

## ÜBERSETZUNG

Geschäftsverzeichnissnr. 6728

Entscheid Nr. 50/2019  
vom 4. April 2019

### ENTSCHEIDSAUSZUG

---

In Sachen: Vorabentscheidungsfrage in Bezug auf Artikel 22<sup>ter</sup> des Gesetzes vom 27. Juni 1969 zur Revision des Erlassgesetzes vom 28. Dezember 1944 über die soziale Sicherheit der Arbeitnehmer, ersetzt durch Artikel 79 des Programmgesetzes (I) vom 29. März 2012, gestellt vom französischsprachigen Arbeitsgericht Brüssel.

Der Verfassungsgerichtshof,

zusammengesetzt aus den Präsidenten F. Daoût und A. Alen, und den Richtern J.-P. Snappe, E. Derycke, T. Giet, R. Leysen und M. Pâques, unter Assistenz des Kanzlers F. Meersschaut, unter dem Vorsitz des Präsidenten F. Daoût,

erlässt nach Beratung folgenden Entscheid:

\*

\* \*

### I. *Gegenstand der Vorabentscheidungsfrage und Verfahren*

In seinem Urteil vom 13. September 2017 in Sachen des Landesamtes für soziale Sicherheit gegen die « Hercule » PGmbH, dessen Ausfertigung am 26. September 2017 in der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen ist, hat das französischsprachige Arbeitsgericht Brüssel folgende Vorabentscheidungsfrage gestellt:

« Verstößt Artikel 22ter Absatz 2 des Gesetzes vom 27. Juni 1969 zur Revision des Erlassgesetzes vom 28. Dezember 1944 über die soziale Sicherheit der Arbeitnehmer gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung, an sich oder in Verbindung mit Artikel 6 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, mit Artikel 14 Absatz 7 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte und mit dem allgemeinen Rechtsgrundsatz ‘ *non bis in idem* ’,

wenn die von Amts wegen erfolgte Regularisierung der Beiträge der Teilzeitarbeitnehmer aufgrund einer Vollzeitbeschäftigung in Anwendung der im vorerwähnten Artikel 22ter Absatz 2 eingeführten Vermutung als eine besondere Art der Wiedergutmachung oder der Erstattung zivilrechtlicher Art mit dem Ziel, im Interesse der Finanzierung der sozialen Sicherheit einer gesetzwidrigen Situation ein Ende zu setzen, oder als eine Strafe im Sinne von Artikel 6 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und von Artikel 14 Absatz 7 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte zu betrachten ist,

während einerseits diese von Amts wegen erfolgte Regularisierung zusätzlich zu einer in Anwendung von Artikel 151 Absatz 1 Nr. 4 des Sozialstrafgesetzbuches auferlegten administrativen Geldbuße, anwendbar im Falle eines Verstoßes gegen gewisse Sozialgesetze, auferlegt werden kann,

und andererseits Artikel 22ter Absatz 2 des Gesetzes vom 27. Juni 1969 nicht die Möglichkeit vorsieht, die darin vorgesehene von Amts wegen erfolgte Regularisierung der Beiträge auszusetzen oder mit einem vollständigen oder teilweisen Aufschub zu verbinden, während der Arbeitgeber, der wegen der gleichen Tatsachen vor dem Korrektionalgericht verfolgt wird, in den Genuss des Gesetzes vom 29. Juni 1964 über die Aussetzung, den Aufschub und die Bewährung gelangen kann, wobei also Kategorien von Personen, die sich in vergleichbaren Situationen befinden, unterschiedlich behandelt werden? ».

(...)

### III. *Rechtliche Würdigung*

(...)

B.1.1. Die Vorabentscheidungsfrage bezieht sich auf Artikel 22ter des Gesetzes vom 27. Juni 1969 zur Revision des Erlassgesetzes vom 28. Dezember 1944 über die soziale Sicherheit der Arbeitnehmer (nachstehend: Gesetz vom 27. Juni 1969), der bestimmt:

« In Ermangelung einer in den Artikeln 157 bis 159 des Programmgesetzes [vom 22. Dezember 1989] erwähnten Bekanntmachung der Teilzeitarbeitsstundenpläne wird für die Teilzeitarbeitnehmer außer bei Beweis des Gegenteils vorausgesetzt, dass sie ihre Leistungen im Rahmen eines Arbeitsvertrags als Vollzeitarbeitnehmer erbracht haben ».

