

Sonderkommission Mindestlohn - Tätigkeitsbericht 2019

– Berichtszeitraum 1. März 2017 bis 28. Februar 2019 –

Vor der Ausführung von Bau- oder Dienstleistungsaufträgen verpflichten sich die Vertragspartner der öffentlichen Hand, ihren Beschäftigten ein Mindestentgelt zu zahlen, welches den Vorgaben des Tariftreue- und Vergabegesetzes entspricht. Die öffentlichen Auftraggeber, wozu neben der Kernverwaltung auch viele mehrheitlich öffentlich finanzierte Gesellschaften und Einrichtungen zählen, lassen sich die Einhaltung dieser Verpflichtung in standardisierten Vertragsbedingungen zusichern. Diese Vertragsbedingungen¹ enthalten neben der Verpflichtung zur Zahlung von Mindestentgelten auch umfassende Kooperationspflichten des Auftragnehmers für den Fall einer Kontrolle durch den Auftraggeber. Vermag der Auftragnehmer hierbei keine korrekte Bezahlung seiner Beschäftigten zu belegen, so muss er mit vertraglichen Sanktionen und einem Ausschluss von zukünftigen Vergabeverfahren rechnen. Dabei ist der Auftragnehmer nicht nur für die Bezahlung seiner eigenen Beschäftigten verantwortlich. Wenn für Teile der Leistungen vom Auftragnehmer Nachunternehmer eingesetzt werden, hat der Auftragnehmer auch dafür zu sorgen, dass die Vorgaben des Tariftreue- und Vergabegesetzes auch von diesen Unternehmen eingehalten werden. Die Sanktionierung eines Auftragnehmers ist auch dann möglich, wenn eine Vertragsverletzung von einem Nachunternehmer begangen wurde. Zusätzlich hat der Gesetzgeber in der jüngsten Neufassung des Tariftreue- und Vergabegesetzes, die am 19.12.2017 in Kraft getreten ist, die Möglichkeit geschaffen, dass auch Nachunternehmer durch Eintragung in das Vergaberegister von der Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen werden können.

Die genaue Höhe des vom Auftragnehmer bzw. seinen Nachunternehmern jeweils zu zahlenden Lohnes hängt vom Auftragswert, vom Auftragsgegenstand und vom Beschäftigungsverhältnis ab. Die Vorschriften des Tariftreue- und Vergabegesetzes sehen im Einzelnen folgende Differenzierungen vor:

1. Bei nationalen Vergabeverfahren über Baudienstleistungen sind ortsübliche Tariflöhne zu zahlen, wobei die Feststellung der Ortsüblichkeit konkreter Tarifverträge bei Konkurrenz mehrerer in Betracht kommender Tarifvertragswerke auf den Empfehlungen eines paritätisch von Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern besetzten Beirates basiert. Bei der Vergabe von

¹ Nachzulesen unter www.fastforms.de/bremen Formulare 231HB und 232HB sowie 231HB-EU und 232HB-EU.

Verkehrsdienstleistungen bilden ebenfalls ortsübliche Tarifverträge den Maßstab für die zu zahlenden Stundenlöhne, hier bedarf es zusätzlich zu den Empfehlungen des Beirates auch einer Auswahlentscheidung des für die Vergabe konkret anzuwendenden, ortsüblichen Tarifvertrages durch den öffentlichen Auftraggeber.

2. Unabhängig von der Verfahrensart dürfen die Mindestlöhne bzw. Lohnuntergrenzen nach den Regelungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes, des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und der auf ihrer Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen sowie die Löhne eines auf der Grundlage von § 5 des Tarifvertragsgesetzes für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags im Sinne von § 4 Absatz 1 Nummer 1 sowie §§ 5 und 6 Absatz 2 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes nicht unterschritten werden.
3. Der bremische Mindestlohn von zurzeit 9,19 € brutto je Zeitstunde stellt bei nationalen Vergabeverfahren die absolute Mindestlohnuntergrenze dar, selbst wenn das Bundesrecht Ausnahmen zulässt.
4. Bei europaweiten Vergabeverfahren gilt gemäß der Zweiten Verordnung zur Anpassung der Höhe des Mindestlohns ein Mindestlohn von 9,19 € brutto je Zeitstunde.

Die Regelungen stehen nach den Vorschriften des Tariftreue- und Vergabegesetzes nebeneinander, wobei die Ziffern 1 und 3 nur zu Anwendung kommen, wenn der Auftragswert der zu vergebenden Leistung den Schwellenwert für ein europaweites Vergabeverfahren nicht überschreitet. Im Verhältnis zueinander geht stets diejenige Regelung vor, die den Beschäftigten die höhere Entlohnung verspricht. Hierbei kann man sich in der Regel an der oben dargestellten Rangfolge orientieren.

Der Geschäftsführung der Sonderkommission Mindestlohn obliegt die Anordnung von Stichprobenkontrollen durch die öffentlichen Auftraggeber. Sie unterstützt die Auftraggeber aber auch bei der Bewertung der vor Ort festgestellten Tatsachen und der vom Auftragnehmer vorlegten Unterlagen. Dieser Aufgabenbereich hat im aktuellen Berichtszeitraum ganz erheblich an Bedeutung gewonnen. Denn am 10. Mai 2016 wurde die Tariftreue im Sinne der oben genannten Ziffer 1 im Bausektor durch eine entsprechende Änderung des Tariftreue- und Vergabegesetzes wieder eingeführt. Dies bedeutet, dass der Maßstab, an dem sich die Lohnzahlung der AuftragnehmerInnen bis zu diesem Zeitpunkt orientierte, grundlegend veränderte. Denn zuvor waren die Bauunternehmen lediglich verpflichtet, die allgemeinverbindlichen Lohngruppen I und II des Tarifvertrags zur Regelung der Mindestlöhne im Baugewerbe im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zu zahlen, wobei für einige Branchen jenseits des Bauhauptgewerbes sogar hierfür eine Ausnahmeregelung galt, so dass in diesen Fällen letztlich nur der allgemeine

Bundesmindestlohn einzuhalten war. Insgesamt kamen nach alter Rechtslage also drei verschiedene Lohntarife in Betracht.

