

Köln, den 5.8.2008

Auswirkungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes auf die Gebäudereinigung der Kommunen - Aktualisierte Fassung -

Mit Wirkung vom 1.7.2007 wurde das Arbeitnehmer-Entsendegesetz –AEntG- vom 26.2.1996 dahin gehend geändert, dass nun auch das Gebäudereinigerhandwerk mit einbezogen wird (25.4.2007, BGBl I vom 30.4.2007, S.576-577).

Das Gesetz soll Fehlentwicklungen am Markt entgegenwirken und allen Arbeitnehmern gleiche Arbeitsbedingungen (z.B. Tariflöhne, Urlaubsanspruch, usw.) garantieren.

Es richtet sich nicht nur an Arbeitgeber, sondern besonders in § 5 Abs.2 AEntG auch an Unternehmer, die Aufträge für Reinigungsleistungen vergeben.

Die Finanzkontrolle Schwarzarbeit –FKS- legt den Unternehmerbegriff nach Sinn und Zweck des Gesetzes weit aus und bezieht daher öffentliche Auftraggeber in den Geltungsbereich des AEntG ein. **Kommunen sind vom AEntG angesprochen, soweit sie Objekte durch einen Dienstleister reinigen lassen.** Eine entsprechende Begründung dazu finden Sie im Schreiben der Bundesfinanzdirektion West an die KGSt vom 6.3.2008, Zeichen SV 3018-66/08-F 421 (separates Dokument, Fundstelle siehe Ziffer 4).

Mit den folgenden Informationen möchte die KGSt ihre Mitglieder über wesentliche Inhalte des AEntG informieren und Handlungsempfehlungen geben.

1. Mit welchen Maßnahmen seitens der FKS ist zu rechnen?

Die FKS führt sog. „verdachtslose Außenprüfungen“ in Reinigungsobjekten durch. Es ist also dazu nicht erforderlich, dass bereits ein Verdacht vorliegt. Eine solche

Maßnahme der FKS erlaubt daher nicht den Rückschluss, dass bei der überprüften Firma gesetzwidriges Handeln vorliegt.

Unberührt davon gibt es natürlich auch strafprozessuale Maßnahmen (z.B. Durchsuchungen) aufgrund vorliegender Verdachtsmomente, z.B. wegen konkret vorliegender Hinweise.

Die Kommune muss den Beamten der FKS den Zutritt ermöglichen, wenn die verdachtslose Außenprüfung bzw. die Durchsuchung in einem ihrer Objekte stattfindet, erhält jedoch keine Auskunft über den Ausgang der Prüfungen bzw. der Ermittlungen.

U.U. können auch Auftragsunterlagen der Kommune für die Sachverhaltsfeststellung erforderlich sein.

2. Position der Kommune als Auftraggeberin

5 Abs.2 AEntG sieht eine so genannte mittelbare Täterschaft des Auftraggebers vor. Das bedeutet, die Kommune kann, wenn sie ihren Verpflichtungen nach dem AEntG nicht nachkommt, für Verstöße des von ihr beauftragten Reinigungsunternehmers gegen die Regelungen des AEntG ebenfalls ordnungswidrigkeitsrechtlich verfolgt werden. Diese Ordnungswidrigkeit kann vorsätzlich oder fahrlässig begangen werden und ist mit einer Geldbuße bis zu 500.000 EUR bedroht.

Wird also ein Verstoß gegen das AEntG bei einem Reinigungsunternehmen festgestellt, so wird im Folgeschritt bei einer auftraggebenden Kommune geprüft, inwieweit sie als Auftraggeberin vom Gesetzesverstoß wusste oder fahrlässig nicht wusste.

Hier gilt es für jede Kommune, durch vorausschauendes Handeln ihr Mithaftungsrisiko zu minimieren!

Folgende Anhaltspunkte sind zu beachten:

2.1

Eine mittelbare Tat kann dann gegeben sein, wenn der vereinbarte Stundenverrechnungssatz erkennen lässt, dass er nicht zur Zahlung des Tariflohnes und der gesetzlichen Abgaben ausreichen kann.

