



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38670
Telefax: (43 01) 4000 99 38670
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: VGW-042/063/13919/2016-12
F. S.

Wien, 05.04.2017

Geschäftsabteilung: VGW-I

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Mag. Al-Hachich über die Beschwerde des Herrn F. S., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 30.09.2016, Zl. MBA ... - S 22524/16, wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 26 Abs. 1 AZG, BGBl. Nr. 461/1969 idgF., nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 16.03.2017 zu Recht e r k a n n t:

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde insoweit Folge gegeben, als der Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses wie folgt abgeändert wird:

„Sie haben als Arbeitgeber (N. e.U.) mit Sitz in Wien, E.-platz, in der Arbeitsstätte in Wien, A., am 13.04.2016 (Zeitpunkt der Kontrolle) die Bestimmung des § 26 Abs. 1 Arbeitszeitgesetzes insofern nicht eingehalten, als über die von dem in der Arbeitsstätte beschäftigten Arbeitnehmer im Zeitraum von 13.04.2015 bis 13.04.2016 geleisteten Arbeitsstunden keine in der Betriebsstätte einsehbaren Aufzeichnungen geführt wurden.“

und diesbezüglich wegen einer Übertretung des § 26 Abs. 1 Arbeitszeitgesetzes eine Geldstrafe von € 288,00 und für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 17 Stunden verhängt wird.

Dementsprechend beträgt der Beitrag zu den Kosten des Verfahrens bei der belangten Behörde gemäß § 64 Abs. 2 VStG € 28,80, das sind 10% der verhängten Geldstrafe.

II. Gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG hat der Beschwerdeführer einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von € 57,60 (das sind 20% der verhängten Geldstrafe) zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

Entscheidungsgründe

I. Der Magistrat der Stadt Wien – Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, erließ gegen den Beschwerdeführer ein Straferkenntnis mit folgendem Wortlaut:

„Sie haben als Arbeitgeber (N. e.U.) mit Sitz in Wien, E.-platz, in der Arbeitsstätte in Wien, A., am 13.04.2016 (Zeitpunkt der Kontrolle) die Bestimmung des § 26 Abs. 1 Arbeitszeitgesetzes insofern nicht eingehalten, als über die von den in der Arbeitsstätte beschäftigten 2 ArbeitnehmerInnen im Zeitraum von 13.04.2015 bis 13.04.2016 geleisteten Arbeitsstunden keine in der Betriebsstätte einsehbaren Aufzeichnungen geführt wurden und auf Verlangen keine Einsicht in die Aufzeichnungen über die von diesen ArbeitnehmerInnen geleisteten Arbeitsstunden gewährt wurde.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 26 Abs. 1 Arbeitszeitgesetz BGBl. Nr. 461/1969 idGF (AZG)

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen werden über Sie folgende Strafe verhängt:

2 Geldstrafen von je € 288,00, falls diese uneinbringlich sind, 2 Ersatzfreiheitsstrafen von je 17 Stunden gemäß § 28 Abs. 2 Z 7 iVm Abs. 8 AZG

Summe der Geldstrafen: € 576,00

Summe der Ersatzfreiheitsstrafen: 1 Tag und 10 Stunden

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

€ 57,60 als Beitrag zu den Kosten der Strafverfahren, d.s. 10% der Strafe (mindestens jedoch € 10,00 je Übertretung)

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafen/Kosten) beträgt daher € 633,60.

Außerdem sind die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen.“

II. In der dagegen fristgerecht erhobenen Beschwerde brachte der Beschwerdeführer im Wesentlichen vor, in der gegenständlichen Arbeitsstätte werde nur eine Person beschäftigt, und zwar Herr G. N.. Dieser werde in der Mittagspause bzw. an Freitagen ab 14 Uhr vom Beschwerdeführer persönlich abgelöst. Auch an Samstagen stehe der Beschwerdeführer selbst im Geschäftslokal. Die Arbeitszeit von Herrn N. sei somit genau festgelegt und folge dem vorgegebenen Zeitrahmen. Es müsse bei der Begehung durch das Arbeitsinspektorat zu einem Missverständnis gekommen und der Beschwerdeführer selbst als Arbeitnehmer qualifiziert worden sein.

Die Bestimmung des AZG diene dem Schutz der Arbeitnehmer. Es solle verhindert werden, dass diese von ihrem Arbeitgeber aufgrund ihrer schwächeren Position ausgebeutet würden. Dies sei gegenständlich nicht notwendig. Herr G. N. halte sich penibel an die vorgeschriebenen maximalen Wochenarbeitsstunden, welche durch die Dienstenteilung vorgegeben wären. Während der Mittagspausen, Freitagnachmittags und am Samstag sei der Beschwerdeführer selbst im Geschäftslokal tätig. Somit sei es zu keinem Eingriff in ein Rechtsgut, das vom AZG geschützt werden solle, gekommen und sei auch kein Schaden entstanden. Das Verfahren könne gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG eingestellt werden oder eine Ermahnung gemäß § 45 Abs. 2 VStG verfügt werden, da die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschwerdeführers gering wären. Weiters wurde vorgebracht, dass bei der behördlichen Strafbemessung der Milderungsgrund der Unbescholtenheit des Beschwerdeführers nicht berücksichtigt worden wäre.

