



## Rundschreiben 07/17

06. Juli 2017

### Inhalt

#### Arbeitsrecht

- 78) Verhaltensbedingte Kündigung wegen unbegründeter Strafanzeige
- 79) Vorlage der AU- Bescheinigung - Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats beachten
- 80) Keine Fahrkostenabgeltung bei Sammeltransport

#### Werkvertragsrecht

- 81) Der „vollmachtlose“ Architekt kann Vertragstermine verbindlich vereinbaren

### Fachgemeinschaft Bau

- 82) Mitgliederforum – Neues Unterforum zum Thema „Kraftfahrzeuge im Baubetrieb - Vorschriften, Ausnahmeregelungen und Aktuelles aus der Beraterpraxis

#### Betriebswirtschaft

- 83) Elektronische Rechnungen im Bauunternehmen / Teil II

#### Technische Vorschriften

- 84) Neue Normen und Normen - Entwürfe – Juni 2017

### Allgemeines

- 85) Warnung vor falschen Handelsregisterrechnungen
- 86) Unterstützungsangebot der Verbände bei einer Unternehmenskrise

#### Stellenangebot

- 87) Kalkulator/ Kalkulatorin





### 78) **Verhaltensbedingte Kündigung wegen unbegründeter Strafanzeige**

Mit Urteil vom 15.12.2016 (AZR 42/16) hat das BAG entschieden, dass ein Arbeitnehmer, der gegen seinen Arbeitgeber Strafantrag stellt, obwohl die Vorwürfe erkennbar haltlos sind, erheblich gegen die Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB verstößt. Dies könne eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen.

#### **Sachverhalt:**

Die auch als Anwältin tätige Klägerin (AN) war an einer Fachhochschule (AG) als Lehrbeauftragte angestellt. Im März 2012 ließ der AG Lehrveranstaltungen – u.a. auch die der Klägerin – auf Grundlage einer Evaluierungsordnung von den Studierenden bewerten. Die Ergebnisse der Evaluation wurden den Mitarbeitern des Fachbereichs zur Kenntnis gegeben. Die AN hielt die Evaluierung für rechtswidrig und die Weitergabe der Ergebnisse an Dritte aus Datenschutzgründen für strafbar. Sie stellte Strafantrag gegen „Unbekannt“ wegen einer Straftat nach § 44 Abs. 1 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG). Die Staatsanwaltschaft stellte das Verfahren ein. Nachdem der AG vom Strafantrag erfahren hatte, kündigte er das Arbeitsverhältnis ordentlich verhaltensbedingt auf. Hiergegen klagte die AN – ohne Erfolg!

Das BAG stellte fest, dass das Verhalten der AN eine erhebliche Verletzung der Pflicht zur Rücksichtnahme der Arbeitgeberinteressen aus § 241 Abs. 2 BGB darstellt. Die Strafantragstellung eines Arbeitnehmers wegen vermeintlicher Straftaten des Arbeitgebers stelle zwar dann keinen Grund für eine verhaltensbedingte Kündigung dar, wenn der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte wahrnimmt und keine falschen Angaben zum Sachverhalt erfolgen. Dies sei allerdings anders zu bewerten, wenn -wie im vorliegenden Fall-

der Strafantrag ganz offensichtlich haltlos ist. Zur Begründung führte das Gericht an, dass der hier gerügte Verstoß gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen voraussetze, dass die Weitergabe der geschützten Daten gegen Entgelt oder in Bereicherungs- bzw. Schädigungsabsicht erfolgt. Dass der beklagte AG solche Absichten verfolgte, war erkennbar nicht der Fall. Der Strafantrag der AN entbehrte daher jeglicher Grundlage. Die Pflichtverletzung gem. § 241 Abs. 2 BGB war auf Grund der Erkennbarkeit der Haltlosigkeit der Vorwürfe auch schuldhaft und der AN vorwerfbar, so dass im Ergebnis die Kündigung gerechtfertigt erschien.

