



Mindestlohn in Bund und Ländern – eine Herausforderung für Auftraggeber und Auftragnehmer?

**Veranstaltung des forum vergabe e.V.
am 29.01.2015 in Berlin**

Thesen

erstellt und verantwortet vom forum vergabe e.V.

1. Das Mindestlohngesetz des Bundes

Rechtsanwältin Aline Fritz, Rechtsanwälte FPS Fritze Wicke Seelig, Frankfurt am Main

- Das Mindestlohngesetz berücksichtigt Abrechnungsformen wie Stücklohn oder Umsatzbeteiligung nicht.
- Wie und ob die Anrechnung von Einmalzahlung erfolgen kann, ist umstritten.
- Auch beispielsweise bei Kaufverträgen sind Ob und Wie der Prüfung von Mindestlohnvorgaben unklar.
- Die Aufzeichnungspflichten wurden durch MiLoAufzV reduziert. Es ist nur noch die tatsächliche Arbeitszeit zu dokumentieren.
- Bußgelder können gegen Auftraggeber auch verhängt werden bei Verstößen durch Nachunternehmer.
- Ist der öffentliche Auftraggeber ein „Unternehmen“ und unterliegt er als solcher der Durchgriffshaftung?
- Fahrlässigkeit ist ausgeschlossen, wenn sich der Auftraggeber durch Eigenerklärungen die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben zusichern lässt.
- Auftraggeber sollten Kündigungsklauseln für den Fall von Verstößen durch ihre Auftragnehmer und deren Nachunternehmer aufnehmen.
- Die Einhaltung der Mindestlöhne ist Teil der Gesetzestreue und damit der zu prüfenden Zuverlässigkeit von Bietern.
- Vor einem Ausschluss bei Zweifeln an der Einhaltung der Mindestlohnvorgaben ist ein Bieter zwingend zu hören.

- Für die Wiederherstellung der Zuverlässigkeit nach Verstößen gelten die allgemeinen Regeln der Selbstreinigung.

2. Überblick über die landesrechtliche Regelungen

Anja Theurer, Geschäftsführerin Auftragsberatungsstelle Brandenburg e.V.

- Bereits beim Anwendungsbereich sind die Landesregelungen sehr spezifisch.
- Hinsichtlich Nachunternehmern gelten teils gesonderte Anwendungsschwellen.
- Es ist wohl kein Trend absehbar, dass die Bundesländer einen einheitlichen Mindestlohn festsetzen.
- Die Auswirkungen zwischenzeitlicher Erhöhungen des Mindestlohnes sind überwiegend nicht geregelt, so auch nicht im MiLoG.
- Eine Vereinfachung wäre möglich, indem auf eine separate Erklärung zur Einhaltung vergabespezifischer Mindestlöhne verzichtet wird. Dies ist zulässig, sofern nicht das anwendbare Landesrecht ausdrücklich eine solche Erklärung fordert.
- Reicht ein Unternehmen die geforderte Erklärung nicht ein, begründet dies wohl die Bösgläubigkeit des Auftraggebers und damit letztlich eine Haftung.
- Das Verhältnis zu Präqualifikationsverfahren ist – außer in Hessen – unklar.
- Der Zoll ist für Kontrollen der landesrechtlichen Vorgaben nicht zuständig.
- Problematisch zu sehen ist die Wirksamkeit der teils kumulativ vorgesehenen Vertragsstrafen.

3. Mindestlöhne und Unionsrecht

Entscheidung des EuGH C-549/13 v. 18.09.2014

Hermann Summa, Richter am OLG Koblenz

- Im Ausgangspunkt besteht zwischen den vergaberechtlichen Zielen und der Vorgabe eines Mindestlohnes ein Konflikt.
- Ob die Vorgabe vergabespezifischer Mindestlöhne europarechtskonform ist, kann nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH bezweifelt werden.
- Ansatzpunkte hierfür sind die erforderliche zwingende Rechtfertigung und die fehlende Geltung für andere Aufträge.

- Die vom EuGH teils angewendete Verhältnismäßigkeitsprüfung erscheint eigentlich unjuristisch.
- Auch Fälle ohne Auslandsbezug können, sofern sie eine Ausführungsbedingung i.S.d. VKR betreffen, zu einer Vorlage zum EuGH führen.
- Das Eignungskriterium der „Gesetzestreue“ ist im EU-Recht unbekannt. Bei vergangenem Fehlverhalten kann auf allgemeine Grundsätze zurückgegriffen werden. Europarechtlich möglicherweise problematisch ist die prognostische Berücksichtigung zukünftigen Verhaltens.

4. Arbeitsrechtliche Folgen für Auftraggeber und Auftragnehmer

Rechtsanwalt Dr. Ulrich Sittard, Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Köln

- Bei der Bürgenhaftung ist genau zu prüfen, wer als Auftraggeber bzw. Unternehmen betroffen ist.
- Auch ist sie nicht bei jeder Auftragsvergabe anwendbar, wobei die Anwendung der bisherigen Rechtsprechung des BAG zu § 1a AEntG fraglich ist.
- Nicht erfasst ist die Beauftragung von Leistungen „für sich selbst“ (etwa im Wege eines Outsourcinig).
- Die Haftung betrifft die ganze Kette von Nachunternehmern. Sie ist auf den Netto-Mindestlohn beschränkt und erfasst weder Verzugsschäden noch Entgelt-Ersatzansprüche.
- Da Rückgriffsansprüche gegen Auftragnehmer im Insolvenzfall leerlaufen, ist an die Vereinbarung von Einbehalten oder Bürgschaften zu denken.
- Ausschlüsse aus Vergabeverfahren sind wie nach AEntG möglich.
- Auch bei Bußgeldern ist nicht klar, wer als „Unternehmer“ angesehen werden kann.
- Bußgelder können auch bei Unkenntnis von einer Nachunternehmervergabe verhängt werden. Dies ist daher mit dem Auftragnehmer vertraglich zu regeln.
- Es ist im Ergebnis für Auftraggeber nicht mehr möglich, die Arbeitsverhältnisse bei Nachunternehmern gar nicht mehr zu bedenken.
- Öffentliche Auftraggeber sollten sich durch Vertragsgestaltung und umfassende Prüfung der Zuverlässigkeit absichern.

- Sie sollten sicherstellen, dass organisatorisch die Weitergabe von Kenntnissen über tatsächliche oder vermutete Verstöße an die Vergabestellen gesichert ist.

5. Kontrollen und Folgen von Verstößen

Jasmin Deling, Ministerium für Wirtschaft, Energie, Industrie, Mittelstand und Handwerk des Landes Nordrhein-Westfalen, Düsseldorf

- Im Verhältnis zwischen MiLoG und den landesrechtlichen Regelungen gibt es Spannungsfelder.
- Die landesrechtlich vorgesehene Forderung, vergabespezifische Mindestlöhne zu zahlen, kann nur vertragsrechtlich umgesetzt werden, da diese Forderung keine allgemeine und direkte Geltung für Unternehmen und Arbeitsverhältnisse hat.
- Auftraggeber sind zu Kontrollen berechtigt, aber nicht verpflichtet.
- Die vorgesehene Vertragsstrafe steht in Konkurrenz zu anderen Vertragsstrafen.
- Entsteht bei Kontrollen ein konkreter Verdacht, ist ein Unternehmen als Verdächtiger anzusehen und entsprechend zu belehren.
- Bei Kontrollen hat sich insbesondere die Berechnung von Arbeitszeiten als schwierig herausgestellt, so z.B. bei der Berücksichtigung von Wegezeiten.