



Arbeitsplätze, Arbeitsbedingungen und Privatisierung nach einer S-Bahn Ausschreibung

23. Juni 2020. Mit den folgenden beiden Fragen werden wir uns zuerst beschäftigen: Welche **Arbeitskräfte** muss ein neuer Betreiber der S-Bahn übernehmen? Welche **Arbeitsbedingungen** muss er einhalten?

Danach geht es um die Themen: Die Ausschreibung der S-Bahn als Türöffner zur Privatisierung der S-Bahn und: Was tun?

I. Welche Arbeitskräfte muss ein neuer Betreiber der S-Bahn übernehmen und welche Arbeitsbedingungen muss er einhalten?

In der Pressemitteilung der Länder Berlin und Brandenburg wird versichert, dass *„der Arbeitnehmerschutz maximal gewährleistet werde: Vertraglich festgelegt werden klare Regelungen zur Arbeitsplatzsicherung, zum Personalübergang, zur Tariftreue, zum Mindestlohn und zur Ausbildungsverpflichtung, die sowohl den im Fahrgeschäft Beschäftigten als auch dem Werkstattpersonal zugutekommen“*¹. Was heißt das konkret? Was heißt z.B. den Arbeitnehmerschutz *„maximal“* zu gewährleisten?

Es gibt neben dieser Pressemitteilung noch eine Protokollerklärung² des Senats. Sie ist bisher unveröffentlicht. Daher können wir auf sie nur unter Vorbehalt eingehen. Es wird auch entscheidend sein, was sich davon in der Ausschreibung wiederfindet.

In der Vorinformation zu dieser Ausschreibung heißt es lapidar:

„Der Auftragnehmer wird verpflichtet, bei der Ausführung der zu vergebenden Dienstleistungen seine Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die bei der Ausführung der Leistung eingesetzt werden, hierfür mindestens nach den geltenden Entgelttarifen eines in Berlin oder Brandenburg geltenden Tarifvertrages zu entlohnen. Nähere Einzelheiten enthalten

¹ Pressemitteilungen des Senats vom 26.5. und 2.5.2020

² Protokollerklärung zur Senatsvorlage „Vergabe sowie von Fahrzeuglieferungs- und Instandhaltungsleistungen für die Teilnetze Nord-Süd und Stadtbahn der Berliner S-Bahn“ (S-3279/2020)

*die Vergabeunterlagen*³“. Nur verpflichtet zur Einhaltung der geltenden Entgelttarife? Um Genaueres zu wissen, wird man auf die Vergabeunterlagen warten müssen.

Die Anfangs gestellten Fragen werden auf der Basis der bestehenden Rechtsvorschriften beantwortet. Das sind die Vorschriften **zum Betriebsübergang**, **zur Tariftreue** und **zur Tarifbindung**.

Die Antworten möchte ich in 5 Punkten zusammenfassen:

1. Die Folgen der S-Bahn-Ausschreibung für die Arbeitskräfte sind mit den Folgen einer **Ausgliederung** vergleichbar. Dieser Vergleich mit einer Ausgliederung hilft, die Folgen der S-Bahn Ausschreibung für die Arbeitskräfte besser zu verstehen. Wir werden daher öfters auf diesen Vergleich zurückkommen. Unter Ausgliederung (Outsourcing) ist die Fremdvergabe betriebsinterner Tätigkeiten zu verstehen. Z.B. ist die Vergabe eines werkseigenen Kantinenbetriebs im Daimler Werk in Berlin-Marienfelde an ein Gastronomie-Unternehmen eine Ausgliederung. Ausgliederungen sind in den vergangenen zwei bis drei Jahrzehnten wie ein Sturm durch die gesamte Wirtschaft gefegt: Alles wurde ausgegliedert: Vom werkseigenen Kantinenbetrieb über die Reinigungskräfte bis zu vielen anderen betriebsinternen Tätigkeiten. Auch landeseigene Unternehmen in Berlin gliederten aus: Sie gründeten Tochterfirmen nur zu dem Zweck, die Beschäftigten dieser Töchter als billige Arbeitskräfte bei der Mutter einsetzen zu können. Entscheidend dabei: Die Töchter unterliegen nicht der Bindung an die Tarife, an die die Mutter gebunden ist. Die rund 3.000

³ Nachbesserung vom 17.6.2020 der Vorinformation zur Ausschreibung: <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:282656-2020:TEXT:DE:HTML&tabId=1>

Beschäftigten der Charité Tochter CFM Facility Management GmbH, die Beschäftigten der über 20 Töchter der Vivantes GmbH und die rund 2.000 Fahrerinnen und Fahrer der Berlin Transport GmbH – das ist eine Tochter der BVG - können ein Lied davon singen.