#### **Praxishinweis:**

Die Entscheidung des BAG ist als Einzelfallentscheidung zu betrachten. Nach den arbeitsrechtlichen Entscheidungen zum sogenannten „Whistleblowing“ ist festzustellen, dass die Treuepflicht eines Arbeitnehmers nicht so weit geht, dass strafbares Verhalten des Arbeitgebers bzw. von Vorgesetzten nicht angezeigt werden darf. Zu beachten ist gleichwohl, dass ein Arbeitnehmer zunächst innerbetriebliche Möglichkeiten zur Herstellung eines rechtmäßigen Zustandes ergreifen muss. Erst wenn solche fruchtlos bleiben, könne Strafanzeige gestellt oder die Öffentlichkeit in Kenntnis gesetzt werden. Die Erhebung haltloser Vorwürfe müsse sich ein Arbeitgeber aber auch nach der Rechtsprechung zum „Whistleblowing“ nicht gefallen lassen. Wir bitten um Beachtung.

(Vt)



### 79) **Vorzeitige Vorlage von AU-Bescheinigungen – Mitbestimmungsrechte des BR beachten!**

Mit Urteil vom 23.08.2016 (Az.: 1 ABR 43/14) hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) entschieden, dass es sich bei dem Verlangen eines Arbeitgebers, Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen bereits

ab dem ersten Tag zu erhalten, um eine Frage des betrieblichen Ordnungsverhaltens handelt, bei dessen Umsetzung zwingend die Mitbestimmungsrechte des örtlichen Betriebsrats zu beachten sind.

#### **Sachverhalt:**

Der Arbeitgeber (AG-ein Unternehmen der Logistikbranche) beschäftigte bundesweit in 72 Betrieben etwa 15.000 Arbeitnehmer. Mit dem Gesamtbetriebsrat vereinbarte der AG eine Gesamtbetriebsvereinbarung, in der unter anderem geregelt war, dass erkrankte Mitarbeiter bereits ab dem ersten vollen Krankheitstag eine ärztliche Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer vorzulegen haben. Der örtliche Betriebsrat bestritt die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrates und machte geltend, dass ihm ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zusteht.

Das BAG gab dem örtlichen Betriebsrat recht. Es stellt ganz klar fest, dass eine Regelung, die die vorzeitige Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zum Gegenstand hat, gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig ist. Mitbestimmungsrechte nach § 87 BetrVG sind nur dann ausgeschlossen, wenn gesetzliche oder tarifliche Regelungen bestehen, die einer weiteren Ausgestaltung auf betrieblicher Ebene nicht bedürfen. Die Regelung in § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG schließt das Mitbestimmungsrecht eines vorhandenen Betriebsrates nicht aus, weil sie dem Arbeitgeber Regelungsspielraum dahingehend eröffnet, ob und wann Arbeitsunfähigkeit vor dem vierten Tag der Arbeitsunfähigkeit nachzuweisen sind.

Originär zuständig sei hierfür auch der örtliche Betriebsrat, nicht der Gesamtbetriebsrat. Das seitens des Arbeitgebers geltend gemachte Interesse an einer unternehmenseinheitlichen Regelung sei eine reine Zweckmäßigkeitserwägung. Reine Zweckmäßigkeitserwägungen vermögen aber die originäre Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats nicht zu begründen.

**Praxishinweis:**

Die Beachtung von Beteiligungsrechten eines vorhandenen Betriebsrats aus § 87 BetrVG ist einem Arbeitgeber dringend ans Herz zu legen. Dies trifft nicht nur –wie im vorliegenden Fall– auf Fragen zur betrieblichen Ordnung zu, sondern auch bei Regelungen zur Arbeitszeit oder Pausen, bei der Aufstellung allgemeiner Urlaubsgrundsätze, der Überwachung von Arbeitnehmern durch technische Einrichtungen, der Vereinbarungen von Leistungsprämien und vielem anderen mehr. Ohne die erforderliche Zustimmung des Betriebsrates kann der Arbeitgeber in solchen Fragen nicht nach eigener Vorstellung handeln. Tut er es dennoch, so verhält er sich rechtswidrig und der Betriebsrat kann auf Unterlassung klagen, ggf. sogar flankiert durch ein Ordnungsgeld. Wir bitten um Beachtung.

