

# Illegale Beschäftigung und Schwarzarbeit

Durch illegale Beschäftigung und Schwarzarbeit wird dem Bauhauptgewerbe ein großer Schaden zugefügt. In den letzten Monaten haben die diesbezüglichen Kontrollen zugenommen. Die Überwachung der Vorschriften und die Ahndung bei Verstößen obliegt zahlreichen Behörden. In diesem Zusammenhang soll dargestellt werden, dass insbesondere auch die Zollverwaltung bestimmte Zuständigkeiten zur Kontrolle hat.

## Bekämpfung der BillBZ

Die Prüfgruppen BillBZ bei den einzelnen Hauptzollämtern und Standorten sind originär zuständig für die Bekämpfung der illegalen Arbeitnehmerüberlassung, der illegalen Ausländerbeschäftigung, des Leistungsmissbrauchs, des Vorenthaltes von Sozialversicherungsbeiträgen und Verstößen gegen das Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG). Nicht originär zuständig ist die BillBZ für die Bekämpfung der Schwarzarbeit (Arbeitsverwaltung) und Steuerhinterziehung der in diesen Bereich anfallenden Steuern (Einkommens- und Umsatzsteuer). Im Rahmen der Ermittlungen der Zollbehörden werden jedoch immer die zuständigen Behörden informiert und bei Straftatverdacht wird selbst weiter ermittelt. Die gesetzlichen Bestimmungen sind überwiegend im Sozialgesetzbuch I, III und IV geregelt.

## Illegale Arbeitnehmerüberlassung

Die Arbeitnehmerüberlassung ist im Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz) geregelt. Die An-

wendbarkeit des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes hängt maßgeblich vom Merkmal der Gewerbsmäßigkeit der Arbeitnehmerüberlassung ab. Kennzeichnend für das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung sind im Wesentlichen folgende Merkmale:

- Eine vertragliche Beziehung zwischen dem Vertragsarbeitgeber (= Verleiher) und dem Beschäftigungsunternehmen (= Entleiher), die sich auf das entgeltliche Überlassen eines Arbeitnehmers bezieht.
- Eine arbeitsvertragliche Beziehung zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeiter,
- keine Vertragsbeziehung zwischen dem Leiharbeiter und dem Entleiher.

Nach Artikel 1, § 1 b Satz 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes ist die „gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung in Betrieben des Baugewerbes für Arbeiten, die üblicherweise von Arbeitern verrichtet werden, unzulässig“, wobei eine Abordnung zu ARGEN gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 keine Arbeitnehmerüberlassung ist.

Arbeitnehmerüberlassung ist jedoch gemäß Artikel 1 § 1 b Satz 2 dann gestattet, wenn sowohl der überlassende als auch der übernommene Betrieb

- dem Baugewerbe angehören,
- wenn sie von denselben Rahmen- und Sozialkassentarifverträgen erfasst werden,
- und der Betrieb eine Verleiherlaubnis hat, die schriftlich beim zuständigen Landesarbeitsamt zu beantragen ist.

Bei Vorliegen der Voraussetzungen nach Artikel 1, § 1 a AÜG (weniger als 50 Beschäftigte zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen, Höchstdauer 12 Monate) – so genannte **Kollegen-**

hilfe – entfällt die Erlaubnispflicht, es genügt dann eine schriftliche Anzeige an das zuständige Landesarbeitsamt.

## Arbeitnehmerentsendegesetz

Mit dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz sind die baugewerblichen Tarifverträge über den Urlaub, das Urlaubsverfahren und den Mindestlohn auch auf einen Arbeitgeber mit einem ausländischen Betriebsitz anzuwenden, wenn dieser Arbeitnehmer über die Durchführung baugewerblicher Tätigkeiten nach Deutschland entsendet. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass seit 1. September 2002 die nachfolgenden Mindestlöhne gelten:

<b>Alte Bundesländer:</b>	
Mindestlohn I*	10,36 EUR
Mindestlohn II**	12,47 EUR

<b>Neue Bundesländer:</b>	
Mindestlohn I*	8,95 EUR
Mindestlohn II**	10,01 EUR

\*) ungelernete Arbeitskräfte  
\*\*) gelernete Arbeitskräfte

Es ist mit Wirkung ab September 2003 eine weitere Lohngruppe (Lohngruppe II – Facharbeiter Mindestlohn) eingeführt worden.

Daneben besteht die Verpflichtung zur Gewährung von Urlaub und zur Zahlung von Urlaubskassenbeiträgen. Nähere Hinweise sind diesbezüglich aus der Broschüre „Urlaubs-kassenverfahren bei Entsendung auf Baustellen in Deutschland“, herausgegeben von

der SOKA-Bau, Wettinerstraße 7, 65189 Wiesbaden, erhältlich.