III. Das Verwaltungsgericht Wien führte am 16.03.2017 gemeinsam mit dem – einen anderen gegen den Beschwerdeführer gerichteten Tatvorwurf betreffenden - Verfahren VGW-042/063/13923/2016 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, an welcher der Beschwerdeführer und sein Vertreter sowie eine Vertreterin des Arbeitsinspektorates teilnahmen. Im Zuge der Verhandlung wurden der Meldungsleger sowie Herr G. N. zeugenschaftlich einvernommen.

Der Beschwerdeführer machte im Zuge der Verhandlung folgende Aussage:

„Einkommen: keine Angaben
 Vermögen: keine Angaben
 Sorgepflichten: keine

Ich bin Inhaber der „N. e.U.“. Wir handeln ausschließlich mit elektrischen Zigaretten. Wir betreiben aktuell sieben Standorte in Österreich. Wir haben ca. 18 bis 19 Mitarbeiter, in jedem Standort jedenfalls zwei. Bei den Standorten handelt es sich jeweils um Verkaufsgeschäfte. Ich selbst arbeite im Betrieb auch mit. Ich mache beispielsweise in einem Standort Mittagspausenablösen und besuche die anderen Standorte regelmäßig, das heißt wöchentlich. Im Standort A. gibt es lediglich einen Angestellten, Herr G. N., den ich vertrete. Bei Frau B. Z. handelt es sich um meine Lebensgefährtin, die bei mir angestellt ist, im Betrieb mitarbeitet und für mich auch viel unterwegs ist, bzw. sind wir auch gemeinsam unterwegs. Die Öffnungszeiten in der Betriebsstätte A. sind Montag bis Freitag von 09:00 Uhr bis 19:00 Uhr und Samstag von 09:00 bis 18:00 Uhr. Am Samstag arbeite weitgehend ich dort, das machen wir uns aus. Ich korrigiere jetzt, am Samstag hat er immer frei und ich bin alleine im Geschäft. Meine Lebensgefährtin ist manchmal mit mir mit und manchmal nicht, wie das in einem Familienbetrieb üblich ist. Die Mittagspause für Herrn N. mache fast immer ich, wenn es gar nicht geht, dann kommt meine Lebensgefährtin. Wir machen uns kurzfristig aus, wann Herr N. jeweils auf Mittagspause geht. Das ist manchmal von 12:00 Uhr bis 14:00 Uhr und manchmal von 13:00 Uhr bis 15:00 Uhr. Es ist so, dass ich in der Arbeitsstätte A. am häufigsten bin. An allen anderen Standorten sind zwei Personen angemeldet, die sich ihre Dienste ausmachen. Ich muss natürlich auch an den anderen Standorten einspringen. Wenn Herr N. auf Urlaub ist oder ich auf Urlaub gehe muss die Arbeit jemand anderer machen. Manchmal hilft mein Bruder aus, der an sich in einer anderen Branche selbstständig ist. Es kommt auch vor, dass ein Mitarbeiter von einem anderen Standort einspringt.

Herr N. führt selbstverständlich Arbeitszeitaufzeichnungen.

Er hat sie immer geführt, aber er hat sie auf seinem Handy oder IPad geführt. Er war immer dazu angehalten Arbeitszeitaufzeichnungen zu führen. Seit April 2015 führt er sie. Auf Frage sage ich mal, ich habe sie kontrolliert. Konkret gebe ich an, ich schaue sie mir an, er führt sie in einem Kalender mit. Früher hatte er sie am Handy oder IPad geführt. Ich habe sie mir auch angeschaut. Im April 2015 gab es einen Besuch des Arbeitsinspektorates. Seither führt er Arbeitszeitaufzeichnungen.

Auf Vorhalt, dass der Besuch bereits im Jänner war: Es hat eine Zeit lang gebraucht, bis das Arbeitsinspektorat geschrieben hat, was es eigentlich will. Das E-Mail des Arbeitsinspektorates vom 09.02.2015 habe ich in den Spamfilter verschoben. Wir haben aber schon etwas gemacht und zwar einen Elektrobefund und den „AUVA-Schwachsinn“.

Ich weiß jetzt nicht mehr wann ich diese Maßnahmen veranlasst habe.

Herr N. hat mir von der Kontrolle nur erzählt, dass jemand da war, der sehr unangenehm war und etwas schreiben werde. Ich weiß jetzt nicht ob es drei oder zwei Kontrollen gewesen sind. Zu den Arbeitszeitaufzeichnungen gebe ich nochmals an, diese seien eh gemacht worden. Ich fühle mich von den Vorschreibungen des AI „gefrotzelt“.

