

FAQ zur Ausschreibung von 2/3 der S-Bahn

1. Was verbirgt sich hinter der Ausschreibung des S-Bahn Betriebs?

Nicht sparsame Haushaltsführung, sondern die drohende Privatisierung des S-Bahn Betriebs.

Im Einzelnen:

Wenn es um Steuergelder geht, kommt es auf eine sparsame Haushaltsführung an: Die soll durch eine Ausschreibung gesichert werden. Wenn es aber um Leistungen geht, die bisher immer durch den Staat angeboten wurden, dann ist die Ausschreibung weit mehr: Sie wird zum Türöffner für die Privatisierung dieser staatlicher Leistungen. Wenn nach der Ausschreibung der S-Bahn (<https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:371803-2020:TEXT:EN:HTML&tabId=1>) ein oder mehrere Privat-Unternehmen den Zuschlag bekommen, ist der Betrieb der S-Bahn auf den Teilnetzen Nord-Süd Bahn und Stadtbahn für 15 Jahre und die Instandhaltung der Fahrzeuge auf diesen Teilnetzen für 30 Jahre in privater Hand.

Es geht um ein Gesamtvolumen von 8 Milliarden Euro. Es geht um viele Beschäftigte, die jetzt noch bei der S-Bahn GmbH arbeiten. Und es geht um die Sicherung eines guten und zuverlässigen Personennahverkehrs. Mit der Privatisierung des S-Bahn Betriebes gibt das Land Berlin seine unmittelbare Verantwortung für einen guten Personennahverkehr, für den Schutz der Umwelt und für gute Arbeitsbedingungen der Beschäftigten an ein privates Unternehmen ab. Für ein privates Unternehmen steht an erster Stelle die Verzinsung des eingesetzten Kapitals sorgen.

Die Berliner haben in den vergangenen Jahren nur schlechte Erfahrungen mit Privatisierungen gemacht. Das Wasser wurde privatisiert und die Wasserpreise stiegen in astronomische Höhe. Erst ein erfolgreicher Volksentscheid erzwang, dass das Wasser wieder zurück in Landeseigentum geführt wurde. Dafür musste viel Geld gezahlt werden. Dann wurden Wohnungen privatisiert. Jetzt gibt es die Kampagne „Deutsche Wohnen & Co enteignen“. Die Deutsche Wohnen AG ist inzwischen im Deutschen Aktien Index (Dax) als eines der großen Unternehmen in Deutschland gelistet. Es ist zu hoffen, dass auch die Kampagne „Deutsche Wohnen & Co enteignen“ erfolgreich ist und die Wohnungen in kommunale Hand zurückgeführt werden. Aber dann muss wieder viel Geld als Schadenersatz für die Enteignung auf den Tisch gelegt werden. Es ist nicht zu verstehen, dass der Senat nun ein drittes Mal die Privatisierung einer staatlichen Leistung vorantreibt.

Auch diejenigen, die hoffen, dass die S-Bahn GmbH den Zuschlag bekommt, können nicht ausschließen, dass am Ende ein privates Unternehmen die Ausschreibung gewinnt. Eine Ausschreibung ist russisches Roulette. Man weiß ja, wie das ausgehen kann.

Manche ärgern sich über die Gewinne in Millionenhöhe, die in jedem Jahr von der S-Bahn GmbH an die Deutsche Bahn AG abgeführt werden, und begründen damit die Notwendigkeit einer Ausschreibung.

Die Gewinne, die jährlich an die deutsche Bahn AG, die immer noch zu hundert Prozent in staatlicher Hand ist, rechtfertigt aber nicht eine Privatisierung, durch die zumindest ein Teil dieser Gewinne in die Taschen der Eigner eines privaten Betreibers umgelenkt würden. Besser wäre es allerdings, wenn die Gewinne in einem landeseigenen Unternehmen verbleiben könnten. Das wird aber mit einer Ausschreibung nicht erreicht.

Andere begründen die Notwendigkeit einer Ausschreibung mit dem Jahr 2009, als die S-Bahn GmbH Monate lang nur sehr eingeschränkt den Fahrbetrieb aufrechterhalten konnte.

Der eingeschränkte Fahrbetrieb im Jahr 2009 ist alles andere als ein Argument für die Privatisierung. Im Gegenteil: Es vermittelt eine Ahnung davon, wohin eine Privatisierung der S-Bahn GmbH führen kann. Damals reichte allein die Vorbereitung der Privatisierung, dass die S-Bahn nur noch eingeschränkt fahren konnte.

Siehe im die Gewinnabführung der S-Bahn GmbH für die Jahre 2001 bis 2008 mit Kommentierung.

2. Was bedeutet die Ausschreibung für meinen Arbeitsplatz bei der S-Bahn Berlin GmbH?

Wenn die S-Bahn GmbH die Ausschreibung verliert, fällt dieser Arbeitsplatz bei der S-Bahn GmbH weg. Genauer: Es fällt der Arbeitsplatz weg, der direkt oder indirekt vom Betrieb der Nord-Süd Bahn oder der Stadtbahn oder von der Instandhaltung der Fahrzeuge auf diesen Teilnetzen abhängt.

Im Einzelnen:

Die im Amtsblatt der EU im August veröffentlichte Ausschreibung kann dazu führen, dass die S-Bahn GmbH den Auftrag für den Verkehrsdienst auf den beiden Teilnetzen Nord-Süd Bahn und Stadtbahn verliert; das sind 2/3 des gesamten S-Bahn Netzes. Zudem kann die S-Bahn GmbH die Zuständigkeit verlieren für die Instandhaltung und Reparatur der S-Bahn Fahrzeuge auf diesen Strecken. Dann fallen alle diese Arbeitsplätze bei der S-Bahn GmbH weg und es fallen auch alle davon abhängigen Arbeitsplätze in anderen Bereichen der S-Bahn GmbH weg: Fahrgastinformation, Marketing, Planung und Disposition usw.

3. Müssen alle Beschäftigten der S-Bahn GmbH, die aufgrund der Ausschreibung ihren Arbeitsplatz verlieren, von dem neuen Betreiber übernommen werden?

Nein. Die Ausschreibung garantiert nicht die Übernahme aller Beschäftigten, die aufgrund der Ausschreibung ihren Arbeitsplatz verlieren.

