Nachträgliche Sanktionierung von Streikteilnehmern?

Gutachterliche Stellungnahme

von

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Universität Bremen

Juli 2026

A. Sachverhalt

I. Die Auseinandersetzung im Einzelhandel in Bayern

1. Die Betriebsvereinbarung „Betriebliche Sonderleistung 2023“

Zwischen der Firma REWE Markt GmbH, Zweigniederlassung Süd, und dem dort bestehenden Betriebsrat wurde im November 2023 eine Betriebsvereinbarung „Betriebliche Sonderleistung 2023“ abgeschlossen. Diese bestimmt in Ziffer 1.1 ihren Anwendungsbereich, zu dem „alle Arbeitnehmer im Tarifgebiet des genossenschaftlichen Großhandels für Bayern“, jedoch nicht die leitenden Angestellten nach § 5 Abs. 3 und 4 BetrVG gehören. Ziffer 2.2 legt die allgemeinen Voraussetzungen für die Gewährung der Sonderleistung fest, indem bestimmt wird:

> *„Anspruch auf eine Sonderleistung haben alle Arbeitnehmer gemäß Ziffer 1, die jeweils am 1. November des Auszahlungsjahres dem Unternehmen mindestens zwei Jahre angehören (anrechenbare Betriebszugehörigkeit), die im Zeitpunkt der Auszahlung in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis stehen und im laufenden Kalenderjahr an mindestens 25 Werktagen im Unternehmen gearbeitet haben.“*

Unter der (etwas missverständlichen) Überschrift „Verteilungsgrundsätze“ werden in Ziffer 3 die zu erbringenden Leistungen geregelt. Diese richten sich nach dem monatlichen Bruttoentgelt, das unter 3.1 wie folgt beschrieben wird:

> *„Grundlage für die Ermittlung der Höhe der übertariflichen Sonderleistung ist das geltende regelmäßige monatliche Gesamtbruttoentgelt im Monat Oktober 2023 (Tarifentgelt zzgl. Zulagen, soweit diese auch nach bisheriger Regelung berücksichtigt wurden).*
> *Stichtag für die Berechnung der Betriebszugehörigkeit ist der 1. November 2023.“*

Die in Ziffer 3.2 geregelte „Sonderleistung“ gliedert sich in zwei Bestandteile. Der erste ist eine Barzahlung, die unter Ziffer 3.2.1 geregelt ist. Dort heißt es:

„Die Höhe der Sonderleistung beträgt – unter Anrechnung der tariflichen Sonderzahlung – nach einer am 1. November 2023 zurückgelegten Betriebszugehörigkeit von 2 Jahren 62,5 % des regelmäßigen monatlichen Gesamtbruttoentgelts.
Dieser Teil der Sonderleistung wird als steuer- und sozialversicherungspflichtige Barzahlung gewährt.“

Im Mittelpunkt der Auseinandersetzungen steht die in Ziffer 3.2.2 geregelte „Zusätzliche Sonderleistung“. Sie besteht aus einer Gutschrift auf der Mitarbeiterkarte, die zu Einkäufen beim Arbeitgeberunternehmen in entsprechender Höhe berechtigt. Im Einzelnen ist die Leistung wie folgt beschrieben:

„Nach dem vollendeten 3. Jahr der Betriebszugehörigkeit erhalten die Arbeitnehmer eine zusätzliche Sonderleistung in Form einer 100%igen Rabattgewährung (Warengutschein). Der Wert des Mitarbeiterrabatts beträgt

- *nach dem 3. Jahr der Betriebszugehörigkeit 10 %*
- *nach dem 4. Jahr der Betriebszugehörigkeit 20 %*
- *bzw. nach dem 5. Jahr der Betriebszugehörigkeit 25 %*

des regelmäßigen monatlichen Gesamtbruttoentgelts.“

Ziffer 3.4 sieht für diese Leistung eine Höchstgrenze von 1.000 Euro vor.

Ziffer 3.5 sieht eine Kürzung „in besonderen Fällen“ vor. Von Bedeutung ist im vorliegenden Fall die Ziffer 3.5.3 „Kürzung für sonstige Fehlzeiten“, die im Einzelnen bestimmt:

„Der übertarifliche Teil der Sonderleistung gem. 3.2.2 wird bei einer individuellen Fehlzeit von mehr als 4 Tagen ab dem fünften Tag pro Fehlzeittag um jeweils 1/60 gekürzt. Als Fehlzeit in diesem Sinne gilt grundsätzlich jedes in der Zeit vom 1. Oktober des Vorjahres bis zum 30. September des Jahres 2023 erfolgte Fernbleiben von der Arbeit mit Ausnahme von Urlaubstagen, Gleittagen, Quarantänetagen und tariflich gewährten Freistellungen von der Arbeit. Krankheitsbedingte bezahlte

Fehltage führen nicht zu einer Kürzung der Sonderleistung, soweit sie auf eine anerkannte Berufskrankheit oder einen Betriebsunfall (z. B. Raubüberfall) zurückzuführen sind; die Entscheidung hierüber treffen Personalleitung und Betriebsrat gemeinsam.“

2. Die Kürzung wegen Streikteilnahme

Von der Kürzungsvorschrift der Ziffer 3.5.3 wurde Gebrauch gemacht. Gegenüber zahlreichen Arbeitnehmern wurde die Leistung nach Ziffer 3.2.2 wegen Teilnahme an Streiks um 1/60 pro Streiktag gekürzt, was in zahlreichen Fällen zu einem völligen Wegfall der Leistung führte. Nicht selten erfolgte daneben auch eine Kürzung wegen krankheitsbedingter Fehltage, doch überwogen in den dem Gutachter zugänglichen Fällen die Streiktage bei weitem.

Betroffene Arbeitnehmer haben sich dagegen zur Wehr gesetzt, indem sie klageweise die Leistung verlangten, die sie ohne Berücksichtigung von Streiktagen zu beanspruchen hatten. Dabei stützten sie sich auf verschiedene Argumente, insbesondere darauf, dass das Verhalten der Arbeitgeberseite auf die Gewährung einer Streikbruchprämie an die Beschäftigten hinauslaufe, die nicht am Streik teilgenommen hätten. Dies verletze Art. 9 Abs 3 GG, weil es die Streikenden nach Abschluss eines Arbeitskampfes diskriminiere. Auch würden betriebsverfassungsrechtliche Organe, die eine solche Abmachung schließen, gegen das Prinzip der Neutralität gegenüber der gewerkschaftlichen Interessenvertretung verstoßen. Auch sei die verhängte Sanktion unverhältnismäßig, da die auf das Jahr bezogene Leistung nicht nur entsprechend den ausgefallenen Arbeitstagen (was etwa einer Relation von 1/220 entsprechen würde), sondern sehr viel stärker sanktioniert werde.

Die Arbeitgeberseite trat dem mit dem Argument entgegen, bei der strittigen Leistung handle es sich um eine Anwesenheitsprämie, die – abgesehen von den ausdrücklich genannten Ausnahmefällen wie Urlaub und Gleittage – jede Fehlzeit erfasse und damit nicht speziell gegen die Streikteilnahme gerichtet sei. Deshalb spiele es auch keine Rolle, dass die Abmachung erst einige Zeit nach Ende des Streiks abgeschlossen wurde.

Aufgrund der Klagen kam es zu verschiedenen erstinstanzlichen Urteilen, die ein für die Kläger negatives Ergebnis hatten. Dem Gutachter liegen fünf Urteile von unterschiedlichen Kammern des ArbG München sowie eine Entscheidung des Arbeitsgerichts Bamberg vor.

> ArbG München, Urteil vom 6.12.2024 – 41 Ca 3882/24; ArbG München, Urteil vom 18.3.2025 – 16 Ca 5076/24; ArbG München, Urteil vom 18.3.2025 – 16 Ca 5078/24; ArbG München, Urteil vom 25.3.2025 – 5 Ca 3941/24; ArbG München Urteil vom 23.4.2025 – 34 Ca 5283/24; ArbG Bamberg Urteil vom 14.5.2025 – 2 Ca 376/24

Gegen diese Urteile ~~ist~~wurde ~~-~~Berufung eingelegt. Das LAG München gab in zwei weithin übereinstimmenden Entscheidungen (Urteil vom 10.12.2025 – 10 SLa 189/25 und Urteil vom 17.12.2025 – 5 SLa 195/25) den Berufungen zum größeren Teil statt. Es vertrat die Auffassung, die Streikteilnahme suspendiere die Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis; „mangels Arbeitspflicht“ hätte deshalb der einzelne Arbeitnehmer nicht im Sinne der Betriebsvereinbarung „der Arbeit fernbleiben“ können. Sie erfasse die Streikteilnahme daher von vorne herein nicht. Allerdings führe der Streik automatisch nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB zum Entfallen der Gegenleistungen; die auf das Jahr bezogene Sonderleistung sei daher um 58/220 bzw. 58/249 zu kürzen, da es in dem fraglichen Zeitraum 249 Arbeitstage gegeben und der Streik 58 Tage gedauert habe. Im Gegensatz dazu bestätigte das LAG Nürnberg (Urteil vom 15. 12. 2025 -1 SLa 158/25) die klageabweisende Entscheidung des ArbG Bamberg. Alle drei Urteile ließen ausdrücklich die Revision zu, wobei das LAG Nürnberg ausdrücklich auf die Divergenz zum LAG München hinwies. ~~worden, über die das LAG München zu entscheiden hat.~~

II. Weitere Auseinandersetzungen

1. Die Entscheidung des ArbG Offenbach und das Verfahren vor dem LAG Hessen

In einem ähnlich gelagerten Sachverhalt hat das ArbG Offenbach über die Klagen von insgesamt 26 Arbeitnehmern entschieden.

> ArbG Offenbach, Urteil vom 28.8.2025 – 10 Ca 57/25

Zugrunde lag eine Betriebsvereinbarung, die am 19. September 2024 geschlossen wurde, und die – soweit in dem Urteil abgedruckt – lediglich redaktionelle Veränderungen im Vergleich zu der in Bayern geschlossenen Betriebsvereinbarung aufwies. Die Kürzungsvorschrift war wortidentisch. Eine Besonderheit bestand insoweit, als sich die Arbeitnehmerseite zusätzlich auf ein tarifliches Maßregelungsverbot berief, das folgenden Wortlaut hatte:

> *„1. Aus der Beteiligung an Streikaktionen der Gewerkschaft im Zeitraum vom 1. Mai 2023 bis einschließlich 12. Juli 2024 zur Durchsetzung ihrer Forderungen für neue Tarifverträge für den Groß- und Außenhandel, Verlage und Dienstleistungen des Landes Hessen darf den Arbeitnehmer/innen keinerlei Nachteil entstehen.*
> *2. Maßregelungen und Schadensersatzansprüche gegen Arbeitnehmer/innen, die aus Anlass oder im Zusammenhang mit Streikaktionen der Gewerkschaft entstanden sind, dürfen gegen die Arbeitnehmer/innen nicht geltend gemacht werden, sondern sind zurückzunehmen, sofern keine strafbaren Handlungen vorliegen. Ansprüche gegen die Gewerkschaft bleiben unberührt.*
> *3. Bei der Berechnung von Urlaubsentgelt bzw. Lohnfortzahlung werden Streiktage so behandelt, als wäre an ihnen gearbeitet bzw. als wären sie bezahlt worden. Das gleiche gilt für Leistungen, die von der Dauer des Arbeitsverhältnisses abhängen, ausgenommen Jahresanwesenheitsprämien.“*

Die Arbeitnehmerseite machte geltend, die Betriebsparteien hätten gar nicht den Willen gehabt, die Streiktage in die Kürzungsvorschrift einzubeziehen. Auch stelle die Kürzung eine unzulässige Benachteiligung wegen Ausübung eines Rechts nach § 612a BGB dar. Außerdem sei die Kürzung unverhältnismäßig gewesen (pro Streiktag 1/60 statt 1/220 der Sonderleistung) und habe daneben auch gegen das tarifliche Maßregelungsverbot verstoßen.

