

ZH_OBERGERICHT SU240042 vom 15. Oktober 2025

ZH Obergericht, 2025-10-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SU240042

FR: ZH_OBERGERICHT SU240042 du 15 octobre 2025

IT: ZH_OBERGERICHT SU240042 del 15 ottobre 2025

Erwägungen

E. 1

Verfahrensgang

E. 1.1

Verwaltungspolizeiliche Kontrolle vom 9. Juni 2022

E. 1.1.1

Der Beschuldigten wird gemäss Strafbefehl vom 18. April 2023 zusammen- gefasst vorgeworfen, dass sie den Gastronomiebetrieb "B._____" mit mehr als 10 Sitzplätzen seit dem 1. April 2022 geführt habe, ohne dabei über ein entsprechen- des Patent verfügt zu haben, wobei Speisen sowie alkoholische und alkoholfreie Getränke zur Konsumation an Ort und Stelle abgegeben worden seien. Dies habe sie gemacht, nachdem C._____ ihr die Betriebsführung des Gastronomiebetriebes übergeben habe, ohne den erforderlichen Patentnehmerwechsel bzw. den Verzicht auf das Patent der zuständigen Behörde zu melden (Urk. 2/1).

E. 1.1.2

Die Beschuldigte bestritt sowohl in der Untersuchung als auch anlässlich der Hauptverhandlung, das Restaurant allein geführt zu haben. Vielmehr habe sie mit C._____ eine (mündliche) Vereinbarung gehabt, wonach sie das Restaurant ge- meinsam mit ihr (C._____) als Patentinhaberin weitergeführt habe, bis die Beschul- digte selbst oder eine andere Person ein Patent beantragen würde (Urk. 2/17 S. 3; Prot. I S. 29 f.). Die Vorinstanz zieht zur Widerlegung dieser Aussagen der Beschul- digten die sinngemäss im Polizeirapport durch den Polizisten D._____ festgehalte-

- 7 - nen Aussagen der Beschuldigten, C._____ und E._____, sowie die Aussagen des Zeugen D._____ anlässlich seiner Befragung an der Hauptverhandlung, heran (Urk. 34 S. 9 f.).

E. 1.1.3

Mit der Verteidigung kann die sinngemässe Wiedergabe von Aussagen von beteiligten Personen im Polizeirapport keine ausreichende Grundlage für eine rechtsgenügeliche Erstellung des Sachverhalts sein (vgl. Urk. 44 S. 6). Die Vorin- stanz verkennt, dass es sich bei diesen Befragungen durch die Polizei nicht um formelle Einvernahmen nach Art. 78 StPO handelt. So wurden die Aussagen der Befragten nur sinngemäss und nicht im Frage-Antwort-Stil protokolliert und es wurde auch der Inhalt der Aussagen nicht durch die Unterschrift der Betroffenen bestätigt. Es besteht folglich auch keine Gewähr für deren inhaltliche Richtigkeit. Bereits aus diesem Grund kommt den festgehaltenen Aussagen im Polizeirapport kein Beweiswert zu. Hinzukommt, dass die Beschuldigte die von C._____ und E._____ notierten Aussagen im Polizeirapport anlässlich ihrer formellen Einver- nahme

beim Statthalteramt und vor Vorinstanz bestritt (Urk. 2/17 und Prot. I S. 29 f.). Bereits in der Untersuchung beantragte die Verteidigung, dass die rapportierenden und anlässlich der Kontrolle anwesenden Polizeibeamten sowie C._____ und E._____ als Zeugen unter Wahrung der Teilnahme- und Konfrontationsrechte (vgl. Art. 147 StPO) der Beschuldigten einvernommen würden (Urk. 2/22, Urk. 10, Urk. 22), was jedoch nicht geschah (vgl. Urk. 2/23). Auch die Vorinstanz lehnte entsprechende Beweisanträge – mit Ausnahme der Einvernahme des Polizisten D._____ – ab (Urk. 16, Prot. I S. 8). Was die Zeugenaussage des erwähnten Polizisten D._____ anlässlich der Hauptverhandlung in Bezug auf die vorliegende Kontrolle anbelangt, ist darauf hinzuweisen, dass es für die Wahrung des Konfrontationsanspruchs nicht genügt, wenn der Zeuge seine früheren Aussagen auf blossen Vorhalt hin bestätigt (Urteile des Bundesgerichts 6B_1110/2023 vom 23. Mai 2024 E. 3.3.5; 6B_369/2013 vom 31. Oktober 2013 E. 2.3.1. und 2.3.3.; BGE 140 IV 172 E. 1.5;). Der Zeuge konnte zwei Jahre nach der Kontrolle im Wesentlichen nur auf Vorhalt hin die im Rapport festgehaltenen Aussagen der betroffenen Personen bestätigen, wobei er teilweise auf den Rapport bzw. auf die Aussage seines Kollegen Wm mbA F._____ verweisen musste (Prot. I S. 12 ff.). Ferner kann entgegen der Vorinstanz nicht gesagt werden, dass D._____ die im Rapport notierten – und die

