

**Titel:**

**Kein Kurzarbeitergeld ohne Betriebssitz oder Betriebsabteilung in Deutschland**

**Normenkette:**

SGB I § 30

SGB III § 95 Satz 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. 19)

2. Die so verstandene Regelung des § 99 Abs. 1 Satz 1 SGB III verstößt weder gegen nationales Verfassungsrecht noch gegen europäisches Gemeinschaftsrecht. (Rn. 23 – 37)

**Schlagwort:**

Kurzarbeitergeld

**Vorinstanz:**

SG Nürnberg, Urteil vom 10.11.2021 – S 19 AL 328/20

**Fundstellen:**

ZInsO 2023, 2357

BeckRS 2023, 20839

LSK 2023, 20839

**Tenor**

I. Die Berufung gegen das Urteil des Sozialgerichts Nürnberg vom 10.11.2021 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 drei Arbeitnehmer der Klägerin für die Zeit vom 01.04.2020 bis zum 31.08.2020.

2

Die Klägerin ist ein als société anonyme (S.A.) nach französischem Recht organisiertes, auf dem Gebiet des Präzisionsdrehens von Stahl und Metallen tätiges Unternehmen mit Sitz in Frankreich / Département H. Bei ihr sind drei Mitarbeiter mit Wohnsitzen in Deutschland beschäftigt, für die Beiträge zur deutschen Sozialversicherung abgeführt werden. M (M) ist ausweislich des im Verfahren vorgelegten Organigramms sowie des Arbeitsvertrages vom 21.06.2010 als „Sales Director Europe“ eingesetzt, E (E) und D (D) als „Sales Account Manager“, ausweislich der Arbeitsverträge vom 25.11.2011 bzw. 13.07.2012 beide ebenfalls für den europäischen Sektor. Die Arbeitsverträge regeln, dass die Mitarbeiter ihre Aktivitäten hauptsächlich in Deutschland, Frankreich und Polen zu entfalten haben und dass sich die Klägerin das Recht vorbehält, sie auch in anderen Ländern einzusetzen. Allein im Arbeitsvertrag des E ist die Arbeit aus einem Homeoffice sowie die Möglichkeit einer Versetzung geregelt, sollte die Klägerin zukünftig eine Niederlassung („office“) in Deutschland eröffnen.

3

Mit Schreiben vom 15.04.2020 zeigte die Klägerin bei der Agentur für Arbeit S (AA) Arbeitsausfall für den Zeitraum von April bis September 2020 für die Betriebsabteilung „Vertrieb Deutschland“ mit drei Mitarbeitern an. Bei Vollarbeit betrage die betriebsübliche wöchentliche Arbeitszeit 40 Stunden, die während der Kurzarbeit auf 0 Stunden reduziert werde. Wegen der Ausgangsbeschränkungen durch die Corona-Pandemie seien Kundenbesuche nicht möglich. Das Unternehmen in Frankreich habe für alle Mitarbeiter Kurzarbeit eingeführt. Branchen- oder betriebsübliche bzw. saisonbedingte Ursachen seien nicht maßgeblich. Ein Betriebsrat sei nicht vorhanden. Hierzu legte sie Vereinbarungen zur Einführung von Kurzarbeit mit den drei Arbeitnehmern mit Wohnsitz in Deutschland vor. Danach kann Kurzarbeit mit einer Ankündigungsfrist von drei Arbeitstagen gegenüber dem Arbeitnehmer unter der Bedingung angeordnet werden, dass die Voraussetzungen nach §§ 95 ff. SGB III für die Gewährung von Kurzarbeitergeld erfüllt sind. Schließlich stellte sie Leistungsanträge für April 2020 mit Schreiben vom 21.04.2020, für Mai 2020 mit Schreiben vom 20.05.2020 und 24.06.2020, für Juni 2020 mit Schreiben vom 24.06.2020, für Juli 2020 mit Schreiben vom 06.08.2020 und für August 2020 mit Schreiben vom 01.09.2020, über die die Beklagte noch nicht entschieden hat.