(Vt)



**80) Keine Fahrtkostenabgeltung nach § 7 Nr. 3.1 BRTV bei Sammeltransport ab Betriebssitz**

Mit Urteil vom 17.01.2017 (Az.: 9 AZR 325/16) hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) entschieden, dass Arbeitnehmer, die die Möglichkeit der kostenlosen Beförderung durch den Arbeitgeber vom Betriebssitz zur Baustelle mit einem ordnungsgemäßen Fahrzeug in Anspruch nehmen, keinen Anspruch auf Fahrtkostenabgeltung nach § 7 Nr. 3.1 BRTV-Bau für die Strecke Wohnung – Betrieb haben.

**Sachverhalt:**

Der Arbeitnehmer (AN) war als Baumaschinenführer bei einem Tiefbauunternehmen (AG) beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis fanden die Regelungen des allgemeinverbindlichen BRTV-Bau Anwendung. Der AN –wie auch die anderen Arbeitnehmer– kamen morgens zum Betriebssitz des AG (Sammelstelle), stiegen in die bereitstehenden Kraftfahrzeu-

ge des AG und fuhren damit zu ihrer jeweiligen Baustelle. Vor Fahrtantritt wurden weder Arbeitsanweisungen erteilt noch vorbereitende Tätigkeiten ausgeübt. Die Arbeitszeit begann und endete an der Baustelle. In den Monaten September bis Dezember 2014 fuhr der AN arbeitstäglich zuvor mit seinem privaten Kfz von seiner 30 km entfernten Wohnung zum Betriebssitz des AG. Für die Fahrten zwischen seinem Wohnsitz und der Sammelstelle am Betriebssitz verlangte er Fahrtkostenabgeltung nach § 7 Nr. 3.1 BRTV. Ohne Erfolg!

Das BAG entschied, dass der Tarifwortlaut erkennen lasse, dass es in § 7 BRTV-Bau um die erhöhten Kosten des AN durch eine außerhalb des Betriebs geleistete Tätigkeit gehe. Dem gegenüber gehörten Fahrten von der Wohnung zum Betriebssitz bzw. zum Einstellungsort grundsätzlich zu den zumutbaren Kosten der allgemeinen Lebensführung, die ein Arbeitnehmer selbst zu tragen habe. Eine „Sammelstelle“ (vgl. § 3 Nr. 4 BRTV-Bau) könne zwar im Rahmen der Fahrtkostenabgeltung dem im Tarifvertrag verwendeten Begriff der „Arbeitsstelle“ (§ 7 Nr. 1, Nr. 3.1 Satz 1 BRTV-Bau) weiterhin gleichgestellt werden, liege die „Sammelstelle“ jedoch am Betriebssitz selbst, kämen keine erhöhten Kosten des Arbeitnehmers in Betracht. Das BAG führte in diesem Zusammenhang zur Begründung aus, dass bei anderer Sichtweise der AG die Fahrtkostenabgeltung nur dann ausschließen könne, wenn er den AN mit einem von ihm gestellten Fahrzeug abholen würde – andernfalls liefe die Regelung leer. Jeden einzelnen AN von zu Hause abzuholen, sei aber nicht handhabbar.

**Praxishinweis:**

Die Entscheidung des BAG ist zu begrüßen. Nach bisheriger Rechtsprechung (etwa: BAG, Urt. v. 18.01.1984 - Az.: 4 AZR 261/82; Urt. v. 09.03.1983 - Az.: 4 AZR 312/80) war davon auszugehen, dass die kostenlose Beförderung vom Betriebssitz zur Baustelle eine Fahrtkostenabgeltung

auch für die Fahrt der Arbeitnehmer von ihrer Wohnung zum Betrieb nicht per se ausschließt. Das BAG hat nunmehr klargestellt, dass diese zuweilen vertretene Auffassung nicht haltbar ist. Die Entscheidung eines Arbeitnehmers für eine u.U. weiter vom Betriebssitz wegliegende Wohnung ist persönlicher Natur und nicht betrieblich veranlasst. Insofern ist es auch konsequent, etwaige Kosten für eine derartige persönliche Entscheidung beim AN zu belassen.