Das ArbG Offenbach teilte diese Position~~Ansicht~~ nicht und wies die Klagen ab, soweit die Kürzung im Hinblick auf die Streikteilnahme stattgefunden hatte. Dagegen wurde Berufung zum LAG Hessen eingelegt, die dort unter dem Aktenzeichen 14 SLa 961/25 bearbeitet wird.

Im Rahmen des Berufungsverfahrens machten die Kläger durch Schriftsatz ihres Prozessvertreters vom 16.6.2026 geltend, die Minderung der Sonderleistung sei bewusst als Mittel zur Abschreckung vor einer Streikteilnahme eingesetzt worden. Die (in den Verfahren

identische) Beklagte habe im Betrieb „Aushänge und Aufsteller“ angebracht, die eine Vergleichstabelle zwischen „Streik-Teilnahme“ und „Keine Streik-Teilnahme“ zum Gegenstand hatte. Die Berechnung ergab einen Satz von 156,68 € für einen Tag Weiterarbeit, während die Streikteilnehmer unter Einschluss der Streikunterstützung auf 61,94 € pro Streiktag kamen. Dabei war die Kürzung der übertariflichen Leistung als ein wesentlicher Posten aufgeführt. Der Schriftsatz vom 16.6. 2026 enthielt zwei größere Fotos, auf denen die „Berechnungsplakate“ abgebildet waren. Dort war auch deutlich sichtbar vermerkt, dass sich das Minus bei 5 Streiktagen auf 473,70 € und bei 10 Streiktagen auf 947,40 € belaufen würde. Zudem wurde darauf hingewiesen, dass man das Streikgeld zurückzahlen müsse, wenn man in den 18 folgenden Monaten nicht den ver.di-Mitgliedsbeitrag bezahlen würde.

Mit Schreiben der Vorsitzenden vom 10. Juli 2026 wurde angeregt, das Verfahren zum Ruhen zu bringen, bis eine Entscheidung des BAG samt Gründen vorliege. Im Einzelnen führte das LAG Hessen aus:

> *„Nach Aktendurchsicht wird angeregt, das Verfahren zunächst ruhend zu stellen. Im November 2026 steht eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts in den Verfahren 10 AZR 15/26, 10 AZR 16/26 und 10 AZR 19/26 an. Die Vorsitzende verkennt nicht, dass die Sachverhalte nicht völlig deckungsgleich sind, insbesondere im Hinblick auf den hier anzuwendenden Tarifvertrag vom 12. Juli 2024 und das dort enthaltene tarifliche Maßregelungsverbot.*
>
> *Allerdings sind zahlreiche sich in diesen Verfahren stellende Rechtsfragen auch für das vorliegende Verfahren bedeutsam, so insbesondere die Frage, ob eine Streikteilnahme überhaupt ein „Fernbleiben von der Arbeit“ iSv Ziff. 3.5.3. der BV vom 19. September 2024 darstellt und ob - wenn ja – es sich bei der dort getroffenen Regelung um eine solche handelt, die gegen § 612a ArbGG (Gemeint: BGB) verstößt. Insofern kommt es im vorliegenden Verfahren uU. gar nicht darauf an, ob die zitierte Regelung eine Anwesenheitsprämie im Sinne des Tarifvertrags vom 12. Juli 2024 darstellt.“*

Die Parteien wurden um Stellungnahme bis 4. August 2026 gebeten. Ob es zum Ruhen des Verfahrens kommt, ist derzeit nicht abzusehen.

2. Weitere Entscheidungen und Vergleiche

In jüngsterer Zeit ist dem Vernehmen nach außerdem ein Urteil des ArbG Köln ergangen, das dem Gutachter jedoch nicht vorliegt. Verfügbar ist jedoch eine mit „Maßregelungsverbot“ überschriebene tarifliche Abmachung zwischen der „Tarifgemeinschaft Großhandel – Außenhandel – Dienstleistungen NRW“ und der Gewerkschaft ver.di vom 1. Juli 2024. Sie entspricht weitestgehend der für Hessen geltenden Regelung, wie sie in dem Urteil des ArbG Offenbach (und oben) wiedergegeben istwurde.

Der Hervorhebung bedürfen weiter zwei Vergleiche vom 17. bzw. vom 18.9.2025, die im Rahmen von vergleichbaren Verfahren vor dem ArbG Hamm geschlossen wurden (3 Ca 369/25 und 1 Ca 368/25): Den eingeklagten Ansprüchen der Arbeitnehmer wurde im Rahmen von Vergleichen fast vollständig entsprochen, wobei die Kürzungsvorschrift des § 4a EFZG eine entscheidende Rolle spielte. Ersichtlich gingen die Beteiligten davon aus, dass der dort festgelegte Kürzungsrahmen überschritten und die Minderung der Sonderleistung deshalb rechtswidrig sei.

B. Rechtliche Würdigung

I. Die aufgeworfenen Rechtsfragen

In den Entscheidungen des ArbG München und in der Entscheidung des ArbG Bamberg ging es zunächst um die Frage, inwieweit an eine Streikteilnahme über den Verlust des laufenden Entgelts hinaus negative wirtschaftliche Folgen geknüpft werden dürfen. Dabei wird üblicherweise zwischen der „echten Streikbruchprämie“, die vor oder während der Arbeitsniederlegung den Weiterarbeitenden versprochen wird, und der „unechten“ Streikbruchprämie unterschieden, die erst nachträglich - etwa im Rahmen der Berechnung einer „Anwesenheitsprämie“ - gewährt~~berücksichtigt~~ wird.

Im konkreten Fall ging es um eine Kürzung, deren Umfang von der Zahl der Streiktage des fraglichen Arbeitnehmers abhing. In entsprechendem Umfang waren die Nicht-Streikenden bessergestellt. ~~Si~~Die Kürzung erfolgte unter Rückgriff auf Ziffer 3.5.3 der anwendbaren Betriebsvereinbarung, die auch sonstige Abwesenheitszeiten erfasst. In Form des Jahresurlaubs und anderer Umstände kennt sie auch Ausnahmen. Diese Betriebsvereinbarung bedarf der Auslegung, da sie möglicherweise wichtige Fragen nicht unmittelbar anspricht, die den Grundsatz „alle Fehlzeiten, die nicht ausdrücklich ausgenommen sind, führen zu einer Kürzung“ in Frage stellen könnten. Auch stellt sich das Problem, ob durch Betriebsvereinbarung überhaupt Fragen geregelt werden können, die sich auf die Rechtsfolgen von gewerkschaftlichem Handeln beziehen.

Mit Rücksicht auf die Auseinandersetzungen in Hessen und Nordrhein-Westfalen ist weiter zu untersuchen, welche Auswirkungen sich aus den in beiden Ländern vereinbarten Maßregelungsklauseln ergeben.

Schließlich soll abschließend anhand von Beispielen deutlich gemacht werden, unter welchen Voraussetzungen die Kürzungsgrenzen des § 4a EFZG wirksam werden.

II. Die Kürzungsvorschrift der Ziffer 3.5.3 der Betriebsvereinbarung „Betriebliche Sonderleistung 2023“

1. Die Zulässigkeit von „Streikbruchprämien“ und anderen wirtschaftlichen Vorteilen für Nichtteilnahme am Streik

a) Zusage vor und im Streik

Nach der Rechtsprechung des BAG steht es dem Arbeitgeber frei, vor Beginn oder während eines Streiks finanzielle Leistungen denjenigen Beschäftigten zu versprechen, die dem gewerkschaftlichen Aufruf nicht folgen und die sich nicht am Streik beteiligen.

Grundlegend BAG 14.8.2018 – 1 AZR 287/17, NZA 2019, 100 ff.

Nach Auffassung des BAG besitzt der Arbeitgeber die Möglichkeit, durch die Schaffung von wirtschaftlichen Anreizen die Streikbereitschaft von Beschäftigten zu reduzieren und die Tragweite des Streiks auf diese Weise zu beschränken. Ein solche Verhaltensweise stelle ein zulässiges Kampfmittel der Arbeitgeberseite dar. Es sei geeignet und erforderlich für den beabsichtigten Zweck, wobei der Arbeitgeberseite insoweit ein Einschätzungsermessen zustehe.

BAG, a.a.O., Rn.38 und 39

Auch das Prinzip der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne sei nicht verletzt, da die Gewerkschaft diesem Kampfmittel nicht wehrlos gegenüberstehe. Sie könne nicht nur an die Arbeitnehmer appellieren, den finanziellen „Verlockungen“ nicht zu folgen. Vielmehr könne sie auch ein Rotationsprinzip praktizieren, wonach im Wechsel bestimmte Arbeitnehmer streiken, während andere in den Genuss der Streikbruchprämie kämen. Eine solche „Prämienrotation“ könne sogar eher zögerliche Beschäftigte zum Mitmachen veranlassen. Außerdem müsse man berücksichtigen, dass der Arbeitgeber sich mit diesem Kampfmittel selbst schädige und zudem das Risiko eingehe, dass er am Ende aufgrund einer weitgehenden Maßregelungsklausel die Streikbruchprämie auch an die Streikenden bezahlen müsse.

BAG, a.a.O., Rn.41

Auch die Höhe der Streikbruchprämie führe nicht zu einer Unverhältnismäßigkeit. Insoweit gebe es einen Prozess der ökonomischen Selbstregulierung: Übermäßig hohe Prämien würden einen Zustand herbeiführen, der für den Arbeitgeber wirtschaftlich ungünstiger als ein Kompromiss über die gewerkschaftlichen Forderungen wäre. Im konkreten Fall bestand die Besonderheit, dass der vollbeschäftigte Arbeitnehmer eine Bruttomonatsvergütung von 1.480 Euro hatte und die Streikbruchprämie *pro Tag* zunächst 200 Euro, im Verlauf des Streiks dann 100 Euro betrug. Auch diese ungewöhnlich erscheinende Relation führte nach Auffassung des BAG nicht zu einer Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme.

