

**Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein**

Aktenzeichen: 1 Sa 361/03  
6 Ca 3017/02 ArbG Lübeck  
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 11.12.2003

Gez. ...  
als Urkundsbeamt. d. Geschäftsstelle



Urteil aufgehoben  
BAG-Urteil vom 26.07.2005  
1 AZR 133/04

**Urteil**  
**Im Namen des Volkes**

In dem Rechtsstreit pp

hat die 1. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 11.12.2003 durch den Präsidenten des Landesarbeitsgerichts ... als Vorsitzenden und die ehrenamtlichen Richter... und...

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 15. April 2003 – 6 Ca 3017/02 – geändert.

Die Klage wird abgewiesen.  
Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.  
Die Revision wird für den Kläger zugelassen.

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil kann durch Einreichung einer Revisionschrift bei dem Bundesarbeitsgericht in 99084 Erfurt, Hugo-Preuß-Platz 1, Telefax: (0361) 26 36 - 20 00 Revision eingelegt werden.

Die Revisionschrift muss

**binnen einer Notfrist von einem Monat**

beim Bundesarbeitsgericht eingegangen sein.

Der Revisionskläger muss die Revision begründen. Die Revisionsbegründung ist, sofern sie nicht bereits in der Revisionschrift enthalten ist, in einem Schriftsatz bei

dem Bundesarbeitsgericht einzureichen. Die Frist für die Revisionsbegründung beträgt

**zwei Monate.**

Die Fristen für die Einlegung und die Begründung der Revision beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, **spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.**

Die Revisionsschrift muss das Urteil bezeichnen, gegen das die Revision gerichtet wird, und die Erklärung enthalten, dass gegen dieses Urteil Revision eingelegt werde.

Der Revisionsschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils beigelegt werden.

Die Revision und die Revisionsbegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

(Rechtsmittelschriften, Rechtsmittelbegründungsschriften und wechselseitige Schriftsätze im Verfahren vor dem Bundesarbeitsgericht sind in siebenfacher - für jeden weiteren Beteiligten eine weitere - Ausfertigung einzureichen.)

**Tatbestand:**

Die Parteien streiten um die Zahlung von Arbeitslohn; streitig ist, ob der Anspruch des Klägers wegen Teilnahme an einem Warnstreik entfallen ist.

Der Kläger ist bei der Beklagten als Arbeitnehmer beschäftigt. Die Arbeitszeit ist bei der Beklagten durch die Betriebsvereinbarung „Eigenverantwortliche, flexible Arbeitszeit“ (EFA) der D. M... GmbH geregelt, in der es u. a. heißt:

**3.5 Arbeitszeitdauer**

Die Dauer der individuellen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit ergibt sich aus dem Tarifvertrag und dem Arbeitsvertrag.

**4.1 Betriebliche Ziele/persönliche Interessen**

Jede Mitarbeiterin und jeder Mitarbeiter bzw. jede Gruppe steuert unter Einhaltung der gesetzlichen, tariflichen und betrieblichen Regelungen eigenverantwort-

wortlich die Arbeitszeit (einschl. Urlaub) so, dass die betrieblich vorgegebenen Ziele erreicht werden und die individuellen Bedürfnisse dabei Berücksichtigung befinden.

...

### **5.2 Speichergrenzen**

Zur Flexibilisierung der Arbeitszeit wird ein individueller Zeitspeicher geführt, dessen Volumen – ohne zeitliche Beschränkung des Übertragungszeitraums –

im

Maximum + 150 Stunden

Minimum – 150 Stunden bei Vollzeit

und

Maximum + 100 Stunden

Minimum – 100 Stunden bei Teilzeit

betragen kann.

...

### **5.5 Umwandlung von Zeitguthaben**

Es erfolgt keine Umwandlung der Zeitkonten in Geld. Eine Auszahlung des Zeitguthabens ist grundsätzlich nicht möglich.

Das regelmäßige Arbeitsentgelt der Arbeitnehmer der Beklagten wird unabhängig von den tatsächlich geleisteten Stunden stets in gleicher Höhe auf der Basis der arbeitsvertraglichen und tarifvertraglichen Arbeitszeit bis zum jeweils Ersten des Folgemonats gezahlt.

