen konnte, spreche nicht für eine persönliche Abhängigkeit, sondern allenfalls für eine vertragliche Bindung der Apotheke gegenüber der Beklagten. Dasselbe gelte für die behauptete Weisung hinsichtlich der Umbenennung der Apotheken, da die vom Kläger geleiteten Apotheken Teil eines Apothekenverbundes gewesen seien und damit die Vorgabe eines bestimmten Designs auch den geschäftlichen Gepflogenheiten vergleichbar etwa einem Franchise-System entspräche. Die vom Kläger behauptete Verpflichtung mit der Beklagten verbundene Unternehmen mit Dienstleistung beauftragen zu müssen, führe ebenso nicht zu einer persönlichen Abhängigkeit, da völlig offen bleibe, wie eine solche Verpflichtung sanktioniert gewesen sein sollte bei einer Verweigerung durch den Kläger. Dies habe insbesondere auch die Kündigung des Vertrages des Klägers mit der Eu...-GmbH und der

nachfolgenden freien Beauftragung eines Steuerbeauftragten durch den Kläger belegt. Hinsichtlich der vom Kläger behaupteten Weisungen ihm gegenüber hinsichtlich Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung bleibe der klägerische Vortrag pauschal, ohne konkret vorzutragen, wann ihm konkret welche Weisung erteilt worden sei. Insbesondere behauptet der Kläger auch nicht, dass ihm etwa Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit vorgegeben gewesen sei. Zum Thema Urlaub trage der Kläger nur vor, er habe diesen vorab der Beklagten mitgeteilt, dass er eine Genehmigung der Beklagten gebraucht hätte, behaupte er selbst nicht. Die Anweisung, Fotos der Apotheke zu machen oder an Fortbildungen teilzunehmen bzw. Mitarbeiter hierzu anzumelden, lasse für sich ebenso keinen Rückschluss auf ein Arbeitsverhältnis zu. Auch soweit der Kläger behaupte, die Beklagte habe die Einrichtung der Apotheke übernommen, ergibt sich hieraus nicht die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers, da eine solche Überlassung auch im Rahmen eines Mietverhältnisses erfolgen könne. In der Gesamtschau sei daher allenfalls eine wirtschaftliche, jedoch keine persönliche Abhängigkeit des Klägers, erkennbar gewesen.

Gegen das seinen Prozessbevollmächtigten am 14.09.2016 mittels Empfangsbekanntnis zugestellte Endurteil haben diese mit Schriftsatz vom 04.10.2016, beim Landesarbeitsgericht Nürnberg eingegangen als Telefax am 05.10.2016, Berufung eingelegt und diese zugleich begründet.

Nach Ansicht des Berufungsführers hätte das Erstgericht, nachdem es an den Ausführungen der Beklagten an der Glaubwürdigkeit aller Einwendungen gezweifelt habe, wie insbesondere die Seiten 6 und 7 des erstinstanzlichen Urteils wiedergeben würden, der Klage stattgeben müssen. Darüber hinaus habe das Erstgericht zu Gunsten der Beklagten, den Vortrag zur Entscheidungsfreiheit des Klägers in der Bestimmung von Ort, Zeit, Dauer und Art der Dienstleistung unterstellt und viel Sachvortrag des Klägers nicht gewürdigt. Das Arbeitsgericht habe dem Klagevortrag alle Voraussetzungen eines Dienstleistungsverhältnisses entnommen, nicht aber die Einbindung des Klägers und die Weisungsgebundenheit des Klägers erkannt. Der Kläger habe ein ununterbrochenes Dauerschuldverhältnis zwischen dem 01.11.2012 bis heute vorgetragen, in dem er als Apotheker nur bei der Beklagten tätig gewesen sei. Die Dauer streite für einen Arbeitsvertrag. Der Kläger habe darüber hinaus vorgetragen, dass seine Arbeitsleistung nach dem Pl...-Apothekenkonzept von der Beklagten bestimmt gewesen sei und er von Beginn an nach

