

Richtlinie für die Vornahme von Mindest- und Tariflohnkontrollen im Sinne des § 16 Absatz 1 und 4 des Tariftreue- und Vergabegesetzes (Mindestlohnkontrollrichtlinie)

Der Senat der Freien Hansestadt Bremen hat am 23.04.2019 auf der Grundlage des § 16 Absatz 5 des Tariftreue- und Vergabegesetzes (TtVG) die folgende Verfahrensweise bei der Durchführung von Mindest- und Tariflohnkontrollen (Stichprobenkontrollen) beschlossen:

1. Meldung öffentlicher Aufträge durch die öffentlichen Auftraggeber an die Sonderkommission Mindestlohn

- 1.1. Die Erfassung der Vergabemeldungen nach § 16 Absatz 3 Satz 1 TtVG durch die öffentlichen Auftraggeber erfolgt im xml-Format. Die Sonderkommission Mindestlohn (Sonderkommission) stellt den öffentlichen Auftraggebern (Auftraggeber) zur Erstellung einer solchen Meldung ein Formular zur Verfügung. Die Auftraggeber können die Daten auch mittels einer Extraktion aus ihren Vergabe-, Haushalts- oder Buchungsprogrammen automatisch generieren, sofern die so gewonnenen Daten mit der Datenverarbeitung der Sonderkommission kompatibel sind.
- 1.2. Auftraggeber, die regelmäßig eine große Anzahl öffentlicher Aufträge von geringem Auftragswert für gleichartige Leistungen an denselben Auftragnehmer vergeben, können für jeden dieser Auftragnehmer eine Sammelmeldung abgeben. Eine Sammelmeldung ist zulässig, wenn ein Auftragnehmer im Geltungszeitraum voraussichtlich wenigstens zehn Aufträge erhält. Aufträge, deren Auftragswert 10.000,00 EUR übersteigt, erfordern auch dann eine Einzelmeldung, wenn der Auftrag im Übrigen unter eine Sammelmeldung fallen würde. Die Sammelmeldung gilt für einen Zeitraum von einem Jahr.

2. Auswahl von Stichprobenkontrollen durch die Sonderkommission

- 2.1. Auf der Basis der Vergabemeldungen gemäß § 16 Absatz 3 Satz 1 TtVG wählt die Sonderkommission öffentliche Aufträge für die Durchführung von Stichprobenkontrollen aus. Anschließend ordnet sie gegenüber dem jeweiligen Auftraggeber die Durchführung einer Stichprobenkontrolle gemäß § 16 Absatz 4 Satz 1 TtVG an.

- 2.2. Die Sonderkommission setzt bei der Auswahl der Kontrollen Schwerpunkte, die sich an den bisherigen Erfahrungen mit bestimmten Dienst- oder Bauleistungen orientieren. Dabei werden sich die Stichprobenkontrollen entsprechend der Zweckbestimmung in § 1 TtVG im Bereich von Tätigkeiten verdichten, bei denen sich ein ausgeprägter Niedriglohnsektor entwickelt hat. Bei der Kontrolle von Bauleistungen kann im jeweiligen Einzelfall entweder die Überprüfung einer kompletten Baustelle oder auch nur einzelner Gewerke einer Baustelle von der Sonderkommission angeordnet werden.
- 2.3. Die Sonderkommission informiert das Hauptzollamt Bremen (Finanzkontrolle Schwarzarbeit) über die für die Durchführung einer Stichprobenkontrolle ausgewählten Aufträge, um gegenseitige Störungen bei der Vornahme von Kontrollen zu vermeiden.
- 2.4. Die Anordnung von Stichprobenkontrollen durch die Sonderkommission entbindet die Auftraggeber nicht davon, weiterhin anlassbezogene Überprüfungen durchzuführen, bzw. selbst Stichprobenkontrollen vorzunehmen (vgl. § 16 Absatz 1 TtVG).

3. Vorbereitung der Stichprobenkontrolle durch die öffentlichen Auftraggeber

Eine Stichprobenkontrolle wird durchgeführt, indem der Auftraggeber die vertraglich vereinbarte Ausführung der Leistung unter Einhaltung von Mindest- und Tariflöhnen durch den Auftragnehmer und/oder etwaige Nachunternehmer zu einem bestimmten Termin am Ort der Leistung kontrolliert (Vor-Ort-Kontrolle, dazu unter Ziffer 5), zu den Ergebnissen dieser Kontrolle einen vorläufigen Bericht erstellt und an die Sonderkommission versendet (dazu unter Ziffer 6), weitere Informationen bei dem Auftragnehmer einholt (dazu unter Ziffer 7) und schließlich einen abschließenden Bericht verfasst und an die Sonderkommission versendet (dazu unter Ziffer 8).

