



Saar Expert Papers

Thomas Giegerich

Darf die Zahlung von Kurzarbeitergeld den
Arbeitnehmern in inländischen Betrieben vorbehalten
werden?

Zum Autor

Univ.-Prof. Dr. iur. Thomas Giegerich, LL.M. (Univ. of Virginia) ist einer der beiden Direktoren des Europa-Instituts (<https://europainstitut.de/>) und Inhaber des Lehrstuhls für Europarecht, Völkerrecht und Öffentliches Recht der Universität des Saarlandes.

Die Ausführungen beruhen auf einem Gutachten, das der Verfasser kürzlich dem Ministerium für Finanzen und Europa des Saarlandes erstattet hat. Ich danke meiner wissenschaftlichen Mitarbeiterin Julia Jungfleisch für Anregungen und Unterstützung.

Vorwort

Diese Veröffentlichung ist Teil einer elektronischen Zeitschriftenserie (Saar Expert Papers), welche von Jean-Monnet-Saar, einem Lehrstuhlprojekt von Prof. Dr. Thomas Giegerich, LL.M. am Europa-Institut der Universität des Saarlandes herausgegeben wird. Die weiteren Titel der Serie können unter <http://jean-monnet-saar.eu/> abgerufen werden.

In den Veröffentlichungen geäußerte Feststellungen und Meinungen sind ausschließlich jene der angegebenen Autoren.

Herausgeber

Lehrstuhl Prof. Dr. Thomas Giegerich
Universität des Saarlandes
Postfach 15 11 50
66041 Saarbrücken
Germany

ISSN

2199-0069 (Saar Expert Papers)

Zitierempfehlung

Giegerich, Darf die Zahlung von Kurzarbeitergeld den Arbeiternehmern in inländischen Betrieben vorbehalten werden?, 04/21 DE, online via: https://jean-monnet-saar.eu/?page_id=70

Kurzarbeitergeld wird von Deutschland nur gewährt, wenn der Betriebssitz in Deutschland liegt, unabhängig vom konkreten Arbeitsort des Arbeitnehmers. Wenn ein französisches Unternehmen ohne Betriebssitz in Deutschland also z.B. Außendienstmitarbeiter in Deutschland hat, die kurzarbeiten, wird dafür kein Kurzarbeitergeld gezahlt. Das wirft folgende Fragen auf: Ist die Beschränkung des deutschen Kurzarbeitergeldes auf Arbeitnehmer eines Unternehmens mit Betriebssitz in Deutschland mit dem Grundgesetz und dem EU-Recht vereinbar? Spielt es dabei eine Rolle, dass für in Frankreich tätige Arbeitnehmer deutscher Unternehmen ohne Sitz in Frankreich französisches Kurzarbeitergeld gezahlt wird (Reziprozität)? Diese Fragen sollen im Folgenden beantwortet werden.

A. Voraussetzungen für die Zahlung von Kurzarbeitergeld nach deutschem Recht

I. Überblick über das Dreiecksverhältnis zwischen Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Bundesagentur für Arbeit

Kurzarbeit bedeutet die vorübergehende Verkürzung der betriebsüblichen normalen Arbeitszeit. Ob ihre Einführung rechtmäßig und damit wirksam ist, richtet sich nach dem Arbeitsrecht.¹ Die Voraussetzungen für die Zahlung von Kurzarbeitergeld sind geregelt in §§ 95 – 109 SGB III.² Das Kurzarbeitergeld wird anschaulich als „Instrument der Kompensation von Lohnausfall bei Teilarbeitslosigkeit“ charakterisiert.³ Seit Mitte März 2020 sind die Regelungen über das Kurzarbeitergeld mehrfach zugunsten der Arbeitnehmer, aber auch der Arbeitgeber geändert worden, um die Wirtschaft bei der Bewältigung der Folgen der Corona-Pandemie zu unterstützen.⁴

Nach § 95 Satz 1 SGB III haben Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unter den folgenden vier Bedingungen Anspruch auf Kurzarbeitergeld: Ein erheblicher Arbeitsausfall⁵ mit Entgeltausfall⁶ liegt vor (1); die betrieblichen Voraussetzungen sind erfüllt (2);⁷ die persönlichen

¹ Christian Zieglmeier, Corona-Schutzschirm: Kurzarbeit und Kurzarbeitergeld, DStR 2020, 729.

² Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB) Drittes Buch (III) – Arbeitsförderung – Art. 1 des Gesetzes vom 24.3.1997 (BGBl. I S. 594), zuletzt geändert durch Art. 6 des Gesetzes vom 18.1.2021 (BGBl. I S. 2). Vgl. dazu im Überblick BayLSG, Beschl. v. 4.6.2020 (L 9 AL/20 B ER), juris, Rn. 158 ff.

³ Karl-Jürgen Bieback in: Gagel, SGB II/SGB III (Stand: Sept. 2020), Vorbemerkung zu § 95 SGB III, Rn. 5 f.

⁴ Vgl. den Überblick bei BayLSG (Fn. 2), Rn. 175 – 182; Christian Zieglmeier, Anmerkung zu LSG München, jurisPR-SozR 19/2020, Anm. 2 (unter C). Vgl. weiterhin die Erste Verordnung zur Änderung der Kurzarbeitergeldverordnung vom 21.10.2020 (BGBl. I S. 2259).

⁵ Vgl. dazu näher § 96 SGB III sowie die Kurzarbeitergeldverordnung vom 25.3.2020 (BGBl. I S. 595), geändert durch Art. 1 der Verordnung vom 21.10.2020 (BGBl. I S. 2259).

⁶ Entgeltausfall tritt nur ein, wenn die Kurzarbeit arbeitsrechtlich wirksam festgesetzt bzw. vereinbart wurde (näher Bieback in: Gagel (Fn. 3), § 95 SGB III Rn. 2, 131). Das wird im Folgenden unterstellt.

⁷ Vgl. dazu näher § 97 SGB III.

Voraussetzungen sind erfüllt (3);⁸ der Arbeitsausfall ist der Agentur für Arbeit angezeigt worden (4). Den Regelungen über das Kurzarbeitergeld unterfallen auch die Arbeitnehmer öffentlich-rechtlicher Betriebe einschließlich von Verwaltungen jeder Art, die nicht in erster Linie wirtschaftliche Zwecke verfolgen,⁹ so dass auch juristische Personen des öffentlichen Rechts Arbeitgeber im Sinne dieser Bestimmungen sein können.

Die Arbeitsausfallanzeige ist nach § 99 SGB III vom Arbeitgeber oder der Betriebsvertretung bei der Agentur für Arbeit zu erstatten, in deren Bezirk der Betrieb seinen Sitz hat. Damit wird die erste Stufe eines zweistufigen Verwaltungsverfahrens für die Bewilligung von Kurzarbeitergeld eingeleitet,¹⁰ an der die betroffenen Arbeitnehmer nicht beteiligt sind; vielmehr übernehmen Arbeitgeber oder Betriebsvertretung insoweit kraft Gesetzes als Treuhänder für sie eine Verfahrensstandschaft und auch eine Prozessstandschaft im ggf. anschließenden sozialgerichtlichen Verfahren.¹¹ Die erste Stufe (Anerkennungsverfahren) endet mit einem Bescheid der Agentur für Arbeit darüber, ob aufgrund der vorgetragenen und glaubhaft gemachten Tatsachen ein erheblicher Arbeitsausfall vorliegt und die betrieblichen Voraussetzungen für das Kurzarbeitergeld erfüllt sind.¹² Ist dieser Bescheid positiv, so schließt sich als zweite Stufe das Leistungsverfahren an, in dem die persönlichen Voraussetzungen für den Bezug von Kurzarbeitergeld geprüft werden und dessen Höhe festgesetzt wird. Erneut sind nur der Arbeitgeber und die Betriebsvertretung befugt, den Leistungsantrag zu stellen,¹³ und zwar für jeden Monat des Arbeitsausfalls gesondert. Das Kurzarbeitergeld wird von der zuständigen Agentur für Arbeit gemäß § 324 Abs. 2 Satz 2 SGB III nachträglich an den Arbeitgeber ausbezahlt, der es an seine Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer weiterleitet; oft tritt er ihnen gegenüber in Vorleistung.¹⁴ In der Praxis erfolgt die Bewilligung des Kurzarbeitergeldes in der Regel durch vorläufige Entscheidung gemäß § 328 Abs. 1 Nr. 3 SGB III.¹⁵

Obwohl die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer am zweistufigen Bewilligungsverfahren nicht beteiligt werden, sind sie gemäß § 95 SGB III die eigentlichen Inhaber des zugrunde liegenden materiellen Anspruchs auf Kurzarbeitergeld gegen den Staat.¹⁶ Der Arbeitgeber wird von diesem für das Verfahren hoheitlich in Anspruch genommen, hat aber auch ein erhebliches eigenes Interesse daran, dass seinen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern Kurzarbeitergeld gewährt wird. Man spricht von einem besonderen Dreiecksverhältnis zwischen

⁸ Vgl. dazu näher § 98 SGB III.

