

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SU170040-O/U/gs

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. Spiess, Präsident, Obergerichterin lic. iur. Bertschi
und Ersatzoberrichter lic. iur. Wenker sowie Gerichtsschreiber lic.
iur. Samokec

Urteil vom 31. Januar 2018

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

erbeten verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Statthalteramt Bezirk Affoltern,

Untersuchungsbehörde und Berufungsbeklagte

betreffend **Widerhandlung gegen das Gastgewerbegesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Affoltern, Einzelgericht, vom
31. März 2017 (GB160009)**

Strafbefehl:

Der Strafbefehl des Statthalteramtes Bezirk Affoltern vom 25. August 2016 (Urk. 2/7) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 33)

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig der Übertretung von § 39 lit. a und b in Verbindung mit § 2 Abs. 1 lit. a und § 22 Abs. 1 Gastgewerbegesetz.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Busse von Fr. 500.–.
3. Die Busse ist zu bezahlen. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.
4. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:
Fr. 750.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 550.– Gebühren Strafbefehl
Fr. 50.– Auslagen Strafbefehl

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
5. Die Entscheidgebühr sowie die Kosten des Strafbefehls (Gebühren und Auslagen) werden dem Beschuldigten auferlegt.

Berufungsanträge:

a) Des Beschuldigten:

(Urk. 34)

- "1. A. _____ sei vom Vorwurf des Wirtens ohne Patent und vom Vorwurf des Missachtens des Rauchverbots in einem Gastwirtschaftsbetrieb (§ 39 lit. a und b in Verbindung mit § 2 Abs. 1 lit. a und § 22 Abs. 1 Gastgewerbegesetz) frei zu sprechen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Staates."

b) Des Statthalteramtes des Bezirks Affoltern:

(Urk. 37; sinngemäss)

Die Berufung sei abzuweisen.

Erwägungen:

I. Verfahrensgang

1. Mit Strafbefehl vom 25. August 2016 des Statthalteramtes Bezirk Affoltern (fortan: Statthalteramt) wurde der Beschuldigte wegen einer Übertretung von § 2 Abs. 1 lit. a und § 22 Abs. 1 Gastgewerbegesetz des Kantons Zürich (SR 935.11; fortan: GGG) mit einer Busse von Fr. 800.– bestraft, wobei im Falle des Nichtbezahlens dieser Busse eine Ersatzfreiheitsstrafe von 8 Tagen an deren Stelle trete (Urk. 2/7 S. 3).

2. Gegen den vorgenannten Strafbefehl erhob der Beschuldigte mit Eingabe vom 30. August 2016 fristgerecht Einsprache (Urk. 2/8). Das Bezirksgericht Affoltern verurteilte den Beschuldigten in der Folge mit Urteil vom 31. März 2017 we-

gen Übertretung von § 39 lit. a und b in Verbindung mit § 2 Abs. 1 lit. a und § 22 Abs. 1 GGG zu einer Busse von Fr. 500.–, unter Androhung einer Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen bei Nichtbezahlen der Busse. Weiter wurde über die Kostenfestsetzung und die Kostenaufgabe befunden (Urk. 33 S. 12).

3. Mit Eingabe vom 31. März 2017 (Poststempel) meldete der Beschuldigte fristgerecht die Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts Affoltern an (Urk. 23). In der Berufungserklärung vom 21. August 2017 stellte der Beschuldigte den Antrag, er sei von den Vorwürfen des Wirtens ohne Patent und des Missachtens des Rauchverbots in einem Gastwirtschaftsbetrieb freizusprechen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Staates (Urk. 34). Das Statthalteramt verzichtete nach der Zustellung der Berufungserklärung (vgl. Urk. 36/1) auf die Erhebung einer Anschlussberufung (Urk. 37).