Die Ausbildung meines Mitarbeiters zur Erste-Hilfe-Leistung verweigere ich mit der Begründung, dass nur ein Mitarbeiter beschäftigt wird.

Auf Frage, ob meine Lebensgefährtin Angestellte ist:

Wir sind ein Familienbetrieb. Meine Lebensgefährtin bezieht natürlich ein Gehalt von mir, wir ziehen aber alle in eine Richtung. Meine Lebensgefährtin ist zur Sozialversicherung angemeldet.

Auf Vorhalt des Sozialversicherungsdatenauszugs vom 15.12.2016:

Es muss sich um ein internes Behördenversagen handeln. Meine Lebensgefährtin ist sicher angemeldet. Es ist mir aber auch recht, wenn manche nicht alles finden, da sie mich sowieso nur schikanieren wollen.

Die Sinnhaftigkeit der Vorschrift bzgl. Ersthelfer sehe ich nicht ein. Das einzige das für mich heute einen Sinn macht, ist dass wir das werblich ausschlichten. Viele Freunde hat das Arbeitsinspektorat sowieso nicht.“

Der Zeuge Herr N. sagte aus:

„Ich bin seit 2014 Mitarbeiter im Betrieb des Beschwerdeführers. Ich bin im Verkauf tätig. Ich arbeite immer in der Arbeitsstätte in Wien, A., dies seit meinem Dienstbeginn. Meine Arbeitszeiten sind die, die im Vertrag stehen, also eine 40-Stunden-Woche. Die Zeiten sind flexibel, weil ich auch meine freien Tage haben. Die Shop-Öffnungszeiten sind von 09:00 Uhr bis 19:00 Uhr von Montag bis Freitag. Am Samstag ist von 09:00 Uhr bis 18:00 Uhr geöffnet, ich arbeite allerdings am Samstag nicht. Ich weiß nicht wer am Samstag im Betrieb tätig ist. Ich bin nur Angestellter. Unter der Woche werde ich von Herrn S. oder von Frau B. Z. abgelöst. Ich glaube, dass das auch am Samstag so ist, weiß das aber nicht. Abgelöst werde ich jeweils zur Mittagspause, das sind jeweils zwei Stunden. Manchmal ab 10:00 Uhr, manchmal ab 11:00 Uhr, das machen wir uns im Einzelfall aus. Arbeitszeitaufzeichnungen sowie vom Arbeitsinspektorat gewünscht führe ich seit 14.04.2016. Vorher hatte ich meine Zeiten am Handy aufgezeichnet, ich habe dem Arbeitsinspektorat mein Handy bei den Kontrollen nicht gezeigt. Ich wurde mit vielen Fragen „bombardiert“, und wusste nicht berechtigt oder verpflichtet wäre Auskunft zu erteilen. Ich wusste schon, dass der Herr vom Arbeitsinspektorat war, ich bin aber nicht rechtskundig. Ich habe nicht versucht Herrn S. im Zuge der Kontrolle zu erreichen, sondern habe alles so weit wie möglich beantwortet. Es war mit dem Beschwerdeführer sowieso vereinbart, dass wir Arbeitszeitaufzeichnungen machen. In welcher Art und Weise ist mir entgangen. Ich habe es in meinem privaten Kalender bzw. auf meinem privaten Handy. Ich kann nicht sagen, ob der Beschwerdeführer die Aufzeichnungen am Handy kontrolliert hat, es gab aber ohnedies fixe Öffnungszeiten und da mich der Beschwerdeführer selbst ablöst besteht ohnedies keine Möglichkeit zu unrichtigen Angaben. Die einzige Möglichkeit eines Betruges meinerseits wäre, dass ich später aufsperrte oder früher nach Hause gehe. Das ist aber nicht vorgekommen. Wenn ich freie Tage gebraucht habe, oder sonstige Termine habe, ist es beim Beschwerdeführer noch nie ein Problem gewesen. Es war immer der Beschwerdeführer der mich abgelöst hat oder Frau Z..“

Springer von anderen Filialen sind mir nicht Erinnerunglich.

Wer in meiner Urlaubszeit meine Vertretung war ist mir nicht bekannt. Ich gehe davon aus, dass es der Beschwerdeführer oder Frau Z. waren, weiß es aber nicht genau.

Ich kann mich an einen Besuch des Arbeitsmediziners erinnern. Damals wurde nur die Stolpergefahr durch ein Kabel gerügt, was mittlerweile behoben wurde. Ich habe gesagt, dass ich und ein Kollege da sind, damit habe ich den Beschwerdeführer bzw. Frau Z. gemeint.