#### 4

Bereits mit Bescheid vom 22.04.2020 lehnte die AA die Anerkennung der betrieblichen Voraussetzungen ab. Die Gewährung von Kug sei nur an Arbeitnehmer in Betrieben möglich, die ihren Betriebssitz im Geltungsbereich des SGB III hätten. Mitarbeiter ausländischer Firmen, die in Deutschland keinen Betrieb unterhielten, hätten keinen Anspruch auf Kug, selbst wenn sie nach deutschem Recht sozialversicherungspflichtig seien. Den dagegen gerichteten Widerspruch wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 03.09.2020 als unbegründet zurück. Es liege kein Betriebssitz in Deutschland vor, sondern lediglich eine Betriebsstätte im Sinne einer unselbstständigen Niederlassung. Es bestünden keine Befugnisse hinsichtlich Arbeitgeberfunktionen im Inland; die Leitung liege bei der Klägerin. Die Betriebsstätte in Deutschland habe keine eigene Betriebsnummer, ein Eintrag im Handelsregister sei nicht erkennbar. Nachdem der Betrieb und nicht der einzelne Arbeitnehmer antragsberechtigt sei, hätten Homeoffice- und Außendienstmitarbeiter ausländischer Firmen, die in Deutschland keinen Betrieb unterhielten, trotz Sozialversicherungspflicht keinen Anspruch auf Kug. Auch aus dem Gesetz für den erleichterten Zugang zu sozialer Sicherung und zum Einsatz und zur Absicherung sozialer Dienstleister aufgrund des Coronavirus SARS-CoV-2 (Sozialschutz-Paket) vom 27.03.2020 und der Verordnung über Erleichterungen der Kurzarbeit (KugV) vom 25.03.2020 folge nichts anderes.

#### 5

Dagegen hat die Klägerin beim Sozialgericht Nürnberg (SG) Klage erhoben und geltend gemacht, es handele sich bei der Abteilung „Sales Germany“, die aus den drei Mitarbeitern bestehe, für die Kug geltend gemacht werde, um eine Betriebsabteilung im Sinne des § 97 Satz 2 SGB III. In Frankreich und Polen würden lediglich die Produkte der Klägerin hergestellt; die Abteilung in Deutschland sei alleine für den deutschlandweiten bzw. weltweiten Vertrieb zuständig. Sie verfüge über eigene Betriebsmittel (Dienstlaptops, Diensthandys und Dienstfahrzeuge sowie Vertriebsmaterial zur Weitergabe an Kunden) und eine eigene Organisation. Die Darstellung des Vertriebs in Deutschland diene dem Gesamtbetrieb und sei auf Dauer und eindeutig vom Gesamtbetrieb abgrenzbar. Es bestehe eine weite räumliche Entfernung zum Hauptsitz der Klägerin. Die Leitung, die Arbeitgeberfunktionen ausübe, liege jedoch bei der Klägerin. Die Mitarbeiter in Deutschland arbeiteten grundsätzlich im Homeoffice. Vor Inkrafttreten der pandemiebedingten Einschränkungen hätten sie sich einmal im Quartal in einem hierfür angemieteten Raum (in einem Hotel) getroffen und während der Einschränkungen im Jahr 2020 zweimal im Quartal. Seit November 2020 seien diese Treffen aufgrund der behördlichen Anordnungen nicht mehr möglich. Die Homeofficebüros von E und M befänden sich in S1 (Nordrhein-Westfalen), dasjenige des D in R (Hessen). M sei seinen Mitarbeitern weisungsbefugt und erfülle im arbeitsrechtlichen Sinne die Vorgesetztenfunktion. Er entscheide z.B. über Zeitpunkt und Umfang der Urlaubsgewährung, koordiniere die Einsätze seiner Mitarbeiter und kontrolliere die Leistungserfüllung. Er sei der Ansprechpartner der Personalabteilung in Frankreich und führe daneben eigene originäre Vertriebstätigkeiten durch. Die Abteilung verhandle unter seiner Leitung selbstständig mit Kunden. Er berichte direkt an die Klägerin sowie an den Vice President Sales der Muttergesellschaft der Klägerin in den USA. Weisungen an die Abteilung erfolgten nur insoweit, als die globale Vertriebsstrategie betroffen sei. Die konkrete Umsetzung der Weisungen obliege der Abteilung „Sales Germany“. Diese sei besonderen wirtschaftlichen Risiken und Arbeitsausfällen ausgesetzt, die die anderen Betriebsteile nicht träfen.

