

**Titel:**

**Erstattung von Sozialversicherungsbeiträgen während des Bezugs von Kug nach Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens**

**Normenketten:**

SGG § 86b Abs. 2 S. 2, § 193

SGB III § 3 Abs. 2, Abs. 3, § 99 Abs. 3, § 328 Abs. 4, § 333 Abs. 3 Nr. 1

KugV § 2 Abs. 1 Nr. 1

InsO § 129, § 130

BGB § 242

ZPO § 294, § 920 Abs. 2, § 938

**Leitsätze:**

**1. Die Erstattung von Sozialversicherungsbeiträgen nach § 2 Abs. 1 KugV steht nicht im Ermessen der BA. Zwar handelt es sich beim Kurzarbeitergeld nach § 95 SGB III und der damit verbundenen Erstattung von Beiträgen zur Sozialversicherung um Leistungen der aktiven Arbeitsförderung (§ 3 Abs. 2 SGB III), die grundsätzlich Ermessensleistungen sind (§ 3 Abs. 3 SGB III). Hiervon ausgenommen ist jedoch explizit das Kurzarbeitergeld bei Arbeitsausfall (§ 3 Abs. 3 Nr. 5 SGB III) und damit auch die Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge nach § 2 Abs. 1 KugV, die nach der gesetzgeberischen Ermächtigung des § 109 Abs. 5 Nr. 3 SGB III sowie nach der Umsetzung in § 2 Abs. 1 KugV akzessorisch zum Anspruch auf Kurzarbeitergeld ist. (Rn. 24) (red. LS Claus-Peter Bienert)**

**2. Nach dem Willen des Gesetzgebers, der auch der aufgrund Verordnungsermächtigung geschaffenen Regelung des § 2 Abs. 1 KugV zugrunde liegen dürfte, soll die Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge den Arbeitgeber von einem Großteil der individuellen Kosten einer Weiterbeschäftigung der Belegschaft befreien. Ziel der Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge durch die BA ist also letztlich der Erhalt der Arbeitsplätze der Kurzarbeitergeld beziehenden einzelnen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Mittel dazu aber, dass dem Arbeitgeber vorübergehend die durch die Pflicht zur Weiterzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen entstehenden Lasten abgenommen werden und Nebenwirkung folglich, dass ansonsten an die Sozialversicherungsträger abfließende Liquidität im Ergebnis beim Arbeitgeber verbleibt. (Rn. 27) (red. LS Claus-Peter Bienert)**

**3. Nach § 333 Abs. 3 Nr. 1 SGB III „kann“ die BA mit Ansprüchen auf Rückzahlung u.a. von erstatteten Sozialversicherungsbeiträgen für Bezieherinnen und Bezieher von Kurzarbeitergeld, die vorläufig erbracht wurden, gegen Ansprüche u.a. auf Kurzarbeitergeld, die vom Arbeitgeber verauslagt sind, aufrechnen. Hierbei handelt es sich schon beim „Ob“ der Aufrechnung um eine Ermessensentscheidung; die Begründung der vorliegend im Wege eines Verwaltungsaktes vorgenommenen Aufrechnung muss dann nach § 35 Abs. 1 Satz 2 SGB X die Gesichtspunkte erkennen lassen, von denen die Behörde bei der Ausübung des Ermessens ausgegangen ist. Auch die Höhe der Aufrechnung (das „Wie“ der Aufrechnung) verlangt eine derartige Ermessensausübung. (Rn. 28) (red. LS Claus-Peter Bienert)**

**4. Auch im Verfahren um die Erstattung von Sozialversicherungsbeiträgen als das Kurzarbeitergeld ergänzende Leistung macht der Arbeitgeber die Rechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Wege der Verfahrens- und Prozesstandschaft geltend mit der Folge, dass § 193 SGG anwendbar ist. (Rn. 34) (red. LS Claus-Peter Bienert)**

**Schlagwort:**

Kurzarbeitergeld

**Vorinstanz:**

SG Würzburg, Beschluss vom 16.04.2021 – S 7 AL 59/21 ER

**Fundstellen:**

NWB 2021, 2020  
ZIP 2021, 1226  
BeckRS 2021, 10458  
LSK 2021, 10458  
NZI 2021, 642

## **Tenor**

I. Die Beschwerde gegen den Beschluss des Sozialgerichts Würzburg vom 16.04.2021 wird zurückgewiesen.

II. Die Antragsgegnerin hat die außergerichtlichen Kosten der Antragstellerinnen beider Rechtszüge zu tragen.

## **Gründe**

I.

**1**

Streitig ist die Erstattung von Sozialversicherungsbeiträgen während des Bezugs von Kurzarbeitergeld (Kug) an die Antragstellerinnen.

**2**

Die Antragstellerin zu 1 ist laut ihres Internetauftritts die strategische und operativ tätige Führungsgesellschaft des Modemärkte in Deutschland, Luxemburg, Österreich und der Schweiz betreibenden A.-Konzerns, die Antragstellerinnen zu 2 und 3 sind - neben anderen - jeweils 100-prozentige Tochtergesellschaften der Antragstellerin zu 1. Bei der Antragstellerin zu 1 waren Stand Februar 2021 2097 Arbeitnehmer beschäftigt, bei der Antragstellerin zu 2 176 Arbeitnehmer und bei der Antragstellerin zu 3 75 Arbeitnehmer. Auf den Antrag aller drei Antragstellerinnen auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das eigene Vermögen vom 11.01.2021 ordnete das Amtsgericht Aschaffenburg - Abteilung für Insolvenzsachen - mit Beschlüssen vom 12.01.2021 jeweils die vorläufige Eigenverwaltung an und bestellte einen vorläufigen Sachwalter (Aktenzeichen 613 IN 7/21 - Antragstellerin zu 1; 613 IN 10/21 - Antragstellerin zu 2 und 613 IN 8/21 - Antragstellerin zu 3).