1. Bei Ausgliederungen und bei Ausschreibungen wie die der S-Bahn sind die **Regeln zum Betriebsübergang** zu beachten. Was heißt das für die Übernahme von Arbeitskräften und Arbeitsbedingungen durch einen möglichen neuen Betreiber?

a. Was bedeuten die **Regeln zum Betriebsübergang für die Übernahme von Arbeitskräften?**

Geht bei einer Ausgliederung ein Betrieb auf einen neuen Betreiber über, dann hat er die Verpflichtung zur Übernahme aller Arbeitskräfte dieses Betriebes. Also wieder am Beispiel der Kantine in Marienfelde: Die Gastronomie, die die Kantine übernimmt, muss auch das gesamte Kantinenpersonal übernehmen.

Bei einem Betreiberwechsel der S-Bahn ist jedoch nicht die Übernahme aller Arbeitskräfte garantiert. Nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung sollen (nicht müssen!) von dem neuen Betreiber die Arbeitskräfte übernommen werden, die bei der S-Bahn GmbH „für die Erbringung der übergehenden Verkehrsdienstleistungen unmittelbar erforderlich sind“⁴.

4 siehe § 131 Abs. 3 GWB, wo unter Verweis auf die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 die Rechtsfolgen des § 613 a BGB als Sollvorschrift (nicht Muss-Vorschrift!) für die Arbeitskräfte enthalten sind, die „für die Erbringung der übergehenden Verkehrsdienstleistungen unmittelbar erforderlich sind“ (Hervorhebung durch B.H.). Der Kreis der von den Regeln des Betriebsübergangs (§613a BGB) erfassten Arbeitskräfte wird also noch weiter eingeschränkt als nach der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 vorgesehen, wo es in Artikel 4 Absatz 5 dieser Verordnung heißt: „Unbeschadet des nationalen Rechts und des Gemeinschaftsrechts, einschließlich Tarifverträge zwischen den Sozialpartnern, kann die zuständige Behörde den ausgewählten Betreiber eines öffentlichen Dienstes verpflichten, den Arbeitnehmern, die zuvor zur Erbringung der Dienste eingestellt wurden (Hervorhebung durch B.H.), die Rechte zu gewähren, auf die sie Anspruch hätten, wenn ein Übergang im Sinne der Richtlinie 2001/23/EG erfolgt wäre. Verpflichtet die zuständige Behörde die Betreiber eines öffentlichen Dienstes, bestimmte Sozialstandards einzuhalten, so werden in den Unterlagen des wettbewerblichen Vergabeverfahrens und den öffentlichen Dienstleistungsaufträgen die betreffenden Arbeitnehmer aufgeführt und transparente Angaben zu ihren vertraglichen Rechten und zu den Bedingungen gemacht, unter denen sie als in einem Verhältnis zu den betreffenden Diensten stehend gelten“; die Richtlinie 2001/23/EG ist vergleichbar mit § 613 a BGB

Auch die Protokollnotiz des Senats sieht in der Ausschreibung eine Verpflichtung zur Übernahme nur dieser Arbeitskräfte vor. Für die Arbeitskräfte, die für die Erbringung der Instandhaltungsleistungen unmittelbar erforderlich sind, wird es in der Ausschreibung keine Verpflichtung zur Übernahme geben. Laut Protokollnotiz soll nur sichergestellt werden, dass sie zu den bisherigen Bedingungen beschäftigt werden, entweder durch Übernahmeangebot des neuen Betreibers oder durch Übernahmeangebot einer Auffanggesellschaft bei Bildung eines Gemeinschaftsbetriebs mit dem neuen Betreiber⁵. Wie das sichergestellt wird, bleibt offen; eine Verpflichtung zum Einsatz dieser Arbeitskräfte durch den neuen Betreiber wird es in der Ausschreibung nicht geben. Ebenso bleibt offen, ob die S-Bahn Beschäftigten das mit sich machen lassen werden. Für diejenigen, die für die Erbringung der Instandhaltungsleistungen nicht unmittelbar erforderlich sind, aber aufgrund des Betreiberwechsels ihren Arbeitsplatz bei der S-Bahn GmbH verlieren werden, wird überhaupt keine Lösung angeboten, auch nicht für die Arbeitskräfte in den Bereichen Fahrgastinformation, Marketing, Planung und Disposition⁶. Jedoch werden betriebsbedingte Kündigungen durch Tarifvertrag bei der Deutschen Bahn AG ausgeschlossen⁷. An diesen Tarifvertrag ist die S-Bahn GmbH gebunden. Dieser Tarifvertrag enthält zur Beschäftigungssicherung auch umfassende Pflichten für den betroffenen Beschäftigten, von

5 In der Protokollnotiz wird unter Nr. 2 verlangt, dass „im Bereich der Instandhaltung sichergestellt werden muss, dass die Menschen, die beim bisherigen Betreiber für die Instandhaltung der S-Bahn Fahrzeuge beschäftigt waren und für die Erbringung der Instandhaltungsleistungen unmittelbar erforderlich sind, entweder von einem etwaigen neuen Betreiber ein Arbeitsangebot nach Maßgabe der Vorgaben für einen Betriebsübergang (§613a BGB) erhalten oder ein Angebot erhalten, im Rahmen einer Auffanggesellschaft und unter Bildung eines Gemeinschaftsbetriebs mit dem neuen Betreiber zu den bisherigen Bedingungen beschäftigt zu werden, wenn diese Menschen beim bisherigen Betreiber nicht weiter beschäftigt werden“. Es ist nicht davon auszugehen, dass der Senat für diejenigen, die nicht für die Instandhaltung der Fahrzeuge, aber für den Betrieb der S-Bahn sorgen, nicht die bisherigen Arbeitsbedingungen sicherstellen will.