- 8 - Beschuldigte belastenden – Aussagen von C._____ anlässlich der Hauptverhandlung "bestätigt" habe (vgl. Urk. 34 S. 9 f.). Diese wurden nicht ihm gegenüber, sondern gegenüber seinem Kollegen Wm mbA F._____ geäußert (Urk. 2/3 S. 3), weshalb D._____ nur Zeuge vom Hörensagen ist. Auch hier kann nicht ausgeschlossen werden, dass er die ihm zugetragenen Aussagen falsch verstanden und rapportiert hat, wobei sogar die Vorinstanz bezüglich des Beginns der unerlaubten Wirtstätigkeit zugunsten der Beschuldigten von den rapportierten Aussagen abwich (Urk. 34 S. 10 f.). Ferner hat die Beschuldigte das von ihr im Polizeirapport sinngemäss notierte "Geständnis" (so die Vorinstanz, Urk. 34 S. 9) anlässlich ihrer Einvernahme beim Statthalteramt nicht bestätigt (Urk. 2/17) und anlässlich der Hauptverhandlung vor Vorinstanz ausdrücklich zu Protokoll gegeben, dass es nicht so gewesen sei, dass sie gegenüber dem Zeugen D._____ den Vorwurf anerkannt habe (Prot. I S. 34).

E. 1.1.4

Die vorinstanzliche Sachverhaltserstellung in Bezug auf die erste polizeiliche Kontrolle vom 9. Juni 2022 erfolgte gestützt auf die – einzig – im Polizeirapport vom 14. Juni 2022 notierten sinngemässen Aussagen von C._____, E._____ sowie der Beschuldigten. C._____ und E._____ wurden jedoch nie unter Wahrung der Teilnahme- und Konfrontationsrechte der Beschuldigten formell befragt. Entsprechend können ihre Aussagen nicht zulasten der Beschuldigten verwertet werden. Ferner konnte der formell befragte Zeuge D._____ die Umstände der Kontrolle vom 9. Juni 2022 nicht bestätigen und die Beschuldigte bestritt den ihr gemachten Vorwurf. Nach dem Gesagten erfolgte die vorinstanzliche Sachverhaltserstellung unter Verletzung elementarer Teilnahme- und Konfrontationsrechte der Beschuldigten und sie ist im Ergebnis willkürlich. Damit ist der Anklagesachverhalt, wonach die Beschuldigte seit dem 1. April 2022 den Gastronomiebetrieb "B._____" ohne ein entsprechendes Patent geführt habe, nachdem C._____ die Betriebsführung des Gastronomiebetriebs "B._____" der Beschuldigten übergeben habe, ohne den erforderlichen Patentnehmerwechsel bzw. den Verzicht auf das Patent der zuständigen Behörde zu melden, nicht erstellt.

E. 1.1.5

Weitere Beweismittel, gestützt auf welche ein Schuldspruch ergehen könnte, sind nicht vorhanden. Nach dem Gesagten ist die Beschuldigte im Zusammenhang mit dem Vorwurf in Bezug auf die verwaltungspolizeiliche Kontrolle vom 9. Juni 2022 freizusprechen. Entsprechend sind die von der Verteidigung mit Berufungs- erklärung vom 14. Oktober 2025 gestellten bzw. wiederholten Beweisanträge (Urk. 36 S. 3) gegenstandslos und Weiterungen hierzu erübrigen sich.

E. 1.1.6

Gelangt die Berufungsinstanz zum Schluss, dass die erste Instanz Beweise willkürlich nicht abgenommen hat, so kann sie den Entscheid nur aufheben und muss den Fall zur Beweisabnahme und neuer Entscheidung an die Vorinstanz zu- rückweisen (Urteil des Bundesgerichts 6B_362/2012 vom 29. Oktober 2012, Erw. 8.4.1; BSK StPO-BÄHLER, Art. 398 StPO N 6). Vorliegend ist jedoch nicht zu erwarten, dass eine Einvernahme von C._____ und E._____ bzw. des anlässlich der Kontrolle vom 9. Juni 2022 ebenfalls anwesenden Polizisten Wm mbA F._____ nach mehr als drei Jahren etwas am Beweisergebnis ändern würde, weshalb von einer Rückweisung abzusehen ist.

