LSG München, Urteil v. 09.08.2023 – L 10 AL 56/21

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. 18)
2. Die so verstandene Regelung des § 99 Abs. 1 Satz 1 SGB III verstößt weder gegen nationales Verfassungsrecht noch gegen europäisches Gemeinschaftsrecht. (Rn. 20 – 34)

Schlagworte:

Betrieb, Betriebsabteilung, Home Office, Kurzarbeitergeld, Arbeitsförderungsrecht, Ausland, Betriebssitz, Anzeige, Arbeitsausfall, Territorialitätsgrundsatz

Vorinstanz:

SG Nürnberg, Urteil vom 10.03.2021 – S 19 AL 303/20

Tenor

I. Die Berufung gegen das Urteil des Sozialgerichts Nürnberg vom 10.03.2021 wird zurückgewiesen.

II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

1
Streitig ist die Gewährung von Kurzarbeitergeld (Kug) für drei Arbeitnehmer der Klägerin nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) für die Zeit vom 01.03.2020 bis zum 31.05.2020.

2
Die Klägerin ist ein als Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach Schweizer Recht organisiertes, auf dem Gebiet von Dienstleistungen im Bereich Personen- und Warentransport mit Hubschraubern tätiges Unternehmen mit Sitz in der Schweiz / Kanton A. Mit Schreiben vom 17.03.2020, ausweislich einer internen E-Mail der Beklagten eingegangen am 30.03.2020, zeigte sie der Agentur für Arbeit (AA) M eine geplante Arbeitsreduzierung ab März 2020 für ihren Gesamtbetrieb an. Dort seien drei Arbeitnehmer (mit Wohnsitzen in S / Bayern, L / Hessen und E / Baden-Württemberg) beschäftigt, die sämtlich wegen der Corona-Krise und des „Shutdown“ von Kurzarbeit betroffen seien. Bei Vollarbeit betrage die regelmäßige betriebsübliche Arbeitszeit 42 Stunden; diese werde während der Kurzarbeit auf zehn Stunden reduziert. Der Betrieb sei nicht tarifgebunden; ein Betriebsrat sei nicht vorhanden. Hierzu legte die Klägerin Einverständniserklärungen von vier Mitarbeitern zur Einführung von Kurzarbeit vom 19.03.2020, 21.03.2020 und 25.03.2020 vor. Die Anzeige wurde von der AA R an die AA R1 weitergeleitet, die mit Bescheid vom 30.04.2020 die Anerkennung der betrieblichen Voraussetzungen ablehnte. Die Gewährung von Kug sei nur an Arbeitnehmer in Betrieben möglich, die ihren Betriebssitz im Geltungsbereich des SGB III hätten; die Sozialversicherungspflicht der Arbeitnehmer nach deutschem Recht reiche nicht aus. Einen Leistungsantrag vom 24.04.2020 für März 2020 lehnte die AA R1 mit Bescheid vom 18.05.2020 und Leistungsanträge für April und Mai 2020 mit Bescheiden vom 07.07.2020 unter Berufung auf die Gründe des negativen Anerkennungsbescheides ab.

3
Gegen den Bescheid vom 30.04.2020 legte die Klägerin mit Schreiben vom 22.05.2020 Widerspruch ein. Anspruchsbegründend für Kug sei nicht der Betriebssitz des Arbeitgebers, sondern der Umstand, dass die Arbeitnehmer im Inland der Sozialversicherungspflicht unterlägen. Im Falle der Arbeitslosigkeit würden diese auch regulär deutsches Arbeitslosengeld erhalten. Es wäre systemwidrig, wenn das Kug als Bestandteil der Versicherungsleistungen bei – vorübergehender – Teilarbeitslosigkeit zur Stabilisierung des Beschäftigungsverhältnisses und zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit nicht gewährt würde. Die Unterschiede zum Arbeitslosengeld folgten letztlich alle nur aus dem Zweck des Kug, Arbeitsplätze zu erhalten und Arbeitslosigkeit zu vermeiden. Diese Anpassungen modifizierten den Kug-Anspruch nur, beeinträchtigten jedoch seine Ähnlichkeit zum Arbeitslosengeld nicht entscheidend. Für die unterschiedliche Behandlung von Unternehmen, die im Inland sozialversicherungspflichtig Arbeitnehmer beschäftigten, nach ihrem Betriebssitz bestehe keine Rechtfertigung; die mittelbare Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer sei verfassungswidrig. Andere Staaten, z.B. Frankreich, gewährten in vergleichbaren Fällen Kug. Die Ablehnung eines Kug-Antrages zugunsten eines ausländischen Unternehmens in Deutschland, das inländische Sozialabgaben leiste, verletze europäische Grundfreiheiten. Die Beklagte wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 18.06.2020 als unbegründet zurück. Das Arbeitsförderungsrecht des SGB III und auch das Recht des Kug sei gemäß § 30 Erstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB I) auf den inländischen Arbeitsmarkt und damit den Erhalt inländischer Arbeitsplätze und den Arbeitsausfall im Inland bezogen. Deshalb und aufgrund des Sinns und Zwecks der Verfahrensvorschriften zum Kug müsse der Betrieb, dessen Beschäftigung durch Kug stabilisiert werden solle, grundsätzlich im Bereich der Bundesrepublik Deutschland liegen. Die Anzeige sei weder für einen Betrieb noch eine Betriebsabteilung mit Sitz in Deutschland erfolgt. Für die Beurteilung der betrieblichen Voraussetzungen sei die Sozialversicherungspflicht nach deutschem Recht ohne Relevanz.