Im Einzelnen:

Ob ein neuer Betreiber Beschäftigte der S-Bahn GmbH übernehmen muss, hängt davon ab, ob die Beschäftigten für die Erbringung der Verkehrsdienstleistung auf den Teilnetzen Nord-Süd oder Stadtbahn „unmittelbar erforderlich“ sind¹:

¹ § 131 Abs. 3 GWB enthält unter Verweis auf die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 die Regelungen: „ dass bei einem Wechsel des Betreibers ... der ausgewählte Betreiber die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die beim bisherigen Betreiber für die Erbringung einer Verkehrsleistung beschäftigt waren, übernimmt und ihnen die Rechte gewährt, auf die sie Anspruch hätten, wenn eine Übergang gemäß § 613 a BGB erfolgt wäre“. Diese Regelung „soll“ bei einer Ausschreibung nach § 131 Abs. 3 GWB der öffentliche Arbeitgeber verlangen. Für den Fall, dass ein öffentlicher Auftraggeber dies verlangt, wie im vorliegenden Fall der Berliner Senat, „beschränkt sich das Verlangen auf die diejenigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die **für die Erbringung der übergewandten Verkehrsdienstleistungen unmittelbar erforderlich** sind (Hervorhebung durch B.H.)“. Der Kreis der von den Regeln des Betriebsübergangs (§613a BGB) erfassten Arbeitskräfte wird damit 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

- a.) Die Lokomotivführer auf diesen beiden Teilnetzen sind „unmittelbar erforderlich“, um die Fahrgäste zu befördern.
- b.) Für das Werkstattpersonal ist die Sache schon komplizierter. Der Berliner Senat ist der Auffassung, dass auch das Werkstattpersonal „für die Erbringung der Verkehrsdienstleistungen unmittelbar erforderlich“ ist. Er hat daher in die Ausschreibung eine Verpflichtung zur Übernahme auch für alle Beschäftigten der Werkstätten der S-Bahn GmbH hineingeschrieben. Alle, die bisher die Fahrzeuge auf den beiden Teilnetzen instandgehalten haben, sollen übernommen werden. Gleichzeitig enthält die Ausschreibung aber eine Regelung zur Aufhebung dieser Übernahmeverpflichtung: Wenn einer der Mitbewerber sie rügt, gilt die Übernahmeverpflichtung nicht mehr.
- Dann kommt jedoch eine Ersatzregelung zum Zuge: Dem Werkstattpersonal, das nicht weiter bei der S-Bahn GmbH beschäftigt wird, wird eine Übernahme in eine landeseigene Beschäftigungsgesellschaft (LBG) angeboten² und gleichzeitig das neue Instandhaltungsunternehmen zum Einsatz dieses Personals in der neuen Werkstatt verpflichtet.
- Zu diesem Zweck muss das neue Instandhaltungsunternehmen einen so genannten Gemeinschaftsbetrieb mit der landeseigenen Beschäftigungsgesellschaft (LBG) bilden. Ein solcher Gemeinschaftsbetrieb zeichnet sich dadurch aus, dass die Arbeitskräfte einen Arbeitsvertrag mit der landeseigenen Beschäftigungsgesellschaft (LBG) haben, obwohl sie in dem Betrieb eines anderen Unternehmens - der Werkstatt des neuen Instandhaltungsunternehmens - tätig sind.
- c.) Für andere Beschäftigte der S-Bahn GmbH wird keine Lösung angeboten, obwohl die EVG schon frühzeitig auch für diese Beschäftigten eine Übernahme verlangt hatte³. Es ist völlig offen, ob die Arbeitskräfte in den Bereichen Fahrgastinformation, Marketing, Planung und Disposition, die aufgrund eines Betreiberwechsels ihren Arbeitsplatz bei der S-Bahn GmbH verlieren werden, von einem neuen Betreiber übernommen werden.
- d.) Ausdrücklich schließt die Ausschreibung aus, dass diejenigen übernommen werden müssen, die im Vertrieb der S-Bahn GmbH arbeiten.

Wenn ich bei einem möglichen neuen Betreiber beschäftigt werde, was passiert mit meinen TV- Ansprüchen, die ich bei der S-Bahn Berlin hatte?

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

² „Soweit das Vergabeverfahren zu einem Betreiberwechsel führt, besteht eine Verpflichtung des neuen Betreibers zur Personalübernahme vom bisherigen Betreiber gemäß § 131 Abs. 3 GWB, der nach Auffassung der AG auch das für die Instandhaltung von S-Bahn-Fahrzeugen beim aktuellen Betreiber beschäftigte Werkstattpersonal schützt. Sollte die Verpflichtung zur Personalübernahme für das Werkstattpersonal auf die Rüge eines Bewerbers aufgehoben werden, wird dem bei einem Betreiberwechsel nicht weiter beschäftigten Werkstattpersonal ein Übernahmeangebot durch eine Beschäftigungsgesellschaft des Landes Berlin (LBG) gemacht. Das neue Instandhaltungsunternehmen wird sodann zur Bildung eines Gemeinschaftsbetriebs mit der LBG verpflichtet“ – so wörtlich in der Ausschreibung vom 8.8.2020 im EU-Amtsblatt.

³ Pressemitteilung der EVG vom 18. Mai 2020

Diese TV-Ansprüche gelten nicht mehr. Tarifverträge, für die die Beschäftigten viele Jahre gekämpft haben, verlieren auf einen Schlag ihre Wirksamkeit. Die Ansprüche gehen allerdings nicht ganz verloren. Sie leben individuell als Teil des Arbeitsvertrages weiter. Das gilt aber nur für einen Teil der Beschäftigten, die früher bei der S-Bahn GmbH gearbeitet haben.

Im Einzelnen:

- a.) Der Senat kann einen neuen Betreiber der S-Bahn nicht dazu verpflichten, sich durch Vertrag mit den Gewerkschaften an die bisher geltenden Tarifverträge zu binden. Wenn der neue Betreiber nicht mehr an die bisher geltenden Tarifverträge gebunden ist, dann bestehen auch keine Ansprüche mehr aus diesen Tarifverträgen.

Allerdings geht alles das, was bisher aus Tarifvertrag geltend gemacht werden konnte, nach dem Verlust der bisher geltenden Tarifverträge nicht ganz verloren. Denn ein Beschäftigter, der bisher bei der S-Bahn GmbH gearbeitet hat, verliert zwar nach einem Betreiberwechsel seine Ansprüche aus den bisher geltenden Tarifverträgen, nicht aber seine Ansprüche aus seinem Arbeitsvertrag. Sein Arbeitsvertrag gilt weiter und die andere Vertragspartei wird durch Gesetz ausgewechselt: An Stelle der S-Bahn GmbH wird der neue Betreiber Partei des Arbeitsvertrages. Und nicht nur das. Die Ansprüche aus diesem Arbeitsvertrag werden durch Gesetz erweitert: Alle Ansprüche, auf die der Beschäftigte bisher aus Tarifvertrag Anspruch hatte, gelten jetzt als Ansprüche aus dem einzelnen Arbeitsvertrag weiter.

- b.) Das gilt aber nicht für alle S-Bahner, die von einem neuen Betreiber übernommen werden. Auch hier kommt es wieder darauf an, ob die S-Bahner für die Erbringung der Verkehrsdienstleistungen „unmittelbar erforderlich“ sind.

