S 21 AL 152/21

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht	Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet	Arbeitslosenversicherung
Abteilung	20
Kategorie	Urteil
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	

1. Zur zweistufigen Ausgestaltung des Bewilligungsverfahrens für Kurzarbeitergeld (Kug).

2. Ist lediglich der Anerkennungsbescheid auf der ersten Stufe des Kug-Bewilligungsverfahrens angefochten, kann eine Verurteilung zur Leistung nicht erfolgen. Möglich ist dann allein eine Verurteilung zur Feststellung eines erheblichen Arbeitsausfalls sowie der betrieblichen Voraussetzungen für Kug.

3. Zum Vorliegen eines „erheblichen Arbeitsausfalls“ für die Mitarbeiter eines Restaurants (§ 95 Satz 1 Nr. 1 SGB III) ab dem 02.11.2020 (Beginn des zweiten Lockdowns während der Covid-19-Pandemie; sog. Wellenbrecher-Lockdown) bei Eröffnung des Restaurants am 25.10.2020.

4. Bei rechtlich bindenden

	Vorbereitung zur Eröffnung eines Restaurants im August 2020 (u.a. Einstellung von Mitarbeitern für die Zeit ab dem 25.10.2025) und Eröffnung des Restaurants am 25.10.2020 musste der Betreiber nicht mit einer vollständigen behördlichen Untersagung des Betriebs von Restaurants ab dem 02.11.2020 rechnen.
Normenkette	-

1. Instanz

Aktenzeichen	S 21 AL 152/21
Datum	10.08.2022

2. Instanz

Aktenzeichen	L 20 AL 174/22
Datum	-

3. Instanz

Datum	-

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts DÃ¼sseldorf vom 10.08.2022 geÃ¤ndert.

Die Beklagte wird verurteilt, den Bescheid vom 05.01.2021 in Gestalt des WiderspruchsÂbescheiÂdes vom 26.02.2021 zu Ã¤ndern und das Vorliegen eines erheblichen ArbeitsÂausÂfalls sowie der betrieblichen Voraussetzungen fÃ¼r Kurzarbeitergeld fÃ¼r den Zeitraum von NovemÂber 2020 bis MÃ¤rz 2021 festÂzustellen.

Im Ãbrigen wird die Berufung der Beklagten zurÃ¼ckgewiesen.

Die Beklagte trÃ¤gt die notwendigen auÃergerichtlichen Kosten des KlÃ¤gers auch fÃ¼r das Berufungsverfahren.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Â

Â

Tatbestand:

Â

Die Beteiligten streiten, ob dem KlÃ¤ger Kurzarbeitergeld (Kug) fÃ¼r die Monate November 2020 bis MÃ¤rz 2021 fÃ¼r die vier Mitarbeiter seines Restaurants zusteht.

Â

Der KlÃ¤ger betreibt seit dem 25.10.2020 das Restaurant â□□E.â□□ an der O.-straÃ□e in V.. An diesem Ort existierte schon zuvor seit Jahren ein italienisches Restaurant, das der KlÃ¤ger, nachdem es einige Monate geschlossen gewesen war, nach einer Renovierung unter neuem Namen weiterfÃ¼hren wollte.

Â

Mit unter dem 15.08.2020 unterzeichneten ArbeitsvertrÃ¤gen stelle der KlÃ¤ger seinen Sohn U. I. sowie Herrn Y. Z. jeweils als Servicekraft/Kellner ein, ferner Herrn P. R. als PizzabÃ¤cker. Unter dem 18.08.2020 schloss er mit Herrn B. J. (Freund des KlÃ¤gers; zum Namen des Restaurants â□□W. J.â□□ besteht kein Bezug, da dessen Namensgebung nach einer im deutschen Fernsehen bekannten Figur eines (â□¦) in MF. gewÃ¤hlt wurde) einen Arbeitsvertrag Ã¼ber eine BeschÃ¤ftigung als Koch. SÃ¤mtliche ArbeitsvertrÃ¤ge wiesen als Wohnort der Mitarbeiter dieselbe Anschrift aus wie das Restaurant. Es war jeweils ein Bruttolohn von 1.400,00Â â□¬ bei einer regelmÃ¤Ã□igen wÃ¶chentlichen Arbeitszeit von 32 Stunden und â□□ ausgehend von einer Sechs-Tage-Woche â□□ 20 Urlaubstagen pro Jahr vereinbart. Die ArbeitsverÂhÃ¤ltnisse sollten am 25.10.2020 beginnen. Der Arbeitsvertrag von Herrn J. weist V., die Ã¼brigen drei VertrÃ¤ge G. (L./K., S.) als Ort des Vertragsschlusses aus. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die ArbeitsvertrÃ¤ge Bezug genommen. Die Mitarbeiter Z., I. und R. sind fÃ¼r die Aufnahme der TÃ¤tigkeit aus K. zugezogen; Herr J. hielt sich bereits in Deutschland auf. Die Mitarbeiter und der KlÃ¤ger wohnten spÃ¤ter in einer zum RestauÂ-rantbetrieb gehÃ¶renden Wohnung.

Â

Mit Pachtvertrag vom 30.09.2020 pachtete der KlÃ¤ger das Restaurant sowie die zugehÃ¶rige Betriebswohnung mit sechs Zimmern im gleichen Haus ab dem 01.10.2020 (bis zum 30.09.2025 sowie mit VerlÃ¤ngerungsoption um weitere fÃ¼nf Jahre). Bereits zuvor fÃ¼hrte ein SanitÃ¤rbetrieb vom 18.08. bis 26.09.2020 sowie in den Kalenderwochen 35 bis 43 (=Â 24.08. bis 24.10.2020) fÃ¼r die E. Arbeiten zu Rechnungssummen von 8.939,54Â â□¬ und 3.544,06 â□¬ aus (Rechnungen vom 08. bzw. 09.11.2020). FÃ¼r den 08. bzw. 10.09.2020 legte der KlÃ¤ger Nachweise fÃ¼r restaurantbezogene Anschaffungen vor (Kassenzettel T. und M.). Ende September/Anfang Oktober 2020 lieÃ□ er eine Hebeanlage reparieren (Lieferschein 30.09.2020/Rechnung 01.10.2020 Fa. N.). Anfang Oktober 2020 fielen fÃ¼r eine UnbedenkÂlichkeitsÂbescheinigung sowie ein FÃ¼hrungszeugnis und fÃ¼r das GewerbezenÂtralregister Kosten an (Quittungen Stadt V. 01.10.2020), Mitte Oktober 2020 fÃ¼r eine GaststÃ¤tten- sowie fÃ¼r GewerbeangeÂlegenÂheiten (Quittung Stadt V. vom 15.10.2020). Die GewerbeÂanmeldung erfolgte am und zum 15.10.2020; am gleichen Tag wurde die vorlÃ¤ufige BetriebsÂerlaubnis erteilt

(endgÃ¼ltige Erlaubnis am 18.01.2021). Am 22.10.2020 fiel eine Rechnung fÃ¼r Neukunden eines Servicepartners fÃ¼r Branchen im Lebensmittelbereich an (Fa.Â Q.), am 24.10.2020 Rechnungen des H. sowie der D. GmbH. Eine UnterÂ-richtung des KlÃ¤gers nach dem GaststÃ¤ttengesetz erfolgte am 28.10.2020 (GebÃ¼hrenÂbescheid der IHK vom 06.10.2020).

Â

Nachdem im (ersten) Jahr der Covid-19-Pandemie vom 22.03. bis 04.05.2020 Restaurants in einem (ersten) Lockdown geschlossen bleiben mussten (WirtschaftsWoche vom 21.02.2022: Wie verlief der erste Lockdown in Deutschland; abrufbar unter www.wiwo.de), der Sommer 2020 in Deutschland jedoch ohne steigende Infektionszahlen verlaufen war und Restaurants unter Auflagen wieder Ã¶ffnen durften, stiegen die Infektionszahlen im Herbst 2020 rapide an. DaraufÂhin wurde ab dem 02.11.2020 â acht Tage nach ErÃ¶ffnung des Restaurants â der sog. âLockdown lightâ bestimmt; Restaurants durften seither nicht mehr Ã¶ffnen (siehe Pressemitteilung Nr. 381 vom 28.10.2020 des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung). Dieser auf einer Konferenz von Bundeskanzlerin und MinisterprÃ¤sidentinnen und -prÃ¤sidenten der BundeslÃ¤nder beschlossene (zweite) Lockdown (âWellenbrecherâ) wurde in Nordrhein-WestÂfalen mit der Corona-SchutzÂverordnung vom 30.10.2020 umgesetzt; nach deren Â§ 14 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Â§Â 19 Abs. 1 war ab dem 02.11.2020 (zunÃ¤chst bis zum 30.11.2020; spÃ¤tere VerlÃ¤ngeÂrungen fÃ¼r den gesamten streitigen Zeitraum) u.a. der Betrieb von Restaurants und GaststÃ¤tten verboten. Der KlÃ¤ger musste das RestauÂrant daher vom 02.11.2020 bis zum Ende des Lockdowns im Mai 2021 (WirtschaftsWoche vom 06.01.2022: So ist der zweite Lockdown in Deutschland verlaufen; abrufbar unter www.wiwo.de) schlieÃen. Das Restaurant existiert noch heute. Die Mitarbeiter I., J. und R. sind dort weiterhin tÃ¤tig; der Mitarbeiter Z. ist gegen Ende des Lockdowns nach K. zurÃ¼ckgekehrt; fÃ¼r ihn ist ein anderer Mitarbeiter eingestellt worden.

Â

AnlÃ¤sslich des (zweiten) Lockdowns schloss der KlÃ¤ger mit den vier Mitarbeitern seiner Trattoria am 01.11.2020 ab diesem Tag eine âBetriebsvereinbarung zur Kurzarbeitâ.