Nach dem 10. Mai 2016 verwiesen die Vertragsbedingungen auf örtliche Branchentarifverträge. Konkret sind zurzeit Tarifverträge für 14 verschiedene Branchen hinterlegt, die jeweils ca. acht bis zehn verschiedene Gehaltsstufen zuzüglich der nach Lehrjahren gestaffelten Ausbildungsvergütungen ausweisen. Insgesamt können im Baubereich branchenübergreifend mehr als 100 verschiedene Lohntarife zum Prüfungsmaßstab werden.

Bei der korrekten Feststellung des vom Auftragnehmer zu zahlenden Lohnes benötigen die öffentlichen Auftraggeber bis heute ein erhebliches Maß an Unterstützung. Dies betraf im ersten Jahr des Berichtszeitraumes vorrangig die Benennung des richtigen Tarifvertrages und die Feststellung der überhaupt in Betracht kommenden Tariflöhne. Denn die öffentlichen Auftraggeber sind mit der Auswertung von Tarifverträgen in der Regel nicht vertraut. Dies führte letztlich zu einer nicht unerheblichen Rechtsunsicherheit auf Seiten der öffentlichen Auftraggeber sowohl bei der Vergabe öffentlicher Aufträge einerseits als auch bei der Stichprobenkontrolle andererseits. Als Reaktion darauf hat der Senat daher empfohlen, der Bremischen Bürgerschaft eine erneute Änderung des Tariftreue- und Vergabegesetzes zur Beschlussfassung vorzulegen, welche den maßgeblichen Tariflohn genauer definiert. Am 19. Dezember 2017 trat die entsprechende Gesetzesänderung in Kraft. Basierend auf dieser neuen gesetzlichen Definition vermochte die Sonderkommission Mindestlohn für die einzelnen Branchen gesetzeskonforme, d.h. den einzelnen Leistungsbestandteilen eines Bauauftrages zugeordnete Entgelttabellen zu entwickeln, die konkrete Stundenlöhne aus den ortsüblichen Branchentarifverträgen benennen. Damit konnten diese Entgelttabellen als transparente Vertragsbedingungen in die Vergabeunterlagen einfließen. Die öffentlichen Auftraggeber verwenden diese Entgelttabellen über ein für sie kostenloses und offen zugängliches Online-Tool².

Die damit zur Verfügung stehenden Vertragsbedingungen verlagerten den Beratungsbedarf der öffentlichen Auftraggeber auf einen anderen Aspekt der Stichprobenkontrolle. Die Feststellung des korrekten Tariflohnes setzt nämlich zuvor die Bewertung der vor Ort wahrgenommenen Tätigkeit anhand der tarifvertraglich vorgesehenen Tätigkeitsmerkmale voraus. Die Verantwortung, sich über diese Zuordnung im Rahmen einer Stichprobenkontrolle ein Bild zu machen, obliegt dem öffentlichen Auftraggeber, was für die dortigen Beschäftigten eine besondere Herausforderung darstellt; gleiches gilt auch für die Dienstleister, die als Dritte häufig für der Durchführung der Kontrolle beauftragt werden. Die Sonderkommission

² Instrument zur Erstellung der entsprechenden Vertragsbedingungen siehe unter <https://vergabeinfo.bremen.de/konfigurator>.

Mindestlohn steht den Auftraggebern in diesen Fällen, die gerade in der zweiten Hälfte des Berichtszeitraums zum Regelfall geworden sind, stets beratend zur Seite, was einen nicht unerheblichen zeitlichen Aufwand verursacht. Um die Wirksamkeit des vom Gesetzgeber gewünschten Effektes der Wiedereinführung der Tariftreue zu gewährleisten, gibt es hierzu gegenwärtig keine Alternative.

1. Entgegennahme von Vergabemeldungen

In der Regel liegt einer Stichprobenkontrolle eine entsprechende Anordnung der Sonderkommission Mindestlohn zugrunde. Es gibt aber auch öffentliche Auftraggeber, die sich aus eigener Initiative zur Durchführung einer Kontrolle entschließen.

Die Anordnungen der Sonderkommission Mindestlohn basieren auf einem Datenbestand, der sich aus den Vergabemeldungen der Auftraggeber aus Bremen und Bremerhaven zusammensetzt. Es besteht gemäß § 16 Absatz 3 Satz 1 des Tariftreue- und Vergabegesetzes eine unbedingte Verpflichtung für alle öffentlichen Auftraggeber, die von ihnen vergebenen Dienstleistungs- und Bauaufträge zu melden; dies gilt für alle Auftragsvolumina, d.h. bereits ab dem ersten Euro und umfasst einen Satz von zehn Informationen³.

Im Berichtszeitraum haben 66 verschiedene öffentliche Auftraggeber die Vergabe von insgesamt etwa 6.200 öffentlichen Aufträgen gemeldet. Die Anzahl der Meldungen an die Sonderkommission Mindestlohn hat damit im Vergleich zum Berichtszeitraum zwischen März 2015 und Februar 2017 noch einmal um knapp 16 % zugenommen, nachdem vor zwei Jahren bereits eine Zunahme von über 20 % verzeichnet werden konnte. Die Steigerungen lassen sich vermutlich auf eine weitere Professionalisierung der für die Vergabe zuständigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in den Vergabestellen zurückführen. Dies kann beispielsweise bei der BREPARK GmbH festgemacht werden, die im Berichtszeitraum eine Kooperation mit dem Vergabemanagement bei Immobilien Bremen (IB) begonnen hat und deren Anzahl an Vergabemeldungen von 19 im vorherigen Berichtszeitraum auf 65 im aktuellen Berichtszeitraum zugenommen hat.

