

Bundesarbeitsgericht  
Fünfter Senat

Urteil vom 27. Mai 2020  
- 5 AZR 258/19 -  
ECLI:DE:BAG:2020:270520.U.5AZR258.19.0

I. Arbeitsgericht Frankfurt am Main

Urteil vom 22. Mai 2018  
- 16 Ca 8297/17 -

II. Hessisches Landesarbeitsgericht

Urteil vom 31. Januar 2019  
- 11 Sa 870/18 -

---

Entscheidungsstichwort:

Berechnung eines tariflichen Krankengeldzuschusses

# BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 258/19  
11 Sa 870/18  
Hessisches  
Landesarbeitsgericht

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
27. Mai 2020

## URTEIL

Münchberg, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 27. Mai 2020 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Linck, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Berger und Dr. Volk sowie die ehrenamtlichen Richter Menssen und Jungbluth für Recht erkannt:

1. Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 31. Januar 2019 - 11 Sa 870/18 - wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

## Von Rechts wegen!

### Tatbestand

Die Parteien streiten über die Berechnung eines tariflichen Krankengeldzuschusses. 1

Die Klägerin ist seit Juni 1988 bei der Beklagten, die eine Fluggesellschaft betreibt, als Flugbegleiterin auf der Grundlage eines Arbeitsvertrags vom 31. Mai 1988 beschäftigt. Kraft individualvertraglicher Bezugnahme findet auf das Arbeitsverhältnis der Manteltarifvertrag Nr. 2 für das Kabinenpersonal idF vom 1. Januar 2013 (iF MTV Nr. 2 Kabine) Anwendung. Dieser regelt ua.: 2

**„§ 5 Anspruch auf Vergütung**

(1) Die Mitarbeiter erhalten eine auf monatlicher Grundlage errechnete Vergütung, die sich wie folgt zusammensetzt:

- a) Grundvergütung (§ 7 Abs. (1))
- b) Purserzulage (§ 7 Abs. (2))
- c) Schichtzulage (§ 7 Abs. (3))
- d) Mehrflugstundenvergütung (§ 9)
- e) Fremdsprachenzulage (§ 10)
- f) Zuschläge

...

**§ 7 Grundvergütung, Purserzulage, Schichtzulage**

(1) Die Mitarbeiter erhalten eine Grundvergütung.

...

- (3) Die Mitarbeiter erhalten zur Abgeltung der Erschwer-  
nisse durch Sonn-, Feiertags- und Nachtarbeit eine  
Schichtzulage. Sonstige Erschwer-  
nisse der fliegeri-  
schen Tätigkeit sind durch die Grundvergütung ab-  
gegolten.

...

### **§ 13 Krankenbezüge**

- (1) Wird ein Mitarbeiter durch Erkrankung oder Unfall  
arbeitsunfähig, erhält er für die Dauer der Arbeitsun-  
fähigkeit unter den nachfolgenden Voraussetzungen  
Krankenbezüge.
- (2) Bis zur Dauer von 6 Wochen wird als Krankenbezug  
die aktuelle Vergütung (§ 5 Abs. (1) a), b), c) und e))  
weitergezahlt. ...
- (3) Vom Beginn der 7. Woche erhalten arbeitsunfähige  
Mitarbeiter zu den Leistungen aus der Kranken- oder  
Unfallversicherung als Krankenbezug einen Kran-  
kengeldzuschuss, der sich wie folgt errechnet:
- a) Die am 42. Tag der Arbeitsunfähigkeit gemäß  
Abs. (2) abgerechnete monatliche Vergütung ist  
um die gesetzlichen Abzüge und um das von  
der gesetzlichen Pflichtkrankenkasse zu ge-  
währende Krankengeld oder die entsprechen-  
den Leistungen anderer Sozialversicherungs-  
träger, ... zu vermindern. Der sich aus dieser  
Berechnung ergebende Betrag ist um die da-  
rauf anfallenden Steuern zu erhöhen. Der  
Krankengeldzuschuss vermindert sich auch  
dann um den Betrag des Krankengeldes, wenn  
dem Mitarbeiter gemäß § 52 SGB V ein An-  
spruch auf Krankengeld versagt wird. Mitglie-  
dern von Ersatzkassen wird ohne Rücksicht auf  
die tatsächliche Leistung der Ersatzkasse das  
Krankengeld der sonst zuständigen gesetzli-  
chen Krankenkasse abgezogen.