Liegt die „Sammelstelle“, ab der die Arbeitnehmer kostenlos zur Baustelle befördert werden, außerhalb des Betriebssitzes, bleibt es bei der Pflicht zur Fahrtkostenabgeltung nach Maßgabe des § 7 Nr. 1, Nr. 3.1 Satz 1 BRTV-Bau. Nach der Entscheidung des BAG dürfte es daher in den vielen Fällen sinnvoll sein, eine kostenlose Beförderung zur Arbeitsstelle ab dem Betriebssitz anzubieten. Zu beachten ist zudem, dass ein Arbeitgeber, der bei einem kostenlosen Sammeltransport ab Betrieb in Kenntnis des neuen Urteils des BAG regelmäßig wie bisher Fahrtkostenerstattung auch für die Strecke Wohnung – Betrieb gewährt, in Form der sogenannten „betrieblichen Übung“ einzelvertraglich Ansprüche entstehen lassen kann. Für Berliner Baubetriebe ist vorsorglich darauf hinzuweisen, dass hier nach Maßgabe des § 7 Nr. 5 BRTV-Bau eigene Regelungen gelten. Wir bitten um Beachtung!

(Vt)



**81) Der „vollmachtlose“ Architekt kann Vertragstermine verbindlich vereinbaren!**

Das Oberlandesgericht (OLG) Köln hat mit seinem Urteil vom 29.12.2016 (Gz.: 7 U 131/15) festgestellt, dass der bauleitende Architekt auch ohne Vollmacht wirksam Mängelrügen und Mahnungen aussprechen, Fristen setzen und vereinbaren sowie für

den Fall des Fristablaufs die Kündigung androhen darf. In dem entschiedenen Fall macht der Auftraggeber gegenüber dem Unternehmer einen Schadensersatzanspruch wegen Verzuges in Höhe von ca. 44.000,- € geltend. Der Unternehmer beruft sich auf nicht vereinbarte Vertragsfristen. Der bauleitende Architekt hätte ihm nicht wirksam Fristen setzen dürfen, da dieser keine Vollmacht vom Auftraggeber vorgelegt habe. Dieser Einwand des Unternehmers wird vom OLG Köln nicht gehört. Der bauleitende Architekt hat auf die planmäßige Herstellung des Baus hinzuwirken. Dabei muss er auch die Bauarbeiten koordinieren. Zur Koordination der Bauarbeiten gehört es, Mängelrügen und Mahnungen auszusprechen, sowie Fristen zu setzen und zu vereinbaren. Auch die Androhung der Kündigung des Bauvertrages nach Fristablauf gehört zu den ureigensten Aufgaben des bauleitenden Architekten. Der Architekt handelt zugunsten seines Auftraggebers, um die Durchführung des Bauvertrages zu ermöglichen. Der Unternehmer musste sich daher den Verzug entgegen halten lassen und Schadensersatz leisten.

**Praxistipp:**

Es ist ständige Rechtsprechung, dass die Vollmacht des Architekten aufhört, wo das Portmonee des Bauherrn beginnt. Etwas anderes gilt allerdings nach diesem Urteil für rechtswirksame Handlungen wie Vertragsfristen, Mahnungen und die Androhung von Kündigungen. Der Architekt darf insbesondere ein Aufmaß zusammen mit dem Unternehmer erstellen, Stundenzettel entgegennehmen und fachliche Weisungen auf der Baustelle erteilen. Nicht berechtigt ist er, Aufträge zu vergeben, Stundenlohnarbeiten zu beauftragen oder aber die vertraglich vorgesehene Ausführungsart bzw. Vertragstermine zu ändern. Gleichzeitig darf er Rechnungen nicht anerkennen bzw. Vergleiche darüber schließen und auf Mängelansprüche verzichten, es sei denn, für diese rechtsgeschäftliche Vertretung liegt eine ausdrückliche Vollmacht vor. Der

Unternehmer muss die Erklärungen des Architekten daher grundsätzlich ernst nehmen, darf sich aber im Zweifel nicht darauf berufen.