4. Mit Präsidialverfügung vom 14. September 2017 wurde die Durchführung des schriftlichen Verfahrens angeordnet und den Parteien Frist angesetzt, um die Berufungsanträge zu stellen und zu begründen (Urk. 38). Nach zweimaliger Fristerstreckung (Urk. 40; Urk. 42) reichte die Verteidigung mit Eingabe vom 10. November 2017 ihre Berufungsbegründung ein (Urk. 45). Mit Präsidialverfügung vom 14. November 2017 wurde, unter jeweiliger Zustellung der Berufungsbegründung, dem Statthalteramt Frist zum Einreichen der Berufungsantwort angesetzt sowie der Vorinstanz die Möglichkeit zur freigestellten Vernehmlassung gegeben (Urk. 46). Die Vorinstanz erklärte in der Folge den Verzicht auf Vernehmlassung (Urk. 48). Das Statthalteramt verzichtete auf die Erstattung einer Berufungsantwort und beantragte die Abweisung der Berufung und die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 49). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II. Prozessuales

1. Bildeten ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Hauptverfahrens, so kann mit der Berufung nur geltend gemacht werden, das Urteil sei rechtsfehlerhaft oder die Feststellung des Sachverhalts sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung. Neue Behauptungen und Be-

weise können nicht vorgebracht werden (Art. 398 Abs. 4 StPO). Mit der Berufung bei Übertretungen können Fehler bei der Anwendung des anwendbaren materiellen oder formellen Rechts geltend gemacht werden, insbesondere des StGB und der StPO. Gerügt werden können sodann Überschreitungen und Missbrauch des Ermessens sowie Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung, nicht aber blosser Unangemessenheit (Schmid/Jositsch, StPO Praxiskommentar, 3. Auflage, N 11 ff. zu Art. 398 StPO).

2. Soweit die Beweiswürdigung bzw. die Feststellung des (rechtmässig erhobenen) Sachverhalts gerügt wird, beschränkt sich die Überprüfung auf offensichtliche Unrichtigkeit, also auf Willkür (Hug/Scheidegger, in: Donatsch/ Hansjakob/ Lieber, StPO Kommentar., 2. Auflage, N 23 zu Art. 398 StPO). Gerügt werden können damit nur klare Fehler bei der Sachverhaltsermittlung, wobei zunächst an Versehen und Irrtümer, ferner an Diskrepanzen zwischen der sich aus den Akten sowie der Hauptverhandlung ergebenden Beweislage und den Feststellungen im Urteil zu denken ist. In Betracht fallen sodann Fälle, in denen die gerügte Sachverhaltsfeststellung auf einer Verletzung von Bundesrecht, vorab der StPO selbst beruht. Zu denken ist weiter an Fälle, in denen die an sich zur Verfügung stehenden Beweismittel offensichtlich ungenügend ausgeschöpft wurden, also der Sachverhalt unvollständig festgestellt und damit der Grundsatz der Wahrheitserforschung von Amtes wegen missachtet wurde (Schmid/Jositsch, a.a.O., N 11 ff. zu Art. 398 StPO).

III. Sachverhalt

1. Dem Beschuldigten wird im Strafbefehl des Statthalteramtes vom 25. August 2016 zur Last gelegt, an der B.____-Strasse ... in C.____ die "D.____ Bar" in Verletzung des Gastgewerbegesetzes zu betreiben. Die Bar sei als Vereinslokal organisiert, in welchem nur Vereinsmitglieder bedient würden, wobei aber grundsätzlich jedermann das Lokal aufsuchen und die allenfalls noch fehlende Vereinsmitgliedschaft vor Ort erwerben könne und in der Folge bedient würde. Eine (noch) fehlende Vereinsmitgliedschaft stelle kein Hindernis zum Besuch der

Lokals dar, weshalb dieses im Ergebnis öffentlich zugänglich sei und es sich damit um einen patentpflichtigen Gastgewerbebetrieb handle. Indem der Beschuldigte die "D._____ Bar" ohne Patent führe und innerhalb des Lokals geraucht werden könne, sei der Beschuldigte wegen Wirtens ohne Patent sowie wegen Missachtens des Rauchverbots in einem Gastwirtschaftsbetrieb im Sinne von § 2 Abs. 1 lit. a und § 22 Abs. 1 GGG zu bestrafen (Urk. 2/7).