**3**

Bereits mit E-Mail vom 10.11.2020 zeigten die Antragstellerinnen die Notwendigkeit der Verlängerung der Kurzarbeit bis zum 31.12.2021 aufgrund massiver Besucher- und Umsatzeinbrüche im Gefolge der Covid-19-Pandemie an. Hierauf erteilte die Antragsgegnerin am 25.01.2021 einen Anerkennungsbescheid nach § 99 Abs. 3 Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III). Auf die Anträge auf Kug und pauschalierte Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge für die Bezieher von Kug vom 04.02.2021 für Januar 2021 bewilligte die Antragsgegnerin mit Bescheiden vom 08.02.2021 vorläufig die beantragten Beträge für Kug und pauschalierte Erstattung von Sozialversicherungsbeiträgen

- in Höhe von 2.167.943,71 € für die Arbeitnehmer der Antragstellerin zu 1,

- in Höhe von 152.367,44 € für die Arbeitnehmer der Antragstellerin zu 2 und

- in Höhe von 84.216,57 € für die Arbeitnehmer der Antragstellerin zu 3.

- Auf Korrekturanträge für Januar 2021 sowie Antrag auf Kug und pauschalierte Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge für Februar 2021 vom 19.02.2021 setzte die Antragsgegnerin mit Bescheiden vom 03.03.2021 das Kug für Januar 2021 neu fest auf 1.375.503,18 € für die Arbeitnehmer der Antragstellerin zu 1,

- auf 98.133,93 € für die Arbeitnehmer der Antragstellerin zu 2 und

- auf 54.515,49 € für die Arbeitnehmer der Antragstellerin zu 3.

**4**

Mit den aus Sicht der Antragsgegnerin überzahlten Beträge rechnete diese im Bescheid vom 03.03.2021 jeweils gegen die Ansprüche auf Kurzarbeitergeld für Februar 2021 (Antragstellerin zu 1: 1.518.873,34 €,

Antragstellerin zu 2: 114.626,98 €, Antragstellerin zu 3: 63.827,78 €) auf, so dass für Februar 2021 ausgezahlt wurden

- 726.432,81 € an die Antragstellerin zu 1,
- 60.393,47 € an die Antragstellerin zu 2 und
- 34.126,70 € an die Antragstellerin zu 3.

## 5

Die Neufestsetzung für Januar 2021 beruhe auf den Korrekturanträgen. Ab Januar 2021 sei zudem eine Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge nicht mehr möglich, da von einer Anfechtbarkeit nach §§ 129 ff. Insolvenzordnung (InsO) ausgegangen werde. Im Hinblick darauf, dass die gezahlten Sozialversicherungsbeiträge mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens angefochten und zur Insolvenzmasse gezogen würden, sei für die Erstattung nach § 2 der Verordnung über Erleichterungen der Kurzarbeit vom 25.03.2020 (KugV) „kein Raum“.

## 6

Die hiergegen eingelegten Widersprüche der Antragstellerinnen wies die Antragsgegnerin mit Widerspruchsbescheiden vom 30.03.2021 zurück. Ein Antrag auf Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge ab Insolvenzantragstellung diene dem ausschließlichen Ziel der Massemehrung und gegebenenfalls der Finanzierung eines Insolvenzplans; dies entspreche nicht dem Zweck der KugV. Die Aufrechnung beruhe auf § 333 Abs. 3 Nr. 1 SGB III. Ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz sei nicht erkennbar.

## 7

Auf Korrekturanträge für Januar und Februar 2021 und Antrag auf Kurzarbeitergeld und pauschalierte Erstattung für März 2021 vom 24.03.2021 setzte die Antragsgegnerin mit Bescheiden vom 01.04.2021 das Kurzarbeitergeld für Januar und Februar 2021 neu fest

- auf 1.370.248,58 € für Januar 2021 und 1.480.587,97 € für Februar 2021 für die Arbeitnehmer der Antragstellerin zu 1 - auf 97.723,06 € für Januar 2021 und 112.719,88 € für Februar 2021 für die Arbeitnehmer der Antragstellerin zu 2 und
- auf 42.457,25 € für Januar 2021 und 62.145,74 € für Februar 2021 für die Arbeitnehmer der Antragstellerin zu 3 und bewilligte Kurzarbeitergeld für März 2021 in Höhe von
- 626.602,42 € für die Arbeitnehmer der Antragstellerin zu 1,
- 37.774,22 € für die Arbeitnehmer der Antragstellerin zu 2 und
- 17.003,98 € für die Arbeitnehmer der Antragstellerin zu 3.

## 8

Es erfolgte wiederum die Aufrechnung überzahlten Kurzarbeitergeldes für Januar und Februar 2021 gegen die Ansprüche für März 2021, so dass für März 2021 zur Auszahlung kamen

- 528.062,45 € an die Antragstellerin zu 1,
- 35.465,25 € an die Antragstellerin zu 2 und
- 15.263,70 € an die Antragstellerin zu 3.

## 9

Die Antragstellerinnen haben am 01.04.2021 beim Sozialgericht Würzburg (SG) den Erlass einer einstweiligen Anordnung beantragt. Ohne die sofortige Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge für Januar bis März 2021 in Höhe von insgesamt 2,26 Mio. € drohe den Antragstellerinnen die Einstellung des Geschäftsbetriebes und der Verlust von mehreren tausend Arbeitsplätzen. Die Verlängerung des „Lockdown“ am 22.03.2021 habe die Situation nochmals dramatisch verschlimmert. Das in Eigenverwaltung geführte Insolvenzverfahren habe zum Ziel, die Fortführung der A.-Gruppe sicherzustellen und die Arbeitsplätze zu erhalten. Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens sei am 01.07.2021 zu rechnen; im Rahmen eines strukturierten Investorenprozesses solle bis spätestens zu diesem Termin ein neuer Investor für die A.-Gruppe gewonnen werden, wofür bereits Interesse bestehe. Hierfür werde in erster Linie Liquidität