B.1.2. So wie sie auf den Sachverhalt der Streitsache vor dem vorlegenden Richter anwendbar sind, bestimmen die Artikel 157 bis 159 des Programmgesetzes vom 22. Dezember 1989, auf die der vorerwähnte Artikel 22<sup>ter</sup> Absatz 2 verweist:

« Art. 157. Une copie du contrat de travail du travailleur à temps partiel, constaté par écrit conformément à l'article 11<sup>bis</sup> de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, ou d'un extrait de ce contrat de travail contenant les horaires de travail et portant l'identité du travailleur à temps partiel auquel ils s'appliquent ainsi que sa signature et celle de l'employeur, doit être conservée à l'endroit où le règlement de travail peut être consulté en application de l'article 15 de la loi du 8 avril 1965 instituant les règlements de travail. Le Roi peut prévoir d'autres modalités équivalentes.

Art. 158. Lorsque le régime de travail du travailleur à temps partiel est organisé selon un cycle dont les horaires de travail ont été repris dans le règlement de travail et qui s'étend sur plus d'une semaine, il doit pouvoir être déterminé à tout moment quand commence le cycle.

Par cycle, il faut entendre une succession d'horaires journaliers de travail dans un ordre fixe déterminé dans le règlement de travail.

A défaut, l'employeur est tenu de se conformer aux obligations prévues à l'article 159.

Art. 159. Lorsque l'horaire de travail est variable, au sens de l'article 11<sup>bis</sup>, alinéa 3, de la loi du 3 juillet 1978 précitée, les horaires journaliers de travail doivent être portés à la connaissance des travailleurs par l'affichage d'un avis conforme au prescrit de l'alinéa 2, daté par l'employeur, ses mandataires ou préposés, dans les locaux de l'entreprise à l'endroit visé à l'article 15, alinéa 4, de la loi du 8 avril 1965 précitée, au moins cinq jours à l'avance, ou selon les modalités prévues par la convention collective de travail ou par le règlement de travail.

Un avis, daté par l'employeur, ses mandataires ou préposés doit être affiché dans les locaux de l'entreprise avant le commencement de la journée de travail à l'endroit visé à l'article 15, alinéa 4, de la loi du 8 avril 1965 précité. Cet avis doit déterminer individuellement l'horaire de travail de chaque travailleur à temps partiel. Il doit être conservé pendant une période d'un an à dater du jour où l'horaire qu'il contient cesse d'être en vigueur. Le Roi peut prévoir une autre modalité équivalente.

Le délai de cinq jours ouvrables prévu à l'alinéa 1er peut être modifié par une convention collective de travail conclue au sein d'une commission paritaire et rendue obligatoire par arrêté royal ».

B.2.1. Der Gerichtshof wird zur Vereinbarkeit von Artikel 22ter Absatz 2 des Gesetzes vom 27. Juni 1969 mit den Artikeln 10 und 11 der Verfassung, an sich oder in Verbindung mit Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention, mit Artikel 14 Absatz 7 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte und mit dem allgemeinen Grundsatz « *non bis in idem* » befragt, insofern die von Amts wegen erfolgte Regularisierung der Beiträge der Teilzeitarbeitnehmer aufgrund einer Vollzeitbeschäftigung in Anwendung der in der fraglichen Bestimmung eingeführten Vermutung zusätzlich zu einer in Anwendung von Artikel 151 Absatz 1 Nr. 4 des Sozialstrafgesetzbuches auferlegten administrativen Geldbuße, anwendbar im Falle eines Verstoßes gegen gewisse Sozialgesetze, auferlegt werden kann.

Artikel 151 Absatz 1 Nr. 4 des Sozialstrafgesetzbuches bestimmt :

« Mit einer Sanktion der Stufe 3 wird der Arbeitgeber, sein Angestellter oder sein Beauftragter bestraft, der unter Verstoß gegen das Programmgesetz vom 22. Dezember 1989:

[...]

4. keine von dem Arbeitgeber, seinem Angestellten oder seinem Beauftragten datierte Bekanntmachung mit dem individuellen Arbeitsstundenplan jedes Teilzeitarbeitnehmers vor Beginn des Arbeitstages oder gemäß den vom König vorgeschriebenen Modalitäten in den Räumlichkeiten des Unternehmens an der Stelle, an der die Arbeitsordnung eingesehen werden kann, ausgehängt hat, ».