Fällt eine Höhergruppierung in den Zeitraum  
der Fortzahlung nach Abs. (2) oder erfolgte die  
Höhergruppierung in dem Zeitraum zwischen  
Beginn der Arbeitsunfähigkeit und dem Ende  
des davor liegenden Abrechnungszeitraumes  
(Abs. (3) a)), so ist abweichend von Satz 1 der  
Krankengeldzuschuss auf der Basis der neuen  
Vergütung (§ 5 Abs. (1) a), b), c) und e)) zu er-  
rechnen.

- b) Bei Mitarbeitern, die wegen der Höhe ihres Einkommens nicht krankenversicherungspflichtig sind, erfolgt die Berechnung des Krankengeldzuschusses gemäß Abs. (3) a) unter Abzug des Krankengeld-Höchstsatzes der gesetzlichen Pflichtkrankenkasse.

Diese Mitarbeiter sind verpflichtet, für die Zeit vom Beginn der 7. Woche an eine angemessene Krankentagegeldversicherung abzuschließen, die der Höhe nach mindestens dem Höchstsatz der AOK entspricht. Für die Zeit nach Erlöschen des Anspruches auf Krankengeldzuschuss soll eine Krankentagegeldversicherung abgeschlossen werden.

...

- (4) a) Der Krankengeldzuschuss wird gezahlt nach einer Dienstzeit

...

von mindestens 15 Jahren bis zum Ende der 39. Woche,

in allen Fällen jeweils vom Beginn der 7. Woche ab, jeweils jedoch nicht über die Dauer des Arbeitsverhältnisses hinaus.“

Aufgrund der Höhe ihres regelmäßigen Arbeitsentgelts ist die Klägerin nicht krankenversicherungspflichtig. Sie ist freiwillig versichertes Mitglied einer gesetzlichen Krankenkasse. Die Klägerin war vom 28. Oktober 2014 bis zum 1. August 2016 arbeitsunfähig erkrankt. Der 42. Tag der Arbeitsunfähigkeit war der 8. Dezember 2014. Von der Krankenkasse erhielt sie ab dem 9. Dezember 2014 ein kalendertägliches Bruttokrankengeld iHv. 87,60 Euro, das Nettokrankengeld betrug 76,84 Euro pro Kalendertag.

3

Die Beklagte zahlte ab dem 9. Dezember 2014 einen Krankengeldzuschuss nach § 13 Abs. 3 Buchst. a und Buchst. b MTV Nr. 2 Kabine iHv. 19,05 Euro netto pro Kalendertag an die Klägerin. Dabei legte sie ihrer Berechnung das Grundgehalt von 4.624,64 Euro brutto und die Schichtzulage von 753,82 Euro brutto zugrunde, die im Fall der Lohnfortzahlung im Dezember 2014 insgesamt zu zahlen gewesen wären. Davon zog sie gesetzliche Abzüge bezogen auf den gesamten Monat Dezember 2014 ab und errechnete ein ka-

4

ländertägliches Nettoentgelt iHv. 113,55 Euro. Hiervon zog sie den Krankengeld-Höchstsatz der gesetzlichen Krankenkasse, der im Abrechnungszeitpunkt bei kalendertäglich iHv. 94,50 Euro brutto lag, ab.

Mit ihrer Klage hat die Klägerin von der Beklagten einen höheren Krankengeldzuschuss für die Zeit vom 9. Dezember 2014 bis zum 27. Juli 2015 begehrt. 5

Die Klägerin ist der Auffassung, der Krankengeldzuschuss sei falsch berechnet. Auszugehen sei von der Vergütung, die sie von der Beklagten am 8. Dezember 2014 für den Monat Dezember 2014 erhalten habe. Daher sei auch eine geringere Lohnsteuer anzusetzen. Zu Unrecht habe die Beklagte das Bruttokrankengeld in Abzug gebracht, abzuziehen sei das Nettokrankengeld. Es sei auf das tatsächlich gewährte Nettokrankengeld abzustellen, nicht auf den Krankengeld-Höchstsatz der gesetzlichen Krankenkasse. Die Regelung des § 13 Abs. 3 Buchst. b MTV Nr. 2 Kabine sei wegen Diskriminierung älterer Arbeitnehmer unwirksam. 6

Die Klägerin hat sinngemäß beantragt, 7

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 12.488,43 Euro netto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach näher bestimmter Staffellung zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. 8

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Zahlungsanspruch weiter. 9

## **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Revision ist unbegründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf weitere Krankengeldzuschüsse. Zwar hat das Landesarbeitsgericht die Regelung des § 13 Abs. 3 Buchst. a MTV Nr. 2 Kabine in Bezug auf den 10

Basisbetrag der Berechnung unzutreffend ausgelegt. Die Entscheidung stellt sich jedoch im Ergebnis aus anderen Gründen als richtig dar, sodass die Revision zurückzuweisen ist (§ 561 ZPO).

