

**Rechtliche Aspekte eines Verbots von Mitgliedschaften ohne Tarifbindung (OT)  
In Arbeitgeberverbänden**

**Gutachtliche Stellungnahme**

Von

**Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Universität Bremen**

## Inhaltsverzeichnis

I.	Die Fragestellung	3
II.	Die historische Entwicklung	4
	1. Die Ausgangssituation	4
	2. Ansätze in der Praxis und Unterstützung in der juristischen Literatur	5
III.	Die Haltung der Rechtsprechung des BAG	7
	1. Begründung der Zulässigkeit: Problem der Tarifzuständigkeit oder Problem der Tarifbindung	7
	2. Grenzen der Zulässigkeit	8
	3. Einzelfragen	10
	4. Blitzaustritt	11
IV.	Kritik an der OT-Mitgliedschaft	12
	1. Überblick	12
	2. Der zwingende Charakter des § 3 Abs. 1 TVG	12
	3. Die nicht auszuschließende Einwirkung der OT-Mitglieder auf tarifpolitische Entscheidungen	17
	4. Weitere Einwände?	19
	5. Zwischenergebnis	21
V.	Das Trennungsmodell	21
	1. Tarifunwilliger Arbeitgeberverband?	21
	2. Verbände mit Doppelmitgliedschaft	23
VI.	Rechtspolitische Konsequenzen	23
	1. OT-Mitgliedschaft	23
	2. Tariffähigkeit der Arbeitgeberverbände	24
	3. Auskunftspflicht über den Mitgliederbestand	24
	Literaturverzeichnis	26

## I. Die Fragestellung

In zahlreichen Arbeitgeberverbänden existieren Mitgliedsunternehmen, die zwar in den Geltungsbereich von Verbandstarifen fallen, die aber nicht von ihm erfasst werden. Verbreiteter Auffassung nach ist dies zulässig; der Verband kann neben den tarifgebundenen auch „tariffreie“ Mitglieder haben. Diese Situation schwächt nicht nur die Arbeitgeberverbände in den Tarifverhandlungen mit den Gewerkschaften, sondern erschwert auch die Interessenvertretung der Arbeitnehmer: Die sog. OT (= Ohne Tarif) - Mitgliedschaft werden typischerweise solche Unternehmen wählen, die mit Rücksicht auf einen niedrigen gewerkschaftlichen Organisationsgrad oder andere Umstände nicht in der Gefahr stehen, mit einer Forderung nach einem Firmentarif und einer dahinterstehenden Drohung mit Streik konfrontiert zu werden. Das dem Flächentarif zugrunde liegende Prinzip, dass die „Starken“ für die „Schwachen“ mitkämpfen, wird so unterlaufen.

Ob eine OT-Mitgliedschaft überhaupt zulässig ist, ist in der juristischen Literatur seit jeher umstritten. Für den Gesetzgeber kann sich daher die Frage stellen, ob es zulässig wäre, sich einer bereits vertretenen Auffassung anzuschließen und die OT-Mitgliedschaft klarstellend für unzulässig zu erklären.

Um den Stellenwert der Frage deutlich zu machen, soll zunächst die historische Entwicklung nachgezeichnet werden. Seit wann existiert die OT-Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden? In welchen rechtlichen Formen tritt sie in Erscheinung? Wie hat sich die Rechtsprechung mit diesem Phänomen auseinandergesetzt? Welche Bedeutung kommt ihm inzwischen zu? (unten II)

Im Folgenden soll die Rechtsprechung des BAG behandelt werden, die ja Richtschnur für die Praxis ist. Welche Argumente werden für, welche gegen die Zulässigkeit der OT-Mitgliedschaft angeführt? Soweit die OT-Mitgliedschaft bejaht wird, stellt sich die Frage, inwieweit die ihr von der Rechtsprechung gezogenen Grenzen Störungen des Tarifverhandlungssystems und dadurch hervorgerufene Missstände effektiv verhindern können (unten III).

Der nächste Abschnitt behandelt die recht zahlreichen Stimmen, die dem BAG widersprechen. Inwieweit sind ihre Argumente berechtigt, können sie Grundlage für eine klarstellende gesetzliche Regelung sein? Dies wird zunächst am Beispiel der bei weitem im Vordergrund stehenden OT-Mitgliedschaft (unten IV), anschließend in Bezug auf das sog. Trennungsmodell dargestellt (unten V).

Den Abschluss bilden die daraus abzuleitenden rechtspolitischen Vorstellungen (unten VI).

## **II. Die historische Entwicklung**

### **1. Die Ausgangssituation**

Geht man in die Zeit vor 1990 zurück, so wird man vergeblich nach dem Stichwort „OT-Mitgliedschaft“ suchen. Wer Mitglied im Arbeitgeberverband ist, wird automatisch auch von den Tarifverträgen erfasst, die der Verband mit Gewerkschaften abschließt – vorausgesetzt, das Unternehmen fällt in den betrieblich-fachlichen und den örtlichen Geltungsbereich. Strittig war allein die Frage, ob auch sogenannte Gastmitglieder von einem Tarifvertrag erfasst werden. Dies wurde von der Rechtsprechung des BAG mit dem Argument verneint, dass es sich bei den Gastmitgliedern in Wahrheit gar nicht um Mitglieder handelte: Ihnen fehlten alle wesentlichen Rechte eines Vereinsmitglieds. Sie hatten kein Stimmrecht in der Mitgliederversammlung, sie besaßen weder das aktive noch das passive Wahlrecht zu den Vereinsorganen und sie zählten nicht mit, wenn es um das Erreichen des vorgeschriebenen Quorums für die Einberufung einer Mitgliederversammlung oder die Gültigkeit einer Satzungsänderung ging. Das BAG kam zu dem eindeutigen Schluss, dass es sich nicht um Mitglieder im vereinsrechtlichen wie im tarifrechtlichen Sinne handelte. Nur diese seien aber nach § 3 Abs. 1 TVG an die vom Verband abgeschlossenen Tarifverträge gebunden.

So eingehend BAG 16.2.1962 – 1 AZR 167/61 – AP Nr. 12 zu § 3 TVG  
Verbandszugehörigkeit

In der Literatur wurde es gleichfalls als selbstverständlich unterstellt, dass alle Mitglieder an den Tarifvertrag gebunden sind; eine Differenzierung zwischen einzelnen Mitgliedern oder Mitgliedergruppen wurde – soweit ersichtlich – nirgends erörtert.

S. statt aller Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band II/1, 7. Aufl., Berlin und Frankfurt/Main 1967, § 23 V 2 (S. 487)

## **2. Ansätze in der Praxis und Unterstützung in der juristischen Literatur**

Im Laufe der 1990-er Jahre entwickelte sich in der Praxis von Arbeitgeberverbänden die Figur einer OT-Mitgliedschaft.

Zur Entwicklung s. im Einzelnen von Joest, FS Buchner, S. 358 ff.

Die OT-Mitgliedschaft existiert in verschiedenen Formen.