Nach Artikel 101 desselben Gesetzbuches besteht die Sanktion der Stufe 3 entweder aus einer strafrechtlichen Geldbuße von 100 bis zu 1.000 EUR oder aus einer administrativen Geldbuße von 50 bis zu 500 EUR.

B.2.2. Der Gerichtshof wird ebenfalls zu dem Umstand befragt, dass der fragliche Artikel 22ter Absatz 2 für den Richter nicht die Möglichkeit vorsieht, die darin vorgesehene von Amts wegen erfolgte Regularisierung der Beiträge auszusetzen oder mit einem vollständigen oder teilweisen Aufschub zu verbinden, während der Arbeitgeber, der wegen der gleichen Tatsachen vor dem Korrekionalgericht verfolgt wird, in den Genuss des Gesetzes vom 29. Juni 1964 über die Aussetzung, den Aufschub und die Bewährung gelangen kann.

B.3.1. Aufgrund des allgemeinen Rechtsgrundsatzes *non bis in idem* darf niemand wegen einer strafbaren Handlung, wegen der er bereits « nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht des jeweiligen Landes » rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, erneut verfolgt oder bestraft werden. Dieser Grundsatz ist ebenfalls in Artikel 4 des in Bezug auf Belgien am 1. Juli 2012 in Kraft getretenen siebten Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention verankert.

B.3.2. Gemäß der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte verbietet es der Grundsatz *non bis in idem*, « eine Person für einen zweiten ‘ Verstoß ’ zu verfolgen oder zu verurteilen, insofern dieser auf identischen Tatbeständen oder auf Tatbeständen, die im Wesentlichen die gleichen sind, beruht » (EuGHMR, Große Kammer, 10. Februar 2009, *Zolotoukhine gegen Russland*, § 82).

Damit der Grundsatz *non bis in idem* zur Anwendung gelangen kann, muss feststehen, dass die streitgegenständliche Maßnahme einen strafrechtlichen Charakter aufweist (siehe EuGHMR, Große Kammer, 15. November 2016, *A und B gegen Norwegen*, §§ 101-134; 31. Mai 2011, *Kurdov und Ivanov gegen Bulgarien*, §§ 35-46; Große Kammer, 10. Februar 2009, *Zolotoukhine gegen Russland*, §§ 52-57, 70-84).

B.3.3. Aufgrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte handelt es sich bei einer Maßnahme um eine strafrechtliche Sanktion im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention, wenn sie nach der Qualifikation des innerstaatlichen Rechts einen strafrechtlichen Charakter aufweist oder wenn aus der Art der Straftat, nämlich der allgemeinen Tragweite sowie der präventiven und repressiven Zielsetzung der Bestrafung, hervorgeht, dass es sich um eine strafrechtliche Sanktion handelt, oder auch wenn aus der Art und der Schwere der Sanktion, die dem Betroffenen auferlegt wird, hervorgeht, dass sie einen bestrafenden und somit abschreckenden Charakter aufweist (EuGHMR, Große Kammer, 15. November 2016, *A und B gegen Norwegen*, §§ 105-107; Große Kammer, 10. Februar 2009, *Zolotoukhine gegen Russland*, § 53; Große Kammer, 23. November 2006, *Jussila gegen Finnland*, §§ 30-31). Der genannte Gerichtshof wendet dieselben Kriterien im Rahmen von Artikel 4 des siebten Zusatzprotokolls zur selben Konvention an (EuGHMR, Große Kammer, 15. November 2016, *A und B gegen Norwegen*, § 107). Dieser Artikel hat eine ähnliche Tragweite wie Artikel 14 Absatz 7 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte.

B.4.1. Der fragliche Artikel 22ter wurde in das Gesetz vom 27. Juni 1969 durch Artikel 181 des Programmgesetzes vom 22. Dezember 1989 eingefügt, damit die von den Teilzeitarbeitnehmern tatsächlich erbrachten Leistungen besser kontrolliert werden können, um der Schwarzarbeit und dem Missbrauch beim Arbeitslosengeld vorzubeugen und sie zu bekämpfen.