Ich kann mich jetzt nicht mehr erinnern, was ich bei den Kontrollen des Arbeitsinspektorates bezüglich Dienstnehmer genau gesagt habe. Wenn ich dort Angaben gemacht habe, hat es mich, den Beschwerdeführer oder Frau Z. betroffen. Ich war immer ausschließlich in der Filiale A. beschäftigt.

Es war nie jemand gleichzeitig mit mir im Dienst. Der Beschwerdeführer hat mich von Anfang an angewiesen Arbeitszeitaufzeichnungen zu führen. Es gibt im Geschäft keine gefährlichen Tätigkeiten. Wenn ich erste Hilfe brauche, würde ich in schweren Fällen die Rettung anrufen. Wahrscheinlich könnte der Beschwerdeführer innerhalb von 20 Minuten von seinem Arbeitsplatz E.-platz zu mir in die Filiale kommen. Es gibt keine gefährlichen Tätigkeiten, ich habe auch nichts zu schleppen. Ich habe 1997 den Führerschein gemacht und auch eine Erste-Hilfe-Ausbildung gemacht.“

Der zeugenschaftlich einvernommene Meldungsleger machte folgende Aussage:

„Ich habe die Arbeitsstätte des Beschwerdeführers A. insgesamt drei Mal kontrolliert.

Die erste Kontrolle war am 29.01.2015. Es war eine normale Routinekontrolle. Es gab daraufhin das erste Aufforderungsschreiben. Ich habe mit Herrn N. gesprochen. Dieser war alleine in der Filiale. Laut seiner Auskunft am 29.01.2015 sollen in der Filiale zwei männliche und ein weiblicher Arbeitnehmer beschäftigt sein. Ich habe nur gefragt, wie viele Mitarbeiter es gibt. Um wen es sich dabei handelt, habe ich nicht gefragt. Aufgrund der ersten Kontrolle gab es dann ein Schreiben per E-Mail an den Beschwerdeführer, es wurde ihm eine Frist zur Antwort bis 12.05.2015 gesetzt. Es kam keine Antwort. Daraufhin wurde eine weitere Frist bis 25.08.2015 eingeräumt. Es erfolgte wieder keine Reaktion darauf. Daraufhin ist es bei uns so üblich, dass wir einen „Akt“ bekommen, das heißt wir müssen noch einmal kontrollieren. Ich war dann am 12.11.2015 nochmals dort und habe wieder mit Herrn N. gesprochen.

Die Mängel die grundsätzlich beanstandet worden waren, waren nicht erledigt.

Herr N. hat auch bei dieser Kontrolle angegeben, dass sich bei der Mitarbeiteranzahl nichts geändert hätte. Normalerweise ist es so üblich, dass daraufhin sofort die Strafanzeige folgt. Wir haben aber nochmals ein Überprüfungsergebnis per E-Mail geschickt, dies mit der entsprechenden Strafandrohung. Es wurde eine Frist bis 01.03.2016 für die Rückantwort gesetzt. In der Zwischenzeit gab es einen E-Mail-Verkehr mit der Firma „N.“. Am 12.11. gab es ein E-Mail des Beschwerdeführers. Er gab dazu an, das erste Schreiben nicht erhalten zu haben, und dass er die Aufregung und die Strafandrohung nicht verstehe. Er erwarte einen behördlichen eingeschriebenen Brief und nicht eine E-Mail. In der Folge erhielten wir das Mail von Frau Z. vom 03.12.2015. Ich habe dann am 13.04.2016 die Arbeitsstätte neuerlich besucht, da es nach dem 03.12.2015 keine weiteren Rückmeldungen gegeben hatte. Bei diesem Besuch war ein Teil der Mängel bereits

behaben. Es blieben nur noch die beiden angezeigten Mängel sowie die fehlende Evaluierung der psychischen Belastung übrig. Bei der dritten Kontrolle war wieder Herr N. über. Im Protokoll der Sicherheitsfachkraft und der Arbeitsmedizinerin, die bei der Begehung vorlagen, sind zwei Dienstnehmer(Innen) angeführt. Aus dem Protokoll der Begehung der Sicherheitsfachkraft geht hervor, dass der Beschwerdeführer selbst anwesend war. Ich habe dann mit Herrn N. darüber gesprochen, warum nunmehr lediglich zwei Arbeitnehmer angeführt sind, er sagte, er wisse das jetzt auch nicht, möglicherweise hätte er den Chef selbst dazu gezählt. Bei diesem Besuch sagte ich Herrn N., dass ich jetzt eine Strafanzeige einleiten muss.