I. Die Klage ist zulässig, insbesondere streitgegenständlich hinreichend bestimmt iSd. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Es handelt sich für den streitbefangenen Zeitraum um eine abschließende Gesamtklage (vgl. BAG 20. November 2019 - 5 AZR 39/19 - Rn. 14). 11

II. Die Klage ist unbegründet. 12

1. Die Klägerin hat gegen die Beklagte Anspruch auf Krankengeldzuschuss iHv. kalendertäglich 19,05 Euro netto. Diesen Anspruch, der aus § 13 Abs. 3 Buchst. a und Buchst. b Satz 1 MTV Nr. 2 Kabine folgt, hat die Beklagte erfüllt. Ein weitergehender Anspruch ergibt sich aus der tariflichen Regelung nicht. 13

a) Nach den mit der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts finden die Regelungen des MTV Nr. 2 Kabine aufgrund individualvertraglicher Bezugnahme auf das Arbeitsverhältnis der Klägerin Anwendung. 14

b) Gemäß § 13 Abs. 3 Buchst. a MTV Nr. 2 Kabine erhalten arbeitsunfähige Mitarbeiter zu den Leistungen aus der Kranken- oder Unfallversicherung als Krankenbezug einen Krankengeldzuschuss. Dazu ist die am 42. Tag der Arbeitsunfähigkeit gemäß § 13 Abs. 2 MTV Nr. 2 Kabine abgerechnete monatliche Vergütung um die gesetzlichen Abzüge und um das von der gesetzlichen Pflichtkrankenkasse zu gewährende Krankengeld oder die entsprechenden Leistungen anderer Sozialversicherungsträger, einschließlich der Berufsgenossenschaft, zu vermindern. Der sich aus dieser Berechnung ergebende Betrag ist um die darauf anfallenden Steuern zu erhöhen. Ist ein Mitarbeiter wegen der Höhe seines Einkommens nicht krankenversicherungspflichtig, erfolgt die Berechnung des Krankengeldzuschusses nach § 13 Abs. 3 Buchst. b Satz 1 MTV 15

Nr. 2 Kabine unter Abzug des Krankengeld-Höchstsatzes der gesetzlichen Pflichtkrankenkasse.

c) Die Auslegung des § 13 Abs. 3 Buchst. a MTV Nr. 2 Kabine durch das Landesarbeitsgericht entspricht in Bezug auf den Basisbetrag der Berechnung nicht dem im Wortlaut niedergelegten Regelungswillen der Tarifvertragsparteien *(zu den nach st. Rspr. anzuwendenden allgemeinen Auslegungsgrundsätzen, vgl. BAG 26. Oktober 2016 - 5 AZR 226/16 - Rn. 25 mwN)*. Hierin liegt der Rechtsfehler des Berufungsurteils. Die Auslegung der Tarifnorm durch das Landesarbeitsgericht ist in der Revisionsinstanz in vollem Umfang nachprüfbar *(BAG 12. Dezember 2018 - 4 AZR 147/17 - Rn. 35, BAGE 164, 326)*. 16

aa) Das vom Landesarbeitsgericht gefundene Auslegungsergebnis bzgl. des § 13 Abs. 3 Buchst. a MTV Nr. 2 Kabine, wonach im Wege einer fiktiven Hochrechnung des am 42. Tag der Arbeitsunfähigkeit abgerechneten Entgeltfortzahlungsbetrags eine Vergütung für den gesamten Kalendermonat zu errechnen sei, widerspricht dem Wortlaut der Tarifregelung. Die Tarifvertragsparteien haben als Berechnungsgrundlage des Krankengeldzuschusses die an einem bestimmten Tag „abgerechnete“ monatliche Vergütung bestimmt. Die Basis der Berechnung muss danach ein tatsächlich abgerechneter Betrag sein, der einen Auszahlungsbetrag widerspiegelt, und nicht ein fiktiv ermittelter Betrag *(so bereits BAG 20. November 2019 - 5 AZR 39/19 - Rn. 21)*. 17

bb) Gleichermaßen lässt sich die Auffassung der Klägerin, wonach die für den 42. Tag der Arbeitsunfähigkeit abgerechnete Vergütung die maßgebliche Berechnungsgrundlage sei, nicht mit dem Wortlaut der Tarifnorm in Einklang bringen. Denn in Satz 1 des § 13 Abs. 3 Buchst. a MTV Nr. 2 Kabine liegt mit der Erwähnung der „monatlichen“ Vergütung ein deutlicher Bezug auf den vollen Monat als Bezugsgröße vor. Entgegen der Revision sind dem Tarifvertrag auch keine Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass mit dem Krankengeldzuschuss (auch) der Verlust der Mehrflugstundenvergütung, etwaiger Verkaufsprovisionen und Steuernachteile betreffend die Schichtzulage ausgeglichen werden soll. Die im Rahmen der Berechnung des Krankengeldzuschusses zu berücksichtigenden Entgeltbestandteile sind durch die Verweisung in § 13 18