6 Pressemitteilung der EVG vom 18. Mai 2020

7 DemographieTV_DBAG v. 14.12.2018

deren Einhaltung der Kündigungsschutz abhängt. Diese zusätzlichen Belastungen sind vermeidbar: Durch Vermeidung der Ausschreibung.

Zwischenbilanz: Die Länder Berlin und Brandenburg werden in der Ausschreibung nicht verlangen, dass der neue Betreiber alle Arbeitskräfte, die wegen des Betreiberwechsels ihren Arbeitsplatz bei der S-Bahn GmbH verlieren, übernehmen muss.

b. Was bedeuten die Regeln zum Betriebsübergang für die Übernahme der Arbeitsbedingungen?

Nach den Regeln zum Betriebsübergang müssen die übernommenen Arbeitskräfte zu denselben Arbeitsbedingungen eingesetzt werden, zu denen sie unter dem alten Betreiber eingesetzt wurden. Zu den Arbeitsbedingungen gehören nicht nur die Löhne, sondern alle Arbeitsbedingungen.

Zwischenbilanz: Die Protokollnotiz legt nahe, dass neue Betreiber für alle übernommenen Arbeitskräfte die Arbeitsbedingungen erfüllen müssen, an die die S-Bahn GmbH durch Tarifverträge gebunden ist⁸. Dies müsste in der Ausschreibung allerdings abgesichert werden⁹.

8 In der Protokollnotiz wird unter Nr. 2 verlangt, dass „im Bereich der Instandhaltung sichergestellt werden muss, dass die Menschen ... zu den bisherigen Bedingungen beschäftigt zu werden, wenn diese Menschen beim bisherigen Betreiber nicht weiter beschäftigt werden“. Es ist nicht davon auszugehen, dass der Senat für diejenigen, die nicht für die Instandhaltung der Fahrzeuge, aber für den Betrieb der S-Bahn sorgen, nicht die bisherigen Arbeitsbedingungen sicherstellen will. Zu gemeinsamen Einrichtungen der Tarifparteien siehe: M.Bacher, P. Gerhardt, V. Matthießen Arbeitsrecht bei der Umstrukturierung von Unternehmen und Betrieben 5. Aufl. Baden-Baden 2018 S. 275

9 In § 10 Satz 3 BerlAVG, wird darauf hingewiesen, dass „die Regelungen der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rats vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße ... zu beachten“ sind. Nach Artikel 4 Absatz 5 dieser Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 **können** die Rechtsfolgen des 613 a BGB bei Betreiberwechsel angeordnet werden. Auf die Voraussetzung eines Betriebsübergangs oder Betriebsteilübergangs kommt es nicht an. Nach § 131 Abs. 3 GWB, wo auf die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 verwiesen wird, **sollen** die Rechtsfolgen des § 613 a BGB für die übernommenen Arbeitskräfte gelten. Eine Mussvorschrift gibt es also nirgendwo. Schon aus diesem Grund ist es notwendig, in der Ausschreibung bzw. in den Vergabeunterlagen für alle übernommenen Arbeitskräfte auch die Übernahme aller bisherigen Arbeitsbedingungen vorzuschreiben. Zu Problemen der unterschiedlichen Behandlung von tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen

Hier ist jedoch wieder der Vergleich mit Ausgliederungen instruktiv, wo ebenfalls diese Verpflichtung zur Übernahme aller bisherigen Arbeitsbedingungen für die übernommenen Arbeitskräfte besteht. Trotzdem kämpfen seit Jahren die Beschäftigten der ausgegliederten Töchter von Vivantes und der Charité aus guten Gründen zäh und ausdauernd für eine Rückkehr zur Mutter¹⁰. Die Beschäftigten der Tochter im Botanischen Garten konnten nach einem langen Kampf auch die Rückkehr zur Mutter FU durchsetzen¹¹. Diese Ausgliederung wurde übrigens ebenfalls mit einem Gemeinschaftsbetrieb verbunden, ähnlich der Konstruktion wie sie nach der Protokollnotiz für die S-Bahn-Beschäftigten, die unmittelbar in der Instandhaltung arbeiten, vorgesehen ist. Die Regeln zum Betriebsübergang verhindern nicht, dass die Töchter in einem Ausmaß an den Arbeitskräften sparen, wie es den Müttern nicht möglich ist. Die Töchter sind nicht den Tarifen unterworfen, an die die Mütter gebunden ist. Das zusammen mit der sogenannten „natürlichen Fluktuation“ ergibt den Mix, aus dem die Lohneinsparungen betrieben werden. Jede Arbeitskraft, die die Tochter verlässt, wird entweder überhaupt nicht oder durch eine billigere Arbeitskraft ersetzt. Es leuchtet ein, dass sich vor allem diese Billigarbeitskräfte für die Rückkehr zur Mutter einsetzen.