Für den 01.04.2002 von ca. 10.00 bis ca. 11.00 Uhr und für den 17.04.2002 von ca. 10.45 bis ca. 12.45 Uhr hatte die zuständige Fachgewerkschaft IG M. die Mitarbeiter der Beklagten zu Warnstreiks aufgerufen. Einige Mitarbeiter der Beklagten legten in den genannten Zeiträumen zur Durchführung der Warnstreiks die Arbeit nieder, meldeten sich ab und streikten. Der Kläger meldete sich am 11.04.2002 vor dem Streikbeginn bei dem Zeiterfassungssystem der Beklagten ab und nach einer Stunde wieder an. Er nahm während dieses Zeitraums, in dem er ausgestempelt hatte, an der Streikkundgebung der IG M. teil.

Die Beklagte hatte dem Kläger den regelmäßigen Lohn für den Monat April 2002 um das für eine Stunde zu leistende Entgelt, nämlich EUR 14,06 - dem mit der Klage geltend gemachten Anspruch -, gekürzt ausgezahlt. Unstreitig ist das Arbeitszeitkonto des Klägers trotz des Ausstempels durch den Kläger nicht mit einer Stunde belastet worden.

Der Kläger ist der Auffassung, er habe am 11.04.2002 nicht gestreikt, sondern habe entsprechend der ihm durch die EFA eröffneten Möglichkeit seine Arbeitszeit unterbrochen und sei seiner Freizeit nachgegangen.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn EUR 14,06 nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank seit dem 11.06.2002 zu zahlen und das für ihn geführte Arbeitszeitkonto auf der Grundlage der Betriebsvereinbarung „eigenverantwortliche, flexible Arbeitszeit“ (EFA) um eine Stunde zu berichtigen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte vertritt die Auffassung, der Kläger habe am 11.04.2002 am Warnstreik teilgenommen, demzufolge sei sein Lohn zu kürzen.

Das Arbeitsgericht Lübeck hat der Klage stattgegeben und dies wie folgt begründet:

Der Kläger habe einen Anspruch auf Zahlung des restlichen Arbeitslohnes sowie auf Korrektur des Arbeitszeitspeichers um eine Stunde, da er am 11.04.2002 nicht gestreikt habe. Der Kläger habe weder ausdrücklich noch schlüssig seine Streikteilnahme erklärt, sondern durch das Ausstempeln gegenüber der Beklagten deutlich gemacht, dass er sich unter Ausnutzung der durch die Betriebsvereinbarung eröffneten Möglichkeit von seiner Arbeitspflicht habe befreien wolle. Die Anwesenheit bei der gewerkschaftlichen „Streikkundgebung“ ändere hieran nichts.

Gegen dieses ihr am 09.07.2003 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck hat die Beklagte am 08.08.2003 Berufung eingelegt und die Berufung am 05.09.2003 begründet.

Gegenstand des Berufungsverfahrens ist nur noch der Zahlungsantrag des Klägers. Den Antrag auf Berichtigung seines Zeitkontos hat der Kläger im Termin zur mündlichen Verhandlung über die Berufung mit Zustimmung der Beklagten zurückgenommen.

Die Beklagte trägt vor:

Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts habe sich der Kläger am 11.04.2002 durch seine unstreitige Anwesenheit bei der Streikkundgebung der IG M. dem Warnstreik konkludent angeschlossen. Die Annahme des Arbeitsgerichts, seine unstreitige Anwesenheit am Streik habe keinen Streikanschluss bedeutet, sei lebensfremd, in sich widersprüchlich und mit der ganz herrschenden Auffassung zur Feststellung der Streikbeteiligung der Arbeitnehmer nicht zu vereinbaren.

Die Mitarbeiter bekundeten durch ihre Anwesenheit ihre Solidarität mit den Streikenden sowie ihre Sympathie mit den Streikzielen und übten gemeinsam durch ihr Dazustellen die optisch/psychologische Druckverstärkung gegenüber dem Arbeitgeber/der Beklagten aus, die für den Streik kennzeichnend sei. Dabei spiele es keine Rolle, ob sich der Mitarbeiter in der Zeiterfassung befinde. Der Fall liege nicht anders als die Fallkonstellationen, in denen Arbeitnehmer vor der Streikteilnahme bereits von der Arbeitspflicht befreit seien. Auch diese könnten an Streiks teilnehmen. Die Anschließung dieser Arbeitnehmer bedürfe der Erklärung gegenüber dem Arbeitgeber, die auch durch konkludente Handlungen, wie die Tätigkeit als Streikposten, abgegeben werden könne. Mit der Anschließung an den Streik ende die Arbeitsbefreiung unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer sich im Urlaub befinde, eine Schulung besuche, krank sei, im Rahmen von Langzeitkonten Arbeitsbefreiung in Anspruch nehme, einen Freischichttag habe oder im Rahmen einer Gleitzeitregelung Freizeit nehme, indem er sich aus- oder noch nicht einstempele.