Der von der Sonderkommission zur Durchführung einer Stichprobenkontrolle aufgeforderte Auftraggeber hat vor der Durchführung folgende Vorbereitungsmaßnahmen zu treffen:

3.1. Sichtung der Vertragsunterlagen (Formblätter) zu dem ausgewählten Auftrag

- 3.1.1. Der Auftraggeber verifiziert zunächst, ob in Bezug auf die zu kontrollierende Leistung die Mindest- und Tariflohnerklärung des Auftragnehmers auch

tatsächlich Gegenstand des öffentlichen Auftrags an den Auftragnehmer geworden ist. Dazu sichtet er die den Vergabeunterlagen beigefügten Formblätter 231HB bzw. 231HB-EU (Erklärung des Auftragnehmers) und – sofern es sich um ein Bauauftrag ohne Binnenmarktrelevanz handelt – das Formblatt Anlage zu 231HB/232HB; soweit diese Formblätter nicht Gegenstand der Vergabeunterlagen geworden sein sollten, kann eine Stichprobenkontrolle durch den Auftraggeber nicht stattfinden. Die Formulare sind dieser Richtlinie zusammengefasst als Anhang 1 beigefügt.

- 3.1.2. In einem weiteren Schritt überprüft der Auftraggeber, welche Unternehmen mit der zu kontrollierenden Leistung befasst sind, insbesondere ob es sich hier um den Auftragnehmer selbst oder um einen oder mehrere Nachunternehmer handelt. Bezüglich der Nachunternehmer werden die dem Auftraggeber vorliegenden Formblätter 232HB bzw. 232HB-EU – bei national vergebenen Bauaufträgen in Kombination mit der Anlage zu 231HB/232HB – durchgesehen, um festzustellen, welche Nachunternehmer ordnungsgemäß vor der Erbringung der Leistung angemeldet wurden.
- 3.1.3. Des Weiteren sind auch Überlegungen durch den Auftraggeber anzustellen, welche Gegebenheiten bei der Vor-Ort-Kontrolle zu erwarten sind, insbesondere in Bezug auf die konkret zu erwartenden Arbeiten vor Ort und die Qualifikation der mit der Leistungsausführung betrauten Beschäftigten.
- 3.1.4. Der Auftraggeber sichtet das Formblatt 220HB (Auskunft zur Kalkulation) in Bezug auf den vom Auftragnehmer veranschlagten Mittellohn. Die dort enthaltenen Angaben bieten u.a. erste Anhaltspunkte dafür, welche Qualifikation von den vor Ort Beschäftigten erwartet werden kann (d.h.: bei einem hohen Mittellohn darf grundsätzlich auch mit einer entsprechenden Qualifikation der Beschäftigten gerechnet werden).
- 3.1.5. Des Weiteren sichtet der Auftraggeber alle Unterlagen, aus denen die Anzahl und die Namen der für die zu prüfende Leistung eingesetzten Beschäftigten am Leistungsort hervorgeht (z.B. Bautagebücher, Stundenzettel etc.).

3.2. Überprüfung des Maßstabs für den Mindest- und Tariflohn

Der für die Stichprobenkontrolle maßgebliche Mindest- und Tariflohn

- richtet sich bei allen Bauaufträgen ohne Binnenmarktrelevanz nach dem für die Leistung jeweils maßgeblichen Tarifvertrag, der dem Formblatt Anlage zu 231HB/232HB zu entnehmen ist. Eine Binnenmarktrelevanz liegt vor, wenn der öffentliche Auftrag von grenzüberschreitender Bedeutung war, was jedenfalls dann der Fall ist, wenn der Auftrag in einem EU-weiten Verfahren unter Zugrundelegung der Formblätter EU vergeben wurde.

Die Aufbereitung des maßgeblichen Tarifvertrages erfolgt in Form einer Entgelttabelle, welche die zugrunde liegenden Tarifverträge, die Entgeltmodalitäten sowie das tarifvertragliche Entgelt enthält. Enthält das Formblatt Anlage zu 231HB/232HB mehrere Entgelttabellen, so gilt für die jeweilige Leistung nur diejenige Entgelttabelle, die dieser auf dem Formblatt Anlage zu 231HB/232HB tabellarisch zugeordnet worden ist.