Näher dazu Deinert/Walser, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber. Bindungswille und -fähigkeit der Arbeitgeber und ihrer Verbände als juristisches und rechtspolitisches Problem, Baden-Baden 2015, S. 28 ff.; ErfK-Franzen, 22. Aufl., § 2 TVG Rn. 9; Terhorst, Ende der Tarifbindung. Verbandsaustritt und Wechsel in die OT-Mitgliedschaft unter besonderer Berücksichtigung interner Haftungsansprüche des Arbeitgebers gegen seinen Verband, Baden-Baden 2016, S. 69 ff.; Schaub-Treber, Arbeitsrechts-Handbuch, 19. Aufl., § 204 Rn. 12

Üblicherweise unterscheidet man zwischen dem „Trennungs- oder Aufteilungsmodell“ und dem „Stufenmodell“.

Beim Trennungsmodell werden zwei verschiedene Organisationen gebildet, von denen die eine den Abschluss von Tarifverträgen akzeptiert, während die andere lediglich die allgemeinen arbeits- und sozialpolitische Interessen ihrer Mitglieder vertritt und ihnen im Einzelfall rechtliche und sonstige Beratung gewährt. Dies kann in der Weise geschehen, dass der bisherige Arbeitgeberverband seine Tariffähigkeit behält und die tarifunwilligen Mitglieder austreten und ihre eigene Organisation gründen. Der umgekehrte Weg ist

ebenfalls denkbar: Der Arbeitgeberverband ändert seinen satzungsmäßigen Zweck und verfolgt keine tarifpolitischen Ziele mehr. Wer weiterhin Tarifverträge abschließen will tritt aus und bildet einen neuen Verband. Diese Form der Aufteilung hat den Nachteil, dass die Wahrung der allgemeinen Arbeitgeberinteressen von beiden Organisationen (also auch von der tarifwilligen Einheit) bewerkstelligt werden muss. Dies lässt sich dadurch vermeiden, dass man Doppelmitgliedschaften zulässt: Die tarifunwillige Organisation nimmt die allgemeinen Interessen für alle Unternehmen wahr, während die andere Organisation sich allein auf das Tarifgeschäft konzentriert. Dieses muss sie allerdings unabhängig von der anderen Einheit betreiben.

Das sog. Stufenmodell belässt es bei einer einheitlichen Organisation. Diese kennt jedoch zwei Arten von Mitgliedschaften: Mitglieder, die eine Tarifbindung akzeptieren (auch T-Mitglieder genannt), und solche, die dies als „OT-Mitglieder“ nicht tun. Daneben kann es wie im o.g. Fall „Gastmitglieder“ geben, die über keinerlei Mitgliedschaftsrechte verfügen und die deshalb von vorne herein nicht von Verbandstarifen erfasst werden. Es gibt also „gestufte“ Mitgliedschaften.

Im Vergleich zum Trennungs- oder Aufteilungsmodell ist die Handhabung sehr viel einfacher. Es muss keine neue Organisation gegründet werden, was zeitlichen und organisatorischen Aufwand voraussetzt und außerdem die Gefahr mit sich bringt, dass einzelne Unternehmen die Prozedur nicht mitmachen und sich völlig vom Verband zurückziehen. Aus Sicht des Arbeitgeberverbands hat das Stufenmodell den Vorteil, dass bei Unzufriedenheit mit den absehbaren Ergebnissen von Tarifverhandlungen ein Wechsel in die OT-Mitgliedschaft auch sehr schnell möglich ist und dadurch ein Austritt verhindert werden kann.

In der juristischen Literatur fanden diese Gestaltungen zunächst vorwiegend Zustimmung.

Buchner, Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden ohne Tarifbindung, NZA 1994, 2 ff.; im Grundsatz auch Röckl, Zulässigkeit einer Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden ohne Tarifbindung? DB 1993, 2382 ff. (mit Einschränkungen)

Dabei wurde allerdings betont, dass die OT-Mitglieder nicht an tarifpolitischen Entscheidungen beteiligt werden dürften.

### **III. Die Haltung der Rechtsprechung des BAG**

#### **1. Begründung der Zulässigkeit: Problem der Tarifzuständigkeit oder Problem der Tarifbindung**

Das BAG hatte sich im Wesentlichen nur mit dem Stufenmodell auseinander zu setzen. Zunächst vertrat es den Standpunkt, der Arbeitgeberverband könne seine Zuständigkeit zum Tarifabschluss personell auf einen Teil der Mitglieder beschränken und dadurch den anderen Teil – die OT-Mitglieder – ausschließen.

BAG 23.10.1996 – 4 AZR 409/95 – NZA 1997, 383

Dies hatte allerdings den beträchtlichen Nachteil, dass die Frage der Tarifzuständigkeit nach § 97 Abs. 5 ArbGG immer erst im Rahmen eines Zwischenverfahrens geklärt werden musste, was die Auseinandersetzungen sehr in die Länge zog. Auch würde der Verband auf diese Weise den Umfang seiner Zuständigkeit in die Hand einzelner Unternehmen legen, die über ihren Ein- und Austritt bzw. ihren Mitgliedschaftsstatus frei entscheiden könnten. Rund zehn Jahre später hat das BAG deshalb seine Rechtsprechung geändert: Es gehe – so der 1. Senat des BAG - nicht um die Tarifzuständigkeit, sondern um die Tarifgebundenheit nach § 3 Abs. 1 TVG, die in jedem Einzelverfahren inzident geprüft werden könne.

BAG 18.7.2006 – 1 ABR 36/05 – NZA 2008, 1235

Wenn § 3 Abs. 1 TVG bestimme, dass tarifgebunden „die Mitglieder der Tarifvertragsparteien“ seien, so treffe er keine Aussage, wer Mitglied sei. Dies sei eine Angelegenheit der Verbandsautonomie; eine OT-Mitgliedschaft widerspreche weder einfachem Recht noch Verfassungsrecht.

BAG, a.a.O., Tz. 56 ff. (auch zum Folgenden)

Es liege auch kein Verstoß gegen den vereinsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz vor; eine Störung der Verhandlungsparität trete gleichfalls nicht ein.

Transparenzprobleme würden sich für den sozialen Gegenspieler auch in anderen Fällen ergeben, so wenn etwa die Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband von vorne herein unklar sei.

Die Preisgabe der These von der Tarifzuständigkeit stellte eine Abweichung von der Rechtsprechung des 4. Senats dar, doch wird nicht mitgeteilt, dass dieser nicht an seiner bisherigen Meinung festhalte. Prima facie hätte daher der Große Senat eingeschaltet werden müssen.

Etwa zwei Jahre später schloss sich jedoch der 4. Senat der Auffassung des 1. Senats an und übernahm dessen Begründung.

BAG 4.6.2008 – 4 AZR 419/07 – NZA 2008, 1366

§ 3 Abs. 1 TVG regle nicht, wer Mitglied einer Tarifpartei sei; insoweit bestehe Satzungsautonomie. Die OT-Mitgliedschaft verstoße wegen der freiwilligen Entscheidung des einzelnen Mitglieds nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. Auch sei im Falle eines Arbeitskampfes der Paritätsgrundsatz nicht verletzt. Dies gelte auch dann, wenn die OT-Mitglieder denselben Mitgliedsbeitrag wie die T-Mitglieder bezahlen würden.