Herr N. hat mir am Handy das Sicherheitsfachkraftprotokoll gezeigt. Arbeitszeitaufzeichnungen konnten nicht eingesehen werden.“

IV. Aufgrund des Akteninhaltes und des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender Sachverhalt fest:

Der Beschwerdeführer ist seit 19.11.2013 Inhaber des Unternehmens N. e.U. Unternehmensgegenstand ist der Verkauf von elektrischen Zigaretten; es werden in Österreich an sieben Standorten ca. 18 bis 19 Mitarbeiter beschäftigt. In der Arbeitsstätte in Wien, A. wird seit dem Jahr 2014 der Mitarbeiter Herr G. N. regelmäßig beschäftigt. Der Beschwerdeführer selbst bzw. seine Lebensgefährtin sind während der Mittagspausen von Herrn N. bzw. an Samstagen in der gegenständlichen Arbeitsstätte tätig, gelegentlich helfen andere Personen als Urlaubsvertretung aus. Anlässlich einer Kontrolle dieser Arbeitsstätte durch das Arbeitsinspektorat am 13.04.2016 wurde festgestellt, dass für den Zeitraum von 13.04.2015 bis 13.04.2016 keine in der Betriebsstätte einsehbaren Aufzeichnungen über die von Herrn N. geleisteten Arbeitsstunden geführt wurden.

V. Dass der Beschwerdeführer Inhaber des Unternehmens N. e.U. ist, ergibt sich aus dem im Akt befindlichen Firmenbuchauszug und wurde im Übrigen auch nicht bestritten. Hinsichtlich des Unternehmensgegenstandes, der Anzahl der Standorte und Mitarbeiter wurde der Aussage des Beschwerdeführers im Zuge der mündlichen Verhandlung gefolgt.

Dass zum Tatzeitpunkt lediglich Herr N. in der Arbeitsstätte regelmäßig beschäftigt wurde, wurde vom Beschwerdeführer selbst sowie auch von Herrn N. angegeben und stimmt im Übrigen auch mit der Aussage des zeugenschaftlich einvernommenen Meldungslegers insofern überein, als dieser angab, bei allen drei Besuchen der

Arbeitsstätte jeweils nur Herrn N. angetroffen zu haben. Die Feststellung, dass in der Arbeitsstätte zwei Arbeitnehmer beschäftigt würden, wurde nach Aussage des Meldungslegers aufgrund der Angabe von Herrn N. getroffen. Dass es in diesem Zusammenhang insoweit zu einem Missverständnis gekommen sein könnte, als Herr N. bei der gegenständlich relevanten Begehung vom 13.04.2016, als er von zwei Beschäftigten sprach, den Beschwerdeführer selbst gemeint hatte, erscheint nachvollziehbar. Konkrete Hinweise darauf, dass zum Zeitpunkt der Kontrolle ein weiterer Arbeitnehmer regelmäßig in der Arbeitsstätte beschäftigt war, haben sich im Verfahren nicht ergeben.

Bezüglich des Umstandes, dass vom Herrn N. zum Tatzeitpunkt keine Arbeitszeitaufzeichnungen geführt wurden, wurde der schlüssigen und in sich widerspruchsfreien Aussage des zeugenschaftlich einvernommenen Meldungslegers gefolgt. Es gehört zum Kernbereich der Tätigkeit eines Arbeitsinspektors, unter anderem die Arbeitszeitaufzeichnungen der Mitarbeiter zu kontrollieren und sind von ihm diesbezügliche zuverlässige Wahrnehmungen zu erwarten. Des Weiteren hat es sich bei der Kontrolle vom 13. April 2016 um eine Nachkontrolle hinsichtlich der bereits anlässlich der Kontrollen vom 29. Jänner 2015 und vom 12. November 2015 festgestellten Mängel (u.a. eben die fehlenden Arbeitszeitaufzeichnungen) gehandelt. Dass der Meldungsleger vorgelegte Arbeitszeichnungen (deren Überprüfung die Kontrolle wesentlich dienen sollte) „übersehen“ oder gar nicht danach gefragt hätte, ist nicht anzunehmen. Weshalb der Arbeitnehmer tatsächlich vorhandene Arbeitszeitaufzeichnungen nicht hätte vorweisen sollen (auch wenn es sich bloß um Einträge auf seinem privaten Handy gehandelt hätte, und diese demnach – worauf im Folgenden noch näher eingegangen wird – nicht als dem § 26 AZG entsprechend zu qualifizieren sind), ist nicht ersichtlich. Dies umso mehr, als er anlässlich der Kontrolle vom 13.04.2016 das Protokoll der Begehung der Sicherheitsfachkraft sehr wohl auf dem Handy vorweisen konnte.

Herr N. hat im Übrigen selbst zugestanden, die (seiner Aussage nach auf seinem privaten Handy geführten) Arbeitszeitaufzeichnungen dem Meldungsleger nicht gezeigt zu haben, und Arbeitszeitaufzeichnungen wie vom Arbeitsinspektorat gewünscht erst seit 14.04.2016 zu führen.