- richtet sich bei Dienstleistungsaufträgen über Verkehrsdienstleistungen nach ortsüblichen Tarifverträgen, über deren konkrete Auswahl der öffentliche Auftraggeber entscheidet. Hierbei legt er die vom Senator für Wirtschaft, Arbeit und Häfen veröffentlichte Liste der repräsentativen Tarifverträge gemäß § 10 Absatz 3 des Tariftreue- und Vergabegesetzes zu Grunde.
- richtet sich bei bestimmten Dienstleistungs- und Bauaufträgen nach einem etwaigen branchenspezifischen, gemäß dem Arbeitnehmerentsendegesetz oder nach dem Tarifvertragsgesetz für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag. Dies setzt voraus, dass die zu überprüfende Leistung in den Anwendungsbereich des Arbeitnehmerentsendegesetzes oder des Tarifvertragsgesetzes fällt und der Auftragnehmer und/oder etwaige Nachunternehmer dem Anwendungsbereich eines solchen Tarifvertrags unterworfen ist.
- richtet sich im Übrigen bei allen Dienstleistungs- und Bauaufträgen nach dem jeweils zum Vertragsabschluss gültigen Landesmindestlohn bzw. dem jeweils zum Kontrollzeitpunkt gültigen Bundesmindestlohn. Der Landesmindestlohn gilt allerdings dann nicht, wenn der Dienstleistungs- oder Bauauftrag Binnenmarktrelevanz hat (siehe oben).

4. Übermittlung der Formblätter und Terminfestlegung für die Durchführung der Stichprobenkontrolle

Nach Zugang der Kontrollanordnung, erfolgt innerhalb einer Frist von **zwei Wochen** die Übermittlung der bei der Auftragsvergabe verwendeten und gemäß Ziffer 3.1. zu sichtenden Formblätter sowie die Mitteilung des geplanten Kontrolltermins durch den Auftraggeber an die Sonderkommission.

4.1. Übermittlung der Formblätter

Im Einzelnen umfasst die Verpflichtung zur sofortigen Übermittlung die folgenden Formblätter:

- 211 (Aufforderung zur Abgabe eines Angebots) bzw. 211EU (Aufforderung zur Abgabe eines Angebots EU).
- 220HB (Auskunft zur Kalkulation) oder vergleichbar, soweit beim Auftraggeber vorhanden.
- 231HB (Erklärung des Auftragnehmers) bzw. 231HB-EU (Erklärung des Auftragnehmers).
- Anlage zu 231HB/232HB (Übersicht der Entgelttabellen gemäß Ziffer 1.1.1), soweit vom Auftraggeber verwendet.
- 232HB (Vereinbarung mit dem Nachunternehmer) bzw. 232HB-EU (Vereinbarung mit dem Nachunternehmer), soweit beim Auftraggeber vorhanden.
- 233 (Verzeichnung der Nachunternehmerleistungen).

Ohne Kenntnis der Formblätter ist eine Bewertung der Sach- und Rechtslage durch die Sonderkommission nicht möglich, da sich aus diesen Formblättern zum einen die vertragliche Grundlage für die Durchführung einer Stichprobenkontrolle sowie zum anderen der konkrete Prüfungsmaßstab (dazu bereits oben unter Ziffer 3.2.) zur Bewertung ergeben. Der Auftraggeber ist gemäß § 16 Absatz 3 des Tariftreue- und Vergabegesetzes verpflichtet, der Sonderkommission auf Anforderung weitere Informationen über den Auftrag und seine Ausführung zur Verfügung zu stellen

4.2. Mitteilung des Kontrolltermins

- 4.2.1. Der Auftraggeber teilt der Sonderkommission den geplanten Kontrolltermin mit. Soweit das genaue Datum des Kontrolltermins noch nicht feststeht, gibt der Auftraggeber den Zeitraum an, in dem die Kontrolle voraussichtlich durchgeführt wird.
- 4.2.2. Der Kontrolltermin sollte auf einen Zeitpunkt gelegt werden, an dem damit zu rechnen ist, dass eine möglichst große Anzahl an Beschäftigten des Auftragnehmers und/oder etwaiger Nachunternehmer bei der Ausführung des Auftrags angetroffen wird.
- 4.2.3. Sollte die zweiwöchige Frist zur Mitteilung des Kontrolltermins nicht eingehalten werden können, ist die Sonderkommission unter Angabe der konkreten Hinderungsgründe innerhalb dieser zweiwöchigen Frist zu informieren.
- 4.2.4. Kann die Kontrolle zum angegebenen Kontrolltermin nicht durchgeführt werden, so teilt der Auftraggeber der Sonderkommission unverzüglich die aktualisierten Ausführungsfristen mit, sobald diese ihm bekannt sind.
- 4.2.5. Der Kontrolltermin darf nur den notwendig zu beteiligenden Personen bekannt gegeben werden.