dem Zeitplan der Beklagten seine Leistung an dem von der Beklagten bestimmten Ort so zu erbringen hatte, wie ihm dies als einem von mehreren Apothekern vorgegeben worden sei. Das Gericht habe nicht festgestellt, dass sich die Weisungsgebundenheit später geändert haben könnte. Der Kläger habe exemplarisch Weisungen dargelegt und das Arbeitsgericht habe den Tatsachenvortrag lediglich in einem geringen Teil berücksichtigt. Das Arbeitsgericht habe zwar überzeugend herausgearbeitet, dass der Kläger von der Beklagten im Jahr 2002 zu Dienstleistungen verpflichtet worden sei. Bei einer Beschäftigung mit den Tätigkeiten des Klägers nach Inhalt, Ort und Zeit im Detail hätte das Gericht den Vertrag auch als Arbeitsvertrag qualifizieren müssen. Die spätere Weisung der Beklagten an den Kläger, eine eigene Betriebserlaubnis zum Betrieb der Apotheke(n) zu beantragen, sei rechtswidrig gewesen und hätte nicht den Arbeitsvertrag zu einem Dienstleistungsvertrag geändert. Das Arbeitsgericht hätte anhand des Vortrages des Klägers entnehmen können, dass alle Mitarbeiter der Beklagten zu der Beklagten in einem Arbeitsverhältnis stünden. Der Kläger sei frisch von der Uni Anfänger ohne Kapital gewesen, während die Beklagte straff organisiert 100 Apotheken nach strikt einheitlichem Konzept geführt hätten, zu dem der Kläger auch vorgetragen habe und aufgezeigt habe, dass sogar die Schütten nach Weisung der Beklagten aufzustellen seien. Nach Ansicht des Klägers sind die Betriebserlaubnis und die Apothekenleitung keine Abgrenzungskriterien für die Weisungsgebundenheit und eine fehlende Eingliederung des Klägers in den Betrieb. Darüber hinaus sei in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass der Kläger vorgetragen habe, dass er von der Beklagten angewiesen worden sei, die Betriebserlaubnis mit Hilfe des Prozessbevollmächtigten der Beklagten zu beantragen und die Apotheke nach Pl...-Konzept mit dieser Betriebserlaubnis für die Beklagte zu führen. Die Betriebserlaubnis sei an die jeweilige Apotheke gebunden, so dass aus der Betriebserlaubnis auch keine Selbstständigkeit zu entnehmen sei. Das Erstgericht habe die Personaleinstellung im Sinne einer Selbstständigkeit überraschenderweise gewürdigt. Das sei überraschend, da der Kläger die Anweisung zur Einstellung von Personal von der Beklagten hatte. Insbesondere habe der Kläger hierzu vorgetragen, dass ihm das Budget für Personal mit den Kennziffern der Apotheke vorgegeben gewesen sei und er nur entsprechend dem Umsatz Personal hätte einstellen dürfen und die Personalkosten jeweils von der Beklagten monatlich verifiziert worden seien, von der Beklagten kontrolliert und gegebenenfalls auch kritisiert worden seien. Die Personalkosten seien auch auf Erfa-Tagungen erörtert worden und die Beklagte habe dem Kläger geeignete Maßnahmen verbindlich angewiesen. Feh-

lerhaft habe das Arbeitsgericht auch zur Abgrenzung der Einbindung des Klägers gewürdigt, dass der Kläger zunächst seine Steuern über die Eu... erklärt habe und später den Steuerberater G..... beauftragt habe. Die vom Kläger abgegebenen Steuererklärungen habe er nicht als selbständiger Apotheker abgegeben. Der Kläger habe der Eu... erklärt, dass sie nicht mehr berechtigt sei, irgendwelche Erklärungen namens des Klägers abzugeben und er habe auch die Kündigung gegenüber der Eu... erklärt. Dies habe die Beklagte jedoch nicht interessiert. Das Arbeitsgericht habe daher den Sachverhalt insgesamt rechtlich fehlerhaft gewürdigt.