Die bloße Behauptung des Beschwerdeführers, sein Mitarbeiter habe ohnedies Arbeitszeitaufzeichnungen geführt (wobei er im behördlichen Verfahren noch angegeben hatte, dass dieser die Stundenaufzeichnungen selbst laufend in einem Kalender führe, in der Beschwerde demgegenüber vorbrachte, es wäre aufgrund der fixen Arbeitszeiten gar nicht erforderlich, Arbeitszeitaufzeichnungen zu führen, und erstmals in der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht angab, dass diese auf einem Handy oder iPad geführt worden wären), war als Schutzbehauptung zu werten.

Ergänzend wird dazu bemerkt, dass es sich bei ausschließlich auf einem Privathandy eines Beschäftigten geführten Kalenderaufzeichnungen grundsätzlich nicht um dem § 26 AZG entsprechende Arbeitszeitaufzeichnungen handelt, da diese nicht jederzeit (auch bei Abwesenheit des Arbeitnehmers) für behördliche Organe in der Betriebsstätte einsehbar sind. Eine andere Beurteilung wäre nur unter der Voraussetzung gegeben, dass ein Arbeitnehmer sein privates Mobiltelefon grundsätzlich nach dem Ende seiner täglichen Arbeitszeit sowie auch in seiner Mittagspause und bei urlaubsbedingter oder sonstigen Abwesenheit unversperrt und für jeden einsehbar in der Arbeitsstätte zurücklässt, was nach der Lebenserfahrung nicht praktikabel erscheint und wohl auch dem Nutzungszweck eines privaten Handys entgegensteht.

VI. maßgebliche Rechtsvorschriften:

§ 26 Arbeitszeitgesetz samt Überschrift lautet:

Aufzeichnungs- und Auskunftspflicht

§ 26. (1) Der Arbeitgeber hat zur Überwachung der Einhaltung der in diesem Bundesgesetz geregelten Angelegenheiten in der Betriebsstätte Aufzeichnungen über die geleisteten Arbeitsstunden zu führen. Der Beginn und die Dauer eines Durchrechnungszeitraumes sind festzuhalten.

(2) Ist - insbesondere bei gleitender Arbeitszeit - vereinbart, dass die Arbeitszeitaufzeichnungen vom Arbeitnehmer zu führen sind, so hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zur ordnungsgemäßen Führung dieser Aufzeichnungen anzuleiten. Nach Ende der Gleitzeitperiode hat der Arbeitgeber sich diese Aufzeichnungen aushändigen zu lassen und zu kontrollieren. Werden die Aufzeichnungen vom Arbeitgeber durch Zeiterfassungssystem geführt, so ist dem

Arbeitnehmer nach Ende der Gleitzeitperiode auf Verlangen eine Abschrift der Arbeitszeitaufzeichnungen zu übermitteln, andernfalls ist ihm Einsicht zu gewähren.

(2a) Wird eine Verkürzung der Ruhezeit im Sinne des § 12 Abs. 2a in Anspruch genommen, ist die Führung der Arbeitszeitaufzeichnungen durch die Arbeitnehmerin/den Arbeitnehmer nach Abs. 2 nicht zulässig. Die Arbeitgeberin/der Arbeitgeber hat

1. in den Arbeitszeitaufzeichnungen die Inanspruchnahme des § 12 Abs. 2a sowie den Beginn und das Ende der Saison zu vermerken und
2. ein eigenes Konto über die Ruhezeitverkürzungen und deren Ausgleich zu führen.

(3) Für Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmer, die die Lage ihrer Arbeitszeit und ihren Arbeitsort weitgehend selbst bestimmen können oder ihre Tätigkeit überwiegend in ihrer Wohnung ausüben, sind ausschließlich Aufzeichnungen über die Dauer der Tagesarbeitszeit zu führen.

(4) Durch Betriebsvereinbarungen kann festgesetzt werden, dass Arbeitnehmer gemäß Abs. 3 die Aufzeichnungen selbst zu führen haben. In diesem Fall hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zur ordnungsgemäßen Führung der Aufzeichnungen anzuleiten, sich die Aufzeichnungen regelmäßig aushändigen zu lassen und zu kontrollieren.

(5) Die Verpflichtung zur Führung von Aufzeichnungen über die Ruhepausen gemäß § 11 entfällt, wenn

1. durch Betriebsvereinbarung, in Betrieben ohne Betriebsrat durch schriftliche Einzelvereinbarung
 - a) Beginn und Ende der Ruhepausen festgelegt werden oder
 - b) es den Arbeitnehmern/Arbeitnehmerinnen überlassen wird, innerhalb eines festgelegten Zeitraumes die Ruhepausen zu nehmen, und
2. von dieser Vereinbarung nicht abgewichen wird.

(5a) Bei Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmern mit einer schriftlich festgehaltenen fixen Arbeitszeiteinteilung haben die Arbeitgeberinnen/Arbeitgeber lediglich deren Einhaltung zumindest am Ende jeder Entgeltzahlungsperiode sowie auf Verlangen des Arbeitsinspektorates zu bestätigen und sind nur Abweichungen von dieser Einteilung laufend aufzuzeichnen.

