

recherchiert von: **Maria Timmermann** am 13.02.2008

**Gericht:** BAG 1. Senat  
**Entscheidungsdatum:** 26.07.2005  
**Aktenzeichen:** 1 AZR 133/04  
**Dokumenttyp:** Urteil

**Quelle:**



**Normen:** Art 9 Abs 3 GG, § 611 BGB

## **Streikteilnahme** während Freizeit - Vergütungsanspruch

### Leitsatz

Hat sich ein Arbeitnehmer im Rahmen einer Gleitzeitregelung in zulässiger Weise aus dem betrieblichen Zeiterfassungssystem abgemeldet und anschließend an einer **Warnstreikkundgebung** teilgenommen, vermindert sich seine vertragliche Sollarbeitszeit nicht um die Zeit der Kundgebungsteilnahme. Dementsprechend verringert sich der Lohnanspruch nicht.

### Fundstellen

BAGE 115, 247-257 (Leitsatz und Gründe)  
AP Nr 170 zu Art 9 GG Arbeitskampf (Leitsatz 1 und Gründe)  
NZA 2005, 1402-1406 (Leitsatz 1 und Gründe, red. Leitsatz 1-3)  
DB 2006, 393-395 (Leitsatz 1 und Gründe)  
ZTR 2006, 132-134 (Leitsatz 1 und Gründe)  
EzA Art 9 GG Arbeitskampf Nr 137 (Leitsatz 1 und Gründe, red. Leitsatz 1-3)  
MDR 2006, 399-400 (Leitsatz und Gründe)  
BB 2006, 716-720 (Leitsatz 1 und Gründe)  
EzBAT § 8 BAT Arbeitskampf Nr 51 (Leitsatz und Gründe)  
AR-Blattei ES 830 Nr 35 (Leitsatz und Gründe, red. Leitsatz)  
SAE 2006, 205-209 (Leitsatz und Gründe)

### weitere Fundstellen

EzA-SD 2005, Nr 16, 3 (Kurzwiedergabe)  
PERSONAL 2005, Nr 9, 77 (Kurzwiedergabe)  
AuA 2005, 558 (Kurzwiedergabe)  
AiB Newsletter 2005, Nr 9, 3 (Kurzwiedergabe)  
ArbuR 2005, 379 (Kurzwiedergabe)  
FA 2005, 317 (Kurzwiedergabe)  
ZTR 2005, 526 (Kurzwiedergabe)  
EzA-SD 2005, Nr 24, 7 (Leitsatz 1, red. Leitsatz 1-3)  
EBE/**BAG** Beilage 2005, Ls 153/05 (Leitsatz 1)  
ArbRB 2005, 258 (Kurzwiedergabe)  
ZIP 2006, 48 (Leitsatz 1)  
JuS 2006, 191 (Leitsatz 1)  
ArbuR 2006, 37 (Leitsatz 1, red. Leitsatz 1)  
PersR 2006, 2 (Leitsatz 1)  
AuA 2006, 118 (Leitsatz 1, Kurzwiedergabe)  
FA 2006, 58 (Leitsatz 1)  
ArbRB 2006, 41 (red. Leitsatz 1, Kurzwiedergabe)  
ZfPR online 2005, Nr 9, 7-8 (red. Leitsatz)  
FA 2006, 123 (red. Leitsatz)

## **Verfahrensgang**

vorgehend ArbG Lübeck, 15. April 2003, Az: 6 Ca 3017/02, Urteil  
vorgehend Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein 1. Kammer, 11. Dezember 2003, Az: 1 Sa 361/03, Urteil

## **Diese Entscheidung wird zitiert**

### **Literaturnachweise**

Rolf Oetter, ArbRB 2006, 41-42 (Anmerkung)  
Lars Mohnke, AuA 2006, 118-119 (Anmerkung)  
Alexander Wolff, BB 2006, 1965-1968 (Entscheidungsbesprechung)  
Burkhard Boemke, JuS 2006, 191-192 (Anmerkung)  
Peter Bengelsdorf, NZA 2006, 825-830 (Entscheidungsbesprechung)  
Ilka Plöhn, SAE 2006, 196-205 (Entscheidungsbesprechung)

### **Zeitschriften**

Alexander Wolff, BB 2006, 1965-1968 (Entscheidungsbesprechung)

### **Kommentare**

Schnell-Dienst 1/2006: 2006, Inhaltsübersicht

## **Tenor**

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 11. Dezember 2003 - 1 Sa 361/03 - aufgehoben.
2. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 15. April 2003 - 6 Ca 3017/02 - wird zurückgewiesen.
3. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

## Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über die Rechtmäßigkeit eines Lohnabzugs im Zusammenhang mit einem **Warnstreik**.
- 2 Die Beklagte ist ein Unternehmen der Metallindustrie. Ihr Hauptstandort ist L. Der Kläger ist im dortigen Betrieb seit August 1997 als Arbeitnehmer beschäftigt.
- 3 Im Betrieb gilt eine Betriebsvereinbarung "Eigenverantwortliche, flexible Arbeitszeit" vom 6. August 1998 (EFA). Sie enthält unter anderem folgende Regelungen:

### 2. Ziel der Regelung

Ziel der EFA ist es, für alle Beteiligten einen möglichst großen Freiraum für eine jeweils situationsbezogene Ausgestaltung der Arbeitszeit zu schaffen, und zwar unter Minimierung des Verwaltungsaufwandes. Dies erfolgt durch eine gleitende Arbeitszeit im Rahmen der Regelungen gemäß den Ziffern 3 bis 12.

### 3. Arbeitszeitlage

#### 3.1 Betriebsöffnung

Der Betrieb ist von Montag bis Samstag im Zeitraum von 6:00 Uhr - 20:00 Uhr geöffnet.

#### 3.2 Regelarbeitszeit

Die Regelarbeitszeit beträgt fünf Tage pro Woche von Montag bis Freitag ...

Die Lage der Arbeitstage ist von jeder Mitarbeiterin und jedem Mitarbeiter frei wählbar.

#### 3.3 Normalarbeitszeit

Die Normalarbeitszeit ist einheitlich auf 08:00 Uhr - 15:45 Uhr festgelegt.

Bei 40-Stunden-Verträgen endet die Normalarbeitszeit um 16:45 Uhr.

...

#### 3.5 Arbeitszeitdauer

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

### 4. Handhabung

...

#### 4.1 Betriebliche Ziele/Persönliche Interessen

Jede Mitarbeiterin und jeder Mitarbeiter bzw. jede Gruppe steuert unter Einhaltung der gesetzlichen, tariflichen und betrieblichen Regelungen eigenverantwortlich die Arbeitszeit (einschl. Urlaub) so, daß die betrieblich vorgegebenen Ziele erreicht werden und die individuellen Bedürfnisse dabei Berücksichtigung finden. ...

### 5. Zeitspeicher

#### 5.1 Zeiterfassung

Jede Mitarbeiterin und jeder Mitarbeiter kann sich täglich über den aktuellen Saldo des Zeitspeichers am Zeiterfassungsgerät informieren.

#### 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.

...

#### 10. Abwesenheiten

Bei ganztägigen Abwesenheiten wird von der arbeitsvertraglich vereinbarten Sollarbeitszeit ausgegangen.

Beginnt oder endet die Arbeitszeit mit einer zu bezahlenden Fehlzeit, so ist bei Berechnung der zu bezahlenden Fehlzeit vom Normal-Arbeitszeitbeginn (siehe Punkt 3.3) bzw. Normal-Arbeitszeitende auszugehen. ..."

- 4 Im Betrieb ist ein elektronisches Zeiterfassungssystem installiert. Es registriert die durch An- und Abmeldung dokumentierten Anwesenheitszeiten der Beschäftigten, vergleicht diese mit der täglichen Soll-Arbeitszeit und führt einen individuellen Zeitspeicher. Die Arbeitnehmer erhalten unabhängig vom jeweiligen Stand ihres Arbeitszeitkontos eine Monatsvergütung auf der Basis ihrer regelmäßigen individuellen Wochenarbeitszeit.
- 5 Für Donnerstag, den 11. April 2002 hatte die Industriegewerkschaft Metall die Arbeitnehmer der Beklagten während laufender Tarifverhandlungen zu einem **Warnstreik** aufgerufen. Die Veranstaltung dauerte von etwa 10.00 Uhr bis 11.00 Uhr. Der Kläger nahm an der Kundgebung teil. Er war an diesem Tag um 9.24 Uhr zur Arbeit erschienen, hatte um 9.56 Uhr "ausgestempelt" und nahm um 10.50 Uhr seine Arbeit bis 19.13 Uhr wieder auf. Die Beklagte gab beim Kläger für diesen Tag bezüglich der Zeit von 9.56 Uhr bis 10.50 Uhr in das Zeiterfassungssystem den Modus "**Streik**" ein. Dies führte bei der Vergütung für den Monat April 2002 automatisch zu einem Lohnabzug von 14,06 Euro.
- 6 Der Kläger verlangt von der Beklagten die Zahlung dieses Betrags. Er hat die Ansicht vertreten, er habe im fraglichen Zeitraum trotz seiner Teilnahme an der Kundgebung nicht **gestreikt**. Er habe durch das "Ausstempeln" das Ende seiner Arbeitspflicht herbeigeführt. Seine Arbeit habe er deshalb nicht vorenthalten und niedergelegt; wegen der Abmeldung aus dem Zeiterfassungssystem habe er sich zur fraglichen Zeit in Freizeit befunden. Eine **Streikteilnahme** äußere sich aber darin, dass eine bestehende Arbeitspflicht nicht erfüllt werde, um auf diese Weise Druck auf die Arbeitgeberseite auszuüben.
- 7 Der Kläger hat - soweit in die Revisionsinstanz gelangt - beantragt,  
  
