

ZVertriebsR

ZEITSCHRIFT FÜR VERTRIEBSRECHT

Herausgeber Eckhard Flohr, Michael Martinek, Karsten Metzloff,
Franz-Jörg Semler, Ulf Wauschkuhn, Alexander Petsche

November 2012

06

341 – 408

Beiträge

Deutschland – Selbständigkeit von Vertriebspartnern *Eckhard Flohr* ● 354

Schweiz – Abgrenzungsproblematik zwischen Arbeits- und
Franchisevertrag *Michael Kull/Stefan Fierz* ● 358

Belgien – Scheinselbstständigkeit von Handelsvertretern
Christoph Kocks/Behnusch Abdolrahimi ● 361

Entscheidungen

LAG Rheinland-Pfalz – Nachvertragliches Wettbewerbsverbot ● 373

LAG Berlin-Brandenburg – Selbständigkeit eines
Franchisenehmers ● 381

BGH – Unzulässiger Weitervertrieb von Datenträgern ● 381

BGH – Angemessenheit der Kündigungsfrist
für einen Lizenzvertrag ● 390

EuGH – Vertrieb von Kontaktlinsen im Wege des Versandhandels ● 395

Österreich

OGH – Reduktion des handels- rechtlichen Ausgleichsanspruches

Markus Fellner/Stefan Turic ● 406



C.H. BECK

und sonstigen Modalitäten der von ihm als Franchise-Nehmer zu erbringenden Tätigkeit keinem Direktionsrecht des Franchise-Gebers unterliegt, soweit dies über immanente Beschränkungen hinausgeht.

Insoweit hat sich dem Grunde nach an den grundsätzlichen Feststellungen von *Wank*²⁴ aus dem Jahre 1988 nichts geändert: das Unternehmensrisiko, die Weisungsunabhängigkeit, das Verbleiben der Eigenorganisation sind und bleiben die maßgeblichen Kriterien für die Beurteilung der Selbstständigkeit eines Vertriebspartners. Wenn sich die Arbeits- und Zivilgerichte – wie jetzt das LAG-Berlin – jedoch nach wie vor mit dieser Abgren-

zungsfrage befassen müssen, so nur deswegen, weil Unternehmen, insbesondere Franchise-Geber nach wie vor nicht der Versuchung widerstehen können, sich den vollen Einfluss bis hin zu Direktionsrechten gegenüber dem Vertriebspartner zu erhalten, teilweise mit der immer wieder vorgeschobenen Begründung, dies diene der Einheitlichkeit des Vertriebssystems. Nach dem Beschluss des LAG Berlin vom 03. Mai 2012 ist eine solche Argumentation zum Scheitern verurteilt. □

22 NJW-RR 2009, 65.

23 NJW-RR 2003, 277; vgl. auch OLG Düsseldorf GWR 2010, 57.

24 Arbeitnehmer und Selbstständige, München 1988.

Dr. Michael Kull / lic. iur. Stefan Fierz*

Die Abgrenzungsproblematik zwischen Arbeits- und Franchisevertrag nach schweizerischem Recht

1. Die Problemstellung bei von Franchisenehmern betriebenen Tankstellenshops

Wie auch in Deutschland erfreuen sich Tankstellenshops in der Schweiz großer Beliebtheit, insbesondere zum Einkauf von Food- und Beverage-Waren außerhalb der üblichen Geschäftsöffnungszeiten und an Wochenenden. Aufgrund der weitreichenderen Öffnungszeiten im Vergleich zu üblichen Detailhändlern schließt die Frage an, wie es um die Einhaltung der zwingenden arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen der angestellten Mitarbeiter bestellt ist, insbesondere ob deren Tätigkeit adäquat entschädigt und gesetzliche Höchstarbeitszeiten eingehalten werden.

Damit sich die Betreiber und Eigentümer der Tankstellen inkl. Shops, bei welchen es sich meist um Großkonzerne der Öl- oder Detailhandelsbranche handelt, sich gar nicht erst mit dieser Problematik befassen müssen, wird der Betrieb dieser Tankstellenshops in der Schweiz weitgehend an im Außenverhältnis als selbständige Unternehmer auftretende, natürliche Personen vergeben, welche diese zur Einsparung von Personalkosten oftmals als sog. Familienbetriebe führen¹. Die größte Betreiberin von Tankstellenshops in der Schweiz sucht für eine aktuell zu vergebende Franchise bspw. explizit einen Betreiber, der diesen als Familienbetrieb führt². Dies deshalb, weil damit zwingende Schutzbestimmungen der Kantone und des Bundes nicht zur Anwendung gelangen³.