E. 1.1.7

Im Übrigen kann offenbleiben, ob im Falle einer gemeinsamen Betriebs- führung bzw. -inhaberschaft, bei der die Verantwortung zwischen der Beschul- digten und C._____ in einer gewissen Form vertraglich geteilt war, auch die Beschuldigte (oder nur diese) patentpflichtig gewesen wäre. Eine gemeinsame Betriebsführung wird der Beschuldigten in der Anklage nicht vorgeworfen und ist daher auch nicht zu beurteilen.

E. 1.2

Verwaltungspolizeiliche Kontrolle vom 12. September 2022

E. 1.2.1

Sachverhalt und rechtliche Würdigung

E. 1.2.1.1

Der Beschuldigten wird mit Strafbefehl vom 18. April 2023 überdies vorge- worfen, dass anlässlich einer weiteren Kontrolle am 12. September 2022 festge- stellt worden sei, dass sie den Gastronomiebetrieb "B._____" [mit mehr als 10 Sitz- plätzen] weiterhin geführt habe, ohne über ein entsprechendes Patent zu verfügen (Urk. 2/1).

- 10 -

E. 1.2.1.2

Die Vorinstanz erachtete den Sachverhalt gestützt auf die Feststellungen der Polizeibeamten anlässlich der Kontrolle vom 12. September 2022 gemäss Rap- port vom 26. Januar 2023 sowie die Aussagen des Zeugen D._____ anlässlich der Hauptverhandlung und die Zugeständnisse der Beschuldigten als erstellt (Urk. 34 S. 12).

E. 1.2.1.3

Die Beschuldigte bestreitet nicht, dass sie den Gastronomiebetrieb am 18. Juli 2022 wiedereröffnet und anschliessend ohne Gastwirtschaftspatent geführt hat (Urk. 44 S. 11; Urk. 45 S. 5; Prot. I S. 31). Sie macht jedoch geltend, dass sie für diesen Zeitraum von der Patentpflicht befreit gewesen sei, da sie effektiv stets weniger als zehn Personen bewirtet

und überdies keinen Alkohol ausgeschenkt habe (§ 3 lit. e GGG).

E. 1.2.1.4

Es ist unbestritten, dass im betreffenden Lokal nach der Wiedereröffnung am 18. Juli 2022 kein Alkohol mehr ausgeschenkt wurde. Mit Blick auf die Ausnahmebestimmung von § 3 lit. e GGG macht die Beschuldigte – wenigstens sinn- gemäss – geltend, (i) sie habe nach dem 18. Juli 2022 tatsächlich nie mehr als 10 Gäste gleichzeitig bewirtet und (ii) es sei das Restaurant zudem so umgestellt bzw. ausgestattet worden, dass auch theoretisch nicht mehr als zehn Steh- oder Sitzplätze zur Bewirtung vorhanden gewesen seien. Die übrigen Tische seien so zusammengestellt worden, dass sie nicht hätten benutzt werden können, und der nicht demontierbaren Bankreihe, auf die die Vorinstanz zu Unrecht abgestellt habe, seien keine Tische zugeordnet gewesen. Entsprechend habe diese zur Bewirtung ebenfalls nicht genutzt werden können (Urk. 44 Rz. 39 ff.).

E. 1.2.1.5

Gemäss § 2 Abs. 1 lit. a GGG bedarf eines Patents, wer an allgemein zugänglichen Örtlichkeiten mit Erwerbsabsichten, die nicht gewinnstrebend sein müssen, Speisen oder Getränke zum Genuss an Ort und Stelle verabreicht. Davon sind gemäss § 3 lit. e GGG "alkoholfreie Kleinbetriebe mit höchstens zehn Steh- oder Sitzplätzen" ausgenommen. Bereits aus dem Wortlaut von § 3 lit. e GGG geht unzweideutig hervor, dass es einzig auf die theoretisch verfügbare Anzahl Steh- oder Sitzplätze ankommt und nicht auf die Anzahl tatsächlich bedienter Gäste. Es wurde vom kantonalen Gesetzgeber offenkundig nicht beabsichtigt, die Bewilligungspflicht vom tatsächlichen Gästeaufkommen abhängig zu machen. Auch

- 11 - ein subjektiver Vorbehalt des Betreibers, maximal 10 Gäste Platz nehmen zu lassen, würde nach dem klaren Gesetzeswortlaut nicht genügen. Das erste Argument der Beschuldigten, wonach sie effektiv nie mehr als 10 Gäste gleichzeitig bewirtet habe, verfängt damit nicht.