2. Dieser Austausch durch billigere Arbeitskräfte wird bei einer Ausschreibung der S-Bahn und einem folgenden Betreiberwechsel abgemildert, aber nicht beseitigt. Das ergibt sich aus

Arbeitskräften bei einem Betriebsübergang nach § 613a BGB siehe Th. Blanke, S. Fedder Privatisierung 2. Auflg. Baden-Baden 2010 S. 543f. Rn. 84 ff, S. 544 f Rn. 87 ff, S. 551 ff Rn. 107, Rn. 134 ff und Rn. 181 ff (zu Personalüberleitungsverträgen).

¹⁰ Der Kampf der Kolleginnen und Kollegen im Botanischen Garten um ihre Rückkehr zur Mutter, der Freien Universität (FU), wird ausführlich beschrieben in dem Buch „Der Aufstand der Töchter“ in der Reihe WIDERSTÄNDIG. Zum Buch der Beschäftigten der CPPZ über ihren Kampf zurück zur Mutter Charité wird demnächst ebenfalls ein kleines Buch in der Reihe WIDERSTÄNDIG erscheinen.

¹¹ J. Seppelt, R. Niernerg u.a. Der Aufstand der Töchter, Hamburg 2018 VSA Verlag

Sonderregelungen bei der Ausschreibung von öffentlichen Personennahverkehrsdiensten (ÖPNVDiensten)¹² wie es die S-Bahn-Ausschreibung ist, den Regelungen zur **Tariftreue**.

Tariftreue heißt: Der neue Betreiber muss nicht nur für die Arbeitskräfte, sondern auch für die Tätigkeiten, die er von der S-Bahn GmbH übernommen hat (Betrieb und Wartung), Arbeitsbedingungen garantieren, die vorher bei der S-Bahn GmbH galten. Für diese Tätigkeiten kann er also nicht jede billigere Arbeitskraft einsetzen. Vielmehr müssen die Regelungen zur Tariftreue beachtet werden.

Tariftreue heißt allerdings nicht Tarifbindung. Tarifbindung oder Tarifgebundenheit¹³ heißt: Das tarifgebundene Unternehmen ist zur Einhaltung bestimmter Arbeitsbedingungen, Löhne, Arbeitszeit, Urlaub usw. verpflichtet, weil dieses Unternehmen entweder selbst einen Tarifvertrag mit der Gewerkschaft vereinbart hat oder weil es Mitglied eines Unternehmerverbandes ist, der diesen Tarifvertrag mit den Gewerkschaften abgeschlossen hat¹⁴. Dann haben die Gewerkschaftsmitglieder dieses Unternehmens unmittelbar und zwingend¹⁵ aus Tarifvertrag einen Anspruch auf diese Leistungen.

12 Die einschlägigen Regeln zur Tariftreue finden sich im Berliner Auftrags - und Vergabegesetz (BerlAVG), GVBl. 2020, 276. Das geänderte BerlAVG trat am 1. Mai 2020 in Kraft. Es gilt für alle Vergabeverfahren, die ab dem 1. Mai 2020 begonnen werden. Am 2. April 2020 hatte das Berliner Abgeordnetenhaus dieses Gesetz in der Fassung der Vorlage zur Beschlussfassung - [Drucksache 18/2538](#) – angenommen Die Regelungen zur Tariftreue finden sich also nicht im GWB, sondern in den Ländergesetzen, die dafür auch die Zuständigkeit haben, da diese „Regelungen unter das Recht der Wirtschaft nach Art. 74 Absatz 1 Nr. 11 GG fallen und nach Art. 70 GG i.V.m. Art. 72 Absatz 2 GG der Bund im Rahmen dieser konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz den hier vorliegenden Regelungsgegenstand nicht abschließend gesetzlich geregelt hat (vgl. Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 11.07.2006 - 1 BvL 4/00)“ – so wörtlich die Begründung zu § 9 BerlAVG. Das Kapital entzieht sich in den letzten 20 Jahren nicht nur immer mehr der Tarifbindung, sondern hat selbstverständlich auch kein Interesse an Auflagen zur Tariftreue, die in einem über viele Jahre andauernden Konflikt gegen das Kapital durchgesetzt wurden.