Es wird nachfolgend das in der Schweiz verbreitetste und am schnellsten wachsende Tankstellenshop-System, namentlich dasjenige von Coop-Pronto, dargestellt und anschließend rechtlich erläutert. Hierzu gilt es zu erwähnen, dass nach der Erkenntnis der Autoren das darzustellende

Vertragskonstrukt noch nie gerichtlich auf die nachfolgend aufgezeigten Fragestellungen beurteilt wurde, aktuell jedoch verschiedene Verfahren mit unbestimmtem Ausgang rechtshängig sind.

2. Das System der Coop-Pronto-Tankstellenshops

Unter dem Label Coop Pronto betreibt die Coop Mineralöl AG⁴ (nachfolgend CMAG) schweizweit rund 240 Shops mit üblichen Öffnungszeiten von 06.00 bis 22.00 Uhr⁵. Die CMAG ist dabei Branchenleaderin und Besitzerin besagter Shops, welche sie durch Franchisenehmer und vorzugsweise als Familienbetrieb führen lässt⁶.

In den vergangenen Jahren sind die Coop Pronto-Tankstellenshops immer wieder in den Fokus der Medien geraten und das gewählte Rechtskonstrukt bzw. dessen Handhabung an den Pranger gestellt worden⁷. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die CMAG eine Tochter von Coop Schweiz⁸ ist, bei welcher es sich mit der Migros um den größten Detailhändler der Schweiz handelt. Die an den Tankstellenshops nebst dem Treibstoff verkauften Food- und Beverage-Artikel müssen vom Mutterhaus bezogen und als Pflichtsortiment geführt werden.

Seitens CMAG wird interessierten Personen ein Gesamtpaket von Verträgen unterbreitet, welche miteinander gekoppelt und nicht verhandelbar sind. Herzstück des Paketes bildet dabei ein Pachtvertrag für den jeweiligen Standort, der im Eigentum von CMAG steht oder von diesem in Untermiete weitergegeben wird. Als Pächterin tritt dabei eine vom Tankstellenbetreiber zu gründende Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) auf, wobei der Tankstellenbetreiber 90% und die CMAG 10% des

* Die Autoren sind Rechtsanwälte in Basel.

1 In den Familienbetrieben arbeiten nebst dem Franchisenehmer auch weitere Familienmitglieder mit; oftmals ohne oder nicht adäquater Entlohnung.

2 Vgl. http://www.coop-pronto.ch/home/stellenmarkt/jobs_shop-unternehmer.html.

3 Nach dem eidgenössischen Arbeitsgesetz Art. 4 sind Familienbetriebe von dessen Anwendung ausgenommen. Nach dem kantonalen Ausführungsgesetz in Basel-Stadt können Familienbetriebe nach § 6 der Verordnung zu den Ladenöffnungszeiten von erweiterten Öffnungszeiten profitieren. Tankstellenshops bis zu einer Verkaufsfläche von 100 m² geltend zudem nach § 2 Aas. 2 c) nicht als Verkaufslokale.

4 Es handelt sich dabei um eine Tochter der Genossenschaft Coop Schweiz.

5 In aller Regel werden diese Shops gemeinsam mit einer Tankstelle betrieben. Ausnahmsweise gibt es in prominenten Innenstadtlagen auch einige Shops ohne Tankstellen.

