

## **S-Bahn Ausschreibung und die Folgen für die Arbeitskräfte**

Wie inzwischen bekannt sein dürfte, hat das Land Berlin zusammen mit dem Land Brandenburg die Ausschreibung von Betrieb und Wartung der S-Bahn Netzteile Nord-Süd und Stadtbahn beschlossen. Ich komme einer Bitte der LINKEN Neukölln nach, aus juristischer Sicht die Folgen für die Arbeitskräfte darzulegen. Mein Vortrag nimmt die möglichen Ergebnisse einer Ausschreibung vorweg. Wenn ich die Folgen für die Arbeitskräfte beschreibe, habe ich nicht nur die Arbeitskräfte der S-Bahn GmbH im Blick, sondern alle Arbeitskräfte in den Unternehmen, an die Betrieb und Wartung der S-Bahn aufgrund der Ausschreibung vergeben werden können.

In der Pressemitteilung der Ländern 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“*<sup>1</sup>. Was bedeutet dieses Versprechen klarer Regelungen zur Arbeitsplatzsicherung und Tariftreue?

Die beste Lösung für die Arbeitskräfte wäre keine Ausschreibung. Dann hätten sich alle Nachteile, die mit der Ausschreibung auf die Arbeitskräfte zukommen, erledigt.

Es ist jetzt schon absehbar, dass sich durch die Ausschreibung die Arbeitsbedingungen verschlechtern werden (siehe unten unter 1.-9.). Ja, es ist bisher nicht einmal klar, ob bei einem Betreiberwechsel die Übernahme aller Arbeitskräfte durch den neuen Betreiber gesichert werden kann (siehe unten unter 7.). Alleine das müsste für einen rot/rot/grünem Senat Grund genug sein, S-Bahn-Netzteile nicht auszuschreiben.

Durch die Ausschreibung verlieren die Beschäftigten der S-Bahn Tarifverträge, für die sie viele Jahre gekämpft haben. Dies gilt nur dann nicht, wenn die S-Bahn GmbH die Ausschreibung gewinnt oder die neuen Betreiber an dieselben Tarifverträge gebunden sind wie die S-Bahn (siehe unten unter 3.).

In welchem Umfang Leistungen aus Tarifverträgen durch Regelungen zur Tariftreue gesichert werden, ist der gemeinsamen Pressemitteilung der Länder Berlin und Brandenburg nicht zu entnehmen. Und das, obwohl davon sehr stark abhängt, wie sich die Ausschreibung auf die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten auswirken wird (siehe unten unter 6.). In jedem Fall hat eine Sicherung tariflicher Leistungen durch staatliche Verträge nicht dieselbe Gewährleistungsqualität wie eine Sicherung durch unmittelbar und zwingend wirkende Tarifverträge (siehe unten unter 5.). Ungleichbehandlungen und Spaltung werden nicht ausgeschlossen (siehe unten unter 8.).

Durch die Ausschreibung wird die einheitliche betriebliche Interessenvertretung gefährdet (siehe unten unter 9.).

Ausschreibung und Privatisierung, die mit der Ausschreibung möglich wird, schwächen die Gewerkschaften (siehe unten unter 4.) und schwächen die Einflussmöglichkeiten der Beschäftigten auf ihren Arbeitgeber (siehe unten unter 2.). Das kann nicht das Ziel rot-rot-grüner Politik sein.

---

<sup>1</sup> siehe: <https://www.berlin.de/sen/uvk/presse/pressemitteilungen/2020/pressemitteilung.927940.php>.

## **1. Ausgliederung und Ausschreibung**

Von Ausgliederung oder Outsourcing oder Fremdvergabe wird gesprochen, wenn betriebsinterne Tätigkeiten an andere Unternehmen vergeben werden. Im vorliegenden Falle würde dies im strengen Sinne allerdings nur gelten, wenn die S-Bahn GmbH selber ihre betriebsinternen Tätigkeiten an ein anderes Unternehmen vergeben würde. Tatsächlich vergibt aber nicht die S-Bahn GmbH, sondern ein öffentlicher Auftraggeber der Länder Berlin und Brandenburg die Wartung und den Betrieb der S-Bahn-Netzteile Nord-Süd und Stadtbahn, und zwar über eine Ausschreibung. Rechtstechnisch wird eine Ausgliederung so abgewickelt, dass Werkverträge oder Dienstleistungsverträge über die ausgegliederten Tätigkeiten vereinbart werden, während die Ausschreibung durch einen öffentlichen Auftraggeber in einen öffentlichen Dienstleistungsvertrag mit dem alten Betreiber (S-Bahn GmbH) oder einem neuen Betreiber mündet.

