LSG München, Urteil v. 09.08.2023 – L 10 AL 130/21

Titel:

Kein Kurzarbeitergeld ohne Betriebssitz oder Betriebsabteilung in Deutschland

Normenketten:

SGB I § 30
SGB III § 95 S. 1, § 97, § 99 Abs. 1 S. 1
GG Art. 3 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1
VO (EG) 883/2004 Art. 4, Art. 5 lit. b

Leitsätze:

1. Zu den betrieblichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Kug gehört auch der inländische Sitz eines Betriebes oder einer Betriebsabteilung des Unternehmens, in dem die anspruchsberechtigten Arbeitnehmer beschäftigt sind. Dies folgt aus § 99 Abs. 1 Satz 1 SGB III, der einen solchen Sitz voraussetzt, sowie aus dem Territorialitätsgrundsatz (§ 30 Abs. 1 SGB I). (Rn. 20)
2. Die so verstandene Regelung des § 99 Abs. 1 Satz 1 SGB III verstößt weder gegen nationales Verfassungsrecht noch gegen europäisches Gemeinschaftsrecht. (Rn. 30 – 43)

Schlagworte:

Betrieb, Betriebsabteilung, Kurzarbeitergeld, Arbeitnehmer, Bescheid, Arbeitslosengeld, Widerspruchsbescheid, Arbeitgeber, Betriebsrat, Arbeitszeit, Anfechtungsklage, Leistungen, Berufung, Verpflichtungsklage, Sozialversicherung, Arbeitslosigkeit, wirtschaftliche Einheit, Bundesrepublik Deutschland, Rechtsprechung des BSG, Arbeitsförderungsrecht, Ausland, Betriebssitz, Anzeige, Arbeitsausfall, Territorialitätsgrundsatz

Vorinstanz:

SG Nürnberg, Endurteil vom 04.08.2021 – S 19 AL 263/20

Tenor

I. Die Berufung gegen das Urteil des Sozialgerichts Nürnberg vom 04.08.2021 wird zurückgewiesen.

II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

1
Streitig ist die Gewährung von Kurzarbeitergeld (Kug) nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) für 14 Arbeitnehmer der Klägerin für die Zeit vom 01.04.2020 bis 30.06.2020.

2
Die Klägerin ist ein als Societate cu raspundere limitata (S.R.L.) nach rumänischem Recht organisiertes Unternehmen mit Sitz in L (Kreis A, Rumänien), das einen lizenzierten grenzüberschreitenden Omnibusverkehr zwischen Rumänien und Deutschland betreibt und mit verschiedenen Reisebüros (Agenţii) im In- und Ausland kooperiert. Gesellschafter der GmbH sind P1 und der gleichzeitig als Direktor fungierende P2, Geschäftsführerin ist P3. Zum 10.03.2022 waren nach ihren Angaben insgesamt 169 Mitarbeiter bei der Klägerin beschäftigt, von denen 23 ihren Wohnsitz in Deutschland haben. Kug wird für 14 Mitarbeiter mit Wohnadressen in Deutschland geltend gemacht, wobei ausweislich der vorgelegten Arbeitsverträge zehn als Busfahrer und erforderlichenfalls Aushilfen für Bürotätigkeiten und vier als Sachbearbeiter beschäftigt sind. Den Arbeitsverträgen ist weiter zu entnehmen, dass sieben Mitarbeiter ihren Wohnort am Sitz einer Agenţia P haben, und zwar in D, K, N und W. Als Arbeitsort ist in den Verträgen jeweils der Wohnort (D, F, P, S, K, W1, W) und in zwei Fällen der Sitz einer Agenţia P (M und F1) vorgesehen. In sämtlichen Verträgen hat sich die Klägerin vorbehalten, dem Mitarbeiter im Rahmen des billigen Ermessens eine andere gleichwertige Tätigkeit, auch andernorts, zuzuweisen.

3
Mit E-Mail vom 24.03.2020 zeigte die Klägerin unter Angabe des Ansprechpartners P4 (wohl des Firmengründers, vgl. https. P, besucht am 27.07.2023) und der Betriebsnummer bei der Bundesagentur für Arbeit (BA) in N für den Gesamtbetrieb Arbeitsausfall für die Zeit von April bis voraussichtlich Juni 2020 an. Von der Kurzarbeit seien 23 Mitarbeiter betroffen. Bei Vollarbeit betrage die regelmäßige betriebsübliche Arbeitszeit 39 Stunden; diese werde während der Kurzarbeit auf 0 Stunden reduziert. Der Betrieb sei nicht tarifgebunden; ein Betriebsrat sei nicht vorhanden. Wegen der Grenzschließungen seien Fahrten ins Ausland nicht mehr möglich; die betroffenen Mitarbeiter aus Deutschland seien Busfahrer bzw. für die Busabfertigung in einigen Städten zuständig. Hierzu legte sie Einverständniserklärungen zur Einführung von Kurzarbeit von 15 Mitarbeitern vor.

4
Die Beklagte lehnte mit Bescheid vom 24.04.2020 die Anerkennung der betrieblichen Voraussetzungen ab. Ein physischer Betrieb oder Betriebsteil in Deutschland bestehe nicht; der Sitz des Unternehmens befinde sich in Rumänien.

5
Zur Begründung des hiergegen gerichteten Widerspruchs führte die Klägerin aus, es liege im Wesen eines Busunternehmens, dass die Fahrer in der Nähe der Zu- und Ausstiegsstellen wohnten. Die Angestellten seien mit Wohnsitz in Deutschland gemeldet. Obwohl räumlich getrennt, würden die Fahrten einheitlich geplant, so dass die Fahrer die berufstypischen Ruhezeiten zwischen den Fahrten einhalten könnten. Diese Organisation werde einheitlich vom Geschäftsführer geleitet, der die einheitliche Betriebsleitung für die wirtschaftliche Einheit „Deutschland“ habe. Er fälle die wesentlichen personalpolitischen Entscheidungen, insbesondere die Einstellung und Kündigung sowie die Einsätze im Fahrplan der Reisebusse. Die für den Reiseverkehr genutzten Busse dienten als sachliche Mittel der Verfolgung des arbeitstechnischen Zwecks der Personenbeförderung. Für die Beschäftigten sei der Lohn der Lohnsteuer unterworfen und die gesetzlichen Sozialversicherungsbeiträge seien abgeführt worden. Eine Betriebsabteilung stehe einem Betrieb gleich. Die Beklagte wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 20.07.2020 als unbegründet zurück. Es liege keine eigene Betriebsabteilung vor, da die Klägerin in Deutschland keine Anschrift oder Niederlassung habe, sondern nur eine Betriebsnummer und eine sogenannte anonyme Anschrift, um die Mitarbeiter ordnungsgemäß zur Lohnsteuer und Sozialversicherung anmelden zu können. Der Sitz der Klägerin liege nicht im Geltungsbereich des SGB III.