5. Durchführung und Protokoll der Vor-Ort-Kontrolle

Bei der Vor-Ort-Kontrolle sind folgende Punkte zu beachten:

- 5.1. Die Vor-Ort-Kontrolle darf nicht angekündigt werden, um das Überraschungsmoment nutzen zu können.
- 5.2. Die Vor-Ort-Kontrolle muss durch mindestens zwei Personen durchgeführt werden, um für getroffene Aussagen eine Zeugin oder einen Zeugen zu haben und um im Nachgang umfassender dokumentieren zu können (Vier-Augen-Prinzip).
- 5.3. Die kontrollierenden Personen verschaffen sich einen eigenen Gesamteindruck von den Verhältnissen vor Ort, der sodann im vorläufigen Bericht (dazu unten unter Ziffer 6.) festzuhalten ist. Dies sollte mit Blick darauf erfolgen, welche

Gesamtleistung zum Kontrollzeitpunkt gerade erbracht wird. Außerdem sind auch die bei den Befragungen vor Ort erhobenen Antworten mit der eigenen Wahrnehmung abzugleichen, insbesondere dahingehend, ob von den kontrollierten Personen eher einfachste (Helfer)Tätigkeiten, eher einfache (Fach)Tätigkeiten ohne besonderes Qualifikationserfordernis oder eher qualifizierte (Fach)Tätigkeiten, für die eine fachspezifische Qualifikation erforderlich ist, ausgeübt werden. Zudem sollte auch ein Augenmerk darauf gelegt werden, ob Personen als selbstständige Gewerbetreibende vor Ort tätig und als solche von vornherein erkennbar sind. Insgesamt ist der vor Ort gewonnene Eindruck mit dem zu erwartenden Eindruck (siehe Ziffer 3.1.3.) abzugleichen.

5.4. Gegenstand der Vor-Ort-Kontrolle ist außerdem eine qualifizierte Befragung der Personen am Ort der Auftragsausführung unter Verwendung des als Anhang 4, Seite 2 beigefügten Befragungsbogens. Die Befragung erfolgt unter Beachtung der Anwendungshinweise zu den einzelnen Befragungskategorien (siehe Anhang 4, Seite 1).

5.4.1. Für die Bewertung des Vorliegens etwaiger Mindest- und Tariflohnverstöße, sind möglichst umfassende und vollständige Angaben der Personen zu ihrer Tätigkeit erforderlich. Diese Angaben bilden die Grundlage für eine im Nachgang vorzunehmende Eingruppierung nach Maßgabe der dem Auftragsverhältnis zugrunde liegenden Mindest- und Tariflöhne (siehe dazu oben unter Ziffer 3.2.) in eine der jeweiligen (sofern vorhanden) Lohngruppen.

Bei der Befragung der Beschäftigten ist daher ein besonderes Augenmerk auf folgende Punkte zu legen:

- Vor dem Hintergrund der vor Ort zu erwartenden Tätigkeit, ist durch gezieltes Nachfragen eine präzise Beschreibung und das Maß der Eigenständigkeit der Tätigkeit, die im Rahmen des kontrollierten Auftrags überwiegend ausgeführt wird (z.B. „Hilfe bei dem Verlegen von Rohren“ oder „Eigenständiges Streichen von Wänden“) zu ermitteln. Hierbei besteht das Ziel insbesondere auch darin, die Verantwortlichkeiten (Wer ist als fachlich qualifizierter Beschäftigter tätig? Wer ist Helfer und wer ist weisungsbefugt? Wer trägt die Verantwortung für die Qualität der Leistung) festzustellen. Es ist Aufgabe der befragenden Person, durch entsprechendes Nachfragen auf eine möglichst genaue Beantwortung der Fragen hinzuwirken.

- Zudem sind umfassende Angaben zu der beruflichen Qualifikation in Erfahrung zu bringen, insbesondere zu der Frage, ob die Person über eine abgeschlossene und auftragspezifische Berufsausbildung verfügt.
- 5.4.2. Für die Bewertung, ob die zu befragende Person Beschäftigte des Auftragnehmers und/oder eines etwaigen Nachunternehmers ist es erforderlich, diese zu ihrer jeweiligen vertraglichen Beziehung zu dem Unternehmen, für das sie vor Ort tätig ist zu befragen.
- 5.4.3. Die Beschäftigungsgrundlage selbständiger Gewerbetreibender ist ebenfalls zu hinterfragen. Das Vorhandensein einer Gewerbeanmeldung, eines Vertrages mit Auftragschreiben und die Stellung von Rechnungen sind wichtige Indizien für die Bewertung, ob eine Tätigkeit als selbständige Gewerbetreibende vorliegt und sind daher in Fällen, in denen sich die Person als solche ausgibt, konkret zu erfragen. Weitere Indizien, die auch auf Beobachtungen gemäß Ziffer 5.3 beruhen können, sind, ob sich diese Person nach ihren äußerlichen Merkmalen (Kleidung, eigene verwendete Arbeitsmittel) von anderen Personen, die als Beschäftigte des Auftragnehmers und/oder eines etwaigen Nachunternehmers tätig sind, unterscheidet und ob diese Person in den betrieblichen Arbeitsablauf des Auftragnehmers und/oder eines etwaigen Nachunternehmers eingebunden ist. In der Regel gilt, dass selbständige Gewerbetreibende eine Leistung erbringen, die als eigenständiger Teil der Gesamtleistung erkennbar ist.
- 5.4.4. Sollte eine Kommunikation in deutscher Sprache mit den zu befragenden Personen nicht oder nicht ausreichend herstellbar sein, ist zu untersuchen, ob sich am Kontrollort eine Person (z.B. Bauleiter) befindet, die als Übersetzer fungieren kann oder, ob die Befragung gegebenenfalls in englischer Sprache vorgenommen werden kann. Führt dies nicht zum Erfolg, ist zu klären, ob zumindest ein gewisser Teil der Fragen vom Vorabreiter beantwortet werden kann (zumindest: Name der befragten Person, überwiegend ausgeführte Tätigkeit im Rahmen des kontrollierten Auftrages, Art der vertraglichen Beziehung zum Auftragnehmer).
- 5.5. Jede zu befragende Person muss vor der Befragung auf die Freiwilligkeit der Befragung und die diesbezüglichen Rechte aus der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) hingewiesen werden (siehe den farblich hervorgehobenen Text auf Seite 1 des Erhebungsbogens, Anhang 4).