(6) Die Arbeitgeber haben dem Arbeitsinspektorat die erforderlichen Auskünfte zu erteilen und auf Verlangen Einsicht in die Aufzeichnungen über die geleisteten Arbeitsstunden zu geben.

(7) In der Abrechnung gemäß § 78 Abs. 5 EStG 1988 sind die geleisteten Überstunden auszuweisen.

(8) Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmer haben einmal monatlich Anspruch auf kostenfreie Übermittlung ihrer Arbeitszeitaufzeichnungen, wenn sie nachweislich verlangt werden.

1. solange den Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmern die Übermittlung gemäß Abs. 8 verwehrt wird, oder
2. wenn wegen des Fehlens von Aufzeichnungen über die geleisteten Arbeitsstunden die Feststellung der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit unzumutbar ist.

Gemäß § 28 Abs. 2 Z 7 AZG sind Arbeitgeber, die keine Aufzeichnungen gemäß § 18b Abs. 7, § 18c Abs. 2 sowie § 26 Abs. 1 bis 5 führen, sofern die Tat nicht nach anderen Vorschriften einer strengeren Strafe unterliegt, von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe von 72 Euro bis 1 815 Euro, im Wiederholungsfall von 145 Euro bis 1 815 Euro zu bestrafen.

VII. Rechtliche Beurteilung:

VII.1. Zur Modifikation des Tatvorwurfes.

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens kann nicht mit der für eine Bestrafung erforderlichen Sicherheit festgestellt werden, dass in der gegenständlichen Arbeitsstätte zur Tatzeit regelmäßig zwei Arbeitnehmer beschäftigt wurden. Zum Zeitpunkt aller drei Kontrollen durch das Arbeitsinspektorat wurde jeweils nur Herr N. in der Arbeitsstätte angetroffen. Dass die Aussage von Herrn N. gegenüber dem Arbeitsinspektor bezüglich einer weiteren beschäftigten Person auf einem Missverständnis beruht und sich auf den in der Betriebsstätte selbst mitarbeitenden Beschwerdeführer bezogen hätte, erscheint plausibel. Hinsichtlich der Arbeitszeitaufzeichnungen der weiteren Arbeitnehmer des Beschwerdeführers war davon auszugehen, dass diese – selbst wenn die Arbeitnehmer zu irgendeinem Zeitpunkt einmal in der gegenständlichen Arbeitsstätte eingesprungen sein sollten – in derjenigen Betriebsstätte zur behördlichen Einsichtnahme bereitzuhalten sind, in der die Arbeitnehmer aktuell beschäftigt wurden (vgl. VwGH 11.04.2000, 99/11/0383).

Im Zweifel war der Tatvorwurf zugunsten des Beschwerdeführers daher dahingehend einzuschränken, dass zum Tatzeitpunkt lediglich hinsichtlich des in der gegenständlichen Arbeitsstätte beschäftigten Arbeitnehmers G. N. keine in der Betriebsstätte einsehbaren Aufzeichnungen geführt wurden.

Der letzte Halbsatz des Spruches des angefochtenen Straferkenntnisses „*und auf Verlangen keine Einsicht in die Aufzeichnungen über die von diesen ArbeitnehmerInnen geleisteten Arbeitsstunden gewährt wurde*“ hatte zu entfallen, da gegenständlich eine Übertretung des § 26 Abs. 1 AZG, nicht des § 26 Abs. 6 AZG vorlag (vgl. z.B. VwGH 29.07.1993, 91/19/0176, VwGH 19.03.1997, 93/11/0107 mwN.)

VII.2. Hinsichtlich der von Herrn G. N. im Zeitraum von 13.04.2015 bis 13.04.2016 geleisteten Arbeitsstunden wurden zum Tatzeitpunkt keine in der Betriebsstätte einsehbaren Aufzeichnungen geführt. Diesbezüglich hat der Beschwerdeführer den objektiven Tatbestand der ihm zur Last gelegten Verwaltungsübertretung verwirklicht.

In subjektiver Hinsicht war zumindest von grober Fahrlässigkeit auszugehen. Der Beschwerdeführer war bereits mit Schreiben des Arbeitsinspektorates vom 09. Februar 2015 und vom 30. November 2015 auf das Fehlen entsprechender Arbeitszeitaufzeichnungen hingewiesen worden. Bei gehöriger Sorgfalt wäre es ihm demnach jedenfalls zumutbar gewesen, noch vor dem Zeitpunkt der erneuten Kontrolle vom 13.04.2016 für die Einhaltung der entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen zu sorgen.

VII.3. Zur Strafbemessung:

Die Tat schädigte in nicht bloß unerheblichem Maße das durch die Strafdrohung geschützte Interesse an der Einsehbarkeit der geleisteten Arbeitszeiten und damit an der effektiven Kontrolle des Arbeitnehmerschutzes. Der objektive Unrechtsgehalt der Tat war daher nicht als geringfügig anzusehen.