4
Die Klägerin hat beim Sozialgericht Nürnberg (SG) Klage erhoben und weiter ausgeführt, aus § 99 SGB III könne keine Voraussetzung für einen möglichen Anspruch auf Kug abgeleitet werden. Eine solche Auslegung sei unvereinbar mit § 95 SGB III und werde dem sozialpolitischen Ziel des Kug nicht gerecht. Es sei gänzlich unbillig, sozialversicherungspflichtig Beschäftigte mit Wohnsitz in Deutschland Beiträge zahlen zu lassen, ihnen dann aber die Versicherungsleistung zu verweigern. Die Ablehnung lasse sich auch nicht aus § 30 SGB I herleiten. Der Gesetzgeber könne im Hinblick auf Art. 3 Grundgesetz (GG) ohne gewichtige sachliche Gründe den räumlichen Anknüpfungspunkt für Beitragserhebung und Leistungsberechtigung nicht beliebig unterschiedlich festsetzen. Die Beklagte missachte die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) und des Bundessozialgerichts (BSG) zu Arbeitslosengeldansprüchen von Grenzgängern. Danach könnten territoriale Gründe nicht erstmals gegen die Einlösung des mit Beiträgen erworbenen Versicherungsschutzes ins Feld geführt werden. Die Arbeitslosengeld betreffenden Entscheidungen seien auf das Kug übertragbar. Es handele sich in beiden Fällen um Leistungen der aktiven Arbeitsförderung sowie um Entgeltersatzleistungen. Wesentliche Strukturmerkmale einer Versicherungsleistung beim Kug seien dem Arbeitslosengeld entsprechend ausgestaltet. Bei der Verweigerung von Kug handele es sich um eine mittelbare Behinderung der Dienstleistungsfreiheit, die nach Art. 26 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) garantiert sei. Die Anfrage eines Abgeordneten an die Europäische Kommission, wie diese die Ablehnung von Kug für im Inland sozialversicherungspflichtige Arbeitnehmer ausländischer Betriebe ohne Sitz in Deutschland beurteile, sei noch nicht beantwortet.

5
Mit Urteil vom 10.03.2021 hat das SG die Klage abgewiesen. Es fehle bereits an der Anzeige des Arbeitsausfalls bei der gemäß § 99 Abs. 1 Satz 1 SGB III zuständigen AA. Für die Zuständigkeit sei der Ort des Betriebes oder der Betriebsabteilung maßgebend. Fehle beides im Inland, sei nach Auffassung der Kammer die zuständige AA nach dem Arbeitsort des von Kurzarbeit Betroffenen zu bestimmen. Die Anzeige des Arbeitsausfalls habe damit weder bei der AA M noch bei der AA R die materielle Anspruchsvoraussetzung zu erfüllen vermocht. Der Eingang der Anzeige bei der unzuständigen AA gelte auch nicht nach § 16 Abs. 2 SGB I als im gleichen Zeitpunkt bei der zuständigen AA erstattet. Es handele sich bei der Anzeige nicht um einen Antrag auf Sozialleistungen. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sei nicht zulässig, denn die Anzeige über Arbeitsausfall sei weder fristgebunden noch beinhalte sie eine Verfahrenshandlung. Auch der sozialrechtliche Herstellungsanspruch könne zu keinem anderen Ergebnis führen, denn eine nicht bei der örtlich zuständigen AA erstattete Anzeige könne nicht durch eine