- 5.6. Nach der Befragung ist an jede vor Ort zu befragende Person ein Exemplar des Informationsschreibens (siehe Anhang 3) auszuhändigen. Zuvor ist unter Ziffer 8 des Anhangs 3 die für die Verarbeitung der Daten verantwortliche Person zu benennen. In der Regel ist dies diejenige Person, die auch die Befragung vornimmt.
- 5.7. Zu Zwecken der Vervollständigung eines umfassenden Gesamteindrucks, ist das Anfertigen von Fotos am Kontrollort empfehlenswert.

6. Vorläufiger Bericht (siehe Anhang 2)

Unmittelbar nach der Vor-Ort-Kontrolle hält der Auftraggeber die wesentlichen Erkenntnisse der Kontrolle in einem vorläufigen Bericht schriftlich fest:

- 6.1. Sortierung der Dokumentation nach den geprüften Unternehmen, ggf. jeweils mit eigenen Kategorien für eingesetzte Nachunternehmer und selbständige Gewerbetreibende.
- 6.2. Bei dem Einsatz von Nachunternehmern ist stets kenntlich zu machen, ob das Formblatt 232HB bzw. 232HB-EU vorliegt und – soweit verwendet – das Formblatt Anlage zu 231HB/232HB an den Nachunternehmer weitergegeben worden ist.
- 6.3. Ergebnisse der Befragung der bei der Auftragsausführung angetroffenen Personen. Hierzu kann die Zusammenfassung der Befragung der Beschäftigten genutzt werden. Alternativ können dem Bericht die Befragungsbögen in Kopie beigelegt werden.
- 6.4. Darstellung der eigenen im Rahmen der Vor-Ort-Kontrolle gewonnenen Wahrnehmung sowie Gegenüberstellung, inwieweit diese Wahrnehmung mit den Angaben der kontrollierten Personen sowie den eigenen im Vorfeld angestellten Erwartungen übereinstimmt oder auch abweicht.
- 6.5. Mitteilung des weiteren Vorgehens, insbesondere hinsichtlich der Einforderung von Unterlagen (gemäß Ziffer 7), ggf. aber auch im Hinblick auf weitere Sachverhaltsaufklärung.

6.6. Vor dem Hintergrund der bestehenden Sachnähe nimmt der Auftraggeber auf der Grundlage des gemäß Ziffer 3.2 festgestellten Maßstabs die Ersteinschätzung hinsichtlich der korrekten Eingruppierung bzw. des einschlägigen Mindestlohnes vor. Auf Grundlage dieser Einschätzung, erfolgt sodann die Bewertung hinsichtlich des Vorliegens etwaiger Mindest- und Tariflohnverstöße durch die Sonderkommission. Der Auftraggeber wertet zum Zwecke der Ersteinschätzung die für die vorzunehmende Eingruppierung maßgeblichen Umstände und Unterlagen aus, die sich u.a. aus folgenden Kriterien zusammensetzen:

- Angaben der kontrollierten Person bzgl. der überwiegenden Tätigkeit, die er/sie im Rahmen des Auftrags ausführt,
- Qualifikation der kontrollierten Person,
- Eigene Wahrnehmung über die Tätigkeit der kontrollierten Person bzgl. der vor Ort gewonnenen Eindrücke im Hinblick auf die zum Prüfungszeitpunkt erbrachte Leistung,
- Angaben des Auftragnehmers zum veranschlagten Mittellohn (z.B. im Formblatt 220HB), soweit vorhanden,
- ggf. Feststellungen zur selbständigen Tätigkeit einer Person.