⁹ Bieback in: Gagel (Fn. 3), § 97 SGB III Rn. 10 f.

¹⁰ Überblick über das Verfahren bei Bettina Schmidt (Hrsg.), Erste Hilfe bei Kurzarbeit in Zeiten von Corona (2020), Abschn. VIII – X.

¹¹ Bieback in: Gagel (Fn. 3), § 95 SGB III Rn. 48; Niklas Eckert, Abschnitt III, in: Klaus-Stefan Hohentstatt/Ulrich Sittard (Hrsg.), Arbeitsrecht in Zeiten von Corona, 2020.

¹² § 99 Abs. 3 SGB III.

¹³ §§ 323 Abs. 2, 325 Abs. 3 SGB III.

¹⁴ Kristin Kammann, Abschnitt IV.3, in: Hohentstatt/Sittard (Fn. 11); Zieglmeier (Fn. 1), 733.

¹⁵ Kamann (Fn. 14).

¹⁶ Vgl. Bieback in: Gagel (Fn. 3), § 95 SGB III Rn. 86 ff.

Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Bundesagentur für Arbeit: Der Arbeitnehmer steht zur letzteren in einem öffentlich-rechtlichen Verwaltungs- und Sozialleistungsverhältnis, in das der Arbeitgeber aufgrund hoheitlicher Inpflichtnahme als eine Art Leistungsgehilfe einbezogen wird, während das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer rein privatrechtlich bleibt, auch wenn der erstere dem letzteren das Kurzarbeitergeld auszahlt.¹⁷ Die Mitbegünstigung des Arbeitgebers besteht darin, dass er von eventuellen Pflichten zur Lohnzahlung an den Arbeitnehmer entlastet wird, seine Betriebskosten gesenkt werden und die Existenz des Betriebes gesichert wird.¹⁸

Im Hinblick auf diese Mitbegünstigung der Arbeitgeber ist die Frage aufgeworfen worden, ob die Leistung von Kurzarbeitergeld eine nach Art. 107 AEUV unzulässige Beihilfe darstellt. Diese Frage wird jedoch ganz überwiegend und zu Recht verneint.¹⁹

II. Erfordernis eines Betriebs im Inland als Voraussetzung für Kurzarbeitergeld

Für hiesige Zwecke ist nur die zweite Bedingung für den Anspruch auf Kurzarbeitergeld – die Erfüllung der betrieblichen Voraussetzungen – relevant, worüber im Anerkennungsverfahren entschieden wird. § 97 SGB III definiert diese folgendermaßen: „Die betrieblichen Voraussetzungen sind erfüllt, wenn in dem Betrieb mindestens eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer beschäftigt ist. Betrieb im Sinne der Vorschriften über das Kurzarbeitergeld ist auch eine Betriebsabteilung.“

Für Zwecke des Kurzarbeitergeldes wird in Anknüpfung an den arbeitsrechtlichen Betriebsbegriff unter Betrieb Folgendes verstanden: „[E]ine organisatorische Einheit, innerhalb der der Unternehmer mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe sachlicher und sonstiger Mittel einen bestimmten arbeitstechnischen Zweck fortgesetzt verfolgt“.²⁰ Diese Einheit muss einen einheitlichen Risikobereich bilden und über eine einheitliche personalpolitische Organisation verfügen.²¹ Die Gleichsetzung der Betriebsabteilung mit einem Betrieb ermöglicht es, in Bezug auf das Kurzarbeitergeld auf die kleinere Einheit abzustellen, um die Auswirkungen des wirtschaftlichen Risikos angemessen zu erfassen.²²

In der Praxis der Bundesagentur für Arbeit wird verlangt, dass der von Kurzarbeit betroffene Betrieb seinen Sitz im Geltungsbereich des SGB III – also innerhalb der Bundesrepublik

¹⁷ Bieback in: Gagel (Fn. 3), § 95 SGB III Rn. 47 ff.

¹⁸ Ebd., Rn. 56.

¹⁹ Ebd., Rn. 123a; ders., Vorbemerkung zu § 95 Rn. 31 ff.

²⁰ Ebd., § 97 SGB III Rn. 5.

²¹ Ebd.

²² Ebd., Rn. 6. Näher zum Begriff der Betriebsabteilung ebd., Rn. 20 ff.

Deutschland – haben muss; nur unter dieser Voraussetzung wird den dort beschäftigten Arbeitnehmern Kurzarbeitergeld gewährt.²³ Das geht zwar über den Wortlaut von § 97 SGB III selbst hinaus, beruht aber auf Anhaltspunkten in Gesetzesbestimmungen in dessen unmittelbaren Umfeld. Insbesondere schreibt § 99 Abs. 1 Satz 1 SGB III ausdrücklich vor, dass Arbeitgeber oder Betriebsvertretung die Anzeige des Arbeitsausfalls bei derjenigen Agentur für Arbeit erstatten müssen, „in deren Bezirk der Betrieb seinen Sitz hat“. Notwendige Voraussetzung für einen inländischen Betriebssitz ist insbesondere eine eigenständige Leitung in Deutschland.²⁴

Die sozialgerichtliche Rechtsprechung hat diese Verwaltungspraxis bestätigt: Zwar ergebe sich die Beschränkung des Kurzarbeitergeldes auf einen im Inland eingetretenen Arbeitsausfall nicht schon aus dem in § 30 SGB I verankerten Territorialitätsprinzip, demzufolge staatliche Hoheitsgewalt nur im eigenen Territorium ausgeübt werde und das Sozialstaatsgebot nur diejenigen begünstige, für die der nationale Gesetzgeber verantwortlich sei.²⁵ Denn jedenfalls hinsichtlich des Leistungsrechts hänge die Bestimmung des Anwendungsbereichs letztlich vom Inhalt der jeweiligen Sachnorm ab. Die Auslegung dieser Sachnorm – im konkreten Fall § 175 Abs. 3 a.F. SGB III über das Saison-Kurzarbeitergeld (heute § 101 Abs. 2 SGB III) – ergebe nach ihrer Entstehungsgeschichte unter Berücksichtigung ihres Sinnes und Zwecks sowie der systematischen Zusammenhänge, dass sie nur Arbeitsausfall im Inland erfasse.²⁶ Mit dieser Begründung hat das BSG Ansprüche auf Saison-Kurzarbeitergeld von Arbeitnehmern eines in Deutschland ansässigen Unternehmens verneint, die auf Auslandsbaustellen in Luxemburg und Österreich eingesetzt waren.

Das Bayerische Landessozialgericht hat dementsprechend – allerdings bisher nur im einstweiligen Rechtsschutzverfahren – für das gewöhnliche Kurzarbeitergeld „gefestigte betriebliche Strukturen in Deutschland“ verlangt.²⁷ Der 1. Leitsatz seiner nach § 177 SGG unanfechtbaren Entscheidung lautet: „Die betrieblichen Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld an im Inland befristet beschäftigtes Flugpersonal, welches von einem im EU-Ausland ansässigen Leiharbeits-Unternehmen zum Arbeitseinsatz an Flugverkehrsgesellschaften im Inland überlassen wird, sind nicht erfüllt, wenn hierfür im Inland keine gefestigten betrieblichen Strukturen vorhanden sind.“

²³ Bundesagentur für Arbeit, Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld vom 20.12.2018, Abschn. 3.1. (2) zu § 97 SGB III, S. 36 (abrufbar unter https://www.arbeitsagentur.de/datei/dok_ba013530.pdf [11.02.2021]).

²⁴ Stephan Rittweger, Kurzarbeitergeld für Auslandsarbeitgeber nur bei Betrieb oder Betriebsabteilung in Deutschland, NZS 2020, 643.

²⁵ BSG, Urt. v. 7.5.2019 (B 11 AL 11/18 R), juris, Rn. 13.

²⁶ Ebd.

²⁷ BayLSG (Fn. 2) Rn. 185 ff.