## **2. Grenzen der Zulässigkeit**

Die OT-Mitgliedschaft darf nicht zu einer Störung der Tarifautonomie führen. Dies wäre dann gegeben, wenn die OT-Mitglieder unmittelbaren Einfluss auf tarifpolitische Entscheidungen nehmen könnten. Unzulässig wäre es deshalb, wenn OT-Unternehmen in der Tarifkommission vertreten wären, wenn ihre Vertreter an tarifpolitischen Erklärungen mitwirken oder über die Verwendung eines Arbeitskampffonds mitentscheiden könnten. Auch müssen die OT-Unternehmen von Abstimmungen über tarifpolitische Ziele und Forderungen sowie über die Annahme von Tarifkompromissen ausgeschlossen sein.

BAG, a.a.O., Tz 39



Eine zweite Grenze besteht insoweit, als während der Tarifverhandlungen eine Obliegenheit besteht, einen Statuswechsel von der T- in die OT-Mitgliedschaft nicht geheim zu halten. Die Gewerkschaft muss vielmehr in die Lage versetzt werden, adäquat auf das Ausscheiden eines Unternehmens aus dem Geltungsbereich des Tarifvertrags reagieren zu können. Unterbleibt dies, wäre die Abrede über den Statuswechsel wegen Verstoßes gegen Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG in Verbindung mit § 134 BGB unwirksam.

BAG 26.8.2009 – 4 AZR 285/08 – NZA 2010, 230 Tz. 25

Dies gilt auch für den Zeitraum zwischen der Einigung und dem endgültigen Abschluss eines Tarifvertrags, da sich die Gewerkschaft ggf. wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage von der Einigung lossagen könnte.

BAG, a.a.O., Tz. 32 ff.

Wird diesen Grundsätzen nicht Rechnung getragen – die OT-Mitglieder können bei einzelnen tarifpolitischen Fragen mitbestimmen, die Gewerkschaft wurde während der Tarifverhandlungen nicht oder nicht rechtzeitig informiert - so bleibt die Tarifbindung nach § 3 Abs. 1 TVG bestehen. Dazu reicht es bereits aus, wenn die OT-Mitglieder über die Verwendung des Arbeitskampffonds mitentscheiden können.

BAG 22.4.2009 – 4 AZR 111/08 – NZA 2010, 105

Gegen diese Rechtsprechung des BAG wandte sich ein betroffener Unternehmer mit der Verfassungsbeschwerde und machte geltend, er sei in seinen Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 GG und aus Art. 9 Abs. 3 GG verletzt, weil er gegen seinen Willen an einen Tarifvertrag gebunden werde. Das Bundesverfassungsgericht bestätigte die BAG-Entscheidung; die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie könne beeinträchtigt sein, wenn nicht tarifgebundene Mitglieder Einfluss nehmen könnten. Dies rechtfertige die Grundrechtseingriffe.

BVerfG 1.12.2010 – 1 BvR 2593/09 – NZA 2011,60

### 3. Einzelfragen

Die spätere Rechtsprechung hatte eine Reihe von Einzelfragen zum Gegenstand und setzte die Zulässigkeit der OT-Mitgliedschaft stillschweigend voraus. So wurde etwa klargestellt, dass die Trennung der Einflussphären von OT-Mitgliedern und „Normal-Mitgliedern“ in der Satzung festgeschrieben und ausgestaltet sein muss; die Geschäftsordnung einzelner Organe oder andere unter der Satzung stehende „Rechtsquellen“ genügen nicht.

BAG 21.1.2015 – 4 AZR 797/13 – NZA 2015, 1521

Auch muss die fragliche Satzungsbestimmung in das Vereinsregister eingetragen worden sein.

BAG 21.11.2012 – 4 AZR 27/11 – NZA-RR 2014, 544

Für die Information der Gewerkschaft über den Statuswechsel während einer Tarifrunde ist keine Form vorgeschrieben. Sie muss nicht schriftlich sein und kann gleichermaßen durch den Arbeitgeberverband wie durch das in den OT-Status wechselnde Unternehmen erfolgen.

BAG 19.6.2012 – 1 AZR 775/10 – NZA 2012, 1372

Wird die Gewerkschaft nicht oder nicht rechtzeitig informiert, so hat dies Auswirkungen nur auf die aktuell verhandelten Tarifverträge, bei denen § 3 Abs. 1 TVG anwendbar bleibt. Von künftigen Tarifverträgen wird das OT-Unternehmen nicht mehr erfasst.

BAG 21.11.2012 – 4 AZR 27/11 – NZA-RR 2014, 544

Sobald die Gewerkschaft von dem Statuswechsel informiert ist, darf sie das fragliche Unternehmen nicht mehr in Aktionen zur Durchsetzung verbandstariflicher Forderungen

einbeziehen. Möglich ist neben einem Streik um einen Firmentarif u. U. ein sog. Partizipationsstreik, der voraussetzt, dass die Übernahme des Ergebnisses der Verhandlungen auf Branchenebene rechtlich gesichert ist. Dies ist bei einer entsprechenden tariflichen Regelung („Anschlussstarif“), aber auch dann der Fall, wenn in sämtlichen Arbeitsverträgen auf den Branchentarif verwiesen wird. Ist dies nur in 48 von insgesamt 160 Arbeitsverträgen der Fall, wären die Voraussetzungen eines Partizipationsstreiks nicht gegeben.

BAG 19.6.2012 – 1 AZR 775/10 – NZA 2012, 1372

#### **4. Blitzaustritt**

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass ein Verbandsaustritt während der Tarifverhandlungen von der Rechtsprechung genauso wie ein Wechsel in die OT-Mitgliedschaft behandelt wird: Die Tarifbindung entfällt nur dann, wenn die Gewerkschaft von der Veränderung in einer Weise informiert wurde, die ihr eine Reaktion möglich macht.

Angedeutet in BAG 4.6.2008 – 4 AZR 419/07 – NZA 2008, 1366 Tz. 67 ff.; auf Austritt und Gastmitgliedschaft bezogen in BAG 26.8.2009 – 4 AZR 285/08 – NZA 2010, 230; in der Sache bestätigt durch BAG 19.6.2012 – 1 AZR 775/10 - NZA 2012, 1372

Ein allgemeiner Anspruch der Gewerkschaft gegen den Arbeitgeberverband auf Offenlegung seines Mitgliederbestandes ist nicht anerkannt. Häufig wird der Gewerkschaft bekannt sein, weil die Arbeitgeberseite daraus kein Geheimnis macht, oder weil es gewichtige Indizien wie den Auftritt von Verbandsvertretern bei innerbetrieblichen Auseinandersetzungen gibt. Daneben sind allerdings Fälle denkbar, in denen Unklarheiten bleiben. Hier könnte nur durch Drohung mit einem Streik um einen Firmentarif Abhilfe geschaffen werden, doch ist dieser Weg nur im Ausnahmefall gangbar.

## **IV. Kritik an der OT-Mitgliedschaft**

### **1. Überblick**

Die Rechtsprechung des BAG hat in der juristischen Literatur Zustimmung,

S. statt aller Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 4. Aufl., München 2017, § 3 Rn. 58 ff.; Oetker, in: Wiedemann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 8. Aufl., München 2019, § 3 Rn. 144 ff.; Schaub-Treber, Arbeitsrechts-Handbuch, § 204 Rn. 11 ff.; Höpfner, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), Der Tarifvertrag, Teil 2, Rn. 148 ff. jeweils m. w. N.

aber auch verbreitet Widerspruch erfahren.