BAG, a.a.O., Rn.42, 47 ff.

In der juristischen Literatur ist die BAG-Entscheidung grundsätzlich positiv aufgenommen worden, doch wurde an verschiedenen Aspekten auch erhebliche Kritik geübt, die insbesondere die Handhabung des Verhältnismäßigkeitsprinzips betraf.

Zustimmend Linsenmaier/Ahrendt, in: Müller-Glöge/~~Preis~~Rolfs/Gallner/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 2~~5~~6. Aufl., München 202~~5~~6, Art. 9 GG Rn.~~215~~239 (im Folgenden: ErfK-Bearbeiter); Linck, in: Schaub (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, 21. Aufl., München 2025, § 108 Rn.19 (im Folgenden: Schaub-Bearbeiter); Schaub-Treber § 194 Rn.17; B. Schmidt, in: Frieling/Jacobs/Krois (Hrsg.), Arbeitskampfrecht. Handbuch für Wissenschaft und Praxis, München 2021, § 6 Rn.24 ff. (im Folgenden: Frieling/Jacobs/Krois-Bearbeiter); Spielberger, NZA-RR 2019, 126; kritisch Schumann, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht. Kompaktkommentar, 8. Aufl., Frankfurt/Main 2025, Teil 4: Arbeitskampfrecht, Rn.301b (im Folgenden: Berg/Kocher/Schumann-Bearbeiter) und Rödl, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht. Handbuch für die Rechtspraxis, 4. Aufl., Baden-Baden 2018, § 21 Rn.180 ff. S. auch Deinert, in: Deinert/Wenckebach/Zwanziger (Hrsg.), Arbeitsrecht. Handbuch für die Praxis, 11. Aufl., Frankfurt/Main 2024, § 126 Rn.75 (im Folgenden: Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Bearbeiter).

Dem „Versprechen“ einer Streikprämie aus Anlass eines bevorstehenden oder eines laufenden Streiks steht der Fall gleich, dass eine betriebliche oder tarifliche Regelung geschaffen wird,

wonach eine streikbedingte Abwesenheit wie sonstige Formen der Abwesenheit zur Minderung oder Nicht-Gewährung einer Jahressonderleistung führt.

So die Fälle BAG 31.10.1995 – 1 AZR 217/95 – NZA 1996, 389; BAG 3.8.1999 – 1 AZR 735/98 – NZA 2000, 487; BAG 13.2.2007 – 9 AZR 374/06 – NZA 2007, 573

b) Zusage nach Ende des Streiks

Ist der Streik zu Ende, weil ein Kompromiss gefunden wurde, so sind auch keine Maßnahmen des Arbeitskampfes mehr zulässig. Dennoch kann der Arbeitgeber daran interessiert sein, den Streikbrechern nachträglich für ihren Einsatz zu danken und sie dafür mit einer finanziellen Leistung zu belohnen. Diesem Bedürfnis kann er jedoch nach der Rechtsprechung des BAG nicht Rechnung tragen.

In einem Anfang der 1990-er Jahre entschiedenen Fall ging es darum, dass ein Arbeitgeber nach Ende des Streiks eine „Treueprämie“ gewährt und dies mit den Worten begründet hatte:

> ***„Alle Arbeitnehmer, die an den Streiktagen vom 2.11. bis 3.11.1989 nicht beteiligt waren und somit gearbeitet haben, erhalten als Dank für ihre Treue zum Betrieb pro Tag eine Treueprämie von 40 DM. Wer an beiden Tagen gearbeitet hat, erhält somit insgesamt 80 DM. Nachdem mit dem Novemberlohn die Weihnachtsgratifikation zur Auszahlung kommt, wird die Treueprämie mit dem Dezemberlohn verrechnet.“***

Damit waren die Streikenden schlechter gestellt, da ihnen die Treueprämie vorenthalten war. Eine Differenzierung zwischen Streikteilnehmern und Weiterarbeitenden ist jedoch außerhalb eines Arbeitskampfes nicht möglich; vielmehr stellt die Schlechterstellung der Streikenden eine Maßregelung im Sinne des § 612a BGB dar: Sie wurden von einer Leistung ausgeschlossen, weil sie ein Recht, hier konkret: ihr Streikrecht ausgeübt hatten.

So BAG 11.8.1992 – 1 AZR 103/92, NZA 1993, 39, 41

Ein sachlicher Grund für eine solche Differenzierung ist nicht vorhanden. Dass mit der Arbeit während des Streiks besondere Erschwernisse verbunden gewesen wären, hatte der Arbeitgeber zwar behauptet, jedoch in keiner Weise inhaltlich substantiiert und auch in der Begründung gegenüber den Beschäftigten nicht angegeben.

BAG, a.a.O., NZA 1993, 39, 41 re. Spalte

Da es an einem sachlichen Grund für die Differenzierung fehlte, war nicht nur § 612a BGB verletzt; vielmehr konnten die benachteiligten Arbeitnehmer Gleichbehandlung mit den „Begünstigten“ und damit ebenfalls die Auszahlung der Treueprämie verlangen.

So BAG a.a.O. NZA 1993, 39 Leitsatz 3

In einer weiteren Entscheidung bestätigte das BAG seine Auffassung, dass eine nach Beendigung des Arbeitskampfes gewährte Zulage „allein dafür, dass sie sich am Streik nicht beteiligt haben“ eine unzulässige Maßregelung darstelle. Das Maßregelungsverbot ergab sich dabei aus einer Vereinbarung der Tarifparteien, so dass kein Rückgriff auf § 612a BGB notwendig war. Zugleich betonte das BAG, ein sachlicher Grund für die Gewährung der Prämie liege nur dann vor, „wenn alle Begünstigten während des Streiks Belastungen ausgesetzt waren, die erheblich über das normale Maß der mit jeder Streikarbeit verbundenen Erschwerungen hinausgehen.“

BAG 28.7.1992 – 1 AZR 87/92, NZA 1993, 267

Auch hier bestand die Rechtsfolge in der Gleichstellung der von der Zulage Ausgeschlossenen, soweit nicht – was die Berufungsinstanz noch zu klären hatte – für alle Weiterarbeitenden tatsächlich besondere Arbeitserschwernisse vorlagen. Soweit diese nur bei einem Teil festzustellen waren, hätte sich am Ergebnis, d. h. einer Ausdehnung der Zulage auf alle nichts geändert.

BAG, a.a.O., NZA 1993, 267, 270

Die Literatur ist dieser Rechtsprechung praktisch einheitlich gefolgt.

Frieling/Jacobs/Krois-B.Schmidt § 6 Rn.27; Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Deinert § 126 Rn.75; Däubler-Rödl § 21 Rn.181; Schaub-Linck § 108 Rn.19; ErfK-Linsenmaier/Ahrendt Art. 9 GG Rn.~~216~~249; Berg/Kocher/Schumann-Schumann, Teil 4: Arbeitskampfrecht, Rn.301a

Die unterschiedliche Behandlung wirtschaftlicher Nachteile, die an die Streikbeteiligung geknüpft werden, je nach Zeitpunkt des Versprechens bzw. der Gewährung gilt nicht nur für eine einseitige „Auslobung“ durch den Arbeitgeber. Dieselbe Differenzierung muss vielmehr auch dann erfolgen, wenn Nachteile für Streikende in einer Regelung wie z. B. einem Tarifvertrag vorgesehen sind. Der Effekt ist derselbe. Wird eine derartige „Sanktionierung“ für einen in der Vergangenheit liegenden Streik vorgesehen, gelten die eben skizzierten Grundsätze.

c) Formen der Benachteiligung von Streikteilnehmern

„Streikbruchprämien“ haben in der Regel die Form einer Zusatzleistung: Wer sich nicht am Streik beteiligt, erhält die in Aussicht gestellte, genauer: die versprochene Leistung. Die rechtliche Beurteilung ist jedoch keine andere, wenn nicht die Weiterarbeitenden begünstigt, sondern die Streikenden eine allen gewährte Leistung nicht erhalten. In beiden Fällen liegt dieselbe Form der Ungleichbehandlung vor, in beiden Varianten wird an die Kriterien „Streikteilnahme“ und „Weiterarbeit“ angeknüpft. Allerdings erfolgt der Ausschluss meist nicht in der Form, dass ausschließlich die Streikteilnahme als Ausschlussgrund genannt wird; in der Regel werden die betriebsüblichen Leistungen gemindert oder ausgeschlossen, weil in bestimmtem Umfang keine Arbeitsleistung erbracht wurde. Denkbar ist allerdings auch der Fall, dass der Arbeitgeber bei drohendem oder ausgebrochenem Streik ankündigt, eine bestimmte freiwillige Leistung „dieses Jahr“ nicht an diejenigen zu gewähren, die sich an dem Streik beteiligen.

Für Gleichstellung von „Besserstellung der Weiterarbeitenden“ mit „Schlechterstellung der Streikenden“ BAG 4.8.1987 – 1 AZR 486/85, NZA 1988, 61 Rn.19-20, wo ausgeführt wird:
„Die Beklagte hat ihre freiwillige Leistung so ausgestaltet, dass sie lediglich den nichtstreikenden Arbeitnehmern zugutekommt, den streikenden Arbeitnehmern aber vorenthalten wird. Dass darin eine "Schlechterstellung" und damit eine "Maßregelung"

der streikenden Arbeitnehmer liegen kann, wird von der Literatur auch bejaht (Hueck, Anm. zu AP Nr. 7 zu § 611 BGB Gratifikation; Mayer- Maly, Anm. zu AP Nr. 35 zu § 611 BGB Gratifikation; Wiedemann/ Stumpf, TVG, 5. Aufl., § 1 Rn.217).

Dem schließt sich der Senat für das hier zu beurteilende Maßregelungsverbot in der Vereinbarung vom 6. Juli 1984 an.“

Ebenso wird in der Literatur entschieden:

ErfK-Linsenmaier/Ahrendt, Art. 9 GG Rn.~~216~~240; Kissel, Arbeitskampfrecht. Ein Leitfaden, München 2002, § 42 Rn.26 f.; Otto, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006 § 12 Rn.53 f.

Insoweit bestehen im Ergebnis keinerlei Zweifel.