Der Stundenverrechnungssatz setzt sich aus Bausteinen zusammen, die -stark vereinfacht- wie folgt dargestellt werden können:

2.1.1:	Tariflicher Stundenlohn (8,15 €/Alte Länder bzw. 6,58 €/Neue Länder; Stand 1.3. 2008)
--------	--

zuzüglich

2.1.2:	Lohngebundene Kosten, besonders Sozialversicherungsbeiträge, die aufgrund gesetzlicher Verpflichtung vom Arbeitgeber zu tragen und an die jeweiligen Kassen abgeführt werden müssen sowie Zuschläge für Krankheits- und andere Ausfallzeiten.
--------	---

zuzüglich

2.1.3:	Auftragsbezogene Kosten (Z.B. Maschineneinsatz, Fahrkosten, Kosten Objektleitung, u.ä.)
--------	--

zuzüglich

2.1.4:	Unternehmensbezogene Kosten (Z.B. Angestellte Gehälter des Managements, Fuhrpark, etc.)
--------	--

zuzüglich

2.1.5:	Gewinn und Wagnis des Unternehmens.
--------	-------------------------------------

(Hinweis: Das Berechnungsschema verwendet in Ziffer 2.1.1 die Sätze der Unterhaltsreinigung, Lohngruppe 1. Es ist auf andere Bereiche mit anderen maßgeblichen Lohngruppen, beispielsweise die Glasreinigung, entsprechend anzuwenden.)

Es ergibt sich zwingend, dass bei einem Angebot zu einem Stundenverrechnungssatz, der nicht mindestens die Kosten der Ziffern 2.1.1 und 2.1.2 umfasst, die tarifliche Mindestlohnzahlung und darauf basierende Sozialversicherungsbeiträge nicht abgedeckt sind!

Vergibt die Kommune also unter diesem Satz, liegt das Wissen bzw. fahrlässige Nichtwissen auf der Hand, denn die Zahlung wäre nur dann gewährleistet, wenn das Reinigungsunternehmen diese aus anderen Mitteln zuschießen würde. Eine solche Quersubventionierung und zudem ein Verzicht auf auftrags- und unternehmensbezogene Kosten sowie Gewinn und Wagnis sind allerdings kaum glaubhaft.

Die FKS geht von einer Untergrenze des Stundenverrechnungssatzes in der Unterhaltsreinigung von 14 EUR/11,50 EUR (Alte Länder/Neue Länder) aus. Verträge mit geringeren Sätzen unterliegen daher einem erheblichen Haftungsrisiko.

Teilweise wird von Anbieterseite argumentiert, dass aufgrund der eigenen betrieblichen Gegebenheiten bei einem Angebot unter diesem Betrag dennoch die gesetzlichen Anforderungen erfüllt seien. Dies erscheint aufgrund der zuvor aufgezeigten Zusammensetzung des Stundenverrechnungssatzes grundsätzlich kaum nachvollziehbar. Soll dennoch einem Angebot der Zuschlag erteilt werden, weil es nur knapp unter dieser Grenze liegt, sollte eine genaue Kalkulation insbesondere dieser Berechnungsbestandteile (Ziffern 2.1.1 und 2.1.2) nachgefordert werden. **Aus der Kalkulation muss schlüssig hervorgehen, dass auch bei dem geringeren Stundenverrechnungssatz der Tariflohn wie auch die gesetzlichen Abgaben sichergestellt sind. Eine schriftliche Erklärung des Anbieters zur Tariftreue allein reicht nicht aus!**

Allerdings ist hier zu betonen, dass bei einem solchen Stundenverrechnungssatz kaum die auftrags- und unternehmensbezogene Kosten sowie Gewinn kalkuliert sein können, eine Auskömmlichkeit im unternehmerischen Sinne also höchst fragwürdig ist.

Ist für die Kommune von vorneherein klar, dass sie aus diesen Gründen keine Auf-

träge unter einem Stundenverrechnungssatz von 14 EUR / 11,50 EUR vergeben will, sollte sie dies aus dem Transparenzgebot des Vergaberechts heraus bereits in den Verdingungsunterlagen kommunizieren.