Im Streitfall werden die Erklärungen des Architekten grundsätzlich nur zugunsten seines Auftraggebers wirken.

(R)



**82) Mitgliederforum – Neues Unterforum zum Thema „Kraftfahrzeuge im Baubetrieb - Vorschriften, Ausnahmeregelungen und Aktuelles aus der Beraterpraxis“**

In diesem Forum stellen wir Unterlagen, neue gesetzliche Regelungen und aktuelle Fälle aus unserer Beratung ein. Themen sind u.a.: Anwendung der Sozialvorschriften im Straßenverkehr, Ausnahmeregelungen und Befreiungen, Berufskraftfahrerqualifikationsgesetz, Blaue Plakette, Umweltzone usw.

Sie finden das Forum unter [www.forum-fg-bau.de](http://www.forum-fg-bau.de) oder direkt unter <https://www.forum-fg-bau.de/board/19-kraftfahrzeuge-im-baubetrieb-vorschriften-ausnahmeregelungen-und-aktuelles-aus-d/>

Ihre Zugangsdaten zum Forum haben Sie im vergangenen Jahr erhalten. Sollten Sie Hilfe benötigen, steht Ihnen Frau Witek unter der Tel.-Nr. 030 86 00 04-19 gerne zur Verfügung.

(Bk)



**83) Elektronische Rechnungen im Bauunternehmen / Teil II**

Als Anlage beigefügt erhalten unsere Mitglieder die Unternehmer-Info Bau „Elektronische Rechnungen im Bauunternehmen / Teil II“ von Juli 2017.

(Kra)



**84) Neue Normen und Normen Entwürfe – Juni 2017**

Der Normenausschuss Bauwesen (NABau) im DIN Deutsches Institut für Normung e.V. hat Besprechungen von neuen Normen und Normen-Entwürfe herausgegeben.

In folgenden Bereichen wurden u.a. neue Normen erarbeitet:

- Photogrammetrie und Fernerkundung – Begriffe
- Anwendung von Bauprodukten im Bauwerken

Weiterhin wurden u.a. in folgenden Bereichen Normen-Entwürfe veröffentlicht:

- Unterbringung von Leitungen und Anlagen in öffentlichen Verkehrsflächen
- Vegetationstechnik im Landschaftsbau – Bodenarbeiten
- Bedachungselemente
- Konstruktion von Aluminiumtragwerken
- Historische Holzkonstruktionen

Vorgenannte Besprechungen finden Sie auf der Internetseite [www.din.de/de/mitwirken/normenausschuesse/nabau](http://www.din.de/de/mitwirken/normenausschuesse/nabau) im unteren Bereich - Downloads.

(K)



**85) Warnung vor falschen Handelsregisterrechnungen!**

Nach Hinweisen aus der Mitgliedschaft warnen wir vor einer weiteren dreisten Betrugsmasche in Gestalt dubioser Rechnungen für angebliche Handelsregistereintragungen.

Auf den ersten Blick erwecken die Schreiben den Anschein, vom Amtsgericht Charlottenburg zu stammen und Gebühren für eine Handelsregisterveröffentlichung zu erheben. Der angegebene Veröffentlichungstext entspricht – offenbar mit dem Ziel der Irrefüh-

– dem Veröffentlichungstext im offiziellen Handelsregister. Erst bei genauerer Betrachtung erkennt man, dass es sich nicht um die reguläre Erhebung von Gebühren im Zusammenhang mit einer Registereintragung, sondern vielmehr um eine Eintragungs- bzw. Veröffentlichungsofferte für ein höchst inoffizielles Online-Firmenverzeichnis handelt, bei welchem dann Kosten in Höhe von 500-700,00 € netto pro Jahr anfallen. Als Bankverbindung wird in diesem Zusammenhang die „Nassauische Sparkasse“ genannt. Als Kontaktmöglichkeit wird in den Schreiben u.a. auf die Homepage der „Daten-Handelsregisterzentrale.de“ verwiesen. Absender ist die „DHZ Molnar P., Friedrichstrasse 171, 10117 Berlin“.