B. Anknüpfung an inländischen Betrieb: Vereinbarkeit mit dem GG und dem EU-Recht?

I. Vorrang des Verfassungs- und Unionsrechts und Pflicht zur Konforminterpretation

Es fragt sich, ob diese Anknüpfung des Kurzarbeitergeld-Anspruchs an die Beschäftigung in einem inländischen Betrieb des Arbeitgebers – oder anders ausgedrückt: der Ausschluss von Arbeitnehmern, die in einem ausländischen Betrieb beschäftigt sind – mit höherrangigem Recht vereinbar ist. In Betracht kommen Verstöße gegen die im Grundgesetz gewährleisteten Grundrechte sowie gegen sekundär- und primärrechtliche Bestimmungen der Europäischen Union. Während das GG gegenüber dem SGB III als einfachem Gesetzesrecht Geltungsvorrang hat,²⁸ beansprucht das Unionsrecht gegenüber nationalem Gesetzesrecht nur Anwendungsvorrang,²⁹ verpflichtet durch Art. 4 Abs. 3 UA 2 EUV den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber allerdings im Interesse der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit, Anwendungskonflikte durch anpassende oder klarstellende Änderungen des in seiner Gültigkeit nicht berührten Gesetzes zukünftig sicher auszuschließen.³⁰

Die nationalen Rechtsanwender, insbesondere die Gerichte, sind verpflichtet, das einfache Gesetzesrecht nach Möglichkeit verfassungskonform und unionsrechtskonform zu interpretieren, soweit sie dies ohne Überschreitung ihrer Funktion im gewaltenteiligen Verfassungssystem tun können.³¹ Sollte sich das Erfordernis eines inländischen Betriebes als verfassungs- und/oder unionsrechtswidrig erweisen, dürfte hier eine verfassungskonforme und/oder unionsrechtskonforme Interpretation des § 97 SGB III in Frage kommen, da sein Wortlaut das Erfordernis nicht enthält. Dann müsste freilich die Bestimmung der zuständigen Agentur für Arbeit in § 99 Abs. 1 Satz 1 SGB III alternativ etwa an den Ort der Kurzarbeit angeknüpft werden, was ebenfalls als vertretbare Möglichkeit erscheint.

²⁸ Vgl. Art. 20 Abs. 3, 1. Hs., Art. 93 Abs. 1 Nr. 2, Art. 100 Abs. 1 GG; §§ 78, 82 Abs. 1, 95 Abs. 3 BVerfGG.

²⁹ Vgl. die Erklärung zum Vorrang (Nr. 17) im Anhang zur Schlussakte der Regierungskonferenz von Lissabon vom 13.12.2007 (ABl. 2007 Nr. C 306/256) sowie Dirk Ehlers, Verhältnis des Unionsrechts zum Recht der Mitgliedstaaten, in: Reiner Schulze/André Janssen/Stefan Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 4. Aufl. 2020, § 11 Rn. 52 ff.

³⁰ Ehlers (Fn. 29), § 11 Rn. 58.

³¹ Zur Verpflichtung, einfaches Recht verfassungskonform auszulegen, vgl. nur Christian Starck, Maximen der Verfassungsauslegung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 271 Rn. 40 f.; Andreas Voßkuhle in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 93 Rn. 52. Zur unionsrechtskonformen Interpretation kraft Verpflichtung aus Art. 4 Abs. 3 EUV Ehlers (Fn. 29), § 11 Rn. 46 ff.

II. Vereinbarkeit mit Grundrechten des Grundgesetzes

Das Erfordernis eines inländischen Betriebs könnte gegen Grundrechte der betroffenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer verstoßen, und zwar Gleichheitsrechte (Art. 3 Abs. 1 GG) wie Freiheitsrechte (Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 GG). Dieser Part wird nur skizziert, da der Schwerpunkt auf dem EU-Recht liegt, und konzentriert sich auf Art. 3 Abs. 1 GG.³²

1. Grundrechtsträgerschaft

Die Arbeitnehmer sind als natürliche Personen ohne weiteres Grundrechtsträger. Arbeitgeber werden jedoch typischerweise juristische Personen sein, denen gemäß Art. 19 Abs. 3 GG die vorgenannten Grundrechte zustehen können, soweit es sich bei ihnen um inländische juristische Personen des Privatrechts und nicht des öffentlichen Rechts handelt.³³ Ausländische juristische Personen des Privatrechts sind in Deutschland hingegen keine Träger materieller Grundrechte.³⁴

Anderes gilt für EU-ausländische juristische Personen des Privatrechts: Diese sind nach der Rechtsprechung des BVerfG im Anwendungsbereich des EU-Rechts (also insbesondere, wenn sie von ihrer Dienstleistungsfreiheit [Art. 56 AEUV] oder Niederlassungsfreiheit [Art. 49 AEUV] Gebrauch machen), als Folge aus dem unionsrechtlichen Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit in gleicher Weise Grundrechtsträger wie ihre inländischen Pendanten.³⁵

Nur ergänzend sei darauf hingewiesen, dass sich auch erwerbswirtschaftlich tätige inländische juristische Personen des Privatrechts, die vollständig von einem Mitgliedstaat der Europäischen Union getragen werden, wegen der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes in Ausnahmefällen auf Grundrechte des Grundgesetzes berufen können³⁶ – anders als wenn sie von einer inländischen Person des öffentlichen Rechts beherrscht würden. Ein solcher Ausnahmefall liegt insbesondere dann vor, wenn der Mitgliedstaat unter Ausübung seiner Niederlassungsfreiheit oder Dienstleistungsfreiheit im Einklang mit Art. 54, Art. 62 AEUV in dem anderen Mitgliedstaat erwerbswirtschaftlich tätig ist.

³² Vgl. zu Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 GG knapp BayLSG (Fn. 2), Rn. 215.

³³ Zum Fehlen der Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts und gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen mit mehr als 50% staatlicher Beteiligung in Bezug auf die materiellen Grundrechte vgl. nur BVerfG, Beschl. v. 18.8.2020 (1 BvQ 82/20), Rn. 8 ff.

³⁴ BVerfG (K), Beschl. v. 27.6.2018 (2 BvR 1287/17 u.a.), Rn. 26 ff.

³⁵ BVerfG, Beschl. v. 19.7.2011 (1 BvR 1916/09), BVerfGE 129, 78: Vertraglich veranlasste Anwendungserweiterung des deutschen Grundrechtsschutzes.

³⁶ BVerfG, Urt. v. 6.12.2016 (1 BvR 2821/11 u.a.), BVerfGE 143, 246, LS 2 und Rn. 184 ff.

2. Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG

Arbeitgeber, die über einen Betrieb im Inland verfügen, und ihre dort beschäftigten Arbeitnehmer haben Zugang zum Kurzarbeitergeld, Arbeitgeber ohne inländischen Betrieb und deren Arbeitnehmer hingegen nicht. Dies gilt, obwohl die letzteren, deren Arbeitnehmer ja gemäß § 98 Abs. 1 SGB III in Deutschland versicherungspflichtig beschäftigt sein müssen, um die persönlichen Voraussetzungen für den Bezug von Kurzarbeitergeld zu erfüllen, mit ihren Beiträgen zur deutschen Sozialversicherung das Kurzarbeitergeld in gleicher Weise mitfinanzieren wie die ersteren. Einen legitimen Grund für diese Ungleichbehandlung hat das BSG darin gesehen, dass durch das Kurzarbeitergeld nur der inländische Arbeitsmarkt geschützt werden soll und die dort bestehenden Beschäftigungsverhältnisse verstetigt werden sollen.³⁷

Ob dieser Grund schon wegen seiner Unvereinbarkeit mit dem Unionsrecht auch für Zwecke des europarechtsfreundlich zu interpretierenden Art. 3 Abs. 1 GG als illegitim eingestuft werden muss, soll dahingestellt bleiben.³⁸ Hier genügt der Hinweis auf einen Kammer-Beschluss des BVerfG von 1999, wo es als Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG gewertet wurde, dass eine grenznah zur Bundesrepublik Deutschland wohnende Angehörige eines Staates, der nicht Mitglied der Europäischen Gemeinschaft ist, allein wegen ihres Auslandswohnsitzes keinen Anspruch auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit hatte, obwohl sie in der Arbeitslosenversicherung der Bundesrepublik pflichtversichert war und – vorbehaltlich ihres Wohnsitzes – die Leistungsvoraussetzungen erfüllte.³⁹ Die Kammer unterstrich, dass der Gesetzgeber nicht frei darin sei, „ohne gewichtige sachliche Gründe den Anknüpfungspunkt zwischen Beitragserhebung und Leistungsberechtigung zu wechseln.“⁴⁰ Mit anderen Worten darf der Gesetzgeber Personen nicht zu Beiträgen heranziehen, nur um sie dann von den beitragsfinanzierten Leistungen der Sozialversicherung auszuschließen.

