

## Rundschreiben Nr. 02/2019 – Anlage 2

### Datenschutz

Ohne die Einsichtnahme in entsprechende Nachweise ist es dem öffentlichen Auftraggeber nicht möglich, die korrekte Zahlung von Mindest- oder Tariflöhnen zu überprüfen. § 13 Absatz 2 des Tarifvertrag und Vergabegesetzes (TtVG) bestimmt daher, dass „dem Auftraggeber Einsichtnahme in die zum Nachweis einer ordnungsgemäßen Entgeltleistung geeigneten Unterlagen, insbesondere Entgeltabrechnungen, Stundennachweise und Arbeitsverträge, sämtlicher zur Erfüllung des Auftrages eingesetzten Beschäftigten, auch der eingesetzten Nachunternehmer“ zu gewähren ist. Die jeweiligen Ziffern 2.3. der Mindest- und Tariflohnerklärung des Auftragnehmers (Formblatt 231HB bzw. 231HB-EU) bzw. der Vereinbarung zur Zahlung von Mindest- und Tariflöhnen durch Nachunternehmer (Formblatt 232HB bzw. 232HB-EU) setzen dies als Vertragsbedingungen um.

Eine Stichprobenkontrolle beinhaltet stets die Prüfung von Dokumenten, welche personenbezogene Daten enthalten. In den jeweiligen Ziffern 6. der aktuellen Mindest- und Tariflohnerklärung des Auftragnehmers (Formblatt 231HB bzw. 231HB-EU) bzw. der Vereinbarung zur Zahlung von Mindest- und Tariflöhnen durch Nachunternehmer (Formblatt 232HB bzw. 232HB-EU) wird hierauf ausdrücklich hingewiesen. Dennoch hat die Kontrollpraxis gezeigt, dass Auftragnehmer oder Nachunternehmer vereinzelt Bedenken gegen die Offenlegung von Dokumenten äußern und die Vorlage der angeforderten Dokumente verweigern oder diese durch (starkes) anonymisieren unkenntlich machen, wodurch eine Überprüfung der zu zahlenden Mindest- oder Tariflöhne im Ergebnis verhindert wird.

#### 1. Verweigerung der Vorlage von Nachweisen

Soweit der Auftragnehmer trotz der Vorgaben des Landesgesetzgebers und entgegen der von ihm eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen dennoch die Einsichtnahme in die von ihm angeforderten Nachweise unter Verweis auf den Datenschutz verweigert, kann mit folgendem Musterschreiben reagiert werden [*kursive* Textbestandteile sind zu entfernen, die farblichen Textbausteine sind einzelfallbezogen auszufüllen]:

„Sehr geehrte/r **XX**,  
entgegen unserer Aufforderung vom **XX.XX.XXXX** lehnen Sie eine Einsichtnahme in die **[konkrete Benennung der angeforderten Unterlagen]** unter Verweis auf daten-

schutzrechtliche Bestimmungen ab. Wir möchten Sie darauf hinweisen, dass Sie sich mit Angebotsabgabe gemäß Ziffer 2.3. des Formblatts 231HB bzw. 231 HB-EU [Anmerkung: Das im Vergabeverfahren verwendete Formblatt HB bzw. HB-EU hier entsprechend auswählen und unten entsprechend anpassen] zur Offenlegung von Unterlagen als Nachweis der korrekten Vertragserfüllung vertraglich verpflichtet haben.