In der Begründung des Programmgesetzes wurde präzisiert:

« Les travailleurs à temps partiel ont une durée de travail qui est par nature plus réduite que celles des travailleurs à temps plein.

Ils ont donc, plus encore que ces derniers, la possibilité de prester des heures de travail au-delà de la durée de travail convenue à l'origine avec leur employeur.

Ces heures complémentaires sont très difficiles à identifier, de sorte que, à défaut de moyens de contrôle efficace (tel le pointage des travailleurs), le risque est réel que la rémunération payée pour ces prestations ne fasse pas l'objet du paiement de cotisations de sécurité sociale et de prélèvements fiscaux.

En outre, la plupart de ces travailleurs à temps partiel bénéficient d'allocations de chômage complémentaires, une partie de ces allocations est perçue abusivement, car cumulée avec des prestations de travail.

Les présentes dispositions entendent mettre fin à ces pratiques en rendant possible une meilleure connaissance des prestations réellement effectuées par les travailleurs à temps partiel.

[...]

L'article 170 tend à renverser la charge de la preuve des prestations effectuées par le travailleur à temps partiel. Lorsque les parties ont librement convenu de certaines prestations, elles sont présumées s'y être tenues, sauf si elles peuvent apporter la preuve du contraire.

Si elles n'ont respecté aucune des obligations qui leur incombent, en vertu des articles 156 à 158, quant à la détermination de la durée des prestations, elles seront présumées, jusqu'à preuve du contraire, avoir conclu un contrat de travail à temps plein.

L'article 171 énumère les infractions aux dispositions des sections 1 et 2 et en fixe la sanction.

À noter que l'infraction prévue au premier alinéa, 4°, b, ne vise que le remplissage insuffisant du document.

L'alinéa 2, qui a trait exclusivement aux infractions aux dispositions de la section 2 ajoutée à la sanction pénale prévue, la sanction civile du paiement d'une indemnité forfaitaire à l'office national de sécurité sociale.

Cette disposition spécifique à la répression du travail au noir, dont la volonté manifeste de ne pas respecter les dispositions relatives au contrôle des prestations des travailleurs à temps partiel constitue un indice sérieux, figure déjà à l'article 11*bis* de l'arrêté royal n° 5 du 23 décembre 1978 relatif à la tenue des documents sociaux » (*Parl. Dok.*, Kammer, 1989-1990, Nr. 975/1, SS. 59-61).

B.4.2. Die letzte Abänderung des fraglichen Artikels 22*ter* wurde durch Artikel 79 des Programmgesetzes (I) vom 29. März 2012 eingefügt, um den widerlegbaren Charakter der in ihm enthaltenen Vermutung zu verankern.

B.5.1. Weder durch den Umstand, dass sich der fragliche Artikel 22*ter* in Kapitel 4 des Gesetzes vom 27. Juni 1969, in dem es um die Einziehung und Beitreibung der Sozialversicherungsbeiträge geht, befindet, noch durch die Vorarbeiten zu dem Programmgesetz, das ihm zugrunde liegt, oder durch die Vorarbeiten der verschiedenen in der Folge vorgenommenen Abänderungen wird die Maßnahme als strafrechtliche Sanktion eingestuft.

B.5.2. Ein Arbeitgeber, der die von den Artikeln 157 bis 159 des Programmgesetzes vom 22. Dezember 1989 vorgeschriebenen Pflichten nicht einhält, wird dazu verurteilt, die Beiträge zu zahlen, die auf die Differenz zwischen den gemeldeten Entlohnungen und den Entlohnungen, die auf der Grundlage einer Vollzeitbeschäftigung des betreffenden Arbeitnehmers berechnet werden, geschuldet werden.

In Anwendung von Artikel 42 des Gesetzes vom 27. Juni 1969, der vorsieht, dass die Schulforderungen des Landesamtes für soziale Sicherheit zu Lasten der diesem Gesetz unterstehenden Arbeitgeber in drei Jahren ab dem Tag ihrer Fälligkeit verjähren, ist der Zeitraum der von Amts wegen erfolgten Regularisierung der Sozialbeiträge auf die drei letzten Jahre der Beschäftigung der betreffenden Arbeitnehmer beschränkt.

