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

Titel:

Kurzarbeitergeld und Beitragserstattung nach Insolvenzantrag

Normenketten:

SGB III § 109 Abs. 5, § 333 Abs. 3 Nr. 1
InsO § 129, § 130
KugV § 2
SGG § 86b
ZPO § 938 Abs. 1

Leitsatz:

§ 2 Abs. 1 KugV enthält keinen Anhalt, dass ab Insolvenzantrag Sozialversicherungsbeiträge kurzarbeitergeldrechtlich nicht mehr erstattungsfähig sind. (Rn. 21) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Kurzarbeitergeld, Beitragserstattung, Insolvenz, Rückforderung, Aufrechnung, Gläubigerbenachteiligung, vorläufiger Sachwalter, Eilverfahren

Rechtsmittelinstanz:

LSG München, Beschluss vom 10.05.2021 – L 10 AL 61/21 B ER

Fundstellen:

LSK 2021, 8458
NZI 2021, 646

Tenor

1. Die Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, den Antragstellerinnen vorläufig die von diesen in der Zeit von Januar bis März 2021 allein getragenen Sozialversicherungsbeiträge in pauschalierter Form zu erstatten.

2. Die einstweilige Anordnung wird davon abhängig gemacht, dass zu Gunsten der Antragsgegnerin eine Erklärung des vorläufigen Sachwalters abgegeben wird, wie sie bereits im Widerspruchsschreiben vom 25.03.2021 auf Seite 4 angeboten worden ist.

3. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

4. Die Antragsgegnerin trägt die außergerichtlichen Kosten der Antragstellerinnen.

Gründe

I.

1
Die Antragstellerin (Ast.) zu 1) betreibt gemeinsam mit ihren Tochtergesellschaften, zu denen auch die Ast. zu 2) und 3) gehören, eine Textil-Einzelhandelskette mit einer Vielzahl von Geschäften in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Luxemburg („...Gruppe“). Insgesamt beschäftigt die Gruppe derzeit ca. 3.200 Mitarbeiter.

2
Die Ast. haben als Reaktion auf erhebliche Umsatzeinbußen auf Grund der Covid-19- Pandemie jeweils unter dem 11.01.2021 die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragt.

3
Das Amtsgericht-Insolvenzgericht Aschaffenburg verfügte daraufhin mit Beschlüssen vom 12.01.2021 (Az.: 613 IN 7/21, 613 IN 8/21 und 613 IN 10/21) jeweils die Anordnung einer vorläufigen Eigenverwaltung und die Bestellung eines vorläufigen, personenidentischen Sachwalters.

4
Am 25.01.2021 zeigten die Ast. einen Arbeitsausfall für ihre jeweiligen Betriebe auf Grund der Auswirkungen der Covid-19-Pandemie an, woraufhin die Antragsgegnerin (Ag.) noch am selben Tag für jede der Ast. einen Bescheid erließ, mit welchem für den Zeitraum vom 01.01.2021 bis zum 31.12.2021 anerkannt wurde, dass ein erheblicher Arbeitsausfall vorliegt und die betrieblichen Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld erfüllt sind.

5
Mit Leistungsanträgen vom 04.02.2021 beantragten die Ast. sodann für ihre Arbeitnehmer die Gewährung von Kurzarbeitergeld sowie die Erstattung von Sozialversicherungsbeiträgen betreffend den Monat Januar 2021, was ihnen von der Ag. mit drei Bescheiden vom 08.02.2021 auf vorläufiger Basis auch gewährt wurde.

6
Nachfolgend beantragten die Ast. unter dem 19.02.2021 zum einen Kurzarbeitergeld und die Erstattung von Sozialversicherungsbeiträgen für den Monat Februar 2021. Zum anderen beantragten sie auf Grund aktualisierter Daten auch eine Korrektur der Leistungen für den Monat Januar 2021.