2. Minderung der „Betrieblichen Sonderleistung 2023“ wegen Streikteilnahme?

a) Ausgangsthese in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte und des LAG Nürnberg

Die Betriebsvereinbarung „Betriebliche Sonderleistung 2023“ sieht in der oben S. 3 wiedergegebenen Ziffer 3.5.3 vor, dass die Sonderleistung ab dem fünften Fehlzeittag um 1/60 pro weiterem Fehlzeittag gekürzt wird. Als Fehlzeittag gilt „grundsätzlich“ jedes Fernbleiben von der Arbeit im Zeitraum vom 1. Oktober 2022 bis 30. September 2023. Ausnahmen gelten für Urlaubstage, Gleittage, Quarantänetage und tariflich gewährte Freistellungen von der Arbeit. Krankheitsbedingte Fehlzeiten zählen jedoch mit, es sei denn, sie seien durch eine Berufskrankheit oder einen Betriebsunfall verursacht. Diese Regelung wurde in den Entscheidungen des ArbG München und in der Entscheidung des ArbG Bamberg so ausgelegt, dass auch streikbedingte Ausfalltage als Fehlzeittage gelten und deshalb die betriebliche Sonderleistung mindern. Dasselbe gilt für das Urteil des LAG Nürnberg. Dies bedarf der Überprüfung.

Der ~~erst~~instanzgerichtlichen Rechtsprechung liegt ersichtlich die Annahme zugrunde, jede nicht unter die ausdrücklichen Ausnahmen fallende Fehlzeit werde durch die Regelung erfasst und mindere deshalb die Sonderleistung. Besonders deutlich hat dies das LAG Nürnberg zum Ausdruck gebracht (S. 15 ff. der Urteilsausfertigung). Dies ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Es gibt durchaus Fälle, in denen übergeordnete Gesichtspunkte einer Anrechnung auf die Fehlzeiten entgegenstehen.

b) Nicht erwähnte Ausnahmen

(1) Mutterschutz

Fehlzeiten können aufgrund einer Schwangerschaft entstehen. Zum einen geht es um die Schutzfristen nach § 3 MuSchG (sechs Wochen vor der Geburt, acht Wochen nach der Geburt), zum andern um Beschäftigungsverbote nach § 13 Abs. 1 Nr. 3 MuSchG. In Bezug auf die Schutzfristen hat das BAG schon vor längerer Zeit entschieden, dass sie im Zusammenhang mit einer „Jahresleistungsprämie“ wie eine tatsächlich erbrachte Arbeitsleistung zu behandeln sind; eine Minderung müsse daher ausscheiden. Die Gesundheit von Mutter und Kind hat den Vorrang vor anderen Interessen, sie zu relativieren, kommt nicht in Frage.

BAG 12.5.1993 – 10 AZR 528/91, NZA 1993, 1002

In derselben Entscheidung wird festgestellt, dass eine Kürzung wegen Erziehungsurlaubs ebenfalls ausscheiden musste, da dieser in der (tariflichen) Regelung nicht erwähnt war. In der neueren Literatur wird überdies zu Recht darauf hingewiesen, dass eine Kürzung wegen der Inanspruchnahme der Mutterschutzfristen eine rechtswidrige Diskriminierung wegen des Geschlechts darstellen würde.

Schaub-Pessinger § 79 Rn.9 unter Bezugnahme auf LAG Saarland 22.4.2015 – LAGE BGB 2002 § 611 Gratifikation Nr. 10

2

(2) Krankheitsbedingte Fehlzeiten?

Zu einer Minderung sollen weiter alle krankheitsbedingten Fehlzeiten führen, soweit sie nicht auf einem Betriebsunfall oder einer Berufskrankheit beruhen. Dies erweckt Bedenken.

Im Rahmen von „Anwesenheitsprämien“ hat die Einbeziehung von (normalen) Krankheitstagen den Sinn, dem Arbeitnehmer einen materiellen Anreiz zu geben, sich in Zweifelsfällen nicht krank zu melden und stattdessen am Arbeitsplatz zu erscheinen. Dadurch wird der Arbeitnehmer nicht nur von leichtfertigen Krankmeldungen abgehalten. Vielmehr sind automatisch auch Fälle erfasst, in denen aus medizinischen Gründen eine Krankschreibung geboten, vielleicht sogar dringend geboten und eine ärztliche Behandlung angezeigt wäre. Einen Anreiz zu einem solchen Verhalten zu setzen, steht im Widerspruch zur Vorschrift des § 4 Nr. 1 ArbSchG, wonach eine Gefährdung für das Leben des Arbeitnehmers sowie für seine physische und psychische Gesundheit möglichst zu vermeiden und wonach eine trotz aller Bemühungen verbleibende Gefährdung möglichst gering zu halten ist.

> Näher zu § 4 Nr. 1 ArbSchG Pieper, Arbeitsschutzrecht, 6. Aufl., Frankfurt/Main 2017, § 4 Rn.5 ff.; ErfK-Roloff § 4 ArbSchG Rn.2

Dieser Grundsatz beruht seinerseits auf den Art. 5 und 6 der Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie der EU, die eine Minimierung von Gesundheitsrisiken verlangt.

> Zu diesen Bestimmungen s. die Kommentierung von Klindt/Schucht, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 5. Aufl., München 2024, Nr. 410

Ein Anreiz, Gesundheitsgefahren in Kauf zu nehmen, verstößt somit nicht nur gegen nationales, sondern auch gegen EU-Recht. Dies ist offensichtlich bei der Schaffung des § 4a EFZG nicht bedacht worden, der lediglich quantitative Grenzen für eine Kürzung von Sonderleistungen wegen krankheitsbedingter Fehlzeiten vorsieht, die Kürzung als solche aber im Grundsatz akzeptiert.

Wie dieser Widerspruch aufzulösen ist, bedarf im vorliegenden Zusammenhang allerdings keiner näheren Untersuchung. Die hier im Mittelpunkt stehende Betriebsvereinbarung

berücksichtigt nur in der Vergangenheit liegende Fehltage, so dass (ausnahmsweise) gar kein Anreizeffekt eintritt.

Nun könnte man allerdings auch in diesem Fall einwenden, durch eine auf Krankheitszeiten abstellende Kürzung werde der Zweck des EFZG unterlaufen. In der früheren Rechtsprechung wurde dies auch so gesehen; ein „leichtfertiger Umgang“ mit der Gesundheit dürfe nicht dadurch befördert werden, dass krankheitsbedingte Fehlzeiten zu einer Minderung von jährlich gezahlten Sonderleistungen führen.

> So nachdrücklich BAG 19.5.1982 – 5 AZR 466/80, AP Nr. 12 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie

Diese Rechtsprechung ist jedoch vom BAG später ausdrücklich aufgegeben worden, so dass in der Praxis insoweit keine Bedenken bestehen, solange bei der Kürzung die Grenzen des § 4a EFZG gewahrt bleiben.

> BAG 15.2.1990 – 6 AZR 381/88, NZA 1990, 601

(3) Diskriminierung wegen Behinderung?

Im Einzelfall können Krankheiten auf einer Behinderung beruhen. Wie der EuGH im Einzelnen festgestellt hat, kann eine (heilbare oder unheilbare) Krankheit unter den Rechtsbegriff „Behinderung“ fallen. Voraussetzung ist, dass sie „eine Einschränkung mit sich bringt, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist, die in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren den Betreffenden an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, hindern können.“ Weitere Voraussetzung ist, dass dieser Zustand „von langer Dauer“ ist.

> EuGH, 11.4.2013 – C-335/11, NZA 2013, 553 – HK Danmark, Rn.41

Die Fälle, in denen eine bestimmte Krankheit zugleich eine Behinderung ist, wurden bisher vorwiegend im Zusammenhang mit dem Kündigungsschutz diskutiert.

S. neben der genannten EuGH-Entscheidung insbesondere auch EuGH 18.1.2018 – C-270/16, NZA 2018, 159 – Ruiz Conejero, Rn.30 ff., wo es um eine endokrine Stoffwechselkrankheit (Adipositas) ging, die zu Krankheiten führt, die vorübergehend arbeitsunfähig machen

Dies besagt aber nicht, dass der Diskriminierungsschutz auf den Bereich der Kündigung beschränkt wäre. Er wirkt auch dann, wenn die betroffene Person wegen einer Behinderung ein geringeres Entgelt erhält. Dies ist in der Tat der Fall, wenn Krankheitstage behinderungsbedingt sind und sich dadurch wie nach der vorliegenden Betriebsvereinbarung eine betriebliche Sonderleistung mindert.

~~Auch e~~Eine Schlechterstellung Behinderter kann gerechtfertigt sein. Handelt es sich um eine unmittelbare Diskriminierung, so müssen die Voraussetzungen des § 8 AGG erfüllt sein. Dies bedeutet, dass die unterschiedliche Behandlung wegen der auszuübenden Tätigkeit eine „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ darstellt; außerdem muss der verfolgte Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen sein. Dies ist etwa anzunehmen, wenn ein Gehbehinderter eine Tätigkeit übernehmen soll, die täglich mit zahlreichen Hausbesuchen verbunden ist. Geht es um eine mittelbare Diskriminierung, so muss die Benachteiligung nach § 3 Abs. 2 AGG „durch ein rechtmäßiges Ziel“ sachlich gerechtfertigt sein; außerdem müssen die eingesetzten Mittel zur Erreichung dieses Zieles „angemessen und erforderlich“ sein.

Werden negative Folgen wie die Minderung einer Jahresleistung an das Vorliegen behinderungsbedingter Krankheitstage geknüpft, so dürfte eine verdeckte unmittelbare Diskriminierung vorliegen: Die Regelung knüpft unmittelbar an eine vorliegende Behinderung an, die sich in Krankheitstagen manifestiert. Der EuGH sieht dies jedoch anders und nimmt eine mittelbare Diskriminierung an, wenn eine Norm auf Krankheitstage abstellt und dabei die behinderungsbedingten A~~n~~bwesenheiten nur miterfasst.

EuGH 18.1.2018 – C-270/15, NZA 2018, 159, Rn.39 – Ruiz Conejero

Auch wenn man nur eine mittelbare Diskriminierung annimmt, ist aber keine Begründung erkennbar, weshalb man wie im vorliegenden Fall eine Entgeltminderung im Hinblick auf die

Behinderung vornehmen soll; es ist schon kein verfolgter Zweck ersichtlich, der über die bloße Schlechterstellung von Behinderten hinausgeht. Die Bekämpfung von „Absentismus“ ist ersichtlich nicht gewollt, da es ja nicht um künftiges Verhalten, sondern eine Reaktion auf in der Vergangenheit liegende Vorgänge geht. Auch dürfte eine behinderungsbedingte Erkrankung dem Betroffenen in der Regel nicht die Wahl lassen, zu Hause zu bleiben oder trotz der Krankheit weiterzuarbeiten.

Im Ergebnis ist also festzuhalten, dass behinderungsbedingte Fehltage nicht zu einer Minderung der „Betrieblichen Sonderleistung 2023“ führen dürfen.