Der Kläger und Berufungskläger beantragt:

1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Nürnberg wird abgeändert. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger für die Zeit vom 01.11.2002 bis zum 31.07.2013 monatliche Gehaltsabrechnungen zu erteilen, die Lohnsteuer dem Finanzamt, die Sozialversicherungsbeiträge den Sozialversicherungsträgern zu melden und die monatlichen Gehaltsabrechnungen in schriftlicher Form auszuhändigen.
2. Es wird festgestellt, dass zwischen den Parteien seit dem 01.11.2002 ein Arbeitsverhältnis besteht.

Die Beklagte beantragt:

Zurückweisung der Berufung.

Die Beklagte weist darauf hin, dass sich auf Seite 7 des Endurteils des Arbeitsgerichts Nürnberg der streitige Sachvortrag der Beklagten befände und es daher verfehlt sei, anzunehmen, das Gericht habe aufgrund der Verwendung des Konjunktivs Zweifel an den Ausführungen der Beklagten gehabt. Weiter sei zu berücksichtigen, dass nicht jedes Detail des klägerischen Vortrages die Anforderung an einen substantiierten Sachvortrag erfülle und daher nur eingeschränkt oder gar nicht berücksichtigt werden könne. Der Kläger wende unzutreffend ein, er habe ein ununterbrochenes Dauerschuldverhältnis zwischen dem 1. November 2002 bis heute vorgetragen. Die Beklagte wendet hierzu ein, dass ein nicht näher qualifiziertes „Dauerschuldverhältnis“ nicht zwangsläufig das Bestehen eines Arbeitsvertrages bedeute. Im Übrigen vermische der Kläger die Zeiten seiner „Überbrü-

ckungstätigkeit“, die für das Arbeitsgericht primärer Anlass für die Qualifikation als „Dienstverhältnis“ gewesen waren und mit jenen der ab Juni 2003 aufgenommenen Selbständigkeit als Apotheker in N.... Der Kläger ignoriere auch die Beendigung des Mietverhältnisses im Jahr 2010, ohne dass in diesem Zusammenhang vom Kläger der Einwand eines Arbeitsverhältnisses vorgebracht worden sei. Der Vortrag des Klägers zum Pl...-Apothekenkonzept und zum angeblichen Zeitplan sei bereits im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens bestritten worden. Die Beklagte weise jedoch nochmals darauf hin, dass das Pl...-Konzept von der als Marketinggesellschaft agierenden Pl... Vertriebs- & Marketing-Gesellschaft mbH für Apotheken erst im Jahr 2008 eingesetzt worden sei. Einen „Zeitplan der Beklagten“ für die vom Kläger zu erbringenden Leistungen habe es nie gegeben. Die vom Kläger vorgelegten Unterlagen (Anlage K9) würden nicht von der Beklagten stammen, sondern von der jeweiligen Apotheke, in der der Kläger vor Beginn seiner Selbständigkeit in den von ihm bei der Beklagten angemieteten Apothekenräumlichkeiten auf eigenen Wunsch als Aushilfe tätig gewesen sei. Hierbei handele es sich auch nur um den Zeitraum 2002 und 2003. Zu einem späteren Zeitpunkt - also Aufnahme der selbständigen Apothekertätigkeit - habe es derartige Zeitpläne für Aushilfstätigkeiten des Klägers in fremden Apotheken nicht gegeben. Die erstmals im Rahmen der Berufungsbeurteilung aufgestellte Behauptung, der Kläger habe Weisungen der Beklagten erhalten, dahingehend, er habe die Werbung mit Rabatten trotz dagegen gerichteter Abmahnungen beizubehalten, werde mit Nichtwissen bestritten. Solche Weisungen habe es auch nie gegeben. Nach Ansicht der Beklagten sei die Begründung des erstinstanzlichen Urteils hinsichtlich der vom Kläger erbrachten Dienstleistungen für die Beklagte unzutreffend. Keinesfalls könne zu den allein für die Jahre 2002/2003 belegten Tätigkeiten des Klägers auf ein Vorliegen eines Dienstverhältnisses geschlossen werden. Dies gelte zumindest ab dem Zeitraum Mai 2003. Weisungen habe die Beklagte dem Kläger nie erteilt und der Kläger trage hierzu auch unsubstantiiert vor. Entgegen der Auffassung des Klägers sei die Erteilung einer Betriebserlaubnis und die damit verbundene Apothekenleitung sehr wohl ein maßgebliches Abgrenzungskriterium für eine fehlende Weisungsgebundenheit und überdies für eine fehlende Eingliederung des Klägers in einen Betrieb. Dies ergäbe sich schon aus den gesetzlichen Regelungen zum Apothekergesetz. Die nunmehr vom Kläger in der Berufungsinstanz aufgestellte Behauptung, dass ihm das Budget für Personal mit den Kennziffern der Apotheke vorgegeben worden sei, werde bestritten. Die Beklagte habe dem Kläger anlässlich des Abschlusses des Mietvertrages seinerzeit eine Wirt-