7
Die Ag. gewährte den Ast. daraufhin mit drei individuellen Bescheiden vom 03.03.2021 auf vorläufiger Basis erstmals Kurzarbeitergeld für Februar 2021 und passte außerdem die Höhe des zuerkannten Kurzarbeitergeldes für den Monat Januar 2021 entsprechend den Korrekturanträgen an. Nicht mehr gewährt wurde dagegen sowohl für Januar als auch Februar 2021 die Erstattung von Sozialversicherungsbeiträgen. Für den Abrechnungsmonat Januar 2021 bereits erstattete Sozialversicherungsbeiträge wurden gem. § 333 Abs. 3 SGB III gegen den Anspruch auf Kurzarbeitergeld für den Abrechnungsmonat Februar 2021 aufgerechnet. Zur Begründung führte die Ag. im Einzelnen aus, dass der Leistungsantrag für den Monat Februar 2021 mit den Arbeitszeit- und Lohnunterlagen des Betriebes noch nicht verglichen worden sei. Die Leistung werde daher durch vorläufige Entscheidung (§ 328 Abs. 1 Nr. 3 SGB III) gewährt. Zu Unrecht gezahlte Beträge seien zurückzuzahlen, wenn sich herausstelle, dass die Voraussetzungen für die Gewährung der Leistung dem Grunde oder der Höhe nach nicht vorgelegen hätten oder entfallen seien. Auf Grund des Korrekturantrages für den Anspruchsmonat Januar 2021 werde die Höhe des Anspruchs auf Kurzarbeitergeld vorläufig nach § 328 Abs. 3 S. 1 SGB III wie angegeben neu festgesetzt. Eine Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge sei auf Grund der Beantragung des Insolvenzverfahrens ab dem Abrechnungsmonat Januar 2021 nicht mehr möglich. Ab diesem Monat werde von einer Anfechtbarkeit nach §§ 129 ff. InsO ausgegangen. Im Hinblick darauf, dass die gezahlten Sozialversicherungsbeiträge mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens angefochten und zur Insolvenzmesse gezogen würden, sei für die Erstattung nach § 2 KugV kein Raum. Die bereits gezahlten Sozialversicherungsbeiträge für den Abrechnungsmonat Januar 2021 würden daher mit der laufenden Erstattung verrechnet.

8
Der gegen die drei Bescheide vom 03.03.2021 gerichtete Widerspruch der Ast. vom 25.03.2021 wurde im Wesentlichen damit begründet, dass sich aus der Vorschrift des § 2 Abs. 1 Nr. 1 KugV eine entsprechende Leistungsverpflichtung der Ag. ergebe. Die interne Weisung der Ag. mit der lfd. Nr. 202004012 vom 28.04.2020 (Verhältnis Kurzarbeitergeld zu Insolvenzen sowie Insolvenzgeld) entfalte keine Bindungswirkung im Außenverhältnis. Es existiere im Gesetz kein Anhaltspunkt dafür, dass die Ag. im Falle der Insolvenz des Antragstellers dazu berechtigt sein solle, diesem die Erfüllung seines Erstattungsanspruchs aus § 2 Abs. 1 KugV unter Verweis auf die zeitlich erst deutlich später eintretende Möglichkeit der Anfechtung (§§ 129 ff. InsO) zu verweigern. Die von der Ag. erklärte Aufrechnung sei unwirksam. Hinsichtlich der von der Ag. wohl befürchteten doppelten Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge über § 2 Abs. 1 KugV einerseits und später über §§ 129 ff. InsO andererseits fehle es an der nach § 129 Abs. 1 InsO erforderlichen Gläubigerbenachteiligung. Die insolvenzrechtlichen Anfechtungsansprüche gegen die Sozialversicherungsträger, von denen die Ag. in ihrer internen Weisung wie selbstverständlich ausgehe, bestünden mithin im Falle des Erhalts von Erstattungen nach § 2 Abs. 1 KugV gar nicht. Die Handhabung der Ag. stelle eine Schlechterstellung von insolventen Gesellschaften dar, obwohl diese häufig dringender auf Liquidität angewiesen seien. Die Ast. boten der Ag. an, dass der vorläufige Sachwalter bereit sei zu bestätigen, dass er für den Fall, dass er nach Eröffnung des Verfahrens

Sachwalter werden sollte, keine Anfechtungsansprüche gegen die Sozialversicherungsträger (wegen gezahlter Sozialversicherungsbeiträge während des KuG-Zeitraums) geltend machen werde.

9
Die Ag. wies den Widerspruch mit drei separaten Widerspruchsbescheiden vom 30.03.2021 für jede der Ast. als unbegründet zurück. Auch nach inhaltlicher Auseinandersetzung mit dem Sachvortrag des Bevollmächtigten der Ast. vertrete man weiterhin die Auffassung der Zentrale der Ag., dass eine Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge nach § 2 der KugV ab dem Abrechnungsmonat Januar 2021 nicht mehr möglich sei. Ein Erstattungsantrag ab Insolvenzantragstellung diene dem ausschließlichen Ziel der Massemehrung und ggf. der Finanzierung eines Insolvenzplans, was nicht Zweck der KugV sei. Es bedürfe auch keiner Bestätigung durch den vorläufigen Sachwalter. Der nach Maßgabe des § 333 Abs. 3 Nr. 1 SGB III vorgenommenen Aufrechnung stünden weder eine fehlende Aufrechnungslage noch insolvenzrechtliche Grundsätze entgegen. Eine Unvereinbarkeit der getroffenen Entscheidung mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz sei nicht erkennbar.