(4) „Fehltage“ wegen Ausübung betriebsverfassungsrechtlicher Ämter

Bei wörtlicher Auslegung liegt ein „Fernbleiben von der Arbeit“ im Sinne von Ziffer 3.5.3 der Betriebsvereinbarung „Betriebliche Sonderleistung 2023“ auch dann vor, wenn ein Betriebsratsmitglied den ganzen Tag Betriebsratsarbeit erledigt. Ein solcher Fall ist dann besonders evident, wenn die fragliche Person nach § 37 Abs. 6 BetrVG eine erforderliche Schulungsveranstaltung wie z. B. eine Einführung in das Betriebsverfassungsrecht für neu gewählte Mitglieder besucht und deshalb eine Woche lang abwesend ist. Niemand hat bisher behauptet, dass eine solche Abwesenheit zur Kürzung einer Sonderleistung führen würde, da dies eine Benachteiligung wegen Betriebsratstätigkeit nach § 78 Satz 2 BetrVG wäre. Dies wird in der Praxis als Selbstverständlichkeit zugrunde gelegt, weshalb es auch in der Rechtsprechung kaum Anschauungsmaterial gibt.

> Am ehesten vergleichbar BAG 8.10.1981 – 6 AZR 81/79, AP Nr. 2 zu § 49 BAT: Es ging um den Zusatzurlaub von fünf Tagen nach § 49 BAT, den diejenigen öffentlichen Bediensteten erhielten, die eine gesundheitsgefährdende Tätigkeit ausübten. Die Klägerin war Krankenschwester und deshalb Infektionsgefahren ausgesetzt; auch als freigestelltes Personalratsmitglied erhielt sie nach BAG weiter diesen Zusatzurlaub

c) Auslegung von Ziffer 3.5.3 der Betriebsvereinbarung „Betriebliche Sonderleistung 2023“

Die hier dargestellten Ausnahmen sind im Wortlaut von Ziffer 3.5.3 der Betriebsvereinbarung nicht erwähnt. Betriebsvereinbarungen sind aber im Rahmen des Möglichen so auszulegen, dass sie nicht in Widerspruch zu höherrangigem Recht, hier: zu Gesetzen geraten. Dies ist im konkreten Fall unschwer möglich, da es in Satz 2 heißt, als Fehlzeit gelte „grundsätzlich“ jedes Fernbleiben von der Arbeit während der letzten 12 Monate. Ausnahmen, auch solche, die anders als der Urlaub nicht ausdrücklich erwähnt sind, sind daher stillschweigend mitgedacht. Satz 2 ist nur insoweit ein Auffangtatbestand, als nicht in bestimmten Sachgebieten eine anderweitige Rechtsfolge geboten ist.

Das LAG Nürnberg (vom 15. 12. 2025 -1 SLa 158/25, Urteilsausfertigung S. 16 ff.) tritt dieser naheliegenden gesetzeskonformen Auslegung der Betriebsvereinbarung nicht näher und meint stattdessen:

> *„Es braucht nicht entschieden zu werden, ob eine Kürzung im Fall des Vorliegens eines solchen Fehlzeitgrundes* (gemeint ist insbes. der Mutterschutz und § 37 Abs. 6 BetrVG) *in rechtmäßiger Weise hätte vorgenommen werden dürfen. Auch wenn es solche in der BV 2023 nicht geregelten weitere zwingende Ausnahmetatbestände geben sollte, würde das nicht dazu führen, dass dadurch die Regelungen in Ziff. 3.5.3 BV 2023 selbst rechtswidrig und damit jegliche Kürzung ausgeschlossen wäre. Ansonsten würde damit der vorstehend geschilderte Zweck der Honorierung von Arbeitsleistung gänzlich verfehlt werden. Solche weiteren nicht geregelten Ausnahmetatbestände würden deshalb nur dazu führen, dass dann eine solche Kürzung im Einzelfall rechtswidrig wäre. Die vom Kläger angeführten Tatbestände liegen im hier zu entscheidenden Fall ersichtlich nicht vor.“*

Der hier gegebene Hinweis auf die nicht erwähnten Fälle von Kürzungsverboten hat im vorliegenden Zusammenhang nur den Sinn, die „Offenheit“ der in der BV getroffenen Regelung zu unterstreichen und dem schematischen Rückschluss „Wer nicht da ist, der bekommt eine Kürzung“ entgegenzutreten. Es kommt in den nicht ausdrücklich geregelten Fällen allein darauf an, ob es gesetzliche oder von der Rechtsprechung entwickelte Grundsätze gibt, die einer Kürzung entgegenstehen.

Was bedeutet dies konkret für die Berücksichtigung arbeitskampfbedingter Fehltage? Da es sich um eine Betriebsvereinbarung handelte, die erst nach Abschluss der Tarifrunde abgeschlossen wurde, kommen arbeitskampfrechtliche Grundsätze nicht zur Anwendung.

> Oben B II 1 a

Vielmehr gelten die allgemeinen Grundsätze für eine Differenzierung zwischen Streikenden und Weiterarbeitenden. Diese sind oben unter B II 1 b dargestellt. Aus ihnen ergibt sich, dass eine Schlechterstellung der Streikenden nur dann in Betracht kommt, wenn die Weiterarbeitenden während des Arbeitskampfes besonderen Belastungen ausgesetzt waren, die über das Normalmaß hinausgingen, das mit Streikarbeit verbunden ist.

Hierfür gibt es im vorliegenden Fall keinerlei Anhaltspunkte. Vielmehr geht es bei der „Arbeitskampfklausel“ nur um eine Art Anerkennung und Dank für die Weiterarbeit während des Streiks. Dies ist aber nach der oben wiedergegebenen Rechtsprechung kein zulässiger Differenzierungsgrund. Auch die Minderung wegen streikbedingter Fehlzeiten zählt daher zu den Ausnahmen, bei denen die Abwesenheit vom Arbeitsplatz nicht zu einer Minderung der betrieblichen Sonderleistung führen darf.

Im Ergebnis deckt sich dies mit dem Argument, die Unzulässigkeit einer nachträglichen Streikprämie werde nicht dadurch in Frage gestellt, dass mit einer betrieblichen Leistung noch andere Zwecke verfolgt werden.

> Däubler-Rödl, Arbeitskampfrecht, a.a.O., § 21 Rn.182: Eine Prämie für den Verzicht auf die Teilnahme am Streik ist eine verbotene Maßregelung. „Eine solche Prämie verliert ihren maßregelnden Charakter nicht, wenn sie mit einer anderen Prämie verbunden wird, die etwa den Verzicht auf Krankschreibung oder Eigenkündigung belohnt. Es ändert sich natürlich auch nichts dadurch, wenn in einem weiteren Schritt die Regelung der verbundenen Prämien so gefasst wird, dass die Prämie für den Streikverzicht sprachlich nicht mehr sichtbar wird.“

Bei der Qualifizierung als „nachträgliche Streikprämie für Weiterarbeitende“ oder als „nachträgliche Sanktionierung von Streikenden durch Entzug von Vorteilen“ kann es in der Tat nicht darauf ankommen, ob der Arbeitgeber mit einer derartigen Maßnahme auch andere Fälle von Nichtarbeit erfassen will oder ob er sich allein auf die Regelung von Streikfolgen konzentriert. Die Einbeziehung anderer Tatbestände kann nichts daran ändern, dass eine nachträgliche wirtschaftliche Begünstigung von Nichtstreikenden bis auf die hier nicht einschlägigen Sonderfälle unzulässig ist (oben B II 1 b). Dies wird nicht zuletzt an der im Sachverhalt (oben A II 1) mitgeteilten Aufstellung von „Berechnungstafeln“ deutlich, die dem einzelnen Arbeitnehmer drastisch vor Augen führen, welche wirtschaftlichen Nachteile einschließlich des partiellen Verlusts der Sonderleistung er im Falle einer Streikteilnahme in Kauf nehmen muss.

Das LAG München kommt in seinen beiden Entscheidungen (Urteil vom 10.12.2025 – 10 SLa 189/25 und Urteil vom 17.12.2025 – 5 SLa 195/25) zum selben Ergebnis, wählt dabei allerdings einen anderen Weg. Nach Ziff. 3.5.3 gelte als „Fehlzeit“ jedes „Fernbleiben von der Arbeit.“ Dies umfasse „ein Verhalten, bei dem jemand, der eigentlich zur Arbeitsleistung verpflichtet ist, dieser fernbleibt.“ Angesichts der suspendierenden Wirkung eines gewerkschaftlichen Streiks habe aber gar keine Arbeitspflicht bestanden. Die in der BV geregelten Ausnahmetatbestände würden durchweg Fälle erfassen, in denen an sich eine Arbeitspflicht existierte. Deshalb sei die Streikteilnahme von vorne herein nicht als „Fehlzeit“ im Sinne der BV anzusehen. Die Frage, ob eine unzulässige nachträgliche Benachteiligung wegen Streikteilnahme vorliege, bedürfe daher keiner Entscheidung mehr.

[III.] Regelung von Streikfolgen durch Betriebsvereinbarung?

1. Der Ausgangspunkt

Betriebsrat und Arbeitgeber sind grundsätzlich nicht befugt, die Ausübung des Grundrechts aus Art. 9 Abs. 3 GG zu regeln und insoweit fördernd oder restringierend tätig zu werden. Beides würde gegen die Neutralität gegenüber den sozialen Gegenspielern verstoßen. Dies hat die Rechtsprechung insbesondere im Zusammenhang mit dem aus Art. 9 Abs. 3 GG abgeleiteten Recht auf gewerkschaftliche Werbung und Information im Betrieb sowie im Zusammenhang mit der Frage konkretisiert, ob die Betriebsparteien den Umfang der Notstands- und Erhaltungsarbeiten bestimmen dürfen.

~~[1.]~~

[2.] Regelung der gewerkschaftlichen Werbung und Information im Betrieb durch Betriebsvereinbarung?

In seiner ersten grundsätzlichen Entscheidung zur gewerkschaftlichen Werbung und Information im Betrieb hat sich das BAG auch mit der Frage auseinandergesetzt, ob diese durch Gesamtbetriebsvereinbarung geregelt werden kann.