2. Der Beschuldigte bestritt den Anklagesachverhalt weder im Untersuchungsverfahren, noch anlässlich seiner Befragung an der vorinstanzlichen Hauptverhandlung. Er gab an, die "D._____ Bar" als Vereinslokal zu betreiben, in welchem alkoholische und nichtalkoholische Getränke serviert würden und überall im Lokal Shishas sowie Zigaretten geraucht werden könnten (Urk. 2/5 S. 1 und 4; Prot. I S. 4 und 8). An der Eingangstür sowie bei der Terrasse sei es angeschrieben, dass es sich um ein Vereinslokal handle. Die Bar sei nicht frei zugänglich. Zutritt erhalte nur, wer einen Mitgliederausweis habe (Urk. 2/5 S. 4 f.; Prot. I S. 7). Wenn jemand das erste Mal vorbeikomme und kein Mitglied sei, erhalte er ein Aufnahmeformular und müsse dieses ausfüllen, worauf er vom Beschuldigten auf der Mitgliederliste registriert werde und dann eine Mitgliederkarte sowie den Zutritt zur Bar erhalte (Urk. 2/5 S. 4 f.; Urk. 18 S. 5 und 7 f.).

3. Der dem Beschuldigten im Strafbefehl des Statthalteramtes Bezirks Affoltern vom 25. August 2016 zur Last gelegte Anklagesachverhalt ist damit rechtsgenügend erstellt.

IV. Rechtliche Würdigung

1. Die Vorinstanz würdigte das Verhalten des Beschuldigten als Verstoss gegen § 2 Abs. 1 lit. a und § 22 Abs. 1 GGG i.V.m. § 39 Abs. 1 lit. a und b GGG. Sie erwog zusammengefasst, dass die "D._____ Bar" faktisch einem unbestimmten Personenkreis zugänglich sei, da grundsätzlich jedermann, der gewillt und in der Lage sei, ein schriftliches Aufnahmegesuch (durch das Ausfüllen des Antragsformulars) abzugeben, vor Ort umgehend Mitglied des Vereins werden könne und anschliessend Zutritt zur Bar erhalte. Die allgemeine Zugänglichkeit im Sinne von

§ 2 der Verordnung zum Gastgewerbegesetz des Kantons Zürich (SR 935.12; fortan GGGV) sei damit zu bejahen (Urk. 33 S. 6). Indem Getränke gegen Entgelt abgegeben würden und kein Ausnahmetatbestand im Sinne von § 3 GGG gegeben sei, handle es sich bei der "D. _____ Bar" um einen patentpflichtigen Gastgewerbebetrieb im Sinne von § 2 Abs. 1 lit. a GGG, welcher aber ohne entsprechendes Patent geführt werde und in welchem, in Verletzung von § 22 GGG, geraucht werde (Urk. 33 S. 8 f.). Die Verstösse gegen das Gastgewerbegesetz seien vom Beschuldigten sodann zumindest in Kauf genommen worden (Urk. 33 S. 9 f.).

2. Ein patentpflichtiges Gastgewerbe besteht dann, wenn an allgemein zugänglichen Örtlichkeiten mit Erwerbsabsichten, die nicht gewinnstrebend sein müssen, Speisen oder Getränke zum Genuss an Ort und Stelle verabreicht werden (§ 2 Abs. 1 lit. a GGG). Allgemein zugänglich sind Örtlichkeiten, wenn ein unbestimmter Personenkreis Zutritt hat. Ein Betrieb gilt insbesondere als öffentlich zugänglich, wenn er durch Anschrift oder Werbung nach aussen auch als Gastgewerbebetrieb in Erscheinung tritt (§ 2 GGGV).