Das führt dazu, dass vor allem für die S-Bahner in den Werkstätten nicht verbindlich gesichert ist, welche Arbeitsbedingungen sie zu erwarten haben, wenn zukünftig nicht mehr die S-Bahn GmbH für die Instandhaltung verantwortlich ist. Denn der Berliner Senat ist zwar der Auffassung, dass die Beschäftigten in der Instandhaltung und Reparatur für die Erbringung der Verkehrsdienstleistungen „unmittelbar erforderlich“ sind. Allerdings ist diese Auffassung wohl mit der Befürchtung gepaart, dass diese Auffassung vor einem Gericht erfolgreich zu Fall gebracht werden könnte. Dann wäre das Werkstattpersonal nicht mehr geschützt: Es hätte damit weder einen Anspruch auf Übernahme durch den neuen Betreiber noch einen Anspruch auf Weitergeltung der bisherigen Arbeitsbedingungen.

Deswegen hat der Berliner Senat als Ersatzregelung die landeseigene Beschäftigungsgesellschaft (LBG) erdacht und verpflichtet ein neues Instandhaltungsunternehmen zur Beschäftigung dieser Arbeitskräfte aus der landeseigenen Beschäftigungsgesellschaft.

Das Land Berlin bietet den S-Bahnern aus den Werkstätten zwar einen Arbeitsvertrag mit der landeseigenen Beschäftigungsgesellschaft an, aber es ist völlig unsicher, zu welchen Bedingungen. Es ist unsicher, ob und in welcher Form die Arbeitsbedingungen weiter gelten, auf die sich die Beschäftigten der S-Bahn GmbH bisher aus Tarifvertrag berufen konnten.

Um die Verpflichtung zur Übernahme des Werkstattpersonals bei einem Betreiberwechsel gab es Streit im Senat. Dieser Streit endete in einer Protokollnotiz⁴, die zu dieser Regelung

⁴ 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

in der veröffentlichten Ausschreibung führte und die dieselben Arbeitsbedingungen verspricht wie bei der S-Bahn GmbH. Rechtssicher ist diese Zusicherung derselben Arbeitsbedingungen allerdings nicht; eine neuer Senat muss sich an diese Zusicherung durch eine Protokollnotiz nicht gebunden fühlen, erst recht nicht ein neuer Senat, der politisch anders zusammen gesetzt ist als der derzeitige rot-rot-grüne Senat.

- c.) Für diejenigen, die nach einem Betreiberwechsel nicht übernommen werden und auch nicht einen neuen Arbeitsvertrag angeboten bekommen, hat sich die Frage erledigt, was mit den TV-Ansprüchen passiert, die bei der S-Bahn GmbH galten.

Für wen sind die Regelungen aus Tariftreue wichtig?

Die Tariftreue ist für alle wichtig, die ein neuer Betreiber nicht von der S-Bahn GmbH übernommen hat, die aber bei ihm Tätigkeiten ausführen, für die früher die S-Bahn GmbH zuständig war.

Im Einzelnen:

Beschäftigte, die früher bei der S-Bahn GmbH gearbeitet haben und dann von dem neuen Betreiber übernommen wurden, werden nach und nach aus dem neuen Unternehmen ausscheiden, altersbedingt, krankheitsbedingt oder auch deswegen, weil sie bei diesem neuen Betreiber nicht bleiben wollen und einen Arbeitsplatz in einem anderen Unternehmen gefunden haben. Denkbar ist auch, dass Beschäftigte der S-Bahn GmbH Widerspruch gegen den Wechsel zu einem neuen Betreiber eingelegt haben und auf diese Weise bei der Deutschen Bahn bleiben. So werden sehr rasch frühere S-Bahn-GmbH-Tätigkeiten von Beschäftigten ausgeführt, die nicht von der S-Bahn GmbH übernommen wurden. Sie führen Tätigkeiten aus, die früher bei der S-Bahn GmbH zu den dort geltenden Tarife erledigt wurden, haben aber keine Ansprüche aus den Tarifverträgen der S-Bahn GmbH, auch nicht über ihren Arbeitsvertrag, weil sie keine Arbeitskräfte sind, die von der S-Bahn GmbH übernommen wurden. Für sie greifen die Regelungen zur Tariftreue.

Tariftreue - ist das nicht was Gutes?

Tariftreue ist besser als keine Tariftreue, aber schlechter als Tarifbindung.

Im Einzelnen:

Die neuen Betreiber können nicht zu einem Vertrag mit den Gewerkschaften verpflichtet werden, aber als Ersatz können sie zu einem Vertrag mit dem Staat verpflichtet werden. In diesem Vertrag verpflichtet der Staat den neuen Betreiber zur Einhaltung von bestimmten Tarifverträgen (Tariftreue)⁵.

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“.

⁵

Das Kapital entzieht sich in den letzten 20 Jahren nicht nur immer mehr der Tarifbindung und hat selbstverständlich auch kein Interesse an Auflagen zur Tariftreue, die in einem über viele Jahre andauernden Konflikt gegen das Kapital durchgesetzt wurden. 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

Nach dem Wortlaut des Gesetzes haben die Länder Berlin und Brandenburg zwar einen Ermessensspielraum bei der Bestimmung dieser Tarifverträge, aber das Gesetz stellt auch klar, dass das Land Berlin einen neuen Betreiber der Verkehrsdienste nur dazu verpflichten muss, seine Beschäftigten „bei der Ausführung dieser Dienste mindestens nach den hierfür jeweils geltenden Entgelttarifen zu entlohnen“⁶. Das Gesetz verlangt nicht, dass die Tariftreue auch für alle anderen Arbeitsbedingungen gilt, die durch die bisher geltenden Tarifverträge festgeschrieben wurden und die sich nicht auf den Lohn beziehen, z.B. Arbeitszeit, Ruhezeit, Urlaub, Kündigungsschutz usw.

Die Ausschreibung der Nord-Süd-Bahn und der Stadtbahn enthält eine Verpflichtung zur Tariftreue im Verkehrsdienst⁷ und eine Verpflichtung zur Tariftreue in der Instandhaltung⁸. Unternehmen, die den Verkehrsbetrieb oder die Instandhaltung übernehmen wollen, werden in der Ausschreibung verpflichtet, ihre Arbeitskräfte bei der Ausführung dieser Tätigkeiten „mindestens nach den hierfür jeweils geltenden Entgelttarifen zu entlohnen“. Dann werden die Tarifverträge (pdf-Datei) aufgelistet, die zur Anwendung kommen sollen. Es sind nur Tarifverträge mit Entgeltregelungen. Alle anderen Regelungen in diesen Tarifverträgen und alle anderen Tarifverträge der EVG und GdL, an die die S-Bahn GmbH gebunden ist, fallen unter den Tisch, z.B. der Demographie-TV der EVG, der einen sehr starken Kündigungsschutz enthält. Zudem kritisiert die EVG, dass der Senat in die Liste nicht einschlägige Entgelttarife für die Beschäftigten der S-Bahn GmbH aufgenommen hat.