Trotzdem ist die Vergabe an einen neuen Betreiber mit einer Ausgliederung vergleichbar. Dies gilt jedenfalls für bestimmte Folgen, die auf die Arbeitskräfte nach einem Betreiberwechsel zukommen können (Verlust der bisherigen Tarifbindung, Privatisierung).

## **2. Privatisierung durch Ausschreibung**

Eine Ausschreibung öffnet die Türen zur Privatisierung. Wenn Betrieb und Wartung der S-Bahn-Netzteile nach der Ausschreibung in die Hand eines privaten Unternehmens gegeben wird, dann ist das eine Privatisierung. Denn vorher waren dies betriebsinterne Tätigkeiten der S-Bahn. Die wird zwar als GmbH geführt und ist damit formell privatisiert, aber immer noch in öffentlicher Hand und damit nicht materiell privatisiert ist; denn ihre Gesellschafteranteile gehören immer noch zu 100 % der Deutschen Bahn AG und die Aktien der Deutschen Bahn AG sind immer noch in staatlichen Händen. Es ist zwar inakzeptabel, dass die S-Bahn aufgrund ihrer Rechtsform als GmbH Gewinne erwirtschaften kann und auch erwirtschaftet, es ist aber nicht gleichgültig, ob Gewinne in die Hände eines neuen privaten Betreibers fließen oder an die Deutsche Bahn AG abgeführt werden, solange die Deutsche Bahn AG dem Staat gehört.

Der entscheidende 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 Unternehmen in staatlicher Hand. Wie jeder andere Eigentümer kann auch der Staat als Eigentümer die Weichen im Unternehmen stellen. Sind Unternehmen aber nicht mehr in staatlicher Hand, entfällt diese Möglichkeit der Einflussnahme.

## **3. Verlust der Tarifbindung durch Ausschreibung**

Eine Ausschreibung öffnet das Tor zum Verlust der Tarifbindung. Die S-Bahn GmbH ist an bestimmte Tarifverträge gebunden. Die Arbeitsbedingungen in diesen Tarifverträgen wurden von den Kolleginnen und Kollegen über viele Jahre hinweg erkämpft. Für die Tätigkeiten, die an einen neuen Betreiber vergeben werden, verlieren diese Tarifverträge auf einen Schlag ihre Gültigkeit.

Nur wenn nach einer Ausschreibung der neue Betreiber an dieselben Tarifverträge gebunden wäre wie die S-Bahn GmbH oder die S-Bahn GmbH die Ausschreibung gewinnen würde, wäre ein Verlust der Tarifbindung ausgeschlossen.

Das Modell der Tariffucht durch Ausgliederung fegt seit Jahren durch die gesamte private Wirtschaft mit verheerenden Folgen für Arbeitsbedingungen und Löhne von Hunderttausenden. Nach und nach setzte sich dieses Modell auch im öffentlichen Dienst durch. Besonders massiv wurde es in Berlin vorangetrieben, wo landeseigene Unternehmen Tochterfirmen ausschließlich um Zweck der Ausgliederung gründeten, um dann über diese Töchter billige Arbeitskräfte einstellen zu können, ohne Bindung an die Tarifverträge, die bei der Mutter einzuhalten waren. Seit Jahren kämpfen die Beschäftigten dieser Töchter zäh und ausdauernd um eine Rückkehr zur Mutter<sup>2</sup>: Die rund 3.000 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, einer Tochter der BVG. Angesichts der negativen Erfahrungen mit diesen Ausgliederungen setzt das Land Berlin mit der Ausschreibung von S-Bahn-Netzteilen ein verheerendes Zeichen - trotz „Regelungen zur Tariftreue“.

#### **4. Schwächung der Gewerkschaften**

Wenn die Tarifbindung verloren geht, fragen sich die gewerkschaftlich organisierten Kolleginnen und Kollegen: „Wofür haben wir all die Jahre gekämpft, wenn uns das jetzt auf eine Schlag genommen wird?“ Anstatt die Landesregierungen zu bekämpfen, die ihnen die Suppe aufgetischt haben, die sie jetzt auslöffeln sollen, besteht die Gefahr, dass sich gewerkschaftlich organisierte Kolleginnen und Kollegen von ihrer Gewerkschaft abwenden. Und das obwohl nicht die Gewerkschaften, sondern die Landesregierungen für die Ausschreibung verantwortlich sind.

Die Gewerkschaften werden gezwungen, bei der Fremdfirma die Bindung an die Tarife erneut durchzusetzen, die sie bei der S-Bahn GmbH schon durchgesetzt hatten. Und nach 15 Jahren, wenn erneut ausgeschrieben wird, kann alles wieder von vorne beginnen. Ausschreibungen sind daher immer auch eine Kampfansage an die Gewerkschaften.