Â

Am 20.11.2020 zeigte der KlÃ¤ger bei der Arbeitsagentur V. elektronisch den ArbeitsÂausfall wegen des Lockdown light an. Die regelmÃ¤Ãige betriebsÂ-Ã¼bliche wÃ¶chentliche Arbeitszeit seiner Mitarbeiter werde von November 2020 bis vorausÂsichtlich MÃ¤rz â2020â (richtig: 2021) fÃ¼r den Gesamtbetrieb von 40 Stunden auf null Stunden herabgesetzt. Verwertbarer Resturlaub stehe nicht zur VerfÃ¼gung. Das Unternehmen sei nicht tarifgebunden. BeigefÃ¼gt war eine Kug-AbrechÂnungsliste fÃ¼r den Monat November 2020. Darin waren das auszuÂ-zahlende Kug je Arbeitnehmer mit 644,60 â¬ (insgesamt 2.578,40Â â¬) und die SozialÂversicherungs-Beitragserstattung (SV-Beitragserstattung) je ArbeitÂnehÂmer

mit 421,12Â â□¬ (insgesamt 1.684,48Â â□¬) angegeben. Am 02.12.2020 ging bei der Beklagten ein Antrag auf Kug und pauschalierte Erstattung der SozialverÂsicheÂrungsÂbeitrÃ¤ge fÃ¼r die Bezieher von Kug (Leistungsantrag) fÃ¼r den Monat November 2020 ein (2.578,40 â□¬ Kug, 1.684,48Â â□¬ pauschalierte SV-Erstattung; Summe: 4.262,88 â□¬).

Â

Mit Bescheid vom 05.01.2021 teilte die Beklagte dem KlÃ¤ger mit, seiner Anzeige Ã¼ber Arbeitsausfall kÃ¶nne nicht entsprochen werden. Die betrieblichen VorÂaussetzungen sowie die Erheblichkeit des Arbeitsausfalls als anspruchsÂnotwendige Voraussetzungen fÃ¼r einen Bezug von Kug lieÃ□en sich nur dann anerÂkennen, wenn der Arbeitsausfall unvermeidbar gewesen sei. Der enge zeitliche ZuÂsammenhang zwisÂchen Arbeitsausfall und BetriebsgrÃ¼ndung begrÃ¼nde im Restaurantbetrieb des KlÃ¤gers einen verÂmeidbaren ArbeitsÂausfall. In Zeiten einer Pandemie und bereits bekannter behÃ¶rdÂlicher BetriebsÂschlieÃ□ungen mÃ¼sse mit ArbeitsausfÃ¤llen gerechnet werden.

Â

Am 11.01.2021 gingen bei der Beklagten eine Kug-Abrechnungsliste und ein LeisÂtungsantrag des KlÃ¤gers vom 08.01.2021 fÃ¼r den Monat Dezember 2020 ein, die der Liste bzw. dem Antrag fÃ¼r November 2020 entsprachen.

Â

Mit E-Mail vom 12.01.2021 legte ein Hotelbetriebswirt/A. (X. C.) aus einer Steuerberater und Rechtsanwalt GbR fÃ¼r den KlÃ¤ger Widerspruch (â□□Einspruchâ□□) gegen den Bescheid vom 05.01.2021 ein. Die Restaurierung und NeuerÃ¶ffnung des Restaurants unter neuem Namen sei vom KlÃ¤ger bereits seit Beginn des Jahres 2020 geplant worden. Durch die Pandemie hÃ¤tten sich sowohl die Bauarbeiten als auch die GewerÂbeanmeldung verzÃ¶gert, so dass die ErÃ¶ffnung erst im Oktober mÃ¶glich gewesen sei. Zu diesem Zeitpunkt sei ein (zweiter) Lockdown noch nicht in Sicht gewesen. UnabÂhÃ¤ngig davon habe der KlÃ¤ger bereits VertrÃ¤ge mit dem VerpÃ¤chter und â□□ schon im Sommer â□□ mit den K. Mitarbeitern unterschrieben.

Â

Am 11.02.2021 Ã¼bersandte der KlÃ¤ger der Beklagten eine Kug-Abrechnungsliste und einen LeisÂtungsantrag fÃ¼r Januar 2021. Das auszuzahlende Kug wird fÃ¼r diesen Monat mit 648,45 â□¬ je Arbeitnehmer (insgesamt 2.593,80 â□¬) beziffert, die SV-BeitragsÂerstattung wie in den Vormonaten mit insgesamt 1.684,48 â□¬ (Summe: 4.278,28 â□¬).

Â

Nachdem die Beklagte gegenÃ¼ber der Steuerberater und Rechtsanwalt GbR deren

Befugnis zu auÃergeÂrichtlichen Rechtsdienstleistungen in Frage gezogen hatte, meldete sich mit E-Mail vom 26.02.2021 ein Rechtsanwalt und Steuerberater (DZ.) fÃ¼r den KlÃ¤ger. Die BetriebsgrÃ¼ndung sei schon im August 2020 erfolgt. Der KlÃ¤ger habe sich bereits im August auf Personalsuche begeben und ArbeitsÂ-vertrÃ¤ge abgeschlossen. Zwei Arbeitnehmer seien aufgrund der ArbeitsÂvertrÃ¤ge aus K. nach Deutschland gezogen. Zu diesem Zeitpunkt habe der KlÃ¤ger nicht mit einem erneuÂten Lockdown und behÃ¶rdlichen BetriebsschlieÃungen rechnen kÃ¶nnen. Ein zeitlicher ZusammenÂhang mit den BetriebsschlieÃungen ab dem 02.11.2020 bestehe damit nicht. In den Monaten vor der BetriebsgrÃ¼ndung sei durch staatliche Verlautbarungen ein weiterer Lockdown ausgeschlossen worden.

Â

Die ursprÃ¼nglich tÃ¤tig gewordene Steuerberater und Rechtsanwalt GbR wies die Beklagte mit Bescheid vom 26.02.2021 (gerichtet an diese sowie an den KlÃ¤ger) als BevollÂmÃ¤chtige wegen nicht nachgewiesener Befugnis zur Erbringung auÃergerichtlicher RechtsÂdienstleistungen unter Hinweis auf Â§ 13 Abs. 5 SGB X zurÃ¼ck. Gleichzeitig teilte sie mit, der erhobene Widerspruch bleibe wirksam (Â§ 13 Abs. 7 Satz 2 SGB X).

Â

Mit Widerspruchsbescheid vom 26.02.2021 wies die Beklagte den Widerspruch gegen den Bescheid vom 05.01.2021 als unbegrÃ¼ndet zurÃ¼ck. Die GewÃ¤hrung von Kug setze (u.a.) einen erheblichen Arbeitsausfall mit Entgeltausfall voraus (Â§ 95 Satz 1 SGB III). Der ArbeitsÂausfall sei erheblich, wenn er (u.a.) auf wirtschaftlichen GrÃ¼nden oder einem unabÂwendbaren Ereignis beruhe (Â§ 96 Abs. 1 Nr.Â 1 SGB III). Der Betrieb des KlÃ¤gers sei im August 2020 gegrÃ¼ndet worden, also inmitten der seit FrÃ¼hjahr 2020 andauernden weltweiten Pandemie. Der Arbeitsausfall beruhe deshalb nicht auf wirtschaftlichen Ursachen i.S.v. Â§ 96 Abs. 1 Nr. 1 SGB III; denn er sei dem normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebers zuzuordnen. Dieser habe mit dem Arbeitsausfall rechnen und sich bei seinen betrieblichen Dispositionen darauf einstellen mÃ¼ssen. Dies gelte insbesondere bei Anlaufschwierigkeiten im Rahmen von FirmenÂneuÂgrÃ¼ndungen.

Â

Die GN. GA. KG Steuerberatungsgesellschaft (Rechtsanwalt und Steuerberater GN.) Ã¼bermittelte der Beklagten fÃ¼r die Monate November 2020 bis Januar 2021 erneut Abrechnungslisten und LeistungsantrÃ¤ge vom 25.02.2021. Darin waren nunmehr je Arbeitnehmer (bei gleichbleibendem Bruttoentgelt von monatlich 1.400,00Â â¬) das auszuzahlende Kug mit 567,80 â¬ und die SV-Beitragserstattung mit monatlich 374,80 â¬ fÃ¼r November 2020, mit 510,20 â¬ bzw. 336,06 â¬ fÃ¼r Dezember 2020 respektive mit 542,85 â¬ bzw. 355,43 â¬ fÃ¼r Januar 2021 berechnet; der Gesamtbetrag wurde dementsprechend in den LeistungsÂantrÃ¤gen mit 3.770,40 â¬, 3.385,04 â¬ bzw. 3.593,12 â¬ angegeben. BeigefÃ¼gt waren monatliche Quittungen der vier Arbeitnehmer, nach denen ihnen am 30.11.2020 sowie am 30.12.2020 jeweils 644,60 â¬ sowie am

31.01.2021 jeweils 648,45 â¬ Kug fÃ¼r den jeweils abgelaufenen Monat ausgezahlt wurden.

Â

Mit Leistungsantrag vom 01.03.2021 beantragte der KlÃ¤ger Kug fÃ¼r Februar 2021 in einer GesamthÃ¶he von 4.166,92 â¬. Die Abrechnungsliste fÃ¼r diesen Monat wies fÃ¼r die vier Arbeitnehmer jeweils ein auszuzahlendes Kug von 666,92 â¬ sowie eine SV-BeitragsÂerstattung von 374,80 â¬ aus. Auszahlungsquittungen der Arbeitnehmer wurden zu diesem Monat nicht vorgelegt.

Â

Mit drei Bescheiden vom 04.03.2021 lehnte die Beklagte die AntrÃ¤ge des KlÃ¤gers auf Erstattung von Kug jeweils fÃ¼r die Monate November 2020, Dezember 2020 und Januar 2021 ab. Hiergegen eingelegte WidersprÃ¼che des KlÃ¤gers sind dem Verwaltungsvorgang der Beklagten nicht zu entnehmen. Mit Bescheid vom 11.03.2021 erfolgte eine entsprechende Ablehnung fÃ¼r den Monat Februar 2021. Zur BegrÃ¼ndung ist jeweils ausgefÃ¼hrt, es liege keine rechtswirksam erstattete Anzeige Ã¼ber Arbeitsausfall vor, so dass eine Erstattung nicht erfolgen kÃ¶nne. Auf den Widerspruchsbescheid vom 26.02.2021 werde verwiesen. Auf den gegen den Bescheid vom 11.03.2021 durch den (jetzigen) BevollmÃ¤chtigten des KlÃ¤gers eingelegten Widerspruch wies die Beklagte auf das beim Sozialgericht anhÃ¤ngige Klageverfahren hin und regte an, das Widerspruchsverfahren einstweilen ruhen zu lassen.