Die Anzahl der öffentlichen Auftraggeber, die überhaupt Vergabemeldungen abgibt, ist unverändert geblieben.

Den weitaus größten Anteil gemeldeter Aufträge vereinen dabei wiederum die BBSAG und Immobilien Bremen – letztere auch als zuständige Stelle für das Sondervermögen Immobilien und Technik (SVIT) – auf sich. Beide Auftraggeber meldeten innerhalb des zweijährigen Berichtszeitraums insgesamt mehr als 1.000

³ Die Meldung kann hier <https://www.wirtschaft.bremen.de/sixcms/media.php/13/Rundschreiben%2004-2012%20sonderkommission%20Mindestlohn%20-%20anlage%20%20blank.pdf> direkt online abgegeben werden.

Aufträge, wobei die BSAG mit knapp über 1.500 Meldungen in den zurückliegenden 24 Monaten erstmals die aktivere dieser beiden Vergabestellen war.

Hervorzuheben sind unverändert auch die Wirtschaftsförderung Bremen GmbH (WFB) mit 375 sowie die bremenports GmbH & Co. KG mit 170 abgegebenen Vergabemeldungen. Eine dreistellige Anzahl von Vergabemeldungen haben außerdem die Gesundheit Nord gGmbH inklusive der Kliniken, die Gewoba AG, die Arbeitnehmerkammer, der Umweltbetrieb Bremen (UBB), das Amt für Straßen und Verkehr (ASV), auch als zuständige Stelle für das Sondervermögen Infrastruktur, die Bremer Bäder GmbH und die Hanseatische Naturentwicklung GmbH erreicht, wobei letztere die Anzahl ihrer Meldungen im Vergleich zum vorherigen Berichtszeitraum verdreifacht hat.

Bei den Bremerhavener Vergabestellen Seestadt Immobilien und Amt für Straßen- und Brückenbau lässt sich feststellen, dass sich die Anzahl der Meldungen jeweils vervielfacht hat und auch Seestadt Immobilien nun zur Gruppe der Auftraggeber mit einer dreistelligen Anzahl von Meldungen zählt.

2. Angeordnete Stichprobenkontrollen

Die Sonderkommission Mindestlohn hat auf der Basis des oben beschriebenen Datenbestandes im Berichtszeitraum 108 Mindestlohnkontrollen angeordnet. Dabei hat die Sonderkommission Mindestlohn in bewährter Weise vorrangig öffentliche Aufträge in den Fokus genommen, bei deren Ausführung hinsichtlich des Auftragswertes und der jeweiligen Branche mit einem Einsatz von Arbeitskräften auf niedrigem Lohnniveau gerechnet werden kann.

Für Stichprobenkontrollen wurden 17 Aufträge mit einem Auftragswert von weniger als 50.000,- € ausgewählt, unterhalb von 10.000,- € blieb die Sonderkommission Mindestlohn hierbei nur in einem Fall. Bei den übrigen 91 Stichprobenkontrollen griff die Sonderkommission Mindestlohn auf die Meldungen von Aufträgen zu, deren Auftragswert bei wenigstens 50.000,- € liegt. Dies traf für etwa 1.900 der Vergabemeldungen zu.

Im Kernsegment, der Kontrolle etwas höherwertiger Aufträge in den Schwerpunktbranchen der Bau- und Dienstleistungen, hat die Sonderkommission Mindestlohn eine Anzahl von Kontrollen angeordnet, die mit jener im vorherigen Berichtszeitraum (94) vergleichbar ist.

Aufgrund der im Frühjahr 2018 notwendigen Umsetzung der Vorschriften der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) mussten eine Reihe von Unterlagen angepasst und insbesondere die Auftraggeber auf eine Befragungs- und Informationspraxis vorbereitet werden, welche den Anforderungen der DSGVO gerecht wird. Da diese Vorbereitung der Auftraggeber bis zum 25. Mai 2018 – dem Beginn des Geltungszeitraums der DSGVO – noch nicht vollständig sicher gestellt war, hat die Sonderkommission Mindestlohn die Durchführung von Vor-Ort-Kontrollen nach diesem Zeitpunkt vorsorglich für einige Wochen unterbrochen.

Für den kommenden Berichtszeitraum ist wieder eine höhere Anzahl an Mindestlohnkontrollen zu erwarten. Mit der in Erarbeitung befindlichen Neufassung der Richtlinie über die Vornahme von Mindestlohnkontrollen wird der Senat den Ablauf der Kontrollen und insbesondere die Prüfanforderungen in Tariftreuefällen genauer definieren und vereinheitlichen. Hinzu kommt, dass beim Senator für Wirtschaft, Arbeit und Häfen seit Oktober 2018 eine zusätzliche Mitarbeiterin in der Geschäftsstelle der Sonderkommission Mindestlohn für die Unterstützung öffentlicher Auftraggeber bei der Vornahme von Stichprobenkontrollen zur Verfügung steht.

Folgende Einrichtungen haben im Berichtszeitraum Kontrollanordnungen erhalten:

Auftraggeber	Anzahl Kontrollen
Immobilien Bremen AöR	32
Bremer Straßenbahn AG	8
Seestadt Immobilien, tlw im Auftrag des Magistrats der Stadt Bremerhaven	7
Amt für Straßen und Verkehr	6
bremenports GmbH & Co. KG	6
Gesundheit Nord gGmbH, inklusive der Kliniken	6
BREPARK GmbH	5
Wirtschaftsförderung Bremen GmbH	5
Brhv. Gesellschaft für Investitionsförderung und Stadtentwicklung	3
Flughafen Bremen GmbH	3
Universität Bremen	3
Fischereihafen-Betriebsgesellschaft mbH	3
HAGE GrundstücksverwaltungsGmbH	2
Hanseatische Naturentwicklung GmbH	2
Hochschule Bremerhaven	2
Umweltbetrieb Bremen	2
AWO Soziale Dienste gGmbH	1
Bremerhavener Entsorgungsgesellschaft mbH	1
Gewoba AG	1
Hochschule Bremen	1
Performa Nord	1
Polizei Bremen	1
Staats- und Universitätsbibliothek Bremen	1
Die Senatorin für Finanzen	1
Die Senatorin für Kinder und Bildung	1
Städtische Wohnungsgesellschaft Bremerhaven	1
Studentenwerk Bremen	1
Bremerhavener Versorgung- und Verkehrsgesellschaft mbH	1
Werkstatt Bremen	1
Gesamt	108