Zwar kann, wie die klagende Partei vor dem vorlegenden Richter feststellt, die von Amts wegen erfolgte Regularisierung dieser Beiträge erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen für den Arbeitgeber haben, die bis zur dreifachen Höhe der bereits erhobenen Beiträge reichen können, aber dies erklärt sich durch die Differenz zwischen den Beiträgen, die tatsächlich von

diesem Arbeitgeber aufgrund der angeblichen Teilzeitbeschäftigung der betreffenden Arbeitnehmer gezahlt wurden und den Beiträgen, die aufgrund der Vollzeitbeschäftigung dieser Arbeitnehmer hätten gezahlt werden müssen, die infolge der fraglichen Bestimmung vermutet wird.

B.5.3. Aufgrund des widerlegbaren Charakters dieser Vermutung hat der Arbeitgeber immer noch die Möglichkeit, mit allen rechtlichen Mitteln nachzuweisen, dass der oder die betreffenden Arbeitnehmer in Teilzeit beschäftigt ist/sind. Wird ein solcher Beweis erbracht, ist er nicht zur Zahlung der zusätzlichen Beiträge verpflichtet. Wie aus dem Kassationsentscheid vom 3. Februar 2003 (S.02.0081.N) hervorgeht, beinhaltet dieser Beweis nicht, dass der Umfang der tatsächlich ausgeführten Leistungen im Rahmen eines Teilzeitarbeitsvertrags nachgewiesen werden muss.

B.6. Angesichts dieser Elemente hat die von Amts wegen erfolgte Regularisierung der geschuldeten Beiträge keine repressive Funktion (in diesem Sinne: Kass., 5. Juni 2001, P.99.1501.N), sondern stellt eine Maßnahme dar, die als Sanktion hauptsächlich zivilrechtlicher Art im Interesse der Finanzierung der sozialen Sicherheit einzustufen ist, mit der eine Situation, die im Widerspruch zum Gesetz steht, beendet werden soll, sodass sie nicht zum Anwendungsbereich von Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention gehört.

B.7. Da die fragliche Bestimmung eine Maßnahme von hauptsächlich zivilrechtlicher Art im Interesse der Finanzierung der sozialen Sicherheit einführt, kann der Grundsatz *non bis in idem* darauf nicht anwendbar sein.

B.8.1. Die im Gesetz vom 29. Juni 1964 über die Aussetzung, den Aufschub und die Bewährung vorgesehenen Maßnahmen sind eng mit den strafrechtlichen Sanktionen verbunden. Sie bezwecken, « es dem Richter zu ermöglichen, den Urheber einer Straftat während einer gewissen Zeit auf die Probe zu stellen, und wenn sein Verhalten zufriedenstellend ist, wird im Anschluss daran keine Verurteilung verkündet und keine Gefängnisstrafe auferlegt » (*Ann.*, Senat, 1963-1964, Nr. 5, Sitzung vom 26. November 1963, S. 80). Diese Maßnahmen wurden eingeführt mit dem Ziel, die entehrenden Folgen einer strafrechtlichen Verurteilung zu beheben oder abzumildern.

B.8.2. Da die fragliche Maßnahme von hauptsächlich zivilrechtlicher Art ist, ist es vernünftig gerechtfertigt, dass es dem Arbeitsgericht nicht möglich ist, eine Maßnahme wie die Aussetzung oder den Aufschub anzuwenden, die eng mit der strafrechtlichen Natur der Sanktion verbunden ist, mit der sie einhergeht.

B.9. Die Vorabentscheidungsfrage ist verneinend zu beantworten.

Aus diesen Gründen:

Der Gerichtshof

erkennt für Recht:

Artikel 22<sup>ter</sup> Absatz 2 des Gesetzes vom 27. Juni 1969 zur Revision des Erlassgesetzes vom 28. Dezember 1944 über die soziale Sicherheit der Arbeitnehmer verstößt nicht gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung, an sich oder im Verbindung mit Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention, mit Artikel 14 Absatz 7 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte und mit dem allgemeinen Rechtsgrundsatz *non bis in idem*.

Erlassen in französischer und niederländischer Sprache, gemäß Artikel 65 des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989 über den Verfassungsgerichtshof, am 4. April 2019.

Der Kanzler,

Der Präsident,

(gez.) F. Meersschaut

(gez.) F. Daoût