E. 1.2.1.6

Es stellt sich aber die Frage, welche Anforderungen erfüllt sein müssen, dass eine tatsächlich vorhandene Steh- oder Sitzgelegenheit als "Steh- oder Sitz- platz" i.S.v. § 3 lit. e GGG qualifiziert. Zu dieser Auslegungsfrage findet sich weder Literatur noch Rechtsprechung. Aus den Materialien lassen sich ebenfalls keine relevanten Schlüsse ziehen. Die Bestimmung von § 3 lit. e GGG war im Antrag des Regierungsrats vom 6. Juli 1994 (Amtsblatt ZH 1994, S. 1225 ff.) so noch nicht enthalten und wurde erst durch die vorberatende Kommission eingefügt (Antrag der Kommission vom 30. Januar 1996, Amtsblatt 1996, S. 861 ff.). Im Rat wurde die Bewilligungspflicht nicht diskutiert (Protokoll des Kantonsrats ZH, 3. Juni 1996, S. 3723 ff.). In systematischer Hinsicht ist festzuhalten, dass die grundsätzliche Patentpflicht gemäss § 2 Abs. 1 lit. a GGG dadurch ausgelöst wird, dass jemand an einer allgemein zugänglichen Örtlichkeit "Speisen oder Getränke zum Genuss an Ort und Stelle verabreicht". Reine Take-Away- oder Lieferbetriebe werden damit von vorn- herein nicht einer Bewilligungspflicht unterstellt. Aus einer systematischen und teleologischen Betrachtung erhellt, dass Steh- oder Sitzgelegenheiten, die im Innen- oder Aussenbereich eines Gastronomiebetriebs tatsächlich vorhanden sind, mit Blick auf § 2 Abs. 1 lit. a GGG nur dann relevant sein können, wenn und soweit diese in einer objektiv erkennbaren Weise dem Verzehr von Speisen und/oder Getränken durch Gäste gewidmet sind. Nicht als Steh- oder Sitzplätze i.S.v. § 3 lit. e GGG gelten daher z.B.

Sitzgelegenheiten, die dem Personal dienen (z.B. in der Küche, hinter der Bar, im Pausenraum, im Büro etc.) oder die den Gästen offensichtlich zu anderen Zwecken als dem Konsum von Speisen oder Getränken zur Verfügung stehen (z.B. Stühle, die erkennbar für Gäste bestimmt sind, die auf die Zubereitung ihrer Take-Away-Bestellung warten; Stühle im Toilettenbereich oder in einem Fumoir; eine an die Wand verschraubte kleine Ablagefläche mit Aschenbecher draussen vor dem Lokaleingang). Eine Bewilligungspflicht offenkundig nicht zu begründen vermag sodann der blosser Umstand, dass in einem Lokal theoretisch mehr als 10 Gäste nebeneinander stehend Platz finden können, ohne dass z.B.

- 12 - entsprechende Salontische oder dergleichen zur Verfügung stehen. Relevant ist letztlich, ob ein durchschnittlicher Gast angesichts der konkreten Einrichtung, Ausstattung und Beschriftung im betreffenden Lokal auf der Grundlage eines objektiven Gesamteindrucks davon ausgehen kann, dass die betreffenden Steh- oder Sitzgelegenheiten vom Betreiber dem Verzehr angebotener Speisen oder Getränke durch Gäste vor Ort zugedacht sind.

E. 1.2.1.7

Die Beschuldigte räumt ein, dass im Zeitpunkt der zweiten Kontrolle im Lokal zwei Tische mit insgesamt acht Stühlen aufgestellt gewesen seien, die dem Konsum von Speisen und Getränken vor Ort gewidmet gewesen seien. Ferner gesteht sie ein, dass im Lokal eine Sitzbank vorhanden war (Prot. I S. 31), wobei – so das implizite Zugeständnis der Beschuldigten und der Verteidigung – die Zahl von 10 Sitzplätzen überschritten würde, wenn diese Sitzbank hinzugerechnet werden müsste. Wie dargelegt, reicht das blosser Vorhandensein einer Sitzbank im Lokal für sich genommen aber nicht aus, dass die betreffenden Sitzgelegenheiten als "Sitzplätze" i.S.v. § 3 lit. e GGG qualifizieren. Erforderlich wäre, dass in tatsächlicher Hinsicht Umstände festgestellt werden, gestützt auf die eine objektive Widmung der Sitzplätze zum Zweck des Konsums von Speisen oder Getränken durch Gäste vor Ort angenommen werden könnte. Eine solche – nur auf Willkür hin überprüfbar – tatsächliche Feststellung hat die Vorinstanz nicht getroffen. Der Schluss der Vorinstanz, der Betrieb unterstehe bereits aufgrund des blossen Vorhandenseins einer (nicht abgesperrten) Sitzbank der Patentpflicht (Urk. 34 S. 16), ist rechtsfehlerhaft.