Weil es sich um einen Vertrag mit dem Staat handelt, kann auch nur der Staat für die Einhaltung dieser Tariftreue sorgen. Aus dieser Tariftreue entstehen keine Ansprüche, die 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 Regulationsgegenstand nicht abschließend gesetzlich geregelt hat (vgl. Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 11.07.2006 - 1 BvL 4/00)“ – so wörtlich die Begründung zu § 9 BerlAVG.

⁶ § 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 Lohnleitklausel 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.“ (§ 10 BerlAVG v. 22. April 2020, verkündet als Artikel 1 des Gesetzes zur Änderung des Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetzes und weiterer Rechtsvorschriften v. 22. April 2020 (GVBl. S. 276))

⁷ „Das BerlAVG und das BbgVgG enthalten Verpflichtungen zur Tariftreue. Die AG haben gem. § 4 Satz 1 BerlAVG und § 4 Abs. 3 BbgVgG entschieden, für die Leistungen auf den Gebieten beider Länder die Regelungen des BerlAVG in der jeweils geltenden Fassung zur Anwendung zu bringen. Der AN wird daher im Sinne von § 10 Satz 1 BerlAVG verpflichtet, seine Arbeitskräfte bei der Ausführung der vertragsgegenständlichen Leistungen über öffentliche Personennahverkehrsdienste mindestens nach den hierfür jeweils geltenden Entgelttarifen zu entlohnen. Etwaige Änderungen der Entgelttarife bei Änderungen der Tarifverträge während der Vertragslaufzeit sind nachzuvollziehen. Maßgeblich sind die hier dargestellten Tarifverträge: <https://www.daisikomm.de/download.aspx?file=D63399/008>. Der Auftragnehmer wird verpflichtet, Leistungen der Kundenbetreuer und Leistungen der Triebfahrzeugführer in einem bestimmten Umfang selbst zu erbringen. Nähere Angaben hierzu sind aus den Vertragsunterlagen ersichtlich. Die in Abschnitt III.2.2), (1) geregelte Pflicht zur Personalübernahme bleibt hiervon unberührt.“ (Aus der Ausschreibung Teillose 2 und 4, jeweils unter II.2.4)

⁸ „Die AG haben sich zum Schutz des für die vertragsgegenständlichen Instandhaltungsleistungen eingesetzten Personals für eine Tariftreueverpflichtung entschieden. Der AN wird daher verpflichtet, diese Arbeitskräfte bei der Ausführung der o.g. Leistungen mind. nach den hierfür jeweils geltenden Entgelttarifen zu entlohnen. Maßgeblich sind die hier dargestellten Tarifverträge: <https://www.daisikomm.de/download.aspx?file=D63399/008>. Etwaige Änderungen der Entgelttarife bei Änderungen der Tarifverträge während der Vertragslaufzeit sind nachzuvollziehen. Für alle vorstehenden Ausführungen wird ergänzend auf die Vertragsunterlagen verwiesen.“ (Aus der Ausschreibung Teillose 1 und 3, jeweils unter II.2.4)

einzelne Beschäftigte geltend machen könnte. Vielmehr sind die Beschäftigten und ihre Gewerkschaften darauf angewiesen, dass der Staat für die Einhaltung dieser Tariftreue sorgt.

Tariftreue heißt also nicht Tarifbindung. Tariftreue ist besser als keine Tariftreue⁹, aber wesentlich schlechter als die bisherige Tarifbindung. Nach einem Betreiberwechsel müssen die Gewerkschaften die Bindung an die bestehenden Tarifverträge neu erkämpfen. Sollten der Verkehrsbetrieb nach 15 Jahren und das Instandhaltungsunternehmen nach 30 Jahren aufgrund einer erneuten Ausschreibung noch einmal wechseln, fängt wieder alles von vorne an.

Als Lokführer bin ich doch gut abgesichert. Kann es mir nicht egal sein, bei wem ich arbeite?

Nein, eine gute Absicherung ist das nicht, wenn die Bindung an die bisherigen Tarifverträge verloren geht und die Ansprüche der Lokführer nicht mehr durch Tarifvertrag, sondern nur noch durch den einzelnen Arbeitsvertrag abgesichert sind. Zudem führt das Fehlen einer Bindung an die bisherigen Tarifverträge zu einer Spaltung in der Belegschaft des neuen Betreibers: Dort werden die Lokomotivführer zu unterschiedlichen Arbeitsbedingungen arbeiten, je nachdem ob ein Lokführer von der S-Bahn GmbH übernommen wurde oder nicht. Und schließlich führt der Betrieb und die Instandhaltung durch einen privaten Betreiber zur Arbeitsverdichtung. Diese Arbeitsverdichtung wird alle treffen. Auch die Lokführer werden von den Folgen der Arbeitsverdichtung nicht verschont. Auch die Fahrgäste der S-Bahn werden das zu spüren bekommen.

Im Einzelnen:

- a.) Einsparungen beim Personal sind eine wichtige Methode rasch die Gewinne zu erhöhen. Schon allein der Versuch, die Aktien der Deutsche Bahn AG an die Börse bringen, führte in den Jahren 2006 bis 2008 führte zu erheblichen Personalreduzierungen bei der S-Bahn GmbH - mit verheerenden Folgen für den S-Bahn Betrieb im Jahr 2009. Auch ein privater Betreiber der S-Bahn wird auf Personaleinsparungen nicht verzichten wollen. Personaleinsparung führt zu Arbeitsverdichtung. Das wird sich bei allen Beschäftigten bemerkbar machen, auch bei den Lokführern.
- b.) Die Ansprüche, die bei der S-Bahn GmbH durch Tarifvertrag abgesichert waren und nach dem Betreiberwechsel nur noch durch den einzelnen Arbeitsvertrag abgesichert

⁹ Das Kapital entzieht sich in den letzten 20 Jahren nicht nur immer mehr der Tarifbindung und hat selbstverständlich auch kein Interesse an Auflagen zur Tariftreue, die in einem über viele Jahre andauernden Konflikt gegen das Kapital durchgesetzt wurden. 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.

sind, darf der neue Betreiber nach den gesetzlichen Regeln „nicht vor Ablauf eines Jahres nach dem Zeitpunkt des Übergangs zum Nachteil des Arbeitnehmers ändern“¹⁰.

- c.) Eine fehlende Tarifbindung des neuen Betreibers kann dem Lokführer auch aus einem anderen Grund nicht egal sein: Die Belegschaft wird gespalten und gegeneinander aufgebracht.