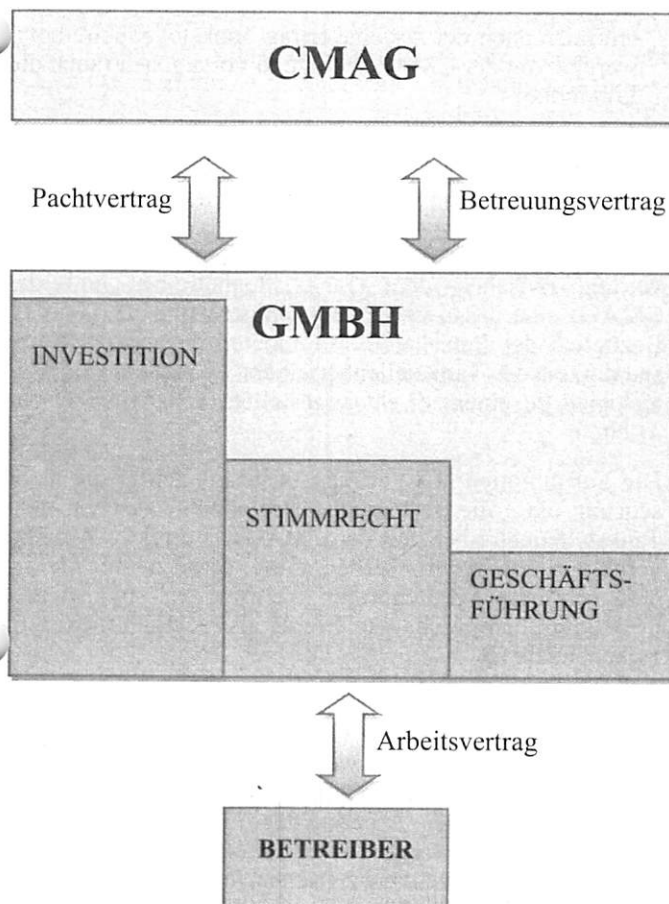
6 http://www.coop-pronto.ch/home/stellenmarkt/jobs_shop-unternehmer/shop-unternehmer.html

7 Vgl. Artikel Tagesanzeiger vom 2. April 2012, S. 37, Titel: „Coop lässt den Betreibern von Pronto-Shops kaum Freiheiten“.

8 Jahresumsatz Coop Gesamtgruppe 2011 CHF 28 Milliarden/ Jahresumsatz mit 253 Tankstellenshops CHF 0.9 Milliarden (Quelle Medieninfo auf Homepage Coop)

Stammkapitals der GmbH einbringen. Sämtliche GmbH werden mit identischen Statuten bei einem von der CMAG bestimmten Notar gegründet.

Diametral zur Aufbringung des Gesellschaftskapitals gestaltet sich jedoch das Innenleben der GmbH. So werden dem Tankstellenbetreiber, der auch als Geschäftsführer der Gesellschaft amten soll, bei der Gründung zwei weitere Geschäftsführer von der CMAG an die Seite gestellt, bei welchen es sich um deren Mitarbeiter handelt. Alle drei Geschäftsführer verfügen dabei lediglich über eine Kollektivzeichnungsberechtigung innerhalb der Gesellschaft. Nach den von CMAG vorgegebenen Gesellschaftstatuten werden Gesellschafterbeschlüsse zudem nicht nach der Beteiligung am Stammkapital, sondern nach Kopfstimmen gefällt, wobei der CMAG der Stichentscheid zusteht. Durch diese statuarische Regelung kontrolliert die CMAG die GmbH und eine unternehmerische Selbständigkeit des Tankstellenbetreibers ist bereits von Beginn an ausgeschlossen. Schematisch dargestellt nimmt sich das Vertragskonstrukt wie folgt aus:



Nebst dem erwähnten Gründungskapital hat der Tankstellenbetreiber in die GmbH ein substantielles Darlehen einzubringen, mit welchem das Inventar des in der Regel vorbestandene Standortes übernommen wird. In vertraglicher Hinsicht besteht zusätzlich noch ein Betreuungsvertrag zwischen der GmbH und der CMAG, welcher in hohem Detaillierungsgrad den Shopbetrieb vorgibt (Öffnungszeiten, Sortiment, Einrichtung, Mitarbeiterführung, Treuhandstelle etc.) und zahlreiche Pflichten der Geschäftsführer beinhaltet. Der Tankstellenbetreiber ist schließlich wie auch die übrigen Mitarbeiter von der GmbH mittels eines Arbeitsvertrags angestellt, welcher inhaltlich ebenfalls von der CMAG vorgegeben wird, auch was die Höhe der Löhne anbelangt. Für die Einstel-

lung von Mitarbeitern besteht zudem ein Vetorecht der CMAG.

Es wird an dieser Stelle darauf verzichtet, dass System detaillierter darzustellen, doch ist zu konstatieren, dass dem Tankstellenbetreiber faktisch kaum unternehmerischen Freiheiten verbleiben, zumal die CMAG mittels eines eingerichteten Lastschriftverfahrens von ihrer Möglichkeit Gebrauch macht, Guthaben aus den Warenlieferungen direkt mit dem Kontoguthaben der GmbH zur Verrechnung zu bringen.

