

## **Corona: Kurzarbeit und Vergütungspflicht des Arbeitgebers an gesetzlichen Feiertagen**

An den bevorstehenden Ostertagen wird sehr verbreitet die Situation bestehen, dass sich Arbeitnehmer in diesem Zeitraum in Kurzarbeit – vielfach in Kurzarbeit Null – befinden. Es stellen sich dann die Fragen – wie bei allen Feiertagen mit Arbeitsausfall – nach der Vergütungspflicht des Arbeitgebers. Hier sind folgende Fälle zu unterscheiden:

### **Fall 1**

Vergütungspflicht des Arbeitgebers an gesetzlichen Feiertagen ohne Kurzarbeit und ohne Erkrankung des Arbeitnehmers

### **Fall 2**

Vergütungspflicht des Arbeitgebers an gesetzlichen Feiertagen ohne Kurzarbeit, aber mit Erkrankung des Arbeitnehmers

### **Fall 3**

Vergütungspflicht des Arbeitgebers bei Erkrankung eines Arbeitnehmers während der Kurzarbeit ohne Feiertag

### **Fall 4**

Vergütungspflicht des Arbeitgebers an gesetzlichen Feiertagen mit Kurzarbeit ohne Erkrankung des Arbeitnehmers

### **Fall 5**

Vergütungspflicht des Arbeitgebers an gesetzlichen Feiertagen mit Kurzarbeit und Erkrankung des Arbeitnehmers

## **Fall 1: Vergütungspflicht des Arbeitgebers an gesetzlichen Feiertagen ohne Kurzarbeit und ohne Erkrankung des Arbeitnehmers**

### **Beispiel 1:**

Ein Arbeitnehmer ist über die Ostertage nicht erkrankt und befindet sich auch nicht in Kurzarbeit. An Karfreitag und Ostermontag fällt die Arbeit ausschließlich wegen des Feiertags aus. Es stellt die Frage nach dem Vergütungsanspruch für die beiden Feiertage.

Nach § 2 Abs. 1 EFZG hat der Arbeitgeber für Arbeitszeit, die infolge eines gesetzlichen Feiertags ausfällt, dem Arbeitnehmer das Arbeitsentgelt zu zahlen, das er ohne den Arbeitsausfall erhalten hätte. Hier gilt also – wie bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall – das Entgeltausfallprinzip: Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer die Vergütung zu zahlen, die der Arbeitnehmer ohne den Arbeitsausfall an den Feiertagen zu beanspruchen hätte; es handelt sich hierbei selbstverständlich um steuer- und beitragspflichtiges Arbeitsentgelt.

### **Lösung:**

Der Arbeitnehmer hat also für Karfreitag und Ostermontag einen Anspruch auf das normale Bruttoarbeitsentgelt, das er auch ohne die Feiertage erhalten hätte.

Arbeitnehmer, die am letzten Arbeitstag vor oder am ersten Arbeitstag nach Feiertagen unentschuldig der Arbeit fernbleiben, haben allerdings keinen Anspruch auf Bezahlung für die Feiertage, § 2 Abs. 3 EFZG.

### **Fall 2: Vergütungspflicht des Arbeitgebers an gesetzlichen Feiertagen ohne Kurzarbeit, aber mit Erkrankung des Arbeitnehmers**

Beispiel 2:

Ein Arbeitnehmer ist zwar über die Ostertage hinweg weiterhin nicht in Kurzarbeit; an Karfreitag und Ostermontag ist er allerdings arbeitsunfähig erkrankt.

In diesem Fall kommt § 4 Abs. 2 EFZG zum Tragen. Danach ist der Arbeitgeber für Arbeitszeit, die gleichzeitig wegen einer Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit und wegen eines gesetzlichen Feiertags ausgefallen ist, zur Fortzahlung des Arbeitsentgelts nach Maßgabe von § 2 Abs. 1 EFZG verpflichtet. Danach besteht ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall in der gleichen Höhe, wie dies bei Feiertagen ohne Erkrankung der Fall ist.

**Lösung:**

Der Arbeitnehmer hat im konkreten Fall also einen Anspruch auf Vergütung für Karfreitag und Ostermontag in Höhe des normalen Bruttoarbeitsentgelts, das er auch ohne seine Arbeitsunfähigkeit und ohne die Feiertage erhalten hätte; insoweit besteht im Ergebnis also kein Unterschied zur Konstellation bei Beispiel 1.

### **Fall 3: Vergütungspflicht des Arbeitgebers bei Erkrankung eines Arbeitnehmers während der Kurzarbeit ohne Feiertag**

Beispiel 3:

Ein Arbeitnehmer befindet sich in Kurzarbeit; die Arbeitszeit ist um die Hälfte reduziert. Der Arbeitnehmer erkrankt in der Phase der durch Kurzarbeit halbierten Arbeitszeit; ein Feiertag besteht in dieser Phase nicht.