Â

Weitere VorÂgÃ¤nge enthÃ¤lt der dem Gericht elektronisch Ã¼bermittelte Verwaltungsvorgang nicht. Insbesondere ist fÃ¼r den Monat MÃ¤rz 2021 kein Kug-Leistungsantrag des KlÃ¤gers feststellbar.

Â

Gegen den Bescheid vom 05.01.2021 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26.02.2021 hat der KlÃ¤ger am 09.03.2021 Klage beim Sozialgericht DÃ¼sseldorf erhoben, mit der er zunÃ¤chst die Zahlung von Kug fÃ¼r die Monate November 2020 bis Januar 2021 geltend gemacht hat, spÃ¤ter dann (Schriftsatz 19.04.2021) ohne Nennung eines Endzeitpunktes ab November 2020. Er hat seinen Vortrag aus dem Widerspruch wiederholt und ergÃ¤nzend ausgefÃ¼hrt, die fachlichen WeisunÂ-gen der Beklagten zum Kug wiesen darauf hin, dass ArbeitsausfÃ¤lle, die dem normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebers oder Anlaufschwierigkeiten bei FirmenneugrÃ¼ndungen zuzuordnen seien, nicht Kug-fÃ¤hig seien. In seinem Fall gehe es jedoch gerade nicht um ein normales Betriebsrisiko oder Anlaufschwierigkeiten, sondern um unvorhersehÂbare Auswirkungen einer weltweiten Pandemie. In deren Rahmen habe er bei FirmenÂgrÃ¼ndung im August 2020 nicht damit rechnen mÃ¼ssen, dass am 02.11.2020 ein (zweiter) Lockdown mit BetriebsschlieÃungen angeordnet werde. HÃ¤tte er dies bereits gewusst,

hÃ¤tte er sicherlich andere Dispositionen getroffen; so aber sei auf den Zeitpunkt der FirmengrÃ¼ndung abzustellen. Wollte man die Auffassung der Beklagten konsequent verfolgen, so wÃ¤ren FirmengrÃ¼ndungen im Restaurantbereich ab Februar 2020 nicht mehr mÃ¶glich gewesen; dies dÃ¼rfte nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen. Ein FirmengrÃ¼nder mÃ¼sse sich auf die Rechtslage und behÃ¶rdlichen AusÂfÃ¼hrungen zum Zeitpunkt der GrÃ¼ndung verlassen kÃ¶nnen; anderenfalls kÃ¶nne man jegliche Behinderung des Betriebes als Betriebsrisiko ansehen und Kug-LeistunÂgen immer verweigern. Er (der KlÃ¤ger) habe das Objekt erstmals im August 2020 besichtigen kÃ¶nnen. Durch verzÃ¶gerte Materiallieferung usw. hÃ¤tten sich die ArbeiÂten in die LÃ¤nge gezogen. Sie hÃ¤tten auch nicht so schnell ausgefÃ¼hrt werden kÃ¶nnen wie zunÃ¤chst beabsichtigt; insoweit sei auf den ab 16.03.2020 geltenden Lockdown hinzuweisen, der am 04.05.2020 beendet worden sei. Weitere als die bereits vorliegenden Unterlagen kÃ¶nne er einstweilen nicht als Beweismittel vorlegen.

Â

Der KlÃ¤ger hat in der mÃ¼ndlichen Verhandlung vor dem Sozialgericht beantragt,

den Bescheid vom 05.01.2021 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26.02.2021 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, dem KlÃ¤ger Kug dem Grunde nach ab November 2020 zu bewilligen.

Â

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Â

Sie hat auf ihre AusfÃ¼hrungen im Widerspruchsbescheid sowie auf den Inhalt ihres Verwaltungsvorgangs Bezug genommen. Wenn der KlÃ¤ger selbst vortrage, die RÃ¤umlichkeiten erstÂmals im August 2020 besichtigt zu haben, so sei dies inmitten der weltweiten PanÂdemie geschehen. BerÃ¼cksichtige man, dass nach dem Ende des ersten Lockdowns ein Restaurantbetrieb nur unter strengen Auflagen mÃ¶glich gewesen sei, sei die ErÃ¶ffnung des Restaurants als ein bewusst eingegangenes Betriebsrisiko anzusehen, zumal schon im September 2020 â noch vor Aufnahme des Betriebes des KlÃ¤gers â die Auflagen weiter verschÃ¤rft worden seien. In Zeiten einer Pandemie und bereits bekannter behÃ¶rdlicher BetriebsÂschlieÃungen sei mit ArbeitsausfÃ¤llen zu rechnen; diese beruhten deshalb nicht auf wirtschaftÂlichen Ursachen.

Â

Mit Urteil vom 10.08.2022 hat das Sozialgericht die Beklagte dem Antrag des KlÃ¤gers entsprechend verurteilt. Der erhebliche Arbeitsausfall im Betrieb des KlÃ¤gers sei i.S.d. Â§Â 96 Abs.Â 1 Nr. 3 SGB III nicht vermeidbar gewesen. Er habe

auf einem unabwendbaren Ereignis beruht, weil wegen der Covid-19-Pandemie ab November 2020 der Betrieb gastronomischer Betriebe untersagt worden sei. Der KlÃ¤ger habe dieses Ereignis weder beeinflussen noch vorhersehen kÃ¶nnen. Zum Zeitpunkt der Planung und ErÃ¶ffnung seines Betriebes mit konkreten Planungen ab August 2020 habe er davon ausgehen kÃ¶nnen, dass es in absehbarer Zeit zu keinen weiteren erÂheblichen EinschrÃ¤nkungen bzw. zu einer Untersagung kommen werde. Nach EinÂschÃ¤tzung des Bundestagsabgeordneten und Ã¼ber Parteigrenzen hinweg angeseheÂnen Experten Prof. Dr. Karl Lauterbach sei selbst im September 2020 noch nicht von einem erneuten Lockdown auszugehen gewesen. Die im August und September 2020 bestehenden EinschrÃ¤nkungen (Abstandsgebot, Mund-Nasen-Schutz auÃerhalb des Sitzplatzes, Kontaktnachverfolgung) seien nicht ausreichend, um eine VermeidÂbarÂkeit des Arbeitsausfalles anzunehmen. Ein Grundsatz, dass NeugrÃ¼nÂdungen wÃ¤hrend einer Pandemie nicht unter den Schutz staatlicher Schutzsysteme âÂ wie etwa des KugÂ â fielen, existiere nicht. Sinn und Zweck des Kug sei der Verbleib in BeschÃ¤ftigung (BSG, Urteil vom 14.03.2021 â B 14 AS 18/11 R Rn.Â 17). Eine Regelung, dass insoweit nur bereits lange bestehende BeschÃ¤ftigungsÂ-verhÃ¤ltnisse schutzbedÃ¼rftig seien, sei weder dem Gesetzeswortlaut noch dem Willen des Gesetzgebers zu entnehmen. HanÂdele es sich bei der Entscheidung um ein GrundÂurteil, mÃ¼sse die Beklagte die HÃ¶he der Leistungen ermitteln und diese dann ausÂzahlen (Â§ 130 Abs. 1 Satz 1 SGG).

Â

Gegen das ihr am 09.09.2022 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 10.10.2022 (Montag) Berufung eingelegt. Das Sozialgericht gehe zu Unrecht von einer Unvermeidbarkeit des Arbeitsausfalles im Betrieb des KlÃ¤gers aus. Unvermeidbar sei ein Arbeitsausfall dann, wenn im Betrieb Vorkehrungen getroffen worden seien, um ihn zu verhindern. Es falle insoweit auf, dass das Restaurant des KlÃ¤gers erst wenige Tage vor VerfÃ¼gung des zweiten Lockdowns den Betrieb aufgenommen habe; deshalb handele es sich um einen Zeitpunkt, zu dem ein Betrieb gar nicht mÃ¶glich gewesen sei. Bei einer NeugrÃ¼nÂdung liege in der Regel kein unvermeidbarer Arbeitsausfall vor, weil sich in der AnlaufÂphase regelmÃ¤Ãig Schwierigkeiten einstellten, bis das Unternehmen am Markt eingefÃ¼hrt sei und wirtschaftlich arbeite. Dies sei regelmÃ¤Ãig dem allgemeiÂnen Betriebsrisiko zuzurechnen, welches nicht Ã¼ber Kug abgesichert werden solle. Der KlÃ¤ger berufe sich darauf, bereits seit Anfang 2020 die GrÃ¼ndung des Betriebes verfolgt und diesen schon im August gegrÃ¼ndet zu haben. HierfÃ¼r habe er jedoch keine Belege erbracht. Der Pachtvertrag sei vielmehr vom 30.09.2020, die Gewerbeanmeldung und die GaststÃ¤ttenerlaubnis seien vom 15.10.2020. Die RechÂnungen Ã¼ber Installationsarbeiten vom 08. und 09.11.2020 bezÃ¶gen sich auf Arbeiten in der Zeit vom 18.08. bis 26.09.2020; Rechnungen Ã¼ber Waren- und GebrauchsgegenstandseinkÃ¤ufe seien aus der zweiten OktoberÂhÃ¤lfte 2020. Keine Belege seien dafÃ¼r ersichtlich, dass der KlÃ¤ger bereits im August 2020 die ArbeitsÂvertrÃ¤ge mit den Arbeitnehmern geschlossen habe, und dass diese Arbeitnehmer zum Teil wegen der ErÃ¶ffnung des Restaurants aus K. nach Deutschland gezogen seien. In der Gesamtschau ergebe sich, dass die BetriebsÂ-grÃ¼ndung erst in die sich verschlechternde Pandemieentwicklung hinein betrieben