6.7. Der Auftraggeber dokumentiert das Ergebnis eines Abgleich der im Rahmen der Vor-Ort-Kontrolle gemachten Angaben der Beschäftigten zur Höhe ihres Lohns mit aktuellen Lohnabrechnungen, soweit diese am Ort der Leistungserbringung verfügbar sind. Werden die Lohnunterlagen im Nachgang angefordert (Regelfall), ist das Ergebnis des Abgleichs im Abschlussbericht mitzuteilen.

6.8. Drängen sich dem Auftraggeber Tatsachen auf, die für eine Unterschreitung bundesweit verbindlicher Mindestlöhne nach § 1 Absatz 3 des Mindestlohngesetzes¹ oder nach einer Rechtsverordnung nach § 1 Absatz 2 des Mindestlohngesetzes sprechen oder ergeben sich im Rahmen der Vor-Ort-Kontrolle Hinweise auf Schwarzarbeit oder illegale Beschäftigung ist dies im vorläufigen Bericht gesondert hervorzuheben.

¹ Gemeint ist hier das Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns im Bundesgebiet.

6.9. Betrachtet der Auftraggeber seine Überprüfung als abgeschlossen, ist dies ausdrücklich im vorläufigen Bericht zu erwähnen. Dies kommt allerdings nur dann in Betracht, wenn die Lohnunterlagen am Ort der Leistungserbringung verfügbar sind, wobei diese Konstellation den Ausnahmefall bildet.

6.10. Die Übersendung des vorläufigen Berichts an die Geschäftsführung der Sonderkommission geschieht unter Beachtung der Erfordernisse des Datenschutzes. Dies gilt ebenso für die weitere Korrespondenz mit der Geschäftsführung der Sonderkommission, soweit personenbezogene Daten übermittelt werden. Die Nutzung von Emails ist nur unter Einsatz eines geeigneten Verschlüsselungsverfahrens gestattet. Die Geschäftsführung der Sonderkommission unterhält zu diesem Zweck ein elektronisches Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP).

7. Verfahren der Informationserhebung

Im weiteren Verlauf nimmt der Auftraggeber sein Recht wahr, vom Auftragnehmer die Vorlage aktueller und prüffähiger Unterlagen zu verlangen. Dies umfasst insbesondere die folgenden Dokumente:

- Lohnnachweise und Stundenaufzeichnungen der kontrollierten Personen.
- Soweit vorhanden, Bescheinigung über die Mitgliedschaft des Auftragnehmers bzw. der eingesetzten Nachunternehmer in einer Tarifgemeinschaft der Arbeitgeber unter Benennung des in dem Unternehmen angewandten Tarifvertrages,
- Schriftliche Unteraufträge, soweit Nachunternehmer angetroffen wurden.
- Soweit ein selbstständiger Gewerbetreibender angetroffen wurde, eine Gewerbeanmeldung, einen Nachunternehmervertrag bzw. ein Auftragsschreiben und ggf. bereits gestellte Rechnungen über Abschlagszahlungen,
- Arbeitnehmerüberlassungsverträge, soweit die kontrollierten Personen im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung tätig waren.

Die Möglichkeit der Einsichtnahme in Unterlagen erstreckt sich grundsätzlich auf den kompletten Zeitraum, in dem die bei der Vor-Ort-Kontrolle angetroffenen Personen zur Erbringung der Leistung eingesetzt waren. Für Beschäftigte, die am Tag der Kontrolle und ausweislich ihrer Angaben auch im Vormonat mit der Erbringung der

Leistung befasst waren, müssen wenigstens die Lohnabrechnungen und Stundennachweise des Monats, in dem die Kontrolle stattfindet, und des Vormonats eingesehen werden. Eine Lohnabrechnung muss zumindest den Vor- und Nachnamen der kontrollierten Person, das Eintrittsdatum bei dem Unternehmen sowie die geleisteten Arbeitsstunden und die Lohnbestandteile ausweisen.

Die im Rahmen der Überprüfung entgegengenommenen Unterlagen sind gesondert und vor allgemeinem Zugriff geschützt beim Auftraggeber aufzubewahren, dies gilt insbesondere für Kopien oder Originale der Lohnunterlagen.

Weigert sich ein Unternehmen (z.B. unter Verweis auf Datenschutz), die angeforderten Unterlagen von Beschäftigten an den Auftraggeber heraus zu geben, stellt dies eine Vertragsverletzung dar. Denn den Auftragnehmer trifft eine vertragliche Verpflichtung zur Offenlegung seiner Lohnzahlungen, welche er durch das Unterzeichnen seines Angebotes mit dem öffentlichen Auftraggeber vereinbart hat. Diese Verpflichtung folgt aus dem Formblatt 231HB bzw. 231HB-EU (vgl. dort Ziffer 2.3.3.), welches der Auftraggeber den Vergabeunterlagen zwingend beizufügen hat. Entsprechende Rechte des Auftraggebers gegenüber dem Nachunternehmer ergeben sich aus Ziffer 3 dieses Formblatts, sofern der Auftragnehmer eine Vereinbarung nach Formblatt 232HB bzw. 232HB-EU abgeschlossen hat, wozu er verpflichtet ist.