benötigt. Mittel der Überbrückungshilfe III würden nicht an Unternehmen im Insolvenzverfahren ausbezahlt. Neben der aufgrund der weiteren Maßnahmen schwindenden Liquidität drohe auch die Kündigung eines Massekredits in Höhe von 20 Mio. €, für die kreditvertraglich eine Liquidität von 3 Mio. € erforderlich sei. Die dann drohende Verwertung der Sicherheiten in Gestalt von Waren laufe auf eine Räumung und Stilllegung der Geschäfte hinaus. Auch drohten bei Einstellung des Geschäftsbetriebes auch die Restrukturierungsmaßnahmen zu scheitern. Der Erstattungsanspruch ergebe sich aus § 2 Abs. 1 Nr. 1 KugV; Ermessen sei der Antragsgegnerin darin nicht eingeräumt. Die Argumentation der Antragsgegnerin beruhe lediglich auf ihren internen Weisungen und finde keine Stütze im Gesetz. Einer möglichen Befürchtung der Antragsgegnerin, es könne eine doppelte Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge stattfinden, sei entgegenzuhalten, dass insolvenzrechtlich eine Anfechtung mangels Gläubigerbenachteiligung nicht möglich sei. Der vorläufige Sachwalter habe dies bereits bestätigt; auf das Angebot, dies der Antragsgegnerin schriftlich zu bestätigen, sei diese nicht eingegangen. Sollte das Insolvenzverfahren nicht eröffnet werden, komme es von vornherein nicht zur Anfechtung. Die Schlechterstellung insolventer Unternehmen verstoße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. Zweck der KugV sei die Vermeidung von Kündigungen, d.h. der Erhalt von Arbeitsplätzen. Unternehmen solle in Krisenzeiten die Aufrechterhaltung ihres Geschäftsbetriebes ermöglicht werden, indem ihre Liquidität durch die Erstattungen nach § 2 Abs. 1 KugV geschont werde. Dabei sei unerheblich, ob der betreffende Arbeitgeber die Liquidität zur Sanierung außerhalb oder innerhalb eines Insolvenzverfahrens benötige. Für die erklärte Aufrechnung fehle es an einer Aufrechnungslage; zudem scheitere die Aufrechnung auch an insolvenzrechtlichen Grundsätzen, weil die Antragsgegnerin zum Zeitpunkt der Aufrechnung den Insolvenzantrag der Antragstellerinnen kannte und deshalb die Aufrechnungslage anfechtbar erworben wurde.

## 10

Mit Beschluss vom 16.04.2021 hat das SG die Antragsgegnerin verpflichtet, den Antragstellerinnen vorläufig die in der Zeit von Januar bis März 2021 allein getragenen Sozialversicherungsbeiträge in pauschalierter Form zu erstatten, und die einstweilige Anordnung davon abhängig gemacht, dass zu Gunsten der Antragsgegnerin eine Erklärung des vorläufigen Sachwalters abgegeben wird, wie sie im Widerspruchsschreiben vom 25.03.2021 auf Seite 4 angeboten worden ist. Im Übrigen hat es den Antrag abgelehnt. Es sei mit leicht überwiegender Wahrscheinlichkeit vom Vorliegen eines Anordnungsanspruches auszugehen. Dem Wortlaut des § 2 Abs. 1 KugV sei kein Anhaltspunkt für einen Ausschluss der Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge im Insolvenzfall zu entnehmen. Der Rechtsgedanke der von April 2020 stammenden Weisung der Antragsgegnerin habe keinen Eingang in die Überlegungen zu der seit 29.05.2020 geltenden Vorschrift des § 106a SGB III oder § 2 Abs. 1 KugV gefunden. Zweifelhaft sei, ob die Antragsgegnerin sich im Hinblick auf die insolvenzrechtliche Anfechtbarkeit der Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge an die Einzugsstelle mit Erfolg auf die Arglisteinrede berufen könne. Für eine erfolgreiche Insolvenzanfechtung könne es möglicherweise an einer Gläubigerbenachteiligung i.S.d. § 129 InsO fehlen. Die Antragsgegnerin habe bei der vorgenommenen Aufrechnung keine erkennbaren Ermessenserwägungen angestellt. Ein Anordnungsgrund liege bereits in den Risiken durch die Nichtgewährung von den das Kurzarbeitergeld ergänzenden Leistungen der Erstattung von Sozialversicherungsbeiträgen für die Liquidität des Unternehmens und damit die Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer. Die Antragstellerinnen hätten durch den Eigenantrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens und die daraufhin erfolgte Anordnung der Eigenverwaltung bei Einsetzung eines vorläufigen Sachwalters einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht; zudem habe die Antragsgegnerin die Erfüllung der Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld bereits festgestellt. Es drohe die Kündigung des Massekredits und damit das Risiko des Scheiterns der bereits begonnenen Sanierung mit der Folge des Verlustes der etwa 3.200 Arbeitsplätze. Es bestehe ausnahmsweise ein Nachholbedarf für die Vergangenheit, da die entstandene Liquiditätslücke in den Folgemonaten nachwirke. Über März 2021 hinausgehender Verpflichtungen bedürfe es gegenwärtig nicht. Im Hinblick auf die für das Vorliegen eines Anordnungsgrundes maßgebliche Liquiditätssituation der Antragstellerinnen sei die Vornahme eines Abschlages eher unzulässig. Für einen angemessenen Interessenausgleich werde von der Möglichkeit des § 938 Abs. 1 Zivilprozessordnung (ZPO) Gebrauch gemacht und den Antragstellerinnen die Abgabe einer Erklärung des vorläufigen Sachwalters, wie im Widerspruchsschreiben vom 25.03.2021 angeboten, zur Bedingung gemacht. Zwar biete diese Erklärung keine Garantie, dass eine spätere Insolvenzanfechtung am Einwand der Treuwidrigkeit scheitern werde; jedoch könne nach Einschätzung der Kammer auch bei der

vorläufigen Eigenverwaltung ein schutzwürdiger Vertrauenstatbestand durch die Zustimmung des vorläufigen Sachwalters geschaffen werden.