Zwar geht es vorliegend zumindest nicht nur um Grenzgänger, so dass dieser Kammer-Beschluss nicht hundertprozentig einschlägig ist.⁴¹ Der entscheidende Gesichtspunkt, in dem die vorliegende Konstellation der dortigen gleicht, liegt jedoch darin, dass beide Gruppen von Arbeitnehmern gleichermaßen im Inland sozialversicherungspflichtig sind.⁴² Darüber hilft auch der Hinweis auf die ständige Rechtsprechung des BSG nicht hinweg, dass es „in der Arbeitslosenversicherung (grundrechtlich) nicht geboten ist, bei der Bemessung kurzfristiger Lohnersatzleistungen (wozu auch das beitragsfinanzierte Kurzarbeitergeld gehört) eine versicherungsmathematische Äquivalenz zwischen den entrichteten Beiträgen und der Höhe der

³⁷ BSG (Fn. 25), Rn. 22.

³⁸ S.u. Text zu Fn. 56 ff. zur Frage, ob dieser Grund eine Diskriminierung unionsrechtlich rechtfertigen kann.

³⁹ BVerfG (K), Beschl. v. 30.12.1999 (1 BvR 809/95).

⁴⁰ Ebd., Rn. 11.

⁴¹ Darauf weist das BayLSG (Fn. 2) Rn. 211 hin.

⁴² Bieback in: Gagel (Fn. 3), § 95 SGB III Rn. 116a, 117.

Leistung herzustellen“.⁴³ Denn hier werden Beitragszahler weit über bloße Beeinträchtigungen der versicherungsmathematischen Äquivalenz hinaus vollständig von der Leistung ausgeschlossen, und zwar in Fällen, in denen sich gerade dasjenige Risiko – Teilarbeitslosigkeit – verwirklicht, vor dem der betreffende Zweig der Sozialversicherung typischerweise schützen soll.

Die Anknüpfung des Anspruchs auf Kurzarbeitergeld an das Vorhandensein eines Betriebs im Inland verstößt nach alledem gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Da eine verfassungskonforme Interpretation der §§ 95 ff. SGB III in dem Sinne, dass die Beschäftigung bei einem Betrieb im Inland nicht zwingende Voraussetzung für den Kurzarbeitergeldanspruch ist, als möglich erscheint, ist diese auch geboten. Folglich können zukünftig auch Arbeitnehmer, die zwar in Deutschland sozialversicherungspflichtig beschäftigt sind, aber nicht bei einem im Inland gelegenen Betrieb arbeiten, Kurzarbeitergeld beanspruchen, unabhängig davon, ob sie für einen inländischen oder ausländischen Arbeitgeber tätig sind.

III. Vereinbarkeit mit EU-Recht

In Betracht kommen weiterhin Verstöße gegen Sekundärrecht sowie Primärrecht der EU. Einschlägiges Sekundärrecht bildet die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit.⁴⁴ Darin sind zwar die materiellen Voraussetzungen für den Bezug von Sozialleistungen nicht geregelt; diese ergeben sich vielmehr aus dem Recht der Mitgliedstaaten. Die VO (EG) Nr. 883/2004 enthält jedoch Gleichbehandlungsgebote, die vorliegend verletzt sein könnten. Für hiesige Zwecke irrelevant ist hingegen die neue Verordnung (EU) 2020/672 zur Schaffung eines Europäischen Instruments zur vorübergehenden Unterstützung bei der Minderung der Arbeitslosigkeitsrisiken in einer Notlage (SURE) im Anschluss an den COVID-19-Ausbruch.⁴⁵ Diese auf Art. 122 AEUV gestützte VO dient nach ihrem Art. 1 der Finanzierung von Kurzarbeitsregelungen. Sie soll nach Art. 2 und Art. 3 die nationalen Maßnahmen der Mitgliedstaaten durch finanziellen Beistand ergänzen, deren öffentliche Ausgaben aufgrund von Kurzarbeitsregelungen unvermittelt und heftig angestiegen sind. Vorgaben hinsichtlich der Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld enthält die VO aber nicht.

Die primärrechtlichen Prüfungsmaßstäbe ergeben sich aus den Grundfreiheiten des Binnenmarkts, insbesondere der Arbeitnehmerfreizügigkeit sowie der Niederlassungsfreiheit und der

⁴³ So aber BayLSG (Fn. 2), Rn. 213 m.w.N.

⁴⁴ Vom 29.4.2004. Aktuelle konsolidierte Fassung mit späteren Änderungen im Sartorius II Nr. 185 sowie unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A02004R0883-20190731&qid=1610360034802> (11.1.2021).

⁴⁵ Vom 19.5.2020, ABI. Nr. L 159/1.

Dienstleistungsfreiheit der Unternehmen. Diese Grundfreiheiten werden ggf. durch parallele Grundrechte – die Berufsfreiheit und das Recht zu arbeiten gemäß Art. 15 GRCh und die unternehmerische Freiheit gemäß Art. 16 GRCh – unterstützt.

1. Verordnung (EG) Nr. 883/2004

a) Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich

Das Kurzarbeitergeld liegt als eine Leistung bei (Teil-) Arbeitslosigkeit nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. h VO (EG) Nr. 883/2004 ohne Zweifel im sachlichen Anwendungsbereich der Verordnung. In Art. 65 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004 werden Leistungen bei Kurzarbeit ausdrücklich den Leistungen bei Arbeitslosigkeit zugerechnet.⁴⁶ Die Kurzarbeit nach deutschem Recht ist auch als Kurzarbeit nach Unionsrecht einzustufen.⁴⁷

Die betroffenen Arbeitnehmer fallen nach Maßgabe des Art. 2 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004 immer dann in den persönlichen Anwendungsbereich der Verordnung, wenn sie entweder Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind oder Staatenlose oder Flüchtlinge, die rechtmäßig in einem Mitgliedstaat wohnen und für die die sozialrechtlichen Vorschriften mindestens eines Mitgliedstaats gelten. Außerdem muss ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegen.⁴⁸ Dass diese Voraussetzungen in den von der 2. Frage angesprochenen grenznachbarlichen Fällen vorliegen, kann angenommen werden.

Die Arbeitsverhältnisse in den Ausgangsfällen unterliegen deutschem Recht, wenn die Arbeit in Deutschland verrichtet wird, und entsprechend französischem Recht, wenn sie in Frankreich verrichtet wird.⁴⁹ Folglich unterliegen sie nach der Grundregel des Art. 11 Abs. 3 Buchst. a VO (EG) Nr. 883/2004 auch in sozialrechtlicher Hinsicht im ersten Fall deutschem und im zweiten Fall französischem Recht.⁵⁰ Bei Arbeitnehmerentsendungen gilt nach Art. 12 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004 regelmäßig weiterhin das Sozialrecht des Mitgliedstaats, aus dem der Arbeitnehmer entsandt wurde. Speziell für das Arbeitslosen- und das Kurzarbeitergeld bestimmt Art. 65 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004, dass insbesondere Grenzgänger,⁵¹ die während ihrer letzten Beschäftigung in einem anderen als dem zuständigen Mitgliedstaat (d.h. dem

⁴⁶ Vgl. BSG (Fn. 25), Rn. 23; BayLSG (Fn. 2), Rn. 218.

⁴⁷ Bieback in: Gagel (Fn. 3), § 95 SGB III Rn. 120.

⁴⁸ Vgl. im Einzelnen Bernhard Spiegel, in: Maximilian Fuchs (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, 7. Aufl. 2018, Art. 2 VO (EG) Nr. 883/2004 Rn. 3 ff.

⁴⁹ Art. 8 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) vom 17.6.2008, konsolidierte Fassung in Sartorius II Nr. 164a und unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A02008R0593-20080724&qid=1611078839170> (19.1.2021).

⁵⁰ Nach Art. 16 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004 können zwei oder mehr Mitgliedstaaten Ausnahmen von den Anknüpfungen der Art. 11 ff. vorsehen.

⁵¹ Vgl. zur Definition Art. 1 Buchst. f VO (EG) Nr. 883/2004.