Die Arbeitskräfte, die von der S-Bahn GmbH übernommen wurden, haben bessere Arbeitsbedingungen als die übrigen Arbeitskräfte. Schlechter Arbeitsbedingungen haben diejenigen, die nicht von der S-Bahn GmbH übernommen wurden, die aber Tätigkeiten ausüben, die von der S-Bahn GmbH übernommen wurden. Die schlechtesten Arbeitsbedingungen haben diejenigen, die nicht von der S-Bahn GmbH übernommen wurden und auch keine Tätigkeiten ausüben, die früher von der S-Bahn GmbH ausgeführt wurden. Für diese dritte Gruppe Beschäftigter gibt es in der Ausschreibung keinerlei Vorgaben zu den Arbeitsbedingungen, zu denen sie arbeiten müssen. Die ungleichen Arbeitsbedingungen bestehen, obwohl exakt die gleiche Tätigkeit ausgeübt wird- zum Beispiel als Lokomotivführer.

Wenn der neue Betreiber an dieselben Tarifverträge gebunden wäre, wie die S-Bahn GmbH, gäbe es diese ungleichen Arbeitsbedingungen für dieselben Tätigkeiten nicht.. Eine Verpflichtung zu dieser Tarifbindung enthält die Ausschreibung aber nicht und kann sie auch nicht enthalten. Die Zerstörung der bisherigen Tarifbindung ist also eine Folge der Ausschreibung.

Also: Ohne Ausschreibung kein Verlust der Tarifbindung. Und: Ohne Verlust der Tarifbindung keine Spaltung unter den Beschäftigten.

Die Erfahrung zeigt, dass in diesen unterschiedlichen Arbeitsbedingungen bei gleicher Tätigkeit eine große Sprengkraft liegt¹¹. Die Bedeutung der ungleichen Arbeitsbedingungen nach einer Ausgliederung oder nach einer Vergabe durch Ausschreibung wie im vorliegenden Fall wird regelmäßig deswegen unterschätzt, weil alles nur aus der Jetzt-Perspektive der S-Bahn Beschäftigten betrachtet wird: Die Arbeitsbedingungen der S-Bahn Beschäftigten sollen sich nicht verschlechtern. Wenn das auch nur über Einzelarbeitsverträge gesichert werden kann, soll das ausreichen. Nach einem Betreiberwechsel kommt es aber auf die neue Belegschaft an, die eben nicht nur aus den von der S-Bahn GmbH übernommenen Arbeitskräften besteht. Die allein auf den individuellen Anspruch fokussierte Betrachtungsweise ist ein Gift, das die Beschäftigten ohnmächtig macht, weil es davon ablenkt, dass diese Individualansprüche immer das

¹⁰ § 613a BGB: „(1) Geht ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber über, so tritt dieser in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein. Sind diese Rechte und Pflichten durch Rechtsnormen eines Tarifvertrags oder durch eine Betriebsvereinbarung geregelt, so werden sie Inhalt des Arbeitsverhältnisses zwischen dem neuen Inhaber und dem Arbeitnehmer und dürfen nicht vor Ablauf eines Jahres nach dem Zeitpunkt des Übergangs zum Nachteil des Arbeitnehmers geändert werden. Satz 2 gilt nicht, wenn die Rechte und Pflichten bei dem neuen Inhaber durch Rechtsnormen eines anderen Tarifvertrags oder durch eine andere Betriebsvereinbarung geregelt werden. Vor Ablauf der Frist nach Satz 2 können die Rechte und Pflichten geändert werden, wenn der Tarifvertrag oder die Betriebsvereinbarung nicht mehr gilt oder bei fehlender beiderseitiger Tarifgebundenheit im Geltungsbereich eines anderen Tarifvertrags dessen Anwendung zwischen dem neuen Inhaber und dem Arbeitnehmer vereinbart wird.“

(4) Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Arbeitnehmers durch den bisherigen Arbeitgeber oder durch den neuen Inhaber wegen des Übergangs eines Betriebs oder eines Betriebsteils ist unwirksam. Das Recht zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus anderen Gründen bleibt unberührt“.

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

Ergebnis von gemeinsamem Handeln sind und auch nur in gemeinsamem Handeln verteidigt werden können.

Wer soll denn, außer der S-Bahn Berlin GmbH, dieses Netz betreiben können?

Ob auch andere Bewerber als die S-Bahn GmbH in der Lage sind, 2/3 des S-Bahn-Netzes zu betreiben und die neuen Fahrzeuge instand zu halten, kann mit guten Gründen bezweifelt werden, insbesondere wenn bedacht wird, dass das restliche Drittel in jedem Fall von der S-Bahn GmbH weiter betrieben werden, da die S-Bahn GmbH für dieses Teilnetz (Ring) vor mehreren Jahren schon den Zuschlag bekam. Trotzdem wird viel dafür angetan, andere Bewerber als die S-Bahn GmbH zum Zuge kommen zu lassen. Anstatt mit viel Geld private Unternehmen zu fördern sollte dieses Geld für eine Verbesserung des öffentlichen Personennahverkehrs auf der Schiene verwendet werden.

Im Einzelnen:

Es wird viel dafür angetan, andere Bewerber als die S-Bahn GmbH zum Zuge kommen zu lassen:

- a.) Die Ausschreibung ist nicht so ausgestaltet, dass sich jeder Bewerber um den gesamten Auftrag, den jetzt die S-Bahn GmbH ausführt, also Instandhaltung und Verkehrsbetrieb der Nord-Süd Bahn und Stadtbahn, bewerben muss. Vielmehr ist die Ausschreibung in vier Lose aufgeteilt: Das Teilnetz Stadtbahn und das Teilnetz Nord-Süd Bahn, ist in zwei Fachlose unterteilt: Instandhaltung der Fahrzeuge (Fachlos A) und Verkehrsbetrieb mit den Fahrzeugen (Fachlos B). Bewerber können sich um die gesamte Instandhaltung auf beiden Teilnetzen (A/A), um den gesamten Verkehrsbetrieb auf beiden Teilnetzen (B/B) oder auf Instandhaltung und Verkehrsbetrieb (A/B) nur auf der Nord-Süd Bahn oder nur auf der Stadtbahn, aber auch auf alle vier Lose zusammen bewerben. Das Ergebnis kann sein, dass für jedes der vier Lose ein anderes privates Unternehmen den Zuschlag bekommt. Hinzu kommen die S-Bahn GmbH, die schon vor einigen Jahren den Zuschlag für den Rest des S-Bahn-Netzes bekam, und die DB Netz AG, die für die Eisenbahninfrastruktur zuständig ist. Um andere Bewerber als die S-Bahn GmbH zum Zuge kommen zu lassen, wird die Zerschlagung der S-Bahn in Kauf genommen.
- b.) In Zukunft sollen Betreiber nicht mehr mit eigenen Fahrzeugen den S-Bahn Verkehr betreiben - wie jetzt noch die S-Bahn GmbH. Vielmehr soll der Verkehr auf den beiden Teilstrecken mit neuen Fahrzeugen aus einem Fahrzeugpool des Landes betrieben werden. Die Fahrzeuge für den Verkehrsbetrieb sind also nicht Fahrzeuge des neuen Betreibers, sondern Fahrzeuge des Landes Berlin.
- c.) Neuen Betreibern wird die Möglichkeit geboten, eigene Werkstätten neu zu errichten, obwohl bereits Werkstätten der S-Bahn GmbH bestehen. Zur Unterstützung der Errichtung neuer Werkstätten bieten die Länder Berlin und Brandenburg die Nutzung mind. einer Grundstücksfläche an.