und der Betrieb erst aufgeÂnommen worden sei, als der erneute Lockdown in wenigen Tagen bevorgestanden habe. Der KlÃ¤ger kÃ¶nne sich nicht darauf berufen, dass in der Zeit von August bis Oktober 2020 mÃ¶gliche weitere erhebliche EinschrÃ¤nkungen der Gastronomie in nÃ¤heÂrer Zukunft nicht absehbar gewesen seien. Denn wÃ¤hrend des gesamten Sommers 2020 sei bei eher rÃ¼cklÃ¤ufigem Infektionsgeschehen keine uneinÂgeschrÃ¤nkte RÃ¼ckÂkehr zu den VerhÃ¤ltnissen vor der Pandemie ermÃ¶glicht worden; insbesondere seien Platzreduzierungen weiter erforderlich gewesen. Deshalb habe es nahegelegen, dass bei wieder steigenden Infektionszahlen mit zusÃ¤tzlichen EinÂschrÃ¤nkungen zu rechnen gewesen sei. Ausweislich der Lageberichte des Robert-Koch-Institutes (RKI) sei die PandemieÂentwicklung von August bis Oktober 2020 fortlaufend ungÃ¼nstig mit steigenden InfekÂtionszahlen verlaufen. Auch Prof. Dr. Lauterbach, auf den sich das Sozialgericht beÂziehe, habe keine klare Aussage getroffen, dass es keinen zweiten Lockdown geben werde, sondern eine Reihe von Voraussetzungen aufgezÃ¤hlt, welche dazu beitragen kÃ¶nnten, einen zweiten Lockdown zu verhindern. SpÃ¤testens im Oktober 2020 habe sich ein gesteigertes Betriebsrisiko abgezeichnet. Deshalb sei der Arbeitsausfall im Betrieb des KlÃ¤gers nicht als unvermeidbar anzuÂsehen.

Â

Der KlÃ¤ger hat in einem ErÃ¶rterungstermin am 05.06.2023 erklÃ¤rt, seine Klage beziehe sich auf die Zeit von November 2020 bis MÃ¤rz 2021.

Â

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts DÃ¼sseldorf vom 10.08.2022 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Â

Der KlÃ¤ger beantragt,

die Berufung der Beklagten zurÃ¼ckzuweisen.

Â

Er hÃ¤lt den Arbeitsausfall ab November 2020 aufgrund des Lockdowns weiterhin fÃ¼r ein unabwendbares Ereignis, welches fÃ¼r ihn auch nicht vorhersehbar gewesen sei. Zum Zeitpunkt der konkreteren Planungen fÃ¼r die RestauranterÃ¶ffnung ab August 2020 habe er davon ausgehen kÃ¶nnen, dass es in absehbarer Zeit zu keinen weiteren erheblichen EinschrÃ¤nkungen kommen werde. Das Sozialgericht habe zutreffend ausgefÃ¼hrt, dass insoweit auf den Zeitpunkt der Planung und ErÃ¶ffnung des Restaurants abzustellen sei. Es gehe auch keineswegs um ein typisches Betriebsrisiko bei NeugrÃ¼ndung eines Unternehmens, sondern um unvorhersehbare Auswirkungen einer weltweiten Pandemie und konkret um

einen nicht vorhersehbaren zweiten LockÂdown. Es gebe unvorhersehbare Ereignisse, die bei einer UnternehmensgrÃ¼ndung nicht einkalkuliert werden kÃ¶nnten. WÃ¼rde man der Auffassung der Beklagten folgen, wÃ¤re schon ab Februar 2020 keinerÂlei RestaurantgrÃ¼ndung mehr mÃ¶glich gewesen, ohne aus dem Schutz des Kug herauszufallen; dies dÃ¼rfte vom Gesetzgeber nicht gewollt sein.

Â

Der Senat hat im ErÃ¶rterungstermin vom 05.06.2023 den KlÃ¤ger angehÃ¶rt. Dieser hat dabei u.a. ausÂgefÃ¼hrt, er glaube schon, die ArbeitsvertrÃ¤ge jeweils in Anwesenheit der Arbeitnehmer unterschrieben zu haben, fÃ¼r Herrn J. in Deutschland, fÃ¼r die Ã¼brigen Mitarbeiter in K.. Die VertrÃ¤ge seien tatsÃ¤chlich im August 2020 unterschrieben worden. Wenn die ArbeitsvertrÃ¤ge aus August einen Beginn des ArbeitsverhÃ¤ltnisses am 25.10.2020 formulierten, so sei er sich jedenfalls sicher, im Sommer in K. gewesen zu sein; denn er habe sicherstellen mÃ¼ssen, zur ErÃ¶ffnung des Restaurants ArbeitskrÃ¤fte zu haben. Man habe nicht wissen kÃ¶nnen, dass die ErÃ¶ffnung genau am 25.10.2020 sei, und habe das Datum so weit nach hinten gezogen, um jedenfalls sicher sein zu kÃ¶nnen. Sie hÃ¤tten sich auch vorstellen kÃ¶nnen, schon etwas eher zu erÃ¶ffnen, je nachdem, wann die Renovierungsarbeiten abgeschlossen sein wÃ¼rden. Dass der Pachtvertrag trotz schon im Sommer durchgefÃ¼hrter Renovierungsarbeiten erst Ende September 2020 geschlossen worden sei, sei mÃ¶glich gewesen, weil er den VerpÃ¤chÂter gekannt und ihm vertraut habe. Die Verpachtung sei schon vorher abgeÂsprochen gewesen. Seine Mitarbeiter seien in K. als Saisonarbeiter tÃ¤tig gewesen. Die Mitarbeiter aus K. seien schon einige Wochen vor ErÃ¶ffnung nach Deutschland gekommen, um bei der Vorbereitung zu helfen. WÃ¤hrend dieser AufrÃ¤um- bzw. Renovierungsphase habe es noch kein Geld gegeben. Er selbst sei auch im August nach Deutschland gekommen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Sitzungsniederschrift vom 05.06.2023 Bezug genommen.

Â

Die Beklagte hat im ErÃ¶rterungstermin erklÃ¤rt, sollte der KlÃ¤ger im vorliegenden Verfahren obsiegen, wÃ¼rden die seinerzeit (wegen des von der Beklagten nicht akzeptierten Arbeitsausfalls) ablehnenden (Kug-Abrechnungs-)Bescheide entsprechend dem Ausgang des vorliegenden Verfahrens Ã¼berprÃ¼ft.

Â

Der Senat hat in dem ErÃ¶rterungstermin einen Artikel des MÃ¼nchner Merkur â□□LauterÂbach mit dÃ¼sterer Warnung: â□□Wir hecheln der Corona-Pandemie erfolglos hinterherâ□□â□□ (erstellt am 02.08.2020, aktualisiert am 23.09.2020; abrufbar unter www.merkur.de) zum Gegenstand des Verfahrens gemacht. Auf den Artikel wird Bezug genommen.

Â

Im Anschluss an den ErÃ¶rterungstermin hat der Senat eine Auskunft des RKI vom 17.07.2023 eingeholt. Sie beinhaltet eine Tabelle mit der Zahl der pro Tag bundesweit an das RKI gemeldeten Corona-InfektionsfÃ¤lle ab dem 25.02.2020 und einen Abriss von Aufgaben und TÃ¤tigkeit des Instituts wÃ¤hrend der Pandemie. Wegen der Einzelheiten wird auf die Auskunft des RKI Bezug genommen.

Â

Die Beklagte sieht sich im Anschluss daran in ihrer Auffassung bestÃ¤tigt. Die UnterÂlagen des RKI wiesen seit Sommer 2020 steigende Infektionszahlen aus; ab Ende Juli 2020 zeigten sich tÃ¤gliche Zunahmen von stabil Ã¼ber 500, und spÃ¤testens ab dem 22.09.2020 seien diese Zunahmewerte vierstellig gewesen bei laufend schnelleÂrem Anstieg. Im Internet zugÃ¤ngliche Unterlagen des BMG (www.bundesÂgesundheitsÂministerium.de/ coronavirus/chronik-coronavirus) lieÃ□en nachvollziehen, dass bereits Anfang August 2020 immer wieder auf steigende Infektionszahlen hingewiesen worden sei. Unter dem 17.08.2020 heiÃ□e es dort, dass der BundesÂgesundheitsminister sich dafÃ¼r ausgesprochen habe, Feierlichkeiten auf den engen Familien- und FreunÂ-deskreis zu beschrÃ¤nken. Dem Minister sei danach wichtig gewesen, im Rahmen weiterer LockerunÂgen PrioritÃ¤ten zu setzen und abzuwÃ¤gen, welche Risiken vermieden werden kÃ¶nnten. Auf VeranÂstaltungen und Feierlichkeiten zu verzichten falle ihm danach zwar schwer; man mÃ¼sse jedoch abÂwÃ¤gen, in welchen Bereichen Lockerungen mÃ¶glich und nÃ¶tig seien. Gerade in geselliÂgen Situationen sei â□□ so der Minister â□□ eine Begrenzung des Personenkreises wichtig. Der RegelÂbetrieb in Schulen und KindertagesstÃ¤tten habe PrioritÃ¤t, ebenso Wirtschaft und Handel. In den kommenden Tagen habe der Minister mit den LÃ¤ndern beraten wollen, in welcher Form VeranÂstalÂtunÂgen und Feiern derzeit mÃ¶glich seien. Am 21.09.2020 sei diskutiert worden, ob FuÃ□ballstadien fÃ¼r Publikum geÃ¶ffnet wÃ¼rden und Karnevalsfeiern im Winter in Betracht kommen kÃ¶nnten. Der Minister habe sich (in einem zitierten Zeitungsinterview) u.a. dahingeÂhend geÃ¤uÃ□ert, dass im Falle regional steigender Infektionszahlen keine Fans ins Stadion sollten; er kÃ¶nne sich Karneval mitten in der Pandemie schlecht vorstellen. Am 29.09.2020 sei als Ergebnis einer Videokonferenz zwischen Bundeskanzlerin und LÃ¤nderregierungsÂchefinnen und -chefs eine Hotspot-Strategie beschlossen worden, wonach private Feierlichkeiten mit maximal 50 Personen in Ã¶ffentlichen RÃ¤umen bei Inzidenzen ab 35 pro 100.000 Einwohner sowie mit nur maximal 25 Personen bei Inzidenzen ab 50 hÃ¤tten stattfinden kÃ¶nnen. Umfangreichere Hinweise seien der Pressemitteilung 346 des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung Ã¼ber diese Videoschalte zu entnehmen; auf diese (von der Beklagten beigefÃ¼gte) Mitteilung wird wegen der Einzelheiten Bezug genommen. Am 28.10.2020 sei dann auf einer weiteren Videokonferenz die SchlieÃ□ung der GaststÃ¤tten beschlossen worden (ebenfalls beigefÃ¼gte Pressemitteilung Nr.Â 381, auf die wegen der Einzelheiten Bezug genomÂmen wird). Das sich aus diesen Dokumenten ergebende Bild passe zu den deutlich ansteigenden Infektionszahlen, welche das RKI vorgelegt habe. Die MaÃ□nahÂmen der Politik hÃ¤tten von Anfang an eine Richtung erkennen lassen, die darauf hinausgelaufen sei, grÃ¶Ã□ere ZusammenkÃ¼nfte mÃ¶glichst einzuschrÃ¤nken, und zwar zunÃ¤chst als Empfehlung, dann als ZwangsmaÃ□nahme. EinzurÃ¤umen