Wir empfehlen unseren Mitgliedsbetrieben nach erfolgten Registereintragungen generell, um erhöhte Aufmerksamkeit bei Rechnungseingängen. So warnen auch die Servicestelle des gemeinsamen Registerportals der Länder, die Landesjustizverwaltungen sowie das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz auf Ihren Homepages explizit vor irreführenden Angeboten, Zahlungsaufforderungen und Rechnungen im Zusammenhang mit Registereintragungen, die nicht von Justizbehörden stammen.

(Vt)



**86) Unterstützungsangebot der Verbände bei einer Unternehmenskrise**

Die „Initiative für starke Unternehmer in Krisen“ wurde ins Leben gerufen, um Unterstützung bei Unternehmenskrisen zu geben. Diese Initiative versteht sich als ein Netzwerk, in dem Erfahrungen und Gegenmaßnahmen zur Krisenbewältigung für Unternehmer in der Krise weitergegeben werden sollen. Der Anspruch ist „Hilfe zur Selbsthilfe für kleine und mittelständische Unterneh-

mer – anonym, fachkundig und kollegial“. Die Unternehmen können auf dem Internetportal [www.starker-unternehmer.de](http://www.starker-unternehmer.de) folgende Hilfeleistungen nutzen:

- Online-Selbstcheck für Unternehmer zur Einschätzung der individuellen Unternehmenssituation mit ausführlicher Bewertung und praxisnahen Handlungsempfehlungen,
- zahlreiche nützliche Erfahrungsberichte, Studien, Erklärungsfilm und weitergehende Informationen für Geschäftsführer und Sanierer über Risiken, Prävention und Krisenbewältigung,
- nützliche Hinweise für die Suche nach einem Berater,
- kostenlose, telefonische Erstberatung mit dem Ziel, den Unternehmer in seiner Handlungsfähigkeit zu unterstützen,
- Auf Wunsch und anonym: Kontakt zu krisenerfahrenen Unternehmern, die sich zum Austausch ihrer Erfahrungen angeboten haben

Zu den Partnern der Initiative gehören:

- das Deutsche Institut für angewandtes Insolvenzrecht e. V. (DIAI),
- der Bundesverband ESUG und Sanierung Deutschland,
- der langjährige ehemalige Bundeswirtschaftsminister Wolfgang Clement,
- die Creditreform,
- der Haftpflichtverband der Deutschen Industrie (HDI),
- mehrere Hochschulen,
- Wirtschafts- und Managermagazine als Medienpartner

Die gegründete Initiative versteht sich als rein gesellschaftliches Engagement und verfolgt keinerlei eigene wirtschaftliche Interessen. Als Alternative zur Betriebsberatung sollte dieses Online-Unterstützungsangebot genutzt werden.

(R)



**87) Stellenangebot Kalkulator/Kalkulatorin**

Mittelständisches Tiefbauunternehmen aus dem Oberspreewald-Lausitz-Kreis sucht einen Kalkulator bzw. eine Kalkulatorin in Vollzeit zur Festanstellung. Das Aufgabengebiet umfasst die Angebots- und Aufmaßerstellung sowie die Abrechnung der einzelnen Baustellen. Bei Interesse melden Sie sich bitte in unserer Geschäftsstelle Frankfurt (Oder)/Cottbus unter der Telefonnummer: (03 35) 5 56 93 15. Wir werden die Kontaktdaten dann übermitteln.

(R)

Mit freundlichen Grüßen

Reinhold Dellmann  
Hauptgeschäftsführer

Anlagen