

**Gericht**

Verwaltungsgerichtshof

**Entscheidungsdatum**

23.11.2017

**Geschäftszahl**

Ra 2017/11/0243

**Beachte****Serie (erledigt im gleichen Sinn):**

Ra 2017/02/0181 E 1. Dezember 2017

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Rigler und den Hofrat Dr. Grünstäudl sowie die Hofrätin Dr. Pollak als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Soyer, über die Revision des Dr. G D in S, vertreten durch die Pressl Endl Heinrich Bamberger Rechtsanwälte GmbH in 5020 Salzburg, Erzabt-Klotz-Straße 21A, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Salzburg vom 2. November 2016, Zl. LVwG-7/538 bis 551/18-2016, betreffend Übertretungen des AZG (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg), zu Recht erkannt:

**Spruch**

Das angefochtene Erkenntnis wird in seinen Spruchpunkten 1.1. bis 1.8. (betreffend Übertretungen des AZG) wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Revisionswerber Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

**Begründung**

1 Mit dem angefochtenen Erkenntnis wurde der Revisionswerber als Geschäftsführer bzw. Vorstandsvorsitzender näher bezeichneter Gesellschaften in mehreren Fällen der Übertretung des § 26 Abs. 1 Arbeitszeitgesetz (AZG) schuldig erkannt. Er habe in bestimmten Zeiträumen der Jahre 2014 und 2015 "keine ausreichenden Aufzeichnungen über die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden" von namentlich angeführten (in unterschiedlichen Filialen beschäftigten) Arbeitnehmern dieser Gesellschaften geführt, sodass die Feststellung der tatsächlichen Arbeitszeit unzumutbar gewesen sei. Die diesen Tatvorwurf im Spruch konkretisierende Tatumschreibung lautet:

"Im Dienstzeiterfassungssystem wurden die nicht anerkannten Teilarbeitszeiten nicht ausgewiesen, sodass sich im Fall von Abweichungen zwischen gestempelten und anerkannten Teilarbeitszeiten der tatsächliche Beginn und das Ende von Arbeitszeiten oder Pausen nicht nachvollziehen lässt und sich Differenzen zwischen ausgewiesenen Teilzeiten und jeweils ausgewiesener Tages-Gesamtarbeitszeit ergeben."

Wegen Übertretung des § 26 Abs. 1 Arbeitszeitgesetz (AZG) wurden über den Revisionswerber entsprechend der Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer Geldstrafen (sowie Ersatzfreiheitsstrafen) gemäß § 28 Abs. 2 Z 7 und Abs. 8 AZG verhängt, sowie Beiträge zu den Kosten des Strafverfahrens vorgeschrieben.

Gleichzeitig wurde gemäß § 25a VwGG ausgesprochen, dass eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig sei.

2 In der Begründung wurde ausgeführt, die belangte Behörde habe die Strafverfahren betreffend die gegenständlichen Tatvorwürfe mit der Begründung eingestellt, dass sehr wohl detaillierte Arbeitszeitaufzeichnungen anhand von Stempelkarten vorlägen und konkrete Mängel dieser Aufzeichnungen nicht rechtzeitig angelastet worden seien. Dagegen habe das Arbeitsinspektorat die (im angefochtenen Erkenntnis wiedergegebene) Beschwerde erhoben.

3 Nach Darstellung des weiteren Verfahrensganges, insbesondere des Vorbringens in der durchgeführten Verhandlung, stellte das Verwaltungsgericht als maßgebenden Sachverhalt fest, dem Arbeitsinspektorat seien, als dieses die betreffenden Filialen des vom Revisionswerber vertretenen Unternehmens aufgesucht habe, jeweils die Arbeitszeitaufzeichnungen für die verlangten Zeiträume ausgehändigt worden. Sämtliche dieser Arbeitszeitaufzeichnungen (eine davon ist im angefochtenen Erkenntnis, Seite 32, beispielhaft wiedergegeben) beruhten auf demselben Aufzeichnungssystem und wiesen daher - auf der linken Seite - die (für den jeweiligen Arbeitstag) "gestempelten Arbeitszeiten" und Arbeitszeitunterbrechungen (sowie sich rechnerisch daraus ergebende Teilsummen) aus.