## 6

Mit Urteil vom 10.11.2021, das mit Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung ergangen ist, hat das SG die Klage abgewiesen. Es mangle bereits an der Anzeige des Arbeitsausfalls bei der gemäß § 99 Abs. 1 Satz 1 SGB III zuständigen AA im Bezirk des Sitzes des Betriebes bzw. der Betriebsabteilung. Die Anzeige des Arbeitsausfalls bei der AA habe die materielle Anspruchsvoraussetzung des § 99 Abs. 1 Satz 1 SGB III nicht zu erfüllen vermocht. § 16 Abs. 2 Erstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB I) könne auf die Anzeige des Arbeitsausfalls nicht angewendet werden, denn hierbei handele es sich nicht um einen Antrag auf Sozialleistungen. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand scheitere an einer fristgebundenen Verfahrenshandlung; die Anzeige über Arbeitsausfall stelle eine materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung dar, der Ausschlusscharakter zukomme, wie § 99 Abs. 2 SGB III zeige. Auch die Anwendung der Grundsätze über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch scheitere, weil sich das Fehlen der Anzeige über den Arbeitsausfall weder ersetzen noch fingieren lasse. Eine wirksame Anzeige unterstellt, bestehe keine Verpflichtung der Beklagten, die Anzeige über Arbeitsausfall anzuerkennen. Bei den in Deutschland wohnhaften Vertriebsmitarbeitern der Klägerin handele es sich nicht um eine eigenständige Betriebsabteilung im Sinne des § 97 Abs. 2 SGB III. Es fehle an einer mit eigenen technischen Mitteln ausgestatteten und im Inland gelegenen Betriebsabteilung. Ein vom Gesamtbetrieb unterscheidbares Risiko des Arbeitsausfalls sei nicht zu erkennen. Die Erweiterung des ursprünglich nur auf den Betrieb bezogenen Risikos des Arbeitsausfalls auf die Betriebsabteilung habe zum Ziel, das Arbeitsmarktrisiko auch dann in den Schutz der Versicherungsleistung Kug einzubeziehen, wenn es nur in einem speziellen Betriebsteil eintreten könne. Sei die Erreichung dieses Ziels im Hinblick auf den Zweck der Betriebsabteilung von vornherein ausgeschlossen, liege ein einheitlicher Gesamtbetrieb vor; befinde sich dessen Sitz im Ausland, seien die Voraussetzungen für Kug nicht erfüllt. 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 Erwerbchancen 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.

## 7

Dagegen hat die Klägerin Berufung beim Bayerischen Landessozialgericht (LSG) eingelegt. Das SG habe auf die tragenden Gründe des Urteils, die Anzeige des Arbeitsausfalls bei der örtlich unzuständigen Behörde, nicht vorab hingewiesen und damit unter Verstoß gegen das Recht auf rechtliches Gehör eine Überraschungsentscheidung getroffen. Damit sei auch die Anhörung zu einer Entscheidung durch „Gerichtsbescheid“ fehlerhaft und die Entscheidungsform nicht rechtmäßig. Der Arbeitsausfall sei bei der zuständigen AA angezeigt worden. Es sei unlogisch, einerseits die Existenz einer Betriebsabteilung zu verneinen, andererseits für die Bestimmung der zuständigen AA von einer solchen auszugehen. Die Beklagte sei bereits seit Erteilung der Betriebsnummer für die Klägerin mit Schreiben vom 30.07.2010 für die Klägerin zuständig gewesen. Sie habe sich zu keinem Zeitpunkt auf ihre mögliche Unzuständigkeit berufen. Im Hinblick auf den erstinstanzlichen Vortrag zur Organisation der Klägerin liege ein eigener Betrieb bzw. eine Betriebsabteilung vor. Die Zuständigkeit sei spätestens mit der rügelosen Sachentscheidung über die Nichtanerkennung der betrieblichen Voraussetzungen begründet worden. Die gesamte Korrespondenz der Klägerin sei durch die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft A AG geführt worden, die ihren Sitz in S habe. Die Vertriebsabteilung der Klägerin sei für den Vertrieb in Deutschland, in Europa und weltweit zuständig. Die Produktionswerke befänden sich in Frankreich und Polen. Die betroffenen Mitarbeiter verkauften die Produkte der Klägerin; ein Schwerpunkt ihrer Tätigkeit liege im Vertrieb in Deutschland und Europa, ein geringer Teil der Arbeitszeit entfalle auf den weltweiten Vertrieb. Die Tätigkeit beinhalte auch den direkten Kontakt zu Kunden, die vor Ort besucht würden. Die anderen Tätigkeiten fänden im jeweiligen Homeoffice der Mitarbeiter statt.