*Anmerkung: Den Nachunternehmer trifft eine entsprechende Verpflichtung aus Ziffer 2.3. des Formblatts 232HB bzw. 232HB-EU, soweit dieses Formblatt Vertragsgrundlage wurde. Sofern die datenschutzrechtlichen Bedenken durch einen Nachunternehmer vorgetragen werden, ist das Schreiben sinngemäß anzupassen.*

Die Einsichtnahme in die Lohnunterlagen der Beschäftigten ist mit datenschutzrechtlichen Vorschriften auch vereinbar. Die Rechtsgrundlage für die Erhebung und Verarbeitung von Beschäftigtendaten der Auftragnehmer und der vom Auftragnehmer eingesetzten Nachunternehmer findet sich in § 16 Absatz 1, Absatz 2 und Absatz 4 Satz 2 sowie § 13 Absatz 2 und Absatz 3 des TtVG in Verbindung mit § 3 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 von uns auf Anordnung der beim Senator für Wirtschaft, Arbeit und Häfen angesiedelten Sonderkommission Mindestlohn wahrgenommen werden – zulässig ist.

Nur ein ordnungsgemäßer Abgleich zwischen den im Rahmen der Vor-Ort-Kontrolle am **XX.XX.XXXX** ermittelten Angaben der angetroffenen Beschäftigten und aktuellen und prüffähigen Lohnunterlagen kann Aufschluss darüber geben, ob die Pflicht zur Zahlung von Mindest- und Tariflöhnen auch tatsächlich eingehalten worden ist.

Vor diesem Hintergrund fordern wir Sie letztmalig zur Übermittlung der eingangs genannten Unterlagen unter Fristsetzung bis zum **XX.XX.XXXX** [Anmerkung: Eine ein- bis zweiwöchige Frist dürfte angemessen sein] auf. Alternativ können Sie uns die Lohnunterlagen auch an unserem Standort persönlich vorlegen. Wir weisen darauf hin, dass die Nichtvorlage der angeforderten Nachweise eine Vertragsverletzung darstellt, die gemäß der Ziffer 5. der Mindest- und Tariflohnerklärung des Auftragnehmers (Formblatt 231HB bzw. 231HB-EU) bzw. der Vereinbarung zur Zahlung von Mindest- und Tariflöhnen durch Nachunternehmer (Formblatt 232HB bzw. 232HB-EU) geahndet werden kann.

**Grußformel“**

## 2. Weitere Hinweise

- Übermitteln der Auftragnehmer und/oder ein Nachunternehmer Lohnunterlagen in (stark) anonymisierter Form (bspw. unter Schwärzung der Klarnamen), reicht dies als Nachweis einer vertragsgemäßen Lohnzahlung nicht aus. Die Mindestanforderungen an eine prüffähige Lohnunterlage ergeben sich aus Ziffer 7. der Richtlinie. Der Auftragnehmer ist auch in diesen Fällen – in Anlehnung an das vorstehende Muster-schreiben – zur Bereitstellung prüffähiger Unterlagen für seine Beschäftigten und/oder die Beschäftigten eines Nachunternehmers unter entsprechender Fristsetzung aufzufordern. Dabei kann in diesem Fall zusätzlich darauf hingewiesen werden, dass anonymisierte Lohnunterlagen den Anforderungen an prüffähige bzw. geeignete Unterlagen im Sinne des § 13 Absatz 2 und Absatz 3 des TtVG sowie der Ziffer 2.3.3. der Formblätter 231HB und 232HB bzw. 231HB-EU und 232HB-EU nicht genügen.
  
- Übermittelt der Auftragnehmer und/oder ein Nachunternehmer anstatt Lohnunterlagen lediglich eine Eigenerklärung des Inhalts, dass einschlägige Mindest- und Tariflöhne an die kontrollierten Personen entrichtet worden sind, ist dies ebenfalls als nicht ausreichend anzusehen. Eine solche Bestätigung entbindet den Auftragnehmer und/oder einen Nachunternehmer nicht von seiner vertraglichen Verpflichtung zur Vorlage von prüffähigen Unterlagen nach Ziffer 2.3.3. des Formblattes 231HB und 232HB bzw. 231HB-EU und 232HB-EU. Der Auftragnehmer ist sodann unter Verweis auf die vorgenannte Ziffer unter entsprechender Fristsetzung zur Übermittlung prüffähiger Unterlagen für seine Beschäftigten und/oder die Beschäftigten eines Nachunternehmers aufzufordern.