So weist die für einen Tag beispielhaft wiedergegebene Arbeitszeitaufzeichnung eines konkreten Arbeitnehmers gestempelte Zeiten von 08:51 bis 13:32 (samt zugehöriger Teilsumme 3 h 41 min) und von 14:04 bis 18:10 (samt zugehöriger Teilsumme 4 h 06 min) aus. Auf der rechten Seite dieser Arbeitszeitaufzeichnungen werde jedoch (in der Rubrik "Ist Std") eine "Gesamtarbeitszeit" für den jeweiligen Arbeitstag ausgewiesen, die mit den genannten Teilsummen auf der linken Seite nicht übereinstimme (so laute diese Gesamtsumme für den beispielhaft angeführten Tag lediglich 7 h 39 min). Aus den Aufzeichnungen selbst sei nicht nachvollziehbar, woraus sich die Differenz zwischen den auf der linken Seite gestempelten Zeiten und der auf der rechten Seite ausgewiesenen täglichen Gesamtarbeitszeit ergebe.

4 Seitens des Revisionswerbers sei diese Abweichung damit erklärt worden, dass nicht alle gestempelten Zeiten als Arbeitszeit anerkannt würden, sondern nur jene, die innerhalb des vorgegeben Dienstplanes (der aus den Arbeitszeitaufzeichnungen nicht ersichtlich sei) lägen. Die Mitarbeiter hätten nämlich keine Erlaubnis zum "Gleiten", sondern seien angehalten, ihre tatsächlichen Arbeitszeiten möglichst zeitnah an die im Dienstplan vorgegeben Anfangs- und Endzeiten bzw. an die dort vorgegebenen Pausenzeiten anzupassen. Abweichungen der tatsächlichen Arbeitszeiten vom Dienstplan müssten vom Vorgesetzten der Arbeitnehmer eigens genehmigt werden, damit diese Zeiten als Arbeitszeit anerkannt würden.

5 Dies führe, so das Verwaltungsgericht, dazu, dass bei Abweichungen zwischen der Summe der gestempelten Zeiten und den anerkannten Gesamtarbeitszeiten für das Arbeitsinspektorat anhand der vorliegenden Arbeitszeitaufzeichnungen "nicht nachvollziehbar sei, wo der tatsächliche (tatsächlich anerkannte) Dienstbeginn bzw. das -ende liegt, da nicht genehmigte Zeiten (reine Anwesenheitszeiten) nicht ausgewiesen werden".

6 In rechtlicher Hinsicht führte das Verwaltungsgericht aus, § 26 Abs. 1 AZG verpflichte zur Aufzeichnung von geleisteten Arbeitsstunden. Die Aufzeichnungen müssten Aufschluss über die Dauer und die zeitliche Lage der Arbeitsstunden, Ruhepausen und Ruhezeiten geben und eine jederzeitige Überwachung durch das Arbeitsinspektorat ermöglichen.

7 Diesen Anforderungen entsprächen die vorliegenden Arbeitszeitaufzeichnungen nicht, weil diese in jenen Fällen, in denen (mangels nachträglicher Genehmigung durch den Vorgesetzten) Abweichungen zwischen gestempelten Zeiten und anerkannten Gesamtarbeitszeiten vorlägen, "der tatsächlich (anerkannte)" Dienstbeginn und das Dienstende nicht ausgewiesen seien. Für das Arbeitsinspektorat sei somit "nicht erkennbar, welche Zeiten nicht anerkannt wurden". Nach Ansicht des Verwaltungsgerichts sei es "nicht zumutbar, dass das Arbeitsinspektorat individuelle Anfragen und ergänzende Ermittlungen zu einzelnen Zeitdifferenzen stellen müsste, um die tatsächlichen Beginn- und Endzeiten zu erfahren".

8 Ausgehend davon, dass gegenständlich "systematisch keine bzw. keine korrekten Aufzeichnungen" geführt worden seien, erachtete das Verwaltungsgericht die Strafnorm des § 28 Abs. 2 Z 7 AZG als erfüllt (weil Abs. 1 Z 3 leg. cit. seiner Meinung nach nur dann zur Anwendung gelange, "wenn alle nach den Arbeitszeitvorschriften relevanten Umstände festgehalten werden, diese Aufzeichnungen allerdings mangelhaft geführt" würden). Dem folgen Ausführungen zur Schuldfrage und Strafhöhe.