10
Mit Schreiben vom 01.04.2021, eingegangen am selben Tag, suchen die Ast. unter Vertiefung des Vortrags aus dem Widerspruchsverfahren bei Gericht um einstweiligen Rechtsschutz nach. Die Ast. beantragen,

die Ag. zu verpflichten, den Ast. die von diesen während des Bezugs von Kurzarbeitergeld nach § 95 SGB III allein zu tragenden Beiträge zur Sozialversicherung in pauschalierter Form unverzüglich zu erstatten.

11
Die Ag. beantragt,

den Antrag abzulehnen.

12
Die Ag. äußerte sich mit Schreiben vom 09.04.2021. Sie nimmt Bezug auf den Inhalt der Widerspruchsbescheide vom 30.03.2021 und die Weisung 202004012 der Zentrale der Ag. vom 28.04.2020.

13
Bereits am 01.04.2021 hat die Ag. auf entsprechende Leistungs- und Korrekturanträge der Ast. vom 24.03.2021 hin für den Zeitraum von Januar bis März 2021 drei neue Bescheide erlassen, mit denen Kurzarbeitergeld auf weiterhin vorläufiger Basis für den Monat März 2021 erstmals gewährt und für die Monate davor der Höhe nach angepasst, aber keine Erstattung von Sozialversicherungsbeiträgen bewilligt wurde.

14
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie der beigezogenen Verwaltungsakte der Ag. Bezug genommen.

II.

15
Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung i.S.d. § 86b Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) ist zulässig und im tenorierten Umfang auch begründet.

16
1. Mit dem Antrag begehren die Ast. eine Erweiterung ihrer Rechtsposition, so dass der Erlass einer einstweiligen Anordnung grundsätzlich statthaft ist.

17
Nach § 86b Abs. 2 S. 2 SGG kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Das vom Antragsteller geltend gemachte Recht (sog. Anordnungsanspruch) und die Eilbedürftigkeit, d.h. die Dringlichkeit, die Angelegenheit sofort vor einer Entscheidung in der Hauptsache vorläufig zu regeln (sog. Anordnungsgrund), sind glaubhaft zu machen (§ 86b Abs. 2 S. 4 SGG i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO). Für die Glaubhaftmachung genügt es, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen von Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund überwiegend

wahrscheinlich sind (vgl. BSG, Beschluss vom 08.08.2001, Az.: B 9 V 23/01 B, Rn. 5). Ob ein Anordnungsanspruch vorliegt, ist in der Regel durch summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache zu ermitteln. Können ohne die Gewährung von Eilrechtsschutz jedoch schwere und unzumutbare Nachteile entstehen, die durch das Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigen wären, ist eine abschließende Prüfung erforderlich (BVerfG, Beschluss vom 12.05.2005, Az.: 1 BvR 569/05). Liegt ein Anordnungsanspruch nicht vor, ist ein schützenswertes Recht zu verneinen und der Eilantrag abzulehnen. Hat die Hauptsache hingegen offensichtlich Aussicht auf Erfolg, ist dem Eilantrag stattzugeben, wenn die Angelegenheit eine gewisse Eilbedürftigkeit aufweist. Bei offenem Ausgang muss eine umfassende Interessenabwägung erfolgen (vgl. Keller, in: Meyer-Ladewig, SGG, 13. Aufl. (2020), § 86b Rn 29, 29a). Die besondere Eilbedürftigkeit, die den Anordnungsgrund kennzeichnet, ist zu bejahen, wenn dem Antragsteller unter Berücksichtigung auch der widerstreitenden öffentlichen Belange ein Abwarten bis zur Entscheidung in der Hauptsache nicht zugemutet werden kann (Keller, a.a.O., § 86b Rn 28, 29a m.w.N.). Der Antrag ist gem. § 86b Abs. 3 SGG auch schon vor Klageerhebung zulässig.

18
2. Diesen Maßgaben entsprechend war dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang stattzugeben. Sowohl Anordnungsanspruch als auch Anordnungsgrund sind hierfür hinreichend glaubhaft gemacht. a) Der Anordnungsanspruch ergibt sich aus § 2 Abs. 1 der auf der Grundlage von § 109 Abs. 5 SGB III erlassenen KugV vom 25.03.2020 (BGBl 2020, 595) in der aktuell gültigen Fassung ab dem 01.01.2021.

19
Nach der genannten Vorschrift werden dem Arbeitgeber die von ihm während des Bezugs von Kurzarbeitergeld nach § 95 oder § 101 SGB III allein zu tragenden Beiträge zur Sozialversicherung auf Antrag von der Ag. für Arbeitsausfälle vom 1. Januar bis zum 30. Juni 2021 in voller Höhe und vom 1. Juli bis zum 31. Dezember 2021 in Höhe von 50 Prozent in pauschalierter Form erstattet, wenn der Betrieb bis zum 30. Juni 2021 Kurzarbeit eingeführt hat.