Im Wesentlichen ist Folgendes festzuhalten:

- Für die Arbeitszeit, für die der Arbeitnehmer in der Kurzarbeitsphase noch Arbeitsleistung hätte erbringen sollen, ist bei Erkrankung Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall zu leisten, und zwar entsprechend der reduzierten Arbeitszeit (vgl. auch § 4 Abs. 3 Satz 1 EFZG).
- Für die an sich mit Kurzarbeit belegte Arbeitszeit erhält der arbeitsunfähige Arbeitnehmer Leistungen in Höhe des Kug.

#### **Wichtiger Hinweis:**

Soweit der Arbeitnehmer bereits vor Beginn des Kug-Gewährungszeitraums erkrankt ist, hat er für die Dauer der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall einen Anspruch auf von der Krankenkasse refinanzierbares Krankengeld in Höhe des Kug, § 47b Abs. 4 SGB V. Es ist dabei zu beachten, dass ein Kug-Gewährungszeitraum **immer am 1. eines Monats** beginnt,

auch wenn die Kurzarbeit tatsächlich erst später im Monat eintritt. Die Zahlung von Krankengeld in Höhe des Kug kommt also nur dann zum Tragen, wenn der Arbeitnehmer bereits vor dem Monat mit Krankheit des Arbeitnehmers mit der Kurzarbeit begonnen hat. Soweit die Erkrankung erst innerhalb eines Kug-Gewährungszeitraums entsteht, hat der Arbeitnehmer, maximal für die Dauer der Entgeltfortzahlung, für die Ausfallstunden einen Anspruch auf von der Arbeitsagentur refinanzierbares Kug. Sobald der Zeitraum der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall abgelaufen ist, besteht dann ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Krankengeld, und zwar in der Höhe des **vollen** Entgelts.

**Lösung:**

Der Arbeitnehmer aus Beispiel 3 hat also für den Zeitraum, in welchem er Arbeitsleistung ohne die Erkrankung hätte erbringen sollen, einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall gegen den Arbeitgeber. Für die durch Kurzarbeit bereits belegten Ausfallstunden besteht im Prinzip ein Vergütungsanspruch in Höhe des Kug; die rechtliche Wertung dieser Zahlung hängt davon ab, ob die Erkrankung bereits vor Beginn des jeweiligen Gewährungszeitraums eingetreten ist (dann Krankengeld in Höhe des Kug) oder ob die Erkrankung erst innerhalb des Kug-Gewährungszeitraums eingetreten ist (dann „normales“, von der Arbeitsagentur refinanzierbares Kug).

**Abwandlung zu Beispiel 3:**

Soweit der Arbeitnehmer im konkreten Fall für den ganzen Tag in Kurzarbeit gestanden hätte, insbesondere im Rahmen von Kug Null, ist der ganze Tag der Erkrankung mit einer Leistung in Höhe des Kug zu belegen.

**Fall 4: Vergütungspflicht des Arbeitgebers an gesetzlichen Feiertagen mit Kurzarbeit ohne Erkrankung des Arbeitnehmers**

**Beispiel 4:**

Ein Arbeitnehmer befindet sich über die Ostertage in einer Phase von Kurzarbeit Null. Er ist nicht erkrankt.

Für das Zusammentreffen von einem Arbeitsausfall aufgrund eines gesetzlichen Feiertages und Kurzarbeit regelt § 2 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 EFZG, dass der Arbeitgeber zur Entgeltzahlung verpflichtet bleibt.

Zur **Höhe der Feiertagsvergütung**: Das BAG hat dazu festgestellt, dass sich die Höhe des vom Arbeitgeber zu zahlenden Feiertagsentgelts nach der Höhe des Kug richtet, das der Arbeitnehmer ohne den Feiertag bezogen hätte. Dies ist mit dem Entgeltausfallprinzip begründet, der Arbeitnehmer soll sich weder schlechter noch besser stehen als ohne den gesetzlichen Feiertag (BAG vom 05.07.1979 – 3 AZR 173/78; DB 1979, 2232). Diese Rechtsauslegung wird auch in der aktuellen Fachliteratur nach wie vor bestätigt (Schmitt, Kommentar zum Entgeltfortzahlungsgesetz, 5. Auflage 2018, § 2 Rn. 122 ff.). Da es sich insoweit nicht um die „normale“ Kug-Zahlung handelt, sondern um Feiertagsvergütung in Höhe des Kug, besteht insoweit ein Rückerstattungsanspruch gegenüber den Arbeitsagenturen **nicht**.