sei zwar, dass die SchlieÂÃ□ung gastronomischer Betriebe nicht offen diskutiert worden sei; es mÃ¼sse indes beachtet werden, dass solche Betriebe Ã¼ber den gesamten Sommer 2020 bereits EinÂschrÃ¤nkungen unterlegen hÃ¤tten (geringere GÃ¤stezahl zur Abstandssicherung, MaÃ□Ânahmen zur Kontaktverfolgung). Die sich im Juli/August 2020 allmÃ¤hlich abzeichnende Entwicklung sei von der Erwartung einer verschlimmerten PandeÂmiesituation im Herbst gekennzeichnet gewesen; deshalb hÃ¤tten weitere EinschrÃ¤nkungen der GastroÂnomie im Herbst nahegelegen. Nichts anderes ergebe sich aus der Ã□bersicht des RKI zu PrÃ¤ventionsmaÃ□nahmen. Denn diese fÃ¼hre als MaÃ□nahme eine â□□BeschrÃ¤nÂkung von Einzelhandels- und DienstleistungsÂgeschÃ¤ften, GaststÃ¤tten usw.â□□ fÃ¼r die Situation einer zunehmenden epidemischen AktivitÃ¤t auf. Dass Letztere im Oktober 2020 erreicht gewesen sei, dÃ¼rfte nach dem Pandemieverlauf auÃ□er Frage stehen. Deshalb sei fÃ¼r den KlÃ¤ger erkennbar gewesen, dass die ErÃ¶ffnung eines GastronoÂmieÂbetriebes im Herbst 2020 ein erhebliches Risiko darstelle. Soweit er sich im Ã□briÂgen auf die Verfolgung einer BetriebsgrÃ¼ndung seit Anfang 2020 berufe, sei er dafÃ¼r jeden Beleg schuldig geblieben.

Â

Der KlÃ¤ger sieht sich hingegen durch die Auskunft des RKI darin bestÃ¤tigt, dass fÃ¼r ihn der Lockdown ab dem 02.11.2020 nicht vorhersehbar gewesen sei. Das RKI habe BeschrÃ¤nkungen bei GaststÃ¤tten nur als Option, nicht aber als Empfehlung aufgefÃ¼hrt. Videoschalten der Bundeskanzlerin und der Regierungschefinnen und -chefs der LÃ¤nder vom 29.09. und 28.10.2020 habe er weder zur Kenntnis nehmen kÃ¶nnen noch mÃ¼ssen. Jedenfalls zur Zeit der ErÃ¶ffnung seines Restaurants sei ein zweiter Lockdown nicht absehbar gewesen. Eine Pandemie sei kein normales Betriebsrisiko, wie es AnlaufschwierigÂkeiten bei einer NeugrÃ¼ndung seien.

Â

Die Beteiligten haben sich abschlieÃ□end mit einem Urteil ohne mÃ¼ndliche Verhandlung einverstanden erklÃ¤rt.

Â

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie des beigezogenen Verwaltungsvorgangs der Beklagten Bezug genommen. Er ist Gegenstand der Entscheidungsfindung gewesen.

Â

Â

EntscheidungsgrÃ¼nde:

Â

Die zulÃ¤ssige Berufung der Beklagten ist im Wesentlichen unbegrÃ¼ndet.

Â

I. Gegenstand des Verfahrens ist der Bescheid vom 05.01.2021 in Gestalt des WiderÂspruchsbescheides vom 26.02.2021, mit dem die Beklagte der Anzeige des KlÃ¤gers Ã¼ber Arbeitsausfall vom 20.11.2020 mangels Vermeidbarkeit dieses Ausfalles â□□nicht entsprochenâ□□ hat, weil in Zeiten einer Pandemie mit BetriebsschlieÃ□ungen gerechnet werden mÃ¼sse**.**

Â

Nicht Verfahrensgegenstand sind die drei Bescheide vom 04.03.2021 sowie der BeÂscheid vom 11.03.2021, mit denen die Beklagte die Erstattung von Kug jeweils fÃ¼r die Monate November und Dezember 2020 sowie Januar und Februar 2021 abgeÂlehnt hat. Diese (sÃ¤mtlich zeitlich nach dem hier angefochtenen WiderÂspruchsÂbescheid vom 26.02.2021 ergangenen) Bescheide haben den Bescheid vom 05.01.2021 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26.02.2021 nicht i.S.v. Â§ 96 SGG abgeÂÃ¤ndert oder ersetzt. Denn das Kug-Bewilligungsverfahren ist zweistufig ausgestaltet (siehe dazu KÃ¼hl in Brand, SGBÂ III, 9. Auflage 2021, Â§ 99 Rn. 15 m.w.L./K., S.), und der KlÃ¤ger ficht allein die Bescheidung auf der ersten Stufe an.

Â

1. Bei der Bewilligung von Kug erfolgt zunÃ¤chst â□□ als erste Stufe â□□ ein sog. AnerkenÂnungsverfahren, welches mit der Anzeige Ã¼ber Arbeitsausfall eingeleitet wird und mit einem Bescheid gemÃ¤Ã□ Â§ 99 Abs. 3 SGB III abschlieÃ□t. Nach dieser Vorschrift hat die Agentur fÃ¼r Arbeit dem Anzeigenden unverzÃ¼glich einen schriftÂlichen Bescheid darÃ¼ber zu erteilen, ob auf Grund der vorgetragenen und glaubhaft gemachten Tatsachen ein erheblicher Arbeitsausfall vorliegt und die betrieblichen Voraussetzungen erfÃ¼llt sind. Ein solcher Anerkennungsbescheid beschrÃ¤nkt sich (entÂsprechend den nur glaubhaft zu machenden UmÂstÃ¤nden â□□ Â§ 99 Abs. 1 Satz 3 SGB III â□□) auf das Vorliegen eines erheblichen Arbeitsausfalls und der betrieblichen VorausÂsetzungen (Â§Â§ 96 Abs. 1 SatzÂ 1 Nr. 4, Â§ 97 SGB III). BestÃ¤tigt er diese und wird er bestandskrÃ¤ftig (Â§ 77 SGG), hat er die Wirkung einer Zusicherung gegenÃ¼ber ArbeitÂgeber und Arbeitnehmer, dass im Falle der ErfÃ¼llung der persÃ¶nlichen Voraussetzungen (Â§ 98 SGB III) und ordnungsgemÃ¤Ã□er AntragÂstellung (Â§Â§ 323, 325 SGB III) Kug fÃ¼r die Dauer des Arbeitsausfalls bzw. die HÃ¶chstdauer (Â§ 106 SGB III) gezahlt wird. Dies gilt selbst dann, wenn zweifelhaft ist, ob Ã¼berhaupt ein erheblicher Arbeitsausfall vorliegt.

Â

Einem (erfolgreichen) Anerkennungsverfahren folgt â□□ auf einer zweiten Stufe â□□

ein LeisÂtungsÂverfahren jeweils fÃ¼r einmonatige (vgl. Â§Â 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB III) ZeitÂrÃ¤ume. Dieses wird fÃ¼r jeden Leistungsmonat durch einen schriftÂlichen oder elekÂtronischen, nach MaÃgabe des Â§ 325 Abs. 3 SGB III innerÂhalb einer AusÂschlussfrist von drei Kalendermonaten anzubringenden LeistungsÂantrag des Arbeitgebers (Â§Â 323 Abs.Â 2 SGB III) eingeleitet. Â

Â

2. Der KlÃ¤ger wendet sich mit seiner Klage allein gegen den (negativen) Anerkennungsbescheid vom 05.01.2021 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26.02.2021, mit dem die Beklagte der Anzeige Ã¼ber Arbeitsausfall des KlÃ¤gers vom 20.11.2020 ânicht entsprochenâ und damit lediglich i.S.v. Â§ 99 Abs. 3 SGB III dem Grunde nach (s.o.) eine Entscheidung Ã¼ber den Kug-Anspruch getroffen hat. Sind mit der Klage keine Leistungsbescheide der zweiten Stufe des Kug-BewilliÂgungsverfahrens angefochten, so kann der Senat allein die (ablehnende) AnerkenÂnungsentscheidung der Beklagten auf der ersten Stufe des Verfahrens beurteilen.

Â

II. Die Arbeitnehmer des KlÃ¤gers waren zum Verfahren nicht notwendig nachÂ Â§Â 75 AbsÂ 2 SGG beizuladen. Gem. Â§ 99 Abs. 1 Satz 2 SGB III kann die Anzeige des Arbeitsausfalls nur vom Arbeitgeber oder (sofern vorhanden) von der BetriebsÂvertretung erstattet werden. Daher sind Arbeitgeber und (ggf.) Betriebsrat BeteiÂligte des Verwaltungsverfahrens; der Arbeitgeber macht im eigenen Namen in Prozessstandschaft Rechte der Arbeitnehmer geltend; eine notwendige Beiladung der Arbeitnehmer scheidet aus (KÃ¼hl, a.a.O., Â§Â 95 Rn.Â 21 m.w.L./K., S.). Anlass fÃ¼r eine einfache Beiladung nach Â§ 75 Abs. 1 Satz 1 SGG bestand im Falle des KlÃ¤gers ebenfalls nicht.

