

Richtlinie für die Vornahme von Mindestlohnkontrollen im Sinne des § 16 Abs. 1 und 4 des Tariftreue- und Vergabegesetzes

Der Senat der Freien Hansestadt Bremen hat am 21.08.2012 auf der Grundlage des § 16 Abs. 5 des Tariftreue- und Vergabegesetzes die folgenden Richtlinien für die Verfahrensweise bei der Durchführung von Mindestlohnkontrollen beschlossen:

I. Meldung öffentlicher Aufträge an die Sonderkommission Mindestlohn

1. Die Erfassung der Vergabemeldungen nach § 16 Abs. 3 Satz 1 des Tariftreue- und Vergabegesetzes erfolgt im xml-Format. Die Sonderkommission Mindestlohn stellt zur Erstellung einer solchen Meldung ein Formular zur Verfügung. Die öffentlichen Auftraggeber können die Daten auch mittels einer Extraktion aus ihren Haushalts- oder Buchungsprogrammen automatisch generieren, sofern die so gewonnenen Daten mit der Datenverarbeitung der Sonderkommission Mindestlohn kompatibel sind.
2. Öffentliche 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 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.

II. Auswahl von Stichprobenkontrollen

1. Auf der Basis der Vergabemeldungen gemäß § 16 Abs. 3 Satz 1 des Tariftreue- und Vergabegesetzes wählt die Sonderkommission Mindestlohn öffentliche Aufträge für die Durchführung von Stichprobenkontrollen aus.
2. Die Sonderkommission Mindestlohn setzt bei der Auswahl der Kontrollen Schwerpunkte, die sich an den bisherigen Erfahrungen mit bestimmten Dienstleistungen oder Bauleistungen orientieren. Im jeweiligen Einzelfall kann entweder die Überprüfung einer kompletten Baustelle oder auch nur einzelner Gewerke einer Baustelle von der Son-

derkommission festgelegt werden. Hinsichtlich der Dienstleistungen werden sich die Stichproben im Bereich von Tätigkeiten verdichten, bei denen sich ein ausgeprägter Niedriglohnsektor entwickelt hat.

3. Die Sonderkommission informiert das Hauptzollamt Bremen – Finanzkontrolle Schwarzarbeit – über die für eine Stichprobenkontrolle ausgewählten Aufträge, um gegenseitige Störungen bei der Vornahme von Kontrollen zu vermeiden.
4. Die Festlegung von Stichproben durch die Sonderkommission Mindestlohn entbindet die bremischen öffentlichen Auftraggeber nicht davon, weiterhin anlassbezogene Überprüfungen durchzuführen, bzw. selbst Stichproben festzulegen (vgl. § 16 Abs. 1 des Tariftreue- und Vergabegesetzes).

III. Vorbereitung der Überprüfungen

1. Sichtung der vorhandenen Unterlagen

Der von der Sonderkommission zur Veranlassung einer Überprüfung aufgeforderte öffentliche Auftraggeber sollte vor der Durchführung der Überprüfung Folgendes vorbereiten:

- a) Verifizierung, dass in Bezug auf die zu kontrollierende Leistung eine Mindestlohnklärung tatsächlich Gegenstand des Vertrages mit dem Auftragnehmer geworden ist. Dies geschieht für gewöhnlich durch das Beifügen des Formulars 231 HB bzw. 231 HB-EU (siehe Formulare unter www.fastforms.de/bremen);
- b) Klärung, welche Unternehmen mit der zu kontrollierenden Leistung befasst sind, insbesondere ob es sich hier um den Auftragnehmer selbst oder um einen Nachunternehmer handelt (Formular 232 HB bzw. 232 HB-EU);
- c) Durchsicht aller Listen/Daten, aus denen die Anzahl und die Namen der für die zu prüfende Leistung eingesetzten Beschäftigten am Leistungsort hervorgehen;
- d) Durchsicht des Angebots hinsichtlich des von dem Auftragnehmer veranschlagten Lohns;
- e) Überprüfung des Maßstabes für den Mindestlohn. Dieser
 - richtet sich bei der nationalen Vergabe von Bauaufträgen nach dem in der Anlage zum Formular 231 HB angegebenen Tariflohn,
 - richtet sich nach einem allgemeinverbindlichen Tarifvertrag, sofern die zu überprüfende Leistung in den Anwendungsbereich des Arbeitnehmerentsendegesetzes fällt.

(sh. hierzu Liste der Mindestlöhne im Sinne des Arbeitnehmerentsendegesetzes auf der Website des Senators für Wirtschaft, Arbeit und Häfen, Abteilung Arbeit:

<http://www.arbeit.bremen.de/sixcms/detail.php?qsid=bremen69.c.3286.de>),

- darf nicht unterhalb des Mindestlohnes nach dem Bundesmindestlohngesetz liegen, es sei denn, es liegt eine Ausnahme nach dem Bundesmindestlohngesetz vor,
- beträgt bei nationalen Vergaben aber in jedem Falle wenigstens 8,80 EUR.