## 8

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Nürnberg vom 10.11.2021, Az. S 19 AL 328/20 und den Bescheid der Beklagten vom 22.04.2021 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 03.09.2021 zu Az. A555B00748-

K55512601 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin Kurzarbeitergeld laut Antrag vom 20.04.2020 zu gewähren.

**9**

Die Beklagte beantragt,

die Berufung als unbegründet zurückzuweisen.

**10**

Sie hält an ihrer Auffassung fest, dass die Klägerin im Geltungsbereich des SGB III weder einen Betrieb noch eine Betriebsabteilung unterhalte. Jedoch erachte sie es als rechtsmissbräuchlich, sich nach der bereits in der Sache getroffenen Entscheidung jetzt auf eine Unzuständigkeit zu berufen. Es werde darauf hingewiesen, dass der Betriebsnummern-Service der C. (BA) seinen Sitz in S habe und für das gesamte Bundesgebiet zuständig sei. Aus der Zuteilung der Betriebsnummer für die Zwecke der Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen ergebe sich keine Zuständigkeit für etwaige Anzeigen über Arbeitsausfall im Rahmen der Gewährung von Kug. Nachdem die Klägerin keinen Betrieb und keine Betriebsabteilung in Deutschland unterhalte, stelle sich die Frage, wo eine Anzeige von Kurzarbeit im Geltungsbereich des SGB III erfolgen könne. Richte sich in Ermangelung eines Sitzes die Zuständigkeit nach dem Arbeitsort des von Kurzarbeit Betroffenen, wie das SG ausführe, so würde dies vorliegend zu einer gespaltenen Zuständigkeit führen, die aber im Anzeigeverfahren gerade nicht vorgesehen sei. Eine Zuständigkeit könne sich aus § 327 Abs. 3 Satz 1 SGB III ergeben; dies würde für eine Zuständigkeit der AA Saarland sprechen.

**11**

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt.

**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 im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Der Bescheid der Beklagten vom 22.04.2020 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 03.09.2020 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 Nürnberg (§ 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 22.04.2020 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 03.09.2020, mit dem die Beklagte der Anzeige der Klägerin vom 15.04.2020 nicht entsprochen 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 03.09.2020 endete, Leistungsanträge für die Monate April bis August 2020 wirksam gestellt. Zwar ist über diese Anträge noch nicht entschieden worden, denn die Beklagte hat auch im Widerspruchsbescheid die Leistungsanträge nicht erwähnt 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, in dem 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, 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