13 § 2 Abs. 1 TVG

14 § 2 Abs. 1 TVG

15 § 4 Abs. 1 TVG

Der neue Betreiber der S-Bahn muss aber eben nicht tarifgebunden und damit auch nicht gegenüber der Gewerkschaft verpflichtet sein wie es die tarifgebundene S-Bahn GmbH ist. Stattdessen müssen die neuen Betreiber nur einen Vertrag mit dem Staat unterschreiben, der sie zur Einhaltung von Arbeitsbedingungen aus Tarifverträgen zwingt¹⁶.

Tariftreue heißt nach dem Gesetz nicht, dass sich die neuen Betreiber an die Arbeitsbedingungen aus allen Tarifverträgen halten müssen, an die die S-Bahn GmbH gebunden ist, sondern nur an die Arbeitsbedingungen aus bestimmten Tarifverträgen¹⁷. Die Entscheidung, welche Tarifverträge die Tariftreue umfasst, ist „nach billigem Ermessen“ zu treffen¹⁸. Also besteht Entscheidungsspielraum und auch Streit darüber im Senat.

Eine Bestimmung der Tarifverträge, deren Arbeitsbedingungen eingehalten werden müssen, fehlt in der Pressemitteilung der Länder Berlin und Brandenburg. Es hätte der folgende

16 § 10 BerlAVG lautet:

„Öffentliche Personennahverkehrsdienste

Unbeschadet etwaiger weitergehender Anforderungen nach § 128 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vergeben öffentliche Auftraggeber gemäß § 2 Aufträge über öffentliche Personennahverkehrsdienste, wenn sich die Auftragnehmer bei der Angebotsabgabe verpflichten, ihre Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (ohne Auszubildende) bei der Ausführung dieser Dienste mindestens nach den hierfür jeweils geltenden Entgelttarifen zu entlohnen. Die öffentlichen Auftraggeber bestimmen in der Bekanntmachung der Ausschreibung sowie in den Vergabeunterlagen den oder die einschlägigen Tarifverträge nach Satz 1 nach billigem Ermessen und vereinbaren eine dementsprechende Lohngleichklausel für den Fall einer Änderung der Tarifverträge während der Vertragslaufzeit. Außerdem sind insbesondere die Regelungen der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates (Abl. L 315 vom 3. Dezember 2007, S. 1) zu beachten“.

17 In der Begründung zu den Änderungen des BerlAVG heißt es: „Das Land Berlin wird die Tariftreuespielräume des Europarechts ausnutzen. Das bedeutet, dass nicht nur die Einhaltung allgemeinverbindlicher Tarifverträge bei der Ausführung öffentlicher Aufträge verlangt wird. Vielmehr werden nach Ablauf der Umsetzungssperre für die Maßnahmen der Arbeitnehmerentsenderichtlinie vom 28. Juni 2018 Aufträge nur noch an Unternehmen vergeben, die auch die in Berlin geltenden allgemein wirksamen Tarifverträge für ihre mit der Auftragsausführung betrauten Beschäftigten einhalten, sofern die dafür erforderlichen technischen und organisatorischen Vorkehrungen getroffen sind. Hierzu werden Ausführungsbestimmungen über das Verfahren zur Feststellung sowie über die Bekanntgabe der jeweils anwendbaren Tarifverträge erlassen, die als allgemein wirksam anzusehen sind. Damit wird gewährleistet, dass die Bieter in unmissverständlicher Weise nachvollziehen können, welche Entlohnung vertraglich vereinbart wird“ (aus der Begründung in: [Drucksache 18/2538](#))

18 siehe in § 10 BerlAVG: „Die öffentlichen Auftraggeber bestimmen in der Bekanntmachung der Ausschreibung sowie in den Vergabeunterlagen den oder die einschlägigen Tarifverträge nach Satz 1 nach billigem Ermessen und vereinbaren eine dementsprechende Lohngleichklausel für den Fall einer Änderung der Tarifverträge während der Vertragslaufzeit“

einfache Satz ausgereicht: „Die Tariftreue umfasst die Arbeitsbedingungen aller Tarifverträge, an die S-Bahn GmbH gebunden ist“. Dass dieser einfache Satz fehlt, ist kein gutes Zeichen. Aus der Protokollnotiz ist zu entnehmen, dass es in der Ausschreibung keine Verpflichtung zur Einhaltung aller Tarifverträge, an die die S-Bahn GmbH gebunden ist, geben wird¹⁹.

Zwischenbilanz: In der Ausschreibung wird es keine Verpflichtung zur Einhaltung der Arbeitsbedingungen aus allen Tarifverträgen geben, an die die S-Bahn GmbH gebunden ist, und zwar weder wenn es um die Tätigkeiten zum Betrieb der S-Bahn geht, noch wenn es um Tätigkeiten zur Instandhaltung der Fahrzeuge geht.