die Beklagte zu verurteilen, an ihn 14,06 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank seit dem 11. Juni 2002 zu zahlen.
- 8 Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, der Kläger habe am 11. April 2002 auch im rechtlichen Sinne am **Warnstreik**

teilgenommen. Er habe durch seine Anwesenheit bei der Zusammenkunft kundgetan, dass er nicht von der Möglichkeit einer Arbeitsbefreiung nach Maßgabe der Gleitzeitregelung Gebrauch mache, sondern der Arbeit aus Gründen des **Streikrechts** fernbleiben wolle. Das habe zur Suspendierung seiner Arbeitspflicht und damit zum Verlust des Vergütungsanspruchs geführt. Etwas anderes sei auch in den Bestimmungen der EFA nicht geregelt.

- 9 Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Zahlungsbegehren weiter.

## Entscheidungsgründe

- 10 Die Revision ist begründet. Der auf der regelmäßigen Arbeitszeit beruhende Entgeltanspruch des Klägers für den Monat April 2002 ist nicht in Höhe von 14,06 Euro gemindert. Zwar hat sich der Kläger am 11. April 2002 zu einer **Streikkundgebung** begeben. Er hatte jedoch zuvor von der Möglichkeit der Abmeldung aus dem Zeiterfassungssystem Gebrauch gemacht und befand sich deshalb in Freizeit. Während seiner Freizeit kann ein Arbeitnehmer nicht **streiken**.
- 11 I. Der Kläger hat grundsätzlich Anspruch auf eine Vergütung, die dem Umfang seiner wöchentlich/monatlich geschuldeten regelmäßigen individuellen Arbeitszeit entspricht. Dafür kommt es auf den Umfang seiner tatsächlichen monatlichen Arbeitsleistung nicht an. Unregelmäßigkeiten spiegeln sich im Stand seines Arbeitszeitkontos wider, haben aber nach der EFA während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses keinen Einfluss auf die Höhe seiner monatlichen Vergütung. Unstreitig stünden dem Kläger auf der Grundlage seiner regelmäßig geschuldeten Arbeitszeit für den Monat April 2002 weitere 14,06 Euro zu.
- 12 II. Die vom Kläger im April 2002 geschuldete Arbeitszeit - und damit die Berechnungsgrundlage für seinen Vergütungsanspruch - war nicht um 0,9 Stunden geringer als es dem regelmäßigen Volumen entsprach. Entgegen der Ansicht der Beklagten hatte sich durch die Beteiligung des Klägers an einem **Warnstreik** dessen Arbeitspflicht nicht um die entsprechende Zeitspanne verringert.
- 13 1. Rechtsfolge der Teilnahme an einem rechtmäßigen (Warn-) **Streik** ist allerdings die Aufhebung der gegenseitigen Hauptleistungspflichten aus dem Arbeitsverhältnis (**BAG Großer Senat 21. April 1971 - GS 1/68 - BAGE 23, 292, zu III C 1 der Gründe; 22. März 1994 - 1 AZR 622/93 - BAGE 76, 196, zu II 3 a der Gründe; 30. August 1994 - 1 AZR 765/93 - AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 131 = EzA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 114, zu B II 1 c der Gründe; 3. August 1999 - 1 AZR 735/98 - BAGE 92, 154, zu I 1 der Gründe**). Für die Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers - die Erbringung von Arbeitsleistungen im geschuldeten wöchentlichen/monatlichen Zeitumfang - hat dies zur Folge, dass sie sich um die Zeit der **Streikteilnahme** verkürzt. Mit der Verkürzung des geschuldeten Arbeitszeitvolumens geht die Verminderung der Entgeltzahlungspflicht des Arbeitgebers einher. Für die Zeit der **Streikteilnahme** verliert der Arbeitnehmer seinen Vergütungsanspruch (**BAG 15. Januar 1991 - 1 AZR 178/90 - BAGE 67, 50, zu II 3 der Gründe**).
- 14 a) Die **streikbedingte** Verkürzung des Umfangs der geschuldeten Arbeitsleistung tritt unabhängig vom System der betrieblichen Arbeitszeitverteilung ein. Es kommt nicht darauf an, ob im Betrieb zu gleich bleibenden, festen Zeiten gearbeitet wird, die dem Volumen der geschuldeten Arbeitszeit exakt entsprechen, oder ob eine