Abs. 3 auf § 13 Abs. 2 MTV Nr. 2 Kabine vielmehr eindeutig und abschließend bestimmt (vgl. BAG 20. November 2019 - 5 AZR 39/19 - Rn. 22).

d) In einem Parallelverfahren hat der Senat bereits entschieden, dass für die Berechnung des Krankengeldzuschusses im Ausgangspunkt von der abgerechneten Vergütung des Monats auszugehen ist, in den der 42. Tag der Arbeitsunfähigkeit fällt (vgl. BAG 20. November 2019 - 5 AZR 39/19 - Rn. 23). Dem ist der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts gefolgt (vgl. BAG 11. Dezember 2019 - 7 AZR 350/18 - Rn. 26). Im Streitfall ist dies der Monat Dezember 2014, denn der 42. Tag der Arbeitsunfähigkeit der Klägerin fiel auf den 8. Dezember 2014. Diese Auslegung berücksichtigt den vermeintlichen Widerspruch im Tarifvertrag, der sich einerseits aus der taggenauen Berechnung (42. Tag) und andererseits aus der monatsbezogenen Berechnung (abgerechnete monatliche Vergütung) ergibt. Dieser Widerspruch lässt sich ohne fiktive Berechnung lösen, indem man der Berechnung diejenige Vergütung zugrunde legt, die in dem betreffenden Monat am 42. Tag der Arbeitsunfähigkeit vom Arbeitgeber abgerechnet wird. Eine solche Auslegung berücksichtigt auch den Sinn und Zweck eines (tariflichen) Krankengeldzuschusses. Dieser liegt darin, die Lücke zwischen dem nach § 47 SGB V zu berechnenden Krankengeld und dem Nettoverdienst zu schließen (vgl. BAG 20. November 2019 - 5 AZR 39/19 - Rn. 23 mwN).

e) Dieses Auslegungsergebnis bedarf jedoch zur Vermeidung unterschiedlicher Berechnungsergebnisse je nach Lage des 42. Tages der Arbeitsunfähigkeit einer am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG orientierten Korrektur (vgl. hierzu BAG 20. November 2019 - 5 AZR 39/19 - Rn. 24; 11. Dezember 2019 - 7 AZR 350/18 - Rn. 26).

aa) In Fällen, in denen der 42. Tag der Arbeitsunfähigkeit zufällig am Monatsanfang liegt, kann sich aufgrund des bis zu diesem Zeitpunkt für den Monat nur geringen Entgeltfortzahlungsanspruchs und der geringen Steuerlast ein wesentlich höherer Zuschuss ergeben, als wenn der 42. Tag der Arbeitsunfähigkeit am Ende eines Kalendermonats liegt und der Arbeitnehmer einer höheren Steuerpflicht unterliegt. Eine solche, auf Zufälligkeiten beruhende Verzerrung in

Bezug auf die Steuerlast folgt aus § 39b Abs. 2 Satz 1 EStG. Ein solches Verständnis der Tarifnorm ist mit Art. 3 Abs. 1 GG nicht vereinbar (*vgl. im Einzelnen BAG 20. November 2019 - 5 AZR 39/19 - Rn. 25 - 27*).

bb) § 13 Abs. 3 Buchst. a MTV Nr. 2 Kabine ist einer an Art. 3 Abs. 1 GG orientierten Auslegung zugänglich. Danach ist als Berechnungsbasis für den Krankengeldzuschuss nach § 13 Abs. 3 Buchst. a MTV Nr. 2 Kabine die auf den Monat bezogene Vergütung des Kalendermonats zugrunde zu legen, in den der 42. Tag der Arbeitsunfähigkeit fällt, im Streitfall der Dezember 2014. Ein solches Normverständnis schafft eine einheitliche Berechnungsbasis für alle anspruchsberechtigten Arbeitnehmer und beseitigt die lohnsteuerrechtlich durch § 39b Abs. 2 EStG bedingten Verzerrungen bei der Berechnung des Krankengeldzuschusses und damit am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG nicht zu rechtfertigende unterschiedliche Zuschussbeträge (*vgl. BAG 20. November 2019 - 5 AZR 39/19 - Rn. 28*). 22