2.1. Der Beschuldigte stellt sich auf den Standpunkt, dass es sich bei der "D. _____ Bar" nicht um eine allgemein zugängliche Örtlichkeit handle. Zutritt würden nur diejenigen Personen erhalten, welche einen Mitgliederausweis besitzen würden. Personen, die das erste Mal das Lokal besuchen würden, müssten sich beim Beschuldigten anmelden, ein Formular ausfüllen und ihren Ausweis zeigen. Daraufhin würden sie registriert und erhielten eine Mitgliederkarte und Zutritt zum Lokal (Urk. 18 S. 5 und 7 f.).

2.2. Die Ausführungen des Beschuldigten vermögen nichts daran zu ändern, dass der Zutritt zur "D. _____ Bar" unter den konkret zu beurteilenden Umständen jeder Person ohne Weiteres möglich ist. Der Erwerb der Vereinsmitgliedschaft kann mittels Ausfüllens eines Formulars vor Ort vorgenommen werden, worauf eine Mitgliederkarte ausgestellt und der Zutritt zum Lokal gewährt wird. Die Kenntnisnahme der Vereinsstatuten ist gemäss den Angaben im Anmeldeformular für den Vereinsbeitritt nicht erforderlich (vgl. Urk. 12/2) - womit neue Mitglieder ohne jegliche Informationen über ihre statutarischen Rechte und Pflichten dem

Verein beitreten - und auch der jährliche Mitgliederbeitrag von Fr. 25.- muss gemäss den Ausführungen des Beschuldigten nicht sofort entrichtet, sondern kann auch später bezahlt werden (Urk.2/5 S. 5). Für spontane Laufkunden und Begleitpersonen von Vereinsmitgliedern bestehen damit keine nennenswerte Hürden für einen Besuch der "D._____ Bar", womit diese in tatsächlicher Hinsicht für einen unbestimmten Personenkreis zugänglich ist. Das Argument der Verteidigung, dass kein allgemeines Zutritts- oder Besuchsrecht bestehe, da Personen, welche nicht Vereinsmitglieder seien bzw. kein solches werden wollen, keinen Zutritt zum Lokal erhalten, verfängt dabei nicht (Urk. 45 S. 3). Entscheidend ist nicht, dass die "D._____ Bar" auch für Personen zugänglich sein muss, die kein Vereinsmitglied werden wollen, sondern dass sie für alle Personen unmittelbar zugänglich ist, welche sich bereit erklären, dem Verein beizutreten.

Hinzu kommt, dass der Auftritt der "D._____ Bar" nach aussen grundsätzlich nicht von demjenigen einer gewöhnlichen Bar zu unterscheiden ist.

Dass mittels Zettel bei den Eingängen zum Lokal der Hinweis auf den exklusiven Einlass von Vereinsmitgliedern angeschlagen wurde, trifft zu (vgl. Urk. 2/6/4). Diese Hinweise sind jedoch erst unmittelbar vor dem Eintritt in das Lokal zu sehen. Die lokale Werbewirkung wird durch die - nachts beleuchtete - Werbetafel erzielt, worauf der Name "D._____ Bar" vermerkt ist, jedoch ohne Hinweis darauf, dass es sich um ein Vereinslokal handelt. Dass an der Werbetafel aufgrund von Vorgaben des Bierlieferanten keine Anpassungen vorgenommen werden könnten - z.B. das Anbringen eines Hinweises, dass es sich bei der "D._____ Bar" um ein Vereinslokal handelt -, ist nicht belegt (Urk. 2/5 S. 2; Urk. 45 S. 5), ändert aber nichts daran, dass durch Anschrift nach aussen der Eindruck eines Gastgewerbebetriebes entsteht und damit einer öffentlich zugänglichen Örtlichkeit (§ 2, 2. Satz GGGV).