Der Senat teilt nicht die Auffassung des SG, dass im vorliegenden Fall der Anspruch auf Kug bereits an der fehlenden Anzeige bei der zuständigen AA scheitert. Nach § 99 Abs. 1 Satz 1 SGB III ist der Arbeitsausfall bei der AA, in deren Bezirk der Betrieb seinen Sitz hat, schriftlich oder elektronisch anzuzeigen. Zwar dürfte vorliegend die AA, die letztlich über die Anerkennung entschieden hat, für diese Entscheidung örtlich unzuständig gewesen sein, denn die Klägerin hat in S mit Ausnahme ihrer Lohnabrechnungsstelle, die aber grundsätzlich nur für die örtliche Zuständigkeit im Rahmen des § 327 Abs. 3 Satz 1 SGB III von Bedeutung ist, keinen örtlichen Anknüpfungspunkt. Ein denkbarer Sitz der Betriebsabteilung, für die Kug geltend gemacht wird, kann allenfalls in S1 liegen, an dem der „Sales director Europe“ sein Homeoffice unterhält. Dem SG ist darin zuzustimmen, dass die Anzeige des Arbeitsausfalls eine materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung für Kug ist und keine Verfahrenshandlung mit Fristcharakter, weshalb eine Anwendung des Rechtsinstituts der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und dasjenige des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs ausgeschlossen ist (vgl. BSG, Urteil vom 14.02.1989 – 7 RAr 18/87 – zitiert nach juris). Jedoch ist es der Beklagten im vorliegenden Einzelfall versagt, sich gegenüber der Klägerin auf die Erstattung der Anzeige bei der unzuständigen AA zu berufen. Auch im Sozialrecht ist anerkannt, dass ein Verhalten, das zu eigenem früheren Verhalten im Widerspruch steht, als Sonderfall des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 Bürgerliches Gesetzbuch -BGB-) rechtsmissbräuchlich und mit dem Verlust des geltend gemachten Rechts verbunden sein kann (BSG a.a.O.). Im Zusammenhang mit der Antragstellung auf Konkursausfallgeld hat das BSG entschieden, dass die Berufung auf die Versäumung der Antragsfrist ausgeschlossen sein kann, wenn die Bundesanstalt für Arbeit durch Verletzung von Hinweispflichten zu der Fristversäumung beigetragen hat (so BSG, Urteil vom 23.10.1984 – 10 RAr 6/83 – juris). Dem ist die vorliegende Situation vergleichbar: Die Beklagte hat, anstelle die Klägerin auf die Unzuständigkeit der AA hinzuweisen, an die sich die Klägerin gewandt hat, in der Sache entschieden. Damit

hat sie selbst zu verstehen gegeben, von einer Zuständigkeit der AA auszugehen, und kann sich nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht mehr auf die Anzeige bei der unzuständigen AA berufen.

## 19

Jedoch fehlt es an den betrieblichen Voraussetzungen für die Gewährung von Kug. Diese 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 Betriebsitz 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.

## 20

Anhand des Vortrages der Klägerin lässt sich nicht ausmachen, wodurch sich der – nur in der Anzeige über Arbeitsausfall, nicht aber in den Arbeitsverträgen und im Organigramm so bezeichnete – „Vertrieb 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. 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. Aus dem Organisationsplan des Unternehmens muss sich eine deutliche und relativ dauerhafte Abgrenzung des Betriebsteils vom Gesamtbetrieb sowie die organisatorische und personelle Selbstständigkeit entnehmen lassen (BSG, Urteil vom 29.04.1998 – B 7 AL 102/97 R – juris). 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.

## 21

Dem im Verfahren beim SG vorgelegten Organisationsplan der Klägerin lässt sich eine deutliche und relativ dauerhafte Abgrenzung der – nach eigenem Bekunden einzigen – Vertriebsabteilung vom Gesamtbetrieb sowie deren organisatorische und personelle Selbstständigkeit gerade nicht entnehmen. Das Organigramm gibt lediglich Aufschluss über die Hierarchieebenen bzw. Weisungsketten im Unternehmen. Hiernach sind die verschiedenen in der Geschäftsleitung eingesetzten Personen, unter anderem auch der als „Sales director Europe“ (Vertriebsleiter Europa) eingesetzte M, dem Geschäftsleiter berichtspflichtig, während die als „Sales account manager – Europe sector“ (Kundenbetreuer) eingesetzten Arbeitnehmer E und D wiederum dem Vertriebsleiter Europa unterstehen. Der Vertrieb Europa, der nach der Klarstellung im Berufungsverfahren auch für den weltweiten Vertrieb zuständig ist, der jedoch nur einen kleinen Teil ihrer Arbeitszeit ausmacht, dient wiederum dem Hilfszweck des Absatzes der Produkte der Klägerin, und zwar sowohl innerhalb wie auch außerhalb Frankreichs, wie sich aus dem Vortrag der Beklagten im Berufungsverfahren sowie dem Nichtvorliegen weiterer Vertriebseinheiten ergibt. Die Steuerung der Vertriebsabteilung im Hinblick auf die globale Strategie erfolgt aus Frankreich oder vom Mutterunternehmen mit Sitz in den Vereinigten Staaten von Amerika. Die hier anspruchstellenden Arbeitnehmer treten damit im Rahmen von Vertragsverhandlungen mit Kunden einheitlich im Namen der Klägerin auf und lassen nach außen keine Zugehörigkeit zu einem eigenständigen Unternehmensteil erkennen. Dem entspricht, dass alle drei Mitarbeiter ihre Aktivitäten ausweislich der vorgelegten Arbeitsverträge gleichermaßen in Deutschland, Frankreich und Polen zu entfalten haben und die Klägerin sich das Recht vorbehalten hat, sie auch in