f) Für die Berechnung des Krankengeldzuschusses ist damit das Grundgehalt von 4.624,64 Euro brutto und die Schichtzulage von 753,82 Euro brutto zugrunde zu legen. Denn nach § 13 Abs. 3 Buchst. a MTV Nr. 2 Kabine ist die Entgeltfortzahlung nach § 13 Abs. 2 MTV Nr. 2 Kabine die Grundlage der Krankengeldzuschussberechnung. Danach wird als Krankenbezug die aktuelle Vergütung (§ 5 Abs. 1 Buchst. a, b, c und e MTV Nr. 2 Kabine) weitergezahlt. Für die Höhe der in Bezug auf die Klägerin unstreitig allein zu berücksichtigenden Grundvergütung und Schichtzulage verweist § 7 Abs. 4 MTV Nr. 2 Kabine auf die Vorschriften des Vergütungstarifvertrags. Dies war in dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des MTV Nr. 2 Kabine der Vergütungstarifvertrag Nr. 38 für das Kabinenpersonal idF vom 1. Januar 2013. Dieser regelt in § 3 die Grundvergütung und die Schichtzulage. 23

g) Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass bei Berechnung des Krankengeldzuschusses das Bruttokrankengeld von der errechneten Nettovergütung in Abzug zu bringen ist (*vgl. hierzu BAG 20. November 2019 - 5 AZR 39/19 - Rn. 30; 11. Dezember 2019 - 7 AZR 350/18 - Rn. 28*). Des Weiteren hat das Landesarbeitsgericht zu Recht ange- 24

nommen, dass der Krankengeld-Höchstsatz der gesetzlichen Krankenkasse abzuziehen ist. Hierin liegt keine Benachteiligung der Klägerin wegen ihres Alters.

aa) Beim Krankengeld handelt es sich um einen sozialversicherungsrechtlichen Begriff mit einer bestimmten Bedeutung in der Rechtsterminologie. Verwenden die Tarifvertragsparteien einen solchen Begriff im Tarifvertrag, ist davon auszugehen, dass er ebenfalls diese Bedeutung haben soll, soweit sich nicht aus dem Tarifvertrag selbst etwas anderes ergibt (*vgl. BAG 20. November 2019 - 5 AZR 39/19 - Rn. 31 mwN; 11. Dezember 2019 - 7 AZR 350/18 - Rn. 28*). Die tarifliche Leistung ergänzt das gesetzliche Krankengeld. Dieses beträgt 70 vH des erzielten regelmäßigen Arbeitsentgelts und Arbeitseinkommens, soweit es der Beitragsberechnung unterliegt (Regelentgelt). Es darf 90 vH des Nettoarbeitsentgelts nicht übersteigen (§ 47 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 SGB V). Ohne ausdrückliche Regelung kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Tarifvertragsparteien die wirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers um die Differenz von Brutto- und Nettokrankengeld erhöhen und damit die laut Gesetz vom Arbeitnehmer zu tragenden Beitragsanteile zur Renten-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung dem Arbeitgeber auferlegen wollten (*im Einzelnen BAG 20. November 2019 - 5 AZR 39/19 - Rn. 31 f. mwN*). 25

bb) Das Landesarbeitsgericht ist unter Zugrundelegung dieser Grundsätze zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, dass es weder eine ausdrückliche Regelung im MTV Nr. 2 Kabine gibt noch Anhaltspunkte für den Willen der Tarifvertragsparteien ersichtlich sind, dass in § 13 Abs. 3 Buchst. a MTV Nr. 2 Kabine das Nettokrankengeld gemeint ist (*vgl. BAG 20. November 2019 - 5 AZR 39/19 - Rn. 34*). Die Folge der Berücksichtigung des Bruttokrankengelds ist entgegen der Revision nicht ein doppelter Abzug von Steuern, denn Krankengeld ist nicht zu versteuern, § 3 Nr. 1 Buchst. a EStG (*vgl. BAG 20. November 2019 - 5 AZR 39/19 - Rn. 34*). Eine doppelte Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen findet ebenfalls nicht statt (*hierzu schon BAG 20. November 2019 - 5 AZR 39/19 - Rn. 35*). 26