Im Übrigen habe das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 30.08.1994 – 1 AZR 765/93 – ihr, der Beklagten, untersagt, das jeweilige Zeitguthaben der betroffenen Mitarbeiter mit den Zeiten zu verrechnen, die durch deren Teilnahme an den Warnstreiks ausfalle. Arbeitskampfbedingte Ausfallzeiten führen nicht zu einer Belastung des Gleitzeitkontos, sondern zu einer Minderung des Arbeitsentgelts. Das habe sie, die Beklagte, umgesetzt. Ihr Zeiterfassungs-/Abrechnungsverfahren folge diesen

Vorgaben des Bundesarbeitsgerichts uneingeschränkt und diene der Sicherung der Arbeitszeitkonten in der jeweils erarbeiteten Höhe. Die Streikteilnahme habe nicht den geringsten Einfluss auf die Arbeitszeitkonten. Dementsprechend sei sie, die Beklagte, nicht befugt gewesen, Abzüge aus dem Zeitkonto des Klägers vorzunehmen. Die eine Stunde der Streikteilnahme sei dementsprechend nach wie auf dem Zeitkonto des Klägers.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 15.04.2003 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger verteidigt die Entscheidungsgründe des Arbeitsgerichts und trägt vor:

Er habe am 11.04.2002 nicht gestreikt. Er sei dem gewerkschaftlichen Aufruf zum Warnstreik nicht gefolgt, denn er habe seinerzeit nicht die Arbeit niedergelegt und damit auch nicht die gegenseitigen Pflichten der Parteien aus dem Arbeitsverhältnis suspendiert. Das folge bereits aus dem Sinn und Zweck eines Streiks, durch Vorenthaltung der geschuldeten Arbeitsleistung und die daraus resultierenden Schäden, Druck auf die Arbeitgeberseite auszuüben. Da er, der Kläger, im fraglichen Zeitraum wegen seiner Freizeitnahme keine Arbeitspflicht gehabt habe, habe er seine geschuldete Arbeitsleistung auch nicht vorenthalten können. Dem stehe nicht entgegen dass er, der Kläger, sodann tatsächlich an der Kundgebung der IG M. teilgenommen habe.

Die Beklagte könne sich auch nicht auf Fallkonstellationen wie Krankheit, Urlaub oder Mutterschutz berufen. In diesen Fällen müsse der betroffene Arbeitnehmer zum Ausdruck bringen, nunmehr am Streik teilzunehmen und nicht mehr den Urlaub, die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit oder anderes in Anspruch zu nehmen. Diese Fallkonstellationen unterschieden sich von dem vorliegenden Fall. Er, der Kläger, habe durch sein Verhalten vor Streikbeginn (Ausstempelung) deutlich zum Ausdruck

gebracht, dass er seine Arbeitspflicht aufgrund der ihm durch die EFA eingeräumte Möglichkeit habe suspendieren wollen.

Richtig sei, dass er nur dann Anspruch auf Bezahlung habe, wenn zugleich sein Arbeitszeitguthaben um die eine Stunde reduziert werde.

Die Beklagte hat auf das Vorbringen des Klägers noch durch Schriftsatz vom 25.11.2003 erwidert. Sie hat die Kopie eines Schreibens des Betriebsrats vom 15.04.2002 an die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter vorgelegt, in dem es u. a. heißt:

Wer während der Arbeitszeit am Warnstreik teilnimmt (mündliche Abmeldung beim Vorgesetzten ohne auszustempeln), für den findet Verdienstabzug statt.

Wer in Abstimmung mit seinen Kolleginnen und Kollegen ausstempelt und in seiner Freizeit einkaufen oder Tennis spielen geht oder sich an einer IG-M.-Aktion beteiligt, für den ist das Zeitentnahme aus dem EFA-Speicher.

Wegen des weiteren Inhalts des Schriftsatzes der Beklagten nebst Anlagen wird auf Bl. 90 bis 100 d.A. Bezug genommen.

Wegen des weiteren Vorbringens und der Beweisantritte der Parteien im Berufungszuge wird auf den Inhalt der Schriftsätze, die zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht worden sind, Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe:**

Die Berufung ist aufgrund der Zulassung durch das Arbeitsgericht statthaft und form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 64 Abs. 2 a, 66 Abs. 1 S. 1 und 2 ArbGG). Sie ist auch in der Sache gerechtfertigt.