Der Treibstoff geht sodann gar nie erst in das Eigentum der GmbH über, sondern wird von dieser lediglich im Auftrag von CMAG verkauft und diese Dienstleistung mit einer Entschädigung von wenigen Rappen pro Liter vergütet. Auch hierfür besteht wiederum eine Verrechnungsmöglichkeit der CMAG mit den Forderungen aus Warenlieferungen.

Da der Tankstellenbetreiber regelmäßig einen CHF 100'000.00 übersteigenden Betrag in Form von Ersparnissen und / oder von Freizügigkeitsleistungen der Altersvorsorge (dieses Kapital wird von Gesetzes wegen angehäuft, kann jedoch beim Gang in die Selbständigkeit bereits vor Erreichung des Pensionsalters vorbezogen werden) einzubringen hat, besteht auch eine faktische Abhängigkeit, da dieses Kapital bei einer Beendigung der Zusammenarbeit in der Regel nicht rückvergütet werden wird, zumal die Liquidation der Gesellschaft ohne die Zustimmung der CMAG gar nicht möglich ist. Dies hat zur faktischen Konsequenz, dass der Tankstellenbetreiber selbst gegen seine Rechtsposition beeinträchtigenden Anordnungen nicht opponieren wird, um die Geschäftsverbindung mit der CMAG nicht zu gefährden.

3. Die Definitionen des Arbeits- und Franchisevertrags nach Schweizer Recht

Bei einem Arbeitsvertrag verpflichtet sich eine natürliche Person auf Dauer für eine andere juristische oder natürliche Person tätig zu sein, wobei eine Subordination und Eingliederung des Arbeitnehmers in die Organisation des Arbeitgebers besteht und letztgenannter ein Weisungsrecht gegenüber dem Arbeitnehmer ausübt. Das Subordinationsverhältnis bildet das gewichtigste Unterscheidungskriterium zu anderen Dienstleistungsverträgen und entscheidet schließlich darüber, ob zwingende Schutznormen betreffend Arbeitszeit, Lohnhöhe, Ferienbezug etc. zur Anwendung gelangen⁹.

Beim Franchisevertrag differenziert das schweizerische Bundesgericht zwischen Partnerschafts- und Subordinationsfranchising, wobei letzteres die Regel darstellt und im vorliegenden Fall allenfalls vorliegen könnte. Um das Risiko der Unterstellung unter zwingendes Arbeits- und Agenturrecht zu umgehen, wird in Franchiseverträgen regelmäßig vorgesehen, dass der Betrieb von Beginn an oder in den ersten sechs Monaten der Vertragslaufzeit auf eine juristische Person (GmbH oder AG) übertragen werden muss. Damit wird versucht eine Qualifikation des Vertragspartners als Scheinselbständiger zu umgehen¹⁰. Dabei verfügt der Franchisenehmer jedoch in der Regel über die volle Kontrolle der Gesellschaft.

Das kasuistisch urteilende Bundesgericht hat sich vereinzelt bereits auf eine analoge Anwendung von agentur- und

⁹ Vgl. Streiff / von Kaenel / Rudolph, Arbeitsvertrag, Art. 319 N 2 ff., 7. Aufl. Zürich 2012 mit weitergehenden Ausführungen.

¹⁰ Streiff / von Kaenel / Rudolph, Art. 319 N 2.

arbeitsrechtlichen Schutznormen auf Franchiseverträgen ausgesprochen¹¹. Es besteht aber keine grundsätzliche Klarheit, wie diese in Deutschland bspw. mit dem sog. „Eismann-Entscheid“ geschaffen wurde.

Nachfolgend gilt es zu besprechen, ob auf das dargestellte Vertriebssystem der CMAG mit dem Tankstellenbetreiber und den weiteren Angestellten zwingende arbeitsrechtliche Gesetzesbestimmungen zur Anwendung gelangen und damit von einer Direktanstellung durch die CMAG ausgegangen werden muss, oder aber ob das Vertragskonstrukt als Franchiseverhältnis zu qualifizieren ist.

4. Rechtliche Würdigung

Bezüglich der rechtlichen Qualifikation der Tätigkeit der Tankstellenbetreiber erscheint es interessant, dass die CMAG das Gesamtkonstrukt mit den Tankstellenbetreibern zwar wiederholt als „Franchisevertrag“ bezeichnet hat¹², ohne dass aber ein solcher abgeschlossen würde. Wie bereits erwähnt wirken stattdessen ein Pacht-, Betreuungs-, Arbeits- und Gesellschaftsvertrag zusammen.

