

Kontrolle und Sanktionierung durch den öffentlichen Auftraggeber bei Verstößen gegen § 4 ff. TVgG

von Michael Becker, Hauptreferent beim Städte-
und Gemeindebund NRW

Kontroll- und Prüfrechte der AG gegenüber dem AN (§ 11 Abs. 1)

- AG sind **berechtig**t, Kontrollen durchzuführen, um die Einhaltung der dem Auftragnehmer sowie den Nachunternehmern und den Verleihern von Arbeitskräften auf Grund dieses Gesetzes auferlegten Verpflichtungen zu überprüfen (§ 11 Abs. 1 S. 1)
- Vorlage- und Auskunftsrechte bezgl. Entgeltabrechnungen, Unterlagen über die Abführung von Steuern, Abgaben und Beiträgen gemäß § 7 sowie die zwischen Auftragnehmer und Nachunternehmer abgeschlossenen Verträge (§ 11 Abs. 1 S. 2)

- **Wichtig: Diese Rechte sind anlassbezogen (Amtliche Begründung S. 47)!**
- **Keine stichprobenartige Kontrollen (Umkehrschluss aus der entsprechenden Prüfmöglichkeit der Prüfbehörde gem. § 15 Abs. 2 S. 2)**
- **Keine präventiven Kontroll- und Prüfungsrechte, da diese nicht der „Einhaltung der auferlegten Verpflichtungen“ entsprechen.**

Was muss zusätzlich zwischen AG und AN vereinbart werden?

- **Auskunfts- und Prüfrechte gegenüber Nachunternehmern und Verleihern von Arbeitskräften sind mit dem AN zu vereinbaren (§ 11 Abs. 1)**
- Der öffentliche Auftraggeber hat den Auftragnehmer im Wege einer vertraglichen **Vereinbarung** zu verpflichten, ihm ein entsprechendes (zum Umfang s. § 11 Abs. 1 S. 1 – 3) Auskunfts- und Prüfrechte bei der Beauftragung von Nachunternehmern und von Verleihern von Arbeitskräften einräumen zu lassen.

- Der Bieter muss diese Verpflichtung zugleich mit seinen Nachunternehmern und Verleihern vereinbaren. Wenn dies nicht möglich ist, kann kein Auftrag an diesen Bieter vergeben werden.
- Die Arbeitskräfte des AN und die seiner Nachunternehmen bzw. Verleiher müssen über diese Kontrollrechte informiert werden (z.B. durch interne Dienstanweisungen)

Bei Dienstleistungsverträgen ab drei Jahren Laufzeit (§ 11 Abs. 2)

Pflicht des AG zur Vereinbarung mit dem Bieter,
wonach dieser

a) für sich und

b) die eingeschalteten Nachunternehmer und Verleiher,
jeweils mit Ablauf von drei Jahren für die gesamte
Vertragslaufzeit eine Eigenerklärung darüber
abzugeben hat, dass zumindest die der abgegebenen
Verpflichtungserklärung gemäß § 4 zugrunde gelegten
Mindestentgelte und -arbeitsbedingungen oder der
vergabespezifische Mindestlohn noch gewährt werden.

Pflicht zur Vorlage und Erläuterung von Unterlagen zwecks Überprüfung der Einhaltung von § 4 (§ 11 Abs. 3)

- Der Auftragnehmer hat vollständige und prüffähige Unterlagen zur Prüfung der Einhaltung der Vorgaben des § 4 bereitzuhalten und auf Verlangen dem öffentlichen Auftraggeber binnen einer vertraglich zu **vereinbarenden** angemessenen Frist vorzulegen und zu erläutern.

- Der Auftragnehmer ist **vertraglich** zu verpflichten, die Einhaltung dieser Pflicht durch die beauftragten Nachunternehmer und Verleiher von Arbeitskräften entsprechend § 9 Absatz 1 **vertraglich** sicherzustellen

Pflicht zur Vereinbarung einer Vertragsstrafe bzw. eines Sonderkündigungsrechts (§ 12)

- § 12 will eine Sanktionierung durch den öffentlichen Auftraggeber bei Verstößen gegen § 4 sicherstellen. Dies soll durch zu vereinbarende Vertragsstrafen (§ 12 Abs. 1) und vertragliche Sonderkündigungsrechte (§ 12 Abs. 2) sichergestellt werden
 - Zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Auftragnehmer ist für jeden *schuldhaften* Verstoß gegen die Verpflichtungen aus einer Verpflichtungserklärung nach § 4 eine Vertragsstrafe zu **vereinbaren**, deren Höhe 1% , bei mehreren Verstößen bis zu 5% des Auftragswertes betragen soll.