schaftlichkeitsberechnung vorgelegt. Eine Budgetierung habe es nicht gegeben. Ebenso wenig hätte die im Hause Eu... tätige Steuerberaterin eine Kontrolle ausüben können. Unerheblich sei auch, ob und für welche Apotheken die Eu... Steuerberatungsgesellschaft Steuererklärungen erstellt habe. Dass der Kläger keineswegs an die Eu... Steuerberatungsgesellschaft gebunden gewesen sei, zeige sein eigenes Vorgehen zur Aufkündigung des mit der Eu... unterzeichneten Beratungsvertrages im Kalenderjahr 2010. Die Behauptung des Klägers, er habe keine Steuererklärung als selbständiger Apotheker abgegeben, sei unglaubwürdig. Der Kläger sei seit 2003 selbständiger Apotheker gewesen und habe für die Zeit bis einschließlich 2009 auch entsprechende Steuererklärungen abgegeben. Es sei wenig glaubwürdig, dass das Finanzamt hier nicht auf den Kläger eingewirkt haben soll. Ebenfalls muss als bewusste Irreführung die Ausführung des Klägers verstanden werden, er habe seit Juli 2003 keine Verhandlung mehr über die Übernahme einer Apotheke geführt, sondern sei bei der Beklagten angestellt gewesen, da der Kläger noch am 08.07.2003 einen Mietvertrag mit der Beklagten unterzeichnet habe und er auch umfangreich in die Verhandlungen eingeschaltet gewesen sei.

Bezüglich näherer Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf die von ihnen im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Sitzungsniederschrift vom 09.03.2017 verwiesen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Berufung ist zulässig. Sie ist statthaft (§ 64 Abs. 1, Abs. 2 b, c ArbGG) und auch in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 519, 520 ZPO).

II.

Die Berufung ist sachlich nicht begründet.

1. Das Erstgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen, da aus dem Sachvortrag der beiden Parteien nicht der Schluss gezogen werden kann, der Kläger sei als Arbeitnehmer für die Beklagte tätig geworden. Es kann insoweit auf die ausführlichen und zutreffenden Ausführungen des Erstgerichts verwiesen werden. Im Hinblick auf das weitere Berufungsvorbringen waren noch folgende Ausführungen veranlasst:
 - a) Soweit der Berufungsführer in seiner Berufungsschrift anführt, das Arbeitsgericht Nürnberg habe Zweifel an der Wahrheit der Einwendungen der Beklagten gehabt und dies mit mehreren Fundstellen aus dem Ersturteil (insbesondere Seite 7 und 8) begründet, kann dies von der erkennenden Kammer nicht nachvollzogen werden. Es handelt sich bei den zitierten Stellen um die Darstellung des streitigen Sachvortrages der Parteien im Tatbestand des Endurteils, der vom Erstgericht entsprechend *lege artis* im Präsens und Konjunktiv dargestellt wurde.
 - b) Der Kläger ist nicht als Arbeitnehmer der Beklagten zu qualifizieren. Die Prüfung des Status des Klägers nach den allgemeinen arbeitsrechtlichen Abgrenzungskriterien ergibt, dass zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits kein Vertragsverhältnis bestanden hat, das rechtlich als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist. Voraussetzung für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses wäre, dass der Verpflichtete aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (vgl. statt vieler: BAG vom 13.03.2008 - 2 AZR 1037/06, zitiert nach *Juris*). Für die Abgrenzung von Bedeutung sind in erster Linie die Umstände, unter denen die Dienstleistung zu erbringen ist. Dabei hängt der Grad der persönlichen Abhängigkeit auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Abstrakte für alle Arbeitsverhältnisse geltende Kriterien lassen sich nicht aufstellen. Manche Tätigkeiten können sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses (freien Mitarbeiterverhältnisses) erbracht werden. Umgekehrt gibt es Tätigkeiten, die regelmäßig nur im Rahmen eines Arbeitsver-