Gleitzeitregelung besteht, derzufolge geschuldete und tatsächlich geleistete Arbeitszeit in einem bestimmten Rahmen voneinander abweichen dürfen. Auch bei Geltung einer Gleitzeitregelung mit individuellen Arbeitszeitkonten vermindert sich die geschuldete Soll-Arbeitszeit des Arbeitnehmers um die Zeit der **Streikteilnahme**. Dies gilt unabhängig vom jeweiligen Kontenstand. Zeiten, während derer die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers wegen der **Streikteilnahme** suspendiert war, dürfen auch bei Gleitzeitregelungen nicht zur Ermittlung des geschuldeten Arbeitszeitvolumens herangezogen werden. Da insoweit kein Arbeits-"Soll" besteht, können diese Zeiten nicht Teil der monatlichen Soll-Stundenzahl sein (**BAG** 30. August 1994 - 1 AZR 765/93 - AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 131 = EzA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 114, zu B II 1 c cc der Gründe; 30. August 1994 - 1 ABR 10/94 - BAGE 77, 335, zu B II 2 b der Gründe; Buschmann Urteilsanm. ArbuR 1995, 39, 40; Hergenröder Beschlussanm. SAE 1996, 326; Löwisch Beschlussanm. AR-Blattei ES 170.2 Nr. 40; MünchArbR/Otto 2. Aufl. § 288 Nr. 14). Andernfalls könnte der Arbeitgeber verlangen, dass die Zeit der **Streikteilnahme** vor- oder nachgearbeitet wird. Dies stünde im Widerspruch zum Suspensiveffekt des **Streiks**. Im Übrigen hätten dann auch die Arbeitnehmer das Recht, **Streikzeiten** vor- oder nachzuarbeiten, was zu einer nicht unerheblichen Veränderung des Paritätsgefüges im Arbeitskampf führen könnte (vgl. Löwisch aaO).

- 15 b) Führt die **Streikteilnahme** zu einer ihrer Dauer entsprechenden Kürzung der Soll-Arbeitszeit, hat dies eine entsprechende Minderung der Entgeltzahlungspflicht des Arbeitgebers zur Folge. Nach den bei der Beklagten geltenden Regelungen erhalten die Arbeitnehmer ohne Rücksicht auf den Stand ihres Arbeitszeitkontos ein auf der Basis ihrer jeweiligen arbeits- oder tarifvertraglich geschuldeten Soll-Arbeitszeit berechnetes, monatlich auszuzahlendes Arbeitsentgelt. Die Umwandlung von Zeitguthaben in Entgeltansprüche ist dabei nach Nr. 5.5 EFA grundsätzlich nicht möglich. Die Verminderung der Soll-Arbeitszeit führt damit zwangsläufig zu einer entsprechenden Minderung des Vergütungsanspruchs des Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber ist, selbst wenn er wollte, nicht berechtigt, das geringere Arbeitszeit-Soll mit einem bestehenden Zeitguthaben - um der Beibehaltung der regulären Vergütung willen - zu verrechnen (so in einem ebenfalls die Beklagte betreffenden Fall **BAG** 30. August 1994 - 1 AZR 765/93 - AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 131 = EzA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 114, zu B I, II 1 c aa der Gründe; vgl. ferner ErfK/Dieterich 4. Aufl. Art. 9 GG Rn. 188; Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht Teil 2 Arbeitskampfrecht Rn. 267).
- 16 2. Der Kläger hat am 11. April 2002 im Rechtssinne nicht am **Warnstreik** teilgenommen. Seine in diesem Monat regelmäßig geschuldete Arbeitszeit hat sich nicht verringert.
- 17 a) Eine Verringerung des vom Kläger geschuldeten regelmäßigen Arbeitszeitvolumens ist nicht dadurch eingetreten, dass die IG Metall die Arbeitnehmer der Beklagten zum **Streik** aufgerufen hat. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ist es nach einem **Streikaufruf** Sache des einzelnen Arbeitnehmers, ausdrücklich oder konkludent gegenüber dem Arbeitgeber zu erklären, dass er sich am **Streik** beteilige und deshalb seine Arbeitspflicht suspendiere. Erst eine solche Erklärung führt zur zeitweiligen Aufhebung der Arbeitspflicht (vgl. 7. April 1992 - 1 AZR 377/91 - BAGE 70, 119, zu II 1 der Gründe; 15. Januar 1991 - 1 AZR 178/90 - BAGE 67, 50, zu II 4 der Gründe; 31. Mai 1988 - 1 AZR 589/86 - BAGE 58, 320, zu II 1 der Gründe).
- 18 b) Das vom Kläger geschuldete Arbeitszeitvolumen hat sich nicht dadurch verringert, dass dieser seine Teilnahme am **Streik** erklärt hätte.
- 19 aa) Eine solche Erklärung liegt nicht darin, dass der Kläger am 11. April 2002