#### I.

Das Arbeitsgericht hat der Klage zu Unrecht stattgegeben. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Vergütung der Stunde, während er an der Streikkundgebung der IG M. teilgenommen hatte. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts hat der Kläger sich am Streik beteiligt mit der Folge, dass er keinen Anspruch auf Vergütung für die Zeit der Teilnahme hat.

## II.

1. Der Lohnanspruch entfällt, wenn sich der Arbeitnehmer an einem Streik beteiligt (BAG, Urt. vom 15.01.1991 – 1 AZR 178/90 -, BAGE 67, 50). Dazu ist erforderlich, dass der Arbeitnehmer ausdrücklich oder konkludent erklärt, dass er sich am Streik beteiligt und deshalb seine Arbeitspflicht suspendiert sei (Kissel, Arbeitskämpfrecht, § 42 Rz. 64 mit Nachw.). Die konkludente Erklärung kann sich auch aus der tatsächlichen Teilnahme am Streik ergeben. Die Streikteilnahme setzt entgegen der Auffassung des Klägers nicht voraus, dass in der Zeit der Streikteilnahme ohne Streik eine Arbeitspflicht bestände.

2. In der Regel erklären die streikwilligen Arbeitnehmer, die zur Arbeitsleistung verpflichtet sind, ihren Willen zur Streikteilnahme durch Verweigerung/Niederlegung ihrer Arbeit bzw. durch Nichterscheinen am Arbeitsplatz. Da der Kläger durch das Ausstempeln im Rahmen der flexiblen Arbeitszeit vor der Teilnahme an dem Warnstreik und für dessen Dauer keine Arbeitspflicht gehabt hat, hat er seinen Willen zur Streikteilnahme durch das Fernbleiben von seinem Arbeitsplatz nicht erklärt.

3. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts können aber auch die Arbeitnehmer, die während des Streiks keine Arbeitspflicht haben, am Streik teilnehmen mit der Folge, dass ihre Vergütungs- bzw. Entgeltfortzahlungsansprüche für die Zeit der Teilnahme entfallen (BAG, Urt. vom 01.10.1991 – 1 AZR 147/91 – BAGE 68, 299 für den Fall der Arbeitsunfähigkeit; Urt. vom 09.02.1982 – 1 AZR 567/79 – AP Nr. 16 zu § 11 BUrlG für den Fall des Erholungsurlaubes; Urt. vom 15.01.1991 – 1 AZR 178/90 – a.a.O. für eine bereits vorher angemeldete Betriebsratsschulung). Sinn des Streiks ist es, durch Vorenthaltung der geschuldeten Arbeitsleistung und die daraus resultierenden Schäden, Druck auf die Arbeitgeberseite auszuüben, um zum Abschluss eines Tarifvertrages zu kommen. Eine Streikteilnahme äußert sich daher vornehmlich darin, dass eine bestehende Arbeitspflicht von den streikenden Arbeitnehmern nicht erfüllt wird. Daraus folgt jedoch nicht, dass Arbeitnehmer, die aus anderen Gründen nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet sind, nicht „streiken“, keinen Druck ausüben können. Auch diese Arbeitnehmer können durch tatsächlich gezeigte oder doch wenigstens erklärte Solidarität den Druck eines Streiks verstärken. Ob sie



von dieser Möglichkeit, den Druck des Streiks durch ihre Teilnahme zu verstärken, Gebrauch machen, ist allein ihrer Entscheidung überlassen (BAG, Urt. vom 15.01.1991, a.a.O.). Der Kläger hat sich für eine Teilnahme entschieden. Er hat ohne Arbeitspflicht tatsächlich am Streik teilgenommen und damit den Druck des Warnstreiks verstärkt. Damit kann er für diese Zeit Vergütung nicht beanspruchen. Auf die Frage, in welcher Form der Wille zur Streikteilnahme in Fällen, in denen der Arbeitnehmer keine Arbeitspflicht hat, geäußert werden muss, kommt es deswegen nicht an (vgl. hierzu BAG, Urt. vom 01.10.1991, a.a.O., unter 2. b).