Fällt die zu überprüfende Leistung nicht in den Anwendungsbereich des Arbeitnehmerentsendegesetzes oder des Bundesmindestlohngesetzes und ist sie in einem EU-weiten Verfahren vergeben worden, entfällt eine Überprüfung. Der Sonderkommission ist eine Fehlanzeige mitzuteilen.

IV. Beauftragung Dritter mit der Überprüfung

Soweit der öffentliche Auftraggeber die Überprüfung 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 öffentliche Auftraggeber im Land Bremen. Alternativ nehmen auch externe Dienstleister wie Planungsbüros, Wirtschaftsprüfer/innen oder Rechtsanwälte/innen Aufträge für eine Mindestlohnprüfung entgegen.

Nach den bisherigen Erfahrungen hat sich die Durchführung der Überprüfung 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.

Sofern die Kontrollaufgabe einem Dritten übertragen wird, sollten diesem die oben beschriebenen Unterlagen/Informationen zur Verfügung gestellt und ihm ein(e) Ansprechpartner/in des öffentlichen Auftraggebers zur Seite gestellt werden. Es wird darauf hingewiesen, dass externe Dienstleister bei der Mindestlohnkontrolle als öffentliche Stelle im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 2 des Bremischen Datenschutzgesetzes 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.

V. Terminfestlegung für die Überprüfung

Der Überprüfungstermin darf nur den notwendig zu beteiligenden Personen bekannt gegeben werden. Die Stichprobenkontrolle ist grundsätzlich spätestens zwei Wochen nach der Aufforderung durch die Sonderkommission Mindestlohn durchzuführen.

Hierbei ist auf Folgendes zu achten:

1. Sollte diese Frist nicht eingehalten werden können, ist die Sonderkommission Mindestlohn unter Angabe der konkreten Hinderungsgründe zu informieren.
2. Kann eine Überprüfung innerhalb der zweiwöchigen Frist deshalb nicht durchgeführt werden, weil die Ausführung des Auftrags nicht in dem bei der Auftragsvergabe geplanten Zeitfenster stattfindet, so teilt der öffentliche Auftraggeber der Sonderkommission Mindestlohn unmittelbar nach dem Erhalt der Kontrollanordnung die aktualisierten Ausführungsfristen mit.
3. Der Überprüfungstermin soll auf einen Zeitpunkt gelegt werden, an dem damit zu rechnen ist, dass eine möglichst große Anzahl an Beschäftigten des Auftragnehmers bei der Ausführung des Auftrags angetroffen wird. Bei Aufträgen, deren Ausführung nicht innerhalb eines Kalendermonats erfolgt, soll die Überprüfung nicht schon im ersten Kalendermonat stattfinden.
4. Der Überprüfungstermin soll möglichst in die zweite Monatshälfte gelegt werden. Dies verringert die Zeit, die nach der Vor-Ort-Kontrolle auf die Lohnabrechnungen des jeweiligen Monats gewartet werden muss und beschleunigt so das Verfahren. Die Sonderkommission Mindestlohn wird die Kontrollanordnungen dementsprechend in der Mitte eines Monats verschicken.
5. Vermutet der öffentliche Auftraggeber den besten Kontrollzeitpunkt nach Maßgabe der Nummer 3 und 4 außerhalb der zweiwöchigen Frist, soll eine Verschiebung des Kontrolltermins mit der Sonderkommission Mindestlohn verabredet werden.

VI. Durchführung der Überprüfungen

Bei der Überprüfung am Ort der Leistungserbringung ist zu beachten:

1. Die Überprüfung darf nicht angekündigt werden, um das Überraschungsmoment nutzen zu können;

2. Die Überprüfung sollte durch mindestens zwei Personen durchgeführt werden, um für getroffene Aussagen gegebenenfalls einen Zeugen an der Seite zu haben und um später umfassender dokumentieren zu können;
3. Gegenstand der Überprüfung ist eine Befragung der Beschäftigten am Ort der Auftragsausführung zu
 - a) ihrer Person (Name),
 - b) ihrer Entlohnung mit besonderem Schwerpunkt auf dem je Arbeitsstunde zu zahlenden Entgelt und den Überstundenansätzen,
 - c) ihrer Tätigkeit und
 - d) dem Zeitpunkt, seit dem sie mit der Ausführung des Auftrags beschäftigt sind.