Hinzuweisen ist auch darauf, wie sich die "D._____ Bar" auf Facebook präsentiert, nämlich als *"einzigartige und mit Liebe zum Detail eingerichtete ...- Lounge-Bar"*, welche Besucher dazu einlädt, *"eine kleine orientalische Welt zu entdecken und in die orientalische Gemütlichkeit abzutauchen"* (vgl. Urk. 2/2/4). Dieser Werbetext erweckt bei einem nicht mit den effektiven Gegebenheiten ver-

trauten Leser den Eindruck, dass es sich bei der "D._____ Bar" um einen ganz normalen Gastgewerbebetrieb handelt, zumal auch nicht darauf hingewiesen wird, dass der Besuch nur Vereinsmitgliedern offen steht. Der Beschuldigte führte hierzu anlässlich seiner Einvernahme vom 31. März 2016 aus, dass es sich dabei offenbar um einen alten Eintrag handle (Urk. 2/5 S. 5). Der aktuelle Werbetext auf der Facebook-Seite der "D._____ Bar" entspricht jedoch - abgesehen vom Zusatz "auf 2 Etagen" im ersten Satz des Textes - nach wie vor wortwörtlich dem bei den Akten liegenden Text (vgl. https://de.de.facebook.com/pg/www.D'._____ch/about/?ref=page_internal; zuletzt besucht am 25. Januar 2018).

2.3. In Erwägung der vorstehend geschilderten Umstände, wonach faktisch ein unbestimmter Personenkreis Zutritt zur "D._____ Bar" hat, mit der Werbetafel und dem Facebook-Auftritt des Lokals der Eindruck eines normalen Gastgewerbebetriebs erweckt wird, ist die "D._____ Bar" als allgemein zugängliche Örtlichkeit im Sinne von § 2 Abs. 1 lit. a GGG i.V.m. § 2 GGGV zu qualifizieren.

Weiter werden in der "D._____ Bar" unbestrittenermassen alkoholische und nichtalkoholische Getränke gegen Bezahlung ausgeschenkt und vor Ort konsumiert (Urk. 2/5 S. 1 f.; Urk. 18 S. 4 f.), womit auch die übrigen Voraussetzungen von § 2 Abs. 1 lit. a GGG erfüllt werden. Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von § 3 GGG ist nicht gegeben, womit die "D._____ Bar" als patentpflichtiges Gastgewerbe im Sinne des Gastgewerbegesetzes zu gelten hat und dessen Regeln unterstellt ist.

3. Nach § 39 Abs. 1 GGG wird u.a. mit Busse bestraft, wer als verantwortliche Person eine gastgewerbliche Tätigkeit oder den Handel mit alkoholhaltigen Getränken im Klein- und Mittelverkauf ohne Patent ausübt (lit. a) oder als verantwortliche Person die Patentbefugnisse überschreitet, die Schliessungsstunde nicht beachtet oder die gesetzlichen Anforderungen an die Betriebsführung verletzt (lit. b). Der Verstoß gegen das Gastgewerbegesetz muss sodann wenigstens eventualvorsätzlich erfolgen (Art. 104 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 StGB).

3.1. Indem die "D._____ Bar", als patentpflichtiges Gastgewerbe, ohne Patent geführt wurde, liegt in objektiver Hinsicht ein Tatbestand von § 39 Abs. 1 lit. a GGG vor. Dadurch, dass zum Zeitpunkt der polizeilichen Kontrolle am 13. November 2015 innerhalb des Lokals, nicht aber in einem zum Rauchen abgetrennten Raum, Shishas geraucht wurden - und grundsätzlich überall im Lokal geraucht werden darf (Urk. 18 S. 8; Urk. 45 S. 2) -, wurde zudem gegen § 22 Abs. 1 GGG verstossen, womit in objektiver Hinsicht ein Tatbestand von § 39 Abs. 1 lit. b GGG vorliegt.

3.2. In subjektiver Hinsicht ist festzuhalten, dass der Beschuldigte selbst angab, dass er die "D._____ Bar" geführt habe, noch bevor die Umwandlung zum Vereinslokal erfolgt sei. E._____, die Schwiegertochter des Beschuldigten, habe damals das Patent zur Führung einer Gastwirtschaft inne gehabt (vgl. Urk. 2/2/3). Aktuell führe er den Betrieb und sei in der Regel immer anwesend. E._____ arbeite nicht in der Bar. Sie komme nur manchmal vorbei und erledige Büroarbeiten (Urk. 2/5 S. 2 f.).