- cc) Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht beim Abzug des Bruttokrankengelds auf den Krankengeld-Höchstsatz der gesetzlichen Krankenkasse abgestellt. Dies folgt aus § 13 Abs. 3 Buchst. b Satz 1 MTV Nr. 2 Kabine, der für die Berechnung des Krankengeldzuschusses nach § 13 Abs. 3 Buchst. a MTV Nr. 2 Kabine für die Mitarbeiter, die - wie die Klägerin - wegen der Höhe ihres Einkommens nicht krankenversicherungspflichtig sind, einen Abzug des Krankengeld-Höchstsatzes der gesetzlichen Pflichtkrankenkasse bestimmt. Bereits der eindeutige Wortlaut der Tarifregelung lässt den von der Revision zugrunde gelegten Abzug der rein tatsächlichen Leistungen der Krankenkasse nicht zu. 27
- dd) Die Regelung des § 13 Abs. 3 Buchst. b Satz 1 MTV Nr. 2 Kabine ist nicht nach § 7 Abs. 2 AGG unwirksam. 28
- (1) Nach § 7 Abs. 2 AGG sind Bestimmungen in Vereinbarungen, die gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG verstoßen, unwirksam. Die Vorschrift gilt nicht nur für Individualvereinbarungen, sondern auch für Tarifverträge (vgl. BAG 24. Oktober 2019 - 2 AZR 168/18 - Rn. 51; 9. Dezember 2015 - 4 AZR 684/12 - Rn. 26, BAGE 153, 348). Das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG untersagt im Anwendungsbereich des AGG eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, ua. wegen des Alters. Dabei verbietet § 7 Abs. 1 AGG sowohl unmittelbare als auch mittelbare Benachteiligungen (vgl. BAG 24. Oktober 2019 - 2 AZR 168/18 - Rn. 51; 28. September 2017 - 8 AZR 492/16 - Rn. 17). 29
- (2) Der Anwendungsbereich des AGG ist im Streitfall eröffnet. Beim Krankengeldzuschuss handelt es sich um Arbeitsbedingungen iSv. § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG. Der Begriff der Arbeitsbedingungen umfasst nicht nur die vertraglichen Vereinbarungen derjenigen Bedingungen, zu denen die Arbeit zu leisten ist. Zu den Arbeitsbedingungen gehören auch solche Leistungen, die notwendig mit einem Arbeitsverhältnis verknüpft sind, wie etwa das Entgelt. Art. 157 Abs. 2 AEUV definiert als Entgelt auch alle sonstigen Vergütungen, die der Arbeitgeber aufgrund des Dienstverhältnisses dem Arbeitnehmer unmittelbar oder mittelbar in bar oder in Sachleistungen zahlt. Erfasst sind damit alle Vergütungen, die wenigstens mittelbar aufgrund des Arbeitsverhältnisses gewährt werden, sei es 30

aufgrund eines Arbeitsvertrags, aufgrund von Rechtsvorschriften oder freiwillig (vgl. *EuGH* 12. Dezember 2013 - C-267/12 - [*Hay*] Rn. 28; vgl. auch *Hey in Hey/Forst AGG* 2. Aufl. § 2 Rn. 19).

(3) § 13 Abs. 3 Buchst. b Satz 1 MTV Nr. 2 Kabine bewirkt keine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters (§ 3 Abs. 1 Satz 1 AGG). Die Regelung knüpft nicht unmittelbar an das Kriterium des Alters an (vgl. *EuGH* 13. Juli 2017 - C-354/16 - [*Kleinsteuber*] Rn. 51; *BAG* 14. November 2017 - 3 AZR 781/16 - Rn. 24, *BAGE* 161, 56). Sie gilt für Arbeitnehmer jeden Alters, soweit sie einen tariflichen Anspruch auf Krankengeldzuschuss haben und aufgrund der Höhe ihres Einkommens nicht krankenversicherungspflichtig sind. Damit beruht sie auch nicht auf einem untrennbar mit dem Alter verbundenen Kriterium (vgl. *EuGH* 18. Januar 2018 - C-270/16 - [*Ruiz Conejero*] Rn. 37; *BAG* 23. November 2017 - 8 AZR 372/16 - Rn. 30). 31

(4) § 13 Abs. 3 Buchst. b Satz 1 MTV Nr. 2 Kabine benachteiligt auch nicht Personen, die ein bestimmtes Alter haben, in besonderer Weise gegenüber anderen Personen (§ 3 Abs. 2 Halbs. 1 AGG). 32

(a) Der Ausdruck „in besonderer Weise benachteiligen“, der in § 3 Abs. 2 Halbs. 1 AGG verwendet wird, ist in dem Sinne zu verstehen, dass es insbesondere Personen eines bestimmten Alters sind, die durch die fragliche Maßnahme benachteiligt werden können (vgl. *EuGH* 14. Februar 2019 - C-154/18 - [*Horgan und Keegan*] Rn. 19; *BAG* 23. Januar 2019 - 7 AZR 733/16 - Rn. 37, *BAGE* 165, 116). Eine mittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 2 Halbs. 1 AGG kann dann vorliegen, wenn eine Maßnahme zwar neutral formuliert ist, in ihrer Anwendung aber wesentlich mehr Inhaber der geschützten persönlichen Eigenschaft benachteiligt als Personen, die diese Eigenschaft nicht besitzen (vgl. *EuGH* 6. April 2017 - C-668/15 - [*Jyske Finans*] Rn. 30). Das Vorliegen einer ungünstigeren Behandlung kann dabei nicht allgemein und abstrakt festgestellt werden, sondern nur spezifisch und konkret im Hinblick auf die begünstigende Behandlung (vgl. *EuGH* 15. November 2018 - C-457/17 - [*Maniero*] Rn. 48; *BAG* 24. Oktober 2019 - 2 AZR 168/18 - Rn. 56). 33