## Illegale Ausländerbeschäftigung

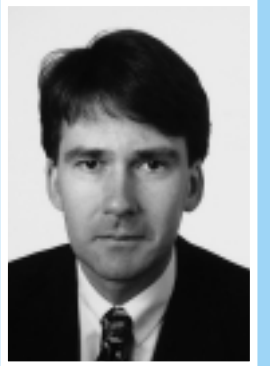
Ausländer in diesem Sinne sind alle Nichtdeutschen. Eine Arbeitserlaubnis ist eine Arbeitserlaubnis oder -berechtigung. Die Arbeitserlaubnis kann zeitlich, beruflich und örtlich beschränkt oder nicht beschränkt werden.

Ausländer dürfen nur beschäftigt werden, wenn sie eine Arbeitserlaubnis besitzen. Ausgenommen davon sind die Angehörigen der EU- und EWR-Staaten. Eine Arbeitserlaubnis erhält nur, wer eine Aufenthaltserlaubnis besitzt. EU- und EWR-Staatler haben per Gesetz eine Aufenthaltserlaubnis, sie können eine Aufenthaltserlaubnis erst nach der Einreise beantragen. Die gesetzlichen Bestimmungen dafür befinden sich im Ausländergesetz (AusIG), in der Durchführungsverordnung (DVAusIG), im Aufenthaltsgesetz/EWG und im Sozialgesetzbuch III.

## Leistungsmissbrauch durch Arbeitslose

Leistungsmissbrauch ist der Bezug von Arbeitslosengeld oder -hilfe, obwohl kein Anspruch darauf besteht. Anspruch auf Arbeitslosengeld oder -hilfe hat nur, wer arbeitslos ist. Dies ist, wer keine oder eine nur weniger als 15 Wochenstunden umfassende Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit ausübt und eine versicherungspflichtige, mindestens 10 Wochenstunden umfassende Beschäftigung sucht. Er muss arbeitsfähig und arbeitsbereit sein.

## Arbeitsrecht am Bau



RA Andreas Biedermann

Die gesetzlichen Bestimmungen dazu sind im Sozialgesetzbuch I geregelt, der unrechtmäßige Erhalt von Sozialleistungen, Arbeitslosengeld, -hilfe in § 263 Strafgesetzbuch „Betrug“.

## Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen

Weder Arbeitnehmer noch Arbeitgeber dürfen Sozialversicherungsbeiträge für Kranken-, Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung vorenthalten. Versicherungspflichtig ist, wer als Arbeitnehmer einer versicherungspflichtigen Beschäftigung nachgeht. Das sind alle Personen, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind. Die Rechtsgrundlagen sind im Sozialgesetzbuch IV, V und VI festgelegt sowie in § 266 a „Vorenthalten und Vertreten von Arbeitsentgelt“ (betrifft nur Arbeitgeber).

## Schwarzarbeit

Bekämpft wird nach dem Schwarzarbeitsgesetz (SchwArG) die Erwerbstätigkeit eines Beziehers von Sozialleistungen (Sozialhilfe), ohne dass die leistende Stelle unterrichtet ist (also die Sozialleistungen entsprechend anpassen kann), das Führen eines selbstständigen Be-

triebes oder Gewerbes ohne die vorgeschriebenen Voraussetzungen zu erfüllen. Dazu gehören insbesondere das selbstständige Ausüben eines Handwerks, ohne in der Handwerksrolle eingetragen zu sein, die unlautere Werbung in Medien (diese ist als Vorbereitungshandlung strafbar) und die Tätigkeiten aus Gefälligkeit.

Rechtsgrundlage ist das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (SchwArG). Zuständig für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten ist die jeweils nach Landesrecht zuständige Behörde.

## Straftaten

Fast immer ist bei einem Verstoß gegen die Bestimmungen zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung und der Schwarzarbeit zu prüfen, ob auch ein Vergehen nach § 370 Abgabenordnung (Steuerhinterziehung) vorliegt.

Allgemein ist festzustellen, dass bei Verstößen gegen Vorschriften der von der BillBZ zu prüfenden Bereiche praktisch auch immer Straftaten nach diesen Vergehen zu verfolgen sind.

Der Autor: Rechtsanwalt Andreas Biedermann, Geschäftsführer im Verband der Bauindustrie für Niedersachsen, Hannover.