#### **11**

Mit Schreiben vom 16.04.2021 hat der vorläufige Sachwalter der drei Antragstellerinnen folgende Erklärung abgegeben:

„Für den Fall, dass ich nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der ... [Antragstellerinnen] Sachwalter der genannten Gesellschaften werden sollte, werde ich keine Anfechtungsansprüche gegen die Sozialversicherungsträger wegen gezahlter Sozialversicherungsbeiträge während des Kug-Zeitraums geltend machen, wenn zuvor die gesetzlich vorgeschriebene Erstattung durch die Bundesagentur für Arbeit erfolgt und diese Erstattung endgültig ist.“

#### **12**

Gegen den Beschluss des SG vom 16.04.2021 hat die Antragsgegnerin Beschwerde zum Bayerischen Landessozialgericht (LSG) eingelegt. Aus § 2 Abs. 1 KugV ergebe sich offenkundig kein Anspruch der Antragstellerinnen auf Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge für Januar bis März 2021. Es sei unzutreffend, dass die Erstattung seitens der Antragsgegnerin das Tatbestandsmerkmal der Gläubigerbenachteiligung im Hinblick auf eine Insolvenzanfechtung gegen die Einzugsstellen entfallen lasse. Den vom SG zum Nachweis angeführten Urteilen lägen Fallkonstellationen zugrunde, dass eine Gläubigerbenachteiligung entweder durch Ausgleichshandlungen des begünstigten Gläubigers oder aufgrund einer Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners entfalle, nicht jedoch die hier vorliegende Konstellation, dass ein an der Rechtshandlung unbeteiligter Gläubiger die Liquidität des Unternehmens erhöhe. Es sei daher davon auszugehen, dass der Insolvenzverwalter die Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge an die Einzugsstelle durch den vorläufigen Sachwalter anfechten und zur Insolvenzmasse ziehen könne. Bei einer Abschlussprüfung wären dann die erstatteten Beiträge von der Antragsgegnerin zurückzufordern, da die Antragstellerinnen im Ergebnis keine Beiträge getragen hätten. Vor diesem Hintergrund stelle sich die Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge als zweckwidriger Sanierungsbeitrag bzw. als zweckwidrige Massemehrung dar. Das SG verkenne, dass es sich beim Kurzarbeitergeld im Gegensatz zum Insolvenzgeld nicht um ein Sanierungsmittel handle. Die Nutzung von Kurzarbeitergeld im Rahmen einer Sanierung in der Insolvenz setze vielmehr voraus, dass der Betrieb des zukünftigen Insolvenzschuldners an sich eine gesicherte Beschäftigung des jeweiligen Arbeitnehmers zulasse und mit einer schnellen Sanierung gerechnet werden könne, ohne dass es insoweit auf die Leistung von Kurzarbeitergeld oder das Kurzarbeitergeld ergänzenden Leistungen ankomme. Die Anwendung des § 2 KugV ab Stellung des Insolvenzantrages komme im Ergebnis einer Ausdehnung des § 175 SGB III über den dreimonatigen Insolvenzgeldzeitraum gleich. Auch fehle ein Anordnungsgrund. Die Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge dürfe zur Unterstützung der Sanierung nicht erforderlich sein, die Erwartung neuer Liquidität müsse vielmehr an anderweitige Umstände geknüpft sein. Aus denselben Gründen sei auch kein schwerer, irreparabler und unzumutbarer Nachteil sowie ein besonderer Nachholbedarf durch die Verweigerung der Leistungen in der Vergangenheit glaubhaft gemacht, der noch fortwirke.

#### **13**

Die Antragstellerinnen haben hiergegen über ihren bisherigen Vortrag hinaus vorgebracht, es bestehe kein Rechtsschutzbedürfnis der Antragsgegnerin für die Beschwerde, wenn der Beschwerdeführer die Regelungsanordnung, wie vorliegend, in rechtswidriger Weise missachte und die nach der Regelungsanordnung zu erbringenden Leistungen trotz gesetzlich angeordneter sofortiger Vollziehbarkeit nicht erbringe. Es sei streitig, in welchem Umfang das Beschwerdegericht die Entscheidung des Vorgerichts überprüfen dürfe; nach einer vertretenen Ansicht sei nur eine Überprüfung auf Ermessensfehler möglich, die aber nicht vorlägen. Ein Ermessen der Antragsgegnerin bei der Bewilligung der pauschalierten Erstattung von Sozialversicherungsbeiträgen bestehe nicht. Es liege kein Einbehaltungsrecht vor; die interne Weisung der Antragsgegnerin sei unbeachtlich und die darin enthaltene Argumentation finde keine Stütze im Gesetz. Die Sorge der Antragsgegnerin, die Antragstellerinnen könnten die Sozialversicherungsbeiträge doppelt vereinnahmen, sei unbegründet. Insolvenzrechtliche Anfechtungsansprüche beständen nicht. Der vorläufige Sachwalter habe die ausdrückliche Erklärung abgegeben, dass er nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens keine Anfechtungsansprüche geltend machen werde, sofern den Antragstellerinnen die Sozialversicherungsbeiträge endgültig erstattet würden. Mit der Auffassung der Antragsgegnerin würden insolvente Gesellschaften gleichheitsrechtswidrig schlechter behandelt als solche, die keinen

Insolvenzantrag gestellt hätten. Zweck der KugV sei es, Unternehmen eine Aufrechterhaltung ihres Geschäftsbetriebes in Krisenzeiten zu ermöglichen, indem ihre Liquidität geschont werde. Selbst bei offenem Verfahrensausgang seien die Interessen der Antragstellerinnen vorrangig.

#### **14**

Mit Beschluss vom 06.05.2021 hat der Senat den Antrag der Antragsgegnerin, die Vollstreckung aus dem Beschluss des SG vom 16.04.2021 auszusetzen, abgelehnt (Aktenzeichen L 10 AL 62/21 ER).

#### **15**

Die Antragstellerinnen haben am 30.04.2021 gegen die Bescheide vom 03.03.2021 in der Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 30.03.2021 Klage zum SG erhoben (Aktenzeichen S 7 AL 80/21).

#### **16**

Zur Ergänzung des Sachverhalts wird auf die von der Antragsgegnerin vorgelegten Verwaltungsakten sowie die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz Bezug genommen.