Daneben stellt sich die Frage, wie diese Feiertagsvergütung in Höhe des Kug **beitrags- und steuerrechtlich** zu behandeln ist. Das BAG hat dazu mit Urteil vom 08.05.1984 – 3 AZR 622/82; DB 1984, 2253 – Folgendes festgelegt:

- Für den auf Kug-Niveau gekürzten Feiertagslohn, der zu zahlen ist, wenn entgegen den allgemeinen Regeln ein gesetzlicher Feiertag in eine Kug-Periode fällt, muss der Arbeitgeber die Sozialversicherungsbeiträge **alleine** tragen. Dies wird hergeleitet aus den Regelungen in §§ 192 Abs. 1 Nr. 4 SGB V, 1 Nr. 1 Abs. 2 SGB VI, § 58 Abs. 1 S. 2 SGB XI (BAG vom 8.5.1994 a.a.O.).
- Lohnsteuer ist hingegen einzubehalten und abzuführen, ohne dass der Arbeitgeber dafür einen Ausgleich an den Arbeitnehmer zahlen müsste.

Damit tritt die Situation ein, dass den Arbeitgeber in der o.a. Konstellation eine höhere finanzielle Belastung trifft, als dies bei der „normalen“ Kug-Gewährung der Fall ist, da keine Refinanzierung dieser Beiträge, insbesondere **nicht** entsprechend der bis zum 31.12.2020 in § 2 KurzarbeitergeldVO befristet vorgesehenen Regelung, erfolgt. Auch die betroffenen Arbeitnehmer erhalten letztlich eine gegenüber der Kug-Gewährung geringere Leistung, weil – im Unterschied zur nur zu einer Steuerprogression führenden Kug-Gewährung – ein echter Steuerabzug hingenommen werden muss.

**Lösung:**

Im Beispiel 4 hat also der Arbeitnehmer für Karfreitag und Ostermontag gemäß § 2 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 EFZG einen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Feiertagsvergütung in Höhe des Kug. Diese Zahlung hat Arbeitsentgeltcharakter; es handelt sich also nicht etwa um von der Arbeitsagentur refinanzierbares Kug. Der Arbeitgeber hat die auf diesen Zahlungsbetrag anfallenden Beiträge zu den vier Sozialversicherungszweigen alleine zu tragen.

**Zusätzlicher Hinweis:**

Von Abrechnern ist uns mitgeteilt worden, dass eine Abrechnung entsprechend den dargestellten rechtlichen Grundsätzen von den gängigen Abrechnungsprogrammen nicht oder nur mit

erheblichem Aufwand umgesetzt werden kann. Daher kann es sich aus Gründen der Vereinfachung empfehlen, Arbeitnehmern auch während der Kurzarbeit eine Feiertagsvergütung entsprechend dem „normalen“ Entgeltausfallprinzip (siehe Fall 1) zu gewähren und entsprechend abzurechnen. Für den Arbeitgeber würde nur eine geringe Mehrbelastung eintreten: Einerseits würde er zwar für die durch Kurzarbeit und den Feiertag ausgefallenen Arbeitsstunden eine

Feiertagsvergütung in Höhe von 100 % und nicht von 60 bzw. 67 % zahlen; auf der anderen Seite würde bei einer normalen Beteiligung der Arbeitnehmer an der Tragung der Sozialversicherungsbeiträge an dieser Stelle eine Entlastung für den Arbeitgeber eintreten.

### **Fall 5: Vergütungspflicht des Arbeitgebers an gesetzlichen Feiertagen mit Kurzarbeit und Erkrankung des Arbeitnehmers**

**Beispiel 5:**

Ein Arbeitnehmer befindet sich über die Osterfeiertage in einer Phase von Kurzarbeit Null. Während der Osterfeiertage, also auch an Karfreitag und Ostermontag, ist er arbeitsunfähig erkrankt.

In einem solchen Fall erfüllt ein Arbeitnehmer gleich drei Tatbestände für einen Arbeitsausfall, nämlich Feiertag, Kurzarbeit und Erkrankung. Dann gilt Folgendes: Im Unterschied zu der Konstellation, dass ein Arbeitnehmer während der Kurzarbeit Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall in Höhe des Kug zu beanspruchen hat (vgl. Fall 3), ist für den Fall, dass ein solcher Ausfalltag an einem Feiertag liegt, nach §§ 4 Abs. 3 S. 2, 2 Abs. 2 EFZG vom Arbeitgeber Feiertagsvergütung zu gewähren, und zwar – wie in der Konstellation Feiertag während der Kurzarbeit (vgl. Fall 4) – in Höhe des Kug (Küttner, Arbeitsrechtshandbuch, § 4 EFZG Rn. 21 mit Verweis auf Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts). Zur Berechnung im Einzelnen vgl. Fall 4.

**Lösung:**

Der Arbeitnehmer hat an sich für Karfreitag und Ostermontag einen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Arbeitsentgelt in Höhe des Kug; von diesem Arbeitsentgelt hat der Arbeitgeber die kompletten Sozialversicherungsbeiträge zu tragen, der Arbeitnehmer ist mit der Lohnsteuer belastet.

Auch hier ist auf die mögliche Erleichterung der Abrechnung, bei Zahlung einer vollen Feiertagsvergütung, zu verweisen, vgl. unsere Ausführungen unter Fall 4. am Ende.

9. April 2020/AGV NOC