hältnisses ausgeübt werden können (BAG vom 12.09.1996 - 5 AZR 104/95, zitiert nach Juris).

Der Kläger stand nach Ansicht der erkennenden Kammer ab September 2003, nachdem er die Leitung der P...-Apotheke im M...-Center in N... übernommen hat, nicht mehr in einem Arbeitsverhältnis/Dienstverhältnis zur Beklagten.

In diesem Zusammenhang hat das Arbeitsgericht zutreffend erkannt, dass der Kläger seit Beginn seiner Tätigkeit nicht als Arbeitnehmer in Diensten der Beklagten beschäftigt gewesen ist, sondern seine Tätigkeit allenfalls als Dienstverhältnis angesehen werden kann. Dieses Dienstverhältnis endete jedoch spätestens mit der Übernahme der P...-Apotheke im September 2003. Selbst wenn man, wie der Kläger davon ausgeht, dass bis zu diesem Zeitpunkt ein Arbeitsverhältnis zwischen den beiden Parteien bestanden hat, haben die Parteien mit Abschluss des Mietvertrages und den entsprechenden Rahmenvereinbarungen ihre rechtliche Beziehung auf eine neue Grundlage gestellt und inhaltlich so verändert, dass nicht mehr von einem Arbeitsverhältnis ausgegangen werden kann.

- c) Der Kläger hat die von ihm übernommenen Apotheken als Selbständiger betrieben.

Zunächst ist festzuhalten, dass der Kläger seine von ihm behauptete vertraglich geschuldete Leistung nicht in Person erbringen musste, sondern hierfür Vertreter (für Urlaubszeiten) sowie Hilfskräfte (Apothekenpersonal) einsetzen konnte und musste. Aufgrund der Einlassung des Klägers in der Niederschrift vor dem Arbeitsgericht Nürnberg am 02.09.2016 ist unstrittig, dass der Kläger mit seinen Angestellten in eigenem Namen ein Arbeitsverhältnis begründet hat. Offensichtlich konnte der Kläger das Personal, das er einstellte, in der Regel auch frei auswählen. Lediglich die ersten Mitarbeiter habe er, so der Kläger, unter Aufsicht von Herrn Pa... eingestellt. In der Folge aber die Einstellungsgespräche mit seinen Mitarbeitern auch selbst geführt (Niederschrift vom 02.09.2016, Bl. 580 d. A.). Im Verhältnis zu diesen Mitarbeitern war der Kläger Arbeitgeber. Er war, und hier gibt es keinen anderweitigen Sachvortrag, verantwortlich das Personal einzuweisen,