Es ist nicht nachvollziehbar, dass die S-Bahn in Zukunft mit landeseigenen Fahrzeugen betrieben und diese landeseigenen Fahrzeuge auf landeseigenen Grundstücken und sogar mit Arbeitskräften einer landeseigenen Beschäftigungsgesellschaft instandgehalten werden, der S-Bahn Betrieb selbst und die Instandhaltung jedoch nicht in staatlicher Regie durchgeführt

werden soll, und dies, obwohl seit Jahrzehnten Betrieb und Instandhaltung in staatlicher Hand liegen und die S-Bahn GmbH schon den Zuschlag bekommen hat, den S-Bahn Ring, ein Drittel des S-Bahn-Netzes, auch in Zukunft zu betreiben und dafür die Fahrzeuge instand zu halten.

Ist eine Vergabe des S-Bahn-Verkehrsbetriebes und der Instandhaltung der S-Bahn-Fahrzeuge ohne Ausschreibung möglich (so genannte Direktvergabe)?

Ja, eine Direktvergabe ohne Ausschreibung ist möglich. Dazu muss die deutsche Bahn AG die Kontrolle über die S-Bahn GmbH an das Land Berlin oder an die beiden Länder Berlin und Brandenburg abgeben. Die deutsche Bahn AG muss nicht die gesamte S-Bahn GmbH verkaufen, sondern kann einen Teil ihrer Anteile behalten – als Grundlage für eine enge Zusammenarbeit zwischen S-Bahn GmbH und Deutscher Bahn AG auch in Zukunft. Wer darauf besteht, dass die Kontrolle über die S-Bahn GmbH bei der deutschen Bahn AG bleibt, kommt auf Dauer an einer Ausschreibung mit all den drohenden schädlichen Folgen nicht vorbei. So sind die gesetzlichen Regelungen.

Im Einzelnen:

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB) schließt für den Schienenpersonennahverkehr eine Direktvergabe nicht aus¹². Das Land Berlin kann die S-Bahn selbst betreiben (Eigenerbringung, z.B über einen Eigenbetrieb) oder den S-Bahn Betrieb an einen internen Betreiber direkt vergeben (sog. Inhouse-Vergabe). Allerdings ist das nur unter engen, vom Gesetz genau festgelegten Voraussetzungen möglich¹³. Dieser interne Betreiber kann eine GmbH wie die S-Bahn GmbH sein. Aber das Land Berlin muss Anteile an dieser GmbH halten. Das Land Berlin muss jedoch nicht zu hundert Prozent Eigentümerin der GmbH sein. Eine Beteiligung privater Unternehmen an diesem Betreiber schließt das Gesetz nicht aus; es enthält nicht einmal eine Begrenzung für die Beteiligung Privater¹⁴. Außerdem muss das Land Berlin über diesen Betreiber eine ähnliche Kontrolle ausüben wie über seine eigenen Dienststellen¹⁵

Bisher fehlt jede Kontrolle des Landes Berlin über die S-Bahn GmbH. Das Land Berlin ist auch nicht an der S-Bahn GmbH beteiligt. Das Land Berlin bzw. die beiden Länder Berlin und Brandenburg müssten also Anteile an der S-Bahn GmbH erwerben und die vom Gesetz verlangte Kontrolle über die S-Bahn GmbH erlangen. Trotzdem kann die Deutsche Bahn AG einen Teil seiner Anteile an der S-Bahn GmbH behalten. Für diese Umwandlung der S-Bahn GmbH in ein von den Ländern kontrolliertes Unternehmen unter Beteiligung der Deutschen Bahn AG sprechen all die Gründe, die dafür sprechen, dass die S-Bahn GmbH die S-Bahn

¹² § 131 Abs. 2 i.V.m. der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, auf die ausdrücklich verwiesen wird.

¹³ Sicher wäre es besser, wenn das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht nur unter engen Voraussetzungen eine Direktvergabe an die S-Bahn GmbH zuließe. Das Land Berlin hat eine entsprechende Initiative für eine Gesetzesänderung im Bundesrat eingebracht. Doch die Mehrheitsverhältnisse im Bundesrat und im Bundestag sind nicht so, dass dieses Initiative Erfolg haben wird.

¹⁴ Säcker- Bremer/Helmstätter Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht. München 2018 2. Auflage GWB § 131 Rn. 14; dort wird auf den Gegensatz von § 131 Abs.2 i.V.m. Art. 5 Abs. 2 lit a. VO (EG) Nr. 1370/2007 (sog. PersonenverkehrsVO) zu § 108 Abs 1 GWB hingewiesen, wo in Ziff. 3 eine Begrenzung privater Beteiligungen geregelt ist.

¹⁵ Bei der Erfüllung des Kontrollkriteriums kommt es auf den tatsächlichen Einfluss auf strategische Entscheidungen und einzelne Managemententscheidungen an, aber auch auf den Umfang der Vertretung in den Aufsichtsgremien, die entsprechenden Bestimmungen in der Satzung und das Vorhandensein von Eigentumsrechten, so dass es am Ende auf eine Einzelfallentscheidung unter Berücksichtigung aller rechtlichen und tatsächlichen Umstände hinausläuft (siehe: Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages v. 14.2.2020 Az.: PE 6 – 3000 – 114/19 und Säcker- Bremer/Helmstätter Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht. München 2018 2. Auflage GWB § 131 Rn. 14)

weiter betreibt und eine Ausschreibung vermieden wird: Es müssen nicht neue Werkstätten errichtet werden, weil die S-Bahn GmbH über solche Werkstätten verfügt. Es stünde ohne weiteres das erfahrene Personal zur Verfügung, das bisher für den Betrieb und die Instandhaltung der S-Bahn sorgt. Die Tarifbindung würde weiter gelten. Es könnte so weit wie möglich die Zusammenarbeit mit der Deutschen Bahn fortgeführt werden. Denkbar wäre sogar, die privatisierten Regionalbahnen in Brandenburg Schritt für Schritt in die öffentliche Hand zurückzuführen und die S-Bahn unter dem Dach der S-Bahn GmbH zu einer starken regionalen Bahn in Berlin und Brandenburg auszubauen.