20
Die Art der Pauschalierung als solches ergibt sich dabei aus § 2 Abs. 3 KugV.

21
Den Ast. ist darin zuzustimmen, dass der Wortlaut des § 2 Abs. 1 KugV keinen Anhaltspunkt für die Auffassung der Ag., dass eine Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge ab der Stellung eines Antrages auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr möglich sein soll, bietet.

22
Obwohl die gesetzgeberische Idee einer vollen oder teilweisen Erstattung von Sozialversicherungsbeiträgen im Falle von Kurzarbeit nicht neu ist - man denke nur an § § 175a SGB III (gültig vom 01.04.2006 bis zum 31.03.2012), § 421t SGB III (gültig vom 01.02.2009 bis zum 31.03.2012), § 102 Abs. 4 SGB III (gültig seit dem 01.04.2012), § 419 SGB III (gültig vom 01.04.2012 bis zum 28.05.2020) bzw. § 106a SGB III (gültig seit dem 29.05.2020) - finden sich weder in Rechtsprechung noch Literatur Hinweise darauf, dass in der Vergangenheit einmal ein Leistungsausschluss für die Zeit ab Beantragung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vertreten worden wäre.

23
Mehr noch: Obwohl die Weisung der Ag. von Ende April 2020 stammt, hat es weder der Verordnungsgeber der KugV anlässlich der Änderungen zum 01.01.2021 noch zuvor der Gesetzgeber im Zuge der Schaffung von § 106a SGB III trotz sich bietender Gelegenheit für erforderlich gehalten, zumindest „klarstellend“ - sollte man die Weisung der Zentrale der Ag. als lediglich deklaratorisch im Hinblick auf die tatsächliche Rechtslage ansehen - eine entsprechende Ausschlussregelung in den Verordnungs- bzw. Gesetzestext aufzunehmen.

24
Nun mag man vielleicht überlegen, ob auf der Basis der der der Weisung der Ag. zugrundeliegenden Annahme, dass der vom Arbeitgeber zunächst an die Einzugsstelle entrichtete Gesamtsozialversicherungsbeitrag im Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Insolvenzverwalter im Wege der Anfechtung nach §§ 129 ff. InsO wieder zur Masse zurückgeholt werden kann, einem

Leistungsbegehren der Ast. gegenüber ggf. der dolofacitEinwand erhoben werden kann (zu dieser auf § 242 BGB beruhenden Einrede im Sozialrecht siehe BSG, Urteil vom 01.03.1963, Az.: 2 RU 152/60, Rn. 20).

25
Abgesehen davon. dass sich schon das Problem stellt, ob eine erst in der Zukunft nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstehende rechtliche Möglichkeit zur Anfechtung bereits jetzt in der Gegenwart Wirkung i.S.d. der genannten Einrede entfalten kann, ist die Annahme einer Anfechtbarkeit nach §§ 129 ff. InsO in Konstellationen der vorliegenden Art auch nicht zwingend (skeptisch schon Mückl/Götte, Kurzarbeitergeld als insolvenzgeeignetes Sanierungsinstrum…, in: NZI 2020, 874 ff., Fn. 24 m.w.N.).

26
Zutreffend ist zwar, dass Zahlungen des Insolvenzschuldners an die Einzugsstelle im Allgemeinen sowohl hinsichtlich der Arbeitgeber- als auch der Arbeitnehmeranteile eine Gläubigerbenachteiligung i.S.d. § 129 InsO darstellen (vgl. statt vieler Karsten Schmitt, in: ders., InsO, 19. Aufl. (2016), § 129 Rn. 67 m.w.N.). Eine etwaige Anfechtbarkeit ergibt sich aus § 130 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 InsO. Für den vorliegenden Sonderfall der Kurzarbeit, in welchem die Sozialversicherungsbeiträge für die Bereiche der Kranken-, Pflegeversicherung und Rentenversicherung allein vom Arbeitgeber zu tragen sind (§ 249 Abs. 2 SGB V, § 58 Abs. 1 SGB XI und § 168 Abs. 1 Nr. 1a SGB VI), gilt nichts anderes.

27
Demgegenüber haben die Bevollmächtigten der Ast. auf S. 17 ihres Antragsschriftsatzes (wie zuvor auch in der Widerspruchsbegründung) dargelegt, dass es infolge der nach § 2 Abs. 1 KugV vorzunehmenden Erstattung durch die Ag. mit Blick auf eine etwaige spätere Insolvenzanfechtung an der nach § 129 Abs. 1 InsO erforderlichen Gläubigerbenachteiligung fehle.