(b) Im Streitfall bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass § 13 Abs. 3 Buchst. b Satz 1 MTV Nr. 2 Kabine in seinem Anwendungsbereich typischerweise Arbeitnehmer eines bestimmten, höheren Lebensalters betrifft. Es ist weder festgestellt, dass die Arbeitsverhältnisse von wesentlich mehr Mitarbeitern der Beklagten höheren Lebensalters von dem Umstand der Zahlung eines tariflichen Krankengeldzuschusses erfasst werden, noch dass entsprechend hohe Einkommen typischerweise bei erheblich mehr Arbeitnehmern höheren Lebensalters gezahlt werden. 34

(c) Doch selbst wenn aus der Vergütungsstruktur der Beklagten im Bereich Kabine folgen würde, dass ältere Arbeitnehmer typischerweise aufgrund der Höhe des Einkommens nicht krankenversicherungspflichtig sind, folgt aus § 13 Abs. 3 Buchst. b Satz 1 MTV Nr. 2 Kabine keine Ungleichbehandlung aufgrund des Alters. Die tarifliche Regelung bewirkt, dass nicht pflichtversicherte Arbeitnehmer solchen Arbeitnehmern gleichgestellt werden, die gesetzlich pflichtversichert sind. Bei beiden Arbeitnehmergruppen wird der tarifliche Krankengeldzuschuss um den Betrag des Krankengelds, der nach Maßgabe von § 47 Abs. 1 SGB V zu zahlen wäre, gemindert. Ausgehend von der Höhe des Einkommens beläuft sich dieser Betrag sodann - maximal - auf den Krankengeld-Höchstsatz der gesetzlichen Krankenkasse. Die Behandlung nicht krankenversicherungspflichtiger Arbeitnehmer und pflichtversicherter Arbeitnehmer erfolgt nach dem gleichen Maßstab. 35

ee) Die Regelung des § 13 Abs. 3 Buchst. b Satz 1 MTV Nr. 2 Kabine ist nicht wegen eines Verstoßes gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG unwirksam. 36

(1) Die Tarifvertragsparteien als Normgeber sind bei der tariflichen Normsetzung zwar nicht unmittelbar, jedoch mittelbar grundrechtsgebunden (*vgl. ausführlich BAG 19. Dezember 2019 - 6 AZR 563/18 - Rn. 19 ff.*). Der Schutzauftrag des Art. 1 Abs. 3 GG verpflichtet die staatlichen Arbeitsgerichte dazu, die Grundrechtsausübung durch die Tarifvertragsparteien zu beschränken, wenn diese mit den Freiheits- oder Gleichheitsrechten oder anderen Rechten mit Verfassungsrang der Normunterworfenen kollidiert. Sie müssen insoweit 37

praktische Konkordanz herstellen (vgl. BAG 19. Dezember 2019 - 6 AZR 563/18 - Rn. 21 ff.). Der Schutzauftrag der Verfassung verpflichtet die Arbeitsgerichte auch dazu, gleichheitswidrige Differenzierungen in Tarifnormen zu unterbinden. Der Gleichheitssatz bildet als fundamentale Gerechtigkeitsnorm eine ungeschriebene Grenze der Tarifautonomie (BAG 19. Dezember 2019 - 6 AZR 563/18 - Rn. 25; 17. Juni 2009 - 7 AZR 112/08 (A) - Rn. 31, BAGE 131, 113). Tarifnormen sind deshalb im Ausgangspunkt uneingeschränkt auch am Gleichheitssatz zu messen (BAG 19. Dezember 2019 - 6 AZR 563/18 - Rn. 25 mwN zu Rechtsprechung und Meinungsstand im Schrifttum).