Die vorgenannten Verpflichtungen der Auftragnehmer und der Nachunternehmer sind mit datenschutzrechtlichen Bestimmungen vereinbar. Die gesetzlichen Befugnisse des Auftraggebers finden sich in § 13 Absätze 1, 2 und 3 TtVG. Der Auftraggeber darf, wie oben dargelegt, die Angaben anfordern und verwendet diese ausschließlich im Rahmen seiner Kontrollverpflichtung bei der Abwicklung öffentlicher Aufträge. Rechtsgrundlage für die Erhebung und Verarbeitung von Beschäftigtendaten ist der § 16 Absatz 1, Absatz 2 und Absatz 4 Satz 2 TtVG in Verbindung mit § 3 Absatz 1 und Absatz 2 des Bremischen Ausführungsgesetzes zur EU-Datenschutz-Grundverordnung (BremDSGVOAG). In § 3 Absatz 1 und Absatz 2 BremDSGVOAG ist ausdrücklich geregelt, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten zu Zwecken der Erfüllung rechtlicher Verpflichtungen und Aufgaben, insbesondere zur Wahrnehmung von Kontrollbefugnissen – die vorliegend vom Auftraggeber auf Anordnung der beim Senator für Wirtschaft, Arbeit und Häfen angesiedelten Sonderkommission Mindestlohn wahrgenommen werden – zulässig ist.

Verweigert das betroffene Unternehmen seine vertragsgemäße Kooperation endgültig, so sind ihm die konkreten Konsequenzen schriftlich anzudrohen und eine angemessene Frist (ein bis zwei Wochen) für die Nachlieferung der geforderten Auskünfte/Unterlagen einzuräumen. Der Auftraggeber ist bereits an dieser Stelle gehalten, konkrete Sanktionen gemäß § 17 TtVG (vgl. Ziffer 5. des Formblatts 231HB bzw. 231HB-EU) auszuwählen und anzudrohen.

8. Abschlussbericht

Im Nachgang zur Übermittlung des vorläufigen Berichts und der Einsichtnahme/Prüfung weiterer Dokumente, teilt der Auftraggeber das Ergebnis seiner Überprüfung im Abschlussbericht mit. Führt die Informationserhebung (7.), beispielsweise die Einsichtnahme in Arbeitsverträge, zu einer Korrektur der im vorläufigen Bericht mitgeteilten Ersteinschätzung hinsichtlich der Eingruppierung der kontrollierten Personen ist dies im Abschlussbericht entsprechend kenntlich zu machen. Im Übrigen enthält der Abschlussbericht einen Abgleich zwischen den Ergebnissen der Vor-Ort-Kontrolle (5.) und den hieraus im vorläufigen Bericht gezogenen Schlüssen (6.) einerseits und den anschließend erhaltenen Informationen in Bezug auf jede der angetroffenen Personen andererseits.

9. Beauftragung Dritter mit der Durchführung der Stichprobenkontrolle

9.1. Soweit der Auftraggeber die Stichprobenkontrolle nicht selbst durchführen möchte, besteht die Möglichkeit, fachlich qualifizierte Dritte mit der Durchführung der Überprüfung zu beauftragen. Hierbei sollte zunächst die Beauftragung eines verwaltungsinternen Dienstleisters in Betracht gezogen werden. Die Gesundheit Nord Dienstleistungen GmbH übernimmt im Rahmen der vorhandenen Kapazitäten gegen Entgelt die Vornahme von Mindestlohnkontrollen für Auftraggeber im Land Bremen. Alternativ nehmen auch externe Dienstleister wie Planungsbüros, Wirtschaftsprüfer/innen oder Rechtsanwält/innen Aufträge für eine Mindestlohnprüfung entgegen.

9.2. Nach den bisherigen Erfahrungen hat sich die Durchführung der Stichprobenkontrollen durch Dritte in Fällen bewährt, in denen die Gefahr besteht, dass die seitens des Auftraggebers verantwortlichen Personen in einen Interessenkonflikt geraten könnten. Dies könnte dann der Fall sein, wenn die für eine gründliche Überprüfung zuständigen Personen zugleich für eine mangelfreie und zügige Umsetzung des Auftragsgegenstandes zuständig

und/oder auf ein besonderes Vertrauensverhältnis mit den ausführenden Unternehmen angewiesen sind.