## FORTSETZUNG VON SEITE 18

# Prüfung der ...

Vergabestelle, die Eignung des Bieters zu berücksichtigen. Sofern die Vergabestelle die Eignung eines Bieters festgestellt hat, kommt insbesondere bei der späteren Wirtschaftlichkeits-Prüfung (Stufe 4) nicht mehr in Betracht, ein „Mehr an Eignung“ zu Gunsten bestimmter Bieter einfließen zu lassen. Andererseits bleibt bei nachträglich bekannt gewordenen Umständen, die die Ungeeignetheit eines Bieters belegen, möglich, den Bieter noch wegen fehlender Eignung auszuschließen.

Die Anforderungen, die die VSt. an die Bieter-Eignung stellt, müssen sachlich gerechtfertigt sein. Um ungewollte Risiken zu vermeiden, darf die Vergabestelle allerdings einen strengen Maßstab anlegen.

## Was gilt für die Prüfung?

Der Bieter muss die Gewähr für eine sorgfältige und ordnungsgemäße, den einschlägigen Normen entsprechende und rechtzeitige Bauausführung bieten.

Die Zuverlässigkeit kann nicht gewährleistet sein, wenn ein Bieter z.B.

- bewusst Rechenfehler in sein Angebot eingebaut hat,
- ungewöhnlich zahlreiche Rechenfehler gemacht hat,
- Schwarzarbeiter bzw. illegale Beschäftigte einsetzt,
- die Mindestlöhne gem. Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG) unterschreitet,
- in der Vergangenheit gegenüber dem Auftraggeber in we-

sentlichem Umfang vertragsbrüchig geworden war.

Bei solch negativen Erfahrungen muss aber auch der Zeitablauf berücksichtigt und insbesondere nach mehr als 3 Jahren hinterfragt werden, ob Befürchtungen immer noch gerechtfertigt sind.

Die Vergabestelle muss ggf. stets eine einzelfallbezogene Ermessensentscheidung treffen, ob ein Ausschluss konkret erforderlich ist. Die wesentlichen Erwägungen müssen im Vergabevermerk dokumentiert werden.

Ist die Abgabe einer Tarifreueerklärung erlaubtes Zuverlässig-

## Prüfung der fachlichen Eignung

Welche fachlichen Anforderungen an die Bieter zu stellen sind, ergibt sich aus den konkreten Erfordernissen der ausgeschriebenen Bauleistungen. Erforderlich kann z.B. sein

- eine bestimmte gerätetätige Ausstattung/eigener Gerätepark,
- ein eigener Bauhof mit Reparaturwerkstätte und Ersatzteillager,
- Stamm- und Fachpersonal in bestimmtem Umfang (gegenüber ungelernen Aushilfsarbeitern).

Aufgrund des Selbstausführungsgabotes gemäß § 4 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B muss der Bieter die ausgeschriebenen Leistungen grundsätzlich im eigenen Betrieb erbringen. Soweit er hingegen Nachunternehmer einschaltet – weil sein Betrieb nicht entsprechend eingerichtet ist oder weil der Auftrage-

berkriterium? Dies ist äußerst umstritten und liegt dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vor. Voraussetzung ist in jedem Fall:

Entsprechende landesrechtliche Regelung (wie z.B. in Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen, Sachsen, Berlin, Hamburg, Bremen; ein Gesetz des Bundes ist 2002 gescheitert). Entsprechender Vorbehalt in der Bekanntmachung.

Weiter ist dann unklar – und bedarf der Klärung durch den BGH – ob das Verlangen einer Tarifreueerklärung wegen Verstoßes gegen Artikel 9 GG (sog. negative Koalitionsfreiheit) unwirksam ist.

Wenn möglich, sollten Bieter Tarifreueerklärungen abgeben, um hierüber keine überflüssige Auseinandersetzungen führen zu müssen.

ber zustimmt – müssen auch die Nachunternehmer zur ordnungsgemäßen Leistungserbringung geeignet sein.

Daher prüft die Vergabestelle im Rahmen der Eignungsprüfung gem. § 25 Nr. 2 VOB/A auch die Eignung der Nachunternehmer, wenn der Bieter Nachunternehmer in erheblichem Umfang einsetzen will.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, in welchem Umfang der Bieter – angesichts des Selbstausführungsgabotes – die Leistungserbringung überhaupt auf Nachunternehmer übertragen darf. Insofern werden Bieter mit einem geringeren Eigenanteil als 1/3 regelmäßig ausgeschlossen, weil sie zur Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen ungeeignet sind. Als Eigenanteil werden dem Bieter allerdings Kapazitäten von Unternehmen im

Konzernverbund zugerechnet, die dem Bieter zur Verfügung stehen.