Beschäftigungsstaat) gewohnt haben, Leistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats von dessen Träger erhalten, als ob sie in diesem Mitgliedstaat wohnen würden.

b) Verstoß gegen Gleichbehandlungsgebot (Art. 4 VO [EG] Nr. 883/2004)

Der Ausschluss von in Deutschland arbeitenden EU-ausländischen Arbeitnehmern vom Kurzarbeitergeld nach dem SGB III nur deshalb, weil ihr Arbeitgeber über keinen Betrieb im Inland verfügt, könnte mit dem Gebot der Gleichbehandlung gemäß Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004 unvereinbar sein. Das setzt aber voraus, dass diese Arbeitnehmer deutschem Arbeits- und Sozialrecht unterliegen, weil für sie die §§ 95 ff. SGB III nur dann gelten. Deshalb ist in jedem Einzelfall sorgfältig zu prüfen, ob der EU-Ausländer seine Arbeit im Rechtssinne in Deutschland verrichtet und nicht z.B. als nach Deutschland entsandter Arbeitnehmer in Wahrheit im EU-Ausland am Sitz seines EU-ausländischen Arbeitgebers.⁵² Letzteres dürfte etwa für die in der Ausgangsfrage formulierte Konstellation des in Deutschland tätigen Außendienstmitarbeiters eines französischen Unternehmens gelten.

aa) Direkte Diskriminierung

Allerdings sieht Art. 12 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004 vor, dass entsandte Arbeitnehmer dann den sozialrechtlichen Vorschriften des Zielstaats der Entsendung unterliegen (hier also den §§ 95 ff. SGB III), wenn die voraussichtliche Dauer der Entsendung 24 Monate überschreitet oder wenn sie andere dorthin entsandte Personen ablösen. Diese und andere EU-ausländische Arbeitnehmer, die die Voraussetzung der Arbeitsverrichtung in Deutschland erfüllen, z.B. Leiharbeiter, die von einem EU-ausländischen einem inländischen Unternehmen entliehen werden,⁵³ haben nach Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004 in Deutschland grundsätzlich die gleichen Rechte wie deutsche Staatsangehörige. Ihre Zahl dürfte nicht sehr groß sein, aber man muss ihnen gerecht werden. Das BSG weist in Bezug auf diese Personengruppe jedoch zu Recht darauf hin, dass die Beschränkung des Kurzarbeitergeldes auf die bei inländischen Betrieben Beschäftigten sowohl EU-Ausländer als auch Deutsche in formal gleicher Weise trifft.⁵⁴ Deshalb liegt hier keine direkte Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vor.

⁵² Vgl. Bieback in: Gagel (Fn. 3), § 95 SGB III Rn. 117 f.

⁵³ Vgl. die Fallkonstellation, die dem Beschluss des BayLSG (Fn. 2) zugrunde liegt.

⁵⁴ BSG (Fn. 25), Rn. 24.

bb) Indirekte Diskriminierung

Möglicherweise handelt es sich aber um eine von Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004 gleichermaßen verbotene indirekte Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, weil die scheinbar neutrale Regel EU-Ausländer benachteiligt.⁵⁵ In der Tat haben EU-ausländische Unternehmen, die EU-Ausländer beschäftigen, wesentlich häufiger als deutsche Unternehmen keinen Betrieb im Inland. Diejenigen ihrer Arbeitnehmer, die im Rechtssinne in Deutschland ihre Arbeit verrichten und deshalb grundsätzlich von §§ 95 ff. SGB III erfasst werden, scheitern mit ihrem Kurzarbeitergeld deshalb häufiger als deutsche Arbeitnehmer eines deutschen Unternehmens. Dass es einerseits auch EU-ausländische Arbeitnehmer gibt, die für einen inländischen Betrieb arbeiten und deshalb anspruchsberechtigt sind, sowie andererseits deutsche Arbeitnehmer, die für einen EU-ausländischen Arbeitgeber ohne Betrieb im Inland arbeiten und deshalb ebenfalls nicht anspruchsberechtigt sind, ändert nichts an der indirekten Diskriminierung im Ausgangsfall. Dafür genügt es, wenn EU-Ausländer von einer nationalen Regelung typischerweise und damit wahrscheinlicher benachteiligt werden als Deutsche,⁵⁶ was hier anzunehmen ist.

cc) Rechtfertigung der indirekten Diskriminierung

Indirekte Diskriminierungen können durch objektive, von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer unabhängige Erwägungen gerechtfertigt werden, falls die Diskriminierung in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit der nationalen Regel in zulässiger Weise verfolgten Zweck steht.⁵⁷ Wie bereits dargelegt, verfolgt die Anspruchsvoraussetzung des inländischen Betriebes den Zweck, den inländischen Arbeitsmarkt zu schützen und die dort bestehenden Beschäftigungsverhältnisse zu verstetigen.⁵⁸ Dieser Zweck kann im EU-Binnenmarkt – anders als der Schutz aller Arbeitnehmer, die Verhinderung von Arbeitslosigkeit insgesamt oder das Bemühen, Störungen auf dem Arbeitsmarkt zu verhindern, jeweils ohne national verengten Blickwinkel – genauso wenig als legitim anerkannt werden wie das Interesse, die Belange der nationalen Wirtschaft zu wahren.⁵⁹ Dies gilt hier umso mehr, als die betroffenen EU-ausländischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Beiträge zur deutschen Sozialversicherung geleistet haben und dadurch das Kurzarbeitergeld mitfinanzieren, das ihnen vorenthalten bleibt.

⁵⁵ Maximilian Fuchs/Bettina Kahil-Wolff in: Fuchs (Fn. 8), Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004 Rn. 2. Skeptisch gegenüber der Ablehnung der Diskriminierung durch das BSG auch Claus-Peter Bienert, Kein Saison-Kug bei Arbeitsausfall im Ausland, NZS 2019, 876.

⁵⁶ Vgl. zum extensiven Annahme von indirekten Diskriminierungen durch den EuGH Rainer Wernsmann, Steuerrecht, in: Schulze/Janssen/Kadelbach [Fn. 29], § 31 Rn. 90 (der selbst für einen engeren Diskriminierungsbegriff eintritt).

⁵⁷ Fuchs/Kahil-Wolff (Fn. 55).

⁵⁸ S.o. Text zu Fn. 37.

⁵⁹ Vgl. EuGH, Urt. v. 21.12.2016 (Rs. C-201/15 – AGET Iraklis), ECLI:EU:C:2016:972, Rn. 71 ff.

Außerdem „kann die Durchführung von Kurzarbeit am ausländischen Beschäftigungsort ein dem deutschen Recht und der deutschen Arbeitslosenversicherung zugeordnetes Arbeitsverhältnis stabilisieren“,⁶⁰ so dass der mit dem Inlandsbetriebsfordernis angestrebte Zweck durchaus auch ohne Existenz eines Inlandsbetriebs erfüllt sein kann. Denn in den hier relevanten Fällen besteht ein hinreichender Bezug zum deutschen Arbeitsmarkt, da die Arbeitsverhältnisse dem deutschen Recht unterliegen, und darüber hinaus wegen der Sozialversicherungspflicht in Deutschland auch zum deutschen Sozialstaat.⁶¹ Das bedeutet letztlich, dass das Inlandsbetriebsfordernis zur Erreichung des gesetzgeberischen Zwecks zumindest nicht erforderlich und damit auf jeden Fall unverhältnismäßig ist, selbst wenn man diesen Zweck als unionsrechtlich legitim einstufen würde.

Teilweise wird eine Rechtfertigung des Inlandsbetriebsfordernisses darin gesehen, dass bei zu Unrecht ausgezahltem Kurzarbeitergeld die Haftung des Arbeitgebers nach § 108 Abs. 3 SGB III bei Unternehmen ohne Inlandsniederlassung schwerer durchzusetzen sei.⁶² Dieser Hinweis auf Vollstreckungsprobleme in einem Spezialfall kann aber den generellen Ausschluss von Arbeitnehmern solcher Arbeitgeber vom Kurzarbeitergeld nicht rechtfertigen. Gleiches gilt für den Einwand, bei in ausländischen Betrieben beschäftigten Arbeitnehmern seien Kontrollen vor Ort nicht möglich, denn solche Kontrolle sind auch im Inland unüblich.⁶³ Es kommt hinzu, dass durch das Inlandsbetriebsfordernis erhebliche Lücken im Arbeitslosenversicherungsschutz drohen: „In Bezug auf das deutsche Recht kann der Versicherte zwar die mitgliedschaftlichen, nicht aber die betrieblichen Voraussetzungen des Kug [Kurzarbeitergeldes] erfüllen, wie er umgekehrt in Bezug auf das Recht des Beschäftigungsortes zwar die betrieblichen/beschäftigungsmäßigen Voraussetzungen, nicht aber die mitgliedschaftlichen erfüllen kann.“⁶⁴ Derartige Lücken widersprechen dem in Art. 3 Abs. 3 UA 2 EUV festgelegten Unionsziel der sozialen Gerechtigkeit und des sozialen Schutzes und müssen daher durch entsprechende Auslegung und Anwendung der einschlägigen Bestimmungen des Unionsrechts verhindert werden.