28
Die von den Ast. für ihre Bewertung benannten Quellen können auch aus Sicht des erkennenden Gerichts so verstanden werden, dass möglicherweise eine Gläubigerbenachteiligung zu verneinen ist:

29
So heißt etwa der Leitsatz bei BGH, Urteil vom 25.01.2018, Az.: IX ZR 299/16:

„Tilgt der Schuldner eine gegen ihn gerichtete Darlehensforderung durch Barzahlung, wird die darin liegende Gläubigerbenachteiligung beseitigt, wenn der Darlehensgeber dem Schuldner erneut Barmittel zu gleichen Bedingungen wieder zur Verfügung stellt.“

30
Nach Auffassung des OLG Stuttgart (Urteil vom 10.12.2014, Az.: 4 U 129/14, Rn. 46) ist ein nachträglicher Wegfall der Gläubigerbenachteiligung möglich. Rechtshandlungen, die auf den ersten Blick das Vermögen des Schuldners zu verkürzen scheinen, sind gleichwohl nicht anfechtbar, wenn sich bei genauerem Zusehen ergibt, dass die Gläubiger ohne die Rechtshandlung im Ergebnis nicht besser stünden.

31
Allgemeiner formuliert finden sich bei Raupach (in: BeckOK-InsO, § 129 Rn. 47, 49, 51a Stand: 15.01.2021) Grundsätze, die ebenfalls für eine fehlende Gläubigerbenachteiligung sprechen könnten, soweit die vom Insolvenzschuldner geleisteten Sozialversicherungsbeiträge erstattet werden.

32
So legt Raupach in Rn 47 dar:

„Keine unmittelbare Benachteiligung liegt in Fällen sog. wirtschaftlich neutraler Vorgänge vor, wenn der Schuldner für das, was er aus seinem Vermögen weggibt, unmittelbar eine vollwertige Gegenleistung erhält (BGH NZI 2019, 812; dazu Schubert NZI 2019, 790 (791 f.); BGH NZI 2007, 718 f.). Unmittelbar ist eine Gegenleistung, wenn sie in unmittelbarem Zusammenhang mit der Vornahme der Rechtshandlung in das Vermögen des Schuldners gelangt; zeitlich ist allerdings nicht der enge Maßstab des § 142 anzulegen, sondern es reicht ein genereller zeitlicher Zusammenhang (MüKoInsO/Kayser § 132 Rn. 11). Die Frage der Vollwertigkeit entscheidet sich nach objektiven Kriterien (Uhlenbruck/Ede/Hirte Rn. 239; hierzu auch → § 142 Rn. 14 ff., → Rn. 47.1 ff.).“

33
In Rn. 49 wird formuliert:

„Erhält der Schuldner als Folge der Rechtshandlung zwar keine Gegenleistung, sondern etwas, das sich in anderer Weise als - zumindest gleichwertiger - Vorteil erweist, ist eine unmittelbare Benachteiligung ebenfalls ausgeschlossen, wenn der Vorteil unmittelbar und in zurechenbarer Weise mit dem Vermögensopfer zusammenhängt und sich unmittelbar in einer - den anderweitigen Nachteil zumindest ausgleichenden - Mehrung des Schuldnervermögens niederschlägt (BGH NZG 2020, 119 (120); NZI 2016 (262); 2007, 718 f.; 2003, 315 (316)) (→ Rn. 49.1 ff.).“

34
Und in Rn. 51a heißt es:

„Eine Gläubigerbenachteiligung kann auch dann ausscheiden, wenn ein einmal eingetretener Nachteil nachträglich wieder behoben wird. Dabei setzt die Beseitigung der Gläubigerbenachteiligung allerdings voraus, dass die Rückgewähr eindeutig zu dem Zweck erfolgt, dem Schuldner den entzogenen Vermögenswert wiederzugeben und damit die Verkürzung der Haftungsmasse ungeschehen zu machen. Von der Zweckbestimmung her muss es sich um eine vorweggenommene Befriedigung des individuellen anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruches handeln; nicht ausreichend ist, wenn mit der Rückgewähr des anfechtbar erlangten Gegenstandes ein anderer Anspruch erfüllt werden soll (BGH DStR 2020; 130; NZI 2019, 591). Die Anfechtbarkeit muss dem Anfechtungsgegner dabei allerdings nicht bewusst sein (BGH NZI 2018, 216) (→ Rn. 51a.1).).“

35
Nachdem es bislang in der insolvenzrechtlichen Rechtsprechung an einem Präzedenzfall mangelt, der sich einmal mit der vorliegenden Fallkonstellation befasst hätte, vermag das angerufene Sozialgericht als fachfremdes Gericht und auch unter Beachtung der für die Zwecke eines Eilverfahrens für eine Entscheidung nur begrenzt zur Verfügung stehenden Zeit keine vertiefte insolvenzrechtliche Prüfung vorzunehmen. Dies gilt insbesondere auch für die Frage, inwieweit durch die Pauschalierung bei der Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge ggf. kein vollwertiger Ausgleich der zuvor vom Arbeitgeber entrichteten Sozialversicherungsbeiträge im insolvenzanfechtungsrechtlichen Sinne erfolgt, wobei sich dann aber wiederum die Frage stellen würde, ob dann zumindest anstelle einer vollumfänglichen lediglich noch eine teilweise Anfechtung möglich wäre (nämlich in Höhe eines überschießenden Betrages).