Oberhalb dieser Schwelle öffnet sich aus Sicht der FKS ein Korridor von bis zu 17,93 EUR / 14,50 EUR. Dieser ergibt sich aus der weiteren Einbeziehung von auftrags- und unternehmensbezogenen Kosten sowie Gewinn in die Kalkulation auf einer Zuschlagsbasis von bis zu 120 %. Stundenverrechnungssätze in diesem Bereich nicht so eindeutig verdachtsbehaftet wie solche unter 14 EUR / 11,50 EUR. Dennoch können sie ein Indiz für einen Verstoß sein, denn es entspricht nicht der üblichen Erfahrung im Geschäftsleben, dass ein Unternehmer auf diese Kalkulationsbestandteile (Ziffern 2.1.3 bis 2.1.5) verzichtet. Die FKS erwartet von Kommunen in dieser Situation eine Aufklärung der Berechnungsbestandteile. Kommunen sollten sich daher bei solchen Angeboten die jeweilige Kalkulation vorlegen lassen. Das Einholen dieser Informationen sollte in den Unterlagen dokumentiert sein. In den Ausschreibungsunterlagen sollten die Bieter bereits auf diese Vorgehensweise hingewiesen werden.

(Hinweis: Die Grenze der 14 EUR /11,50 EUR bezieht sich auf normale Unterhaltsreinigung nach Lohngruppe 1. Bei besonderen Reinigungsleistungen (beispielsweise Glasreinigung oder Reinigungsbereiche, in denen besondere lohnrelevante Bedingungen gestellt werden) kann sich eine Verschiebung dieser Grenze nach oben ergeben. In diesen Fällen sind die Ausführungen dieses Informationspapiers sinngemäß anzupassen.)

Weitere Einzelheiten zur Kalkulation des Stundenverrechnungssatzes können Sie der Broschüre des Bundesinnungsverbandes des Gebäudereiniger-Handwerks („Kalkulation der Gebäudereinigung“, Anlage) entnehmen. Zur inhaltlichen Füllung der o.a. Kalkulationsbestandteile wird besonders auf Seite 23/24 dieser Broschüre hingewiesen. (Die Broschüre ist für KGSt-Mitglieder in der KIKOS-Datenbank unter der Kennung 20080728A0063 abrufbar).

2.2

Fahrlässige Nichtkenntnis eines Verstoßes kann auch gegeben sein, wenn eine deutlich überhöhte Reinigungsleistung (qm/Stunde) akzeptiert wird. Es ist dann davon auszugehen, dass die Reinigungskräfte die Reinigung nicht in der kalkulierten Zeit schaffen können und unbezahlte Überstunden leisten.

Die FKS legt bei ihren Ermittlungen keine bestimmten, fixen Leistungsgrenzwerte zugrunde. Es wird im Verdachtsfall die tatsächliche Arbeitszeit ermittelt (durch Vernehmung oder andere geeignete Methoden) und diese in Relation zum gezahlten Entgelt gesetzt. Erhält also eine Reinigungskraft zwar den tariflichen Stundenlohn, leistet aber unbezahlte Überstunden, um überhaupt ihre betriebliche Vorgabe zu erfüllen, ergibt sich rechnerisch und damit maßgeblich ein geringerer Lohn!

2.3

Vor dem Hintergrund des AEntG können in Verträgen enthaltene Preisanpassungsklauseln durchaus gerechtfertigt sein. Werden sie verweigert, kann auch darin ein Gesetzesverstoß gesehen werden.

2.4

Neben Verstößen nach dem AEntG kann u.U. auch der Vorwurf der Beihilfe zur Beitragshinterziehung (§§ 266a, 27 StGB) in Betracht kommen. Sozialversicherungsbeiträge bemessen sich nach „geschuldeten Löhnen“ und im Falle untertariflicher Lohnhöhe eben nicht nach den tatsächlich niedrigeren gezahlten Beträgen. Wenn die Kommune weiss, dass keine Tariflöhne gezahlt werden, setzt sie sich diesem Vorwurf aus.