6
Die Klägerin hat beim Sozialgericht Nürnberg (SG) Klage erhoben und ergänzend ausgeführt, die Verweigerung von Kug stelle auch einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz gemäß EU-Recht und somit eine Diskriminierung der Mitarbeiter der Klägerin in Deutschland dar. Sämtliche Angestellte, für die Kug beantragt worden sei, hätten ihren Wohnsitz in Deutschland; auf ihre Staatsangehörigkeit komme es nicht an. Sie müssten genauso behandelt werden wie deutsche Mitarbeiter im Rahmen eines Betriebes, der Zweigniederlassungen im Ausland unterhalte. Die Klägerin habe mit dem Betriebsgelände in W (Baden-Württemberg) einen inländischen Betriebsteil. Dort könnten zehn bis zwölf Omnibusse abgestellt, gewaschen und gewartet werden; es seien alle technischen Bedingungen einschließlich Grube und Ölabscheider vorhanden. Auf dem Gelände wohne ein fest angestellter Mitarbeiter. Im Gebäude befänden sich fünf Schlafzimmer mit maximal zwölf Übernachtungsmöglichkeiten mit Bad, Küche, Waschküche etc., Zugängen von außen und ins Treppenhaus sowie einer Garage. Der Direktor P2 sei laufend und nach Bedarf in Deutschland anwesend, um die Koordinierung der für den Betriebsablauf erforderlichen Arbeiten vorzunehmen. Er verfüge über einen festen Wohnsitz in N, von dem aus er nicht nur das N Büro mit den dortigen Angestellten, sondern auch das in W laufend betreue. Gleiches gelte für die weiteren fest angestellten Mitarbeiter in D, S und F. Auf die Ankündigung der Beklagten, aufgrund der nun benannten Betriebsstätte in „W2“ werde die Agentur für Arbeit (AA) H weitere Feststellungen zum Anspruch treffen, ließ die Klägerin mitteilen, dies sei überflüssig, da es sich bei dem Ort W nicht um eine Betriebsstätte im steuerrechtlichen Sinne handele, sondern um einen „organisatorischen Ort“, also einen Betriebsort im Sinne einer technischen Organisation. Eine Rechnungserstellung oder Buchhaltung erfolge dort nicht. Die Beklagte teilte auf Anfrage mit, die AA H habe den Betriebssitz einer Firma A in W nicht feststellen können. Hierzu ließ die Klägerin ausführen, in W bestehe eine Abteilung, aber kein Betrieb. Die Klägerin habe mit P2 am 01.08.2016 einen Mietvertrag über Räume auf dem genannten Grundstück abgeschlossen. Als Hausmeister fungiere der Kundenbetreuer D. Die Abteilung, von der aus auch die Mietfläche in W gesteuert

werde, befinde sich in N, nämlich in der Wohnung des P2. Von dort erledige dieser immer dann, wenn er sich alle ein bis zwei Monate in N aufhalte, den Rest der notwendigen Arbeiten per Telefon. Daher sei auch zu Recht der Antrag auf Kug in N gestellt worden. Die Klägerin habe früher mit der Firma P S.R.L. bzw. P e.K. einen lizenzierten grenzüberschreitenden Omnibusverkehr zwischen Rumänien und Deutschland gemäß den erteilten Genehmigungen mit angegebenen Halte- und Endpunkten betrieben. Diese Tätigkeit erfolge seit mindestens 2005 in gefestigten Strukturen. In Deutschland sei ein Mitarbeiter fest angestellt, der verantwortlich für die technischen Betriebsabläufe, die Busse, deren Reparatur und Wartung und die Einteilung der Fahrer sei, die in Deutschland angestellt und beschäftigt seien. Diese Fahrer zahlten alle in Deutschland Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge. „Der Geschäftsführer“ habe diesen Mitarbeiter eingesetzt und geregelt, dass er, so erforderlich, eigenständig Entscheidungen treffen dürfe, insbesondere im Hinblick auf das Betriebsgelände in W. Es stünden dort einwandfreie Übernachtungsmöglichkeiten zur Verfügung; in den „Knotenpunkten“ bestünden für die Mitarbeiter, soweit erforderlich, ebenfalls entsprechende Möglichkeiten. Nach Art. 65 Abs. 1 der Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (VO (EG) Nr. 883/2004) seien Leistungen von dem zuständigen Träger desjenigen Mitgliedstaates zu erbringen, auf dessen Staatsgebiet die Tätigkeit ausgeübt werde.

7
Mit Urteil vom 04.08.2021 hat das SG die Klage abgewiesen. Die Klägerin habe keinen Anspruch auf Erlass eines Anerkennungsbescheides. Bei den in Deutschland wohnhaften Mitarbeitern handele es sich nicht um eine eigenständige Betriebsabteilung im Sinne des § 97 Satz 2 SGB III. Die Klägerin habe sich als Busunternehmen auf Reisen von Rumänien nach Deutschland und zurück spezialisiert mit der Folge, dass die Omnibusse als für die Klägerin zentrale Betriebsmittel hier wie dort zum Einsatz kämen. Allgemeine wirtschaftliche Risiken und Arbeitsausfälle träfen zwangsläufig den ganzen Betrieb der Klägerin. Ein vom Gesamtbetrieb unterscheidbares Risiko des Arbeitsausfalls einer inländischen Betriebsabteilung sei nicht zu erkennen. Die Anknüpfung der Gewährung von Kug an das Vorhandensein eines Betriebes oder Betriebsteils im Inland verstoße weder gegen das Grundgesetz (GG) noch gegen das Recht der Europäischen Union (EU). Aus Art. 12 und Art. 14 Abs. 1 GG lasse sich ein Leistungsanspruch gegenüber der öffentlichen Hand auf Sicherung einer erfolgreichen Marktteilnahme oder künftiger Erwerbschancen nicht herleiten. Die Differenzierung zwischen im EU-Ausland ansässigen Unternehmen, die im Inland einen Betrieb oder eine Betriebsabteilung unterhielten, und solchen, bei denen dies nicht der Fall sei, sei für die Bestimmung des Bezugspunktes, ab wann das Risiko des Arbeitsausfalls von der Versichertengemeinschaft zu tragen sei, zwingend erforderlich.

8
Dagegen hat die Klägerin Berufung beim Bayerischen Landessozialgericht (LSG) eingelegt. Das SG klammere sich in seiner Entscheidung an eine alte Definition der Betriebsabteilung, die sowohl durch die wirtschaftlichen Entwicklungen wie auch durch das allgemeine Verständnis längst überholt sei. Die vorgenommene Auslegung führe zu einer Ungleichbehandlung, da im Falle einer Kündigung auch Arbeitslosengeld gezahlt werden müsse. Sollte die Beklagte das Kug nicht bezahlen, sei sie um die erbrachten Beiträge ungerechtfertigt bereichert, so dass die Klägerin diese zurückfordern könne. Zur Ausfüllung des Betriebsbegriffs genüge es, wenn ein Arbeitgeber mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe sachlicher oder sonstiger Mittel einen bestimmten arbeitstechnischen Zweck, hier den grenzüberschreitenden Linienverkehr, fortgesetzt verfolge. Es seien organisatorische Einheiten in N, F1, G und W vorhanden, ausgestattet mit Hilfsmitteln und Schlafunterkünften, Waschplätzen für Omnibusse, Entleerungsmöglichkeiten für WC-Einheiten, Omnibusreparaturmöglichkeiten sowie allen weiteren technischen und personellen Notwendigkeiten, um einen Betrieb von täglichen Fahrten zwischen den beiden Ländern aufrecht zu erhalten und zu organisieren. Diejenigen Personen und Fahrer, für die Kug beansprucht werde, seien in Deutschland ansässig und beschäftigt. Es hätten die von der Rechtsprechung zu § 4 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) entwickelten Grundsätze zu gelten, wonach bei mehreren räumlich getrennten Betriebsstätten ein einheitlicher Betrieb gegeben sei, wenn diese Betriebsstätten einer einheitlichen Leitung unterstünden. Es seien nirgends in den einschlägigen Kommentierungen deutsche Anschriften für einzelne Betriebsabteilungen gefordert. Neben dem Fahrpersonal seien Kundenbetreuer für die Busabfertigung an den jeweiligen Haltestellen erforderlich, um sich um ankommende Kunden an den Haltestellen zu kümmern, diese zu beraten und ggf. Gelder zu kassieren. An Knotenpunkten werde das Fahrpersonal ausgewechselt, damit die gesetzlichen Vorgaben zu Fahr- und Ruhezeiten eingehalten würden. Dort würden die rumänischen Fahrer gegen in Deutschland lebende Fahrer ausgewechselt.

Derartige Punkte befänden sich zum Beispiel auf den Strecken über F, K, H, N, G, D u.a. Die Klägerin arbeite mit dem Partnerunternehmen „Reisebüro und Omnibusbetrieb P e.K.“ zusammen, wobei sich die Reisebüros, über die im Wesentlichen der Ticketverkauf erfolge, in N, W, G, D befänden. Auf einen Aufsatz in der DStR 2021, 736 ff., werde verwiesen. Es sei nicht einsichtig, warum Mitarbeiter eines ausländischen Arbeitgebers, die in Deutschland arbeiteten, zwar Arbeitslosengeld, aber kein Kug erhielten. Es werde auf § 28f Abs. 1b Satz 2 Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) verwiesen.