36
Lediglich ergänzend ist noch anzumerken, dass die von der Ag. in den Bescheiden vom 03.03.2021 für den Monat Februar 2021 vorgenommene Aufrechnung - unabhängig von der Frage nach dem Bestehen eines Rückforderungsanspruchs der Ag. - bereits deshalb rechtswidrig ist, weil sie entgegen § 333 Abs. 3 SGB III i.V.m. § 35 Abs. 1 S. 3 SGB X keine erkennbaren Ermessenserwägungen enthält, die über die Wiedergabe der Tatbestandsvoraussetzungen der Aufrechnungsmöglichkeit als solches hinausgehen. Auch im Widerspruchsbescheid finden sich hierzu keine ausreichenden Erwägungen, so dass eine Heilung nach § 41 Abs. 1 Nr. 2 SGB X nicht eingetreten ist.

37
In der Summe ist das erkennende Gericht jedenfalls der Auffassung, dass unter Berücksichtigung der fehlenden Verankerung im Wortlaut des § 2 KugV, der unklaren Anwendbarkeit der dolofacit-Einrede als solches (wegen einer allenfalls erst künftig eintretenden Anfechtbarkeit) sowie auch der unklaren insolvenzrechtlichen Lage mit leicht überwiegender Wahrscheinlichkeit vom Bestehen eines Leistungsanspruchs der Ast. und damit eines Anordnungsanspruchs auszugehen ist.

38
b) Neben dem Anordnungsanspruch ist auch ein Anordnungsgrund glaubhaft gemacht.

39
Grundsätzlich begründen schon die Risiken durch die Nichtgewährung von Leistungen (Kurzarbeitergeld) für die Liquidität eines Unternehmens und damit auch die Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer einen Anordnungsgrund (in diesem Sinne wohl LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 28.03.2011, Az.: L 16 AL 60/11 B ER, Rn. 16). Für die ergänzenden Leistungen zum Kurzarbeitergeld, d.h. hier die Erstattung von Sozialversicherungsbeiträgen, kann nichts anderes gelten. Auch sonst genügt es, dass glaubhaft gemacht wird, dass der Antragsteller auf die Zahlungen des Antragsgegners angewiesen ist, um seine eigenen Verbindlichkeiten erfüllen zu können (SG Fulda, Beschluss vom 12.07.2018, Az.: S 4 KR 109/18 ER, Rn. 100). Das LSG NordrheinWestfalen (Beschluss vom 30.07.2015, Az.: L 11 KR 303/15 B ER, Rn. 31 m.w.N.)

verlangt im Fall der Geltendmachung erheblicher Zahlungsverpflichtungen, dass glaubhaft gemacht wird, personelle und organisatorische Effizienzoptimierungsmaßnahmen ausgeschöpft zu haben, unmittelbar von Insolvenz bedroht zu sein oder die Schließung oder doch nennenswerte Einschränkung des Betriebs befürchten zu müssen.

40
Diese Anforderungen sind im vorliegenden Fall, in welchem ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt, vom Insolvenzgericht ein vorläufiger Sachwalter bei fortbestehender Eigenverwaltung eingesetzt und von der Ag. die Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld bereits festgestellt wurden, erfüllt.

41
Zutreffend ist, dass sich der vorliegende Fall durch die Besonderheit auszeichnet, dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 11.01.2021 bereits beantragt worden ist und nach Angaben der Bevollmächtigten der Ast. eine tatsächliche Eröffnung des Insolvenzverfahrens (frühestens) zum 01.07.2021 erwartet wird.