Nach alledem verstößt die Anknüpfung des Anspruchs auf Kurzarbeitergeld an das Vorhandensein eines Betriebs im Inland auch gegen Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004. Ein weiterer Verstoß gegen das Tatbestandsgleichstellungsgebot in Art. 5 Buchst. b VO (EG) Nr. 883/2004 liegt darin hingegen nicht.⁶⁵

⁶⁰ Bieback in: Gagel (Fn. 3), § 95 SGB III Rn. 117. Vgl. auch Christian Haidn, Kein Saison-Kurzarbeitergeld für im Ausland Beschäftigte, ArbRAktuell 2019, 617.

⁶¹ Bieback in: Gagel (Fn. 3), § 95 SGB III Rn. 122c.

⁶² Angedeutet bei Zieglmeier (Fn. 4) (unter D).

⁶³ Bieback in: Gagel (Fn. 3), § 95 SGB III Rn. 122c.

⁶⁴ Bieback in: Gagel (Fn. 3), § 95 SGB III Rn. 117.

⁶⁵ So zu Recht BSG (Fn. 25), Rn. 25. Anders Bieback in: Gagel (Fn. 3) § 95 SGB III Rn. 122, der die Kurzarbeit im Ausland unter Art. 5 Buchst. b VO (EG) Nr. 883/2004 subsumiert.

c) Rechtsfolge des Verstoßes gegen Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004

Die Rechtsfolge des festgestellten Verstoßes gegen Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004 besteht darin, den Kurzarbeitergeldanspruch auf die bislang zu Unrecht ausgeschlossenen EU-ausländischen Arbeitnehmer zu erstrecken. Denn nach ständiger Rechtsprechung des EuGH verlangt das Unionsrecht, dass bei verbotenen Diskriminierungen den Angehörigen der bisher benachteiligten Gruppe dieselben Vorteile gewährt werden wie den Angehörigen der bisher bevorzugten Gruppe.⁶⁶ Dies kann dadurch erreicht werden, dass die nationalen Behörden und Gerichte die Tatbestandsvoraussetzung „Betrieb im Inland“ kraft des Vorrangs des Unionsrechts in Zukunft unangewendet lassen.⁶⁷

Dem nationalen Gesetzgeber bleibt es zwar freigestellt, die unionsrechtlich gebotene Gleichbehandlung auf andere Weise herzustellen.⁶⁸ Es ist jedoch nicht anzunehmen, dass der deutsche Gesetzgeber das Kurzarbeitergeld ganz abschaffen oder für alle Arbeitnehmergruppen auf einem niedrigeren Niveau festsetzen wird, weil ein solcher Rückschritt aus dem Blickwinkel des Sozialstaatsprinzips in Art. 20 Abs. 1 GG bedenklich wäre. Deshalb wird die Erstreckung des Kurzarbeitergeldes in der derzeitigen Höhe auf die bisher ausgeschlossenen Arbeitnehmer aller Voraussicht nach die endgültige Lösung darstellen. Im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit ist der deutsche Gesetzgeber in jedem Fall kraft Art. 4 Abs. 3 UA 2 EUV verpflichtet, §§ 95 ff. SGB III so abzuändern, dass die Unanwendbarkeit des Inlandsbetriebsanfordernisses für alle deutschen Behörden und Gerichte sowie alle Rechtsunterworfenen künftig außer Zweifel gestellt wird.

2. Primärrecht

Falls der EuGH feststellt, dass eine nationale Maßnahme mit einem Sekundärrechtsakt unvereinbar ist, der – wie die VO (EG) Nr. 883/2004 – erlassen wurde, um die effektive Ausübung der Grundfreiheiten zu fördern, prüft er regelmäßig nicht weiter, ob die Maßnahme auch gegen die Grundfreiheiten verstößt.⁶⁹ Hier soll jedoch das zu Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004 gefundene Ergebnis nochmals anhand der Grundfreiheiten verifiziert und bestätigt werden.

Als Grundfreiheiten im Spiel sind die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 ff. AEUV) und auf Arbeitgeberseite die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV) oder die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV). Auf die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit können sich gemäß Art. 54 i.V.m. Art. 61 AEUV auch juristische Personen des Privatrechts und sogar des öffentlichen

⁶⁶ Fuchs/Kahil-Wolff (Fn. 55), Rn. 8.

⁶⁷ Vgl. Ehlers (Fn. 29), § 11 Rn. 59 ff.

⁶⁸ Fuchs/Kahil-Wolff (Fn. 55), Rn. 8.

⁶⁹ Vgl. Dirk Ehlers, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 7 Rn. 8.

Rechts berufen, soweit sie Erwerbszwecke verfolgen und ihren Sitz innerhalb der EU haben. Hinzukommen gegebenenfalls die Grundrechte der Arbeitnehmer aus Art. 15 GRCh und der Arbeitgeber aus Art. 16 GRCh.

a) Freizügigkeit der Arbeitnehmer

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit hat vorliegend kaum Bedeutung, weil ein Arbeitnehmer, der in Ausübung dieser Freiheit als EU-Ausländer in Deutschland arbeitet und daher §§ 95 ff. SGB III unterfällt, in aller Regel einem inländischen Betrieb zugeordnet ist und deshalb ohne weiteres Anspruch auf Kurzarbeitergeld hat. Arbeitnehmerentsendungen ins Inland, die in den Ausnahmefällen des Art. 12 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004 (lange Entsendung oder Ablösung einer zuvor entsandten Person) zur Anwendbarkeit der §§ 95 ff. SGB III führen, werden nach ständiger Rechtsprechung des EuGH nicht von der Arbeitnehmerfreizügigkeit, sondern nur von der aktiven Dienstleistungsfreiheit des EU-ausländischen Arbeitgebers erfasst.⁷⁰

b) Niederlassungsfreiheit der Arbeitgeber

Auch die Niederlassungsfreiheit der Arbeitgeber (Art. 49 ff. AEUV) erfasst Fälle nicht, in denen Arbeitnehmer zwar unter §§ 95 ff. SGB III fallen, aber mangels Beschäftigung bei einem inländischen Betrieb keinen Anspruch auf Kurzarbeitergeld haben. Denn lässt sich ein EU-ausländischer Unternehmer in Deutschland nieder, so unterhält er hierzulande auch mindestens einen Betrieb. Infolgedessen haben seine Arbeitnehmer unabhängig von ihrer eigenen Staatsangehörigkeit den Anspruch auf Kurzarbeitergeld. Lässt sich umgekehrt ein deutscher Unternehmer im EU-Ausland nieder, so unterfallen die Arbeitnehmer, die bei seinen ausländischen Betrieben beschäftigt sind, dem Arbeits- und Sozialrecht des betreffenden EU-Mitgliedstaats. Ob und unter welchen Bedingungen sie Kurzarbeitergeld erhalten, richtet sich dann nicht nach §§ 95 ff. SGB III.

c) Dienstleistungsfreiheit der Arbeitgeber

Einzig relevant ist nach alledem für die hiesigen Fallkonstellationen, in denen Arbeitnehmer ihre Arbeit zwar de jure in Deutschland verrichten und damit unter §§ 95 ff. SGB III fallen, aber nicht bei einem inländischen Betrieb ihres Arbeitgebers,⁷¹ die Dienstleistungsfreiheit der Arbeitgeber (Art. 56 ff. AEUV). Diese schützt – wie alle Grundfreiheiten – nicht nur vor direkten

⁷⁰ Peter-Christian Müller-Graff, in: Rudolf Streinz (Hrsg.); EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 56 AEUV Rn. 26.

⁷¹ Vgl. zur Abgrenzung dieser (kleinen) Gruppe bereits oben II. 3. b), aa).

und indirekten Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit, sondern auch vor unterschiedslos anwendbaren Beschränkungen.⁷²

Dementsprechend hat auch das BSG in seinem bereits mehrfach erwähnten Urteil von 2019⁷³ die Voraussetzung des Inlandsbetriebs für die Zahlung von Kurzarbeitergeld auf ihre Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit geprüft und kurz und knapp bejaht.⁷⁴ Die unionsrechtliche Lage sah das Gericht dabei zu Unrecht als so klar an, dass es die Einholung einer Vorabentscheidung des EuGH trotz Art. 267 Abs. 3 AEUV nicht für erforderlich hielt.⁷⁵ Zur Begründung wies das BSG darauf hin, dass die Kurzarbeitergeldbeschränkung auf Arbeitnehmer bei inländischen Betrieben für EU-ausländische Dienstleister und inländische Unternehmen unterschiedslos gelte und den Zugang der erstgenannten zum deutschen Markt nicht beeinträchtige. Die Klägerin als inländische Unternehmerin und Marktteilnehmerin werde von einer nationalen Norm betroffen, deren Anwendungsbereich zwar auf das Inland beschränkt sei, ansonsten aber keinerlei Differenzierung bezogen auf die Marktteilnehmer und deren wirtschaftliche Betätigung vorsehe. Diese Begründung ist unionsrechtlich aus zwei Gründen nicht haltbar.