9
Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Nürnberg sowie den Bescheid vom 24.04.2020 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20.07.2020 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, ihr für ihre Arbeitnehmer für den Zeitraum von April bis Juni 2020 Kurzarbeitergeld zu zahlen, für das sie in den angegriffenen Bescheiden die Anerkennung abgelehnt hat.

10
Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

11
Sie hält das erstinstanzliche Urteil für zutreffend. Bei dem Stützpunkt der Klägerin in Deutschland handele es sich allenfalls um eine unselbstständige Betriebsabteilung, die für sich alleine nicht bestehen könne. Ein vom Gesamtbetrieb unterscheidbares Risiko des Arbeitsausfalls einer inländischen „Betriebsabteilung“ sei im Falle der Klägerin nicht erkennbar. Der Arbeitsausfall treffe genauso den Stammbetrieb der Klägerin in Rumänien. Es sei daher von einem einheitlichen Gesamtbetrieb mit Betriebssitz im Ausland auszugehen.

12
Zur Ergänzung des Sachverhalts wird auf die Verwaltungsakte der Beklagten und die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

13
Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist zulässig (§§ 143, 144, 151 Sozialgerichtsgesetz -SGG-), aber nicht begründet. Das SG hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der Bescheid der Beklagten vom 24.04.2020 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20.07.2020 ist rechtmäßig und verletzt weder die Klägerin noch ihre Arbeitnehmer in ihren Rechten.

14
Das Rechtsschutzbegehren der Klägerin unterfällt der deutschen Gerichtsbarkeit, die auch international zuständig für die zu treffende Entscheidung ist. Primäre Sachurteilsvoraussetzung in Rechtsstreitigkeiten mit Auslandsberührung – hier aufgrund des Sitzes der Klägerin als Prozessstandschafterin im Ausland – ist das Bestehen einer deutschen Gerichtsbarkeit, d.h. der Befugnis, Rechtsprechung auszuüben (vgl. BSG, Urteil vom 26.01.1983 – 1 S 2/82 – juris; Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 13. Aufl., vor § 51 Rn. 3). Diese ergibt sich im vorliegenden Fall daraus, dass die Beklagte der deutschen Gerichtsbarkeit unterworfen ist (BSG a.a.O.; Keller a.a.O.). Auch die deutsche internationale Zuständigkeit als weitere Sachurteilsvoraussetzung liegt vor. Sie ist maßgebend für die Frage, ob in einem Rechtsstreit mit Auslandsberührung die Sachentscheidung durch ein Gericht der Bundesrepublik Deutschland getroffen werden darf, und wird vorliegend in Ermangelung eines einschlägigen völkerrechtlichen Abkommens, einer internationalen Prorogation oder einer ausdrücklichen internationalen Zuständigkeitsnorm im deutschen Prozessrecht durch die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts nach innerstaatlichem Prozessrecht indiziert (vgl. BSG a.a.O.; Keller a.a.O., Rn 3a). Diese folgt bereits aus dem Sitz der Beklagten in N (§ 57 Abs. 3 SGG). Die örtliche Zuständigkeit im Übrigen ist im Rechtsmittelverfahren nicht mehr zu prüfen (§ 98 Satz 1 SGG i.V.m. § 17a Abs. 5 Gerichtsverfassungsgesetz -GVG-).

15
Streitgegenstand ist der Bescheid vom 24.04.2020 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20.07.2020, mit dem die Beklagte der Anzeige der Klägerin vom 24.03.2020 nicht entsprochen und die Gewährung von Kurzarbeitergeld abgelehnt hat. Den angegriffenen Bescheid legt der Senat dahingehend

aus, dass er die Ablehnung der beantragten Anerkennung im Sinne von § 99 Abs. 3 SGB III (negativer Anerkennungsbescheid) enthält, nicht auch die Ablehnung der (Leistungs-) Anträge auf Kug. Gleichwohl ist vorliegend nicht eine Anfechtungs- und Verpflichtungsklage (§ 54 Abs. 1 SGG), sondern schon beim SG von vornherein eine kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage (§ 54 Abs. 1, Abs. 4 SGG) zulässig erhoben worden, denn die Klägerin hat schon während des Vorverfahrens, das erst mit dem Erlass des Widerspruchsbescheides vom 20.07.2020 endete, Leistungsanträge für die Monate April bis Juni 2020 wirksam gestellt. Zwar ist über diese Anträge noch nicht entschieden worden, denn die Beklagte hat auch im Widerspruchsbescheid nicht ausdrücklich über die Leistungsanträge entschieden und damit nicht alle rechtlichen Gesichtspunkte für ihre Entscheidung gewürdigt. Das ändert jedoch nichts daran, dass der Widerspruchsbescheid die das Verwaltungsverfahren abschließende Entscheidung ist. Insoweit gilt nichts anderes als für den Fall, dass der Arbeitgeber erst im Laufe des gerichtlichen Verfahrens den Leistungsantrag stellt und dann neben der Anfechtungsklage von der Verpflichtungszur Leistungsklage im Wege der – zulässigen – Klageerweiterung übergeht (vgl. hierzu BSG, Urteil vom 17.05.1983 – 7 RAr 13/82 – juris). Es sind keine sachlichen Gründe ersichtlich, anders zu verfahren, wenn nach Stellung des Leistungsantrags im Vorverfahren und dem nachfolgenden Widerspruchsbescheid sofort die kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage erhoben wird. Für eine Anfechtungs- und Verpflichtungsklage ist in diesem Fall kein Raum, weil diese Klageart weniger weit reicht als die Anfechtungs- und Leistungsklage (vgl. BSG, Urteil vom 16.08.1989 – 7 RAr 24/88 –; a.A. LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 15.02.2023 – L 18 AL 46/22 – ohne nähere Auseinandersetzung mit der genannten Rechtsprechung des BSG, beide zitiert nach juris).

16
Die Klägerin führt das Verfahren als Prozessstandschafterin ihrer Arbeitnehmer. Diese sind wegen der besonderen Ausgestaltung des Verfahrens nicht notwendig beizuladen, § 75 Abs. 2 SGG (vgl. BSG, Urteile vom 03.11.2021 – B 11 AL 6/21 R – und vom 25.05.2005 – B 11a/11 AL 15/04 R –, beide zitiert nach juris). Eine grundsätzlich notwendige Beiladung (§ 75 Abs. 2 Fall 1 SGG) der Betriebsvertretung hat wegen deren Fehlens im Unternehmen der Klägerin ebenfalls nicht zu erfolgen (vgl. BSG, Urteil vom 14.02.1989 – 7 RAr 18/87 – juris m.w.N.).

17
Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Zahlung von Kug für ihre Arbeitnehmer für den streitgegenständlichen Zeitraum. Anspruchsgrundlage hierfür ist § 95 Satz 1 SGB III. Danach haben Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Anspruch auf Kug, wenn 1. ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall vorliegt, 2. die betrieblichen Voraussetzungen erfüllt sind, 3. die persönlichen Voraussetzungen erfüllt sind und 4. der Arbeitsausfall der Agentur für Arbeit angezeigt worden ist.

18
Sollten die betroffenen Arbeitnehmer der Klägerin nur den Busverkehr innerhalb Deutschlands bedienen, wie die Klägerin andeutungsweise in ihrem Schreiben vom 10.03.2022 ausgeführt hat, wogegen aber bereits die Formulierung der Arbeitsverträge spricht, bestünden bereits Zweifel an einem nicht vermeidbaren, erheblichen Arbeitsausfall. Nach § 96 Abs. 1 Satz 1 SGB III i.V.m. der Verordnung über Erleichterungen der Kurzarbeit (KugV) vom 25.03.2020 (BGBl. I, 595) ist ein Arbeitsausfall erheblich, wenn 1. er auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht, 2. er vorübergehend ist, 3. er nicht vermeidbar ist und 4. im jeweiligen Kalendermonat (Anspruchszeitraum) mindestens zehn Prozent der in dem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von einem Entgeltausfall von jeweils mehr als 10 Prozent ihres monatlichen Bruttoentgelts betroffen ist; der Entgeltausfall kann auch jeweils 100 Prozent des monatlichen Bruttoentgelts betragen. In der Begründung zur Anzeige des Arbeitsausfalls vom 24.03.2020 hat die Klägerin allein ausgeführt, Fahrten seien wegen der Schließung der Grenzen Deutschlands und Ungarns nicht mehr durchführbar. Nicht nachvollziehbar ist in diesem Zusammenhang, warum Fahrten etwa zwischen den „Knotenpunkten“ in Deutschland nicht mehr durchführbar gewesen sein sollten.