Â

III. Die Berufung der Beklagten ist insoweit begrÃ¼ndet, als das Sozialgericht die Beklagte zu Unrecht zur Zahlung von Kug dem Grunde nach (zukunftsoffen) ab November 2020 verpflichtet hat. Abgesehen davon, dass der KlÃ¤ger die Klage â ersichtlich und im Ãbrigen entsprechend seiner ausdrÃ¼cklichen zweitinstanzlichen ErklÃ¤rung â auf die Zeit des angezeigten Arbeitsausfalls von November 2020 bis MÃ¤rz 2021 beschrÃ¤nkt hat, kann er eine Verurteilung der Beklagten zu Kug-Zahlungen dem Grunde nach nicht herbeifÃ¼hren. Ist in einem gerichtlichen Verfahren â wie hier â allein die Verwaltungsentscheidung auf der ersten Stufe angefochten, ist vielmehr eine Verurteilung zu konkreten Leistungen im Rahmen des Leistungsverfahrens (zweite Stufe) nicht mÃ¶glich. Denn erst auf dieser zweiten Stufe entscheidet sich, ob beim jeweiligen Arbeitnehmer in dem jeweiligen Kalendermonat die persÃ¶nlichen Voraussetzungen fÃ¼r einen Kug-Anspruch erfÃ¼llt sind und ob der Leistungsantrag des Arbeitgebers den gesetzlichen Anforderungen genÃ¼gt, also ob und ggf. in welchem Umfang Kug zu leisten ist. Im Rahmen der ersten Stufe ist hingegen lediglich festzustellen, ob ein erheblicher Arbeitsausfall vorliegt und die betrieblichen Voraussetzungen fÃ¼r Kug

i.S.v. Â§ 99 Abs. 3 SGB III vorliegen.

Â

IV. Nach MaÃgabe des vom Senat dementsprechend geÃ¤nderten Urteilstenors ist die Berufung der Beklagten unbegrÃ¼ndet. Das Sozialgericht hat die Beklagte zu Recht (sinngemÃ¤Ã) verurteilt, das Vorliegen eines erhebliÂchen ArbeitsÂausÂfalls sowie das Vorliegen der betrieblichen Voraussetzungen fÃ¼r Kug festzustellen. Der angefochtene Bescheid vom 05.01.2021 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26.02.2021 ist rechtswidrig und verletzt den KlÃ¤ger deshalb nach Â§ 54 Abs. 2 SGG in seinen Rechten. Die Beklagte hat auf die Anzeige des KlÃ¤gers Ã¼ber Arbeitsausfall vom 20.11.2020 zu Unrecht das Vorliegen der betrieblichen VorausÂsetÂzungen fÃ¼r Kug und einen erheblichen Arbeitsausfall verneint. Die Beklagte hÃ¤tte eine (positive) AnerkennungsÂentÂscheidung i.S.v. Â§ 99 Abs. 3 SGB III treffen mÃ¼ssen.

Â

Nach Â§Â 95 Satz 1 SGB III haben Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer AnÂspruch auf Kurzarbeitergeld, wenn 1. ein erheblicher Arbeitsausfall mit EntgeltÂausfall vorliegt, 2. die betrieblichen Voraussetzungen erfÃ¼llt sind, 3. die persÃ¶nÂlichen Voraussetzungen erfÃ¼llt sind und 4. der Arbeitsausfall der Agentur fÃ¼r Arbeit angezeigt worden ist.

Â

1. Dass der KlÃ¤ger die Bescheide vom 04.03.2021 im Leistungsverfahren (zweite Stufe der Kug-Bewilligung) hat beÂstandskrÃ¤ftig werden lassen (im noch laufenden Widerspruchsverfahren gegen den Bescheid vom 11.03.2021 warten die Beteiligten den Ausgang des vorliegenden VerÂfahrens ab), steht einer materiell-rechtlichen gerichtlichen ÃberprÃ¼fung der angefochtenen Bescheide des AnerkenÂnungsverfahrens (erste Stufe) nicht entgegen. Letztere haben sich nicht etwa durch die (z.T.) bestandskrÃ¤ftig gewordenen Leistungsbescheide â Â bei denen die Ablehnung der Kug-Zahlung auf der negativen Anerkennungsentscheidung fuÃt â i.S.v. Â§Â 39 Abs. 2 SGBÂ X erledigt. Dementsprechend hat die Beklagte im ErÃ¶rterungstermin vom 05.06.2023 ausdrÃ¼cklich erklÃ¤rt, diese ablehnenden LeisÂtungsbescheide zu Ã¼berÂprÃ¼fen, sollte der KlÃ¤ger im vorliegenden AnerkennungsÂverfahren obsiegen. Hierzu ist sie nach Â§Â 44 Abs. 1 SGB X ohnehin verpflichtet.

Â

2. Die betrieblichen Voraussetzungen (Â§ 95 Satz 1 Nr. 2 SGB III) sind gemÃ¤Ã Â§ 97 SatzÂ 1 SGBÂ III erfÃ¼llt, wenn in dem Betrieb mindestens eine Arbeitnehmerin oder ein ArbeitÂnehmer beschÃ¤ftigt ist. Im Restaurantbetrieb des KlÃ¤gers waren die vier Arbeitnehmer I., J., Z. und Bossa beschÃ¤ftigt.

Â

3. Die Entscheidung Ã¼ber die persÃ¶nlichen Voraussetzungen (Â§ 95 Satz 1 Nr. 3 i.V.m. Â§Â 98 Abs. 1 SGG) gehÃ¶rt nicht zum AnerkenÂnungsverfahren, sondern zur LeistungsÂentscheidung erst auf der zweiten Stufe der Kug-Bewilligung. Daher kann der Senat die ErfÃ¼llung jener Voraussetzungen bei den Arbeitnehmern des KlÃ¤gers offenlassen.

Â

4. Der KlÃ¤ger hat als Arbeitgeber den Arbeitsausfall auch gemÃ¤Ã Â§ 99 Abs. 1 SatzÂ 1 undÂ 2 SGB III der fÃ¼r den Bezirk, in dem sein Betrieb liegt, zustÃ¤ndigen Agentur fÃ¼r Arbeit V. in elektronischer Form angezeigt (Â§ 95 Satz 1 Nr.Â 4 SGB III). Die nach Â§ 99 Abs. 1 Satz 3 SGB III vorgesehene Stellungnahme der Betriebsvertretung (Betriebsrat) konnte der KlÃ¤ger mangels Bestehens eines Betriebsrates nicht beifÃ¼gen; ohnehin handelt es sich insofern um eine bloÃe Ordnungsvorschrift im Interesse des ArbeitÂgebers, so dass das Fehlen einer solchen Stellungnahme nicht zur Unwirksamkeit der Anzeige fÃ¼hrt (KÃ¼hl, a.a.O., Â§ 99 Rn. 10 m.w.L./K., S.). Die â BetriebsÂvereinÂbarung zur Kurzarbeitâ vom 01.11.2020 zwischen dem KlÃ¤ger und seinen Mitarbeitern wurde der Beklagten im Ãbrigen zusammen mit den AntrÃ¤gen fÃ¼r die drei Monate November und Dezember 2020 sowie Januar 2021 am 26.02.2021 Ã¼bersandt.

Â

5. Entgegen der Ansicht der Beklagten lag zudem ein erheblicher Arbeitsausfall (Â§Â 95 SatzÂ 1 Nr. 1 SGB III) vor.

Â

Ein Arbeitsausfall ist gemÃ¤Ã Â§ 96 Abs. 1 Satz 1 SGB III erheblich, wenn 1. er auf wirtÂschaftlichen GrÃ¼nden oder einem unabwendbaren Ereignis beruht, 2. er vorÃ¼berÂgeÂhend ist, 3. er nicht vermeidbar ist und 4. im jeweiligen KalenderÂmonat (AnspruchsÂzeitraum) mindestens ein Drittel der in dem Betrieb beschÃ¤fÂtigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von einem Entgeltausfall von jeweils mehr als 10 Prozent ihres monatlichen Bruttoentgelts betroffen ist; der Entgeltausfall kann auch jeweils 100 ProÂzent des monatlichen Bruttoentgelts betragen.

Â

a) Der Arbeitsausfall aufgrund der RestaurantschlieÃungen ab dem 02.11.2020 im Rahmen des sog. LockÂdown light war vorÃ¼bergehend (Â§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB III) und betraf sÃ¤mtliche Arbeitnehmer des KlÃ¤gers mit einem Entgeltausfall von 100Â ProÂzent (Â§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB III).

Â

b) Der Arbeitsausfall beruhte auf staatlichen Auflagen infolge der Covid-19-Pandemie und damit auf einem fÃ¼r den KlÃ¤ger unabwendbaren Ereignis

(Â§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGBÂ III). GemÃ¤Ã Â§Â 96 Abs. 3 Satz 2 SGB III liegt ein unabwendbares Ereignis auch vor, wenn ein Arbeitsausfall durch behÃ¶rdliche oder behÃ¶rdlich anerkannte MaÃnahmen verurÂsacht ist, die vom Arbeitgeber nicht zu vertreten sind. Der KlÃ¤ger musste am 02.11.2020 seinen ResÂtaurantbetrieb aufgrund der Corona-SchutzverordÂnung NordÂrhein-Westfalen vom 30.10.2020 (GV. NRW 2020, 1060a) schlieÃen. Nach deren Â§ 14 Abs.Â 1 SatzÂ 1 i.V.m. Â§Â 19 Abs. 1 war der Betrieb von Restaurants zunÃ¤chst bis zum 30.11.2020 untersagt; nachfolgende ÃnderungenÂ der VerÂordnung verlÃ¤ngerten dieses Verbot (u.a.) fÃ¼r den gesamten im vorlieÂgenden Verfahren streitigen Zeitraum (vgl. die nachfolgenden Fassungen der Verordnung unter www.soziokulturnrw.civiservice.de/archiv-coronaschvo).