rechtmäßige Amtshandlung ersetzt werden. Damit bedürfe es keiner Entscheidung über die von der Klägerin aufgeworfenen Fragen. Auch bedürfe es nicht der Aufhebung der streitgegenständlichen Entscheidung. Diese sei zwar unter Verletzung von Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit zustande gekommen; der Rechtsverstoß habe die Entscheidung in der Sache, die den Fachlichen Weisungen der Beklagten zum Kug, insbesondere deren Ziffer 97.2, entspreche, jedoch offensichtlich nicht beeinflussen können.

6
Dagegen hat die Klägerin unter Bezugnahme auf ihren bisherigen Vortrag Berufung beim Bayerischen Landessozialgericht (LSG) eingelegt. Ergänzend hat sie ausgeführt, die vorliegende Verweigerung von Kug stelle einen Verstoß gegen die Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (VO (EG) Nr. 883/2004) und die darin enthaltenen Gleichbehandlungsgebote dar. Es liege eine indirekte Diskriminierung vor, da EUausländische Unternehmen, die EU-Ausländer beschäftigten, wesentlich häufiger keinen Betrieb im Inland hätten. Diejenigen Arbeitnehmer, die in Deutschland ihre Arbeit verrichteten und deshalb grundsätzlich von §§ 95 ff. SGB III erfasst würden, scheiterten mit einem Anspruch auf Kug deshalb häufiger als deutsche Arbeitnehmer eines deutschen Unternehmens. Eine Rechtfertigung hierfür bestehe nicht. Die Intention, mit der Anspruchsvoraussetzung des inländischen Betriebes den inländischen Arbeitsmarkt zu schützen und die dort bestehenden Beschäftigungsverhältnisse zu verstetigen, könne nicht als taugliche Rechtfertigung herangezogen werden. Die Durchführung von Kurzarbeit am ausländischen Betriebssitz könne ein dem deutschen Recht und der deutschen Arbeitslosenversicherung zugeordnetes Beschäftigungsverhältnis stabilisieren, so dass der mit dem Erfordernis eines inländischen Betriebes angestrebte Zweck durchaus auch ohne dessen Existenz erfüllt sein könne. Es sei auch an einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit der Arbeitnehmer zu denken (Art. 56 ff. AEUV). Eine Berufung auf die Anzeige bei der örtlich unzuständigen AA sei unbehelflich, zumal im konkreten Fall die AA M den Fall an die ihrer Auffassung nach zuständige AA R1 abgegeben habe. Insoweit habe auch hier § 16 SGB I zu gelten.

7
Die Klägerin beantragt,

das Urteil des SG Nürnberg vom 10.03.2021 und den Bescheid der Beklagten vom 30.04.2020 in der Fassung des Bescheids vom 18.05.2020 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 18.06.2020 in der Fassung des Bescheids vom 07.07.2020 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin für ihre Arbeitnehmer für den Zeitraum von März 2020 bis Mai 2020 Kurzarbeitergeld zu zahlen.

8
Die Beklagte beantragt,

die Berufung als unbegründet zurückzuweisen.

9
Sie hält das erstinstanzliche Urteil für zutreffend. Die Klägerin habe am 16.04.2020 mitgeteilt, keine feste betriebliche Einrichtung (Büro, Niederlassung o.ä.) in Deutschland zu haben. Die Sozialversicherungspflicht der betroffenen Mitarbeiter bestimme sich vorliegend nach dem Wohnortprinzip; sie sei an sich kein anspruchsbegründendes Merkmal.

10
Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt.

11
Zur Ergänzung des Sachverhalts wird auf die Verwaltungsakte der Beklagten und die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

12
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 30.04.2020 in der Fassung des Bescheides vom 18.05.2020 in der Gestalt des

Widerspruchsbescheides vom 18.06.2020 in der Fassung der Bescheide vom 07.07.2020 ist rechtmäßig und verletzt weder die Klägerin noch ihre Arbeitnehmer in ihren Rechten.

13
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-).