- 9.3. Sofern die Durchführung der Stichprobenkontrolle einem Dritten übertragen wird, sind diesem diese Richtlinie und seine Anlagen zur Verfügung und ihm ein(e) Ansprechpartner/in des Auftraggebers zur Seite zu stellen. Der Dritte hat die Durchführung der Kontrolle zwingend nach Maßgabe der Vorgaben dieser Richtlinie vorzunehmen. Zwecks Sicherstellung der Umsetzung sämtlicher Vorgaben aus dieser Richtlinie, klärt der Auftraggeber im Vorfeld mit dem Dritten die Aufgabenverteilung ab; dies gilt insbesondere hinsichtlich der Frage, durch wen die Ersteinschätzung hinsichtlich der Eingruppierung der kontrollierten Personen vorgenommen wird. Es wird darauf hingewiesen, dass externe Dienstleister bei der Stichprobenkontrolle als öffentliche Stelle im Sinne des § 2 Absatz 2 BremDSGVOAG agieren und insofern den Bestimmungen dieses Gesetzes unterliegen. Die mit der Prüfung betrauten externen Personen sind nach dem Verpflichtungsgesetz zu verpflichten, sofern sie keine frühere Verpflichtung nachweisen.

10. Weiteres Verfahren

Nach Auswertung der vom Auftraggeber übermittelten Berichte und Unterlagen, nimmt die Sonderkommission eine Bewertung des kontrollierten Auftrages vor. Sind keine Anhaltspunkte für den Verstoß gegen Mindest-und/oder Tariflohnverpflichtungen ersichtlich, teilt die Sonderkommission dem öffentlichen Auftraggeber dieses Ergebnis unter Abschluss des Kontrollverfahrens mit. Bestehen hingegen Anhaltspunkte für das Vorliegen von Mindest-und/oder Tariflohnverstößen, lässt die Sonderkommission dem öffentlichen Auftraggeber eine vorläufige Bewertung der Sach- und Rechtslage mit entsprechenden Sanktionsempfehlungen zukommen. Vor dem Ausspruch endgültiger Sanktionen, ist dem Auftragnehmer und/oder etwaigen Nachunternehmern stets Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben; dabei sollte dem Auftragnehmer und/oder etwaigen Nachunternehmern die vorläufige Bewertung der Sonderkommission bzw. die sie betreffenden Teile davon zur Verfügung gestellt werden.

11. Sanktionierung

Ist dem Auftragnehmer und/oder einem etwaigen Nachunternehmer ein Verstoß gegen Mindest-und/oder Tariflohnvereinbarungen nachzuweisen oder kommt ein Unternehmen seinen Kooperationspflichten endgültig nicht nach, so werden

vertragliche Sanktionen ausgesprochen. Die Sonderkommission spricht gemäß § 17 Absatz 1 TtVG Empfehlungen für vertragliche Sanktionen (Vertragsstrafe, fristlose Kündigung) aus, die endgültige Entscheidung über diese Sanktionen bleibt jedoch dem Auftraggeber vorbehalten.

Des Weiteren besteht für den Auftraggeber die Möglichkeit, den Auftragnehmer von der öffentlichen Auftragsvergabe in Bremen für die Dauer von bis zu zwei Jahren auszuschließen; diese Sanktion kann grundsätzlich auch von der Sonderkommission Mindestlohn ausgesprochen werden (§ 17 Absatz 4 Satz 1 TtVG).

12. Abschluss des Prüfverfahrens

Sind die notwendigen Informationen erhoben und die ggf. notwendigen Sanktionen ausgesprochen, teilt die Sonderkommission dem Auftraggeber die Beendigung des Verfahrens mit. Nach endgültigem Abschluss der Stichprobenkontrolle sind die vom Auftragnehmer oder vom Nachunternehmer erhaltenen Unterlagen zurückzugeben oder, falls die Unterlagen zum Verbleib ausgehändigt wurden, zu vernichten. Personenbezogene Daten sind nach den Vorgaben der DSGVO zu löschen.

13. Abschließende Regelungen

Von Beginn einer Kontrolle an, über die einzelnen Verfahrensschritte und die Erstellung der Berichte hinweg bis hin zur Durchsetzung von Sanktionen und einer Reduzierung der Sperre nach § 2 Absatz 3 der Bremischen Vergabeverordnung, steht die Geschäftsstelle der Sonderkommission den Auftraggebern für Rückfragen und Informationen zur Verfügung. Dies gilt für angeordnete Stichprobenkontrollen ebenso wie für anlassbezogene Kontrollen.

Die Sonderkommission kann in begründeten Einzelfällen Abweichungen von der Einhaltung dieser Richtlinien zulassen.

Anhänge

1. Formblätter 231HB und 231HB-EU, 232HB und 232HB-EU
2. Muster eines vorläufigen Berichts
3. Informationsschreiben
4. Befragungsbogen

- Der Senat -