während der Zeit der Kundgebung nicht gearbeitet hat. Allerdings erfolgt die Erklärung der Teilnahme an einem **Streik** in der Regel dadurch, dass der Arbeitnehmer im Anschluss an einen entsprechenden Aufruf der Gewerkschaft die Arbeit niederlegt. Der Arbeitgeber kann regelmäßig davon ausgehen, dass der Arbeitnehmer, der nach einem gewerkschaftlichen **Streikaufruf** nicht zur Arbeit erscheint oder den Arbeitsplatz verlässt, von seinem **Streikrecht** Gebrauch macht (**BAG** 7. April 1992 - 1 AZR 377/91 - BAGE 70, 119, zu II 2 der Gründe). Dies gilt aber nicht, wenn der betreffende Arbeitnehmer bereits vor **Streikbeginn** aus anderen Gründen von der Arbeit befreit war und etwa einen bereits bewilligten Urlaub antritt (**BAG** 9. Februar 1982 - 1 AZR 567/79 - AP BUrlG § 11 Nr. 16 = EzA BUrlG § 1 Nr. 18) oder an einer Betriebsratsschulung teilnimmt (**BAG** 15. Januar 1991 - 1 AZR 178/90 - BAGE 67, 50). Demzufolge behält der von der Arbeitspflicht unter Fortzahlung der Vergütung befreite, nicht **streikende** Arbeitnehmer seinen **Entgeltfortzahlungsanspruch**.