E. 1.2.1.8

Dass die Sitzbank objektiv dem Verzehr von Speisen oder Getränken durch Gäste vor Ort gewidmet war, lässt sich gestützt auf die Akten nicht erstellen: Die Untersuchungsbehörden haben es unterlassen, eine Fotodokumentation des betreffenden Lokals zu erstellen, aus der die im Kontrollzeitpunkt vorherrschende Einrichtung bzw. Ausstattung des Restaurants (Stühle, Tische, Sitzbank etc.) ersichtlich würde. Der Polizeirapport vom 26. Januar 2023 verweist zwar auf eine solche Fotodokumentation, die beigelegt sei (Urk. 2/4 S. 3), in den Akten ist eine solche aber nicht vorhanden. In den Akten liegt einzig ein von der Verteidigung eingereichtes (undatiertes) Foto von ausgesprochen schlechter Qualität, das – möglicher-

- 13 - weise – einen Teil des Lokals zeigt (Urk. 24/2). Auf diesem Foto sind zwei Tische und sechs Stühle erkennbar. Ob es sich bei der im Hintergrund nur ansatzweise erkennbaren gelben Bepolsterung um die in Frage stehende Sitzbank handelt, lässt sich nicht abschliessend beurteilen. Selbst wenn dies so wäre, liesse sich nicht beurteilen, ob die

möglicherweise bestehenden weiteren Sitzplätze am linken Bildrand (in unbekannter Anzahl) bei einer Gesamtbetrachtung als dem Konsum von Speisen oder Getränken gewidmet gelten könnten. Wenn die Vorinstanz in diesem Zusammenhang festhält, dieses Foto bilde nur einen Teil des Innenraums ab und könne kein abschliessendes Bild über die Ausstattung des Lokals liefern (Urk. 34 S. 12), dann trifft dies sehr wohl zu, wirkt sich aber für die Beschuldigte nicht nachteilig aus, denn die Beweislast liegt auch in dieser Hinsicht beim Staat und nicht bei der Beschuldigten (Art. 10 StPO).

E. 1.2.1.9

Im erwähnten Rapport vom 26. Januar 2023 hält der rapportierende Polizeibeamte, G._____, fest, es sei festgestellt worden, "dass die Bestuhlung im Betrieb [...] für mehr als zehn Gäste ausgelegt worden war" (Urk. 2/4 S. 2). Dabei handelt es sich um eine vom Polizeibeamten G._____ gemachte Wahrnehmung, die – wenn sie zulasten der Beschuldigten hätte verwertet werden sollen – zum Gegenstand einer formellen Zeugeneinvernahme hätte gemacht werden müssen. G._____ wurde aber nie formell einvernommen (von der Vorinstanz einvernommen wurde D._____, vgl. Prot. I S. 8 ff.), und es wurde der Beschuldigten mithin kein Konfrontationsrecht gewährt, sodass diese protokollierte Wahrnehmung von vornherein nicht zulasten der Beschuldigten verwertet werden kann. Hinzu kommt, dass es sich bei der protokollierten Feststellung von G._____ letztlich um eine rechtlich gefärbte Einschätzung handelt, wonach die im Lokal vorhandenen Sitzgelegenheiten seiner Auffassung nach als Sitzplätze i.S.v. § 3 lit. e GGG qualifizierten, während die tatsächlichen Umstände, die ihn zu diesem Subsumtionsschluss brachten, nicht dokumentiert sind. Ferner wird der Beweiswert dieser rapportierten Feststellung massgeblich dadurch getrübt, dass der Rapport erst rund 4.5 Monate nach der Kontrolle erstellt wurde. Dass sich der rapportierende Polizist zu diesem Zeitpunkt noch im Detail an die damals angetroffenen Verhältnisse erinnern konnte, erscheint zweifelhaft.