19
Dies kann aber letztlich unentschieden blieben, denn es fehlt jedenfalls an weiteren Voraussetzungen für die Erteilung eines positiven Anerkennungsbescheides bzw. für die Gewährung von Kug. Insbesondere fehlt es für den Betrieb, hinsichtlich dessen die Klägerin den Arbeitsausfall angezeigt hat, an einem inländischen Betriebssitz. Für eine etwa anzunehmende inländische Betriebsabteilung liegt eine rechtzeitige Anzeige des

Arbeitsausfalls nicht vor. Im Übrigen ist auch eine vom Gesamtbetrieb unterscheidbare Betriebsabteilung nach dem gesamten Vorbringen der Klägerin nicht erkennbar.

20
Die betrieblichen Voraussetzungen für die Gewährung von Kug sind § 97 Satz 1 SGB III zufolge erfüllt, wenn in dem Betrieb mindestens eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer beschäftigt ist. Weitere Voraussetzung für die Erfüllung der betrieblichen Voraussetzungen ist, dass der Betrieb, für den Kug geltend gemacht wird, seinen Sitz im Inland hat. Dies folgt aus der Anzeigepflicht nach § 99 Abs. 1 Satz 1 SGB III am Betriebssitz i.V.m. § 97 Satz 2 SGB III, der die Betriebsabteilung für das Recht des Kug dem Betrieb gleichstellt. Existiert folglich kein Sitz eines Betriebes oder einer Betriebsabteilung im Inland, so ist bereits ein ordnungsgemäßes Anzeigeverfahren nicht durchführbar.

21
Der Betrieb der Klägerin hat ihren Sitz, wie sie selbst vorbringt, in L, Rumänien. Dem entspricht, dass sie in der Anzeige über Arbeitsausfall vom 20.03.2020 nicht nur das Feld für die zuständige AA, sondern auch ihre eigene Adressangabe freigelassen und die eingescannte Anzeige per E-Mail vom 24.03.2020 an die BA übersandt hat. Die einzige Adressangabe in der Anzeige bezieht sich auf die lohnabrechnende Steuerkanzlei mit Sitz in N. Der Hinweis der Klägerin, dass nach § 28f Abs. 1b Satz 2 SGB IV für die Erfüllung der Aufzeichnungspflichten ein Sitz des Arbeitgebers am Beschäftigungsbetrieb des nach Satz 1 der Vorschrift zu bestellenden Bevollmächtigten im Inland fingiert wird, ändert hieran nichts. Die Vorschrift betrifft allein die Führung von Entgeltunterlagen, nicht aber die weitergehenden Voraussetzungen des Kug.

22
Soweit die Klägerin ihren Anspruch nun darauf stützen möchte, dass den in Deutschland ansässigen Arbeitnehmern K. in Bezug auf einen in einer deutschen Betriebsabteilung entstandenen Arbeitsausfall zustehe, fehlt es an der Voraussetzung einer entsprechenden rechtzeitigen Anzeige bei der Beklagten. Die Anzeige ist keine Verfahrenshandlung, sondern eine materiell-rechtliche Voraussetzung, die neben anderen Voraussetzungen den Anspruch auf Kug begründet (vgl. BSG, Urteil vom 21.01.1987 – 7 RAr 76/85 – juris; Petzold in: Hauck/Noftz, SGB III, 3. Ergänzungslieferung 2023, § 99 Rn. 2). Sie muss grundsätzlich in dem Zeitpunkt vorliegen, für den Kug gewährt werden soll (vgl. BSG, Urteil vom 21.01.1987 – 7 RAr 76/85 – juris; LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 15.02.2023, a.a.O.), und erkenntlich machen, welcher Anerkennungsbescheid begehrt wird. Ist die Anzeige ursprünglich auf den gesamten Betrieb bezogen worden, kann sie nicht nachträglich auf eine Betriebsabteilung reduziert werden (vgl. BSG, Urteil vom 21.01.1987, a.a.O.). Dem Anzeigeerfordernis wird nicht schon dadurch genügt, dass der AA ohne weitere Angaben schlicht ein eingetretener oder bevorstehender Arbeitsausfall mitgeteilt wird, denn es handelt sich nicht um eine bloße Tatsachenmitteilung, sondern ihre Abgabe erfolgt vielmehr, um die betriebliche Anspruchsvoraussetzung des § 95 Satz 1 Nr. 4 SGB III zu erfüllen (so BSG a.a.O. zur insoweit gleichlautenden Vorschrift des § 64 Abs. 1 Nr. 4 Arbeitsförderungsgesetz -AFG-). Die Erstattung der Anzeige hat zur Folge, dass dem Anzeigenden unverzüglich ein schriftlicher Bescheid darüber zu erteilen ist, ob anerkannt wird, dass die Voraussetzungen für die Gewährung von Kug nach den §§ 96 und 97 SGB III vorliegen (§ 99 Abs. 3 SGB III). Da Kug nicht nur in Betrieben, sondern auch in Betriebsabteilungen gewährt wird, die im Sinne der Vorschriften über das Kug als Betriebe fingiert werden (§ 97 Satz 2 SGB III), entscheidet die Beklagte je nach dem Inhalt der Anzeige und dem danach erstrebten Anerkennungsbescheid, ob die betrieblichen Voraussetzungen für Kug im Betrieb, in einzelnen oder gegebenenfalls allen Betriebsabteilungen gegeben sind. Bei einem Betrieb, der sich in Betriebsabteilungen gliedert, muss daher die Anzeige ergeben, welcher Anerkennungsbescheid bzw. welche Anerkennungsbescheide begehrt werden. Schon wegen des mit der Anzeige erstrebten anderen Anerkennungsbescheides, aber auch wegen der anderen Angaben, die dabei zu machen sind, unterscheidet sich die Anzeige der Kurzarbeit in einem Betrieb von der Anzeige der Kurzarbeit in einer Betriebsabteilung (vgl. zum Ganzen BSG a.a.O.).

23
Vorliegend hat die Klägerin zunächst eindeutig durch Ankreuzen im entsprechenden Vordruck eine Anzeige für den „Betrieb“ erstattet. Auch die angegebenen Gründe – Grenzschließung und damit einhergehend Unmöglichkeit der Fortführung des grenzüberschreitenden Fernverkehrs – beziehen sich auf den Gesamtbetrieb, also sowohl auf die Mitarbeiter mit einer deutschen Wohnadresse als auch auf die Mitarbeiter mit einer rumänischen – oder sonstigen – Wohnadresse. Da die Anzeige für eine Betriebsabteilung andere und teilweise weitergehende Angaben erfordert als diejenige für den Betrieb und

Kug frühestens von dem Kalendermonat an gewährt wird, an dem die Anzeige über den Arbeitsausfall bei der Agentur für Arbeit eingegangen ist (§ 99 Abs. 2 Satz 1 SGB III), kann ein späterer Wechsel des Bezugspunktes nicht auf den Zeitpunkt der Erstanzeige zurückwirken (so auch BSG a.a.O.).