> BAG 14.2.1967 – 1 AZR 494/65, AP Nr. 10 zu Art. 9 GG

Im konkreten Fall hatten Gesamtbetriebsrat und Arbeitgeber als Arbeitsordnung eine Vereinbarung getroffen, wonach „das Verteilen von Zeitungen, Zeitschriften, Flugblättern usw. innerhalb der Betriebe verboten (waren), soweit nicht im einzelnen Fall die Genehmigung der Betriebsleitung und des Betriebsrates (vorlagen)." Da das BAG im Grundsatz ein gewerkschaftliches Recht auf Information und Werbung bejahte, musste es sich mit der Frage auseinandersetzen, ob die Arbeitsordnung (Gesamtbetriebsvereinbarung) dem entgegenstand. Dies wurde vom BAG mit großer Deutlichkeit abgelehnt, indem es in Rn.36 betonte:

> „Weiter ist zu beachten, dass Information und Werbung für eine bestimmte Gewerkschaft oder für Gewerkschaften überhaupt im Betrieb nicht durch den Betriebsrat als solchen erfolgen dürfen; dadurch würde gegen dessen gesetzlich vorgeschriebene Neutralität verstoßen. Die Beachtung dieser Schranke, die dem Wohle

> aller Arbeitnehmer des Betriebes und dem gesicherten Ablauf des Betriebsgeschehens schlechthin dient, schränkt die Informations- und Werbemöglichkeit nicht tragend ein.“

Aus dieser Trennung beider Sphären wurde dann hergeleitet, dass die Gesamtbetriebsvereinbarung das gewerkschaftliche Betätigungsrecht nicht beschränken konnte. In Rn.39 heißt es deshalb:

> „Dem Recht der Klägerin aus Art. 9 Abs. 3 GG steht nicht die im Betrieb der Beklagten geltende Arbeitsordnung im Wege. Wenn sie überhaupt gültig abgeschlossen wäre, wogegen § 48 BetrVG sprechen könnte, und wenn sie dahin auszulegen wäre, dass durch sie die gewerkschaftliche Information und Werbung im Betrieb verboten sein sollten, so wäre eine solche Regelung unwirksam, und die Betriebsvereinbarung wäre jedenfalls insoweit nichtig. Das folgt aus Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG, der jegliche Maßnahmen zur Beschränkung der Rechte aus Satz 1 dieser Grundrechtsbestimmung verbietet. Eine Beschränkung durch die Klägerin selbst liegt nicht vor, so dass deren rechtliche Möglichkeit nicht geprüft werden muss.“

Legt man dies zugrunde, so darf eine Betriebsvereinbarung auch keine weniger weitgehenden Regelungen wie die Beschränkung der Informationstätigkeit auf bestimmte Orte oder bestimmte Zeiträume vornehmen. Die Interessenvertretung auf der Grundlage des Art. 9 Abs. 3 und die betriebsverfassungsrechtlichen Kompetenzen stehen ersichtlich nebeneinander.

3. Regelung der Notstands- und Erhaltungsarbeiten im Arbeitskampf

Wenn es um die konkrete Bestimmung der Notstands- und Erhaltungsarbeiten geht, die auch während des Streiks fortgeführt werden müssen, so könnte es ebenfalls naheliegen, dass Betriebsrat und Arbeitgeber sich über die Abgrenzung im Einzelnen verständigen. Eine solche Möglichkeit wird jedoch auch hier von der Rechtsprechung

> LAG Hessen 22.4.1969 – 5 Sa 627/68, AP Nr. 40 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; LAG Niedersachsen 1.2.1980 – 10 Sa 110/79, AP Nr. 69 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Leitsatz 2: „Der Betriebsrat besitzt insoweit keine Kompetenz.“)

und der überwiegenden Auffassung in der Literatur abgelehnt.

> Däubler-Reinfelder, Arbeitskampfrecht, a.a.O., § 15 Rn.54; Fitting, BetrVG, 3~~2~~3. Aufl., München 202~~1~~4, § 74 Rn.24a; Berg, in: Däubler/Klebe/Wedde (Hrsg.), Kommentar zum BetrVG, ~~19~~20. Aufl., Frankfurt/Main 202~~1~~6, § 74 Rn.43 (im Folgenden: DKW-Bearbeiter); Bauer/Haußmann, Der Notdienst im Arbeitskampf, DB 1996, 881 ff.; Kempen, Das Rechtsverhältnis zwischen den Belegschaftsvertretern und den Gewerkschaften im Arbeitskampf, NZA 2005, 185, 189; a.A. Jacobs, in: Wiese/Kreutz u.a., Betriebsverfassungsgesetz. Gemeinschaftskommentar, 12. Aufl., Hürth 2022, § 74 Rn.84 ff. (im Folgenden: GK-BetrVG-Bearbeiter). Eine Regelung durch Betriebsvereinbarung wird nicht einmal erwogen bei Schaub-Treber, § 192 Rn.63.

Da ein ausreichender Notdienst Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für den Streik ist, kann die Disposition darüber nicht einem Dritten zustehen. Auch gehört es zu den Funktionsvoraussetzung des in Deutschland herrschenden Dualismus Betriebsrat – Gewerkschaft, dass die eine Form der Interessenvertretung in die andere nur dann hineinwirken kann, wenn es hierfür eine gesetzliche Grundlage gibt. So sind z. B. auch die organisatorischen Vorschriften des Betriebsverfassungsrechts einer tariflichen Regelung außerhalb des § 3 BetrVG und anderer ausdrücklicher Ermächtigungen nicht zugänglich. Entgegen diesem Prinzip abgeschlossene Betriebsvereinbarungen über Notstands- und Erhaltungsarbeiten sind daher unwirksam.

> DKW-Berg § 74 Rn.43 m. w. N.

4. Regelung anderer koalitionsrechtlicher Fragen durch Betriebsvereinbarung?

Die Beispiele der gewerkschaftlichen Information und Werbung im Betrieb und der Gestaltung von Notstands- und Erhaltungsarbeiten machen deutlich, dass dem Betriebsrat die funktionelle Zuständigkeit für die Regelung koalitionsrechtlicher Fragen fehlt. Auch andere, weniger bedeutsame Fragen, die mit den gewerkschaftlichen Betätigungsrechten in Zusammenhang stehen, sind der Regelungsbefugnis der Betriebspartner entzogen. Dies gilt auch für die Gewährung materieller Vergünstigungen an diejenigen, die sich nicht an einem

Streik beteiligt haben. Wie attraktiv oder unattraktiv die Teilnahme an einem Streik ist, bestimmen allein die Tarifparteien. Der Betriebsrat kann weder durch Vereinbarung einer „Anwesenheitsprämie“ (die Streikende nicht erhalten) noch durch Sonderleistungen an Weiterarbeitende in das Arbeitskampfgeschehen eingreifen.

5. Konsequenzen

Würde man die Betriebsvereinbarung „Betriebliche Sonderleistung 2023“ in der Weise anwenden, dass auch streikbedingte Fehltage zu einer Reduzierung der Leistung führen, so hätte der Betriebsrat außerhalb seiner Zuständigkeit gehandelt. Dies kann nicht unterstellt werden, so dass die streikbedingten Fehltage von vorne herein nicht von der Regelung in Ziffer 3.5.3 erfasst sind.

Die beiden Entscheidungen des LAG München (v. 10.12.2025 – 10 SLa 189/25 und Urteil vom 17.12.2025 – 5 SLa 195/25) haben sich mit dieser Frage nicht auseinandergesetzt. Das LAG Nürnberg (vom 15. 12. 2025 -1 SLa 158/25) hat sie zwar auf S. 7 der Urteilsausfertigung als Teil des Vorbringens des Klägers referiert, ist jedoch in den Entscheidungsgründen ebenfalls nicht darauf eingegangen. Dies kann in der Revisionsinstanz nachgeholt werden, da es sich nicht um neue Tatsachen, sondern um eine unterbliebene Anwendung bestehender Rechtsgrundsätze handelt.

Ergänzend sei noch darauf hingewiesen, dass es lediglich um die Regelung von Streikfolgen durch *Betriebsvereinbarung* geht; arbeitsvertragliche und tarifliche Regelungen bleiben weiterhin möglich. Die oben unter B II 1 a am Ende wiedergegebene Rechtsprechung des BAG hatte im Übrigen keine Regelungen durch Betriebsvereinbarung zum Gegenstand.

III.[IV.] Kürzung aus arbeitskampfrechtlichen Grundsätzen?

Das LAG München hat in seinen beiden Entscheidungen (v. 10.12.2025 – 10 SLa 189/25 und Urteil vom 17.12.2025 – 5 SLa 195/25) den Standpunkt vertreten, wegen der Streikzeit könnte die in der BV 2023 geregelte Zuwendung auch ohne besondere Anordnung in der BV anteilig gekürzt werden. Dies war zuvor von keiner Seite geltend gemacht worden. Das LAG München ermittelte die Zahl der in den fraglichen Zeitraum fallenden Arbeitstage und nahm einen Abzug von der Sonderzuwendung vor, der dem Verhältnis der Streiktage zur Gesamtheit der Arbeitstage entsprach. Pro Streiktag war dies 1/220 (Urteil v. 10.12.2025 – 10 SLa 189/25) oder 1/249 (Urteil v. 17.12.2025 – 5 SLa 195/25) der Zuwendung, also deutlich weniger als die Minderung um 1/60 pro Fehltag, die die BV vorgesehen hatte.

Das LAG München geht im Ansatz zutreffend davon aus, dass der Streik die Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis suspendiert und deshalb auch die Vergütungspflicht entfallen lässt. Dies gilt insbesondere für die laufenden Bezüge. Bei jährlichen Sonderzuwendungen ist die Situation eine andere: Ihre Existenz und ihre Höhe bestimmen sich ausschließlich danach, was in der für sie einschlägigen Rechtsgrundlage (Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag) vorgesehen ist.

> So auch BAG 13.2.2007 – 9 AZR 374/06 – NZA 2007, 573; eingehend Däubler-Ögüt, Arbeitskampfrecht, a.a.O., § 19 Rn.36 ff.

Insoweit gibt es keine „gesetzliche Folge“ eines Streiks. Vielmehr ist die jeweilige Rechtsgrundlage auszulegen und zu befragen, ob sie einen etwa stattgefundenen oder in der Zukunft stattfindenden Streik berücksichtigen will oder nicht. Dabei hat sie die oben unter B II 1 dargelegten Grundsätze zu beachten. Wird beispielsweise nur auf die Betriebszugehörigkeit abgestellt, kann trotz Streiks die volle Zuwendung verlangt werden.

> BAG 20.12.1995 – 10 AZR 742/94 – NZA 1996, 491

Es findet nicht etwa ein automatischer Abzug wegen Streikteilnahme statt.

Wenn nun das LAG München zu dem Ergebnis kommt, die Kürzungsklausel in der BV sei nicht auf Streiks anzuwenden, so kann es keinen Abzug von der vorgesehenen Sonderleistung

vornehmen. Dies wäre eine zu Widersprüchen führende Interpretation: Obwohl die einschlägige Rechtsgrundlage den Streik ausklammert und damit die Streikenden wie alle übrigen, d. h. so behandelt, als hätten sie nicht gestreikt, müssen sie sich einen streikbedingten Abzug gefallen lassen. Dies kann ersichtlich nicht gewollt sein.

Würde man dem LAG München in seiner „Ausklammerungsthese“ nicht folgen, so wäre eine Minderung gleichwohl als nachträgliche Sanktion für Streikteilnahme nach § 612a BGB unzulässig. Eine durch Betriebsvereinbarung festgelegte Rechtsposition würde wegen der Ausübung eines Grundrechts, konkret: des Streikrechts nach Art. 9 Abs. 3 GG, teilweise entzogen. Wenn mit derselben Maßnahme auch andere Ziele verfolgt werden, ist dies ohne Bedeutung.