14
Streitgegenstand ist neben dem negativen Anerkennungsbescheid auch die Gewährung von Kug für die Zeit von März bis Mai 2020, die die Beklagte mit den angegriffenen Bescheiden abgelehnt hat. Diese macht die Klägerin zutreffend mit der kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage (§ 54 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 SGG) geltend. Zwar hat die Beklagte im Widerspruchsbescheid nicht ausdrücklich über den Leistungsantrag entschieden und damit nicht alle rechtlichen Gesichtspunkte für ihre Entscheidung gewürdigt. Dies ändert jedoch nichts an der Einbeziehung auch der ablehnenden Leistungsbescheide in das Verfahren, die sich für den Bescheid vom 18.05.2020 aus § 86 SGG und für die Bescheide vom 07.07.2020 – der Antrag wird dahingehend ausgelegt, dass beide Bescheide vom 07.07.2020 gemeint sind (§ 123 SGG) – aus § 96 SGG ergibt.

15
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.).

16
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.

17
Der Senat teilt nicht die Auffassung des SG, dass der Anspruch auf Kug vorliegend 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 weder die AA M noch die AA R1, die letztlich über die Anerkennung wie über den Anspruch auf Kug entschieden hat, örtlich zuständig sein. Der Betrieb der Klägerin, für den Kug geltend gemacht wird, hat seinen Sitz in der Schweiz, ihre Lohnabrechnungsstelle befindet sich in B (Baden-Württemberg), wo auch eine AA ihren Sitz hat, und der Sitz der – neben einer möglichen analogen Anwendung des § 327 Abs. 3 Satz 1 SGB III – in Ermangelung eines inländischen Betriebssitzes allenfalls für Auslandsfälle zuständigen Bundesagentur für Arbeit (BA) ist in Nürnberg. 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 M hinzuweisen, an die sich diese gewandt hat, die Anzeige an die AA R1 weitergeleitet, welche in der Sache entschieden hat. Damit hat sie selbst zu verstehen gegeben, von einer Zuständigkeit der AA R1 auszugehen, und kann sich nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht mehr auf die Anzeige bei der unzuständigen AA berufen.

18
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 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.

19
Die Klägerin unterhält bereits nach ihren eigenen Angaben weder einen Betrieb noch eine Betriebsabteilung im Inland. Der Sitz ihres Betriebes befindet sich vielmehr in der Schweiz.

20
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 – L 18 AL 46/22 R – juris).

21
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.

22
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 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 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 SGB I herzuleitenden Territorialitätsprinzip denken (so auch LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 15.02.2023 a.a.O.). 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.

23
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) vorgesehen hat; bei wirtschaftlicher Ursache der Kurzarbeit soll 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.).

24
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.

25
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 des Tatbestandsmerkmals 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 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 (Teil-)Arbeitslosigkeit darstellt, sondern zugleich auch eine Förderung der betroffenen Betriebe bzw. Betriebsabteilungen mit dem Zweck, Betriebsschließungen zu vermeiden.

26
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 ebenfalls eine sachliche Rechtfertigung.

27
Auch das Europäische Gemeinschaftsrecht erfordert keine andere Auslegung; aus ihm lässt sich kein Anspruch auf Kug für Arbeitnehmer herleiten, deren Arbeitgeber über keine betrieblichen Mindeststrukturen im Inland verfügt. Die VO (EG) Nr. 883/2004 ist aufgrund des Beschlusses Nr. 1/2014 des Gemischten Ausschusses, eingesetzt im Rahmen des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit vom 28.11.2014 zur Änderung von Anhang II dieses Abkommens über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (2014/947/EU) auch im bilateralen Verhältnis zur Schweiz anwendbar. Im konkreten Fall ist sie nach ihrem Art. 2 Abs. 1 auf die Arbeitnehmer der Klägerin 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).

28
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: jurisPK-SGB I, 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.

29
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 AEUV.

30
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.

31
Der Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 – 62 AEUV) ist betreffend die Arbeitnehmer der Klägerin bereits nicht eröffnet, denn sie sind gerade nicht selbstständig tätig.

32
Soweit die Klägerin betroffen ist, ist die Beschränkung der Gewährung von Kug auf Unternehmen mit betrieblicher Anknüpfung im Inland mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (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.

33
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.

34

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.).

35
Nach alldem war die Berufung zurückzuweisen.

36
Die Kostenentscheidung folgt aus § 193 SGG.

37
Gründe, die Revision gemäß § 160 Abs. 2 Nr. 1 und 2 SGG zuzulassen, liegen nicht vor.