24
Eine – neue – Anzeige, bezogen auf eine Betriebsabteilung, ist auch nicht in dem Widerspruchsschreiben des Steuerberaters der Klägerin vom 18.05.2020, bestätigt durch Schreiben des Prozessbevollmächtigten der Klägerin vom 17.06.2020, zu erblicken. Aus ihm lässt sich schon nicht mit der für die durch die Beklagte vorzunehmende Prüfung erforderlichen Klarheit entnehmen, wo die darin benannte „wirtschaftliche Einheit Deutschland“ belegen und wie die Abgrenzung der zu dieser zu zählenden Mitarbeiter vorzunehmen sein soll. Die Angabe des Sitzes der Betriebsabteilung und ihrer Bezeichnung – zum Zwecke einer nachvollziehbaren Abgrenzung vom Gesamtbetrieb – ist eine Mindestvoraussetzung für die Entscheidung über die Anerkennung der Voraussetzungen der §§ 96 und 97 SGB III, wie sich § 99 Abs. 1 Satz 1 SGB III und § 97 Satz 2 SGB III entnehmen lässt; in der Zusammenschau dieser Vorschriften ergibt sich, dass auch die Betriebsabteilung einen Sitz haben und durch nachvollziehbare Kriterien vom Gesamtbetrieb abgrenzbar sein muss.

25
Ein konkreter Sitz der „wirtschaftlichen Einheit Deutschland“ ist dem Vorbringen der Klägerin nicht zu entnehmen. Ihr Geschäftsmodell ist nach eigenen Angaben auf das Betreiben eines internationalen Linienbusfernverkehrs gerichtet, d.h. auf den fahrplanmäßig organisierten Transport von Personen und ggf. auch Gegenständen und Schriftstücken zwischen Rumänien und Deutschland über Ungarn und Österreich (vgl. www.P, besucht am 27.07.2023). Dabei kooperiert sie – ebenfalls nach eigenen Angaben – mit Reisebüros (sog. Agenţii) an verschiedenen Standorten in Rumänien und Deutschland, unter anderem auch in W und N (www.P/agentii, besucht am 27.07.2023), an denen sich gleichzeitig auch einige Haltepunkte ihrer Verkehrslinien befinden. Das Fahrpersonal, das vertragsgemäß auch für Service, Abfertigung, Reservierungen und Stornierungen sowie die Annahme von Papiersendungen zuständig ist, wird zum Zwecke der Einhaltung der vorgeschriebenen Fahr- und Ruhezeiten an Knotenpunkten (Ein- und Aussteigeorten) ausgewechselt, wobei, nachdem nach Angaben der Klägerin in Rumänien wohnhafte Busfahrer bis nach Deutschland fahren, auch davon auszugehen ist, dass in Deutschland wohnhafte Busfahrer (z.B. aus N oder dem grenznahen W1) nach Rumänien fahren und dort wiederum ausgetauscht werden müssen. Dies bestätigt auch der Inhalt der Arbeitsverträge, wonach das Aufgabengebiet der Mitarbeiter Omnibusfahrten im Bereich des internationalen Linienverkehrs, „auch“ innerhalb der Bundesrepublik Deutschland, umfasst; daraus ist der Rückschluss zu ziehen, dass es nicht auf Deutschland beschränkt ist. Ist die Klägerin der Auffassung, eine Betriebsabteilung in Deutschland zu unterhalten, so hätte sie deren Sitz zum Zwecke einer ordnungsgemäßen Anzeige angeben müssen; hieraus hätte sich dann auch die für die Entscheidung über den Anerkennungsbescheid zuständige Agentur für Arbeit ergeben. Aus der Reaktion der Klägerin auf den Versuch der Beklagten, einen Betriebsabteilungssitz in W zu lokalisieren, nämlich der Mitteilung, eine solche Prüfung sei überflüssig, ergibt sich letztlich auch, dass die Klägerin selbst nicht davon ausgeht, eine Betriebsabteilung in W zu unterhalten. Auch sind die Mitarbeiter, für die vorliegend Kug geltend gemacht wird, einer möglichen dortigen Betriebsabteilung nicht zuzuordnen, da sich ihr Aufgabengebiet auf den Personenverkehr mit Bussen, die Abfertigung von Passagieren und etwaige Bürotätigkeiten beschränkt und sie nicht für die Wartung der Busse eingestellt sind. Einer Betriebsabteilung in W könnte allenfalls der für die Wartung der Busse zuständige Mitarbeiter mit Wohnsitz in H_2zugeordnet werden, für den aber Kug nicht geltend gemacht wird.

26
Ebenso lässt sich anhand des Vortrages der Klägerin nicht ausmachen, wodurch sich die „wirtschaftliche Einheit Deutschland“ im Sinne einer Betriebsabteilung von den übrigen betrieblichen Strukturen der Klägerin abgrenzen soll. In Ermangelung einer Definition im SGB III geht das BSG in Orientierung an der arbeitsrechtlichen Sichtweise in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass eine Betriebsabteilung ein räumlich, personell und organisatorisch vom Gesamtbetrieb abgegrenzter Betriebsteil ist, der mit eigenen technischen Betriebsmitteln einen eigenen Betriebszweck verfolgt, der auch nur ein Hilfszweck sein kann (vgl. BSG; Urteil vom 20.10.1982 – 10/8b RAr 9/80 –; Urteil vom 29.04.1998 – B 7 AL 102/97 R –; vgl. zum Ganzen auch Bayer. LSG, Beschluss 04.06.2020 – L 9 AL 61/20 B ER –, alle zitiert nach juris; Kühl in: Brand, SGB III, 9. Aufl., § 97 Rn. 7). In Weiterentwicklung dieser Rechtsprechung und in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zum tarifrechtlichen Begriff der Betriebsabteilung hat das

BSG weiter zugrunde gelegt, dass eine räumliche und organisatorische Abgrenzung auch für Außenstehende wahrnehmbar sein muss. Eine bloß betriebsinterne Spezialisierung in der Weise, dass getrennte Arbeitsgruppen jeweils bestimmte Aufgaben erfüllen, hat es nicht genügen lassen (vgl. BSG, Urteil vom 14.10.2020 – B 11 AL 6/19 R – unter Hinweis auf BAG, Urteil vom 30.10.2019 – 10 AZR 177/18 – beide zitiert nach juris). Vielmehr setze das Erfordernis einer deutlichen Erkennbarkeit der organisatorischen Trennung von Betriebsabteilung und Gesamtbetrieb auch für Außenstehende voraus, dass in weiteren Bereichen eine Eigenständigkeit deutlich hervortritt. Die Leistungen der unterschiedlichen Unternehmensbereiche dürfen nicht „aus einer Hand“ angeboten werden, sondern es muss sich für Außenstehende erkennbar um verschiedene eigenständige Unternehmensteile handeln, was bereits mit der Anzeige des Arbeitsausfalls glaubhaft zu machen ist. Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe ist ein abgrenzbarer „deutscher“ Betriebsteil nicht feststellbar. Die von den Mitarbeitern der Klägerin zu erbringenden Aufgaben dienen – ununterscheidbar zwischen Mitarbeitern mit Wohnsitz in Deutschland und solchen mit Wohnsitz in Rumänien – dem internationalen Buslinienverkehr zwischen Deutschland und Rumänien mit Zwischenhalten in Österreich und Ungarn. Die Mitarbeiter bedienen sich derselben sächlichen Mittel, nämlich hauptsächlich der Omnibusse, die zwischen den Haltepunkten verkehren. Es ist weder dargetan noch nachvollziehbar, dass die Übernachtungsmöglichkeiten, etwa in W, nur den Mitarbeitern mit Wohnsitz in Deutschland zur Verfügung stehen. Im Übrigen lassen sich die in Deutschland vorhandenen Strukturen ausschließlich mit den Reisebüros in Zusammenhang bringen, denen offenbar jeweils auch Übernachtungsmöglichkeiten angegliedert sind, wie aus dem Sachvortrag der Klägerin und der Überschneidung der Wohnorte eines Teils der Angestellten mit den Standorten von Reisebüros zu schließen ist. Die Klägerin reklamiert jedoch nicht für sich, dass die Reisebüros zu ihrer Organisationsstruktur zählen, sondern nur, dass sie mit diesen kooperiere.