Dierßen, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht. Kompaktcommentar, 7. Aufl., Frankfurt/Main 2021, § 3 TVG Rn. 42 ff.; Peter/Rödl, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 5. Aufl., Baden-Baden 2022, § 2 Rn. 137 ff., jeweils m.w.N.

Die dabei vorgebrachten Argumente sind auch für eine mögliche Neuregelung von Bedeutung.

### **2. Der zwingende Charakter des § 3 Abs. 1 TVG**

„Tarifgebunden sind die Mitglieder der Tarifvertragsparteien und der Arbeitgeber, der selbst Partei des Tarifvertrages ist.“

Mit diesen Worten wird in § 3 Abs. 1 TVG umschrieben, wer an einen abgeschlossenen Tarifvertrag gebunden ist. Dabei handelt es sich um eine zwingende Vorschrift, die für das deutsche Tarifvertragsrecht charakteristisch ist: Die Wirkungen des Tarifs beschränken sich auf die Mitglieder der tarifschließenden Parteien, während in anderen Ländern häufig bereits die Mitgliedschaft des Arbeitgebers in seinem Verband genügt, um den Tarifvertrag für alle Betriebsangehörigen verbindlich zu machen. Schon dies macht deutlich, dass es sich um eine zwingende Vorschrift handelt; die Tarifparteien könnten

nicht etwa bestimmen, dass ihr Vertrag „in Abweichung von § 3 Abs. 1 TVG“ für und gegen alle branchenangehörigen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gilt. Dass § 3 Abs. 1 TVG zwingenden Charakter hat, wird insoweit von niemandem in Zweifel gezogen.

Die Rechtsprechung und der sie unterstützende Teil des Schrifttums argumentieren deshalb anders: § 3 Abs. 1 TVG bestimme nicht, wer im Einzelnen als „Mitglied“ zu betrachten sei. Es sei deshalb geboten, solche Unternehmen auszunehmen, die darauf verzichten, im Bereich „Tarifpolitik“ aktiv zu werden und über das Verhalten des Verbandes mitzubestimmen. Insoweit müsse § 3 Abs. 1 von seinem Zweck her eine restriktive Auslegung erfahren; OT-Mitglieder seien deshalb nicht erfasst.

Exemplarisch Oetker, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, Tarifvertragsrecht, 2. Aufl., München 2013, § 6 Rn. 15 ff.

Dem wird mit Recht entgegengehalten, dass auf diese Weise zwischen zwei verschiedenen Mitgliedergruppen differenziert werde, wofür es im Wortlaut keinerlei Anhaltspunkte gebe.

Dierßen, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), a.a.O., § 3 TVG Rn. 51; Peter/Rödl, in: Däubler (Hrsg.), a.a.O., § 2 Rn. 141; Stein, in: Kempen/Zachert, Tarifvertragsrecht, 5. Aufl., Frankfurt/Main 2014, § 2 Rn. 140

Dafür spricht auch, dass § 3 Abs. 1 TVG von „die Mitglieder“ der Tarifparteien spricht. Hätte er Ausnahmen zulassen wollen, hätte man die Formulierung „Mitglieder der Tarifparteien“ wählen müssen, was die Herausnahme einer Gruppe unschwer ermöglicht hätte.

Hensche, Zur rechtlichen Zulässigkeit der OT-Mitgliedschaft, Düsseldorf 2004, S. 19

Die Entscheidung zur „Gastmitgliedschaft“ ist ohne Bedeutung, da es dort entgegen der Bezeichnung gar nicht um ein Mitglied des Arbeitgeberverbands ging, sondern um ein Unternehmen, das keinerlei wesentliche Mitwirkungsrechte hatte, sondern sich mit einem Beobachterstatus begnügte und ggf. bestimmte Leistungen gegen Bezahlung in Anspruch nahm.

BAG 16.2.1962 – 1 AZR 167/61 – AP Nr. 12 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit; wie hier Stein, in: Kempen/Zachert, § 2 Rn. 140; Peter/Rödl, in: Däubler (Hrsg.), a.a.O., § 2 Rn. 146

Auch der Zweck des § 3 Abs. 1 TVG spricht dafür, dass alle Mitglieder des Verbands von den abgeschlossenen Tarifverträgen erfasst werden. Dieser will wie andere Bestimmungen des TVG für Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sorgen, die angesichts der Normwirkung von Tarifverträgen von besonderer Bedeutung sind. Würde man aufgrund einer Satzungsbestimmung des Arbeitgeberverbands die Tarifbindung der Entscheidung des einzelnen Unternehmens überlassen, könnten sehr oft Unklarheiten entstehen, da im TVG keinerlei Rechtsnorm vorhanden ist, die eine Publizität der getroffenen Entscheidung (z. B. über die Einrichtung eines Registers) vorschreiben würde. Fehlvorstellungen würden beispielsweise dadurch entstehen, dass sich ein Unternehmen regelmäßig durch Anwälte des Arbeitgeberverbands vertreten lässt, und die Arbeitnehmer wie die Gewerkschaft auf eine Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband und auf eine Bindung an den Tarifvertrag schließen. In einem kritischen Moment wie z. B. in einem Streik wird dann aber plötzlich deutlich, dass es sich um eine OT-Mitgliedschaft handelt, so dass jedenfalls neue Tarife nicht mehr anwendbar sind.

Dazu kommt ein Weiteres. Der Flächentarif hat nicht nur Schutzfunktion gegenüber den betroffenen Arbeitnehmern, sondern nimmt auch das Entgelt und sonstige tarifliche Leistungen aus dem Wettbewerb heraus: Alle zum Arbeitgeberverband gehörenden Unternehmen sind insoweit an dieselben Bedingungen gebunden, sie sind vor (sozialer) Unterbietungskonkurrenz geschützt. Genau diese Funktion würde unterlaufen, würde man die Tarifbindung von der freien Entscheidung des einzelnen Unternehmens abhängig machen.

Ebenso Hensche, a.a.O., S. 20 ff., der auch auf die Entstehungsgeschichte des § 3 Abs. 1 TVG eingeht und herausarbeitet, dass alle Vorentwürfe dieselbe Formulierung enthielten.

Die Rechtsprechung und der sie unterstützende Teil der Literatur verweisen demgegenüber darauf, dass es auf Seiten der Gewerkschaft ebenfalls „OT-Mitglieder“

gebe. Gedacht wird dabei an Beamte, Studenten und Rentner, die in der Tat im Regelfall nicht von Tarifverträgen erfasst werden. Ihre Situation ist aber insoweit eine andere, als die „Tariflosigkeit“ nicht auf ihrer freien Entscheidung beruht, sondern andere Ursachen hat: Beamtenarbeitsverträge werden von der herrschenden Rechtsprechung abgelehnt, da das Beamtenverhältnis aufgrund hergebrachter Grundsätze nach Art. 33 Abs. 5 GG durch Gesetz geregelt werde.

Zum Diskussionsstand Däubler, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, a.a.O., Einl. Rn. 1207 ff.