Unter Hinzunahme der dreißig Kontrollverfahren, die zum Abschluss des vorherigen Berichtszeitraums am 28.02.2017 in der Bearbeitung waren⁴, standen im aktuellen Berichtszeitraum 138 Fälle zur Bearbeitung an. Allerdings war die Rücknahme von acht Kontrollanordnungen aus unterschiedlichen Gründen erforderlich. In einem Fall war die Leistungserbringung aufgrund ganz erheblicher Bauverzögerungen nicht absehbar, in einem anderen Fall lag der Auftraggeber so gut in der Zeit, dass die zu kontrollierende Leistung bereits erbracht war. In zwei weiteren Fällen war der Auftragnehmer wegen einer Kündigung bzw. einer Insolvenz nicht mehr anzutreffen. In zwei Fällen war es zuvor zu einer fehlerhaften Vergabemeldung gekommen, so dass die Sonderkommission Mindestlohn bei der Kontrollanordnung von falschen Tatsachen ausging. Eine weitere Kontrolle scheiterte, weil der Auftragnehmer die Leistung nach eigenem Ermessen an zahlreichen Orten erbrachte, was eine unangekündigte Vor-Ort-Kontrolle ausschloss. Der letzte der acht Fälle betraf einen Vorgang des Bundeshochbaus, bei diesen Vergaben wendet die zuständige Verwaltung die bremischen Vorschriften generell nicht an.

In einem weiteren Fall wurde ebenfalls keine Kontrolle durchgeführt, ohne dass hierfür Gründe vorlagen, die zu einer Rücknahme der Kontrollanordnung hätten führen können. Die Sonderkommission Mindestlohn hatte eine Kontrolle im Rahmen der Sanierung eines Daches am Aus- und Fortbildungszentrums in Auftrag gegeben, die Immobilien Bremen als zuständiger Auftraggeber jedoch nicht durchführte.

3. Zusammenarbeit mit der Finanzkontrolle Schwarzarbeit beim Hauptzollamt Bremen (FKS) und den Sozialkassen des Baugewerbes (SOKA-BAU)

Nach der Auswahl eines Auftrages für eine Stichprobenkontrolle informiert die Geschäftsführung der Sonderkommission Mindestlohn neben ihren Mitgliedern die FKS über eine anstehende Stichprobenkontrolle. Das Hauptzollamt Bremen wird zudem vor jeder Vergabe eines Bauauftrages mit einem Auftragswert von wenigstens 30.000,- € von den bremischen öffentlichen Auftraggebern um Auskunft gebeten, ob über die bestplatzierten Bieter Informationen vorliegen, welche die Zuverlässigkeit des betreffenden Bieters in Frage stellen. Im Berichtszeitraum sind zwei solcher Meldungen vom Hauptzollamt bei einem öffentlichen Auftraggeber eingegangen. Nach einer gemeinsamen Erhebung und Bewertung des Sachverhalts mit der Geschäftsführung der Sonderkommission Mindestlohn hatte der Auftraggeber – hier jeweils Immobilien Bremen AöR – den betroffenen Bieter in einem der beiden Fälle allerdings nicht vom Verfahren ausgeschlossen, da der Bieter glaubhaft zur Wiederherstellung seiner Zuverlässigkeit vorgetragen hatte. In dem zweiten Fall ließ

⁴ Vgl. Sonderkommission Mindestlohn - Tätigkeitsbericht 2017, Ziffer 4.

der Bieter die Gelegenheit zur Stellungnahme ungenutzt verstreichen und wurde vom Verfahren ausgeschlossen.

Im Übrigen gibt es zurzeit noch keine rechtliche Grundlage für einen Informationsaustausch mit der FKS, der daher auch nur sehr eingeschränkt stattfindet. Eine diesbezügliche Anpassung der gesetzlichen Vorgaben befindet sich derzeit im bundesparlamentarischen Beratungsprozess.

Die Zusammenarbeit mit der SOKA-BAU ist etabliert. Die SOKA-BAU wird auf der Grundlage des § 16 Absatz 4 Satz 3 des Tariftreue- und Vergabegesetzes bei Stichprobenkontrollen einbezogen, in denen Anhaltspunkte für Unregelmäßigkeiten in einzelnen Arbeitsverhältnissen vorliegen. Die Einschätzung der SOKA-BAU spielt außerdem dann eine Rolle, wenn es auf den Anwendungsbereich der Vorschriften über den Baumindestlohn I oder II ankommt. In bestimmten Branchen können Baubetriebe von der Einhaltung dieser Vorschriften ausgenommen sein, hierbei kommt es auf die Art der Tätigkeiten an, die von einem Betrieb überwiegend ausgeführt wird. In Einzelfällen wartet die Sonderkommission Mindestlohn eine Überprüfung durch die SOKA-BAU ab und entscheidet erst dann über das Ergebnis einer Kontrolle. Die letztgenannten Verfahren sind seit der Wiedereinführung der Tariftreue im Bausektor allerdings seltener geworden, da es in der Regel auf die Anwendbarkeit der Baumindestlöhne I und II nicht mehr ankommt, wenn ein ortsüblicher Tarifvertrag als Prüfungsmaßstab herangezogen werden muss.