2.5

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass der vergaberechtliche Begriff der Auskömmlichkeit einerseits und die Einhaltung des AEntG andererseits nicht deckungsgleich sind:

- Das AEntG will die Zahlung von tariflichem Lohn und Sozialbeiträgen sicherstellen, nimmt also die Position der Arbeitnehmer/innen ein. Daher fokussiert die FKS im wesentlichen die oben unter 2.1.1 und 2.1.2 genannten Berechnungsbestandteile des Stundenverrechnungssatzes.

- Das Vergaberecht stellt mit dem Begriff der Auskömlichkeit auf die Unternehmenssicht ab. Danach muss das vom Auftraggeber zu zahlende Entgelt i.d.R. auch die auftrags- und unternehmensbezogenen Kosten decken. Es werden also die Stundenverrechnungssatzbestandteile 2.1.1 bis 2.1.5 einbezogen.

Daraus folgt, dass ein Angebot zwar durchaus den Bestimmungen des AEntG entsprechen kann, damit aber nicht automatisch zugleich auskömmlich im Sinne des Vergaberechts ist. Ein Stundenverrechnungssatz ab 14 EUR/11,50 EUR hat zwar zunächst den Anschein nicht gegen das AEntG zu verstoßen, wenn allerdings keine auftrags-/unternehmensbezogenen Kosten enthalten sind, kann es sich u.U. um ein nicht auskömmliches Angebot handeln, auf das der Zuschlag nicht erteilt werden darf.

3. Hinweise und Handlungsempfehlungen für Kommunen:

3.1

Immer dann, wenn ein Auftrag vergeben wird, bei dem der Reinigungstarifvertrag zur Anwendung kommt bzw. kommen müsste, gilt auch das AEntG. Dies muss die Kommune beachten.

Beispiele:

- Bei einem (Misch-)Betrieb, der überwiegend Reinigungsarbeiten wahrnimmt, gilt der Reinigungstarifvertrag und damit das AEntG,
- bei Leiharbeitskräften gilt der Tarif der ausgeübten Tätigkeit; wenn es Reinigung ist, gilt dieser Tarif und damit das AEntG,
- falls in späteren Tarifverhandlungen eine Abteilungsklausel eingeführt wird, kann auch für einzelne Abteilungen eines Betriebes der Reinigungstarif gelten.

3.2

Vor dem Hintergrund der unter Ziffer 2.1 dargestellten Überlegung zur Zusammensetzung des Stundenverrechnungssatzes, insbesondere Ziffern 2.1.1

und 2.1.2, müssen angebotene/vereinbarte Stundenverrechnungssätze unbedingt einer kritischen Betrachtung unterworfen werden!

- Verträge mit einem Stundenverrechnungssatz unter 14 EUR / 11,50 EUR (hier und nachfolgend jeweils bezogen auf die Unterhaltsreinigung) stellen ein erhebliches Haftungsrisiko dar. Soll dennoch ein solches Angebot den Zuschlag erhalten, sollte zuvor unbedingt eine genaue Kalkulation insbesondere dieser Berechnungsbestandteile (Ziffern 2.1.1 und 2.1.2) nachgefordert werden. **Aus dieser muss schlüssig hervorgehen, dass auch bei dem geringeren Stundenverrechnungssatz der Tariflohn wie auch die gesetzlichen Abgaben sichergestellt sind. Eine schriftliche Erklärung des Anbieters zur Tariftreue allein reicht nicht aus!**
- Ist für die Kommune von vorneherein klar, dass sie keine Aufträge unter einem Stundenverrechnungssatz von 14 EUR / 11,50 EUR vergeben will, sollte sie dies aus dem Transparenzgebot des Vergaberechts heraus bereits in den Verdingungsunterlagen kommunizieren.
- Bei Angeboten mit einem Stundenverrechnungssatz von 14 EUR bis 17,93 EUR / 11,50 EUR bis 14,50 EUR sollte sich die Kommune die Kalkulation vorlegen lassen. Es bietet sich an, diese Angebote anhand des Kalkulationschemas des Bundesinnungsverbandes des Gebäudereinigerhandwerks(s.u. Ziffer 4) zu strukturieren. Aus Gründen der Aufwandsminimierung wird empfohlen, dies allerdings nur von den Anbietern zu verlangen, die nach der Submission für die Zuschlagserteilung in Betracht kommen. Das Einholen dieser Informationen sollte in den Unterlagen dokumentiert sein. In den Ausschreibungsunterlagen sollten die Bieter bereits auf diese Vorgehensweise hingewiesen werden.