(2) Bei der Erfüllung ihres verfassungsrechtlichen Schutzauftrags haben die Gerichte jedoch auch in den Blick zu nehmen, dass eine besondere Form der Grundrechtskollision bewältigt und die durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete kollektive Koalitionsfreiheit mit den betroffenen Individualgrundrechten in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden muss (BAG 19. Dezember 2019 - 6 AZR 563/18 - Rn. 26). Auch die Tarifvertragsparteien haben bei der tariflichen Normsetzung ua. den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG und die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG zu beachten (vgl. BAG 27. Juni 2018 - 10 AZR 290/17 - Rn. 35, BAGE 163, 144; 13. Oktober 2010 - 5 AZR 378/09 - Rn. 19). Doch steht ihnen als selbständigen Grundrechtsträgern bei ihrer Normsetzung aufgrund der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie ein weiter Gestaltungsspielraum zu, über den Arbeitsvertrags- und Betriebsparteien nicht in gleichem Maß verfügen. Ihnen kommt eine Einschätzungsprärogative zu, soweit die tatsächlichen Gegebenheiten, die betroffenen Interessen und die Regelungsfolgen zu beurteilen sind. Sie verfügen über einen Beurteilungs- und Ermessensspielraum hinsichtlich der inhaltlichen Gestaltung der Regelung und sind nicht verpflichtet, die jeweils zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung zu wählen. Es genügt, wenn für die getroffene Regelung ein sachlich vertretbarer Grund vorliegt (vgl. BAG 19. Dezember 2019 - 6 AZR 563/18 - Rn. 26; 24. Oktober 2019 - 2 AZR 158/18 - Rn. 34; 27. Juni 2018 - 10 AZR 290/17 - Rn. 36, aaO).

38

(3) Gemessen daran verstößt § 13 Abs. 3 Buchst. b Satz 1 MTV Nr. 2 Kabine nicht gegen den Gleichheitssatz. Die Regelung bewirkt, dass nicht pflichtversicherte Arbeitnehmer mit Arbeitnehmern, die gesetzlich pflichtversichert sind, gleichgestellt werden. Die Behandlung nicht krankenversicherungspflichtiger Arbeitnehmer und pflichtversicherter Arbeitnehmer in Bezug auf die Berechnung des Krankengeldzuschusses erfolgt nach dem gleichen Maßstab (*vgl. Rn. 35*). Hierbei ist auch die Regelung in § 13 Abs. 3 Buchst. b Satz 2 MTV Nr. 2 Kabine in den Blick zu nehmen, wonach nicht krankenversicherungspflichtige Mitarbeiter verpflichtet sind, für die Zeit vom Beginn der siebten Woche der Arbeitsunfähigkeit an eine angemessene Krankentagegeldversicherung abzuschließen, die der Höhe nach mindestens dem Höchstsatz der AOK entspricht. Dies spiegelt ebenfalls die Behandlung von pflicht- und freiwillig versicherten Mitarbeitern nach gleichen Maßstäben wider. Mangels Kontrollmöglichkeit der Beklagten, ob die Mitarbeiter diese Pflicht zum Versicherungsabschluss tatsächlich und in welchem Umfang einhalten, sollen nach dem Willen der Tarifvertragsparteien die finanziellen Folgen in Bezug auf die Höhe des Krankengeldzuschusses für die Beklagte planbar bleiben. Unabhängig vom Abschluss einer solchen Krankentagegeldversicherung sowie von dem vom Mitarbeiter gewählten Versicherungstarif soll der Abzug, den die Beklagte bei der Berechnung des Krankengeldzuschusses vornehmen darf, bei nicht krankenversicherungspflichtigen Mitarbeitern beim Krankengeld-Höchstsatz der gesetzlichen Krankenkasse liegen. Auf diesem Weg stellen die Tarifvertragsparteien sicher, dass der tarifliche Krankengeldzuschuss auch bei nicht krankenversicherungspflichtigen Mitarbeitern seinen Zweck erfüllt, der darin liegt, das Krankengeld zu ergänzen, nicht jedoch dem Arbeitnehmer eine Begünstigung zu verschaffen (*vgl. BAG 20. November 2019 - 5 AZR 39/19 - Rn. 23*).

39

2. Die Beklagte hat die Ansprüche der Klägerin auf Krankengeldzuschuss für den streitgegenständlichen Zeitraum iHv. 19,05 Euro kalendertäglich erfüllt (§ 362 Abs. 1 BGB). Dieser Betrag ergibt sich aus der Differenz zwischen dem kalendertäglichen Nettoentgelt der Klägerin im Streitzeitraum iHv. 113,55 Euro und dem Krankengeld-Höchstsatz der gesetzlichen Krankenversicherung iHv. 94,50 Euro brutto. Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, dass die Beklagte

40

in der streitgegenständlichen Zeit vom 9. Dezember 2014 bis zum 27. Juli 2015 kalendertäglich einen Krankengeldzuschuss iHv. 19,05 Euro netto an die Klägerin gezahlt hat.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

41

Linck

Berger

Volk

Jungbluth

Menssen