#### **II.**

#### **17**

Die form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde ist zulässig (§§ 172, 173 Sozialgerichtsgesetz -SGG-), aber nicht begründet. Das SG hat die Antragsgegnerin zu Recht zur vorläufigen Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge für die Kalendermonate Januar bis März 2021 verpflichtet.

#### **18**

Entgegen der Auffassung der Antragstellerinnen fehlt es für die Zulässigkeit der Beschwerde nicht an einem Rechtsschutzbedürfnis der Antragsgegnerin, weil diese zunächst die Zahlung verweigert hat. Im Unterschied zu dem Fall, der der hierzu zitierten Entscheidung des 8. Senats des LSG (Beschluss vom 25.06.2018 - L 8 SO 49/18 B ER) zugrunde lag, hat die Antragsgegnerin vorliegend einen - zulässigen - Antrag auf Aussetzung der Vollstreckung nach § 199 Abs. 2 Satz 1 SGG gestellt, so dass es einer Auseinandersetzung mit dem Beschluss des LSG vom 25.06.2018 im Übrigen nicht bedarf.

#### **19**

Das Begehren der Antragstellerinnen richtet sich auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes durch Erlass einer Regelungsanordnung (§ 86b Abs. 2 Satz 2 SGG). Hiernach ist eine Regelung zulässig, wenn sie zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Das ist etwa dann der Fall, wenn dem Antragsteller ohne eine solche Anordnung schwere und unzumutbare, nicht anders abwendbare Nachteile entstehen, zu deren Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre (so Bundesverfassungsgericht - BVerfG -, Beschluss vom 25.10.1998 - 2 BvR 745/88 -; Beschluss vom 19.10.1977 - 2 BvR 42/76 -; Beschluss vom 22.11.2002 - 2 BvR 745/88 -, alle zit. nach juris). Die Regelungsanordnung setzt das Vorliegen eines Anordnungsgrundes - das ist in der Regel die Eilbedürftigkeit - und das Vorliegen eines Anordnungsanspruches - das ist der materiellrechtliche Anspruch, auf den der Antragsteller sein Begehren stützt - voraus. Die Angaben hierzu müssen glaubhaft sein (§ 86b Abs. 2 Satz 2 und 4 SGG i.V.m. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO; Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 13. Aufl., § 86b Rn. 41).

#### **20**

Zwischen Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch besteht dabei eine Wechselbeziehung. An das Vorliegen des Anordnungsgrundes sind dann weniger strenge Anforderungen zu stellen, wenn bei der Prüfung der Sach- und Rechtslage in dem vom BVerfG vorgegebenen Umfang (BVerfG, Beschluss vom 12.05.2005 - 1 BvR 569/05 - Breith 2005, 803) das Obsiegen in der Hauptsache sehr wahrscheinlich ist. Ist bzw. wäre eine in der Hauptsache erhobene Klage offensichtlich unzulässig oder unbegründet, so ist wegen des fehlenden Anordnungsanspruches der Erlass einer einstweiligen Anordnung abzulehnen. Sind hierbei die Erfolgsaussichten in der Hauptsache offen, kommt dem Anordnungsgrund entscheidende Bedeutung zu.

#### **21**

Soweit existenzsichernde Leistungen in Frage stehen und deshalb eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in den Grundrechten droht, die durch eine der Klage stattgebende Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann, ist eine Versagung der Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes nur dann möglich, wenn die Sach- und Rechtslage abschließend geklärt ist (vgl. BVerfG,

Beschluss vom 14.09.2016 - 1 BvR 1335/13). Für eine Entscheidung aufgrund einer sorgfältigen und hinreichend substantiierten Folgenabwägung ist nur dann Raum, wenn eine - nach vorstehenden Maßstäben durchzuführende - Rechtmäßigkeitsprüfung auch unter Berücksichtigung der Kürze der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren regelmäßig zur Verfügung stehenden Zeit nicht verwirklicht werden kann, was vom zur Entscheidung berufenen Gericht erkennbar darzulegen ist (vgl. zum Ganzen auch: BVerfG, Beschluss vom 14.09.2016 - 1 BvR 1335/13; Beschluss vom 12.05.2005 - 1 BvR 569/05 - Breith 2005, 803; weniger eindeutig: BVerfG, Beschluss vom 06.08.2014 - 1 BvR 1453/12).

## **22**

Die Überprüfung der erstinstanzlichen Entscheidung durch das Beschwerdegericht erfolgt hinsichtlich des „Ob“ der einstweiligen Anordnung in vollem Umfang (und nicht nur, wie die Antragstellerinnen meinen, im Hinblick auf Ermessensfehler des SG), denn insoweit handelt es sich zur Auffassung des Senats und in Übereinstimmung mit der allgemeinen Meinung nicht um eine gerichtliche Ermessensentscheidung, sondern um eine Rechtsentscheidung (vgl. Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 13. Aufl., § 86b Rn. 30; Cantzler in: BeckOK SGG, Stand: 01.03.2021, § 86b Rn. 89; Krodel, NZS 2002, 234 ff.; Schoch in: Schoch/Schneider, VwGO, 39. EL, § 123 Rn. 132).