Eigentlich müsste vorgeschrieben sein, dass die Länder Berlin und Brandenburg nur an Unternehmen vergeben dürfen, die an dieselben Tarifverträge gebunden sind wie die S-Bahn GmbH. Wenn ein recht dem entgegensteht, müsste dies geändert werden.

#### **5. Tariftreue statt Tarifbindung**

Bei der Unterscheidung zwischen Tarifbindung und Tariftreue kommt es darauf an, genau zu sein: Selbst wenn der neue Betreiber dieselben Arbeitsbedingungen erfüllt wie die S-Bahn GmbH, ist damit dieser Betreiber noch nicht an die Tarife gebunden, die für die S-Bahn GmbH gelten.

Denn Tarifbindung heißt: Das tarifgebundene Unternehmen

- erfüllt bestimmte Arbeitsbedingungen, z.B. bestimmte Löhne,

---

<sup>2</sup> 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.

- es ist zur Erfüllung dieser Arbeitsbedingungen verpflichtet, und
- diese Verpflichtung ergibt sich unmittelbar aus einem Tarifvertrag, den das Unternehmen entweder selbst mit der Gewerkschaft vereinbart hat oder an den es als Mitglied eines Unternehmerverband gebunden ist, der diesen Tarifvertrag mit den Gewerkschaften abgeschlossen hat.

Tariftreue<sup>3</sup> heißt dagegen: Der neue Betreiber muss nicht tarifgebunden und damit auch nicht gegenüber der Gewerkschaft verpflichtet sein wie die S-Bahn GmbH. Stattdessen müssen die neuen Betreiber nur einen Vertrag mit dem Staat unterschreiben, der sie zur Einhaltung von Arbeitsbedingungen aus bestimmten Tarifverträgen zwingt<sup>4</sup>. Diese bestimmten Tarifverträge wirken in diesen Unternehmen also nicht unmittelbar und zwingend wie die Tarifverträge in der S-Bahn GmbH.

## **6. Für welche Tarifverträge und für welche Arbeitskräfte gilt Tariftreue?**

Tariftreue heißt also nicht Tarifbindung. Tariftreue heißt nicht einmal, dass sich die Fremdfirmen an die Arbeitsbedingungen aus allen Tarifverträgen halten müssen, an die die S-Bahn GmbH gebunden ist, sondern nur an Arbeitsbedingungen aus bestimmten Tarifverträgen. Im BerAVG ist ausdrücklich festgelegt, dass die „öffentlichen Auftraggeber in der Bekanntmachung der Ausschreibung sowie in den Vergabeunterlagen die einschlägigen Tarifverträge bestimmen“, an die sich Firmen halten müssen, wenn sie den Zuschlag bekommen wollen. Auch aus dem Begründungstext zum geänderten Berliner Ausschreibungs- und Vergabe Gesetz (BerlAVG) mit seinen Regelungen zur Tariftreue ergibt sich, dass den Fremdfirmen nicht die Einhaltung der Arbeitsbedingungen aus allen Tarifverträge vorgegeben werden muss, an die die S-Bahn GmbH gebunden ist<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Die einschlägigen Regeln zur Tariftreue finden sich im Berliner Auftrags - und Vergabegesetz (BerlAVG), GVBl. 2020, 276. Dieses Gesetz 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; siehe dort auch die Begründung zu den Gesetzesänderungen.

<sup>4</sup> § 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“.

<sup>5</sup> 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](#) ).

Eine Bestimmung der Tarifverträge, deren Einhaltung in der Ausschreibung vorgegeben wird, fehlt in der Pressemitteilung der Länder Berlin und Brandenburg. Es hätte der folgende einfache Satz ausgereicht: „Die Tariftreue nach § 10 Berliner Ausschreibungs- und Vergabe-Gesetz (BerlAVG) umfasst alle Tarifverträge, an die S-Bahn GmbH gebunden ist oder im Laufe der Dauer des Vertrages über den Auftrag gebunden sein wird“.

Mit dem Halbsatz „... oder im Laufe der Dauer des Vertrages über den Auftrag gebunden sein wird“ würden auch alle zukünftigen Änderungen von Tarifverträgen und zukünftige Tarifverträge über neue Arbeitsbedingungen erfasst, die die S-Bahn GmbH während der Laufzeit des Auftrags mit den Gewerkschaften vereinbart<sup>6</sup>.