- Der Auftragnehmer ist zur Zahlung einer Vertragsstrafe auch für den Fall zu **verpflichten**, dass der Verstoß durch einen von ihm eingesetzten Nachunternehmer oder einen von diesem eingesetzten Nachunternehmer oder von einem Verleiher von Arbeitskräften begangen wird, *es sei denn*, dass der Auftragnehmer den Verstoß bei Beauftragung des Nachunternehmers und des Verleihers von Arbeitskräften nicht kannte und unter Beachtung der Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Kaufmanns auch nicht kennen musste.

Pflicht zur Vereinbarung eines Sonderkündigungsrechts (§ 12 Abs. 2)

- Der öffentliche Auftraggeber hat mit dem Auftragnehmer zu **vereinbaren**, dass die *schuldhafte* Nichterfüllung der Verpflichtungen aus einer Verpflichtungserklärung nach § 4 durch den Auftragnehmer, seine Nachunternehmer und die Verleiher von Arbeitskräften sowie *schuldhafte* Verstöße gegen die Verpflichtungen des Auftragnehmers aus § 9 Absatz 1 den Auftraggeber zur fristlosen Kündigung des Bau- oder Dienstleistungsvertrages oder zur Auflösung des Dienstleistungsverhältnisses berechtigen.

Probleme bei § 12:

- Pflicht zur Geltendmachung dieser vertraglichen Rechte?
- Verschulden
- Die Beweislast liegt grundsätzlich beim AG. Eine Ausnahme bildet die Regelung in § 12 Abs. 1 bezgl. der Nachunternehmer („es sei denn ...“)
- Verhältnismäßigkeit der Geltendmachung dieser Rechte bei geringfügigen Verstößen?
- Drittschützende Wirkung des § 12?
 - S. 48 der amtliche Begründung (LT-Drs. 15/2379, abrufbar unter www.landtag.nrw.de):
 - Ja, aber nur, ob die vertraglichen Regelungen dem § 12 TVgG entsprechen - aber nicht, ob sie auch „gezogen“ werden!

Fazit zu den Regelungen in § 11 und § 12

- Der öffentliche AG ist verpflichtet, entsprechende Vereinbarungen in seinen AGB's einzuführen.
- Wenn diese abgeändert werden, ist das Angebot eines AN auszuschließen.
- Das Gesetz begründet diese Pflicht für den AG! Er kann also selbst in besonderen Fällen davon nicht abweichen.
- Es bleibt abzuwarten, ob sich die Bieter darauf einlassen oder – zumindest wenn es für sie einen alternativen Markt gibt – Angebote nicht mehr abgeben.

Auswirkungen auf die Auftragsvergabe / Evaluierung

- Da das TVgG bis spätestens zum 30.04.2016 evaluiert wird (§ 22 Abs. 2), sollte die AG hier die Entwicklungen dokumentieren und ggfs. den kommunalen Spitzenverbänden entsprechend informieren. Dies gilt aber auch vor dem Hintergrund der noch zu erlassenden Kostenausgleichs-Rechtsverordnung (Konnexitätsregelung gem. § 21 Abs. 4 Nr. 5 TVgG)

Der Ausschluss von der öffentlichen Auftragsvergabe nach § 13

- **Der Ausschluss nach § 13 Abs. 1**

Voraussetzung:

- Nachweislich und schuldhafter Verstoß des AN gegen die Verpflichtung aus einer Verpflichtungserklärung nach § 4 oder gegen seine Verpflichtung aus § 9 Absatz 1 Satz 1 oder
- ein Nachunternehmer und/oder Verleiher von Arbeitskräften hat nachweislich und schuldhaft gegen seine Verpflichtungserklärung nach § 4 sowie seine Pflichten aus § 9 Absatz 1 Satz 2 verstoßen
- Wichtig: Die Beweislast liegt beim AG!

Rechtsfolge:

AN, Nachunternehmer bzw. der Verleiher sollen dann von der öffentlichen Auftragsvergabe für die Dauer von bis zu drei Jahren ausgeschlossen werden.