Was aber tun, wenn die deutsche Bahn AG und die Bundespolitik sich weigern, den Ländern Berlin und Brandenburg die Kontrolle über die S-Bahn GmbH einzuräumen? Es steht zu viel auf dem Spiel: Drohende Privatisierung, drohende Zerschlagung der S-Bahn und drohender Verlust der Tarifbindung. Das Land Berlin muss sich auf diesen Fall vorbereiten, dass die deutsche Bahn AG die Zustimmung verweigert, es auf eine Ausschreibung ankommen lassen will und eine Privatisierung in Kauf nimmt. Dann kann das Land Berlin eine Ausschreibung nur vermeiden, wenn es selbst ein landeseigenes Bahn-Unternehmen aufbaut, an das es den S-Bahn-Verkehrsdienst und die Instandhaltung vergeben kann. Das Land Berlin muss sich darauf vorbereiten. Allerdings muss dieses landeseigene Bahn-Unternehmen von Anfang an an alle tarifverträge gebunden sein, an die auch die S-Bahn GmbH gebunden ist. Das muss immer wieder hervorgehoben werden; denn das Land Berlin hat in anderen Fällen gerade auch in dieser Frage vollkommen versagt (siehe die Ausgründungen in den Krankenhäusern und bei der BVG).

Das Land Berlin ist nicht nur gegenüber der Deutschen Bahn AG, sondern auch gegenüber dem Land Brandenburg in einer verhältnismäßig starken Position. Das Land Berlin hat rein rechtlich die Möglichkeit, den S-Bahn Betrieb auch dann selbst durchzuführen bzw. an einen internen Betreiber zu vergeben, wenn das Land Brandenburg das ablehnt. Es kann ohne Beteiligung des Landes Brandenburg den Verkehr der S-Bahn betreiben. Dass einige S-Bahn-Linien bis in das Brandenburger Land hineinreichen, lässt das Gesetz ausdrücklich zu¹⁶.

Über eine Verlängerung der Übergangsverträge, die das Land Berlin schon jetzt mit der S-Bahn GmbH abgeschlossen hat (https://www.berlin.de/senuvk/verkehr/politik_planung/oepnv/s_bahn/), kann es Zeit gewinnen, alle Vorbereitungen für einen landeseigenen Betrieb zu treffen.

Auch unter den bestehenden gesetzlichen Voraussetzungen hat also das Land Berlin eine so starke Stellung, dass es eine Ausschreibung und damit eine drohende Privatisierung der S-Bahn mit all den negativen Folgen abwenden kann. Der Senat muss nur den Willen dazu haben.

Ist ein Abbruch der schon veröffentlichten Ausschreibung möglich?

Das Argument, „der Zug ist abgefahren“, ist wenig überzeugend. Der Zug kann gestoppt werden. Ein Abbruch der Ausschreibung ist jederzeit möglich.

¹⁶ § 131 Abs.2 i.Vm. Art. 5 Abs. 2 lit a. VO (EG) Nr. 1370/2007 Art. 5 Abs. 2 lit b. Siehe auch: Säcker-Bremer/Helmstätter Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht. München 2018 2. Auflage GWB § 131 Rn. 15; dort wird auf den Gegensatz von § 131 Abs.2 i.Vm. Art. 5 Abs. 2 lit a. VO (EG) Nr. 1370/2007 (sog. PersonenverkehrsVO) zu § 108 Abs 1 GWB hingewiesen, wo in Ziff. 3 eine Begrenzung privater Beteiligungen geregelt ist.

Welche Möglichkeiten habe ich als Beschäftigte, meinen Unmut gegenüber den Plänen der Regierung kundzutun?

Der Betriebsrat kann Betriebsversammlungen einberufen.

Im Einzelnen:

Der Betriebsrat kann Betriebsversammlungen einberufen, auf denen die Beschäftigten ihren Unmut gegenüber den Plänen der Regierung kundtun können. Den Beschäftigten kann auch noch einmal deutlich vor Augen geführt werden, was auf sie zu kommt und welche Alternativen es gibt.

In jedem Kalendervierteljahr hat eine Betriebs-versammlung stattzufinden, die der Betriebsrat einberufen muss¹⁷. Der Betriebsrat kann diese Betriebsversammlung auch in Form von mehreren Abteilungsversammlungen einberufen¹⁸ und er kann zusätzlich zu den zwingend vorgeschriebenen vierteljährlichen Betriebsversammlungen in jedem Halbjahr eine weitere Betriebsversammlung¹⁹ einberufen. Auf diesen Versammlungen können die Ausschreibung und die drohenden Folgen ausführlich thematisiert werden.

Erinnert sei an die Betriebsversammlung im Jahre 2012 wie wurde diese Betriebsversammlung durchgesetzt? Wie viele beteiligten sich an der Betriebsversammlung ... Schilderung dieser Betriebsversammlung welche Wirkung hatte sie?

Darf ich mit meinen Kolleginnen und Kollegen aufgrund der Pläne in den Streik treten?

Es ist für alle Gewerkschaften von sehr großer Bedeutung, dass endlich eine Gewerkschaft auch zu einem politischer Demonstrationsstreik aufruft. Das könnte ein Streik der S-Bahner gegen die Ausschreibung und die damit verbundenen Verschlechterungen sein. Ein zusätzliches Streikziel könnte ein Sozialtarifvertrag für den Fall sein, dass die S-Bahn GmbH nicht den Zuschlag bekommt. Der Streik könnte an einem der Freitage stattfinden, an dem fridays-for-future zum Klimastreik aufrufen. Das Haftungsrisiko ist kalkulierbar.

Im Einzelnen:

Ein Streik gegen die Ausschreibung und die damit drohenden Verschlechterungen der Arbeitsbedingungen wäre wohl ein politischer Streik. Wird er nur für eine kurze Zeit durchgeführt, wäre das ein politischer Demonstrationsstreik. Wenn es um den politischen Demonstrationsstreik geht, dann haben Die Befürworter des Verbots von politischen Streiks ganz schlechte Karten²⁰. Das gilt vor allem dann, wenn es sich um einen Streik handelt, der die Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zum Ziel hat²¹. Aber auch diese

17 § 43 Abs.1 Satz 1 BetrVG

18 „Arbeitnehmer organisatorisch oder räumlich abgegrenzter Betriebsteile sind vom Betriebsrat als Abteilungsversammlungen zusammenzufassen, wenn dies für die Erörterung der besonderen belange dder Arbeitnehmer erforderlich ist“ (§ 42 Abs. 2 Satz 1 BetrVG)..

19 § 43 Abs.1 Satz 4 BetrVG..

20 Däubler- Wroblewski a.a.O. § 17; Berg/Kocher/Schumann - Berg Tarifvertragsgesetz und Arbeitskämpfrecht 6. Auflg. Frankf. a.M. 2018 Teil 3 Rn. 188 ff.; handelt es sich um einen Streik, der die Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingen zum Ziel hat, wird dieser Streik durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt, auch wenn es ein politischer Streik ist; geht es nicht um die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, schützen Art. 5 Abs. 1 und Art. 8 Abs.1 GG (vgl. Däubler- Wroblewski a.a.O. § 17 Rn. 157 f)

21 Däubler- Wroblewski a.a.O. § 17 Rn. 183 ff.

Voraussetzung wäre erfüllt, wenn sich ein Streik der S-Bahner gegen die drohende Verschlechterung der Arbeitsbedingungen aufgrund der Ausschreibung richten würde.