Weitere Hinweise und Vorschläge zum Vorgehen im Rahmen der Auftragsvergabe enthält ein Vortrag von Dieter Huland, Leiter der Zentralen Dienste der Stadt Köln. Die Fundstelle zum Text „Die Vergabe von Reinigungsleistungen unter dem Aspekt des Arbeitnehmerentsendegesetzes“ finden Sie unter Ziffer 4.3.

3.3

§ 6 AEntG gibt den kommunalen Vergabestellen für die Prüfung der unternehmerischen Zuverlässigkeit eine Abfragemöglichkeit, die sie vor Vertragsabschlüssen mit Gebäudereinigungsunternehmen nutzen sollten:

- Das Gewerbezentralregister erteilt Auskünfte über gegen die potenzielle Auftragnehmerfirma verhängte Urteile/Bußgeldbescheide wegen eines Verstoßes gegen das AEntG.
(Beim Bundesjustizamt ist dazu seit kurzem eine Online-Auskunft möglich: http://www.bundesjustizamt.de/nn_257894/DE/Themen/Wirtschaft/GZR/GZRI/nhalte/Hinweise.html)
- Die Hauptzollämter können Auskünfte über laufende Ermittlungsverfahren wegen eines Verstoßes gegen das AEntG erteilen. Die Ermittlungen müssen sich aber bereits in der offenen Phase befinden. Es kann u.U. auch das prognostizierte Ergebnis der Ermittlungen mitgeteilt werden.

Die FKS gibt dazu folgende Hinweise an die Kommunen:

- Um die Zahl der Anfragen bei den Finanzbehörden zu begrenzen und den Aufwand seitens der Kommune zu beschränken, sollten nur Anfragen zu demjenigen Bewerber erfolgen, der den Auftrag erhalten soll und dessen potenzieller Auftragswert 30.000,- € (bezogen auf die Gesamtlaufzeit des Vertrages, inkl. etwaiger Verlängerungsoptionen, maximal 48 Monate) übersteigt.
- Außerdem sollte mit den Hauptzollämtern vereinbart werden, dass nur Auskünfte über Bußgeldbescheide der letzten 3 Monate erteilt werden, da weiter zurückliegende Bescheide im Gewerbezentralregister erfasst sind.
- Auskunftersuchen und Auskunft sollten möglichst rationell abgewickelt werden. Dazu gibt die FKS den Kommunen ein Schema an die Hand, das als Grundlage für einen eigenen Vordruck verwendet werden kann (separat abrufbares Dokument).

3.4

Die Kommune hat als Auftraggeberin zudem sogenannte „mittelbare Pflichten“. Sie sollte von beauftragten Firmen verlangen und sich vertraglich zusichern lassen, dass die eingesetzten Reinigungskräfte im Besitz des mit Lichtbild versehenen Sozialversicherungsausweises und zusätzlich die ausländischen Reinigungskräfte im Besitz der ggfs. benötigten Aufenthaltstitel oder der Arbeitserlaubnis/EU sind. Dies sollte in regelmäßigen Abständen stichprobenartig kontrolliert und nach Art und Umfang dokumentiert werden.

3.5

Reinigungsleistung (qm/Stunde) sind daher auf einen jeweils objektbezogenen realistischen Wert zu begrenzen. Die Kommunen sollten in dokumentierten Stichproben die tatsächliche Arbeitszeit der Reinigungskräfte überprüfen.

3.6

Die Kommune ist nicht zur Kontrolle verpflichtet, ob der beauftragte Unternehmer die in seinem Stundenverrechnungssatz angegebenen Zahlungen auch tatsächlich so ausführt. Bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte sollte sie soweit es ihr möglich ist versuchen, eine Klärung herbeizuführen und ggf. auch von den eingesetzten Kräften Auskünfte einholen. Außerdem sollte die FKS über den Sachverhalt, wie auch über sonstige Verdachtsmomente unterrichtet werden.