Studenten stehen nicht in einem Beschäftigungsverhältnis und verfügen deshalb nicht über „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“. Dasselbe gilt für Rentner, wobei allerdings für eine tariflich gestaltete betriebliche Altersversorgung eine Ausnahme gemacht werden muss.

BAG 27.2.2007 – 3 AZR 734/05 – NZA 2007, 1371, 1374; Nebe in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, a.a.O., § 1 Rn. 316

Soweit ein Beamter, ein Student oder ein Rentner etwa als Nebentätigkeit ein Arbeitsverhältnis eingeht, ist er aufgrund seiner Gewerkschaftsmitgliedschaft tarifgebunden, sofern auch sein Arbeitgeber Mitglied des entsprechenden Arbeitgeberverbands ist.

Hensche, Verfassungsrechtlich bedenkliche Neujustierung des Verhältnisses zwischen Individualwille und kollektiver Ordnung, NZA 2009, 815, 816

Insoweit ist die Situation auf Arbeitnehmerseite völlig anders gelagert. Vergleichbar wäre lediglich die fiktive Situation, wonach sich Leiharbeiter für „tariffrei“ erklären könnten und dann nach § 8 Abs. 1 Satz 1 AÜG in den Genuss von „Equal Pay“ und „Equal Treatment“ kämen. Dies scheidet jedoch bereits daran, dass sich die „Freistellung“ auch auf die Bezugnahmeklausel in den Arbeitsverträgen erstrecken müsste, was das Einverständnis der Arbeitgeberseite voraussetzen würde..

Die Rechtsprechung und der sie unterstützende Teil der juristischen Literatur verweisen weiter darauf, der Arbeitgeberverband verfüge auf der Grundlage von Art. 9 Abs. 3 GG über Satzungsautonomie, die grundsätzlich nicht eingeschränkt werden könne.

S. etwa Buchner NZA 1994, 2, 4 ff.; Reuter, RdA 1996, 201, 203, 209

Dem steht jedoch die gleichfalls auf Art. 9 Abs. 3 GG gegründete Befugnis des Gesetzgebers gegenüber, die Tarifautonomie auszugestalten und dabei u. a. festzulegen, wer an Tarifverträge gebunden ist. Bei der Ausübung dieser Befugnis muss er selbstredend auch auf die Satzungsautonomie der sozialen Gegenspieler Rücksicht nehmen, doch geht dies nicht so weit, dass dadurch die nach seiner Einschätzung notwendigen Vorkehrungen zugunsten einer Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zurücktreten müssten. Es steht ihm daher frei, für den Beitritt zu Arbeitgeberverbänden einen „Typenzwang“ der Art festzulegen, dass nur eine mit einer Tarifbindung verbundene Mitgliedschaft möglich ist. Dies hat er in § 3 Abs. 1 TVG getan. Dabei bleibt das Recht des einzelnen Unternehmens unberührt, sich für oder gegen einen Beitritt zu entscheiden. Ebenso kann die Satzung vielfältige Entscheidungen treffen, die die Mitgliedschaftsrechte und die Zuständigkeit und Zwecksetzung des Verbands betreffen. In der Abwägung zwischen Satzungsautonomie und Ausgestaltung der Tarifvertragsfreiheit bleibt der ersteren ein sehr großer Spielraum erhalten; viele andere Rechtsordnungen beschränken die Tarifwirkung nicht in vergleichbarer Weise auf die Mitglieder, sondern erstrecken das tariflich Ausgehandelte auch auf Nichtmitglieder, so dass deren Selbstbestimmung in Bezug auf die Tarifwirkungen ungleich stärker eingeeignet ist.

Vgl. auch Hensche, a.a.O., S. 41 ff.

Auch ist der Hinweis berechtigt, dass sich die Satzungsautonomie nur auf die Interna des Verbandes, nicht aber auf die tariflichen Außenbeziehungen erstreckt.

Deinert, AuR 2006, 217, 223

Die hier vertretene Auffassung wird von der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bestätigt, das über die Frage entscheiden musste, ob es in einer tariffähigen Handwerksinnung auch Mitglieder ohne Tarifbindung geben kann.



Das Bundesverwaltungsgericht stellte fest, der gesetzgeberische Zweck, auch in kleinen Handwerksbetrieben tariflichen Schutz zu ermöglichen, könne nur verwirklicht werden, wenn nicht jeder Betrieb durch „Flucht“ in die OT-Mitgliedschaft ausscheren könne. Der einzelne Betrieb hätte die Möglichkeit, auf einen Beitritt zur Innung zu verzichten. Ihm darüber hinaus auch das Recht zu geben, Mitglied mit allen fachlich-berufsständischen Vorteilen zu werden, ohne zugleich an Tarifverträge gebunden zu sein, liege nicht in der Absicht des Gesetzgebers. Dagegen wurden an keiner Stelle verfassungsrechtliche Bedenken angesprochen, obwohl die eine entsprechende Satzungsänderung intendierende Innung nachhaltig auf die Praxis der OT-Mitgliedschaften im außerhandwerklichen Bereich verwiesen hatte. Ersichtlich war auch das Bundesverwaltungsgericht der Auffassung, dass die Ausgestaltung des Innungsrechts durch den Gesetzgeber nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG oder gegen Art. 9 Abs. 3 GG verstoßen würde.

Für Art. 12 Abs. 1 GG als Prüfungsmaßstab auch BVerfG 1.12.2010 – 1 BvR 2593/09 – NZA 2011, 60

Als Zwischenergebnis bleibt daher festzuhalten, dass die Zulassung einer OT-Mitgliedschaft durch das BAG gegen die zwingende Vorschrift des § 3 Abs. 1 TVG verstößt.

### **3. Die nicht auszuschließende Einwirkung der OT-Mitglieder auf tarifpolitische Entscheidungen**

Wie oben ausgeführt, anerkennt die Rechtsprechung eine OT-Mitgliedschaft nur dann, wenn die OT-Mitglieder keine Entscheidungsrechte in tarifpolitischen Fragen haben. Ihnen soll kein unmittelbarer Einfluss auf das Verhalten des Verbands in Tarifverhandlungen zustehen, weil dies zu einer Verzerrung der Verhandlungsposition und zu sachfremden Einflussnahmen führen könnte.

S. oben III 2

Der Ausschluss des Stimmrechts und des Wahlrechts für eine etwaige Tarifkommission und das Nicht-Mitzählen, wenn es in tarifpolitischen Fragen um die Erreichung eines bestimmten Quorums geht, schließt jedoch eine faktische Einflussnahme nicht aus.

OT-Mitglieder behalten das Recht, auch zu tarifpolitischen Fragen „beratend“ Stellung zu nehmen. Dies kann von erheblicher Bedeutung sein, wenn es sich um einen wichtigen Beitragszahler handelt, dessen Austritt die Aktivitäten des Verbandes erheblich beeinträchtigen würde.

Dierßen, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), a.a.O., § 3 Rn. 51

Auch wenn dieser keineswegs direkt mit seinem Austritt drohen würde, wenn man seinem Rat nicht folgen sollte, kommt seiner Position erhebliches Gewicht zu. Dasselbe gilt, wenn sich kleinere Unternehmen mit OT-Mitgliedschaft zu einheitlichem Auftreten im Verband entschließen; die Mehrheit wird auch dann zur Rücksichtnahme neigen.