4. Auch aus der Betriebsvereinbarung „Eigenverantwortliche, flexible Arbeitszeit“ (EFA) folgt kein abweichendes Ergebnis.

a) Die Betriebsparteien können in einer Betriebsvereinbarung bestimmen, dass Zeiten der Teilnahme am Arbeitskampf nicht zur Kürzung des Entgelts, sondern zur Belastung des Gleitzeitkontos führen. (BAG, Beschl. vom 30.08.1994 – 1 ABR 10/94 -, BAGE 77,335). Ist hingegen nach einer Betriebsvereinbarung über die gleitende Arbeitszeit der Stand des Gleitzeitkonto auf der Grundlage der vom Arbeitnehmer geschuldeten Arbeitszeit zu berechnen, so folgt hieraus, wenn die Betriebspartner nichts anderes bestimmen, dass Zeiten außer Betracht bleiben, in denen die Arbeitspflicht wegen Teilnahme an einem Arbeitskampf geruht hat. Arbeitskampfbedingte Ausfallzeiten führen nicht zu einer Belastung des Gleitzeitkontos, sondern zu einer Minderung des Arbeitsentgelts (BAG, Urt. vom 30.08.1994 – 1 AZR 765/93 -, AP Nr. 131 zu Art. 9 GG Arbeitskampf). Von der Möglichkeit, in der Betriebsvereinbarung eine Verrechnung mit dem Gleitzeitkonto vorzusehen, haben die Betriebsparteien im vorliegenden Fall keinen Gebrauch gemacht. Die Beklagte wäre demzufolge ihrerseits nicht berechtigt gewesen, die Stunde, während derer der Kläger am Warnstreik teilgenommen hatte, vom Gleitzeitkonto des Klägers abzuziehen.

b) Das Berufungsgericht folgt jedenfalls für den vorliegenden Fall nicht der Auffassung Kissels, a.a.O. § 46 Rz. 13, wonach dem Arbeitnehmer bei Gleitzeitregelungen ein Wahlrecht zustehen soll, ob er die Streikzeit durch entsprechendes Zeitminus „nacharbeiten“ und damit einen Lohnverlust vermeiden will. Eine solche Verrechnung durch Erklärung des Arbeitnehmers sei zulässig, denn sie ändere im Ergebnis nichts daran, dass der Arbeitnehmer für die Zeit seiner Streikteilnahme keinen Ver-

gütungsanspruch habe, und sie beeinträchtigt damit auch nicht die Arbeitskämpfparität zum Nachteil des Arbeitgebers – sie verlagere den Verlust des Vergütungsanspruchs nur auf eine andere Ebene. Diese Verrechnungsfreiheit (Verbrauchen unbezahlter Arbeit oder Hinnahme der Verringerung des Vergütungsanspruchs) habe auch keinen Einfluss auf die Arbeitskämpfparität. Die Streikbereitschaft der Arbeitnehmer werde dadurch nicht typischerweise verstärkt. Auch beim Arbeitgeber könne je nach der wirtschaftlichen Situation des Betriebes sich Zeitausgleich oder geringere Lohnzahlung als günstiger erweisen. Bei den geringen Spielräumen, die bei „klassischen“ Gleitzeitregelungen bestehen und von denen Kissel ausgeht (Übertragung eines monatlichen Zeitguthabens oder Zeit– Minus in den nächsten Monat) mag bei einem Wahlrecht die Arbeitskämpfparität noch gewahrt sein. Bei flexiblen Arbeitszeitregelungen mit der Möglichkeit, sehr große Zeitsalden ohne Verfall in einem Übertragungszeitraum aufzubauen, ist die Arbeitskämpfparität hingegen nicht mehr gewahrt. Das ergibt sich zum einen bereits daraus, dass der Arbeitgeber – wie dargelegt – dieses Wahlrecht nicht hat, sofern dieses in der Betriebsvereinbarung nicht zugelassen ist. Zum anderen begrenzt diese Auffassung den Blickwinkel hinsichtlich der Arbeitskämpfparität allein auf die Frage der Vergütung. Die Arbeitskämpfparität wird auch dadurch eingeschränkt, dass die Arbeitnehmer für einen erheblichen Zeitraum, hier bis zu mehr als vier Wochen, gezielt Vergütung trotz Teilnahme am Streik fordern und den durch die Streikteilnahme bedingten Ausfall an Arbeitszeit später zu irgendeiner Zeit nachholen können. Der Arbeitgeber muss dann während des Streiks die Vergütung zahlen, ohne durch die Produktion entsprechende Erträge erzielen und ohne kalkulieren zu können, wann der Arbeitnehmer die durch den Streik ausgefallene Zeit „nacharbeiten“ wird.

Auf die Berufung der Beklagten war demnach die Klage abzuweisen.

Die Kostenentscheidung ergibt die aus § 91 ZPO.

Die Revision war für den Kläger wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache zuzulassen (§ 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG).

gez....

gez....

gez....