- 14 - Die Vorinstanz hat D._____ (welcher die erste, nicht aber die zweite Kontrolle rapportierte) als Zeuge einvernommen. D._____ war zwar bei der zweiten Kontrolle ebenfalls anwesend, es erscheint aber als ausgesprochen zweifelhaft, dass er sich bei seiner Einvernahme knapp zwei Jahre später noch im Einzelnen an die damalige Bestuhlung und Ausstattung des Lokals erinnern konnte. Naheliegender scheint, dass er – nachdem ihm der betreffende Rapport seines Kollegen G._____ vorgängig vorgelegt worden war (Prot. I S. 11) – letztlich bloss den Rapportinhalt wiedergab und im Wesentlichen bestätigte, dass derartige Rapporte von ihm und seinen Kollegen jeweils gewissenhaft erstellt würden. Wenn sich der Zeuge D._____ anlässlich der vorinstanzlichen Befragung dahingehend äusserte, er sei sich "sicher", dass bei der zweiten Kontrolle "mehr als zehn Steh- oder Sitzplätze" vorhanden gewesen seien (Prot. I S. 18), dann ist diese Aussage einerseits vor dem Hintergrund des Zeitablaufs und der vorgängigen Vorlage des Rapports mit Vorsicht zu würdigen. Andererseits wird auch damit letztlich nur die persönliche rechtliche Einschätzung des Zeugen dokumentiert, wonach die vorhandenen Sitzgelegenheiten, insbesondere die fragliche Sitzbank, als Sitzplätze i.S.v. § 3 lit. e GGG qualifizierten und dass die Grenze von 10 Plätzen damit überschritten gewesen sei. Welche tatsächlichen Umstände vorgelegen haben, die den Zeugen zu diesem rechtlichen Schluss brachten, insbesondere weshalb die im Lokal vorhandene, fest installierte Sitzbank auch in der damaligen Bestuhlung und Einrichtung dem Verzehr von Speisen und Getränken durch Gäste gewidmet gewesen sein soll, führt der Zeuge nicht aus.

E. 1.2.1.10

Aus dem Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 6 StPO und der damit einhergehenden Pflicht zur Ermittlung der materiellen Wahrheit folgt eine Verpflichtung der Untersuchungsbehörden, von den bestmöglichen Beweismitteln Gebrauch zu machen (WOHLERS, in: Donatsch et al. [Hrsg.], StPO Komm., 3. Aufl. 2020, Art. 6 N 9). Vorliegend wäre es notwendig gewesen, von den damals angetroffenen Verhältnissen im betreffenden Lokal eine Fotodokumentation zu erstellen und die vorhandenen Sitzgelegenheiten – auch in ihrer gesamten Einbettung im betreffenden Raum – fotografisch festzuhalten. Wenn es die Untersuchungsbehörden unterlassen haben, eine solche Fotodokumentation zu erstellen, und stattdessen nur auf sehr unspezifisch geäusserte (rechtliche) Einschätzungen von Polizeibeamten

- 15 - abstellten, dann verletzt dies den aus Art. 6 StPO abgeleiteten Grundsatz des bestmöglichen Beweismittels. Weil eine Fotodokumentation der damaligen Einrichtung des Lokals – ein sich offensichtlich aufdrängender, unter Umständen entlastender Beweis – heute nicht mehr erstellt werden kann und weil sich die relevanten tatsächlichen Umstände gestützt auf das vorhandene Untersuchungsergebnis nicht feststellen lassen, muss in dubio pro reo davon ausgegangen werden, dass die betreffende Sitzbank objektiv nicht dem Verzehr von Speisen und Getränken durch Gäste vor Ort gewidmet war. Entsprechend ist anzunehmen, dass im Zeitpunkt der zweiten Kontrolle im Lokal der Beschuldigten bloss acht Sitzplätze i.S.v. § 3 lit. e GGG vorhanden waren. Weil im damaligen Zeitpunkt kein Alkohol ausgeschenkt wurde, bestand gemäss § 3 lit. e GGG keine Patentpflicht. Damit ist bereits der objektive Tatbestand von § 39 Abs. 1 lit. a i.V.m. § 2 Abs. 1 lit. a und § 3 lit. e GGG nicht erfüllt und die Beschuldigte freizusprechen.

E. 1.2.1.11

Im Übrigen ist auch der subjektive Tatbestand zu verneinen. Gemäss § 39 Abs. 1 lit. a GGG ist nur die vorsätzliche Tatbegehung strafbar. Beim Bestand einer Patentpflicht gemäss § 2 Abs. 1 lit. a und § 3 lit. e GGG handelt es sich um ein normatives objektives Tatbestandsmerkmal, auf das sich der Vorsatz – im Sinne einer Parallelwertung in der Laiensphäre – beziehen muss. Der Beschuldigten müsste also bewusst gewesen sein oder sie müsste es mindestens als möglich erachtet und in Kauf genommen haben, dass sie mit der betreffenden damaligen Bestuhlung und Einrichtung patentpflichtig gewesen wäre. Ist dies nicht erfüllt, so ist der Vorsatz zu verneinen und nicht bloss ein Rechtsirrtum i.S.v. Art. 21 StGB anzunehmen. Aus den Akten ergibt sich, dass die Beschuldigte (und ihr Sohn, der den Betrieb und das Patent nach der Schliessung im Sommer 2022 übernehmen sollte) sichtlich um eine Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben bemüht war (vgl. bereits den E-Mail-Verkehr des Sohnes der Beschuldigten mit den Behörden; Urk. 2/18, Beilage 2-5). Mit Schreiben vom 13. Juli 2022 wendete sich der heutige Verteidiger der Beschuldigten, damals im Namen ihres Sohnes, H._____, an die Stadtpolizei Winterthur und zeigte an, dass der Betrieb mangels Patenterteilung ab dem 18. Juli 2022 als Take-Away- bzw. Lieferbetrieb geöffnet werde und dass vor Ort kein Alkohol