In Anbetracht dessen, dass der Beschuldigte die "D._____ Bar" bereits früher geführt hat und auch heute noch führt, müssen ihm die Vorschriften des Gastgewerbegesetzes, so auch die Bestimmungen über die Patentpflicht und das Rauchverbot, bekannt sein. Dies stellt der Beschuldigte auch nicht in Abrede, be ruft sich aber darauf, er führe ein Vereinslokal.

Dass der Beschuldigte keine Ahnung von der rechtliche Seite des Betriebs eines Vereinslokals hatte (Urk. 45 S. 4), wie dies die Verteidigung geltend macht, ist nicht zutreffend. Die Verteidigung führt in ihrer Berufungsbegründung selbst aus, dass die Schwiegertochter des Beschuldigten - und jetzige Präsidentin des Vereinsvorstands - sich über die Voraussetzungen zur Führung eines Vereinslokals bei der Gemeinde C._____ informiert habe. Die Sicherheitsabteilung der Gemeinde habe - nach der Prüfung der administrativen Belange - mit Schreiben vom 4. August 2015 (Urk. 20/3) auf die Punkte hingewiesen, welche einzuhalten seien, damit nicht das Gastgewerbegesetz, sondern das ZGB Anwendung finde. Der Beschuldigte habe sich sodann auf die Abklärungen von E._____ verlassen

und die Voraussetzungen gemäss dem Schreiben der Sicherheitsabteilung der Gemeinde vom 4. August 2015 gekannt (Urk. 45 S. 4 f.).

Im Schreiben der Sicherheitsabteilung der Gemeinde C._____ vom 4. August 2015 wurde u.a. darauf hingewiesen, dass das Lokal gegen aussen nicht als öffentlich in Erscheinung treten und keine Werbung an Fassaden, auf Facebook etc. gemacht werden dürfe (vgl. Punkt 4 der Auflistung in Urk. 20/3), was einem Hinweis auf § 2 Satz 2 GGGV entspricht. Wie bereits erwähnt, ist eine Leuchtwerbung an der Fassade angebracht und präsentierte sich die "D._____ Bar" auf ihrer Facebook-Seite öffentlich und wie ein normaler Gastgewerbebetrieb, ohne jeglichen Hinweis darauf, dass es sich grundsätzlich um ein nicht öffentlich zugängliches Vereinslokal handelt. Der Beschuldigte, als Betriebsführer des Lokals und Vizepräsident des Vereinsvorstands musste dies wissen. Entsprechend wusste er auch, dass nicht alle von der Sicherheitsabteilung genannten Punkte erfüllt wurden, womit nicht das ZGB, sondern das Gastgewerbegesetz anwendbar war und damit die Patentpflicht und das Rauchverbot gelten. Indem in der "D._____ Bar" am 13. November 2015 - und auch weiterhin - ohne Patent Getränke gegen Entgelt ausgeschrieben und im gesamten Lokal Shishas geraucht wurden, nahm der Beschuldigte zumindest in Kauf, gegen die Patentpflicht (§ 2 Abs. 1 lit. a GGG) und das Rauchverbot (§ 22 Abs. 1 GGG) zu verstossen.

4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich der Beschuldigte in objektiver und subjektiver Hinsicht der Übertretung des Gastgewerbegesetzes nach § 39 Abs. 1 lit. a und b GGG i.V.m. § 2 Abs. 1 lit. a und § 12 Abs. 1 GGG strafbar gemacht hat, wofür er zu bestrafen ist. Schuldausschluss- oder Rechtfertigungsgründe sind keine ersichtlich.