27
Der von der Klägerin zur Begründung ihrer Auffassung angeführte Verweis auf die zu § 4 BetrVG entwickelten Grundsätze, wonach bei mehreren räumlich getrennten Betriebsstätten ein einheitlicher Betrieb gegeben sei, wenn die Betriebsstätten einer einheitlichen Leitung unterstünden, unterstreicht, im Gegensatz zur Intention des Arguments, geradezu das Fehlen einer inländischen Betriebsabteilung in diesem Sinne. Die Leitung des Gesamtunternehmens „internationaler Busverkehr“ wird einheitlich von der Geschäftsführerin in Rumänien bzw. von ihrem Direktor ausgeübt, der sich zeitweise in Deutschland – und wohl auch in Rumänien – aufhält. Damit wären unter Anwendung der genannten Grundsätze alle Betriebsstätten in Deutschland dem rumänischen Gesamtbetrieb zuzuordnen.

28
Auch ein europarechtlicher Blickwinkel auf den Begriff des Betriebes ändert nichts an dieser Einschätzung. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zur autonomen und einheitlichen Auslegung des Betriebsbegriffs im Sinne der europäischen RL 98/59/EG (Massenentrichtungsrichtlinie – MERL; auf den europarechtlichen Betriebsbegriff stellt auch das LSG Nordrhein-Westfalen in seinem Beschluss vom 08.03.2021 – L 9 AL 198/20 B ER – juris ab) ist dieser sehr weit zu verstehen; es werden keine hohen organisatorischen Anforderungen an die erforderliche Leitungsstruktur gestellt. Nach dem Verständnis des EuGH wird das Arbeitsverhältnis im Wesentlichen durch die Verbindung zwischen dem Arbeitnehmer und dem Unternehmensteil gekennzeichnet, dem er zur Erfüllung seiner Aufgabe angehört. Der „Betrieb“ in diesem Sinne wird danach von der Einheit gebildet, der die von der Entlassung betroffenen Arbeitnehmer zur Erfüllung ihrer Aufgabe angehören und bei der die Zahl der vorgenommenen Entlassungen getrennt von denen zu berücksichtigen ist, die in den anderen Betrieben desselben Unternehmens erfolgt sind (vgl. EuGH, Urteil vom 13.05.2015 – C-392/13 – Rabal Cañas, juris). Es muss sich um eine unterscheidbare Einheit von einer gewissen Dauerhaftigkeit und Stabilität handeln, die zur Erledigung einer oder mehrerer bestimmter Aufgaben bestimmt ist und über eine Gesamtheit von Arbeitnehmern sowie über technische Mittel und eine organisatorische Struktur zur Erfüllung dieser Aufgaben verfügt (EuGH a.a.O.). Im Hinblick auf die behauptete „wirtschaftliche Einheit Deutschland“ bei der Klägerin fehlt es jedoch an einer solchen Unterscheidbarkeit von den übrigen Strukturen in Rumänien, denn wie bereits zum nationalen Begriff der Betriebsabteilung ausgeführt, ermangelt es an abgrenzbaren technischen Mitteln, derer sich die deutsche Einheit im Gegensatz zur rumänischen bedienen würde, sowie an einer abgrenzbaren organisatorischen Struktur. Hieran ändert nichts, dass der Direktor der Klägerin von seinem fallweise benutzten Wohnsitz in N aus aufgrund seiner Sprachkenntnisse die in Deutschland tätigen Fahrer und Kundenbetreuer betreut und überwacht, denn diese Betreuung und Überwachung betrifft zwangsläufig gleichermaßen „deutsche“ als auch „rumänische“ Angestellte. Dies ergibt sich letztlich aus der

Natur des grenzüberschreitenden Busverkehrs, der ein Tätigwerden sämtlicher Mitarbeiter der Klägerin in mehreren Ländern erforderlich macht.

29
Neben dem Fehlen einer ordnungsgemäßen rechtzeitigen Anzeige des Arbeitsausfalls für eine gesonderte Betriebsabteilung, der die Arbeitnehmer angehören, für die vorliegend Kug geltend gemacht wird, ergibt sich aus dem Gesagten, dass auch – überhaupt – nicht vom Vorliegen einer deutschen Betriebsabteilung der Klägerin auszugehen ist, worauf das SG zu Recht hingewiesen hat.

30
Der Beschränkung der Gewährung von Kug auf in einem deutschen Betrieb oder einer deutschen Betriebsabteilung beschäftigte Arbeitnehmer steht nach Auffassung des Senats auch weder nationales Verfassungsrecht noch europäisches Gemeinschaftsrecht entgegen (so in einem vergleichbaren Fall auch LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 15.02.2023, a.a.O.).

31
Der Senat kann dahingestellt sein lassen, ob die Grundrechte der durch die Norm begünstigten, aber am Rechtsstreit nicht beteiligten Arbeitnehmer in diesem Verfahren einen Maßstab bilden, an dem das anzuwendende Recht zu prüfen ist (so auch BSG, Urteil vom 17.03.2016 – B 11 AL 3/15 R – juris). Dies unterstellt, verletzt die Regelung des § 99 Abs. 1 Satz 1 SGB III nicht die Grundrechte der Arbeitnehmer der Klägerin.

32
Sie verletzt zunächst nicht das Grundrecht auf Gewährleistung des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 GG) der Arbeitnehmer der Klägerin. Soweit durch § 99 Abs. 1 Satz 1 SGB III in eigentumsrechtlich geschützte Positionen eingegriffen werden sollte, wäre der Eingriff gerechtfertigt. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat die Frage, ob über das Arbeitslosengeld hinausgehende Ansprüche aus der Arbeitslosenversicherung wie das Kug in den Schutz der Eigentumsgewährleistung fallen, bisher nicht geklärt (vgl. Urteil vom 04.07.1995 – 1 BvF 2/86 u.a. – juris, Rn. 142). Es hat jedoch Zweifel an dessen privat-nütziger Zuordnung zum Versicherten angemeldet, nachdem – anders als beim Arbeitslosengeld – die Erfüllung einer Wartezeit nicht erforderlich sei und die Zahlung von Kug vor allem auch den von Kurzarbeit betroffenen Betrieben die eingearbeiteten Arbeitnehmer erhalten solle. Obwohl beitragsfinanziert, handele es sich um eine Arbeitgeber und Arbeitnehmer begünstigende Leistung des Solidarausgleichs. Nach Auffassung des Senats greift – wie in dem dort entschiedenen Fall – auch hier die Regelung des § 99 Abs. 1 Satz 1 SGB III nicht in verfassungswidriger Weise in die versicherungsrechtliche Position der Arbeitnehmer ein. Die Anzeigeverpflichtung soll der AA die Prüfung des erheblichen Arbeitsausfalls und der betrieblichen Voraussetzungen des Kug-Anspruchs sowie ggf. die Vermittlung der betroffenen Arbeitnehmer in ein anderes Arbeitsverhältnis möglichst umgehend ermöglichen (vgl. BSG, Urteil vom 14.02.1989 – 7 RaR 18/87 –; Urteil vom 21.01.1987 – 7 RAr 76/85 –, beide zitiert nach juris; Estelmann in: Eicher/Schlegel, SGB III, Stand: September 2017, § 99 Rn. 45; Kühl in: Brand, SGB III, 9. Aufl., § 99 Rn. 4). Diese Zielrichtung lässt weiter an eine Verortung der Anspruchsvoraussetzung von inländischen Mindeststrukturen im Sinne eines Betriebes oder wenigstens einer Betriebsabteilung in dem aus § 30 Abs. 1 Erstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB I) herzuleitenden Territorialitätsprinzip (so auch LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 15.02.2023, a.a.O.) denken. Dieses Prinzip besagt im Grundsatz, dass staatliche Hoheitsgewalt nur im eigenen Hoheitsbereich ausgeübt wird (BSG Großer Senat, Beschluss vom 21.12.1971 – GS 6/71 – juris) und das Sozialstaatsgebot diejenigen begünstigt, für die der nationale Gesetzgeber verantwortlich ist (BSG, Urteil vom 27.08.2008 – B 11 AL 22/07 R – juris). Das Territorialitätsprinzip erlangt seine besondere Bedeutung zwar vorrangig im Zusammenhang mit der Versicherungspflicht (vgl. BSG Großer Senat a.a.O.). Nach einem obiter dictum im genannten Beschluss könnte es jedoch auch in anderen Bereichen der Sozialversicherung bedeutsam werden, soweit eine hoheitliche Betätigung, insbesondere eine hoheitliche Kontrolle, außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs der Sozialversicherungsgesetze erforderlich sein würde.