Â

c) Der Arbeitsausfall war schlieÃlich â worÃ¼ber die Beteiligten einzig streiten â auch nicht vermeidbar (Â§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB III).

Â

aa) Als vermeidbar gilt gemÃ¤Ã Â§ 96 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB III insbesondere ein Arbeitsausfall, der durch die GewÃ¤hrung von bezahltem Erholungsurlaub ganz oder teilweise verhindert werden kann, soweit vorrangige UrlaubswÃ¼nsche der ArbeitnehÂmerinnen und Arbeitnehmer der UrlaubsgewÃ¤hrung nicht entÂ-gegenstehen. Da das Restaurant erst am 26.10.2020 erÃ¶ffnet worden war, war im betroffenen Zeitraum zwischen November 2020 und MÃ¤rz 2021 die sechsmonatige Wartezeit des Â§ 4 BUrlG noch nicht erfÃ¼llt, und die Arbeitnehmer des KlÃ¤gers konnten noch keinen bezahlten Erholungsurlaub beanspruchen.

Â

bb) Der Arbeitsausfall war auch nicht etwa deshalb vermeidbar, weil der KlÃ¤ger in der Zeit einer weltweiten Pandemie von vornherein von einer BetriebsgrÃ¼ndung (oder jedenÂfalls von einer Anstellung von Mitarbeitern fÃ¼r die ErÃ¶ffnung des RestaurantÂbetriebes im Oktober 2020) hÃ¤tte absehen mÃ¼ssen.

Â

(1) Dabei geht der Senat davon aus, dass der KlÃ¤ger â der im Verlauf des Jahres 2020 schon lÃ¤nger eine RestauranterÃ¶ffnung geplant haben mag â konkrete und ihn rechtÂlich bindende Handlungen zur ErÃ¶ffnung des Restaurants ab August 2020 vorgenomÂmen hat. Er hat am 15.08.2020 in G./K. die ArbeitsvertrÃ¤ge mit den daÂmals noch in K. ansÃ¤ssigen Mitarbeitern I., Z. und R. sowie am 18.08.2020 in V. mit dem Mitarbeiter J. schriftlich abgeschlossen. Zu diesen â sich aus den jeweiligen ArbeitsvertrÃ¤gen ergebenden â Abschlussdaten hat der Senat den KlÃ¤ger im ErÃ¶rterungstermin vom 05.06.2023 intensiv befragt; der KlÃ¤ger hat dabei nachvollziehbar und glaubhaft dargelegt, dass er fÃ¼r drei dieser VertrÃ¤ge in K. gewesen sei, und dass er sÃ¤mtliche VertrÃ¤ge im August 2020 unterschrieben habe. Dies erscheint insbesondere deshalb plausibel, da der KlÃ¤ger

â□□ wie er in dem Termin ebenfalls Ã¼berzeugend ausgefÃ¼hrt hat â□□ sicherstellen musste, bei ErÃ¶ffnung des Restaurants auch Ã¼ber die nÃ¶tigen Mitarbeiter zu verfÃ¼gen. Diese zeitlichen Angaben des KlÃ¤gers, an deren Richtigkeit der Senat nicht zweifelt, korrespondieren im Ã□brigen mit dem Umstand, dass der KlÃ¤ger bereits ab der Kalenderwoche 35 (beginnend am 24.08.2020) nicht unerhebliche Handwerksarbeiten durch ein SanitÃ¤r- und HeizungsunterÂ-nehmen hat ausÂfÃ¼hÂren lassen, welche zu hÃ¶heren RechnungsbetrÃ¤gen fÃ¼hrten (8.939,54 â□¬ und 3.544,06Â â□¬). Auch in der Folge kam es bereits vor AbÂschluss des schriftlichen PachtverÂtrages (vom 30.09.2020) zu AnÂschaffungen im ZusamÂmenhang mit der geplanten RestauÂranterÃ¶ffnung (KasÂsenzettel T. und M. vom 08. bzw. 10.09.2020).

Â

Dass der Pachtvertrag erst am 30.09.2020 unterzeichnet wurde, ist inÂsoweit unschÃ¤dÂlich. Denn nach dem glaubhaften Vorbringen des KlÃ¤gers im ErÃ¶rterungstermin kannte er den VerÂpÃ¤chter und hat diesem vertraut, dass der (schriftlich tatsÃ¤chlich erst Ende September 2020 gefertigte) Pachtvertrag endgÃ¼ltig abgeschlossen werde. Auf diese Weise konnte er die genannÂten konkreten VorbereitungsÂhandlungen bereits im August ausfÃ¼hren, ohne befÃ¼rchten zu mÃ¼ssen, dass sich diese nicht unerheblichen Investitionen in die Ausstattung des Restaurants am Ende als vergeblich herausstellen wÃ¼rden.

Â

(2) Ist deshalb fÃ¼r die Beurteilung der etwaigen Vermeidbarkeit des Arbeitsausfalls wegen einer ersichtlichen UnverstÃ¤ndigkeit der ErÃ¶ffnung eines Restaurants zu Pandemie-Zeiten auf die Zeit (spÃ¤testens) Mitte August 2020 (Abschluss der ArbeitsvertrÃ¤ge) abzustellen, so musste der KlÃ¤ger zu diesem Zeitpunkt nicht mit einer vollstÃ¤nÂdigen behÃ¶rdlichen Untersagung des Restaurantbetriebes ab November 2020 rechnen. Gleiches gilt im Ã□brigen selbst dann, wollte man stattdessen auf den tatsÃ¤chlichen ErÃ¶ffnungstag 25.10.2020 abÂstellen.

Â

(a) Zwar hatten im FrÃ¼hjahr 2020, als die Covid-19-Pandemie Deutschland erreicht hatte, Restaurants in einem (ersten) Lockdown bereits einmal â□□ vom 22.03. bis 10.05.2020 â□□ schlieÃ□en mÃ¼ssen. In der Folgezeit kam es (u.a.) in Nordrhein-Westfalen zwar zu EinschrÃ¤nkungen des Restaurantbetriebs (BesucherÂregistrierung mit KontaktÂdatenÂangabe, ReglemenÂtierung der Besucherzahl und MinÂdestabstÃ¤nde zwiÂschen GÃ¤stetischen, AushÃ¤nge mit Hygienehinweisen). Gleichwohl konnten Restaurants unter Beachtung derartiger EinschrÃ¤nkungen bis zur neuerlichen UntersaÂgung des Betriebs ab dem 02.11.2020 wieder Ã¶ffnen.

Â

(b) Nach einem deutlichen RÃ¼ckgang des Covid-19-Infektionsgeschehens ab dem FrÃ¼hÂjahr 2020 â□□ laut der vom RKI mit Schreiben vom 17.07.2023 Ã¼bersandten Tabelle (vgl. www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Daten/Fallzahlen_Gesamtuebersicht) kam es ab dem 10.05.2020 nur mehr zu bundesweit tÃ¤glich dreistelligen neu regisÂtrierten InfektionsfÃ¤llen â□□ stiegen zwar ab etwa Anfang August 2020 die registrierten Neuinfektionszahlen merklich an; es wurden (erstmals am 06.08.2020) wieder vermehrt vierstellige NeuregisÂtrierungen und ab dem 22.09.2020 sogar ausnahmslos vierstellige NeuinfektionsÂzahlen bei steigender Tendenz erfasst (fÃ¼nfstellige Neuregistrierungen durchgehend ab dem 22.10.2020 mit Ausnahme des 26.10.2020). Gleichwohl war mit einem anstehenden neuerlichen Ã□ffnungsverbot fÃ¼r Restaurants Mitte August 2020 nicht in einer Weise zu rechnen, dass eine â□□ grundsÃ¤tzlich dem GrundrechtsÂschutz der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) unterfallende â□□ NeuerÃ¶ffnung eines ResÂtaurantÂbetriebes von vornherein wirtschaftlich leichtsinnig erÂschienen und das spÃ¤tere Ã□ffÂnungsverbot ab dem 02.11.2020 deshalb nur als ein verÂmeidbarer Arbeitsausfall anzuÂsehen gewesen wÃ¤re.

Â

In der fÃ¼r den KlÃ¤ger wahrnehmbaren Ã¶ffentlichen Diskussion fand seinerzeit die Meinung des Bundestagsabgeordneten (und spÃ¤teren Gesundheitsministers) Prof.Â Dr.Â Karl Lauterbach viel Beachtung. Als Humanmediziner und GesundheitsÃ¶konom sowie (wegen seines Bundestagsmandats beurlaubter) Direktor des Instituts fÃ¼r GesundÂheitsÂÃ¶koÂnomie und Klinische Epidemiologie (IGKE) der UniversitÃ¤t zu KÃ¶ln war LauterÂbach wegen der ihm in dieser Phase der Pandemie in der Ã□ffentlichkeit zugeÂschrieÂbenen besonÂderen fachÂlichen Expertise in jener Zeit medial dauerprÃ¤sent. Lauterbach aber Ã¤uÃ□erte etwa noch in dem vom Senat in das Verfahren eingefÃ¼hrten Artikel aus dem MÃ¼nchner Merkur vom August 2020 (â□□Lauterbach mit dÃ¼sterer WarÂnung: â□□Wir hecheln der Corona-Pandemie erfolglos hinterherâ□□â□□, erstellt am 02.08.2020 und aktuaÂlisiert am 23.09.2020): â□□Wir kÃ¶nnen uns keinen neuen harten Lockdown leisten. Das wÃ¤re furchtbarâ□□. Ausweislich dieses ArtiÂkels war fÃ¼r ihn ein Lockdown im Falle der Verschlimmerung der Lage keine Option; vielmehr sei ein Strategiewechsel hin zur Nachverfolgung von sog. Superspreader-Events nach japanischem Vorbild empfehlenswert.