## Was gilt bei einer Bietergemeinschaft?

Jedes Mitglied muss im Hinblick auf die von ihm beabsichtigte Leistungserbringung geeignet sein. Falls ein ARGE-Mitglied z.B. insolvent wird, ist zu prüfen, inwiefern davon die Eignung der ARGE insgesamt beeinträchtigt ist.

Schon auf der ersten, formalen Prüfungsstufe (§ 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A) können Bieter ausgeschlossen werden, die

- insolvent oder vergleichbar handlungsunfähig sind,
- gegen ihre Steuer-, Abgaben- oder Sozialversicherungsbeitragspflicht verstoßen haben,
- im Vergabeverfahren vorsätzlich unzutreffende Erklärungen abgegeben haben,
- sich nicht bei der Berufsgenossenschaft angemeldet haben,

## Welche Nachweise darf die VSt. fordern?

Die VSt. darf vom Bieter nur Eignungs-Nachweise fordern, wenn sie dies in der Vergabe-Bekanntmachung und in der Aufforderung zur Angebotsabgabe angeben bzw. vorbehalten hat.

Inhaltlich darf die VSt. gem. § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A Angaben bzw. Erklärungen der jeweiligen Bieter verlangen insbesondere über

- den Umsatz des Bieters in den letzten drei Geschäftsjahren mit vergleichbaren Bauleistungen nebst Referenzen (nähere Angaben zur Ausführung),
- das technische Führungspersonal und die Anzahl sämtlicher jahresdurchschnittlich

Gleiches gilt hinsichtlich zugekaufter Unternehmen.

- schwere, sonstige Verfehlungen begangen haben.

Hierzu darf die Vergabestelle von den Bietern die Einholung geeigneter, behördlicher Bestätigungen (z.B. Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes, polizeiliches Führungszeugnis) verlangen.

Liegen vorgenannte Ausschlussgründe vor, dann ist der Ausschluss zwar regelmäßig gerechtfertigt, erfolgt aber nicht zwangsläufig. Vielmehr muss die Vergabestelle eine Ermessensentscheidung darüber treffen, ob der Bieter nicht ausnahmsweise doch weiter berücksichtigt werden soll. Bloße (vorübergehende) Liquiditätsschwierigkeiten rechtfertigen hingegen in der Regel keinen Ausschluss wegen fehlender Zuverlässigkeit.

beschäftigten Arbeitskräfte,

- die zur Verfügung stehende technische Ausrüstung (z.B. Nachunternehmer-Erklärung, die nach der überwiegenden Rechtsprechung mit dem Angebot erfolgen muss und nicht nachgereicht werden darf),
- Eintragungen in die Berufsgenossenschaft (insb. Handwerksrolle). Bei Vorliegen besonderer Gründe (z.B. Neugründung mit weniger als 3 Geschäftsjahren) kann der Bieter einen anderen, geeigneten Nachweis erbringen. Andere Nachweise als Erklärungen, wie etwa Testate und ähnliches, darf die Vergabestelle nicht

verlangen. Sie kann aber eigene Nachforschungen anstellen. Diese müssen nachvollziehbar in der Vergabeakte dokumentiert werden (Transparenzgebot) z.B. durch Telefonvermerke über Nachfragen bei vormaligen Auftraggebern.

## Was hat OLG Düsseldorf entschieden?

Das OLG hat die oben beschriebenen, allgemeinen Grundsätze dahin gehend konkretisiert, dass ein Bieter, der die mit der Bekanntmachung geforderten Eignungsnachweise nicht erbringt, ausgeschlossen werden muss.

Eine Ausnahme kommt nur in Betracht, soweit der Vergabestelle die Eignung des Bieters ohnehin positiv bekannt ist, etwa aufgrund bereits durchgeführter Bauvorhaben. Allerdings muss diese Möglichkeit eines Verzichts auf die Nachweise Erbringung in der Bekanntmachung ausdrücklich angegeben werden.

Ist dieser Ausnahmefall nicht gegeben, dann kann der Bieter selbst dann ausgeschlossen werden, wenn die Vergabestelle mit der Bekanntmachung Nachweise gefordert hat, die sie gar nicht hätte verlangen dürfen. Denn der in diesem unzulässigen Verlangen liegende Vergaberechtsverstoß hätte vom Bieter gem. § 107 Abs. 3 S. 3 GWB bis zum Ablauf der Angebotsfrist gegenüber der Vergabestelle gerügt werden müssen. Andernfalls kann der Vergabefehler im Nachprüfungsverfahren nicht berücksichtigt werden.

Die Autorin ist Rechtsanwältin und Partnerin in der Kanzlei Prof. Heiermann, Prof. Franke, Knipp & Partner in Frankfurt am Main.