In diesem System unterliegt der Tankstellenbetreiber und mit ihm auch die von ihm zu gründende GmbH einer strengen und rigiden Weisungsgebundenheit der CMAG, welche sich insbesondere dadurch manifestiert, dass der Tankstellenbetreiber keine Beschlüsse gegen den Willen der von CMAG bzw. den von ihr eingesetzten Angestellten überhaupt durch- und umsetzen kann. Elemente wie bei einer wirtschaftlichen Selbständigkeit stellen damit einzig die Verpflichtung zu Investitionsleistungen und diejenige zur Tragung des wirtschaftlichen Risikos dar. Ansonsten liegt jedoch ein Subordinationsverhältnis vor, welches sonst dem Arbeitsvertrag eigen ist.

Wird ein Arbeitsverhältnis bloß dem Schein nach als selbständige Erwerbstätigkeit deklariert, ohne dass die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen, so handelt es sich nach der hiesigen Lehre um eine Scheinselbständigkeit¹³, weshalb die zwingenden, arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen zur Anwendung gelangen. Die Abhängigkeit muss dabei nicht zwingend rechtlicher Natur sein, doch muss sie eine Intensität annehmen, welche die Anwendung arbeitsrechtlicher Schutznormen rechtfertigt¹⁴.

Folgende Elemente sprechen im vorliegenden Fall für ein dem Arbeitsvertrag inhärentes Subordinationsverhältnis bzw. eine direkte Eingliederung des Tankstellenbetreibers in die Organisation der CMAG:

- Das Vertragskonstrukt wird von der CMAG zwingend vorgegeben,
- die Art der Tätigkeit, der zeitliche Rahmen sowie die Struktur wird bis ins letzte Detail von der CMAG vorgegeben,
- die Zwischenschaltung der GmbH dient einzig den Interessen der CMAG,
- die CMAG verfügt über ein umfassendes Weisungsrecht gegenüber dem Tankstellenbetreiber,
- der Tankstellenbetreiber als Geschäftsführer der GmbH verfügt lediglich über eine Kollektivunterschrift und ist

damit für jeden Beschluss auf die Mitwirkung der von CMAG eingesetzten Mitglieder angewiesen,

- zwei Angestellte der CMAG fungieren gemeinsam mit dem Tankstellenbetreiber als Geschäftsführer der GmbH,
- unternehmerische Entscheide werden von der CMAG gefällt und können auch gegen den Widerstand des Tankstellenbetreibers durchgesetzt werden, selbst dessen Absetzung,
- die CMAG verfügte über eine Lastschrift-Berechtigung auf dem GmbH-Konto, weshalb sie vor jeglichen Drittgläubigern mittels Verrechnung ihre eigenen Forderungen tilgen kann,
- Vertragsänderungen werden einseitig angeordnet und umgesetzt,
- die CMAG gibt die Buchhaltungsstelle zwingend vor,
- der Treibstoff geht nicht ins Eigentum des Tankstellenbetreibers oder der GmbH über, sondern letztere wird lediglich prozentual am Umsatz beteiligt und
- sämtliche Arbeitsverträge der GmbH mit den Angestellten (also auch der Arbeitsvertrag Tankstellenbetreibers) werden von der CMAG zwingend vorgegeben (auch die Lohnhöhe).

Damit ist nach Einschätzung der Autoren davon auszugehen, dass das Vertriebssystem als ein gesetzlich verpönte Umgehungstatbestand zu qualifizieren ist, wobei zwecks der Verschleierung und insbesondere als „Sicherungspuffer“ zwischen die eigentlichen Vertragsparteien (Arbeitsvertrag zwischen dem Tankstellenbetreiber und der CMAG) eine juristische Person eingesetzt wird (GmbH). Bezüglich der Entscheidungskompetenzen und der Selbständigkeit des Tankstellenbetreibers ist jedoch kein Unterschied zu einem direkt angestellten Filialleiter auszumachen.

Die Subsumption des Vertragskonstrukts zeitigt die Konsequenz, dass die vertragliche Beziehung zwischen dem Tankstellenbetreiber und der CMAG als direktes Arbeitsverhältnis qualifiziert werden sollte, bzw. zwingende arbeitsrechtliche Schutznormen anzuwenden sind, womit die dazwischen geschaltete GmbH als rechtlich inexistent zu behandeln ist.