9 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision, in der zu ihrer Zulässigkeit (unter anderem) ausgeführt wird, das angefochtenen Erkenntnis weiche von (näher zitierter) Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu § 26 Abs. 1 AZG ab, nach welcher die Arbeitszeitaufzeichnungen Aufschluss über die Dauer und zeitliche Lage der Arbeitsstunden zu geben und dem Arbeitsinspektorat die jederzeitige Überwachung der Arbeitszeit hinsichtlich der im AZG geregelten Angelegenheiten zu ermöglichen hätten.

Die vorliegenden Arbeitszeitaufzeichnungen entsprächen schon deshalb diesen Anforderungen, weil diese auf der linken Seite den (von den Arbeitnehmern gestempelten) jeweiligen Arbeitsbeginn und das jeweilige Arbeitsende auswiesen. Die Arbeitszeitaufzeichnungen wären auch dann rechtmäßig, wenn auf diesen die (auf der rechten Seite ausgewiesene) "Gesamtarbeitszeit" überhaupt fehlte. Daher könne das - zusätzliche - Ersichtlichmachen der Gesamtarbeitszeit auf den Arbeitszeitaufzeichnungen jedenfalls zu keiner Übertretung des § 26 Abs. 1 AZG führen.

10 Die belangte Behörde hat auf eine Revisionsbeantwortung verzichtet.

11 Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die Revision ist aus dem von ihr vorgetragenen Grund zulässig, sie ist - wie sich aus den nachstehenden Ausführungen ergibt - auch begründet.

12 Die hier maßgebenden Bestimmungen des AZG lauten auszugsweise:

"Höchstgrenzen der Arbeitszeit

§ 9. (1) Die Tagesarbeitszeit darf zehn Stunden und die Wochenarbeitszeit 50 Stunden nicht überschreiten, sofern ...

...

Ruhepausen

§ 11. (1) Beträgt die Gesamtdauer der Tagesarbeitszeit mehr als sechs Stunden, so ist die Arbeitszeit durch eine Ruhepause von mindestens einer halben Stunde zu unterbrechen. ...

...

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. ...

...

Strafbestimmungen

§ 28. (1) Arbeitgeber, die

...

3. ... oder die Aufzeichnungen gemäß ... § 26 Abs. 1 bis 5 mangelhaft führen,

...

sind, sofern die Tat nicht nach anderen Vorschriften einer strengeren Strafe unterliegt, von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe von 20 Euro bis 436 Euro zu bestrafen.

(2) Arbeitgeber, die

...

7. keine Aufzeichnungen gemäß ... § 26 Abs. 1 bis 5 führen, sind, 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.

...

(8) Auch Verstöße gegen die Aufzeichnungspflichten gemäß ...

§ 26 Abs. 1 bis 5 sind hinsichtlich jedes einzelnen Arbeitnehmers gesondert zu bestrafen, wenn durch das Fehlen der Aufzeichnungen die Feststellung der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit unmöglich oder unzumutbar wird.

..."

13 Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 26 Abs. 1 AZG müssen die Aufzeichnungen über die geleisteten Arbeitsstunden (hinsichtlich der Dauer und der zeitlichen Lagerung) so beschaffen sein, dass dadurch eine Überwachung der Einhaltung der im Arbeitszeitgesetz geregelten Angelegenheiten, z.B. also auch jener über die Ruhepausen und die Ruhezeiten, möglich ist (vgl. etwa VwGH 30.7.1992, 90/19/0457, und 9.3.1995, 93/18/0114).

14 Nach den Feststellungen im angefochtenen Erkenntnis wurden dem Arbeitsinspektor anlässlich der durchgeführten Kontrollen Arbeitszeitaufzeichnungen über die gegenständlich betroffenen Arbeitnehmer der vom Revisionswerber vertretenen Unternehmen ausgehändigt, aus denen (auf der linken Seite) die von den Arbeitnehmern gestempelten Zeiten des Beginns und Endes ihrer täglichen Arbeitszeiten für die einzelnen Arbeitstage ersichtlich sind (Stechuhr-Kontrollsystem). Dass aus diesen (gestempelten) Arbeitszeiten - bei isolierter Betrachtung derselben - ermittelt werden kann, ob iS der zitierten Judikatur die höchstzulässige Tagesarbeitszeit (§ 9 AZG), die Vorschriften betreffend Ruhepausen (§ 11 leg. cit.) oder andere Vorschriften des AZG eingehalten wurden, wird auch vom Verwaltungsgericht nicht in Abrede gestellt (dem ist in Anbetracht der im angefochtenen Erkenntnis beispielhaft wiedergegebenen Arbeitszeitaufzeichnung auch seitens des Verwaltungsgerichtshofes nicht entgegen zu treten).