4. Ergebnisse der Stichprobenkontrollen im Berichtszeitraum

Von den im Berichtszeitraum zu bearbeitenden 138 Stichprobenkontrollen wurden acht aus den in Ziffer 2 genannten Gründen zurückgenommen. In einem Fall hatte ein Auftraggeber eine Kontrollanordnung nicht umgesetzt und 41 Kontrollverfahren befinden sich zum Ablauf des Berichtszeitraums in verschiedenen Stadien der Durchführung. Folglich wurden 88 Kontrollverfahren zum Abschluss gebracht.

Die Ergebnisse der Stichprobenkontrollen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Im Berichtszeitraum wurden 88 Mindestlohnprüfungen abgeschlossen. In 69 Fällen verlief die Prüfung unauffällig, d. h. es gab keine Anhaltspunkte für einen Mindestlohnverstoß oder eine sonstige Vertragsverletzung.

Über insgesamt sechs Kontrollergebnisse wurde die FKS frühzeitig informiert, ohne dass im Nachhinein ein Mindestlohnverstoß tatsächlich nachgewiesen werden konnte. In vier der hier genannten Fälle erhielten die auf den Baustellen angetroffenen Beschäftigten überwiegend – in einem dieser Fälle sogar ausschließlich – einen Lohn, der nur dem Baumindestlohn I entsprach oder diesen knapp überschritt. Da die Sonderkommission Mindestlohn in diesen Fällen eine rechtswidrige Unterschreitung des ebenfalls für allgemeinverbindlich erklärten Baumindestlohns II nicht ausschließen

kann, ist eine Verdachtsmeldung an die FKS obligatorisch. Denn die Erbringung einer fachlich hochwertigen Bauleistung bedarf grundsätzlich qualifizierten Personals, so dass die Leistung nicht überwiegend – und erst recht nicht ausschließlich – mit ungelernten Bauhelfern erbracht werden kann. Die Sonderkommission Mindestlohn fordert in diesen Fällen eine vertiefte Auseinandersetzung des Auftraggebers mit der vor Ort zu erbringenden Leistung ein. Hierzu gehört insbesondere eine Einschätzung, ob die im Hinblick auf den Baufortschritt konkret anstehenden Arbeiten aus der Sicht des Auftraggebers von Bauhelfern erledigt werden können. In den hier beschriebenen vier Fällen gab der Auftraggeber in drei Fällen eine entsprechende Bestätigung ab, in dem vierten Fall wies der Auftragnehmer am Ende nach, entsprechend des Baumindestlohnes II auf der Baustelle Zulagen gezahlt zu haben.

In den übrigen zwei Fällen stand eine Unterschreitung des Mindestlohnes I im Raum. In einem der Fälle vermochte der Auftragnehmer jedoch nachzuweisen, dass er einem Arbeitgeberverband der Metallindustrie angehört, so dass letztlich nur ein Mindestlohn von 8,80 € zu zahlen war⁵. In dem anderen Fall bestand der Gesetzesverstoß in einer unterlassenen Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, der aber nicht in den Zeitraum der Auftragsausführung fiel, so dass weitere Ermittlungen und insbesondere eine Sanktionierung des Auftragnehmers nicht mehr in Betracht kamen.

In 13 Fällen konnten Vertragsverletzungen nachgewiesen werden, die auch zu einer Sanktionierung geführt haben. Im Einzelnen wurden folgende Sachverhalte festgestellt und Sanktionsempfehlungen umgesetzt:

- 1) Bei der Sanierung am Schulzentrum Butjadinger Straße setzte der Auftragnehmer einen Subunternehmer ein, der seinerseits einen weiteren Subunternehmer auf die Baustelle entsandte, ohne dies dem Auftraggeber mitgeteilt zu haben. Dies stellt für sich genommen bereits eine Vertragsverletzung dar. Hinzu kam, dass der Sub-Sub-Unternehmer einen Beschäftigten einsetzte, der keinen Arbeitsvertrag besaß und dessen Entlohnung auch nicht nachgewiesen werden konnte. Entsprechend der Empfehlung der Sonderkommission Mindestlohn entschied der Auftraggeber, diesen Vorgang mit einer Vertragsstrafe von 2 % des Auftragswertes (1.595,43 €) und einer Eintragung in das Register über Unternehmen, die von der Vergabe öffentlicher Aufträge nach § 17 Absatz 4 und 5 des Tariftreue- und Vergabegesetzes ausgeschlossen sind (Vergaberegister) für die Dauer von drei Monaten zu sanktionieren.
- 2) Bei der Herrichtung von Gebäuden zur Vermietbarkeit als Übergangswohnheim für Flüchtlinge setzte der Auftragnehmer einen Nachunternehmer ein, ohne den Auftraggeber hierüber vorab in Kenntnis zu setzen und ohne eine Tariftreue-

⁵ Hierbei handelt es sich um einen der letzten Fälle, die ohne Tariftreue-Verpflichtung ausgeschrieben worden waren.

Vereinbarung mit dem Nachunternehmer beim Auftraggeber vorzulegen. Entsprechend der Empfehlung der Sonderkommission Mindestlohn entschied der Auftraggeber, diesen Vorgang mit einer Vertragsstrafe von 1 % des Auftragswertes (2.399,68 €) zu sanktionieren.