Im Sinne eines Analogieschlusses kann auch auf die Rechtsprechung deutscher Gerichte zum mittelbaren Arbeitsverhältnis verwiesen werden. Ein solches liegt vor, wenn der vom Arbeitgeber beschäftigte Arbeitnehmer seinerseits selbst einen Arbeitnehmer beschäftigt, welcher die Arbeitsleistung ebenfalls unmittelbar für den Arbeitgeber erbringt, ohne dass zwischen ihnen ein Arbeitsvertrag geschlossen worden wäre. In diesem Fall wird von der Rechtsmissbräuchlichkeit des zwischengeschalteten „Arbeitgebers“ ausgegangen, sofern dieser keine unternehmerischen Entscheidungen treffen kann. In diesen Konstellationen ist von einem direkten Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und dem Vertragspartner des „Arbeitgebers“ auszugehen¹⁵.

Im Lichte der obigen Ausführungen liegt im vorliegenden Fall eine derartige Konstellation vor, womit der Tankstellenbetreiber bei der Anwendbarkeit zwingender arbeitsrechtlicher Schutznormen einen unabdingbaren Anspruch hat auf:

11 Vgl. BGE 4A_61/2008 oder 118 II 157 als Beispiele.

12 Vgl. Homepage der CMAG, http://www.coop-pronto.ch/home/stellenmarkt/jobs_shop-unternehmer/shop-unternehmer.html

13 Vgl. hierzu Streiff / von Kaenel / Rudolph, Arbeitsvertrag, Art. 319 N 2.

14 Vgl. BGE 4A_553/2008 vom 9.2.2009

15 BAG 11. April 2000 – 9 AZR 94/99 – EzS 19/39; BAG 9. April 1957 – 3 AZR 435/54 – AP BGB § 611 Mittelbares Arbeitsverhältnis Nr. 2.

- Rückerstattung seiner Investitionen,
- einen angemessenen Lohnes für seine Tätigkeit,
- die Übernahme des Arbeitgeberanteils an den Lohnnebenabgaben,
- eine Entschädigung der Überstunden samt der gesetzlichen Zuschläge sowie
- eine Entschädigung für allenfalls nicht bezogene Ferien.

Sodann sind allenfalls nicht befriedigte Drittkreditoren der GmbH, insbesondere andere Angestellte, welche ebenfalls als Arbeitnehmer der CMAG zu qualifizieren sind, von

dieser zu entschädigen. So enden die Zusammenarbeiten regelmäßig mit einer Überschuldung der GmbH und es wird diese nicht an den Nachfolger übergeben, sondern dieser ebenfalls verpflichtet, eine neue zu gründen, welche dann identische Verträge abschließt.

Dabei gilt es den Fokus insbesondere auch auf die Familienangehörigen des Tankstellenbetreibers zu richten, welche in der Regel ebenfalls keinen angemessenen Lohn für ihre Tätigkeit aus der GmbH beziehen konnten und deren Überstunden und nicht bezogene Ferien es ebenfalls durch die CMAG abzugelten gilt. ■