## **23**

Ein Anordnungsanspruch ist vorliegend überwiegend wahrscheinlich. Anspruchsgrundlage für die begehrte Erstattung von Sozialversicherungsbeiträgen ist § 2 Abs. 1 KugV vom 25.03.2020 (BGBl. I S. 595), zuletzt geändert durch Artikel 1 der Verordnung vom 25.03.2021 (BGBl. I S. 381), die die Bundesregierung auf der Grundlage des § 109 Abs. 5 SGB III, eingeführt durch das Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld vom 13.03.2020 (BGBl. I, S. 493) erlassen hat. Danach werden dem Arbeitgeber die von ihm während des Bezugs von Kurzarbeitergeld nach § 95 oder § 101 des SGB III allein zu tragenden Beiträge zur Sozialversicherung auf Antrag von der Bundesagentur für Arbeit für Arbeitsausfälle 1. vom 1. Januar bis zum 30. Juni 2021 in voller Höhe und 2. vom 1. Juli bis 31. Dezember 2021 in Höhe von 50 Prozent in pauschalierter Form erstattet, wenn der Betrieb bis zum 30. Juni 2021 Kurzarbeit eingeführt hat. Die Antragstellerinnen haben unstreitig im maßgeblichen Zeitraum die bereits zuvor angeordnete Kurzarbeit fortgeführt. Die Antragsgegnerin hat für die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen der Antragstellerinnen auch Kurzarbeitergeld bewilligt, so dass ein Bezug von Kurzarbeitergeld vorliegt. Die erforderliche Antragstellung (§ 323 Abs. 2 SGB III) ist jeweils für die Kalendermonate Januar bis März 2021 fristgerecht erfolgt. Rechtsfolge des § 2 Abs. 1 KugV ist die Erstattung der vom Arbeitgeber allein zu tragenden Beiträge in pauschalierter Form. Allein zu tragen sind von den Antragstellerinnen während des Bezuges von Kurzarbeitergeld die Rentenversicherungsbeiträge aus § 168 Abs. 1 Nr. 1a Sechstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI), die Krankenversicherungsbeiträge aus § 249 Abs. 2 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) und die Pflegeversicherungsbeiträge aus § 58 Abs. 1 Satz 2 Elftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XI). Die in der Norm angeordnete Rechtspflicht zur Erstattung impliziert die Notwendigkeit tatsächlicher Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge an die Einzugsstelle durch die Arbeitgeberin (vgl. Bieback in: BeckOK SGB III, Stand: 01.03.2021, § 102 Rn. 10; Kühl in: Brand, SGB III, 8. Aufl., § 102 Rn. 32; a.A. Böttiger in: Böttiger/Körtek/Schaumberg, 3. Aufl., § 102 Rn. 18, wonach Voraussetzung sei, dass der Arbeitgeber Sozialversicherungsbeiträge allein getragen habe; hier ist jedoch die gesetzlich angelegte Unterscheidung zwischen „Tragung“ und „Zahlung“ von Sozialversicherungsbeiträgen - vgl. etwa §§ 249 ff. SGB V einerseits und §§ 252 ff. SGB V andererseits - zu beachten). Vorliegend wurde die ordnungsgemäße Abführung der Sozialversicherungsbeiträge an die zuständige Einzugsstelle in den Anträgen der Antragstellerinnen jeweils versichert, so dass im Rahmen des Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes davon ausgegangen wird, dass die Zahlung an die Einzugsstellen tatsächlich erfolgt ist.

## **24**

Dem Anspruch der Antragstellerinnen steht nicht die Weisung 202004012 der Antragsgegnerin vom 28.04.2020 entgegen. Sie entfaltet keine Bindungswirkung für das Gericht. Es handelt sich insoweit nicht um eine normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift mit normativer Wirkung, denn sie dient nicht der Interpretation eines unbestimmten Rechtsbegriffs. Auch stellt die Weisung keine ermessenlenkende Verwaltungsvorschrift dar, die die Antragsgegnerin im Rahmen des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz -GG-) binden würde. Die Erstattung von Sozialversicherungsbeiträgen nach § 2 Abs. 1 KugV steht nicht im Ermessen der Antragsgegnerin. Zwar handelt es sich beim Kurzarbeitergeld nach § 95 SGB III und der damit verbundenen Erstattung von Beiträgen zur Sozialversicherung um Leistungen der aktiven

Arbeitsförderung (§ 3 Abs. 2 SGB III), die grundsätzlich Ermessensleistungen sind (§ 3 Abs. 3 SGB III). Hiervon ausgenommen ist jedoch explizit das Kurzarbeitergeld bei Arbeitsausfall (§ 3 Abs. 3 Nr. 5 SGB III) und damit zur Auffassung des Senats auch die Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge nach § 2 Abs. 1 KugV, die nach der gesetzgeberischen Ermächtigung des § 109 Abs. 5 Nr. 3 SGB III sowie nach der Umsetzung in § 2 Abs. 1 KugV akzessorisch zum Anspruch auf Kurzarbeitergeld ist (zum selben Ergebnis kommen auch Baar/Mutschler in Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz, SGB III, 7. Aufl., § 102 Rn. 37, jedoch mit der Begründung, dass der Beitragsersatzanspruch nicht als Leistung der aktiven Arbeitsförderung, sondern als spezifische Regelung des Beitragsrechts aufzufassen sei).