4. Im Rahmen des bestehenden Rechts kann ein neuer Betreiber nicht zur Tarifbindung verpflichtet werden. Bei einem Betreiberwechsel im Rahmen einer Ausschreibung müssen die Beschäftigten mit dem Verlust der Tarifbindung rechnen. Deswegen werden Regelungen zur Tariftreue in einer Ausschreibung aufgenommen. Den Erhalt der Bindung an diese **Tarifverträge** garantiert die Ausschreibung nicht. Tarifverträge sind in Recht gegossene

¹⁹ Nach Nr. 5 der Protokollnotiz „sollen (Anm. v. B.H.: nicht müssen!) – wie bei Ausschreibungen im Regionalverkehr – neben den mit der EVG und der GdL abgeschlossenen Branchentarifverträgen auch die für die S-Bahn Berlin GmbH geltenden Tarifverträge der Tariftreueerklärung zugrunde gelegt werden. Hiermit wird das im Senatsbeschluss vom 12.11.2019 beschlossene Auswahlkriterium der Repräsentativität umgesetzt“. Unter Nr. 4 heißt es: „Die Ausschreibung muss sicherstellen, dass Unterschiede zwischen den wesentlichen Beschäftigungsbedingungen der Bieter (Urlaub, Arbeitszeit, Ruhezeiten) in die Wertung einfließen“. Das heißt: Andere angeblich nicht wesentliche Arbeitsbedingungen fließen nicht in die Wertung ein. Was heißt zudem „in die Wertung einfließen“? In der Berliner Zeitung vom 26.5.2020 ist von einem Punktesystem die Rede, das aber in der Protokollnotiz nicht genannt wird (<https://www.berliner-zeitung.de/mensch-metropole/s-bahn-ausschreibung-der-superlative-beginnt-im-sommer-li.84487>). Wenn die Urlaub, Arbeitszeit und Ruhezeit „in die Wertung einfließen“, kann die Gesamtwertung ergeben, dass der erfolgreiche Betreiber Urlaub, Arbeitszeit und Ruhezeit nicht wie die S-Bahn GmbH einhalten muss, die an die entsprechenden Tarifverträge gebunden ist. Der neue Betreiber wird wohl kaum dazu verpflichtet werden, einen Schutz vor betriebsbedingten Kündigungen sicherzustellen, wie es der entsprechende Tarifvertrag verlangt, an den die S-Bahn GmbH gebunden ist (DemographieTV_DBAG v. 14.12.2018). Aber das wird nicht die einzige Leistung sein, an die die S-Bahn GmbH gebunden ist, ohne dass dazu die neuen Betreiber in der Ausschreibung verpflichtet werden; eben das ergibt sich aus der Protokollnotiz, in der von der Existenz „Unterschiede zwischen den wesentlichen Beschäftigungsbedingungen der Bieter (Urlaub, Arbeitszeit, Ruhezeit)“ ausgegangen wird.

Solidarität. Für diese Tarifverträge haben die Beschäftigten viele Jahre gekämpft. Deren Erfolge zerstört die von den Ländern Berlin und Brandenburg angeordnete Ausschreibung. Die Gewerkschaften werden gezwungen, erneut für die Tarifbindung zu kämpfen. Nach 15 Jahren und einer erneuten Ausschreibung verlieren die Beschäftigten wieder die Tarifbindung. Und alles fängt wieder von vorne an. Das alles ist umso gravierender als damit ein Prozess weiter vorangetrieben wird, der nun schon seit über zwanzig Jahren bundesweit anhält. Seit 1996 ist in Deutschland der Anteil der Beschäftigten mit Flächentarifbindung um über 20 Prozent gesunken, in Westdeutschland von 70 % auf 46 % und in Ostdeutschland von 56 % auf 34 %²⁰. Häufig wird eine Sozialpartnerschaft zwischen Gewerkschaften und Unternehmern beschworen. Tatsächlich aber ist die sinkende Tarifbindung das Ergebnis einer Jahre lang bewusst betriebenen Tariffucht oder sogar - wie im vorliegenden Fall der S-Bahn-Ausschreibung - einer durch Gesetz angeordneten Tariffucht. Diese Tariffucht bringt die Gewerkschaften zunehmend in Bedrängnis; denn der Abschluss von Tarifverträgen ist das Kerngeschäft der Gewerkschaften.

5. Die Ausschreibung der S-Bahn öffnet das Tor zur **Ungleichbehandlung** und **Spaltung** der Belegschaft. Ein neuer Betreiber der S-Bahn, der nicht tarifgebunden ist, kann Arbeitskräfte für dieselbe Tätigkeit zu ganz unterschiedlichen Arbeitsbedingungen einsetzen, je nachdem, welche Regeln für eine Arbeitskraft gelten: **Die Regeln zum Betriebsübergang, weil die Arbeitskraft von der S-Bahn GmbH übernommen wurde**, oder **die Regeln zur Tariftreue, weil die Arbeitskraft zwar nicht von der S-Bahn GmbH übernommen wurde, aber**

²⁰ Susanne Kohaut IAB-Forum v. 13. Mai 2020, <https://www.iab-forum.de/tarifbindung-geht-in-westdeutschland-weiter-zurueck/>

Tätigkeiten ausführt, die unmittelbar mit dem Betrieb der S-Bahn zu tun haben, oder keine dieser Regeln, weil die Arbeitskraft zwar im Bahnbetrieb, aber nicht im S-Bahnbetrieb eingesetzt wird und auch nicht von der S-Bahn GmbH übernommen wurde.