IV. Maßregelungsverbote

1. Bedeutung

In der Entscheidung des ArbG Offenbach sowie bei Auseinandersetzungen in NRW kommt zu einer Abmachung, die der bisher erörterten Betriebsvereinbarung „Betriebliche Sonderleistung 2023“ entspricht, ein tarifliches Maßregelungsverbot hinzu. Dieses hat den Sinn, den Arbeitsfrieden dadurch wiederherzustellen, dass wegen der Streikteilnahme und damit zusammenhängenden Handlungen keine Sanktionen mehr verhängt werden dürfen. Wie weit eine solche Maßregelungsklausel reicht, ist eine Frage der Auslegung; nicht immer wird wegen des Widerstands der Arbeitgeberseite das eigentlich verfolgte Ziel in vollem Umfang erreicht.

Eine relativ weitgehende Regelung wurde von den Tarifparteien der Druckindustrie am Ende des Streiks 1984 geschlossen, wo es u.a. hieß (wiedergegeben nach BAG 4.8.1987 – 1 AZR 486/85, NZA 1988, 61):

1. *Jede persönliche Maßregelung von Beschäftigten wegen Beteiligung an dem Tarifkonflikt in der Druckindustrie 1984 unterbleibt oder wird rückgängig gemacht, falls sie bereits erfolgt ist.*
2. *Soweit Ansprüche oder Anwartschaften von der ununterbrochenen Dauer des Arbeitsverhältnisses oder der Betriebszugehörigkeit...abhängen, gelten das Arbeitsverhältnis und die Betriebszugehörigkeit …der betreffenden Arbeitnehmer durch die Arbeitskampfmaßnahmen als nicht unterbrochen.*

Aufgrund dieser Regelung konnten nach Auffassung des BAG die Streikenden dieselben Prämien verlangen, die die Weiterarbeitenden aufgrund freiwilliger Zusagen des Arbeitgebers erhalten hatten.

So BAG 4.8.1987 – 1 AZR 486/85, NZA 1988, 61

Eine ähnlich weitgehende Regelung wurde im Jahre 2004 für Redakteurinnen und Redakteure an Tageszeitungen vereinbart, wo u.a. die Minderung von Jahresleistungen, die von der

geleisteten Arbeit abhingen, Gegenstand der Regelung wurde. Im Einzelnen wurde festgelegt (wiedergegeben nach BAG 13.2.2007 – 9 AZR 374/06, NZA 2007, 573):

a) *„Jede Maßregelung von Redakteurinnen/Redakteuren bzw. Volontärinnen/Volontären und freien Journalistinnen und Journalisten an Tageszeitungen aus Anlass der Tarifverhandlungen für einen neuen MTV und GTV für Redakteurinnen und Redakteure an Tageszeitungen und einen neuen Tarifvertrag für die freien arbeitnehmerähnlichen Journalistinnen und Journalisten an Tageszeitungen unterbleibt oder wird rückgängig gemacht, falls sie erfolgt ist. Streikbedingte Leistungen an Redakteurinnen/Redakteure und Volontärinnen/Volontäre bzw. freie Journalistinnen und Journalisten an Tageszeitungen unterfallen nicht diesem Maßregelungsverbot.*
b) *.....*
c) *Soweit Ansprüche oder Anwartschaften von der ununterbrochenen Beschäftigung oder Betriebszugehörigkeit abhängen oder davon, dass das Arbeitsverhältnis nicht geruht hat, gelten die Beschäftigungsdauer oder Betriebszugehörigkeit durch die Arbeitskampfmaßnahmen als nicht unterbrochen, das Arbeitsverhältnis als nicht ruhend."*

Ausgangspunkt ist das Recht der Tarifparteien, Sonderzahlungen von Bedingungen abhängig zu machen, die sie selbst festlegen. Dazu kann auch eine Minderung durch Zeiten ohne tatsächliche Arbeitsleistung einschließlich der Streikteilnahme gehören. Dies wird auch nicht durch eine allgemein gehaltene Klausel, die eine „Maßregelung" wegen Streikteilnahme verbietet, wieder aus der Welt geschafft.

BAG 13.2.2007 – 9 AZR 374/06, NZA 2007, 573 Rn.17, 19

Anders verhält es sich jedoch mit der unter c) getroffenen Festlegung, wonach das Arbeitsverhältnis als „nicht ruhend" fingiert wird. Diese Klausel sei zwar nicht im Sinne einer „eher ungewöhnlichen Regelung" zu verstehen, wonach der Arbeitgeber das Entgelt für die arbeitskampfbedingt ausgefallene Arbeitszeit entrichten müsse.

BAG 13.2.2007 – 9 AZR 374/06, NZA 2007, 573 Rn.21

Sie bedeute aber, dass das „Ruhen“ in allen anderen Zusammenhängen nicht berücksichtigt werden solle. Es dürfen insbesondere künftig fällig werdende Ansprüche nicht wegen der Streikteilnahme entfallen (BAG, Rn.22).

Eigentlich würde der Wortlaut für die „eher ungewöhnliche Regelung“ sprechen, doch entspricht eine so verstandene Regelung nicht der jahrzehntelangen Praxis, über deren Sinn allerdings wenig nachgedacht wird.

Die Darstellung dieser bisherigen Vereinbarungspraxis kann die Einordnung und Auslegung der Maßregelungsklauseln in Hessen und Nordrhein-Westfalen erleichtern.

2. Das tarifliche Maßregelungsverbot in Hessen

a) Der Inhalt im Einzelnen

Wie oben unter A II 1 wiedergegeben, spielte im Verfahren vor dem ArbG Offenbach eine tarifliche Maßregelungsklausel eine Rolle, deren Ziffer 3 lautet:

> „Bei der Berechnung von Urlaubsentgelt bzw. Lohnfortzahlung werden Streiktage so behandelt, als wäre an ihnen gearbeitet bzw. als wären sie bezahlt worden. Das gleiche gilt für Leistungen, die von der Dauer des Arbeitsverhältnisses abhängen, ausgenommen Jahresanwesenheitsprämien.“

Das bedeutet, dass für die Berechnung des Urlaubsgeldes und im Rahmen der Lohnfortzahlung die Streikzeit wie eine Zeit geleisteter Arbeit behandelt wird, also keine Minderung von Sonderzahlungen eintreten darf. Ausgenommen sind davon jedoch nach dem Willen der Tarifparteien „Jahresanwesenheitsprämien“; insoweit dürfte auch ein Abzug für Streiktage möglich bleiben.

Die Einführung einer Anwesenheitsprämie hat den Sinn, die Arbeitnehmer zu motivieren, die Zahl ihrer Fehltage möglichst gering zu halten – so die von der Rechtsprechung und Literatur vertretene Auffassung.

BAG 26.10.1994 – 10 AZR 482/93, NZA 1995, 266; ErfK-Reinhard § 4a EFZG Rn.3; Schaub-Pessinger § 79 Rn.1

Sie ist daher notwendigerweise zukunftsgerichtet. Wird stattdessen auf die Vergangenheit abgestellt und eine Jahresleistung vorgesehen, die sich wegen in der Vergangenheit liegender Fehltage mindert, so liegt keine Anwesenheitsprämie vor. Vielmehr handelt es sich dann um eine Art Treueprämie, die auf den Umfang der tatsächlich geleisteten Arbeit abstellt: Wer keinerlei Fehltage hatte, erhält den höchsten Betrag. Hier kann die für die „Jahresanwesenheitsprämie“ geltende Ausnahme nicht Platz greifen; es liegt eine andersartige Sonderleistung (eben eine „Treueprämie“) vor. Bei ihr dürften dieselben Grundsätze wie beim Urlaubsgeld und der sog. Jahresleistung gelten, d. h. eine Minderung scheidet aus. Als Ausnahmeregelung ist die Herausnahme der „Jahresanwesenheitsprämie“ eng zu interpretieren und deshalb nicht auf die andersartige Treueprämie zu erstrecken.

b) Anwendung durch das ArbG Offenbach

Die Betriebsvereinbarung „Betriebliche Sonderleistung 2024“ wurde am 19. September 2024 abgeschlossen. Streikaktionen hatten vom 1. Mai 2023 bis zum 12. Juli 2024 stattgefunden. Ziffer 3.5.3 der Betriebsvereinbarung hebt auf Fehlzeiten im Zeitraum vom 1. Oktober 2023 bis zum 30. September 2024 ab. Dies bedeutet, dass bis auf wenige Tage im September ausschließlich auf in der Vergangenheit liegende Umstände abgestellt wird. Gleichwohl soll es sich um eine Anwesenheitsprämie handeln. Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass in den Vorjahren auf freiwilliger Basis entsprechende Regelungen bestanden hatten. Der Einzelne habe daher die Hoffnung haben können, dass auch 2024 wiederum eine entsprechende Abmachung zustande kommen würde; dies sei Anlass genug, um Fehlzeiten möglichst gering zu halten.

So ArbG Offenbach, 10 Ca 57/25, S. 16 des Urteilstextes unter Bezugnahme auf BAG 30.7.2008 – 10 AZR 497/07, NZA 2008, 1412 Rn.26

Dies vermag nicht einzuleuchten. Für die betroffenen Arbeitnehmer wie für den Arbeitgeber macht es einen wesentlichen Unterschied, ob eine klare Regelung existiert, nach der sich Fehlzeiten anspruchsmindernd auswirken, oder ob die ungewisse Aussicht besteht, dass der Arbeitgeber freiwillig (vielleicht) wieder eine entsprechende Regelung schaffen wird. Im

zweiten Fall verflüchtigt sich die Anreizfunktion. Der sachliche Grund für die Zuwendung, der u.a. für die Auslegung ihrer Rechtsgrundlage maßgebend ist, liegt deshalb nicht mehr im Anreiz, sondern in der erbrachten Arbeitsleistung, die je nach ihrem tatsächlichen Umfang eine höhere oder niedrigere Jahresleistung zur Folge hat.

Da in Wirklichkeit eine Treueprämie vorlag, konnte die Ausnahme in der vereinbarten Maßregelungsklausel nicht Platz greifen. Entgegen der Auffassung des ArbG Offenbach (Urteil S. 17) war daher die Jahresleistung nicht wegen der Streiktage zu mindern.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass auch dann, wenn man mit dem ArbG Offenbach eine Jahresanwesenheitsprämie annehmen würde, das Ergebnis kein anderes wäre: Wie unter B II dargelegt, erfasst die Ziffer 3.5.3 der Betriebsvereinbarung arbeitskampfbedingte Fehlzeiten nicht. Außerdem besteht keine Kompetenz des Betriebsrats, die Konsequenzen eines Streiks zu regeln. Den Klagen müsste daher auch dann stattgegeben werden.