## 25

Die Antragsgegnerin kann mit hoher Wahrscheinlichkeit auch nicht mit der Einwendung der unzulässigen Rechtsausübung gemäß oder entsprechend § 242 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) gehört werden, worauf das SG zutreffend hingewiesen hat. Treuwidrig im Sinne des § 242 BGB handelt unter anderem, wer etwas verlangt, was er sofort zurückgeben muss (Rückgewährinwand - *dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est*). Voraussetzung hierfür ist, dass die im Fall der Durchsetzung der Forderung entstehende Gegenforderung denselben Leistungsgegenstand betrifft, dass die Gegenforderung durchsetzbar ist und dass der Berechtigte kein schutzwürdiges Interesse daran hat, die Leistung wenigstens kurzzeitig zu erhalten (vgl. Kähler in: beckonline Großkommentar BGB, Stand: 15.04.2021, § 242 Rn. 1339 ff.). Die Antragsgegnerin beruft sich zur Begründung der Voraussetzungen dieser Einwendung vorliegend darauf, dass die Antragstellerinnen bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens die von der Antragsgegnerin vorläufig erstatteten Beiträge zur Sozialversicherung auf der Grundlage von § 328 Abs. 4 SGB III zurückzuzahlen hätten, weil sie wegen der dann gegenüber den Einzugsstellen erfolgenden Insolvenzanfechtung diese nicht getragen hätten. Für die Erfüllung der Voraussetzungen des Rückgewährinwandes fehlt es bereits an der gegenwärtigen oder lediglich durch die Geltendmachung der Forderung bedingten Durchsetzbarkeit der Gegenforderung der Antragsgegnerin nach § 328 Abs. 4 SGB III. Wenn überhaupt ein Rückzahlungsanspruch der Antragsgegnerin entstehen kann, dann frühestens nach erfolgter Insolvenzanfechtung gegenüber den Einzugsstellen. Eine derzeit nur als möglich zu erachtende Insolvenzanfechtung hängt jedoch von verschiedenen in der Zukunft liegenden, ungewissen Umständen ab. Zum einen ist offen, ob die Insolvenzverfahren überhaupt eröffnet werden. So kann ein Insolvenzantrag bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens zurückgenommen (§ 13 Abs. 2 InsO) oder der Antrag auf Eröffnung kann mangels Masse abgewiesen werden (§ 26 Abs. 1 Satz 1 InsO). Zum anderen ist ungewiss, ob für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die - offenbar mit Billigung des vorläufigen Sachwalters und zeitgerecht vorgenommene - Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge angefochten werden wird und ob, falls eine solche Anfechtung versucht wird, dieser Erfolg beschieden sein wird. Vorliegend wurden nicht rückständige Sozialversicherungsbeiträge unter Druck durch Vollstreckungsankündigungen kurz vor Insolvenzeröffnung erfüllt, sondern jeweils zeitgerecht Beitragsforderungen erfüllt, so dass mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit nur eine Anfechtung nach § 130 InsO (kongruente Deckung) in Betracht käme. Diese würde neben der nach § 129 InsO erforderlichen - und nach der zutreffenden Einschätzung des SG zweifelhaften - Gläubigerbenachteiligung auch die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit oder von Umständen, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag schließen lassen, durch die Einzugsstellen voraussetzen. Auch hieran bestehen Zweifel, nachdem die Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung nicht regelhaft veröffentlicht wird und offenbar die Sozialversicherungsbeiträge kurz vor und nach Insolvenzantragstellung regelmäßig an die Einzugsstellen gezahlt worden sind. Es ist auch nicht erkennbar, warum die Antragstellerinnen kein schutzwürdiges Interesse am wenigstens kurzzeitigen Erhalt der Erstattungsleistungen haben sollten. Den Vortrag der Antragstellerinnen als richtig unterstellt, könnten diese über den Hebel der Erhaltung des Massekredits entscheidend für die Fortführung des Unternehmens und damit den Erhalt der Arbeitsplätze der Arbeitnehmer sein, die gegenwärtig von der Antragstellerin durch Zahlung von Kurzarbeitergeld gefördert werden. Durch die Bewilligung von Kurzarbeitergeld hat die Antragsgegnerin letztlich bereits ihrer Einschätzung einer positiven Prognose für die Arbeitsplätze bei den Antragstellerinnen Ausdruck verliehen; warum sich diese Einschätzung im Rahmen der Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge gegenteilig darstellen soll, leuchtet nicht ein.

## 26

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass sich aus den von der Antragsgegnerin zur Begründung ihrer Beschwerde vorgebrachten Argumenten - im Ergebnis zweckwidrige Verlängerung des Insolvenzgeldzeitraums, Kurzarbeitergeld kein Sanierungsinstrument - letztlich eher Einwände gegen die Gewährung des Kurzarbeitergeldes als solches in bestimmten Fällen der bereits erfolgten



Insolvenzantragstellung (und lediglich in der Folge gegen die Annexleistung) denn isoliert gegen die Erstattung von Sozialversicherungsbeiträgen als Annexleistung zum Kurzarbeitergeld gewinnen lassen. Die aufgeworfenen Fragen - die im zitierten Artikel (Mückl/Götte, Kurzarbeitergeld als insolvenzgeeignetes Sanierungsinstrument, NZI 2020, 874) bezeichnenderweise unter der Überschrift „Vorübergehender Arbeitsausfall trotz Insolvenzantrag?“ diskutiert werden - müsste die Antragsgegnerin zur Auffassung des Senats im Rahmen der von ihr vorzunehmenden Prüfung beantworten, ob die Voraussetzungen des Anspruchs auf Kurzarbeitergeld erfüllt sind, namentlich ob ein erheblicher Arbeitsausfall im Sinne des § 96 Abs. 1 SGB III, insbesondere ein vorübergehender Arbeitsausfall, Nr. 2, vorliegt, d.h. ob mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass in absehbarer Zeit wieder mit dem Übergang zu Vollarbeit zu rechnen ist (vgl. BSG, Urteil vom 17.05.1983 - 7 RAr 13/82 - juris).

## **27**

Der hier vorliegende Fall, dass zwischen Insolvenzantragstellung und - möglicher - Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein den Insolvenzgeldzeitraum deutlich (um das Doppelte) überschreitender Zeitraum liegt und die im Wege der Eigenverwaltung zu sanierenden Unternehmen während dieses Zeitraums noch in der Lage sind, ihre Beitragspflichten zu erfüllen, dürfte nicht den Regelfall bilden. Zwar ist der Antragsgegnerin zuzugestehen, dass Zweck der Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge nicht die Sanierung eines in die Krise geratenen Unternehmens ist; nach dem geäußerten Willen des Gesetzgebers zu § 175a SGB III i.d.F. vom 26.06.2006 (BGBl. I, 926), der auch der hier aufgrund Verordnungsermächtigung geschaffenen Regelung zugrunde liegen dürfte, soll die Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge den Arbeitgeber von einem Großteil der individuellen Kosten einer Weiterbeschäftigung der Belegschaft befreien. Ziel der Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge durch die BA ist also letztlich der Erhalt der Arbeitsplätze der Kurzarbeitergeld beziehenden einzelnen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Mittel dazu aber, dass dem Arbeitgeber vorübergehend die durch die Pflicht zur Weiterzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen entstehenden Lasten abgenommen werden und Nebenwirkung folglich, dass ansonsten an die Sozialversicherungsträger abfließende Liquidität im Ergebnis beim Arbeitgeber verbleibt.