- 16 - ausgeschenkt werde und maximal zehn Sitz- bzw. Stehplätze angeboten würden, dass also ein Patent nicht erforderlich sei. Darin zeigt sich, dass sich die Beschuldigte mit der Patentpflicht sehr wohl auseinandergesetzt hat und von einer fehlenden Bewilligungspflicht ausging. Dass die fest installierte Sitzbank, der – unbestritten – keine Tische zugeordnet waren, einer Ausnahme von der Bewilligungspflicht gemäss § 3 lit. e GGG unter Umständen entgegenstehen könnte, musste der Beschuldigten angesichts der Einschätzung ihres Rechtsvertreters (bzw. des Rechtsvertreters ihres Sohnes) nicht bewusst sein. Ein

vorsätzliche Tatbegehung ist vor diesem Hintergrund zu verneinen.

E. 1.2.2

Fazit Zusammenfassend ist die Beschuldigte auch bezüglich des Vorwurfs der Widerhandlung gegen das Gastgewerbegesetz im Zusammenhang mit der verwaltungspolizeilichen Kontrolle vom 12. September 2022 freizusprechen. 2. Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (AIG)

E. 1.3

Gegen das gleichentags mündlich eröffnete und im Dispositiv übergebene Urteil meldete die Beschuldigte fristgerecht Berufung an (Urk. 29). Das begründete Urteil wurde dem erbetenen Verteidiger am 23. September 2024 zugestellt (Urk. 32) und am 14. Oktober 2024 reichte dieser fristgerecht die Berufungserklärung ein (Urk. 36). Mit Präsidialverfügung vom 14. November 2024 wurde dem Statthalteramt Bezirk Winterthur (nachfolgend: Statthalteramt) eine Kopie der Berufungserklärung zugestellt und gleichzeitig wurde Frist angesetzt, um schriftlich zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben wird oder um begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 38). Mit Beschluss vom 30. Dezember 2024 wurde die schriftliche Durchführung des Verfahrens beschlossen sowie der Beschuldigten Frist angesetzt, um schriftlich im Doppel die Berufungsanträge zu stellen und zu begründen (Urk. 40). Nach zweimaliger Fristerstreckung (Urk. 42 und 43) reichte die Verteidigung mit Eingabe vom 17. März 2025 ihre schriftliche Berufungsbegründung ein (Urk. 44). Mit Präsidialverfügung vom 19. März 2025

- 5 - wurde dem Statthalteramt bzw. der Vorinstanz Frist angesetzt, um schriftlich im Doppel die Berufungsantwort einzureichen bzw. eine freigestellte Vernehmlassung abzugeben (Urk. 46). Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung (Urk. 48) und das Statthalteramt liess sich innert Frist nicht vernehmen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

E. 2

Kognition des Berufungsgerichts Gemäss Art. 398 Abs. 1 StPO ist die Berufung zulässig gegen Urteile erstinstanzlicher Gerichte, mit denen das Verfahren ganz oder teilweise abgeschlossen worden ist. Die Berufungsinstanz überprüft den vorinstanzlichen Entscheid bezüglich sämtlicher Tat-, Rechts- und Ermessensfragen üblicherweise frei (Art. 398 Abs. 2 und 3 StPO). Bildeten jedoch ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Hauptverfahrens, so schränkt Art. 398 Abs. 4 StPO die Kognition der Berufungsinstanz ein. In diesen Fällen wird das angefochtene Urteil lediglich dahingehend überprüft, ob es rechtsfehlerhaft ist oder ob eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz gegeben ist. Relevant sind dabei klare Versehen bei der Sachverhaltsermittlung wie namentlich Irrtümer oder offensichtliche Diskrepanzen zur Akten- und Beweislage. Weiter in Betracht kommen insbesondere Fälle, in denen die Sachverhaltsfeststellung auf einer Verletzung von Bundesrecht, in erster Linie von Verfahrensvorschriften der StPO selbst, beruht. Gesamthaft gesehen dürften regelmässig Konstellationen relevant sein, die als willkürliche Sachverhaltserstellung zu qualifizieren sind (vgl. SCHMID/ JOSITSCH, StPO Praxiskommentar, 4. Aufl. 2023, Art. 398 N 12 f.; BSK StPO- BÄHLER, 3. Aufl. 2023, Art. 398 N 6). Willkür bei der Beweiswürdigung liegt vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist oder mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht. Dass eine andere Lösung oder Würdigung

ebenfalls vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt für die Annahme von Willkür nicht (BGE 138 I 305 E. 4.3 mit Hinweisen). Eine vertretbare Beweiswürdigung ist daher auch dann noch nicht willkürlich, wenn die Berufungsinstanz anstelle des Vorderrichters allenfalls anders entschieden hätte. Es ist somit zu überprüfen, ob das vorinstanzliche Urteil im Bereich der zulässigen Kognition Fehler aufweist.