33
Eine solche Situation ist nach Auffassung des Senats im Zusammenhang mit der Gewährung von Kug gegeben. Die Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen des § 95 SGB III umfasst nicht nur personenbezogene Merkmale, sondern auch betriebsbezogene wie den erheblichen Arbeitsausfall und insbesondere dessen Vermeidbarkeit (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 i.V.m. Abs. 4 SGB III). Mit dem Begriff der

Unvermeidbarkeit des Arbeitsausfalls wird dem gesetzgeberischen Willen Rechnung getragen, der eine Schadensverhinderungs- und Schadensminderungsobliegenheit nicht nur für den Arbeitgeber, sondern für den gesamten Betrieb (Arbeitgeber, Arbeitnehmer und Betriebsvertretung) normiert; es soll bei wirtschaftlicher Ursache der Kurzarbeit dem Arbeitgeber das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko – auch auf die Gefahr, dass Arbeitnehmern gekündigt wird – nur abgenommen werden, wenn der Betrieb (oder die Betriebsabteilung) insgesamt alles ihm Zumutbare getan hat, um den Arbeitsausfall zu vermeiden (vgl. BSG, Urteil vom 29.10.1997 – 7 RAr 48/96 – juris; Wehrhahn in: Eicher/Schlegel, SGB III, Stand: April 2022, § 96 Rn. 41). Auch bezüglich einer möglichen Ersatzpflicht betreffend zu Unrecht geleisteten Kug (§ 108 Abs. 3 SGB III) können Ermittlungen erforderlich sein; diese wiederum mögen die Vorlage entsprechender Unterlagen für den Betrieb oder die Betriebsabteilung erfordern oder ggf. auch die Einvernahme von Zeugen. Dass in der Praxis auch tatsächlich fallweise Ermittlungen vor Ort des Betriebes erfolgen, zeigt das Formular der Beklagten zur „Verfügung zur Anzeige über Arbeitsausfall“, das die Angabe eines „Prüfungsortes“ zur Entscheidung über das Vorliegen der Voraussetzungen für die Gewährung von Kug vorsieht. Solche Vor-Ort-Ermittlungen kann die Sozialverwaltungsbehörde aber nur im Inland anstellen (in diesem Sinne auch Greiser/Kador, ZESAR 2021, 383, 389; dieser Aspekt bleibt vollständig unerwähnt bei Weiss-Bölz, DStR 2021, 736 ff.).

34
Die Regelung verletzt auch nicht den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG). Sie führt zwar zu einer Ungleichbehandlung von Arbeitnehmern, die in Unternehmen beschäftigt sind, die betriebliche Mindestanforderungen im Sinne einer inländischen Betriebsabteilung erfüllen, gegenüber solchen bei Unternehmen, die diese nicht aufweisen. Doch ist diese Ungleichbehandlung sachlich gerechtfertigt.

35
Dies ergibt sich zum einen aus der bereits dargestellten Notwendigkeit für die BA, zum Zwecke der ggf. erforderlichen Ermittlungen im Hinblick auf die betrieblichen Voraussetzungen staatliche Hoheitsgewalt auszuüben, die ihr bei Unternehmen ohne jeglichen organisatorischen Anknüpfungspunkt im Inland verwehrt ist. Darin liegt zugleich auch der grundlegende Unterschied zu Arbeitslosengeld-Ansprüchen von Grenzgängern, also Personen, die vor Eintritt der Arbeitslosigkeit in Deutschland versicherungspflichtig beschäftigt waren. Das BVerfG hat in seiner Arbeitslosengeld für Grenzgänger betreffenden Entscheidung (Beschluss vom 30.12.1999 – 1 BvR 809/95 – juris) zur Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG auch darauf hingewiesen, dass eine durch § 30 Abs. 1 SGB I bewirkte Ungleichbehandlung gerechtfertigt sein könne, da es ein verfassungsrechtlich grundsätzlich nicht zu beanstandendes Ziel nationaler Sozialpolitik sei, sozial relevante Tatbestände im eigenen Staatsgebiet zu formen und zu regeln (vgl. a.a.O., Rn. 11). In den Fällen der Gewährung von Arbeitslosengeld an Grenzgänger – die unter dem Vorbehalt der Erfüllung aller anderen Voraussetzungen, also insbesondere auch der Verfügbarkeit steht – ist eine tatsächliche Prüfung von Sachverhalten außerhalb des Hoheitsgebiets der Bundesrepublik Deutschland aber gerade nicht erforderlich. Daran ändert auch nichts, dass die hier betroffenen Arbeitnehmer Beiträge zur Arbeitslosenversicherung zu entrichten haben. Zum einen ist es in der Arbeitslosenversicherung nicht geboten, bei der Bemessung kurzfristiger Lohnersatzleistungen eine versicherungsmathematische Äquivalenz zwischen den entrichteten Beiträgen und der Höhe der Leistung herzustellen (vgl. BSG, Urteil vom 25.07.1985 – 7 RAr 114/83 –; Urteil vom 21.07.2009 – B 7 AL 23/08 R –; Urteil vom 07.09.2019 – B 11 AL 11/18 R – alle zitiert nach juris). Daneben ist zu berücksichtigen, dass das K. zwar beitragsfinanziert ist, aber nicht im selben Maße dem Äquivalenzprinzip unterliegt wie etwa das Arbeitslosengeld, dessen Erbringung von der Erfüllung von Vorversicherungszeiten (§ 142 SGB III) abhängig ist. Die Ungleichbehandlung findet ihre Rechtfertigung weiter in der Verfolgung eines legitimen, sich sowohl auf den inländischen Arbeitsmarkt als auch auf Wirtschaftstätigkeiten in Deutschland beziehenden Zwecks, nämlich dauerhafter Arbeitslosigkeit durch Sicherung der Arbeitsplätze und insoweit auch Subventionierung des Arbeitgebers und Übernahme seines Betriebs- und Wirtschaftsrisikos vorzubeugen (vgl. Bieback in: BeckOGK, Stand: 01.05.2020, § 95 Rn. 10). Die Beschränkung stellt damit einen Reflex des Umstandes dar, dass das K. nicht nur, wie das Arbeitslosengeld, eine den jeweiligen Arbeitnehmer schützende individuelle Leistung zur Kompensation bei Teilarbeitslosigkeit darstellt, sondern zugleich auch eine Förderung der betroffenen Betriebe bzw. Betriebsabteilungen mit dem Zweck, Betriebsschließungen zu vermeiden.

36

Eine Verletzung von Grundrechten der Klägerin selbst ist ebenfalls nicht erkennbar. Soweit diese nach Art. 19 Abs. 3 GG Grundrechtsträgerin sein kann – woran im Hinblick auf ihren fehlenden Inlandsbezug bereits Zweifel bestehen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 19.07.2011 – 1 BvR 1916/09 – juris, Rn. 79) –, und soweit es für die Entscheidung im Hinblick auf ihre Rolle als Prozessstandschafterin ihrer Arbeitnehmer, die lediglich fremde Rechte prozessual geltend macht, auf diese ankäme, ergäbe sich im Hinblick auf die obige Darstellung jedenfalls eine sachliche Rechtfertigung.