Soweit die Beschäftigten am Ort der Auftragsausführung Stundenzettel führen, sollten die dort getätigten Einträge notiert und mit den auf den Lohnabrechnungen angegebenen geleisteten Arbeitsstunden abgeglichen werden.

4. Es besteht keine Verpflichtung der Beschäftigten zur Erteilung von Auskünften. Sollten die Beschäftigten zur Erteilung dieser Auskünfte nicht bereit sein, kann allenfalls hinterfragt werden, ob die Beschäftigten von ihrem Arbeitgeber über die Befugnis des öffentlichen Auftraggebers, die Entlohnung zu überprüfen und auf die Möglichkeit einer Kontrolle hingewiesen wurden. Ist dies nicht der Fall, so stellt dies bereits eine Vertragsverletzung dar [vgl. Ziffer 2, Sätze 4 und 5 der Erklärung Auftragnehmer, Formular 231 HB bzw. 231 HB-EU].
5. Die befragten Beschäftigten sollten gebeten werden, den kontrollierenden Personen direkten Einblick in die Lohnunterlagen zu gewähren;
6. Parallel dazu sind die relevanten Lohnunterlagen bei einer/m verantwortlichen Ansprechpartner/in des Auftragnehmers oder des Nachunternehmers einzufordern;
7. Sind die Lohnunterlagen am Ort der Leistungserbringung nicht verfügbar (Regelfall), so geschieht die Einsichtnahme durch einen unverzüglichen Besuch bei der Geschäftsniederlassung. Ist dies nicht möglich, wird die Geschäftsführung des Unternehmens um unverzügliche Zusendung der Lohnunterlagen für die mit der Leistungserbringung beauftragten Beschäftigten gebeten. In beiden Fällen erstreckt sich die Möglichkeit der Einsichtnahme grundsätzlich auf den kompletten Zeitraum, in dem die bei der Vor-Ort-Kontrolle angetroffenen Beschäftigten zur Erbringung der Leistung eingesetzt waren. Für Beschäftigte, die am Tag der Kontrolle und ausweislich ihrer Angabe auch im Vormonat mit

der Erbringung der Leistung befasst waren, müssen wenigstens die Lohnabrechnungen des Monats, in dem die Kontrolle stattfindet, und des Vormonats eingesehen werden.

8. Es empfiehlt sich, bei der Einsichtnahme vor Ort bzw. bei der Anforderung der Unterlagen auf Ziffer 2 des Formulars 231 HB bzw. 231 HB-EU hinzuweisen. Für Nachunternehmer gilt die Ziffer 3 in Verbindung mit der Nachunternehmererklärung 232 HB bzw. 232 HB-EU (sh. www.fastforms.de/bremen).
9. Die befragten Beschäftigten sind davon zu unterrichten, dass Einsicht in ihre Lohnabrechnungen genommen werden wird. Es wird empfohlen, den Beschäftigten das Schreiben „Mindestlohn“ (Anhang 3) vor der Kontrolle auszuhändigen.

Weigert sich ein Unternehmen, die entsprechenden Lohnunterlagen von Beschäftigten an den Auftraggeber heraus zu geben, stellt dies eine Vertragsverletzung dar. Zwar gewähren weder die in § 16 Abs. 1 des Tariftreue- und Vergabegesetzes festgelegte Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers, die Einhaltung der vertraglichen Vereinbarung über zu zahlende Mindestlöhne zu überprüfen noch sonstige Rechtsvorschriften dem öffentlichen Auftraggeber hoheitliche (polizeiliche) Befugnisse, um die Beantwortung von Fragen, bzw. die Herausgabe der Unterlagen zu erzwingen.

Den Auftragnehmer trifft jedoch eine vertragliche Verpflichtung zur Offenlegung seiner Lohnzahlungen, welche er durch das Unterzeichnen seines Angebotes mit dem Auftraggeber vereinbart hat. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Auftraggeber – wozu dieser verpflichtet ist – den Verdingungsunterlagen das Formular 231 HB bzw. 231 HB-EU (vgl. dort Ziffer 2) beigefügt hat. Die Rechte des Auftraggebers gegenüber dem Nachunternehmer ergeben sich aus Ziffer 3 Satz 3 dieses Formblattes, sofern der Auftragnehmer ordnungsgemäß eine Vereinbarung nach Formular 232 HB bzw. 232 HB-EU abgeschlossen hat.

Die Verpflichtungen der Auftragnehmer und der Nachunternehmer sind mit den datenschutzrechtlichen Bestimmungen vereinbar. Die gesetzlichen Befugnisse des öffentlichen Auftraggebers finden sich in § 16 Abs. 7 und Abs. 9 des Tariftreue- und Vergabegesetzes. Der öffentliche Auftraggeber darf, wie oben dargelegt, die Angaben anfordern und verwendet diese ausschließlich im Rahmen seiner Kontrollverpflichtung bei der Abwicklung öffentlicher Aufträge.