V. Strafzumessung

1. Die Vorinstanz befand eine Busse von Fr. 500.- für angemessen (Urk. 33 S. 12). Sie legte dabei die rechtlichen Grundlagen korrekt dar, wonach gestützt auf Art. 292 StGB eine Busse auszusprechen ist, welche gemäss Art. 106 Abs. 1 StGB maximal Fr. 10'000.- betragen kann, wobei die Strafe innerhalb des Straf-

rahmens nach den Verhältnissen des Täters so zu bemessen ist (Art. 106 Abs. 3 StGB), dass dieser die Strafe erleidet, die seinem Verschulden angemessen ist (Urk. 33 S. 10). Nachfolgend ist zu prüfen, ob die von der Vorinstanz ausgesprochene Höhe der Busse diesen Vorgaben entspricht. Aufgrund des Verschlechterungsverbots (Art. 391 Abs. 2 StPO) kann dem Beschuldigten im Berufungsverfahren keine höhere Busse auferlegt werden kann, als vor Vorinstanz.

2. Hinsichtlich des objektiven Tatverschuldens ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte, neben dem Verstoss gegen die Patentpflicht, gegen das Rauchverbot verstossen hat, welches nicht rauchende Dritte vor dem Passivrauchen schützen soll. In Anbetracht dessen, dass eine Shisha-Bar naturgemäss rauchende Kunden anzieht, erweist sich die Gesundheitsgefährdung für nicht rauchende dritte Gäste aber eher als gering. In subjektiver Hinsicht ist zu erwähnen, dass der Beschuldigte die Vorschriften für den Betrieb eines Vereinslokals gekannt hat, sich aber dennoch vorschriftswidrig verhalten hat. Es ist zu seinen Gunsten von eventualvorsätzlicher Tatbegehung auszugehen. Das Verschulden des Beschuldigten ist insgesamt als leicht einzustufen.

3. Zu seinen persönlichen Verhältnissen gab der Beschuldigte an, dass er eine monatliche Rente von Fr. 4'445.– (netto) ausbezahlt erhalte. Er wohne zusammen mit seiner Ehefrau in einer Mietwohnung, welche Fr. 1'591.– pro Monat koste. Seine monatliche Krankenkassenprämie (KVG) betrage Fr. 352.55. Er besitze weder Vermögen oder Liegenschaften, habe aber private Schulden bei seiner Schwiegertochter in der Höhe von Fr. 19'000.– (vgl. zum Ganzen Urk. 44/1-7).

4. Angesichts der vorgenannten finanziellen Verhältnisse sowie unter Berücksichtigung des Verschuldens des Beschuldigten erweist sich eine Busse von Fr. 500.– als angemessen. Der Beschuldigte ist folglich – in Übereinstimmung mit der Vorinstanz – mit einer Busse von Fr. 500.– zu bestrafen.

5. Gemäss Art. 106 Abs. 2 StGB ist für den Fall der schuldhaften Nichtbezahlung der Busse eine Ersatzfreiheitsstrafe zu bestimmen. Diese ist nach den Verhältnissen des Täters so zu bemessen, dass sie seinem Verschulden angemessen ist (Art. 106 Abs. 3 StGB), wobei dem Gericht bei der Bemessung ein

weiter Ermessensspielraum zusteht (BGE 134 IV 60 E. 7.3.3). Praxisgemäss ist von einem Umwandlungssatz von Fr. 100.– pro Tag auszugehen. Die von der Vorinstanz festgesetzte Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen erweist sich als angemessen.

VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss - es bleibt beim vorinstanzlichen Schuldspruch - ist das vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv zu bestätigen. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind dem Beschuldigten aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO).

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der Übertretung des Gastgewerbegesetzes im Sinne von § 39 Abs. 1 lit. a und b i.V.m. § 2 Abs. 1 lit. a und § 22 Abs. 1 GGG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Busse von Fr. 500.–.
3. Die Busse ist zu bezahlen. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.
4. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziff. 4 und 5) wird bestätigt.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'000.–. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.
7. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten;
 - das Statthalteramt Bezirk Affoltern;

- die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich;
- sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
- die Vorinstanz.

8. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 31. Januar 2018

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Samocek