3.7

Vor dem 1.7.2007 abgeschlossene sog. Altverträge sollten ebenfalls hinsichtlich der Stundenverrechnungssätze überprüft werden. Für die Zurechnung ist unerheblich, wann ein Vertrag geschlossen wurde. Maßgeblich ist, dass der objektive Tatbestand erfüllt ist. Lediglich die Verschuldensfrage kann u.U. anders gewichtet werden. **Eine nachträgliche schriftliche Erklärung des Auftragnehmers zur Einhaltung aller gesetzlicher und tariflicher Vorschriften schafft keine Exkulpation!**

3.8

Die Bestimmungen des AEntG gelten ebenfalls für PPP-Projekte. Das bedeutet, auch wenn die Kommune einen Unternehmer mit dem Betrieb eines Objekts beauftragt und dieser wiederum einen Reinigungsunternehmer beauftragt, so greift eine

Zurechnung im Sinne dieser Ausführungen gleichermaßen bis zur Kommune durch. Die Kommune muss auch in diesen Fällen die Umsetzung des AEntG sicherstellen und sollte im eigenen Interesse ihr Haftungsrisiko durch geeignete vertragliche Absicherung wie auch durch eigene Stichproben minimieren.

4. Weitere Informationen unter:

4.1

Finanzbehörden:

- Allgemeine Informationen der Finanzkontrolle Schwarzarbeit:
http://www.zoll.de/d0_zoll_im_einsatz/b0_finanzkontrolle/e0_aentg/index.html
- Zentrale Ansprechstellen:
http://www.zoll.de/d0_zoll_im_einsatz/b0_finanzkontrolle/k0_ansprechpartner/index.html
- Die in Ziffer 3.3 angesprochene Grundlage für Auskunftersuchen und die Begründung der FKS zur Unternehmereigenschaft der Kommune i.S. des AEntG finden Sie als separat abrufbares Dokument in der Rubrik
http://www.kgst.de/menu_oben/gutachten_und_berichte/aktuelles_gub/wichtige_gesetzesaeenderung_zur_kommunalen_gebaeudereinigung/index.html

4.2

Informationsangebot des Bundesinnungsverbandes des Gebäudereiniger-Handwerks:

- www.gebaeudereiniger.de
- Ein Kunden-Informationsschreiben des Verbandes befindet sich als separat abrufbares Dokument in der Rubrik
http://www.kgst.de/menu_oben/gutachten_und_berichte/aktuelles_gub/wichtige_gesetzesaeenderung_zur_kommunalen_gebaeudereinigung/index.html

- Informationen zum Aktionsbündnis gegen Schwarzarbeit:
<http://www.gebaeudereiniger.de/1192.html>
- Das Lehrmaterial zur Kalkulation in der Gebäudereinigung können KGSt-Mitglieder in der KIKOS-Datenbank unter der Kennung 20080728A0063 abrufen.

4.3

Informationen der KGSt:

- In der KGST-Fachkonferenz „Kommunale Gebäudereinigung aktuell: Wirtschaftlichkeit – Der permanente Herausforderung“ am 19.9.2007 in Berlin wurde das Thema ebenfalls behandelt. Die Unterlagen der Veranstaltung stehen für KGSt-Mitglieder in der KIKOS-Datenbank unter der Kennung 20070927B0017 zum Abruf bereit.
- Das Skript des Vortrags von Dieter Huland (Ziffer 3.2) ist in der Rubrik http://www.kgst.de/menu_oben/gutachten_und_berichte/aktuelles_gub/wichtige_gesetzesaeenderung_zur_kommunalen_gebaeudereinigung/index.html abrufbar.

Ansprechpartnerin bei der KGSt:

Elke Grossenbacher, Referentin im Programmbereich Organisationsmanagement

Tel.: 0221/37689-57

elke.grossenbacher@kgst.de

Rechtlicher Hinweis:

Dieser Text ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung der KGSt und Quellenangabe unzulässig und strafbar.