In jedem Fall würde nach einem Betreiberwechsel die S-Bahn-Belegschaft zerschlagen. Der jetzt bestehende Betriebsrat würde in mehrere Betriebsräte aufgespalten, die auch nicht über einen GBR oder KBR zusammenarbeiten könnten. Damit wird auch die bestehende **einheitliche betriebliche Interessenvertretung** der Beschäftigten der S-Bahn **zerstört**.

Zu den beiden anfangs gestellten Fragen ...

1. Welche Arbeitskräfte muss ein neuer Betreiber übernehmen und
2. welche Arbeitsbedingungen muss er einhalten?

.... die Antwort:

Ein neuer Betreiber muss weder alle Arbeitskräfte der S-Bahn GmbH übernehmen noch für alle Arbeitskräfte, die er in seinem Betrieb einsetzt, alle Arbeitsbedingungen übernehmen, an die die S-Bahn GmbH durch Tarifverträge gebunden ist. Ein neuer Betreiber muss sich nicht an die Tarife binden, an die die S-Bahn GmbH gebunden ist.

II. Privatisierung durch Ausschreibung

Ein Nachteil für die Beschäftigten in privaten Unternehmen ist, dass sie weniger Möglichkeiten haben, politischen Druck auf die Eigentümerseite auszuüben. Regierung und Abgeordnete werden gewählt und müssen sich in der Öffentlichkeit rechtfertigen - auch für die staatseigenen Unternehmen. Wie jeder andere Eigentümer kann auch der Staat als Eigentümer

die Weichen im Unternehmen stellen. In privaten Unternehmen entfällt diese Möglichkeit der Einflussnahme.

Die S-Bahn GmbH hat zwar die privatrechtliche Rechtsform der GmbH und ist damit formell privatisiert, aber nicht materiell; denn ihre Gesellschafteranteile gehören zu 100 % der Deutschen Bahn AG und die Aktien der Deutschen Bahn AG sind immer noch in staatlichen Händen. Das Kapital konnte also bisher diesen ÖPNVdiensten nicht seinen Verwertungsinteressen unterwerfen.

Genau das zu ändern ist die Funktion der Ausschreibungsvorschriften für die ÖPNVdienste. Dabei hatten Ausschreibungen ursprünglich nur die Aufgabe, eine sparsame Führung öffentlicher Haushalte sicherzustellen, und zwar wenn Waren und Dienstleistungen eingekauft werden, die nicht in öffentlicher Regie hergestellt werden. Dadurch, dass das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) auch die Ausschreibung von ÖPNVdiensten vorschreibt²¹, wird die Ausschreibung zu einem Türöffner zur Privatisierung. Denn eine Ausschreibung bietet den ÖPNVdienst allen an, auch privaten Unternehmen. Wenn das private Unternehmen die Ausschreibung gewinnt, werden Betrieb und Wartung der S-Bahn-Netzteile in die Hand des Kapitals gegeben. Es ist zwar nicht akzeptabel, dass die S-Bahn GmbH Gewinne erwirtschaftet, es ist aber nicht gleichgültig, ob diese Gewinne in die Hände eines

²¹ § 131 GWB und BGH X ZB 4/10 aus dem Jahr 2011; nach EU Recht wäre eine Direktvergabe an einen externen Bewerber (vorliegend die S-Bahn GmbH) möglich; vgl. Felix Thoma, Onlineartikel v. 16.4.2020 zur S-Bahn-Zukunft: <https://www.zukunft-mobilitaet.net/171299/analyse/zukunft-s-bahn-berlin-ausschreibung-alternativkonzepte-landeseigentum>

neuen privaten Betreibers fließen oder an die DB AG abgeführt werden. Dies gilt jedenfalls solange wie die Deutsche Bahn AG dem Staat gehört. Die Ergebnisse der S-Bahn GmbH²²:

Jahr	Mio EURO
2000	29
2001	8
2002	17
2003	3
2004	-4
2005	9
2006	34
2007	34
2008	56
2009	-93
2010	-222
2011	-42
2012	-7
2013	43
2014	54
2015	67
2016	71
2017	70
2018	49
2019	41

+217 Mio EURO

Bilanz: Was dem Kapital gegeben wird, wird den Lohnabhängigen, den Ländern Berlin und Brandenburg und der Deutschen Bahn genommen.

22 Ergebnisse nach HGB; aus dem Anhang des Berichts des Verkehrsministeriums zur Sitzung des Verkehrsausschusses am 17.06.2020

III. Was tun?

Es wird versucht, das Gesetz (GWB) so zu ändern, dass wieder eine Direktvergabe an die S-Bahn GmbH möglich wird. Ob sich entsprechende Mehrheiten im Bundesrat oder im Bundestag finden lassen, ist allerdings mehr als fraglich.