- 20 Hier hat der Kläger seinen Arbeitsplatz am 11. April 2002 um 9.56 Uhr verlassen, nachdem er zuvor "ausgestempelt" hatte. Dies war nach Nr. 4.1 EFA jederzeit und ohne Angaben von Gründen möglich. Die Arbeitnehmer sind nach dieser Bestimmung berechtigt, die tägliche Arbeitszeit eigenverantwortlich so zu steuern, dass die "individuellen Bedürfnisse ... Berücksichtigung finden" und zugleich "die betrieblich vorgegebenen Ziele erreicht werden". Das umfasst die Befugnis, den Arbeitsplatz bei Beachtung der betrieblichen Ziele nach Belieben, ggf. in Absprache mit den Arbeitskollegen zu verlassen und die Arbeit später fortzusetzen. Über diesen Inhalt der EFA besteht zwischen den Parteien kein Streit. Dem Umstand, dass der Kläger seinen Arbeitsplatz unter Betätigung des Zeiterfassungssystems verlassen hatte, konnte die Beklagte deshalb nicht die Erklärung entnehmen, er mache von seinem **Streikrecht** Gebrauch.
- 21 bb) Eine Erklärung des Klägers, er beteilige sich am **Warnstreik**, liegt auch nicht darin, dass er an der Kundgebung vor dem Betriebsgelände nach seiner Abmeldung aus dem Zeiterfassungssystem tatsächlich teilgenommen hat. Zwar gibt der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber durch die tatsächliche Anwesenheit bei einer **Streikkundgebung** während seiner Arbeitszeit zu verstehen, dass er dem **Streikaufruf** der Gewerkschaft gefolgt ist und sein **Streikrecht** wahrnehmen will. Darin liegt jedoch eine **Streikteilnahme** im Rechtssinne nur dann, wenn der Arbeitnehmer ohne die Ausübung des **Streikrechts** zur Arbeitsleistung verpflichtet wäre. "**Streik**" ist die kollektive Vorenthaltung der geschuldeten Arbeitsleistung, um durch die daraus resultierenden wirtschaftlich schädlichen Folgen Druck auf die Arbeitgeberseite dahin auszuüben, in eine gewünschte tarifvertragliche Regelung einzuwilligen (vgl. *Kissel Arbeitskampfrecht § 14 Rn. 1, 2 mwN*). Ein Arbeitnehmer, der außerhalb der Lage der für ihn geltenden täglichen Arbeitszeit an einer **Streikkundgebung** teilnimmt, enthält dem Arbeitgeber seine Arbeitsleistung nicht vor und **streikt** nicht. "**Streiken**" während der Freizeit ist keine **Streikteilnahme**. Diese ist außerhalb der persönlichen Arbeitszeit rechtlich nicht möglich. Zwar verstärkt sich möglicherweise durch Anwesenheit während der **Streikkundgebung** der Druck auf die Verhandlungsbereitschaft des Arbeitgebers. Das führt während der Freizeit gleichwohl nicht zur Vorenthaltung von geschuldeter Arbeitsleistung. Eine nur faktische Teilnahme am **Streik** hat deshalb keine vergütungsrechtlichen Folgen.
- 22 Hier hat der Kläger durch sein "Ausstempeln" die Lage seiner Arbeitszeit am 11. April 2002 dahin bestimmt, dass für ihn ab 9.56 Uhr eine Arbeitspflicht nicht mehr bestand. Er befand sich während seiner Teilnahme an der Kundgebung in Freizeit. Für die Annahme, er habe trotz der unmittelbar zuvor erfolgten Abmeldung aus dem Zeiterfassungssystem mit seiner faktischen Teilnahme am **Warnstreik** die Freizeitnahme gerade rückgängig machen und der Arbeit nicht aus Gründen der Freizeit, sondern in Ausübung des **Streikrechts** fernbleiben wollen, fehlt es an jedem

tatsächlichen Anhaltspunkt. Um dies zu erreichen, hätte es genügt, nicht "auszustempeln". Der Umfang der vom Kläger geschuldeten Arbeitszeit hat sich deshalb nicht um die Zeit seiner Teilnahme an der Kundgebung verringert. Sein Lohnanspruch für den Monat April 2002 ist nicht vermindert.