Schon von daher ist aber die Rechtsansicht des Verwaltungsgerichts, der Revisionswerber sei gemäß § 28 Abs. 2 Z 7 AZG zu bestrafen gewesen, weil er "keine Aufzeichnungen" gemäß § 26 Abs. 1 AZG geführt habe, verfehlt.

15 Für das fortzusetzende Verfahren ist an dieser Stelle festzuhalten, dass nach dem festgestellten Sachverhalt gegenständlich auch keine mangelhafte Führung der Aufzeichnungen über die Arbeitszeiten iSd § 28 Abs. 1 Z 3 AZG vorliegt.

Wenn das Verwaltungsgericht nämlich meint, es fehle eine Aufzeichnung über die vom Arbeitgeber "anerkannten" Arbeitszeiten, so verkennt es, dass es für die hier relevanten Belange des AZG - und der Kontrolle seiner Einhaltung (Einhaltung insbesondere der Arbeitszeiten, Ruhepausen und Ruhezeiten) - nicht von Bedeutung ist, ob und welche der aufgezeichneten (gestempelten) Arbeitszeiten der Arbeitgeber "anerkennt" (um etwa danach die Höhe der Entlohnung zu ermitteln) und ob bzw. in welcher Form er diese Anerkennung in den Arbeitsaufzeichnungen festhält.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH 15.10.2015, Ra 2014/11/0065, mit Verweis auf die Vorjudikatur) impliziert nämlich das Bestehen eines Stechuh-Kontrollsystems, dass damit, also mit den auf den Stempelkarten aufscheinenden, das Eintreffen im Betrieb einerseits und das Verlassen des Betriebes andererseits markierenden Zeitangaben, der Beginn und das Ende der Arbeitszeit festgehalten, somit die tatsächliche Arbeitszeit gemessen wird. Sofern keine besondere vertragliche Vereinbarung besteht, ist das Betätigen der Stechuhr die jeweils erste und letzte tägliche "Arbeitshandlung". Einem Gegenbeweis, etwa in Form eines Zeugen, kann nur dann entsprechendes Gewicht zukommen, wenn im konkreten Betrieb neben dem Stechuh-Kontrollsystem ein weiteres Kontrollsystem besteht, aus dem sich die tatsächlichen Arbeitszeiten ergeben.

Für einen Fall wie dem vorliegenden folgt somit, dass es für die Kontrolle der Einhaltung der Bestimmungen des AZG zunächst ausschließlich auf die gestempelten (somit in den gegenständlichen Arbeitszeitaufzeichnungen auf der linken Seite ausgewiesenen) Zeitpunkte des Arbeitsbeginns und -endes ankommt. In einem allfälligen Strafverfahren (etwa) wegen Überschreitung der gesetzlich höchstzulässigen Arbeitszeiten könnten dem Arbeitgeber aber die von ihm in den Arbeitszeitaufzeichnungen jeweils zusätzlich vermerkten Zeitpunkte des (genehmigten bzw. "anerkannten") Arbeitsbeginns und -endes eines Arbeitnehmers dienlich sein, um den in der zitierten Rechtsprechung erwähnten Gegenbeweis antreten zu können, dass das Betätigen der Stechuhr doch nicht die jeweils erste bzw. letzte tägliche Arbeitshandlung darstellte.

16 Nach dem Gesagten war das angefochtene Erkenntnis hinsichtlich der die Übertretungen des AZG betreffenden Spruchpunkte 1.1. bis 1.8. wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.

Eine Entscheidung über die Revision betreffend die übrigen Spruchpunkte des angefochtenen Erkenntnisses erfolgt gesondert durch den zuständigen Senat.

Die Entscheidung über den Aufwändersatz beruht auf den §§ 47ff VwGG iVm der VwGH-Aufwändersatzverordnung 2014.

Wien, am 23. November 2017

## European Case Law Identifier

ECLI:AT:VWGH:2017:RA2017110243.L00