Realistischer wäre eher ein Vorgehen im Rahmen dieses Gesetzes: Dabei wäre die eine Variante die, dass die Ausschreibungsbedingungen so sind, dass die S-Bahn GmbH die Ausschreibung gewinnt. Doch ist niemals auszuschließen, dass ein anderer Bewerber den Zuschlag erhält²³. Die andere Variante wäre die, eine Ausnahmeregelung des GWB zu ziehen, denn das bestehende Gesetz schließt eine Direktvergabe nicht vollständig aus: Eine Direktvergabe ohne Ausschreibung wäre möglich an ein staatliches Bahn-Unternehmen, in dem der Einfluss der Länder Berlin und Brandenburg ausreichend groß ist. Dann könnte auch eine Bindung an alle Tarife, an die die S-Bahn GmbH schon bisher gebunden ist, ohne weiteres garantiert werden. Dabei wäre eine Beteiligung der Deutschen Bahn AG denkbar und wünschenswert. Damit sich aber die DB AG auf einen solchen Deal einlässt, sind nicht nur Verhandlungen, sondern auch ein entsprechender öffentlicher Druck notwendig. Dabei müssten die Länder Berlin und Brandenburg zunächst bereit sein, das geplante Ausschreibungsverfahren abubrechen, um Zeit zu gewinnen. Ein Abbruch der Ausschreibung ist auch noch möglich, wenn die Ausschreibung schon veröffentlicht worden ist. Aber auch ein Abbruch wird nicht ohne erheblichen öffentlichen Druck durchzusetzen sein.

23. Juni 2020,
Benedikt Hopmann, Rechtsanwalt

²³ so auch das Positionspapier des OV Friedrichshain Nord-Ost der Linken

Quellen zur vorliegenden Darstellung und zur Darstellung vom 23.5.2020:

- Betriebsübergang, § 613 a BGB
- Betriebsänderung, Interessenausgleich und Sozialplan, §§ 111 ff. BetrVG, <https://www.gesetze-im-internet.de/betrvg/>
- Tarifvertragsgesetz (TVG), <https://www.gesetze-im-internet.de/tvg/>
 - Tarifbindung, § 3 TVG
 - unmittelbar und zwingende Wirkung von Tarifverträgen, § § 4 Abs. 1 TVG
 - Tarifvertragsparteien, § 2 TVG
- Berliner Auftrags - und Vergabegesetz (BerLAVG), GVBl. 2020, 276; [gesetze.berlin.de/portal/](https://www.gesetze.berlin.de/portal/)
 - Öffentliche Nahverkehrsdienste, § 10 BerLAVG
- Begründung zum BerLAVG in: Vorlage zur Beschlussfassung Zweites Gesetz zur Änderung des Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetzes v. 06.03.2020 ([Drucksache 18/2538](#))
- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB); <https://www.gesetze-im-internet.de/portal/>
 - Vergabe von öffentlichen Aufträgen über Personenverkehrsdienstleitungen im Eisenbahnverkehr, § 131 GWB
- Pressemitteilungen des Senats vom 26.5. und 2.5.2020, <https://www.berlin.de/sen/uvk/presse/pressemitteilungen/2020/pressemitteilung.927940.php>. und <https://www.berlin.de/sen/uvk/presse/pressemitteilungen/2020/pressemitteilung.937881.php>.
- Pressemitteilungen der EVG v. 4.1.2018, 5.6.2020, 26.5.2020, 19.5.2020, 4.1.2018; <https://www.evg-online.org/berlin/>
- Für die S-Bahn GmbH geltende Tarifverträge der EVG, siehe <https://www.evg-online.org/dafuer-kaempfen-wir/tarifpolitik/tarifvertraege-aktuell/ab-2017/tarifvertraege-db-konzern-ab-2017> (sind unter diesem link alle einschlägigen Tarifverträge zu finden?)
- Für die S-Bahn GmbH geltende Tarifverträge der GdL, siehe <https://gdl-sbahn-berlin.de/download.html> (sind unter diesem link alle einschlägigen Tarifverträge zu finden?)
- Susanne Kohaut IAB-Forum v. 13. Mai 2020, <https://www.iab-forum.de/tarifbindung-geht-in-westdeutschland-weiter-zurueck/>
- Felix Thoma, Onlineartikel v. 16.4.2020 zur S-Bahn-Zukunft: <https://www.zukunft-mobilitaet.net/171299/analyse/zukunft-s-bahn-berlin-ausschreibung-alternativkonzepte-landeseigentum>
- Bekanntmachung der Ausschreibung: <https://www.berlin.de/sen/uvk/presse/pressemitteilungen/2020/pressemitteilung.927940.php>.
- BLZ v. 26.5.2020: <https://www.berliner-zeitung.de/mensch-metropole/s-bahn-ausschreibung-der-superlative-beginnt-im-sommer-li.84487>