## **28**

Zu Recht hat das SG auch darauf hingewiesen, dass die Entscheidung der Antragsgegnerin, gegen die Ansprüche auf Kurzarbeitergeld mit dem von ihr angenommenen Rückzahlungsanspruch hinsichtlich der für Januar 2021 erstatteten Sozialversicherungsbeiträge aufzurechnen, unter dem Ermessensfehler des Ermessensnichtgebrauchs leidet. Nach § 333 Abs. 3 Nr. 1 SGB III „kann“ die Bundesagentur mit Ansprüchen auf Rückzahlung u.a. von erstatteten Sozialversicherungsbeiträgen für Bezieherinnen und Bezieher von Kurzarbeitergeld, die vorläufig erbracht wurden, gegen Ansprüche u.a. auf Kurzarbeitergeld, die vom Arbeitgeber verauslagt sind, aufrechnen. Hierbei handelt es sich schon beim „Ob“ der Aufrechnung um eine Ermessensentscheidung; die Begründung der vorliegend im Wege eines Verwaltungsaktes vorgenommenen Aufrechnung muss dann nach § 35 Abs. 1 Satz 2 SGB X die Gesichtspunkte erkennen lassen, von denen die Behörde bei der Ausübung des Ermessens ausgegangen ist. Auch die Höhe der Aufrechnung (das „Wie“ der Aufrechnung) verlangt eine derartige Ermessensausübung (vgl. - zu § 154 AFG - LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 21.01.1997 - L 13 Ar 590/96 - juris). Vorliegend lässt weder der Bescheid vom 03.03.2021 noch der Widerspruchsbescheid vom 30.03.2021 erkennen, dass die Antragsgegnerin eine Ermessensentscheidung getroffen hat und von welchen Ermessensgesichtspunkten sie ausgegangen ist. Einer Begründung der Ermessensentscheidung bedurfte es spätestens im Widerspruchsbescheid (vgl. § 41 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 SGB X), zumal die Antragstellerinnen auf ihre schlechte wirtschaftliche Situation hingewiesen hatten.

## **29**

Offen gelassen werden kann, ob die Antragsgegnerin die für Januar 2021 bereits bewilligte Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge - selbst wenn diese lediglich vorläufig erfolgt sein sollte - durch eine vorläufige Regelung zurücknehmen bzw. aufheben konnte.

## **30**

Im Hinblick auf das bei Nichterlass der einstweiligen Anordnung konkret drohende Scheitern der Sanierungsbemühungen der Antragstellerinnen, das glaubhaft dargelegt wurde, und die damit verbundenen, potentiell existenziellen Auswirkungen für die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ist ein Anordnungsanspruch gegeben.

### **31**

Zu Recht hat das SG auch angenommen, dass in der vorliegenden Konstellation ausnahmsweise eine Verpflichtung zu Leistungen für die Zeit vor dem erst am 01.04.2021 gestellten Eilantrag (Januar bis März 2021) auszusprechen war. Im Rahmen einer Regelungsanordnung ist der Anordnungsgrund die Notwendigkeit, wesentliche Nachteile abzuwenden, um zu vermeiden, dass der Antragsteller vor vollendete Tatsachen gestellt wird, ehe er wirksamen Rechtsschutz erlangen kann (vgl. Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 13. Aufl., § 86b Rn. 27a). Charakteristisch ist daher für den Anordnungsgrund die Dringlichkeit der Angelegenheit, die in aller Regel nur in die Zukunft wirkt. Dabei ist es rechtlich jedoch nicht auszuschließen, dass auch für vergangene Zeiträume diese Dringlichkeit angenommen werden kann. Ein Anordnungsgrund für Zeiträume vor einer gerichtlichen Entscheidung, der nur ausnahmsweise anzunehmen ist, setzt daher voraus, dass ein noch gegenwärtig schwerer, irreparabler und unzumutbarer Nachteil glaubhaft gemacht wird und ein besonderer Nachholbedarf durch die Verweigerung der Leistungen in der Vergangenheit auch in der Zukunft noch fortwirkt oder ein Anspruch eindeutig besteht (vgl. Bayer. LSG, Beschluss vom 12.08.2014 - L 11 AS 455/14 B PKH). So liegt es hier. Die Nichtgewährung der Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge für die Monate Januar bis März 2021 wirkt sich noch gegenwärtig negativ auf die zur Sanierung und den Erhalt der Arbeitsplätze erforderliche Liquidität der Antragstellerinnen aus. Die Verlängerung der zu diesem Zeitpunkt bestehenden Beschlüsse zur Bekämpfung der Corona-Pandemie der Bundeskanzlerin und der Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder ist am 22.03.2021 beschlossen worden; es ist glaubhaft, dass die Verlängerung des „Lockdown“ zunächst bis zum 18.04.2021 die wirtschaftliche Situation der Antragstellerinnen weiter erheblich verschärft hat.

### **32**

Die einstweilige Anordnung des SG ist aus denselben Überlegungen auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Vorwegnahme der Hauptsache zu beanstanden. Darüber hinaus hat das SG die Leistungen nur vorläufig zugesprochen, so dass eine echte Vorwegnahme der Hauptsache nicht vorliegt. Dass wegen fehlender wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit des Betroffenen bei der Realisierung eines Rückgewähranspruchs Schwierigkeiten auftreten, begründet keine Unmöglichkeit der Rückabwicklung, sondern stellt lediglich ein Vollstreckungsrisiko dar (vgl. Keller a.a.O., § 86b Rn. 31).

### **33**

Die Beschwerde der Antragsgegnerin war nach alledem zurückzuweisen.

### **34**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG. Auch im Verfahren um die Erstattung von Sozialversicherungsbeiträgen als das Kurzarbeitergeld ergänzende Leistung macht der Arbeitgeber die Rechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Wege der Verfahrens- und Prozesstandschaft geltend (vgl. BSG, Urteil vom 17.03.2016 - B 11 AL 3/15 R - juris; Baar/Mutschler in: Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz, SGB III, 7. Aufl., § 102 Rn. 47).

### **35**

Dieser Beschluss ist gemäß § 177 SGG unanfechtbar.