Dazu kommt, dass OT-Mitglieder in allen anderen als tarifpolitischen Fragen volles Stimmrecht haben; sie vor den Kopf zu stoßen, könnte unerwünschte Rückwirkungen bei anderen Fragen wie z. B. der Wahl des Vorstands haben. Derartiges wird man sinnvollerweise nicht in Kauf nehmen, sondern stattdessen auf einen Konsens bedacht sein.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass ein Teil der Beiträge von OT-Mitgliedern in den Arbeitskampffonds fließt. Über dessen Verwendung darf das OT-Mitglied zwar nicht mitentscheiden, aber die Handlungsmöglichkeiten der Entscheider, d. h. der T-Mitglieder, werden doch erheblich gestärkt, wenn man sicher mit den Beiträgen der 20 % oder der 40 % OT-Mitglieder des Verbands rechnen kann. Auch dies führt dazu, dass bei tarifpolitischen Fragen Rücksicht genommen wird.

So auch Unterhinninghofen, Anm. zu BAG 18.7.2006 – 1 ABR 36/05 – AiB 2007, 117, 119; ähnlich Stein, in: Kempfen-Zachert, a.a.O., § 2 Rn. 140 ff.

Erst recht gilt dies, wenn die OT-Mitglieder die Mehrheit im Arbeitgeberverband stellen,

Bayreuther, OT-Mitgliedschaft, Tarifzuständigkeit und Tarifbindung, BB 2007, 325, 328

was aber in der Praxis eine absolute Ausnahme darstellt.

Der Ausschluss von OT-Mitgliedern von Entscheidungsbefugnissen reicht unter diesen Umständen nicht aus, um eine Funktionsstörung der Tarifautonomie auszuschließen. Die Gefahr sachfremder Einflüsse auf die Forderungen und den Verlauf der Tarifverhandlungen sowie die Gefahr nicht sachgerechter Ergebnisse, die das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich hervorhebt,

BVerfG 1.12.2010 – 1 BvR 2593/09 – NZA 2011, 60 Tz. 23

bestehen auch angesichts der „mittelbaren“ Einflussmöglichkeiten. Es wäre daher konsequent, auch aus diesem Grund die OT-Mitgliedschaft auszuschließen. Damit ist aber noch keine Aussage darüber getroffen, ob und inwieweit eine Aufteilung in zwei Verbände – eine „tarifwilligen“ und einen „tarifunwilligen“ - zulässig ist.

#### **4. Weitere Einwände?**

Der OT-Mitgliedschaft wird weiter entgegengehalten, dass Anwendungsbereich und Tragweite des Tarifvertrags nicht mehr einzuschätzen seien. Für die Gewerkschaft ist nicht erkennbar, welche Unternehmen im Ergebnis tatsächlich tarifgebunden sind und bei welchen der Tarifvertrag ins Leere geht. Dies ist einmal eine Folge der Tatsache, dass es bislang keinen von der Rechtsprechung anerkannten Anspruch der Gewerkschaft auf Auskunft gegen den Arbeitgeberverband gibt, welche Unternehmen ihm angehören und welchen Status diese haben. Dazu kommt zum zweiten, dass ein Statuswechsel von einem Tag auf den andern möglich ist – selbst wenn die Satzung Fristen vorsieht, bleibt immer noch die Möglichkeit, im Einvernehmen einen „Blitzwechsel“ zu bewirken.

Die Rechtsprechung hat dem nur insoweit entgegengewirkt, als ein Statuswechsel während der Tarifverhandlungen der Gewerkschaft so rechtzeitig mitgeteilt werden muss,

dass sie darauf noch reagieren kann. Erfolgt dies nicht, ist das fragliche Unternehmen tarifgebunden und kann sich nicht auf seinen OT-Status berufen.

### Oben III 3

Damit ist der Hauptgefahr begegnet. Außerhalb einer Tarifrunde können Unklarheiten nicht nur über den Status als OT-Mitglied, sondern auch über die Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband als solche bestehen. Dies wird in der Praxis im Prinzip hingenommen, weil sich zumindest nach einiger Zeit doch Klarheit herstellt: Irgendwann wird sich das Unternehmen auf seinen OT-Status berufen und damit für Transparenz sorgen. Wechselt es in dem Zeitraum zwischen zwei Tarifrunden in die OT-Mitgliedschaft, so wirken die bisherigen Tarifverträge in entsprechender Anwendung des § 3 Abs. 3 TVG weiter (sog. Nachbindung). Wird in der Tarifrunde deutlich gemacht, dass seit einiger Zeit eine OT-Mitgliedschaft besteht, so ist dem Transparenzprinzip Rechnung getragen. Erfolgt keine solche Klarstellung, müsste die Rechtsprechung zum Tarifwechsel während der Tarifverhandlungen Anwendung finden mit der Konsequenz, dass das heimlich in den OT-Status gewechselte Unternehmen an die am Ende abgeschlossenen Tarifverträge gebunden ist. Insoweit lassen sich Transparenzprobleme nach geltendem Recht bewältigen.

Ein weiteres Problem liegt darin, dass die Gewerkschaft durch den Wechsel von Unternehmen in den OT-Status plötzlich einer Vielzahl von Gegenspielern gegenübersteht. Außerdem können die Forderungen, die sich auf einen Verbandstarif mit einem bestimmten Inhalt richten, nicht mehr unverändert gegen das einzelne OT-Mitglied erhoben werden. Vielmehr müssen sich Forderungen insoweit auf den Abschluss eines Firmentarifs richten, was formale, aber nicht notwendigerweise inhaltliche Anpassungen verlangt. Dem Rechnung zu tragen, lässt sich schwerlich als unzumutbar qualifizieren. Die eigentliche Schwierigkeit liegt darin, dass typischerweise solche Unternehmen in den OT-Status wechseln, die mit Rücksicht auf einen geringen gewerkschaftlichen Organisationsgrad oder andere Umstände nicht mit einem Streik um einen Firmentarifvertrag rechnen müssen. Dies ist für die Gewerkschaft höchst unerfreulich und unterhöhlt den Grundgedanken des Flächentarifs, der ja gerade auch darauf beruht, dass die „Starken“ zugleich für die Schwächeren kämpfen und ihnen so die Sinnhaftigkeit einer gewerkschaftlichen Organisation vor Augen führen. Das geltende Recht enthält jedoch

keine Vorkehrungen dafür, dass Flächentarife immer in diesem Sinne funktionieren müssen oder dass gar in jedem Betrieb Streikbereitschaft bestehen muss: Dies sind Fragen der sozialen Entwicklung, die sich nur mit außerrechtlichen Mitteln lösen lassen.

## **5. Zwischenergebnis**

Ein Arbeitgeberverband ist nicht berechtigt, neben der ordentlichen Mitgliedschaft auch eine OT-Mitgliedschaft zuzulassen. Dies würde gegen den zwingenden Charakter des § 3 Abs. 1 TVG verstoßen. Außerdem wäre die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie beeinträchtigt, da OT-Mitglieder trotz Ausschluss des Stimmrechts einen erheblichen Einfluss auf die tarifpolitische Willensbildung des Verbands ausüben können. Eine Satzungsbestimmung, die gleichwohl die OT-Mitgliedschaft zulässt, wäre wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB unwirksam. Die fraglichen Unternehmen wären deshalb tarifgebunden.