RA Christoph Kocks / RAin Behnusch Abdolrahimi

Die Scheinselbstständigkeit von Handelsvertretern in Belgien

II. Einleitung

Bei in Belgien selbstständig tätigen Handelsvertretern („agent de commerce indépendant / zelfstandige handelsagent“), die ihre Tätigkeit zumeist in Form einer GmbH („BVBA“/„SPRL“) ausüben, stellt sich häufig das Problem der „Scheinselbstständigkeit“, welches vor allem bei sozialversicherungsrechtlichen Statusverfahren oder bei einer Klage des vermeintlichen Selbstständigen nach Beendigung des Vertragsverhältnisses relevant wird. Bei einem scheinselbstständigen Handelsvertreter handelt es sich dabei um eine Person, die formal zwar den Status eines Selbstständigen inne hat, tatsächlich aber in einem Abhängigkeitsverhältnis zum Auftraggeber steht.¹ Einer der Hauptgründe für das vermehrte Auftreten dieses Phänomens in Belgien ist darin zu sehen, dass es insbesondere aus Unternehmersicht vorteilhafter ist, die Beziehung zum Auftragnehmer als selbstständiges Vertragsverhältnis auszugestalten, da dieser hierdurch den hohen Arbeitgeberanteil zur Sozialversicherung sparen kann, der gemäß Art. 38 des belgischen Arbeitnehmer-Sozialversicherungsgesetzes² im Rahmen eines Angestelltenverhältnisses zwingend anfällt. Zudem lassen sich auf diese Weise die arbeitsrechtlichen Bestimmungen umgehen, die der Gesetzgeber zum Schutz von Arbeitnehmern aufgestellt hat. So genießt ein Arbeitnehmer in Belgien nach dem Gesetz über Arbeitsverträge vom 03.07.1978³ Kündigungsschutz und kann bei einem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Arbeitsvertrag lediglich unter Einhaltung bestimmter gesetzlich festgelegten Mindestfristen gekündigt werden. Auch existiert ein besonderer Kündigungsschutz für bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern wie Schwangere oder Arbeitnehmervertreter, die nur unter erschwerten Bedingungen gekündigt werden können. Darüber hinaus genießt ein Arbeitnehmer sonstige soziale Absicherungen wie die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, Mindestlohn, Urlaubs- oder Weihnachtsgeld bzw. Arbeitszeitbeschränkungen, die einem Selbstständigen nicht zustehen.

II. Konsequenzen der Scheinselbstständigkeit

Wird ein Handelsvertreter formal als Selbstständiger beschäftigt, obwohl tatsächlich die Voraussetzungen eines Angestelltenverhältnisses erfüllt sind, so besteht das Risiko, dass das Belgische Bundesamt für Soziale Sicherheit („Office national de sécurité sociale – O.N.S.S. / Rijksdienst voor sociale zekerheid – RSZ) nach Kenntniserlangung von entsprechenden Umständen das Bestehen der Scheinselbstständigkeit feststellt und gemäß Art. 332 des Gesetzes vom 27.12.2006⁴ den rechtmäßigen Zustand durch die Requalifizierung des Vertragsverhältnis zu einem Arbeitsverhältnis wiederherzustellen versucht. Diese Feststellung hat vor allem für den Auftraggeber sowohl in sozialversicherungsrechtlicher als auch steuer- und strafrechtlicher Hinsicht drastische Konsequenzen.

1. Sozialversicherungsrechtliche Folgen

So können den Auftraggeber gemäß den Vorschriften des belg. Sozialversicherungsgesetzes (SVG)⁵ erhebliche Nachzahlungen der nicht abgeführten Sozialversicherungsbeiträge sowie Verspätungs- und Strafzuschläge erwarten. Auch muss er damit rechnen, dass gegen ihn nach Maßgabe der Vorschriften des belg. Sozialstrafgesetzbuches⁶ wegen Sozialbetrugs ermittelt wird. Der Auftraggeber haftet dabei, unabhängig davon, ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt, für die gesamten Beiträge einschließlich Arbeitnehmeranteil, was sich rechtlich daraus ergibt, dass der Arbeitgeber nach Art. 26 des belg. SVG grundsätzlich keinen Anspruch gegen den Arbeitnehmer auf Erstattung von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung hat.⁷ Ein Rückgriffsanspruch kann nach der Rechtsprechung auch vertraglich nicht wirksam vereinbart werden, da aus der Natur des Art. 26 als Norm des *ordre public* zu folgern sei, dass eine Vertragsklausel, die das Risiko der Scheinselbstständigkeit dem Auftragnehmer aufbürdet, indem sie einen Erstattungsanspruch des Auf-

1 Amtliche Begründung zum Programmgesetz vom 27.12.2012, S.212; Roman/Verbraecken, Zelfstandige :Schijn of Werkelijkheid, Antwerpen 2009, S.19

2 Loi établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés- Wet houdende de algemene beginselen van desociale zekerheid voor werknemers, Belgischer Staatsanzeiger vom 29.06.1981

3 Loi relative aux contrats de travail- Wet betreffende de arbeidsovereenkomsten, Belgischer Staatsanzeiger vom 22.08.1978

4 Loi-programme du 27 décembre 2006

5 Loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs

6 Code pénal social du 06 juin 2010/ Sociaal Strafwetboek

7 Vgl. M. Rigaux/ A. van Regenmortel, Rechts(on)zekerheid omtrent (Schijn)Zelfstandigheid, Antwerpen 2008, S. 204 ; P. Verdonck (Hrsg.), La nouvelle loi sur les relation de travail 2007, S.134