Die Mehrheit der Juristen hält zwar tapfer an der Rechtswidrigkeit auch von politischen Demonstrationsstreiks fest, aber sie bewegen sich auf sehr dünnem Eis. Das Bundesarbeitsgericht hat im Jahr 2007 ausdrücklich offen gelassen, ob „reine Demonstrationsstreiks, mit denen ohne Bezug auf einen um einen Tarifvertrag geführten Arbeitskampf lediglich Protest oder Sympathie - etwa für oder gegen Entscheidungen des Gesetzgebers – zum Ausdruck gebracht werden soll“ zulässig sind²². Dem Gericht lag seitdem kein Fall vor, an dem es neu hätte entscheiden können. Das Bundesverfassungsgericht hat sich mit dieser Frage noch nie beschäftigt.

Es ist ganz unverständlich, dass dem Bundesarbeitsgericht immer noch kein Fall vorliegt, der ihm die Gelegenheit gibt, seine Rechtsprechung zu ändern. Streikrecht ist Richterrecht. Nur wenn die Gerichte über einen politischen Demonstrationsstreik zu entscheiden haben, können sie ihre Rechtsprechung überprüfen. Notwendig ist ein politischer Demonstrationsstreik, den man - im Vorgriff auf die zu erwartende Änderung der Rechtsprechung und auch als Ausdruck der Ablehnung der bisherigen Rechtsprechung - als vollständig legales Verhalten betrachten kann, wie es die Gewerkschaften schon 1986 getan haben.

Dagegen wird von gewerkschaftlicher Seite immer das Haftungsrisiko ins Feld geführt; denn eine hundertprozentige Sicherheit gebe es nicht, dass das Bundesarbeitsgericht den politischen Demonstrationsstreik erlauben werde. Doch das Haftungsrisiko ist kalkulierbar: Wenn auf einer S-Bahn Strecke für eine kürzere Zeit der S-Bahn Verkehr eingestellt wird, ist das Haftungsrisiko abschätzbar. Zum Beispiel wäre ein solcher Streik im Zusammenhang mit dem nächsten Klimastreik von Fridays-for-Future am Freitag den 25. September 2020 möglich.

Aber an diesem Tag wäre auch eine Arbeitsniederlegung ohne Aufruf der Gewerkschaften denkbar. 2007 kam es ohne Aufruf der Gewerkschaften zu Streiks gegen die Rente mit 67. Obwohl sie nicht offiziell dazu aufgerufen hatten, waren den Gewerkschaften diese Streiks dermaßen willkommen, dass viele glaubten, die Gewerkschaften selbst hätten dazu aufgerufen, was sie aber nicht hatte. Bei diesen Demonstrationsstreiks gegen die Änderung des Renteneintrittsalters war es offiziell nicht die Gewerkschaft, sondern es waren die gewerkschaftlichen Vertrauensleute, die die Dinge in der Hand hatten. Der Begriff spontaner Streik trifft also die Sache nicht, der Begriff „wilder“ ist unzulässig abwertend. Besser sollte man von verbandsfreien Streiks sprechen. Da die Gewerkschaften nicht Träger des Streiks waren, konnten sie auch nicht für eventuelle Schäden in Haftung genommen werden.

Es stellt sich die einfache Frage: Wie lange wollen wir uns noch von einem Nazi-Juristen vorschreiben lassen, für welche Ziele wir streiken dürfen (siehe:

<https://www.youtube.com/watch?v=r3uMKtGB18U&feature=youtu.be>) ?

Zusätzlich zu dem Streikziel, das sich gegen die Ausschreibung und die damit verbundenen Verschlechterungen richtet, könnte noch ein Sozialtarifvertrag für den Fall gefordert werden, dass nicht die S-Bahn GmbH den Zuschlag bekommt. Um der Friedenspflicht zu entgehen, müssten in diesem Sozialtarifvertrag Forderungen aufgestellt werden, die bisher noch nicht in Tarifverträgen der GdL und der EVG enthalten sind. Der Streik für einen Sozialtarifvertrag ist

nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zulässig. Hintergrund für diesen Vorschlag, die Forderung für den Abbruch der Ausschreibung mit der Forderung nach einem Sozialtarifvertrag zu kombinieren, ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Straßburg. Danach ist ein Streik auch dann rechtmäßig, wenn eine Forderung zulässig, andere aber unzulässig sind²³. Das Bundesarbeitsgericht urteilt genau umgekehrt. Das Bundesarbeitsgericht kann sich aber die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes nicht entziehen²⁴.

Kann mir gekündigt werden, wenn ich mich weigere, Beschäftigter des neuen Betreibers zu werden, und meinen Arbeitsvertrag mit der S-Bahn GmbH nicht aufzugeben will?

Nein, Widerspruch ist möglich - ohne die Gefahr gekündigt zu werden.

Im Einzelnen

Gegen die Übernahme durch einen neuen Betreiber können die Lokführer Widerspruch einlegen. Auch andere, deren Tätigkeit für den S-Bahn-Verkehrsdienst „unmittelbar erforderlich“ ist, können Widerspruch einlegen. Nach dem Widerspruch werden sie nicht von dem neuen Betreiber übernommen und bleiben Beschäftigte der S-Bahn GmbH. Eine Kündigung müssen sie deswegen nicht befürchten; davor schützt sowohl ein Tarifvertrag der GdL als auch ein Tarifvertrag der EVG. Dieser Kündigungsschutz gilt auch für die Beschäftigte in Werkstätten der S-Bahn GmbH, auch wenn sie das Angebot des Landes Berlin nicht annehmen, Beschäftigte in einer landeseigenen Beschäftigungsgesellschaft (LBG) zu werden.

Es sollte aber auf keinen Fall alles auf diese eine Karte gesetzt werden. Es ist zu bedenken, dass Widerspruch erst eingelegt werden kann, wenn der Senat einem neuen Betreiber den Zuschlag gegeben und schon entsprechende Verträge mit dem neuen Betreiber unterzeichnet hat. Es ist völlig offen, ob massenhafte Widersprüche dazu führen werden, dass diese Verträge deswegen gekündigt werden. Der Widerstand muss früher beginnen. Sonst besteht die Gefahr, dass Mutlosigkeit um sich greift und die Kolleginnen und Kollegen auch nicht mehr die Kraft haben, zu widersprechen, wenn sie widersprechen können.

²³ EGMR 27.11.2014, Nr. 36701/09 - Hrvatski Lijecnicki Sindikat (HLS) ./.. Kroatien; Klaus Lörcher AuR 4/2015 S. 126, 129; siehe auch Däubler-Lörcher 4. Aufl. § 10 Rn. 85

²⁴ Das angegriffene innerstaatliche Urteil muss auf der Verletzung der Konvention beruhen; dann innerstaatlich ein Restitutionsverfahren möglich, § 580 Nr. 8 ZPO