V. Die Kürzungsgrenze des § 4a EFZG

1. Überblick

In den Verfahren vor dem ArbG Hamm hat der Rückgriff auf § 4a EFZG eine zentrale Rolle gespielt. Im Hinblick auf andere anhängige Verfahren empfiehlt es sich deshalb, einen etwas genaueren Blick auf diese Vorschrift zu werfen. Zunächst sei ihr Wortlaut in Erinnerung gerufen:

> *§ 4a Kürzung von Sondervergütungen*
> *Eine Vereinbarung über die Kürzung von Leistungen, die der Arbeitgeber zusätzlich zum laufenden Arbeitsentgelt erbringt (Sondervergütungen), ist auch für Zeiten der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit zulässig. Die Kürzung darf für jeden Tag der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit ein Viertel des Arbeitsentgelts, das im Jahresdurchschnitt auf einen Arbeitstag entfällt, nicht überschreiten.*

Die Vorschrift enthält keine Ermächtigung zur Kürzung von Sondervergütungen; diese muss aufgrund anderer Rechtsgrundlagen möglich sein.

> Schaub-Pessinger, § 79 Rn.4; ErfK-Reinhard § 4a EFZG Rn.2.

Sie sieht jedoch in Satz 1 vor, dass auch Zeiten der Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit eine Kürzung rechtfertigen können, wobei es nicht darauf ankommt, ob diese mit einer Entgeltfortzahlung verbunden ist oder ob wegen Überschreitung der Sechs-Wochen-Grenze nur noch Krankengeld durch die GKV gewährt wird.

> Zu den Bedenken gegen diese Regelung wegen eines Widerspruchs zum unionsrechtlichen Grundsatz der Minimierung von Gesundheitsrisiken s. oben B II 2 b (2)

Satz 2 schafft eine Obergrenze für die Kürzung: Diese darf nicht mehr betragen als ein Viertel des Arbeitsentgelts, das der Betroffene im Jahresdurchschnitt an einem Tag erhält. Dies wirft Auslegungs- und Berechnungsprobleme auf.

2. Kürzungsgrenze nur für krankheitsbedingte Fehlzeiten?

Zunächst ist festzustellen, dass es auch hier keinen Unterschied macht, ob eine Sonderzahlung nur unter der Voraussetzung ausbleibender Fehltage bezahlt wird oder ob sie generell gewährt, für den Fall von Fehltagen aber gekürzt wird oder wegfällt.

ErfK-Reinhard § 4a Rn.3

Weiter bezieht sich die Vorschrift ausschließlich auf krankheitsbedingte Fehltage. Eine Kürzung aus anderem Anlass wie etwa Streikteilnahme oder Sabbatical wird von der Vorschrift nicht erfasst.
Kür

Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Trümner § 39 Rn.212; ErfK-Reinhard § 4a EFZG Rn.9; Schaub-Pessinger § 79 Rn.9

Es besteht allenfalls die Möglichkeit, aus dem Grundgedanken des § 4a EFZG heraus bestimmte Kürzungsmöglichkeiten als „unbillig“ oder als unverhältnismäßig zu qualifizieren.

3. Die Berechnung der Obergrenze für Kürzungen

Da es auf das durchschnittliche Tageseinkommen im Laufe eines Jahres ankommt, muss man zunächst fragen, ob nur das regelmäßige Einkommen zu berücksichtigen ist (das im Krankheitsfall immer fortgezahlt wird) oder ob auch Sonderleistungen wie Weihnachtsgratifikationen, Urlaubsgeld und Inflationsausgleichszahlungen einzubeziehen sind. Je mehr Einkommensbestandteile herangezogen werden, umso höher wird der durchschnittliche Tagesverdienst und damit auch das Viertel, das die Obergrenze für Kürzungen bestimmt. Die Frage ist in der Literatur umstritten.

Für Beschränkung auf das laufende Einkommen Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Trümner § 39 Rn.213; Vogelsang, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht. Kommentar, 11. Aufl., Köln 2024, § 4a EFZG Rn.22; a. A. ErfK-Reinhard § 4a EFZG Rn.13 m.w.N.; Schaub-Pessinger § 79 Rn.11

Das BAG hat die Frage bisher dahinstehen lassen.

BAG 15.12.1999 – 10 AZR 626/98, NZA 2000, 1042 Rn.44

Da Satz 2 anders als Satz 1 nicht von „laufendem Arbeitsentgelt“, sondern nur von „Entgelt“ spricht, dürften Sonderleistungen in die Berechnung einzubeziehen sein.

Als nächstes ist zu berücksichtigen, wie viele Tage die einzelne Person im Laufe des Bezugszeitraums (z. B. der letzten 12 Monate vor Gewährung der Zusatzleistung) gearbeitet hat. Wurde durchgehend die Fünf-Tage-Woche praktiziert, ergibt sich ein Divisor von 260, da auch die Urlaubszeit mitzurechnen ist.

Schaub-Pessinger § 79 Rn.13 mit Nachweisen auch für die Gegenmeinung, die den Urlaub ausnehmen will.

Der Kürzungsbetrag darf dann nicht höher sein als ein Viertel dieses so ermittelten Tagesverdienstes. Dies lässt sich an Zahlenbeispielen verdeutlichen.

Unterstellt, Arbeitnehmer X habe in dem maßgebenden Jahr insgesamt 40.000 Euro brutto bezogen. Bei einer durchgehend praktizierten Fünf-Tage-Woche beträgt der Tagesverdienst 40.000 geteilt durch 260 = 153,85 Euro. Ein Viertel davon macht 38,46 Euro. Beläuft sich die „Jahresabschlussprämie“ auf 5.000 Euro und mindert sie sich pro Fehltag um 1/60, so ergibt dies einen Kürzungsbetrag von 83,33 Euro. Dieser liegt um mehr als das Doppelte über der gesetzlichen Grenze.

Beläuft sich die Jahresendprämie auf 3.000 Euro und wird auch sie pro Fehltag um 1/60 gekürzt, so ergibt sich eine tägliche Kürzung von 50 Euro. Auch diese ist zu hoch.

Die Beispiele machen deutlich: Je höher der Anteil der Sonderzahlung am Gesamteinkommen, umso stärker wirkt sich die Grenze des § 4a Satz 2 EFZG aus. Werden nur 1.000 Euro als Belohnung für treue Dienste ausgelobt und wird ebenfalls ein Kürzungsfaktor von 1/60 zugrunde gelegt, so entsteht kein Widerspruch zu § 4a Satz 2 EFZG: Der Kürzungsbetrag pro Tag beträgt nur 16,66 Euro, liegt also erheblich unter der gesetzlichen Grenze.

Welche Rechtsfolgen ergeben sich, wenn die Grenze des § 4a Satz 2 EFZG überschritten wurde? Hier ist zu differenzieren.

Bewegt sich alles auf arbeitsvertraglicher Ebene, so ist die fragliche Kürzungsvorschrift unwirksam. Sie kann auch nicht im Umfang einer zulässigen Kürzung aufrechterhalten werden: Dies wäre eine „geltungserhaltende Reduktion“, die im AGB-Recht grundsätzlich ausgeschlossen ist.

> Grundlegend BGH 17.5.1982 – VII ZR 316/81, NJW 1982, 2309, 2310; dem BGH folgend BAG 13.12.2011 – 3 AZR 791/09, NZA 2012, 738, 740; BAG 18.12.2008 – 8 AZR 81/08, NZA-RR 2009, 519, 525; BAG 25.9.2008 – 8 AZR 717/07, NZA 2009, 370, 377; zum Diskussionsstand in der Literatur s. die Nachweise bei Bonin/Walser, in: Däubler/Deinert/Walser, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht. Kommentar zu den §§ 305 bis 310 BGB, 5.Aufl., München 2021, § 306 BGB Rn.14 mit Fn.86

Insoweit kann dann keinerlei Kürzung mehr stattfinden.

Erfolgt eine Regelung durch Betriebsvereinbarung, ist die Situation eine andere. Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion gilt hier nicht. Überschreitet eine Kürzungsbestimmung in einer Betriebsvereinbarung den nach § 4a Satz 2 EFZG zulässigen Rahmen, so ist diese zwar unwirksam. Sie kann jedoch in entsprechender Anwendung von § 140 BGB in eine Kürzungsvorschrift umgedeutet werden, die lediglich den zulässigen Rahmen ausschöpft.

> Für gesetzeskonforme Kürzung auch ErfK-Reinhard § 4a EFZG Rn.15

Ob davon in der Praxis auch wirklich Gebrauch gemacht würde, erscheint durchaus zweifelhaft.

VI. Zusammenfassung

1. Die Streikteilnahme stellt keinen sachlichen Grund dar, um nach Beendigung des Arbeitskampfes bei betrieblichen Zuwendungen zwischen Streikenden und Nichtstreikenden zu differenzieren. Eine Ausnahme besteht nach der Rechtsprechung nur dann, wenn die Weiterarbeitenden in einer Weise belastet wurden, die über das bei Streikarbeit entstehende Normalmaß deutlich hinausgeht.

2. Das Verbot der nachträglichen Benachteiligung wegen Streikteilnahme besteht auch dann, wenn Sonderzahlungen von effektiv geleisteter Arbeit abhängig gemacht werden. Genau wie andere Fälle wie z. B. eine Abwesenheit wegen Schutzfristen nach dem MuSchG, eine behinderungsbedingte Erkrankung oder die Wahrnehmung betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben, die üblicherweise unerwähnt bleiben, darf auch die streikbedingte Abwesenheit nicht anspruchsmindernd berücksichtigt werden.

3. Die Betriebsparteien haben keine Kompetenz, koalitionsrechtliche Regelungen wie die Bestimmung von Streikfolgen zu schaffen. Dieses Prinzip ist von der Rechtsprechung insbesondere in Bezug auf die gewerkschaftliche Information und Werbung im Betrieb sowie in Bezug auf den Umfang von Notstands- und Erhaltungsarbeiten bestätigt und konkretisiert werden. Dem Betriebsrat fehlt insoweit die funktionelle Zuständigkeit. Dies ist bei der Auslegung von Klauseln in Betriebsvereinbarungen zu beachten, die eine Minderung von Sonderzuwendungen bei unterbliebener Arbeitsleistung vorsehen.

4. Maßregelungsverbote können dazu führen, dass Streikende ebenfalls die Zuwendungen erhalten, die Arbeitswillige während des Arbeitskampfes bekommen haben. Sie können auch ausschließen, dass Streikzeiten bei der Gewährung von betrieblichen Sonderzahlungen anspruchsmindernd berücksichtigt werden.

5. „Anwesenheitsprämien“ liegen nur dann vor, wenn ein realer Anreiz zur Vermeidung von Fehltagen geschaffen wird. Die bloße Hoffnung oder Erwartung, dass eine entsprechende Regelung geschaffen wird, die eine möglichst hohe Anwesenheitszeit belohnt, reicht nicht aus.

6. § 4a EFZG betrifft unmittelbar nur krankheitsbedingte Fehlzeiten. Je höher im Verhältnis zum Gesamteinkommen eine Sonderzahlung ist, umso eher wird die Grenze des § 4a Satz 2 EFZG wirksam. Bei Überschreitung der Grenze sind arbeitsvertragliche Kürzungsbestimmungen insgesamt unwirksam. Betriebsvereinbarungen werden im Zweifel auf das zulässige Kürzungsvolumen reduziert.