- 3) Eine Überprüfung eines Unternehmens, welches mit der Reinigung von Glasdächern auf Stahl- und Edelstahlkonstruktionen beauftragt worden war, ergab, dass der Auftrag an einen Nachunternehmer weitergegeben worden war, ohne dass der Auftraggeber hierüber informiert worden wäre. Die bei der Vor-Ort-Kontrolle angetroffenen vier Beschäftigten erhielten schon nach eigenen Aussagen einen Lohn, der nicht der einschlägigen und allgemeinverbindlichen Lohngruppe 6 des Tarifvertrags zur Regelung der Mindestlöhne für gewerbliche ArbeitnehmerInnen in der Gebäudereinigung entsprach. Die FKS wurde hierüber frühzeitig informiert. Bei der anschließenden Sichtung der vom Auftragnehmer beigebrachten Unterlagen zeigte sich, dass drei der vier Beschäftigten zum Kontrollzeitpunkt keinen Arbeitsvertrag besaßen und weder schlüssige Arbeitszeitznachweise noch glaubhafte Lohnzahlungsbelege vorlagen. Entsprechend der Empfehlung der Sonderkommission Mindestlohn entschied der Auftraggeber, diesen Vorgang mit einer Vertragsstrafe von 4 % des Auftragswertes (902,14 €) und einer Eintragung in das Vergaberegister für die Dauer von zehn Monaten zu sanktionieren.
- 4) Ebenfalls um Reinigungsleistungen ging es in einem Fall an der Hochschule Bremerhaven. Hier hatte das mit der Reingung der Gebäude beauftragte Unternehmen seinen Mitarbeiterinnen nach der Überzeugung der Sonderkommission Mindestlohn und des Auftraggebers keine mindestlohnkonforme Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und für Urlaubszeiten gezahlt. Die FKS wurde hierüber frühzeitig informiert. Entsprechend der Empfehlung der Sonderkommission Mindestlohn entschied der Auftraggeber, diesen Vorgang mit einer Vertragsstrafe von 3 % des Auftragswertes zu sanktionieren, wobei die sich hieraus rechnerisch ergebene Vertragsstrafe von knapp 40.000,- € auf das dreifache der vom Auftragnehmer ersparten Lohnzahlung, nämlich etwa 7.500,- reduziert wurde. Als zusätzliche Sanktion wurde eine Eintragung in das Vergaberegister für die Dauer von acht Monaten ausgesprochen.

Der Auftragnehmer erhob daraufhin Klage vor dem Landgericht Bremen, um die einbehaltene Vertragsstrafe zu liquidieren. Das Verfahren wurde im Gütetermin beigelegt. In der mündlichen Verhandlung ließ das Gericht jedoch erkennen, dass der Einbehaltungsanspruch des Auftraggebers auf der Grundlage der bremischen Vertragsbedingungen grundsätzlich bestehe. Auch die Berechnung einer Reduzierung auf einen angemessenen Betrag auf der Grundlage des dreifachen der ersparten Summe hielt das Gericht für sachgerecht. Aufgrund des

gleichermaßen verteilten Beweisrisikos verglichen sich die Parteien schließlich leicht zu Gunsten des Auftraggebers.

- 5) Beim Umbau des ehemaligen Verwaltungssitzes der Deutschen See in der Klußmannstraße in Bremerhaven wurden fünf Beschäftigte angetroffen, von denen vier lediglich den Lohn für Bauhelfer erhielten. Die Beschäftigten waren zudem bei einem Nachunternehmer angestellt, über dessen Einsatz der Auftraggeber nicht zuvor informiert worden war. Bei der Aufklärung des Sachverhaltes zeigte sich, dass der Auftragsgegenstand mit nur einem ausgebildeten Mitarbeiter und vier Helfern nicht glaubhaft zu erledigen war. Der Auftragnehmer vermochte allerdings auch keine ergänzenden Angaben zur Aufgabenwahrnehmung auf der Baustelle machen, so dass letztlich für jeden der Beschäftigten offen blieb, ob der korrekte Lohn gezahlt wurde. Da zusätzlich auch noch der nicht angemeldete Einsatz eines Nachunternehmers festzustellen war, entschied der Auftraggeber entsprechend der Empfehlung der Sonderkommission Mindestlohn, den Vorgang mit einer Vertragsstrafe von 5 % des Auftragswertes (6.774,06 €) und einer Eintragung in das Vergaberegister für die Dauer von zehn Monaten zu sanktionieren.
- 6) Im Rahmen einer erneuten Kontrolle auf derselben Baustelle – jedoch eines anderen Auftragnehmers – wurden acht vorgeblich selbständige Einzelunternehmer angetroffen, die vom Auftragnehmer ohne Wissen des Auftraggebers auf die Baustelle entsandt wurden. Die FKS wurde hierüber umgehend informiert. Im Laufe der Aufklärung des Sachverhalts blieben erhebliche Zweifel an der tatsächlichen Weisungsunabhängigkeit der acht Personen. Auch die vorgelegten Unterlagen blieben unvollständig, lückenhaft und teils widersprüchlich, so dass aus der Sicht der Sonderkommission Mindestlohn von verdeckten Beschäftigungsverhältnissen auszugehen war. Der Auftraggeber schloss sich dieser Auffassung an und entschied, diesen Vorgang mit einer Vertragsstrafe von 8 % des Auftragswertes (9.391,89 €) und einer Eintragung in das Vergaberegister für die Dauer von zwölf Monaten zu sanktionieren.
- 7) und 8) Bei der Brandschutzsanierung des Schulzentrums am Bunnsackerweg und beim Neubau des Kinder- und Familienzentrums Schwedenhaus (Osterholz) setzten die Auftragnehmer jeweils eine Person ein, die angab, als selbständiger Einzelunternehmer vor Ort zu sein. Die Auftragnehmer vermochten jedoch keinerlei Nachweise vorzulegen, die dies untermauert hätten. Insbesondere fehlte es an einem konkret formulierten Auftrag und der Vorlage von Rechnungen. Vielmehr unterstützten die vorgeblich Gewerbetreibenden die Beschäftigten auf der Baustelle, die konkret als Unterauftrag zu erbringende Leistung war als solche nicht zu erkennen. Im Ergebnis war von einem verdeckten Beschäftigungsverhältnis und zudem von Schwarzarbeit auszugehen. Die FKS wurde hierüber frühzeitig informiert. Entsprechend der Empfehlung der

Sonderkommission Mindestlohn entschieden die betroffenen Auftraggeber die jeweiligen Fälle mit einer Vertragsstrafe von 1 % des Auftragswertes (514,18 €; 1.232,60 €) und einer Eintragung in das Vergaberegister für die Dauer von vier Monaten zu sanktionieren.