## **V. Das Trennungsmodell**

Wie oben unter II 2 dargestellt, gibt es neben der in der Praxis dominierenden OT-Mitgliedschaft auch ein sog. Trennungsmodell: Die tarifwilligen und die tarifunwilligen Unternehmen gehören nicht mehr demselben Verband an: Jede Gruppe organisiert sich in einer eigenen Vereinigung.

### **1. Tarifunwilliger Arbeitgeberverband?**

Fraglich ist, ob ein Arbeitgeberverband berechtigt ist, den Abschluss von Tarifverträgen in seiner Satzung auszuschließen und sich mit der Beratung seiner Mitglieder, insbesondere in rechtlicher Hinsicht, zu begnügen. In der Literatur stehen sich zwei Meinungen gegenüber; soweit ersichtlich, existiert keine höchstrichterliche Rechtsprechung.

Die eine Auffassung lässt die Bereitschaft zum Abschluss von Tarifverträgen von der freien Entscheidung des Verbands abhängen; ob er sich des Mittels „Tarifvertrag“ bedienen wolle, sei allein ihm überlassen.

Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I, a.a.O., § 14 I 6a (S. 527 f.); Löwisch/Rieble, a.a.O., § 2 Rn. 214 ff.; Schubert, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, a.a.O., § 2 Rn. 8. Länger zurückliegend Hueck/Nipperdey, a.a.O., § 20 II A 10 (S. 434); Richardi, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, München 1968, S. 156

Dem steht eine zweite Auffassung gegenüber, die es als notwendigen Bestandteil einer Arbeitgeberkoalition ansieht, grundsätzlich auch zum Abschluss von Tarifverträgen bereit zu sein. Wann immer sich ein Verband die Aufgabe setzt, die Interessen seiner Mitglieder gegenüber den Gewerkschaften und anderen Vertretern der Arbeitnehmerseite zu wahren, ist er notwendigerweise auch tariffähig. Etwas anderes gilt nur dann, wenn er die Interessenvertretung insgesamt aufgibt und sich beispielsweise nur noch als Wirtschaftsverband versteht, der die Interessen seiner Mitglieder gegenüber staatlichen Instanzen und der Öffentlichkeit, aber nicht speziell gegenüber der Arbeitnehmerseite wahrnimmt.

Däubler, Tarifvertragsrecht. Ein Handbuch, 3. Aufl., Baden-Baden 1993, Rn. 72 ff.; Kocher, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), a.a.O., § 2 TVG Rn. 80; Peter, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., Baden-Baden 2016, § 2 Rn. 127; Peter/Rödl, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl., § 2 Rn. 128; Stein, in: Kempen/Zachert (Hrsg.), a.a.O., § 2 Rn. 116; ders., Tarifvertragsrecht, Stuttgart/Berlin/Köln 1997, Rn. 59. Länger zurückliegend Nikisch, Arbeitsrecht, Band II, 2. Aufl., Tübingen 1959, § 70 III 2 (S. 244 f.)

Nach hier vertretener Auffassung ist es ein widersprüchliches Verhalten, einerseits die Arbeitgeberinteressen im Verband kollektiv zu vertreten und die Arbeitgeberstellung dadurch zu verstärken, andererseits aber der kollektiven Auseinandersetzung aus dem Wege gehen zu wollen. Auch spricht vieles dafür, dass es eine übermäßige Beeinträchtigung der gewerkschaftlichen Betätigungsfreiheit darstellt, ihr das zentrale Mittel zu nehmen, um ihrer Funktion gerecht zu werden und Kompromisse bei der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu erreichen.

## 2. Verbände mit Doppelmitgliedschaft

Teilt man die hier vertretene Auffassung nicht und hält einen freiwilligen Verzicht auf die Tariffähigkeit für möglich, so stellt sich das Problem, ob die erörterte Doppelmitgliedschaft in einem tarifwilligen und einem tarifunwilligen Verband rechtliche Bedenken erweckt. Auf der einen Seite sprechen praktische Bedürfnisse der Arbeitgeberseite dafür, nur einen Verband mit der allgemeinen Interessenvertretung, insbesondere mit der Gewährung von juristischer Unterstützung zu betrauen, und dem (kleineren) „Tarifverband“ die tarifpolitischen Entscheidungen und den Abschluss von Tarifverträgen zu überlassen. Allerdings stellen sich hier die gleichen Probleme wie bei einem Nebeneinander von T- und OT-Mitgliedschaften im selben Verband: Auch wenn die Mitglieder des „allgemeinen“ Verbands schon mangels Mitgliedschaft kein Stimmrecht bei tarifpolitischen Fragen haben, ist eine mittelbare Beeinflussung in gleicher Weise wie im oben erörterten Fall möglich.

S. oben IV 3

Insoweit ist auch dieses Modell mit erheblichen Unsicherheiten behaftet.

## VI. Rechtspolitische Konsequenzen

### 1. OT-Mitgliedschaft

Angesichts der ständigen Rechtsprechung des BAG, die die OT-Mitgliedschaft anerkennt, würde sich eine klarstellende gesetzliche Regelung empfehlen. Der Gesetzgeber kann sich dabei auf seine Ausgestaltungskompetenz in Bezug auf die Tarifautonomie berufen. Dies betrifft einmal eine klarstellende Bestimmung in Bezug auf die Tarifgebundenheit. So würde es völlig ausreichen, § 3 Abs. 1 TVG in der Weise zu ergänzen, dass er in Zukunft bestimmt:

„Tarifgebunden sind *alle* Mitglieder der Tarifvertragsparteien und der Arbeitgeber, der selbst Partei des Tarifvertrages ist.“

Damit wäre eine Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu den Handwerksinnungen erreicht. Zugleich hätte sich auch das Problem erledigt, dass nicht tarifgebundene Mitglieder des Arbeitgeberverbands über tarifpolitische Fragen mittelbar mitentscheiden könnten.

Eine solche gesetzliche Regelung würde einen gewichtigen Beitrag zur Erhaltung des Flächentarifs darstellen.

## **2. Tariffähigkeit der Arbeitgeberverbände**

Man könnte eine Regelung treffen, die sicherstellt, dass jeder Arbeitgeberverband auch Tarifverträge abschließen kann, so dass ein Verzicht auf die Tariffähigkeit ausscheiden würde. Zu diesem Zweck könnte man etwa bestimmen:

„Ein Zusammenschluss von Arbeitgebern, der sich die Wahrnehmung von Arbeitgeberinteressen gegenüber den Arbeitnehmern und ihren Vertretern zur Aufgabe macht, gilt automatisch als tariffähig. Ein Verzicht auf die Tariffähigkeit ist ausgeschlossen.“

Zwar spielt das „Trennungsmodell“ bisher in der Praxis keine große Rolle, doch ist nicht auszuschließen, dass sich dies nach einem Verbot der OT-Mitgliedschaft ändern würde. Insofern kann sich eine entsprechende Regelung durchaus empfehlen. Sie könnte als Abs. 1a in § 2 TVG eingefügt werden.