Bleibt die Frage, für welche Arbeitskräfte die Regelungen der Tariftreue gelten. Nach § 10 BerlAVG vergibt der Staat „Aufträge über öffentliche Personennahverkehrsdienste“, wenn sich die Fremdfirmen „bei der Angebotsabgabe verpflichten, ihre Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ... bei der Ausführung dieser Dienste mindestens nach den hierfür jeweils geltenden Entgelttarifen zu entlohnen“.

Und aus der Begründung zu § 10 BerlAVG geht hervor, dass die Tariftreue beschränkt werden soll auf „Arbeitskräfte, die die den Auftrag prägenden, mit der eigentlichen Verkehrserbringung verknüpften Tätigkeiten wahrnehmen“ oder auf die „mit der die im Kernbereich der Verkehrserbringung tätigen“ Arbeitskräfte, wie es an anderer Stelle der Begründung zu § 10 BerlAVG heißt.

## **7. Übernahme aller Arbeitskräfte zu den bisher geltenden Bedingungen**

Statt „klarer Regelungen zur Arbeitsplatzsicherung“, wie von den Ländern Berlin und Brandenburg zugesagt, muss der öffentliche Auftraggeber in einer Ausschreibung verlangen, dass der neue Betreiber die Arbeitskräfte der S-Bahn GmbH zu den bisher geltenden Arbeitsbedingungen übernimmt. Zu den bisher geltenden Arbeitsbedingungen gehören auch die in den Tarifverträgen vereinbarten Arbeitsbedingungen; sie werden Teil des Arbeitsvertrages mit dem neuen Betreiber. Das sind die Rechtsfolgen des sogenannten Betriebsübergangs<sup>7</sup>.

Diese Rechtsfolgen eines Betriebsübergangs gelten auch bei der Ausschreibung öffentlicher Personenverkehrsdienste, und zwar für die Arbeitskräfte, die bei der S-Bahn GmbH „zur Erbringung der Dienste eingestellt wurden“<sup>8</sup>. Ob die Ausschreibung der S-

<sup>6</sup> siehe in § 10 BerlAVG die Lohnleitklausel: „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“

<sup>7</sup> § 613 a BGB

<sup>8</sup> 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: „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, 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

Bahn-Netzteile diese Verpflichtung auf die Übernahme aller dieser Arbeitskräfte erstreckt, ist offen. Nicht umsonst „mahnte der Berliner EVG-Chef Michael Bartl an, dass bei der bevorstehenden Ausschreibung auch an die Bereiche Fahrgastinformation Marketing, Planung und Disposition gedacht werden müsse“<sup>9</sup>.

## **8. Spaltung und Ungleichbehandlung**

Wir hatten schon darauf hingewiesen, dass eines der wichtigsten Motive des Kampfes um die Rückkehr der Töchter zu den Müttern darin besteht, die Ungleichbehandlung und Spaltung zu überwinden, die durch Ausgliederungen hervorgerufen werden. Es ist nicht hinnehmbar, dass der Senat Ungleichbehandlung und darauf beruhende Spaltung nicht vollständig ausschließt.

Denn wenn auch die Regelungen zur Tariftreue Ungleichbehandlungen bei dem neuen Betreiber abmildern können so bleiben doch die fehlende Bindung an die Tarife der S-Bahn GmbH der Boden, auf dem Ungleichbehandlung weiter gedeiht.

So ist nicht ausgeschlossen, dass ein neuer Betreiber Arbeitskräfte für dieselbe Tätigkeit zu ganz unterschiedlichen Arbeitsbedingungen einsetzt, je nachdem, welche Regeln für eine Arbeitskraft gelten: Nur die Regeln der Tariftreue oder die Rechtsfolgen eines Betriebsübergangs, weil die Arbeitskraft von der S-Bahn GmbH übernommen wurde, oder keine dieser Regeln, weil die Arbeitskraft auf einem ganz anderen Geschäftsfeld eingesetzt wird und auch nicht von der S-Bahn GmbH übernommen wurde.

## **9. Zerschlagung einer einheitlichen betrieblichen Interessenvertretung**

Es besteht die Gefahr dass der jetzt bestehende Betriebsrat in zahlreiche Betriebsräte aufgespalten wird, die auch nicht über einen GBR oder KBR zusammenarbeiten können.

Berlin, 23. Mai 2020

Benedikt Hopmann  
Rechtsanwalt

---

Diensten stehend gelten“.; die Richtlinie 2001/23/EG ist vergleichbar mit § 613 a BGB; vgl. im Übrigen auch § 131 Abs. 3 GWB, wo unter Verweis auf die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 die Rechtsfolgen des § 613 a BGB als Sollvorschrift enthalten sind.

<sup>9</sup> Pressemitteilung der EVG vom 18. Mai 2020