- 9) Bei Trockenbauarbeiten an der Betriebsstätte Schiffbauerweg des Martinshofs wurde ein Mitarbeiter eines Nachunternehmers angetroffen, dessen Arbeitszeitznachweise offenbar nicht zutreffend waren und der auch nicht bei der SOKA-Bau gemeldet war. Hier war von einer Mindestlohnunterschreitung auszugehen, die FKS wurde hierüber frühzeitig informiert. Der Auftragnehmer ist im Anschluss an eine Konfrontation mit diesem Ergebnis unmittelbar tätig geworden, hat zur Sachverhaltsaufklärung beigetragen und parallel hierzu auch dem eingesetzten Subunternehmer gekündigt. Da der Auftragnehmer damit zum Ausdruck gebracht hat, dass er Verstöße gegen Mindest- und Tariflohnverpflichtungen durch seine Subunternehmer nicht duldet, konnte nach der Auffassung der Sonderkommission Mindestlohn auf eine Eintragung in das Vergaberegister verzichtet werden. Der Auftraggeber hat sich dieser Einschätzung angeschlossen und als Sanktion lediglich eine Vertragsstrafe in Höhe von 1 % des Auftragswertes (400,25 €) einbehalten.
- 10) An dem Neubau des Jahrgangshauses der Oberschule an der Egge wirkten zwei Beschäftigte von Nachunternehmern mit, die vom Auftragnehmer nicht entsprechend den bremischen Vertragsbedingungen zur Einhaltung der Tariftreue und zur Kooperation während einer Kontrolle verpflichtet wurden. Für die betroffenen Beschäftigten selbst wurden keine aussagekräftigen Lohn- bzw. Stundennachweise vorgelegt. Entsprechend der Empfehlung der Sonderkommission Mindestlohn entschied der Auftraggeber, diesen Vorgang mit einer Vertragsstrafe von 2 % des Auftragswertes (2.390,62 €) und einer Eintragung in das Vergaberegister für die Dauer von sechs Monaten zu sanktionieren.
- 11) Im Rahmen des Umbaus und der Sanierung des Gesundheitsamtes wurden bei der Vor-Ort-Kontrolle vier vermeintlich selbständig tätige Gewerbetreibende angetroffen, deren Einsatz dem Auftraggeber nicht mitgeteilt worden war. Die FKS wurde hierüber frühzeitig informiert. Dem Auftragnehmer gelang es in der Folge nicht, die tatsächlich selbständige Tätigkeit der eingesetzten Personen zu belegen. Insbesondere fiel auf, dass die vier Personen gemäß ihrer Auftragschreiben jeweils für dieselben Aufgaben engagiert und zudem Stundenlöhne vereinbart worden waren, welche den Baumindestlohn II deutlich unterschritten. Letztlich ging die Sonderkommission Mindestlohn hier von einer Umgehung der arbeitsrechtlichen Vorschriften und einem verdeckten Arbeitsverhältnis aus. Der Auftraggeber schloss sich dieser Einschätzung an und entschied, diesen Vorgang mit einer Vertragsstrafe von 4 % des Auftragswertes

(3.749,96 €) und einer Eintragung in das Vergaberegister für die Dauer von zwölf Monaten zu sanktionieren. Für eine längerfristige Eintragung in das Vergaberegister sprach, dass der Auftragnehmer schon zuvor eine Eintragung in das Vergaberegister erhalten hatte, deren Dauer zum Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung aber bereits abgelaufen war. Hinzu kam, dass sich der Auftragnehmer während der Sachverhaltsaufklärung nicht als so einsichtig erwies, als dass von einer baldigen Wiederherstellung der Zuverlässigkeit auszugehen gewesen wäre.

- 12) Die Verletzung der bremischen Tariftreuevorschriften konnten einem Auftragnehmer nachgewiesen werden, der für Brandschutzmaßnahmen an der Kindertagesstätte „Haus Blomendaal“ eingesetzt wurde. Der Auftragnehmer entlohnte zwei seiner Mitarbeiter nicht gemäß der Entgelttabelle zum Entgelttarifvertrag für das Tischlergewerbe vom 28.07.2015. Nach einem entsprechenden Hinweis des Auftraggebers wurde den Beschäftigten die Lohndifferenz nachgezahlt und auch im Übrigen erwies sich der Auftragnehmer als einsichtig. Die Sonderkommission Mindestlohn empfahl daher eine Reduzierung der Vertragsstrafe von 2 % des Auftragswertes (1.041,50) auf 500 € und die Eintragung in das Vergaberegister für einen kurzen Zeitraum von vier Monaten. Der Auftraggeber schloss sich dieser Empfehlung an.
- 13) Bei Wegebau- und Deckwerksarbeiten auf der Luneplate wurden drei Mitarbeiter eines Mitgliedes der mit der Erbringung der Leistung beauftragten Bietergemeinschaft angetroffen, die nicht in vollständiger Höhe gemäß dem ortsüblichen Tarifvertrag bezahlt wurden. Zwar lagen die festgestellten Stundenlöhne oberhalb des Baumindestlohnes I und II, die korrekten Facharbeiterlöhne gemäß dem Tarifvertrag zur Regelung der Löhne und Ausbildungsvergütungen im Baugewerbe in der aktuellen Fassung wurden jedoch nicht erreicht. Die Sonderkommission Mindestlohn empfahl daher die Verhängung einer Vertragsstrafe in Höhe von 3 % des Auftragswertes (22.393,35 €), diese jedoch auf einen angemessenen Betrag von ca. 5.000,- € zu reduzieren. Außerdem umfasste die Empfehlung eine Eintragung in das Vergaberegister in moderatem Umfang (vier Monate), da sich das betroffene Unternehmen kooperativ und einsichtig gezeigt und die korrekten Stundenlöhne zudem unaufgefordert nachgezahlt hatte. Der Auftraggeber, die bremenports GmbH, folgte der Sonderkommission Mindestlohn hinsichtlich der Vertragsstrafe, entschied sich jedoch gegen eine Eintragung des Unternehmens in das Vergaberegister.