Â

Derartige Ã□uÃ□erungen Lauterbachs â□□ als eines massenmedial hervorstechenden und als solcher wahrgenommenen ExÂperten fÃ¼r epidemiologische Fragen â□□ decken sich mit der vom Senat eingeholten AusÂkunft des RKI vom 17.07.2023. Danach war das RKI zwar nicht direkt an der Entscheidung Ã¼ber den Lockdown am 02.11.2020 beteiligt. Auch war es weder fÃ¼r die rechtliche Ausgestaltung noch die Umsetzung von MaÃ□nahmen sowie die entsprechenden Informationen hierÃ¼ber zustÃ¤ndig. Es hat indes â□□ so die Auskunft â□□ wÃ¤hrend der gesamten Pandemie, also auch im Vorfeld der Entscheidung Ã¼ber RestaurantschlieÃ□ungen ab dem 02.11.2020, Ã¶ffentlich zur epidemiologischen Lage berichtet, Daten ausgewertet und bereitgestellt,

EinschÃ¤tzungen und Risikobewertungen abgeÂgeben sowie EmpfehlunÂgen zu InfektionsmaÃnahmen formuÂliert, welche dem BundesÂgesundheitsÂministerium und anderen politischen EntscheiÂdungstrÃ¤gern zur VerfÃ¼gung standen; auch bilateral hat das Institut das Ministerium und andere Stellen zur epidemiologischen Lage beraten. Unter Verweis auf seine dies belegende verÃ¶ffentÂlichte Stellungnahme â€Die Pandemie in Deutschland in den nÃ¤chsten MonaÂten â€ Ziele, Schwerpunktthemen und Instrumente fÃ¼r den InfekÂtionsschutzâ€ noch vom 23.10.2020 fÃ¼hrt das RKI in seiner Auskunft jedoch aus, es habe eine BeschrÃ¤nkung von GastÂstÃ¤tten lediglich als Option, nicht aber als Empfehlung in seine MaÃnahmenÃ¼bersicht aufgeÂnommen.

Â

Wenn jedoch selbst das RKI (als eine als Bundesinstitut im GeschÃ¤ftsbereich des BundesÂministeriums fÃ¼r Gesundheit bestehende zentrale Einrichtung der BundesÂregierung auf dem Gebiet der KrankheitsÃ¼berwachung und -prÃ¤vention, zu deren KernaufÂgaben auch die BekÃ¤mpfung von Infektionskrankheiten gehÃ¶rt, und die wisÂsenschaftÂliche Erkenntnisse als Grundlage fÃ¼r gesundheitspolitische EntscheiÂdungen erarbeitet; vgl. dazu www.rki.de/DE/Content/Institut/institut_node.html) noch unter dem 23.10.2020 BeschrÃ¤nkungen im GaststÃ¤ttenbetrieb â€ geschweige denn ein vollÂstÃ¤ndiges ÃffnungsverbotÂ wie dasjenige vom 02.11.2020 â€ nicht einmal als Empfehlung aussprach, musste der KlÃ¤ger nicht mit einem solchen Ãffnungsverbot rechnen. Das gilt umso mehr, als das RKI benannte EinschrÃ¤nkungen auch unterhalb der Schwelle eines vollstÃ¤ndigen ÃffÂnungsverbotes (z.B. AbÂstandsÂgebote, Kontaktnachverfolgungen, Maskenpflichten fÃ¼r BediensÂtete und fÃ¼r GÃ¤ste auf dem Weg zu und von ihren Tischen) lediglich als â€Option, ggf. situationsangepasste Implementierungâ€ fÃ¼r denkbar hielt. Gilt dies selbst noch fÃ¼r den Tag der ErÃ¶ffnung des Restaurants am 25.10.2020, an dem die Stellungnahme des RKI vom 23.10.2020 noch aktuell erschien, so war dies erst Recht Mitte August 2020 der Fall, als der KlÃ¤ger mit der Einstellung von Mitarbeitern und der Vergabe umfangreicherer Renovierungsarbeiten konkrete, organisatorisch zu dieser Zeit notwendig erscheinenÂde und ihn rechtlich bindende Schritte zur Ãffnung des ResÂtaurants in die Wege leitete. Dass politische EntÂ-scheiÂdungen wie diejenige der BunÂdeskanzlerin und der MinisÂterÂ-prÃ¤sidentinnen und -prÃ¤siÂdenten der BundesÂlÃ¤nder in ihrer Videokonferenz vom 28.10.2020 mit der VerÂeinÂbarung eines sog. â€WellenÂ-brecherâ€-Lockdowns folgen wÃ¼rÂden, musste der KlÃ¤ger selbst am 25.10.2020 nicht vorausahnen, erst recht nicht Mitte August 2020.

Â

(3) Wollte man stattdessen mit der Beklagten einen vermeidbaren Arbeitsausfall annehÂmen, weil MaÃnahmen der Politik von Anfang an eine Richtung hÃ¤tten erkennen lasÂsen, die auf eine EinschrÃ¤nkung grÃ¶Ãerer ZusammenkÃ¼nfte letztlich auch als ZwangsÂmaÃnahme hinausgelaufen sei und deshalb die ErÃ¶ffnung eines Restaurants ein erhebliches Risiko dargestellt habe, so wÃ¤re dies zum einen schon im Lichte der Berufsfreiheit i.S.v. Art. 12 Abs. 1 GG eine

Ã□berfrachtung der einem BetriebsgrÃ¼nder im Rahmen des Â§Â 96 Abs. 1 SatzÂ 1 Nr. 3 SGBÂ XII abzuverlangenden Planungsumsicht. Es wÃ¼rde zum anderen dem Zweck des Kug nicht gerecht. Kug soll Arbeitnehmern ArbeitsplÃ¤tze und den Betrieben die den Betrieb stÃ¼tzenden ArbeitÂnehmer erhalten (vgl. KÃ¼hl, a.a.O., Â§Â 95 Rn. 2 m.w.L./K., S.). Gerade zur BewÃ¤ltigung der sozialen Folgen der Covid-19-PanÂdemie diente das Kug (auch durch befristete krisenÂbedingÂte VerbesseÂrungen der RegelunÂgen) als ein entscheidendes Instrument (vgl. KÃ¼hl, a.a.O., Rn.Â 2a m.w.L./K., S.). Dem KlÃ¤ger allenfalls vage ersichtliche Risiken fÃ¼r eine BetriebsÂerÃ¶ffnung im SpÃ¤therbst 2020 schon fÃ¼r die Zeit ab Mitte August (in der fÃ¼r den Organisationsablauf notwendige, bindende unternehmerische EntÂscheidungen zu treffen waren) vorzuÂhalten und ihm insoweit letztlich abzuverlangen, auf die BetriebsÂgrÃ¼ndung zu verzichÂten, verkennt zudem, dass die Menschheit und auch die administrativen und politiÂschen EntscheiÂ-dungstrÃ¤ger im Jahre 2020 keinerlei VorerfahÂrungen mit dem Verlauf einer weltweiten Pandemie besaÂÃ□en (Fehlen einer entsprechenden *living memory*). Selbst eine VideokonÂferenz der Bundeskanzlerin mit den LÃ¤nderregierungsÂ-chefinnen und -chefs gelangte â□□ wie die Beklagte selbst vortrÃ¤gt â□□ noch am 29.09.2020 zu einer Hotspot-Strategie, bei der bei Inzidenzen ab 35 pro 100.000 Einwohner je Woche private Feierlichkeiten in Ã¶ffentlichen oder angemieteten RÃ¤umen von maxiÂmal 50 PerÂsonen und bei Inzidenzen ab 50/100.000 von 25 Personen mÃ¶glich bleiben sollten (Pressemitteilung 346 des Presse- und InformationsÂamtes der BundesregieÂrung). Wenn danach aber selbst in sog. Hotspots solche Gruppentreffen von 25 bzw. 50 Personen â□□ noch Ende September 2020 â□□ mÃ¶glich bleiben sollten, konnte zu diesem Zeitpunkt damit gerechnet werden, dass Restaurants (in denen z.B. private Feierlichkeiten stattfinden kÃ¶nnen) nicht geschlossen werden wÃ¼rden.

Â

V. Musste die Beklagte deshalb auf der ersten Stufe des Kug-Bewilligungsverfahrens einen (positiven) Anerkennungsbescheid i.S.v. Â§ 99 Abs. 3 SGB III erteilen, so wird sie bei Rechtskraft des vorliegenden Urteils auf einer zweiten Stufe das LeistungsÂ-verfahren durchzufÃ¼hren haben. Entsprechend ihrer ErklÃ¤rung im ErÃ¶rterungstermin vom 05.06.2023 wird sie dabei die drei bestandskrÃ¤ftigen ablehnenden LeistungsÂbeÂscheide vom 04.03.2021 (November und Dezember 2020 sowie Januar 2021) nach Â§ 44 SGBÂ X Ã¼berprÃ¼fen und das Widerspruchsverfahren gegen den ablehÂnenden LeistungsÂbeÂscheid vom 11.03.2021 (Februar 2021) abschlieÃ□en mÃ¼ssen. ZuÂgleich wird sie (u.a. mit Blick auf Â§ 325 Abs. 3 SGB III) zu prÃ¼fen haben, ob trotz bisher nicht ersichtlichen Leistungsantrags auf der zweiten Stufe des Kug-Bewilligungsverfahrens fÃ¼r den Monat MÃ¤rz 2020 â□□ auf den sich die Anzeige Ã¼ber Arbeitsausfall des KlÃ¤gers vom 20.11.2020 ebenfalls erstreckte â□□ Leistungen zu erbringen sind. Erst wenn diese EntÂscheidungen im Leistungsverfahren getroffen sind und ggf. ein Widerspruchsverfahren durchlaufen ist, kann der KlÃ¤ger gerichtlich die konkrete Zahlung von Kug-Leistungen verfolgen.

Â

VI. Die Kostenentscheidung folgt aus Â§ 193 SGG.

Â

VII. GrÃ¼nde fÃ¼r die Zulassung der Revision (Â§ 160 Abs. 2 SGG) bestehen nicht.

Erstellt am: 30.01.2024

Zuletzt verändert am: 23.12.2024