- 23 3. Diese Beurteilung widerspricht nicht der Rechtsprechung des Senats zu den vergütungsrechtlichen Folgen einer **Streikteilnahme** von Arbeitnehmern, die bereits aus anderen Gründen von ihrer Arbeitspflicht befreit sind.
- 24 Zwar führt danach die **Streikteilnahme** von Arbeitnehmern, die sich auf einer Betriebsräteschulung befinden, nach § 15a BAT zum Zwecke der Arbeitszeitverkürzung für einen Tag von der Arbeit freigestellt wurden, arbeitsunfähig erkrankt sind oder sich im Erholungsurlaub befinden, zum Verlust des Entgeltfortzahlungsanspruchs für die Dauer der Teilnahme (**BAG** 15. Januar 1991 - 1 AZR 178/90 - BAGE 67, 50; 7. April 1992 - 1 AZR 377/91 - BAGE 70, 119; 1. Oktober 1991 - 1 AZR 147/91 - BAGE 68, 299; 9. Februar 1982 - 1 AZR 567/79 - AP BUrlG § 11 Nr. 16 = EzA BUrlG § 1 Nr. 18) . Dies folgt aber entweder aus Besonderheiten des jeweiligen Entgeltfortzahlungsanspruchs oder daraus, dass die Erklärung der **Streikteilnahme** zugleich die Beendigung des besonderen Befreiungstatbestands zur Folge hat.
- 25 a) Die **Streikteilnahme** eines Betriebsratsmitglieds beendet die Teilnahme an einer Schulung nach § 37 Abs. 6, Abs. 7 BetrVG und die darin liegende Betriebsratsstätigkeit. Damit liegt der Befreiungstatbestand des § 37 Abs. 2 BetrVG nicht länger vor. Das Betriebsratsmitglied unterliegt statt dessen seiner regulären Arbeitspflicht, die nunmehr durch die Teilnahme am **Streik** suspendiert wird. Die **Streikteilnahme** führt auf diesem Wege auch für ein nach § 38 BetrVG freigestelltes Mitglied zum Verlust seines anteiligen Vergütungsanspruchs, weil dieses nur bei Wahrnehmung von Betriebsratsaufgaben seinen Vergütungsanspruch gem. § 37 Abs. 2 BetrVG behält.
- 26 b) Ein Arbeitnehmer, der nach § 15a BAT zum Zwecke der Arbeitszeitverkürzung von der Arbeit freigestellt wurde und während der Freistellung an einem **Streik** teilnimmt, erklärt auf diese Weise regelmäßig, er wolle nicht auf Grund der Freistellung, sondern in Wahrnehmung seines **Streikrechts** der Arbeit fernbleiben. Der Wegfall der Arbeitspflicht beruht dann auf der **streikbedingten** Suspendierung der Hauptleistungspflicht und nicht auf der Arbeitsfreistellung. Da gem. § 15a Abs. 3 BAT eine Nachholung der Freistellung, die aus anderen als dienstlichen Gründen nicht realisiert werden konnte, ausdrücklich ausgeschlossen ist, verliert der Arbeitnehmer zugleich seinen anteiligen Vergütungsanspruch (**BAG** 7. April 1992 - 1 AZR 377/91 - BAGE 70, 119, zu I 2 der Gründe) .
- 27 c) Ein arbeitsunfähiger Arbeitnehmer, der trotz fortbestehender Arbeitsunfähigkeit am **Streik** teilnimmt, ist weiterhin zur Arbeitsleistung nicht in der Lage. Er ist deshalb unabhängig von der **Streikteilnahme** zur Arbeitsleistung nicht verpflichtet. Es braucht nicht entschieden zu werden, ob er seine Arbeitsleistung dem Arbeitgeber überhaupt vorenthalten und damit im Rechtssinne **streiken** kann (vgl. **BAG** 24. Februar 1961 - 1 AZR 17/59 - AP ArbKrankhG § 1 Nr. 31 = EzA ArbKrankhG § 1 Nr. 5; 15. Januar 1991 - 1 AZR 178/90 - BAGE 67, 50, zu II 3 d der Gründe) . In jedem Fall verliert er seinen **Entgeltfortzahlungsanspruch** deshalb, weil dieser Anspruch voraussetzt, dass die Arbeitsunfähigkeit die einzige Ursache für die Nichtleistung der Arbeit ist (st. Rechtsprechung, vgl. **BAG** 4. Dezember 2002 - 5 AZR 494/01 - AP EntgeltFG § 3 Nr. 17 = EzA EntgeltfortzG § 3 Nr. 10, zu II 3 a der Gründe; 22. August 2001 - 5 AZR 699/99 - BAGE 98, 375, zu I 3 a der Gründe mwN; 20. März 1985 - 5 AZR 229/83 - AP LohnFG § 1 Nr. 64 = EzA LohnFG § 1 Nr. 77, zu II 1 der Gründe mwN) . Das ist

bei einem Arbeitnehmer, der sich während fortbestehender Arbeitsunfähigkeit an einer **Streikkundgebung** beteiligt, nicht der Fall. Er gibt vielmehr zu verstehen, dass er sich auch bei Arbeitsfähigkeit am **Streik** beteiligt und seine Arbeit niedergelegt hätte. Schon aus diesem Grunde verliert er seinen **Entgeltfortzahlungsanspruch** (**BAG 1. Oktober 1991 - 1 AZR 147/91 - BAGE 68, 299, zu I 2 der Gründe**).