Die festgestellten Sachverhalte werden in diesem Bericht stark verkürzt wiedergegeben. Die im Berichtszeitraum gezogenen Vertragsstrafen summieren sich auf einen Betrag von 42.350,81 €. Im Rahmen der 88 Stichproben wurden 361

Personen angetroffen und kontrolliert. Bei der Entscheidung über die Sanktionsempfehlung spielen eine Reihe von Aspekten eine Rolle, beispielsweise das Ausmaß der Mindestlohnunterschreitung und ob sich diese als nachvollziehbares Versehen oder als Absicht darstellt. In Fällen, in denen die sanktionierte Vertragsverletzung von einem Nachunternehmer begangen wurde, ist das Verhalten des Hauptauftragnehmers bei der Auswahl und der Beaufsichtigung des Nachunternehmers von Relevanz. Berücksichtigung findet zudem die Kooperation des Auftragnehmers bei der Kontrolle und seine Reaktion auf festgestellte Verstöße.

Bei der Entscheidung über die Dauer einer Eintragung in das Vergaberegister wird zusammenfassend berücksichtigt, in welchem Umfang der festgestellte Sachverhalt die Zuverlässigkeit des Auftragnehmers für die Zukunft in Frage stellt. Gleiches gilt grundsätzlich auch für die Vertragsstrafe, ihre Höhe bemisst sich aber im Wesentlichen am Auftragswert, von dem gemäß § 17 Absatz 2 BremTtVG ein prozentualer Anteil erhoben wird. Die absolute Höhe der Vertragsstrafe sagt demzufolge nur wenig über das tatsächliche Ausmaß einer Vertragsverletzung aus.

5. Fazit und Ausblick

Insgesamt 14,7 % der durchgeführten Stichprobenkontrollen endeten mit einer Sanktion gegen das kontrollierte Unternehmen. In neun der insgesamt 13 Fälle wurden die Unternehmen für Zeiträume zwischen drei und zwölf Monaten in das Vergaberegister eingetragen und damit von der Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen. Dabei liegt die Gesamtzahl der beendeten Kontrollen etwa 20 % niedriger als in den Berichtszeiträumen von 2013 bis 2015 und von 2015 bis 2017. Der Ursache hierfür liegt im erhöhten Prüfungsaufwand, den die Tariftreue verursacht. Der Senator für Wirtschaft, Arbeit und Häfen hat daher zum 1. Oktober 2018 eine neue Mitarbeiterin eingestellt, welche das Team in der Geschäftsstelle der Sonderkommission Mindestlohn unterstützt. Aufgrund dieses zusätzlichen Personalvolumens darf für den kommenden Berichtszeitraum von einem Anstieg der Kontrollzahlen auf das bisherige Niveau ausgegangen werden.

Die praktische Umsetzung der bremischen Vorschriften über die Tariftreue im Bausektor prägt die Arbeit der Sonderkommission Mindestlohn nach wie vor stark. Mit der Überarbeitung des Tariftreue- und Vergabegesetzes und der Bereitstellung der Entgelttabellen wurden – wie im Tätigkeitsbericht 2017 bereits angekündigt – zwei Lösungsansätze umgesetzt, die den öffentlichen Auftraggebern zunächst eine transparente und kontrollierbare Formulierung von Vertragsbedingungen ermöglichen. Im Bausektor wird die Sonderkommission Mindestlohn die öffentlichen Auftraggeber nunmehr verstärkt dazu anhalten müssen, die vertragsgemäße Entlohnung der vor Ort angetroffenen Beschäftigten anhand der in den Tarifverträgen genannten Tätigkeitsmerkmale auch tatsächlich festzustellen.

Als wesentliche Hilfestellung entwirft die Sonderkommission Mindestlohn eine Neufassung der Richtlinie für die Vornahme von Mindestlohnkontrollen auf der

Grundlage des § 16 Absatz 5 des Tariftreue- und Vergabegesetzes. Mit dieser Neufassung soll im Wesentlichen der Zweck verfolgt werden, die Vorbereitung einer Stichprobenkontrolle sowie die Informationen, die während einer Vor-Ort-Kontrolle zu erheben sind, genauer zu beschreiben und eine detailliertere Dokumentation der Beobachtungen während der Begehung einer Baustelle sicherzustellen. Die Sonderkommission Mindestlohn wird die öffentlichen Auftraggeber und deren Dienstleister, die in der Regel mit der Durchführung einer Kontrolle beauftragt werden, bei der Wahrnehmung dieser neuen, zusätzlichen Aufgaben unterstützen, nicht zuletzt auch bei einer Verständigung mit der Auftragnehmerseite. Dies hat gerade in den letzten Monaten des Berichtszeitraums an Bedeutung gewonnen, da insbesondere der Bauindustrieverband Niedersachsen-Bremen e.V. in Vertretung einzelner Mitglieder verschärft gegen einzelne Auftraggeber vorgegangen ist, die eine vereinbarte Lohnzahlung gemäß ortsüblicher Tarifverträge gegenüber ihrem Auftragnehmer durchsetzen wollten. Der Bauindustrieverband Niedersachsen-Bremen lehnt die Tariftreue, soweit sie über die bloße Einhaltung der Baumindestlöhne I und II hinausgeht, kategorisch ab und hat auch für die Zukunft weiteren Widerstand angekündigt. Eine erneute gerichtliche Auseinandersetzung über die Tariftreue nach dem Bremischen Tariftreue- und Vergabegesetz ist daher für den anstehenden Berichtszeitraum 2019 bis 2021 nicht ausgeschlossen.