zu kontrollieren und zu motivieren. Das sind wesentliche Merkmale eines selbständigen Tätigkeitwerdens (so das BAG schon am 16.7.1997 - 5 AZR 312/06 und BAG vom 12.12.2001, 5 AZR 253/00, zitiert nach Juris). Darüber hinaus liegen auch keine Anzeichen vor, die es rechtfertigen würden damit man von mittelbaren Arbeitsverhältnissen ausgehen könnte. Ein mittelbares Arbeitsverhältnis würde voraussetzen, dass ein Mittelsmann, der selbst Arbeitnehmer eines Dritten ist, im eigenen Namen Hilfskräfte einstellt, die mit Wissen des Dritten unmittelbar für diese Arbeitsleistung erbringen (BAG vom 20. Juli 1982 - 3 AZR 446/80, zitiert nach Juris). Im vorliegenden Fall behauptet jedoch selbst der Kläger nicht, dass die von ihm angestellten Arbeitnehmer in Kenntnis gesetzt worden seien, dass der wahre Arbeitgeber die Beklagte sei und der Mitarbeitervertrag nur ein Scheinvertrag sein soll. Darüber hinaus reklamiert der Kläger auch nicht, dass die Beklagte Weisungsrechte gegenüber den vom Kläger eingestellten Beschäftigten ausgeübt habe. Es ist daher festzustellen, dass der Kläger in eigenem Namen und für eigene Rechnung von ihm frei ausgewählte Arbeitskräfte regelmäßig eingestellt hat, denen er gegenüber auch allein weisungsberechtigt gewesen ist. Rechtsbeziehungen der von ihm beschäftigten Arbeitnehmer zur Beklagten werden vom Kläger nicht behauptet und sind auch nicht ersichtlich. Der Kläger war damit auch nicht in eine Betriebsorganisation der Beklagten eingegliedert, sondern hat eine solche Betriebsorganisation durch Führung seiner eigenen Mitarbeiter selbst vorgegeben.

Schon aus diesem Grund heraus ist die Berufung zurückzuweisen.

- d) Im Übrigen ist auf die zutreffenden Ausführungen des Erstgerichts zu verweisen. Soweit sich der Berufungsführer hiermit in seiner Berufungsschrift auseinandersetzt, ist festzuhalten, dass der Sachvortrag diesbezüglich unpräzise, unstrukturiert nicht nachvollziehbar erfolgt. Insbesondere ist trotz der umfangreichen Bemühungen in der Berufungsschrift nicht nachvollziehbar, aufgrund welcher Tatsachen der Kläger behaupten möchte, er sei weisungsgebunden in eine Betriebs-/Arbeitsorganisation der Beklagten eingebunden gewesen. Alleine die Vorgaben bezüglich des Erscheinungsbildes der Apotheke und der Inneneinrichtung reichen für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses nicht aus, sondern sind zwanglos auch im Rahmen eines Mietverhältnisses möglich und tauglicher Vertragsgegen-

stand. Auch dass eine Einkaufsgemeinschaft bestanden hat und der Kläger diese auch für die Besorgung seiner Arzneimittel genutzt hat, spricht nicht notwendigerweise für eine persönliche Abhängigkeit, sondern allenfalls für eine vertragliche Bindung der Apotheke gegenüber der Beklagten. Auch die Behauptung des Klägers, er sei verpflichtet gewesen, mit der Beklagten verbundene Unternehmen mit Dienstleistungen zu beauftragen, hat die Kammer ebenso wie das Erstgericht nicht überzeugt, da insoweit völlig offen bleibt, wie ein Verstoß gegen eine solche Verpflichtung durch die Beklagte hätte geahndet werden sollen. Dass der Kläger die Möglichkeit hatte, seine für sich tätigen Dienstleister auszuwechseln, ergibt sich schon aus der Kündigung gegenüber der Eu... und der nachfolgenden Beauftragung eines vom Kläger frei gewählten Steuerberaters. Bei Betrachtung aller vom Kläger vorgebrachten Argumente kam die erkennende Kammer damit zum Ergebnis, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten nicht bestanden hat. Die Berufung war daher insgesamt zurückzuweisen.

III.

1. Der Kläger hat die Kosten seines erfolglosen Rechtsmittels zu tragen (§ 97 Abs. 1 ZPO).
2. Für die Zulassung der Revision bestand kein gesetzlich begründeter Anlass (§ 72 Abs. 1 und 2 ArbGG).

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben;
auf § 72 a ArbGG wird hingewiesen.

Nöth
Vorsitzender Richter
am Landesarbeitsgericht

Hahn
ehrenamtlicher Richter

Simeth
ehrenamtlicher Richter