37
Auch das Europäische Gemeinschaftsrecht erfordert keine andere Auslegung; aus ihm lässt sich kein Anspruch auf Kug für Arbeitnehmer herleiten, deren Arbeitgeber über keinerlei betriebliche Mindeststrukturen im Inland verfügt. Die VO (EG) Nr. 883/2004 ist nach ihrem Art. 2 Abs. 1 auf die Arbeitnehmer der Klägerin als rumänische bzw. deutsche Staatsangehörige persönlich und nach Art. 3 Abs. 1 lit. h sachlich anwendbar, denn beim Kug handelt es sich um Leistungen bei Arbeitslosigkeit im Sinne dieser Vorschrift (vgl. Brall in: Schlegel/Voelzke, jurisPK SGB I, 3. Aufl., Art. 3 VO (EG) Nr. 883/2004, Rn. 56). Hierunter sind Leistungen zu verstehen, die den aufgrund der Arbeitslosigkeit verlorenen Arbeitslohn ersetzen sollen und deshalb für den Unterhalt des arbeitslosen Arbeitnehmers bestimmt sind. Darunter fällt wegen seiner Entgeltersatzfunktion auch das deutsche Kug (vgl. zum Saison-Kug: BSG, Urteil vom 07.05.2019, a.a.O. Rn. 23, wobei der Hinweis auf die Erwähnung von Kurzarbeit in Art. 65 Abs. 1 Satz 1 VO (EG) Nr. 883/2004 nicht zwingend erscheint, nachdem der europarechtliche Begriff der Kurzarbeit nicht deckungsgleich mit demjenigen der §§ 95 ff. SGB III ist).

38
Ein Anspruch auf Kug lässt sich nicht aus der Sachverhaltsangleichung des Art. 5 lit. b VO (EG) Nr. 883/2004 herleiten. Hat danach nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats der Eintritt bestimmter Sachverhalte oder Ereignisse Rechtswirkungen, so berücksichtigt dieser Mitgliedstaat die in einem anderen Mitgliedstaat eingetretenen entsprechenden Sachverhalte oder Ereignisse, als ob sie im eigenen Hoheitsgebiet eingetreten wären. Zuständig ist vorliegend der deutsche Staat als Beschäftigungs- bzw. Wohnsitzstaat, Art. 11 Abs. 3 lit. a bzw. Art. 13 Abs. 1 lit. a VO (EG) Nr. 883/2004. Der Grundsatz der Sachverhaltsgleichstellung bewirkt auch eine Gebietsgleichstellung, d.h. es ist grundsätzlich unerheblich, ob eine Leistungsvoraussetzung im Inland oder in einem anderen Mitgliedstaat eingetreten ist (vgl. Otting in: Schlegel/Voelzke a.a.O., Art. 5 VO (EG) Nr. 883/2004 Rn. 10 m.w.N.). Jedoch soll der Grundsatz der Leistungs- und Sachverhaltsgleichstellung nicht zu sachlich nicht zu rechtfertigenden Ergebnissen oder zum Zusammentreffen von Leistungen gleicher Art für denselben Zeitraum führen (Otting a.a.O., Rn. 12). Als Beispiel wird hierfür der Fall genannt, dass Sinn und Zweck der Verfügbarkeitsvoraussetzung für eine Leistung bei Arbeitslosigkeit in ihr Gegenteil verkehrt würde, wenn sich ein Arbeitsloser lediglich bei der Arbeitsverwaltung eines anderen Mitgliedstaats registriert, da seine Bereitschaft zur Arbeitsaufnahme dann nicht mehr von der zuständigen Arbeitsverwaltung kontrolliert werden könnte (Otting a.a.O.; Greiser/Kador, ZESAR 2021, 383 ff.). Eine vergleichbare Situation besteht im Falle der Gewährung von Kug an Mitarbeiter eines Unternehmens, das ausschließlich über betriebliche Strukturen in einem anderen Mitgliedstaat verfügt. Auch hier wäre es der zuständigen Arbeitsverwaltung verwehrt, von ihr für erforderlich gehaltene Ermittlungen bei dem Arbeitgeber anzustellen und notfalls auch durchzusetzen (dies erwägen auch Greiser/Kador a.a.O.). Damit scheidet nach Auffassung des Senats eine Sachverhaltsangleichung aus tatsächlichen Gründen aus.

39
Auch ein Verstoß gegen Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004 liegt nicht vor. Danach haben Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates, sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist. Die Vorschriften des § 99 Abs. 1 Satz 1 SGB III und des § 30 SGB I gelten aber unterschiedslos für deutsche Staatsangehörige wie für Staatsangehörige anderer Staaten, für die Kug beansprucht wird, so dass eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit bereits nicht vorliegt. Gleiches gilt für das im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit normierte Gleichbehandlungsgebot aus Art. 45 Abs. 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

40
Die Regelung verstößt auch nicht gegen das aus Art. 45 AEUV hergeleitete Beschränkungsverbot. Zwar stellen nationale Bestimmungen, die einen Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist, daran hindern oder davon abhalten, sein Herkunftsland zu verlassen, um von seinem Recht auf

Freizügigkeit Gebrauch zu machen, auch dann Beeinträchtigungen dieser Freiheit dar, wenn sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betreffenden Arbeitnehmer angewandt werden (nichtdiskriminierende Maßnahmen, vgl. EuGH, Urteil vom 15.12.1995 – Rs. C-415/93 – Bosman; Urteil vom 11.01.2007 – C-208/05 – ITC, beide zit. nach juris). Jedoch ist bereits nicht erkennbar, inwieweit die Anknüpfung der Gewährung von Kug an das Vorliegen inländischer Betriebsstrukturen Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten davon abhalten sollte, sich in Deutschland um angebotene Stellen zu bewerben, eine Beschäftigung auszuüben oder nach Beendigung der Beschäftigung dort zu verbleiben.

41
Soweit die Klägerin betroffen ist, ist die Beschränkung der Gewährung von Kug auf Unternehmen mit betrieblicher Anknüpfung im Inland mit der Rechtsprechung des EuGH in Einklang zu bringen. Der Gerichtshof hält eine sogenannte Aufenthaltsklausel, also eine Vorschrift, nach der eine Sozialleistung vom Wohnsitz oder Sitz des Anspruchstellers im Inland abhängig ist, zwar nur unter engen Voraussetzungen für zulässig. Eine solche Beschränkung kann nach Gemeinschaftsrecht nur gerechtfertigt sein, wenn sie auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen des Allgemeininteresses beruht, die in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit dem nationalen Recht rechtmäßigerweise verfolgten Zweck stehen (vgl. EuGH, Urteil vom 23.03.2004 – C-138/02 – Collins; Urteil vom 18.07.2006 – C-406/04 – Cuyper; Urteil vom 21.07.2011 – C-503/09 – Stewart, alle zitiert nach juris). Solche objektiven Allgemeininteressen bestehen vorliegend mit der Notwendigkeit der hoheitlichen Überprüfung der betrieblichen Voraussetzungen für die Gewährung von Kug, die einen betrieblichen Anknüpfungspunkt im Inland mit einer Mindestorganisation erfordert, und dem damit einhergehenden Schutz der Versichertengemeinschaft vor Leistungsmissbrauch sowie der berechtigten Beschränkung der Subventionierung auf solche Unternehmen, die inländische Arbeitsplätze innerhalb zu einem Mindestmaß gefestigter Strukturen schaffen und aufrechterhalten.

42
Die Verordnung (EU) Nr. 2020/672 des Rates vom 19.05.2020 zur Schaffung eines Europäischen Instruments zur vorübergehenden Unterstützung bei der Minderung von Arbeitslosigkeitsrisiken in einer Notlage (SURE) im Anschluss an den COVID-19-Ausbruch regelt lediglich die Bedingungen und Verfahren, nach denen die Union finanziellen Beistand gegenüber einem Mitgliedstaat für die Finanzierung von Kurzarbeitsregelungen oder ähnlichen Maßnahmen leisten kann; aus ihr sind jedoch keine Vorgaben für die Erbringung von Kug durch die Mitgliedstaaten zu entnehmen.

43
Davon unbenommen hätte es dem Gesetz- oder Verordnungsgeber freigestanden, eine weitergehende Regelung – wie etwa diejenige des Art. 9 der französischen Ordonnance no. 2020-346 portant mesures d'urgence en matière d'activité partielle vom 27.03.2020 – zu treffen; davon hat der deutsche Gesetzgeber jedoch gerade abgesehen (vgl. zum Ganzen die Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages WD 6 -3000 – 073/20 vom 24.08.2020 m.w.N.).

44
Nach alldem war die Berufung zurückzuweisen.

45
Die Kostenentscheidung folgt aus § 193 SGG.

46
Gründe, die Revision gemäß § 160 Abs. 2 Nr. 1 und 2 SGG zuzulassen, liegen nicht vor.