Das Verschulden des Beschwerdeführers kann nicht als geringfügig angesehen werden, da weder hervorgekommen ist noch auf Grund der Tatumstände anzunehmen war, dass die Einhaltung der Vorschriften eine besondere Aufmerksamkeit erfordert habe oder dass die Verwirklichung der Tatbestände aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können.

Da zum Tatbestand der Verwaltungsübertretungen nach den § 23 ARG und § 26 AZG weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr gehört, handelt es sich um Ungehorsamsdelikte iSd § 5 Abs 1 zweiter Satz VStG, bei denen der Beschuldigte glaubhaft machen muss, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschriften kein Verschulden trifft. Dazu bedarf es der Darlegung, dass er Maßnahmen getroffen hat, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften mit gutem Grund erwarten lassen (VwGH 18.02.1991, 90/19/0177 mwN.).

Dass der Beschwerdeführer entsprechende Maßnahmen ergriffen hätte, ist nicht ersichtlich.

Ein Wiederholungsfall liegt gegenständlich nicht vor, er war somit vom ersten Strafsatz des § 28 Abs. 2 Z 7 AZG (Geldstrafe von € 72,00 bis € 1 815,00) auszugehen.

Der Beschwerdeführer wies zum Tatzeitpunkt drei nicht einschlägige Verwaltungsvorstrafen nach der Gewerbeordnung, der Straßenverkehrsordnung sowie der Verordnung des Magistrates der Stadt Wien betreffend die Benützung von Grünanlagen (Grünanlagenverordnung) auf. Der Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit kam ihm demnach nicht mehr zu Gute.

Erschwerend zu werten war gegenständlich der lange Zeitraum der fehlenden Arbeitszeitaufzeichnungen.

Weitere Erschwerungs- oder Milderungsgründe sind auch im Beschwerdeverfahren nicht hervorgekommen.

Die Vermögens- und Einkommensverhältnisse des Beschwerdeführers wurden von der Behörde als durchschnittlich gewertet. Der Beschwerdeführer ist dem nicht entgegengetreten. Sorgepflichten bestehen laut der Aussage des Beschwerdeführers nicht.

Angesichts dieser Strafbemessungsgründe erscheint die von der Behörde festgesetzte, dem vierfachen der gesetzlichen Mindeststrafe entsprechende Geldstrafe nicht als überhöht. Eine Unverhältnismäßigkeit der festgesetzten Ersatzfreiheitsstrafe liegt nicht vor.

Eine noch geringere Strafe erschiene nicht als geeignet, um den Beschwerdeführer sowie andere Arbeitgeber von der Begehung gleichartiger Verwaltungsübertretungen in Hinkunft wirksam abzuhalten.

VII.4. Zur Kostenentscheidung:

Im angefochtenen Straferkenntnis wurden dem Beschwerdeführer zwei gesondert zu bestrafende Verwaltungsübertretungen gemäß § 26 Abs. 1 AZG zur Last gelegt. (vgl. die ausdrückliche gesetzliche Regelung des § 28 Abs. 8 AZG) und diesbezüglich über ihn zwei gesonderte Verwaltungsstrafen verhängt.

Mit gegenständlichem Erkenntnis wurde der Tatvorwurf (nur) hinsichtlich einer der beiden Übertretungen bestätigt und der Beschwerde diesbezüglich keine Folge gegeben. Hinsichtlich dieser Übertretung hat der Beschwerdeführer demnach gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG einen mit 20% der verhängten Strafe bemessenen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

Der Umstand, dass in einem Bescheid über mehrere Verwaltungsübertretungen entschieden wird, bedeutet nicht, dass ein teilweiser Erfolg eines Rechtsmittels im Fall einer von mehreren Übertretungen zu einer Anwendung des § 65 VStG auch in jenen Fällen führen muss, in welchen der Berufung hinsichtlich einer weiteren Verwaltungsübertretung keine Folge gegeben wird (u.a. VwGH 14.07.2006, 2005/02/0175 mwN.).

Nach der ständigen hg. Rechtsprechung führt der Erfolg eines Rechtsmittels hinsichtlich einer von mehreren in einem Straferkenntnis geahndeten Übertretungen nicht zur Anwendung des § 65 VStG auch hinsichtlich der übrigen Übertretungen (VwGH 31.08.2016, 2013/17/0811 mwN).

Bezüglich des Kostenbeitrages für das Beschwerdeverfahren nach § 52 Abs. 8 VwGVG 2014 ist die Rechtsprechung des VwGH zur Bestimmung des § 65 VStG auf die neue Rechtslage zu übertragen (VwGH 29.06.2016, Ra 2016/09/0033).

VII.5. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des

Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

B e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Verwaltungsgericht Wien

Mag. Al-Hachich