42
Diese Umstände stehen einem Anordnungsgrund nach hiesiger Auffassung jedoch nicht entgegen.

43
Auf S. 19 - 21 des Antragsschriftsatzes finden sich auf der Basis zuvor auf S. 7 - 12 erfolgter Darlegungen zur wirtschaftlichen Situation der Ast. Ausführungen zur Eilbedürftigkeit der vorliegenden Angelegenheit. Dabei heißt es auf S. 20 u.a.:

„Die Antragstellerinnen befinden sich aufgrund des verlängerten Lockdowns und der aktuellen Corona-Beschlüsse der Bund-Länder-Konferenz vorn 22. März 202 'l in einer sehr kritischen finanziellen Situation. Es drohen Liquiditätslücken und die Kündigung des Massekredits. Sollten die gesetzlich vorgeschriebenen Erstattungen durch die Antragsgegnerin daher nicht unverzüglich vorgenommen werden, wäre die bereits begonnene Sanierung des von den Antragstellerinnen betriebenen Unternehmensverbunds ın höchstem Maße gefährdet. Der für die Sanierung und Restrukturierung der Antragstellerinnen notwendige Investorenprozess würde aufgrund der fehlenden Liquidität konkret zu scheitern drohen; der unverzügliche Erhalt von Liquidität im Wege der gesetzlich vorgeschriebenen Erstattung von Sozialversicherungsbeiträgen nach § 2 Abs. 1 KugV durch die Antragsgegnerin ist eine Voraussetzung dafür, dass der Geschäftsbetrieb in der aktuellen Situation aufrechterhalten werden kann.

Ohne eine Aufrechterhaltung des laufenden Geschäftsbetriebs kann es aber keine Sanierung geben, was zu einem Verlust der etwa 3.200 Arbeitsplätze führen könnte. Es ist daher Eile geboten. Ein weiteres Zuwarten ist den Antragstellerinnen nicht zumutbar. Der Erlass der einstweiligen Anordnung ist mithin notwendig zur Abwendung wesentlicher Nachteile.“

44
Das erkennende Gericht hält die vorstehenden Ausführungen für geeignet und auch ausreichend, um eine hinreichende Eilbedürftigkeit und damit einen Anordnungsgrund zu belegen. Den Darlegungen der Ast. wurde von der Ag. auch nicht widersprochen.

45
Soweit in dem Beschluss des SG Speyer vom 22.07.2020 (Az.: S 1 AL 134/20 ER, Rn. 33), der einen Fall mit Kurzarbeitergeld betrifft, ein Anordnungsgrund hinsichtlich der ebenfalls streitgegenständlichen Beitragserstattung abgelehnt wurde, scheint dies im Wesentlichen den Verhältnissen in dem vom SG Speyer entschiedenen Fall geschuldet gewesen zu sein (fehlende Glaubhaftmachung einer existenziellen Notlage).

46
3. Dauer und Höhe der zuzusprechenden Leistungen liegen gem. §§ 86b Abs. 2 S. 4 SGG, 938 Abs. 1 ZPO im Ermessen des Gerichts (Bayer. LSG, Beschluss vom 14.08.2012, Az.: L 16 AS 568/12 B ER, Rn. 26).

47
Im Regelfall sind Leistungen im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes erst ab Antragstellung zu gewähren, weil es für eine weitergehende Rückwirkung an der hinreichenden Eilbedürftigkeit der Angelegenheit fehlt, wenn kein besonderer Nachholbedarf hierfür geltend gemacht worden bzw. sonst erkennbar ist (vgl. auch Bayer. LSG, Beschluss vom 02.03.2009, Az.: L 11 B 746/08 AS ER, Rn. 26). Im Fall

des Kurzarbeitergeldes und der ergänzenden Leistungen ist von einem solchen Nachholbedarf gleichwohl auszugehen, so dass hier auch für die Gewährung von Leistungen für die Vergangenheit ein Anordnungsgrund zu bejahen ist (so für das Kurzarbeitergeld wohl auch SG Speyer, a.a.O., Rn. 32). Für dieses Ergebnis spricht, dass das Kurzarbeitergeld und die Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge jeweils für die Vergangenheit erfolgen und somit eine durch Nichtleistung seitens der Ag. entstehende Liquiditätslücke in den Folgemonaten fortwirkt.

48
Für den Moment hält es das erkennende Gericht für ausreichend, eine Verpflichtung zur Zahlung von Leistungen betreffend die Erstattung von Sozialversicherungsbeiträgen allein für den Zeitraum von Januar bis März 2021 auszusprechen. Weitergehender Verpflichtungen hinsichtlich nachfolgender Zeiträume bedarf es gegenwärtig noch nicht.

49
Zur Vermeidung einer Vorwegnahme der Hauptsache kann es zwar geboten sein, einen Abschlag von den ansonsten zuzusprechenden Leistungen vorzunehmen. Im vorliegenden Fall mit seinen Besonderheiten hält das Gericht mit Blick auf die für die Bejahung eines Anordnungsgrundes maßgebende Liquiditätssituation der Ast. die Vornahme eines Abschlags auf die zuzusprechende Leistung jedoch für eher untunlich.