Aber:

Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist zu beachten wie z.B. Dauer und/oder Schwere des Verstoßes, hinreichende Selbstreinigung durch z.B. (erneute) Schulungen des AN-Personals, Schadenswiedergutmachung, ggfs. personelle Veränderungen

Wichtig:

- Vor einem solchen Ausschluss sind der AN, die Nachunternehmer oder der Verleiher von Arbeitskräften anzuhören (§ 13 Abs. 1 S. 3)
- Ein solcher Ausschluss gilt nur für den jeweiligen Auftraggeber – nicht also gegenüber allen anderen AG!
- Der erfolgte Ausschluss ist dem Vergaberegister nach § 6 Korruptionsbekämpfungsgesetz mitzuteilen (§ 13 Abs. 3).

Der Ausschluss nach § 13 Abs. 2:

Vorab:

- Vor (jeder) Vergabe ab einem geschätzten Auftragswert von 25.000 € hat der AG abzuklären, ob gegen den Bieter, den Nachunternehmer und/oder den Verleiher von Arbeitskräften rechtskräftige Bußgeldbescheide wegen eines Verstoßes gegen § 16 Abs. 1 vorliegen (§ 16 Abs. 5)
- Dies kann durch eine Auskunft gegenüber dem Gewerbezentralregister erfolgen oder durch eine Eigenerklärung. Die Eigenerklärung kann auch durch eine PQ-Bescheinigung erbracht werden (§ 16 Abs. 5 S. 1 i.V.m. § 6)

- **Wenn aber eine solche rechtskräftige Bußgeldentscheidung vorliegt und die Geldbuße mindestens 2.500,00 € beträgt:**
- **Auch hier soll der Bewerber an der Vergabe öffentlicher Aufträge bis zu drei Jahren ausgeschlossen werden!**
- **Frage:** Ist auch der „Sub“ Bewerber i.S.v. § 13 Abs. 2?

- **Anders als bei § 13 Abs. 1 hat diese Bußgeldentscheidung jeder öffentliche Auftraggeber zu beachten, der dem TVgG unterliegt!**
 - Für den Bewerber besteht die Gefahr, dass er landesweit (!) keine Aufträge mehr erhält und das bereits ab einer Geldbuße in Höhe von 2.500,00 €!
- **Bezgl. der Rechtsfolge gilt aber auch das zu § 13 Abs. 1 Gesagte**

Wichtig:

Auch hier sind vor einem solchen Ausschluss der AN, die Nachunternehmer und/oder der Verleiher von Arbeitskräften anzuhören (§ 13 Abs. 1 S. 3).

Der erfolgte Ausschluss ist dem Vergaberegister nach § 6 Korruptionsbekämpfungsgesetz mitzuteilen (§ 13 Abs. 3).

Zusammenfassung der aus § 13 resultierenden notwendigen Verfahrensschritte

- Vor jeder Auftragsvergabe ab einem geschätzten Auftragswert von 25.000 € ist vorab eine Eigenerklärung des Bieters, seiner Nachunternehmer bzw. des Verleihers einzuholen, wonach gegen diese jeweils keine rechtskräftigen Bußgeldbescheide wegen eines Verstoßes gegen § 16 vorliegen. Es kann aber auch eine Auskunft aus dem Gewerbezentralregister eingeholt werden (vgl. § 13 Abs. 2 i.V.m. § 16 Abs. 5).
- In beiden Fällen ist darüber hinaus die Einholung zusätzlicher Auskünfte aus dem Gewerbezentralregister nach § 150a GewO möglich. Mehrwert dieses Registers für den AG?

- Falls der AG einen Ausschluss beabsichtigt: Vorab ist der Betroffene zwingend anzuhören. Eine von einem konkreten Vergabeverfahren losgelöste Mitteilung über die bis dahin lediglich behördeninterne Entscheidung sieht das Gesetz nicht vor. Der Ausschluss kann im nachfolgenden konkreten Vergabeverfahren angegriffen werden
- Falls ein Ausschluss nach § 13 Abs. 1 oder Abs. 2 erfolgt: Mitteilung an das Vergaberegister gem. Korruptionsbekämpfungsgesetz.

Vielen Dank für die Aufmerksamkeit