VII. Vorläufiger Bericht (siehe Anhang 2)

Unmittelbar nach der Kontrolle hält der öffentliche Auftraggeber, bzw. seine Beauftragte/sein Beauftragter die wesentlichen Erkenntnisse der Kontrolle in einem vorläufigen Bericht schriftlich fest:

1. Sortierung der Dokumentation nach den geprüften Firmen, ggf. jeweils mit eigenen Kategorien für eingesetzte Nachunternehmer;
2. Befragung der Beschäftigten;
3. Darstellung des weiteren Vorgehens, z. B. mit folgenden Unterkategorien
 - a) Besteht ein Verdacht auf Unterschreitung des vereinbarten Mindestlohnes nach dem ersten Eindruck?
 - b) Sind noch Unterlagen der kontrollierten Unternehmen zu sichten?
 - c) Sofern sich der Mindestlohn aus einem allgemeinverbindlichen Tarifvertrag aus dem Anwendungsbereich des Arbeitnehmerentsendegesetzes ergibt, bedarf es hier noch der Aufklärung tarifvertraglicher Sachverhalte über die Tarifauskunftsstelle beim Arbeitsressort oder über Arbeitgeberverband oder Gewerkschaft?
 - d) Ist im Übrigen noch eine Prüfung rechtlicher/tatsächlicher Sachverhalte erforderlich?
 - e) Sind weitere Gespräche mit dem Unternehmen, welches die zu prüfende Leistung ausführt, erforderlich? Sofern dies ein Nachunternehmer ist, sind Gespräche mit dem Auftragnehmer erforderlich?
 - f) Sonstige Erkenntnisse der Kontrolle (z. B. Verdacht auf Straftaten, Ordnungswidrigkeiten, besondere Auffälligkeiten)

Betrachtet der öffentliche Auftraggeber seine Überprüfung als abgeschlossen, ist dies ausdrücklich im vorläufigen Bericht zu erwähnen.

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

VIII. Weiteres Verfahren

Besteht der Verdacht eines Verstoßes gegen die vereinbarten Mindestlöhne oder verweigert das betroffene Unternehmen die vertragsgemäße Kooperation, so wird der vorläufige Bericht bis zur endgültigen Klärung des Sachverhaltes fortgeschrieben. Zu diesem Zweck berichtet der öffentliche Auftraggeber der Sonderkommission Mindestlohn regelmäßig über den Fortgang des Verfahrens. Die zur Beurteilung des Sachverhaltes notwendigen Informationen sind der Sonderkommission Mindestlohn zuzuleiten. Verweigert das betroffene Unternehmen die vertragsgemäße Kooperation, so sind ihm die konkreten Konsequenzen schriftlich anzudrohen und eine angemessene Frist für die Nachlieferung der geforderten Auskünfte/Unterlagen einzuräumen. Der öffentliche Auftraggeber ist bereits an dieser Stelle gehalten, konkrete Sanktionen gemäß § 16 des Tariftreue- und Vergabegesetzes [vgl. Ziffern 5. bis 8. aus Formular 231 bzw. 231EG] auszuwählen und anzudrohen.

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

IX. Sanktionierung

Ist einem Unternehmen ein Verstoß gegen Mindestlohnvereinbarungen nachzuweisen oder kommt ein Unternehmen seinen Kooperationspflichten endgültig nicht nach, so werden vertragliche Sanktionen ausgesprochen. Die Sonderkommission Mindestlohn spricht hierzu eine Empfehlung aus, die endgültige Entscheidung über die Sanktion verbleibt aber beim öffentlichen Auftraggeber (§ 16 Abs. 4 Satz 3 des Tariftreue- und Vergabegesetzes).

X. Abschluss des Prüfverfahrens

Sind die notwendigen Informationen erhoben und die ggf. notwendigen Sanktionen ausgesprochen, teilt die Sonderkommission Mindestlohn dem öffentlichen 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.

Vom Beginn einer Kontrolle bis zur Erstellung des endgültigen Berichts steht die Geschäftsstelle, bzw. die Geschäftsführung der Sonderkommission den öffentlichen Auftraggebern für Rückfragen und Informationen zur Verfügung. Dies gilt für Stichprobenkontrollen ebenso wie für anlassbezogene Kontrollen. Die Sonderkommission Mindestlohn kann im Einzelfall Abweichungen von der Einhaltung dieser Richtlinien zulassen.

Anhänge

1. –entfallen–
2. Muster eines vorläufigen Berichts
3. Informationsschreiben „Mindestlohn“

- Der Senat -