Erstens sind EU-ausländische Dienstleister und deutsche Unternehmen durch das Erfordernis eines inländischen Betriebs zwar formal gleich betroffen. Tatsächlich verfügen deutsche Unternehmen aber immer über einen Betrieb im Inland, während EU-ausländische Dienstleister gezwungen werden, einen solchen neu einzurichten, damit ihre Arbeitnehmer vom Kurzarbeitergeld profitieren können. Im Ergebnis werden sie dadurch indirekt verpflichtet, in Deutschland eine Niederlassung zu gründen, und damit gehindert, auf dem deutschen Markt nur vorübergehend Dienste zu leisten. Einen solchen Zwang zur Niederlassung erlaubt Art. 56 AEUV jedoch nicht, und zwar auch insoweit nicht, als das EU-ausländische Unternehmen nicht gleich auch seinen Hauptsitz ins Inland verlegen muss.⁷⁶ Denn aus der Rechtsprechung des EuGH ergibt sich eindeutig Folgendes: „Die Bedingung, wonach ein Unternehmen in dem Mitgliedstaat, in dem die Dienstleistung erbracht wird, eine feste Niederlassung oder ein Tochterunternehmen gründen muss, läuft dem freien Dienstleistungsverkehr direkt zuwider, da sie die Erbringung von Dienstleistungen in diesem Mitgliedstaat durch in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Unternehmen unmöglich macht.“⁷⁷

Mit dem Unionsrecht vereinbar ist eine solche Bedingung nur, wenn sie unter eine

⁷² Müller-Graff (Fn. 70), Art. 56 AEUV Rn. 70 ff.

⁷³ S.o. Fn. 25.

⁷⁴ Ebd., Rn. 27.

⁷⁵ Ebd., Rn. 28.

⁷⁶ Der Hinweis, in der Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage, dass es für den Anspruch auf Kurzarbeitergeld nicht notwendig sei, dass das Unternehmen seinen Hauptsitz in Deutschland haben müsse (BT Drs. 19/23031, Ziff. 11), ist daher aus unionsrechtlicher Sicht unerheblich.

⁷⁷ EuGH, Urt. v. 21.1.2010 (Rs. C-546/07 – Kommission ./ Deutschland), Slg. 2010, I-439, Rn. 39 m.w.N.

ausdrückliche Ausnahmebestimmung fällt, hier also unter Art. 52 i.V.m. Art. 61 AEUV.⁷⁸ Die eng auszulegende *Ordre-Public*-Ausnahme in Art. 52 AEUV – Schutz der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit – ist im vorliegenden Fall aber bereits auf den ersten Blick nicht einschlägig. Demnach ist das Inlandsbetriebserfordernis insoweit mit Art. 56 AEUV unvereinbar, als es die dem deutschen Arbeits- und Sozialrecht unterliegenden Arbeitnehmer EU-ausländischer Dienstleister, die in Deutschland keinen Betrieb unterhalten, vom Kurzarbeitergeld ausschließt.

Zweitens hat das BSG übersehen, dass Art. 56 AEUV unter dem Titel der aktiven Dienstleistungsfreiheit nicht nur den Zugang EU-ausländischer Unternehmer mit entsandten Arbeitnehmern zum deutschen Markt gegen Abschottungsmechanismen des deutschen Rechts schützt, sondern ebenso die deutschen Unternehmen dagegen, dass ihnen die vorübergehende Erbringung unternehmerischer Leistungen durch entsandte Arbeitnehmer im EU-Ausland erschwert wird.⁷⁹ Art. 56 AEUV ist nämlich nicht nur an den Bestimmungsmitgliedstaat der Dienstleistung adressiert, sondern auch an den Herkunftsmitgliedstaat.⁸⁰ Als Eingriff sieht der EuGH in ständiger Rechtsprechung alle staatlichen Maßnahmen an, die eine grenzüberschreitende Leistungserbringung weniger attraktiv machen oder die Dienstleistung zwischen Mitgliedstaaten gegenüber der mitgliedstaatsinternen Dienstleistung erschweren.⁸¹ Eine bestimmte Intensitätsschwelle wird nicht verlangt, so lange die Behinderung nicht zu ungewiss und mittelbar (d.h. theoretisch oder hypothetisch) bleibt.⁸²

Eine solche nicht bloß theoretische oder hypothetische Erschwerung liegt hier vor: Entsendet ein deutscher Unternehmer seine Arbeitskräfte ins EU-Ausland, so muss er einkalkulieren, dass sie im Falle der Kurzarbeit kein Kurzarbeitergeld erhalten. Das ist, wie auch der dem BSG-Urteil zugrunde liegende Fall zeigt, eine durchaus realistische Möglichkeit. Zwar benachteiligt diese deutsche Rechtslage in erster Linie die Arbeitnehmer selbst, jedoch in durchaus spürbarer Weise auch deren Arbeitgeber, der ja seinen Arbeitnehmern attraktive Arbeitsbedingungen bieten will und muss und überdies seine eigenen Betriebskosten mittels Kurzarbeit reduzieren will.

Bedeutet das Inlandsbetriebserfordernis somit einen Eingriff in die aktive Dienstleistungsfreiheit deutscher Unternehmen, stellt sich die Frage seiner Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, wobei der Rückgriff auf die geltend gemachten Interessen den Mitgliedstaaten nicht durch abschließende Sekundärrechtsregeln versperrt sein darf.⁸³

⁷⁸ Ebd., Rn. 47.

⁷⁹ So zu Recht Karl-Jürgen Bieback, Anmerkung zu BSG, jurisPR-SozR 23/2019, Anm. 2 (unter C.).

⁸⁰ Müller-Graff (Fn. 70), Art. 56 AEUV Rn. 61.

⁸¹ Ebd., Rn. 87.

⁸² Ebd.

⁸³ Ebd., Rn. 100 f.

Wie bereits dargelegt, verfolgt das Inlandsbetriebserfordernis den Zweck, den inländischen Arbeitsmarkt zu schützen und die dort bestehenden Beschäftigungsverhältnisse zu verstetigen.⁸⁴ Dieser Zweck wird nicht bereits abschließend durch die Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie verfolgt.⁸⁵ Diese zielt vielmehr allein darauf ab, die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der entsandten Arbeitnehmer an die lokalen Verhältnisse anzugleichen, nicht aber, deren sozialrechtliche Stellung nach dem Recht des Entsendestaates zu verbessern. Auch die Dienstleistungsrichtlinie⁸⁶ enthält keine entsprechende Regelung, da sie nach ihrem Art. 1 Abs. 6 die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die soziale Sicherheit ausdrücklich unberührt lässt. Der mit dem Inlandsbetriebserfordernis verfolgte Zweck kann jedoch, wie bereits ausgeführt wurde, im EU-Binnenmarkt nicht als legitim anerkannt werden.⁸⁷ Ebenso wenig wie aus sekundärrechtlicher Sicht die indirekte Diskriminierung EU-ausländischer Arbeitnehmer, so kann er aus primärrechtlicher Sicht die Beschränkung der aktiven Dienstleistungsfreiheit deutscher Unternehmen rechtfertigen. Folglich verstößt das Inlandsbetriebserfordernis auch gegen Art. 56 AEUV und zugleich gegen das Grundrecht aus Art. 16 GRCh, das im Einklang mit Art. 52 Abs. 2 GRCh den gleichen Schutzzumfang hat.

IV. Reziprozitätserwägungen

Vorweggeschickt sei, dass Reziprozitätserwägungen im Unionsrecht – anders als im Völkerrecht – grundsätzlich keinen Platz haben: Ein Mitgliedstaat kann die Beachtung der Grundfreiheiten nicht von einer Gegenseitigkeitsbedingung abhängig machen⁸⁸ und sich zur Rechtfertigung eigener Unionsrechtsverstöße nicht darauf berufen, dass auch andere Mitgliedstaaten entsprechende Verstöße begingen. Ebenso wenig ist es zulässig, eigene Verletzungen des EU-Rechts als Gegenmaßnahme (Repressalie) einzusetzen, um unionsrechtskonformes Verhalten anderer Mitgliedstaaten zu erzwingen. Dafür steht den Mitgliedstaaten vielmehr ausschließlich das Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 259 AEUV zur Verfügung.⁸⁹ Demgegenüber kann ein Mitgliedstaat dort, wo ihm das EU-Recht Spielräume belässt, aufgrund von Reziprozitätserwägungen andere Mitgliedstaaten und deren Angehörige unter der Bedingung der Gegenseitigkeit besser stellen, als er es unionsrechtlich tun müsste.