anderen Ländern einzusetzen. Ein Rückschluss auf die eigene Einschätzung der Klägerin bezüglich der Unterhaltung einer Niederlassung in Deutschland lässt sich schließlich auch dem Arbeitsvertrag des E entnehmen. Dort ist in § 3 Abs. 4 die Arbeit aus einem Homeoffice geregelt, die im Fall der Eröffnung einer Niederlassung („office“) in Deutschland je nach deren Lokalisierung eine Umzugsvereinbarung vorsieht. Daraus ergibt sich, dass die Klägerin selbst nicht vom Vorliegen eigener betrieblicher Strukturen in Deutschland ausgeht, sondern solche lediglich zukünftig für möglich hält. Ebenfalls gegen die Annahme einer Betriebsabteilung in Deutschland spricht, dass die Klägerin die Anzeige nicht am Wohnsitz eines der Mitarbeiter angebracht hat, was konsequenterweise hätte erfolgen müssen, wenn sie von einer Betriebsabteilung in Deutschland ausgeht.

## 22

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 Vertriebsabteilung „Sales Europe“ bei der Klägerin fehlt es jedoch, wie bereits dargelegt, an einer solchen Unterscheidbarkeit von den übrigen Strukturen in Frankreich, denn diese hat nur eine Hilfsfunktion im Hinblick auf den Gesamtzweck des französischen Unternehmens, Produkte ihres Geschäftsfeldes zu entwickeln, zu produzieren und gewinnbringend zu verkaufen.

## 23

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.).

## 24

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.

## 25

In diesem Zusammenhang ist zunächst darauf hinzuweisen, dass im konkreten Einzelfall die Nichtgewährung von Kug aufgrund der individuellen Vereinbarungen der Klägerin mit M, E und D dazu führt, dass ihr Anspruch auf Arbeitsentgelt gegen die Klägerin nach § 615 BGB fortbesteht. Die Einführung der Kurzarbeit steht nämlich jeweils unter der Bedingung, dass die AA die Kurzarbeit bewilligt und Kug gewährt wird; tritt diese Bedingung nicht ein, so gelten die allgemeinen Grundsätze über die Tragung des Betriebsrisikos durch den Arbeitgeber.

## 26

Darüber hinaus verletzt die Regelung des § 99 Abs. 1 Satz 1 SGB III zunächst nicht das Grundrecht auf Gewährleistung des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 GG). Soweit sie in eigentumsrechtlich geschützte Positionen eingreifen 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 privatnütziger 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 Anzeigepflichtung 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 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.

## 27

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-Bözl, DStR 2021, 736 ff.).

## 28

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.

## 29

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 der Alg 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 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 Kug 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 Kug 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. Betriebsteile mit dem Zweck, Betriebsschließungen zu vermeiden.

### 30

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.

### 31

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 Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (VO (EG) Nr. 883/2004) ist nach ihrem Art. 2 Abs. 1 auf die Arbeitnehmer der Klägerin als Staatsangehörige europäischer Mitgliedstaaten 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).

### 32

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.

### **33**

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 Gleichbehandlungsgebot aus Art. 45 Abs. 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

### **34**

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.

### **35**

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.

### **36**

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.

**37**

Davon unbenommen hätte es dem Gesetz- oder Ordnungsgeber 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.).

**38**

Nach alledem war die Berufung zurückzuweisen.

**39**

Die Kostenentscheidung folgt aus § 193 SGG.

**40**

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