## **3. Auskunftspflicht über den Mitgliederbestand**

Der Arbeitgeberverband sollte verpflichtet sein, der tarifzuständigen Gewerkschaft mitzuteilen, welche Unternehmen bei ihm Mitglied sind. Für die Konzipierung von Forderungen und die Einschätzung von Durchsetzungsmöglichkeiten ist es für die Gewerkschaft von elementarer Bedeutung, den möglichen Anwendungsbereich eines künftigen Verbandstarifs zu kennen. Transparenz ist eine wichtige Funktionsvoraussetzung der Tarifautonomie. Deshalb sollte der Arbeitgeberverband auch verpflichtet sein, der Gewerkschaft als Tarifpartner Veränderungen in seinem Mitgliederbestand mitzuteilen. Dies müsste auch das Überwechseln in eine



„Gastmitgliedschaft“ erfassen, die in Wirklichkeit ja gar keine Mitgliedschaft im Sinne des § 3 Abs. 1 TVG darstellt und deshalb nicht mit der – auszuschließenden – OT-Mitgliedschaft identisch ist. Eine entsprechende Bestimmung könnte in § 2 TVG als Abs. 1b eingefügt werden und wie folgt lauten:

„Der Arbeitgeberverband ist verpflichtet, jeder in seinem Tätigkeitsbereich tarifzuständigen Gewerkschaft auf Verlangen Auskunft über seinen Mitgliederbestand einschließlich der sog. Gastmitgliedschaften zu geben. Nach der Erteilung einer solchen Auskunft sind Veränderungen unverzüglich mitzuteilen, ohne dass es einer besonderen Aufforderung bedarf.“

## Literaturverzeichnis

Bayreuther, Frank: OT-Mitgliedschaft, Tarifzuständigkeit und Tarifbindung, BB 2007, 325 - 328

Bepler, Klaus: Stärkung der Tarifautonomie – Welche Änderungen des Tarifvertragsrechts empfehlen sich? Gutachten B zum 70. Deutschen Juristentag, Hannover 2014, München 2014

Berg, Peter: Rechtliche Auswirkungen einer OT-Mitgliedschaft in der Praxis, AuR 2001, 393 - 397

Berg, Peter; Kocher, Eva; Schumann, Dirk (Hrsg.): Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht. Kompaktcommentar, 7. Aufl., Frankfurt/Main 2021

Buchner, Herbert: Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden ohne Tarifbindung, NZA 1994, 2 - 12

Däubler, Wolfgang: Tarifvertragsrecht. Ein Handbuch, 3. Aufl., Baden-Baden 1993

Däubler, Wolfgang: Tarifausstieg – Erscheinungsformen und Rechtsfolgen, NZA 1996, 225 - 233

Däubler, Wolfgang (Hrsg.): Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 4. Aufl., Baden-Baden 2016; 5. Aufl., Baden-Baden 2022

Deinert, Olaf: Zur Zulässigkeit von OT-Mitgliedschaften in Arbeitgeberverbänden, AuR 2006, 217 – 224

Deinert, Olaf: Schranken der Satzungsgestaltung beim Abstreifen der Verbandstarifbindung durch OT-Mitgliedschaften, RdA 2007, 83 - 91

Deinert, Olaf; Walser, Manfred: Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber. Bindungswille und -fähigkeit der Arbeitgeber und ihrer Verbände als juristisches und rechtspolitisches Problem, Baden-Baden 2015

Gamillscheg, Franz: Kollektives Arbeitsrecht, Band I, München 1997

Glaubitz, Werner: Tariffähigkeit von Arbeitgeberverbänden mit tarifgebundenen und -ungebundenen Mitgliedern? NZA 2003, 140 – 143

Hensche, Detlef: Zur rechtlichen Zulässigkeit der OT-Mitgliedschaft, Düsseldorf 2004

Hensche, Detlef: Verfassungsrechtlich bedenkliche Neujustierung des Verhältnisses zwischen Individualwille und kollektiver Ordnung, NZA 2009, 815 – 820

Henssler, Martin; Moll, Wilhelm; Bepler, Klaus (Hrsg.): Der Tarifvertrag. Handbuch für das gesamte Tarifrecht, 2. Aufl., Köln 2016

Hueck, Alfred; Nipperdey, Hans Carl: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band II/2, 7. Aufl., Berlin und Frankfurt/Main 1970

Jacobs, Matthias; Krause, Rüdiger; Oetker, Hartmut; Schubert, Claudia: Tarifvertragsrecht, 2. Aufl., München 2013

Von Joest, Heike Maria: Satzungsrechtliche Aspekte der Öffnung des Arbeitgeberverbandes Gesamtmetall für OT-Verbände, in: Bauer/Kort/Möllers/Sandmann (Hrsg.), Festschrift für Herbert Buchner, München 2009, S. 358 - 368

Kempen, Otto Ernst und Zachert, Ulrich (Begr.): TVG. Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl., Frankfurt/Main 2014

Löwisch, Manfred; Rieble, Volker: Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 4. Aufl., München 2017

Melot de Beauregard, Paul: „Blitzaustritt“ und Tarifbindung, ZTR 2009, 514 - 517

Müller-Glöge, Rudi; Preis, Ulrich; Schmidt, Ingrid (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 22. Aufl., München 2022 (Zitierweise: ErfK-Bearbeiter)

Nikisch, Arthur: Arbeitsrecht, Band II, 2. Aufl., Tübingen 1959

Otto, Sven-Joachim: Die rechtliche Zulässigkeit einer tarifbindungsfreien Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden, NZA 1996, 624 - 631

Reuter, Dieter: Die Mitgliedschaft ohne Tarifbindung (OT-Mitgliedschaft) im Arbeitgeberverband, RdA 1996, 201 – 209

Richardi, Reinhard: Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, München 1968

Röckl, Johannes: Zulässigkeit einer Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden ohne Tarifbindung? DB 1993, 2382 - 2385

Schaub, Günter (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch. Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 19. Aufl., München 2021

Stein, Axel: Tarifvertragsrecht, Stuttgart/Berlin/Köln 1997

Terhorst, Janna: Ende der Tarifbindung. Verbandsaustritt und Wechsel in die OT-Mitgliedschaft unter besonderer Berücksichtigung interner Haftungsansprüche des Arbeitgebers gegen seinen Verband, Baden-Baden 2015

Unterhinninghofen, Hermann: Tarifzuständigkeit eines Arbeitgeberverbandes – OT-Mitgliedschaft, AiB 2007, 117 – 121

Walser, Manfred: Einfluss der Rechtsordnung auf die Tarifbindung der Arbeitgeberseite, Frankfurt/Main 2015

Wiedemann, Herbert (Hrsg.): Tarifvertragsgesetz mit Durchführungs- und Nebenvorschriften. Kommentar, 8. Aufl., München 2019

Wilhelm, Gerhard; Dannhorn, Wolfgang: Die "OT-Mitgliedschaft" - neue Tore für die Tarifflicht? NZA 2006, 466 – 473

Wroblewski, Andrej: Kein generelles o.k. für OT, NZA 2007, 421 - 426