- 28 d) Ein im Urlaub befindlicher Arbeitnehmer könnte sich jedenfalls dann im Rechtssinne an einem **Streik** beteiligen, wenn eine Beendigung des Urlaubstatbestands durch einen einseitigen "Widerruf" von seiner Seite möglich sein sollte. In der **Streikteilnahme** des beurlaubten Arbeitnehmers läge dann die entsprechende Beendigungserklärung. Der Arbeitnehmer wäre nicht mehr auf Grund Urlaubs, sondern wegen Ausübung des **Streikrechts** von der Arbeitsleistung befreit. Er verlöre seinen Vergütungsanspruch infolge der **streikbedingten** Suspendierung und entsprechenden Verminderung des Umfangs seiner geschuldeten Arbeitspflicht.
- 29 Ist die einseitige Beendigung des Urlaubstatbestands durch den Arbeitnehmer dagegen nicht möglich (*vgl. die Bedenken des Senats im Urteil vom 31. Mai 1988 - 1 AZR 200/87 - BAGE 58, 310, zu 4 der Gründe; 15. Januar 1991 - 1 AZR 178/90 - BAGE 67, 50, zu II 5 der Gründe*), so spricht manches dafür, dass der Arbeitnehmer während des Urlaubs im rechtlichen Sinne nicht **streiken** kann. In den vom Senat entschiedenen Fällen kam es darauf nicht an, weil die betreffenden Arbeitnehmer ihre **Streikteilnahme** schon tatsächlich nicht erklärt hatten.
- 30 4. Der durch die Regelungen der EFA eröffneten Möglichkeit, dass sich Arbeitnehmer zum Zwecke der anschließenden Teilnahme an einer **Streikkundgebung** aus dem Zeiterfassungssystem abmelden und in Freizeit begeben, stehen Gründe des Arbeitskämpfrechts, insbesondere der Kampfparität nicht entgegen. Zwar können die Betriebsparteien auch einvernehmlich keine wirksamen Regelungen treffen, die das Kampfgleichgewicht der Tarifvertragsparteien beeinträchtigen (**BAG 30. August 1994 - 1 ABR 10/94 - BAGE 77, 335, zu B II 1 b der Gründe**). Eine Störung der Kampfparität ist mit der beschriebenen Möglichkeit aber nicht verbunden. Da die Beklagte die Ausfallzeiten nicht etwa vergüten muss und der zeitliche Umfang der geschuldeten Arbeitsleistung der während ihrer Freizeit an der **Streikkundgebung** teilnehmenden Arbeitnehmer unverändert bleibt, lassen die Regelungen der EFA die Chancengleichheit der am Arbeitskampf beteiligten Tarifvertragsparteien unberührt.
- 31 Etwas anderes könnte allerdings gelten, wenn nicht lediglich ein einzelner Arbeitnehmer, sondern ein Großteil der Belegschaft auf der Grundlage der EFA Freizeit in Anspruch nimmt, um sich etwa anschließend an einer möglicherweise länger dauernden **Streikkundgebung** bis zu der nach Nr. 5.2 EFA zulässigen Grenze von 150 oder - für Teilzeitkräfte - 100 Minusstunden zu beteiligen. Zwar wird auch dadurch das geschuldete Arbeitszeitvolumen der Arbeitnehmer nicht geringer. Diese hätten es aber als Vollzeitkräfte im Extremfall in der Hand, ein Zeitguthaben von 150 Stunden in ein Minus von 150 Stunden zu überführen und damit ggf. über sieben Wochen der Arbeit fernzubleiben, ohne dass dies vergütungsrechtliche Folgen hätte. Auf diese Weise kann die Arbeitskämpfparität zu Lasten der Arbeitgeberseite durchaus beeinträchtigt werden. Die Beklagte ist einem solchen Kollektivverhalten der Arbeitnehmer indessen nicht wehrlos ausgesetzt. Nach Nr. 4.1 EFA ist die autonome Steuerung der Lage der Arbeitszeit durch die einzelnen Mitarbeiter an die Voraussetzung gebunden, dass "die betrieblich vorgegebenen Ziele erreicht werden". Diese Voraussetzung ist unter den beschriebenen Umständen nicht mehr gegeben. Die Beklagte hat es damit in der Hand, dem Verhalten der Arbeitnehmer entgegenzuwirken.
- 32 III. Der Kläger hat nach dem Antragswortlaut erstmals in der Revisionsinstanz einen

Zinsanspruch in Höhe von "fünf Prozentpunkten" und nicht nur "5%" über dem Basiszinssatz geltend gemacht. Es braucht nicht entschieden zu werden, ob dies im Hinblick auf § 264 Nr. 2 ZPO auch für den Fall zulässig ist, dass darin eine in der Revisionsinstanz grundsätzlich nicht mehr mögliche Antragsenerweiterung gesehen werden muss. Nach den gesamten Umständen liegt in der neuen Antragsfassung nicht eine Erweiterung, sondern lediglich eine Klarstellung des Inhalts des schon bisher gestellten Antrags. Einer Neufassung des vom Arbeitsgerichts ausgesprochenen Urteilstenors bedurfte es deshalb nicht. Auch dieser ist im Sinne der Klarstellung zu verstehen.

Schmidt

Linsenmaier

Kreft

Spiegelhalter

Hayen

© juris GmbH