⁸⁴ S.o. Text zu Fn. 37.

⁸⁵ Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen vom 16.12.1996 (ABl. 1997 Nr. L 18/1), geändert durch Richtlinie (EU) 2018/957 vom 28.6.2018 (ABl. Nr. L 173/6, berichtigt ABl. 2019 Nr. L 91/77).

⁸⁶ Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt vom 12.12.2006 (ABl. Nr. L 376/36).

⁸⁷ S.o. Text zu Fn. 57 ff.

⁸⁸ EuGH, Urt. v. 28.1.1986 (Rs. 270/83 – Kommission ./ Französische Republik), Slg. 1986, 273 Rn. 26.

⁸⁹ Matthias Pechstein, in: ders./Carsten Nowak/Ulrich Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Bd. IV, 2017, Art. 259 AEUV Rn. 2

Deutsche Unternehmen ohne feste Betriebsstätte in Frankreich, die dort Mitarbeiter nach französischem Arbeits- und Sozialrecht beschäftigen und Sozialversicherungsbeiträge leisten, können französisches Kurzarbeitergeld beantragen.⁹⁰ Dies beruht auf Art. 9 der Ordonnance n° 2020-346 du 27 mars 2020 portant mesures d'urgence en matière d'activité partielle.⁹¹ Frankreich behandelt damit EU-ausländische (einschließlich deutscher) Unternehmen besser, als Deutschland EU-ausländische (einschließlich französischer) Unternehmen unter sonst gleichen Bedingungen behandelt. Wie oben dargelegt, ist das deutsche Inlandsbetriebserfordernis in verschiedenen Konstellationen mit sekundärem und primärem Unionsrecht unvereinbar. Die französische Ordonnance stellt sicher, dass vergleichbare Unionsrechtsverstöße in Frankreich nicht vorkommen. Das hat keine rechtlichen Auswirkungen auf die deutschen Verstöße, macht sie allerdings politisch umso peinlicher.

Soweit die Ordonnance EU-ausländische Unternehmen über die unionsrechtlichen Verpflichtungen Frankreichs hinaus mit inländischen Unternehmen gleichstellen sollte, würde dies keine Rechtspflicht für Deutschland begründen, auch in dieser Hinsicht nachzuziehen, allerdings einen erheblichen politischen Anreiz. Ein Mitgliedstaat darf indessen im Anwendungsbereich der Verträge (also auch in Bezug auf die grenzüberschreitende Wirtschaftstätigkeit im Binnenmarkt wie hier) die Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaats nicht ohne hinreichenden sachlichen Grund besser oder schlechter behandeln als die gleich situierten Staatsangehörigen eines dritten Mitgliedstaats.

Ein sachlicher Grund kann das Reziprozitätsinteresse sein. Danach darf ein Mitgliedstaat die Erstreckung von über die unionsrechtlichen Verpflichtungen hinausgehenden Vorteilen auf einen anderen Mitgliedstaat und dessen Staatsangehörige davon abhängig machen, dass dieser dem erstgenannten Mitgliedstaat und seinen Staatsangehörigen entsprechende Vorteile gewährt.⁹² Sollte Deutschland also französische Unternehmen über seine unionsrechtlichen Verpflichtungen hinaus mit deutschen Unternehmen in Bezug auf das Kurzarbeitergeld gleichstellen, um insoweit mit Frankreich gleichzuziehen, müsste es diese Gleichstellung auf die

⁹⁰ Vgl. <https://www.suedlicher-oberrhein.ihk.de/international/frankreich/arbeiten-in-frankreich/frankreich-kurzarbeitergeld-fuer-auslaendische-firmen-4754502> (15.2.2021).

⁹¹ <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000041762506/> (15.2.2021). Art. 9 lautet: „Les salariés mentionnés à l'article L. 243-1-2 du code de la sécurité sociale qui sont employés par une entreprise ne comportant pas d'établissement en France peuvent être placés en position d'activité partielle et bénéficier à ce titre de l'indemnité horaire prévue à l'article L. 5122-1 du code du travail, lorsque l'employeur est soumis, pour ces salariés, aux contributions et cotisations sociales d'origine légale ou conventionnelle et aux obligations d'assurance contre le risque de privation d'emploi au titre de la législation française.“

⁹² Im Hinblick darauf erlaubt es das Unionsrecht einem Mitgliedstaat, die steuerlichen Vorteile, die sich aus einem bilateralen DBA mit einem anderen Mitgliedstaat ergeben, den Staatsangehörigen des letzteren vorzubehalten und verpflichtet ihn nicht, diese ohne weiteres auf die Staatsangehörigen aller anderen Mitgliedstaaten zu erstrecken (EuGH, Ur. v. 5.7.2005 [Rs. C-376/03 – D.], Slg. 2005, I-5821 Rn. 61; Ur. v. 20.5.2008 [Rs. C-194/06 – Orange Europe Smallcap Fund NV], Slg. 2008, I-3747 Rn. 50 f.; Wernsmann [Fn. 56], § 31 Rn. 94).

Unternehmen aus allen anderen Mitgliedstaaten erstrecken, dürfte diese Erstreckung aber seinerseits von der Gewährleistung der Gegenseitigkeit abhängig machen.

C. Ergebnisse

1. Die Anknüpfung des Kurzarbeitergeldanspruchs von Arbeitnehmern, die in Deutschland sozialversicherungspflichtig beschäftigt sind, an die Existenz eines inländischen Betriebes ihres Arbeitgebers ist ganz unabhängig von der Staatsangehörigkeit der Arbeitnehmer und der Staatszugehörigkeit der Arbeitgeber mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar. Eine verfassungskonforme Anwendung der §§ 95 ff. SGB III, die von dieser Bedingung absieht, ist möglich und geboten.
2. Die Anknüpfung des Anspruchs auf Kurzarbeitergeld an das Vorhandensein eines Betriebs im Inland verstößt auch gegen Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004, soweit sie zur indirekten Diskriminierung EU-ausländischer gegenüber deutschen Arbeitnehmern führt. Die nationalen Behörden und Gerichte müssen die Tatbestandsvoraussetzung „Betrieb im Inland“ kraft des Vorrangs des Unionsrechts in Zukunft unangewendet lassen und den Kurzarbeitergeldanspruch auf diejenigen bislang zu Unrecht ausgeschlossenen EU-ausländischen Arbeitnehmer erstrecken, die in Deutschland sozialversicherungspflichtig beschäftigt sind.
3. Schließlich verletzt die Anknüpfung des Anspruchs auf Kurzarbeitergeld an das Vorhandensein eines Betriebs im Inland insoweit Art. 56 AEUV und Art. 16 GRCh, als sie die dem deutschen Arbeits- und Sozialrecht unterliegenden Arbeitnehmer EU-ausländischer Dienstleister, die in Deutschland keinen Betrieb unterhalten, vom Kurzarbeitergeld ausschließt oder die Dienstleistungserbringung durch deutsche Unternehmen im EU-Ausland mittels entsandter Arbeitnehmer beschränkt. Auch insoweit müssen die nationalen Behörden und Gerichte die Tatbestandsvoraussetzung „Betrieb im Inland“ kraft des Vorrangs des Unionsrechts in Zukunft unangewendet lassen und den Kurzarbeitergeldanspruch auf die bislang zu Unrecht ausgeschlossenen Arbeitnehmer erstrecken.
4. Im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit ist der deutsche Gesetzgeber kraft Art. 4 Abs. 3 UA 2 EUV verpflichtet, §§ 95 ff. SGB III so abzuändern, dass die Unanwendbarkeit des Inlandsbetriebserfordernisses im unionsrechtlich gebotenen Umfang für alle deutschen Behörden und Gerichte sowie alle Rechtsunterworfenen künftig außer Zweifel gestellt wird.

5. Soweit Deutschland über seine unionsrechtlichen Verpflichtungen hinaus den Arbeitnehmern und/oder Unternehmern aus einem anderen Mitgliedstaat auf Gegenseitigkeitsbasis Vorteile gewährt, darf es diese nicht ohne sachlichen Grund den gleich situierten Arbeitnehmern und/oder Unternehmern aus den übrigen Mitgliedstaaten vorenthalten, kann aber auch insoweit die Gewährleistung der Gegenseitigkeit zur Bedingung machen.