50
Stattdessen macht das erkennende Gericht von der ebenfalls auf § 938 Abs. 1 ZPO beruhenden Möglichkeit Gebrauch, zur Erreichung des Zwecks der Anordnung, wozu auch ein angemessener und verhältnismäßiger Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen der Beteiligten durch entsprechende Nebenbestimmungen gehört (vgl. LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 20.02.2009, Az.: L 7 SO 165/09 ER-B, Rn. 10), die einstweilige Anordnung von einer Mitwirkungshandlung der Antragsteller abhängig zu machen (allgemein zur Zulässigkeit siehe SG Karlsruhe, Beschluss vom 03.03.2008, Az.: S 14 AS 879/08 ER, Rn. 24; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 11.12.2007, Az.: L 28 B 2169/07 AS ER, Rn. 4).

51
Hierzu wird den Ast. zur Bedingung gemacht, der Ag. eine Erklärung des vorläufigen Sachwalters der Ast. zukommen zu lassen, wie sie bereits im Widerspruchsschreiben vom 25.03.2021 angeboten worden ist. Dort heißt es auf S. 4:

„Sollte die BfA sicherstellen wollen, dass die Gesellschaften die von ihr nach § 2 Abs. 1 KugV erstatteten Sozialversicherungsbeiträge nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht zusätzlich von den Sozialversicherungsträgern durch Anfechtung zurückfordern, bieten wir hiermit im Namen der Gesellschaften an, dass der vorläufiger Sachwalter bereit ist, zu bestätigen, dass er für den Fall, dass er nach Eröffnung des Verfahrens Sachwalter werden sollte (wovon auszugehen ist), keine Anfechtungsansprüche gegen die Sozialversicherungsträger (wegen gezahlten Sozialversicherungsbeiträgen während des KuG-Zeitraums) geltend machen wird, wenn zuvor die gesetzlich vorgeschriebene Erstattung durch die BfA erfolgt ist.“

52
Diese Nebenbestimmung ist den Ast. ohne Weiteres zumutbar, nachdem die Bevollmächtigten die Abgabe einer solchen Erklärung des Sachwalters der Ast. bereits selbst im Widerspruchsschriftsatz angeboten hatten. Die entsprechende Erklärung des Sachwalters bietet zwar nach Einschätzung des Gerichts keine Garantie, dass eine spätere Insolvenzanfechtung der Zahlung der Gesamtsozialversicherungsbeiträge an dem Einwand der Treuwidrigkeit (§ 242 BGB) scheitern müsste, jedoch zeigen Entscheidungen des LG Wuppertal (Urteil vom 26.04.2018, Az.: 2 O 90/17) sowie des OLG Düsseldorf (Urteil vom 08.11.2018, Az.: 12 U 16/18), dass auch bei der vorläufigen Eigenverwaltung ein schutzwürdiger Vertrauenstatbestand durch die Zustimmung des vorläufigen Sachwalters bzw. die Erklärung der Nichtanfechtbarkeit zu Gunsten eines potentiellen Anfechtungsgegners geschaffen werden kann (siehe Anm. von Jasper Stahlschmidt zu dem vorgenannten Urteil des OLG Düsseldorf, in: EWiR 2019, 247 - 248, dort Ziff. 3). Zwar geht es in dem von den genannten Gerichten entschiedenen Sachverhalt nicht um ein besonderes Dreiecksverhältnis wie im vorliegenden Fall, der Gedanke der Schaffung eines Vertrauenstatbestandes durch Erklärungen eines vorläufigen Sachwalters sollte aber übertragbar sein.

53

4. Nach alledem war dem Antrag in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang stattzugeben. Im Übrigen war der Antrag, soweit er über das Zugesprochene hinausgeht, zumindest deklaratorisch abzulehnen.

54
5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Abs. 1 S. 1 SGG und berücksichtigt, dass der Antrag auf Grund seiner offenen Formulierung jedenfalls als weit überwiegend erfolgreich anzusehen ist, so dass eine Quotelung nicht als angemessen erscheint.

55
Keine Anwendung findet in Verfahren der vorliegenden Art § 197a SGG, weil Arbeitgeber in Streitigkeiten über Kurzarbeitergeld nur Prozessstandschafter für ihre Arbeitnehmer sind (BSG, Urteil vom 21.07.2009, Az.: B 7 AL 3/08 R, Rn. 22). Dies gilt auch, soweit es in diesem Zusammenhang um die Erstattung von Sozialversicherungsbeiträgen geht, die vom Arbeitgeber zu tragen sind (vgl. hierzu BSG, Urteil vom 07.05.2019, Az.: B 11 AL 11/18 R, Rn. 31, wo trotz der Streitgegenständlichkeit auch der Erstattung von Sozialversicherungsbeiträgen allein § 193 SGG zur Anwendung kommt).