- 6 - Die urteilende Instanz muss sich nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen. Vielmehr kann sich das Gericht auf die seiner Auffassung nach wesentlichen und massgeblichen Vorbringen der Parteien beschränken (BGE 141 IV 249; BGE 138 IV 81 E. 2.2; BGE 136 I 229 E. 5.2).

E. 2.1

Sachverhalt und rechtliche Würdigung

E. 2.1.1

Der Beschuldigten wird schliesslich vorgeworfen, in ihrem Betrieb eine Mitarbeiterin angestellt zu haben, welche der Stellenmeldepflicht unterstehe, wobei die Beschuldigte sie vor Stellenantritt beim zuständigen Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) pflichtwidrig nicht angemeldet habe (Urk. 2/1 S. 2).

E. 2.1.2

Die Vorinstanz sah den Sachverhalt gestützt auf den Polizeirapport vom 26. Januar 2023 sowie die diesbezüglichen Zeugenaussagen von D. _____ als erstellt an (Urk. 34 S. 13 f.).

E. 2.1.3

Bezüglich dieses Vorwurfes stellt sich – mit der Verteidigung (vgl. Urk. 44 S. 19) – bereits die Frage, ob die Voraussetzungen an den Anklagegrundsatz erfüllt sind. So wird im Strafbefehl vom 18. April 2023 einerseits nicht erwähnt, um welche Person es sich bei der "Mitarbeiterin" handeln soll, welche die Beschuldigte ohne Meldung angestellt habe (vgl. Urk. 2/1 S. 2). Die Verteidigung brachte diesbezüg-

- 17 - lich bereits im Vorverfahren vor, dass die Beschuldigte nur mutmassen könne, um welche Person es gehen könne, die entsprechende Person aber angemeldet gewesen sei, und beantragte explizit, es sei die im Polizeirapport genannte Mitarbeiterin zu den Hintergründen der angeblich fehlenden Anmeldung und der angeblichen Arbeitstätigkeit für die Beschuldigte zu befragen (Urk. 2/22). Es erhellt vor diesem Hintergrund nicht, weshalb dieser Beweisanspruch durch das Statthalteramt in der Verfügung vom 22. März 2024 abgewiesen wurde (vgl. Urk. 2/23 S. 2). Des Weiteren wird in der Anklage lediglich erwähnt, dass diese Mitarbeiterin einer Stellenmeldepflicht unterstanden habe, nicht aber, gestützt auf welche tatsächlichen Umstände – nämlich wegen des Status F. Schliesslich lautet der Vorwurf in der Anklage pauschal, die Beschuldigte habe die betreffende Angestellte "pflichtwidrig" nicht angemeldet. Ein Fahrlässigkeitsvorwurf bedarf grundsätzlich einer wenigstens rudimentären Umschreibung in der Anklage (vgl. auch die diesbezüglichen Ausführungen der Verteidigung, Urk. 44 S. 19). Es kann vorliegend nicht von einem "Totalsäumnis" gesprochen werden, bei welchem sich die beschuldigte Person in keiner Weise um die Anmeldung gekümmert hat. Vielmehr ergibt sich aus den Akten, dass die Beschuldigte mit der Angestellten vorgängig über die Meldung diskutiert hat und dass sich die beiden darauf geeinigt haben, dass der Anwalt der Angestellten die Meldung übernehme, was er – wenn allenfalls auch in unkorrekter Weise – wohl auch getan hat. Zusammenfassend ergibt sich aus der Anklage nicht, worin genau der Vorwurf an die

Beschuldigte liegen soll (nämlich dass die falsche Person an das falsche Amt gemeldet habe). Nach dem Gesagten ist der Anklagegrundsatz verletzt, weshalb die Beschuldigte bereits aus diesem Grund freizusprechen wäre.

E. 2.1.4

Doch selbst wenn dies nicht der Fall wäre, wäre die Beschuldigte auch aus folgenden Überlegungen freizusprechen: In tatsächlicher Hinsicht stellt die Vorinstanz fest, dass eine Meldung an das AWA nicht erfolgt sei, auch nicht durch den Anwalt von I._____ (Urk. 34 S. 13 f.). Diese Feststellung ist rechtsfehlerhaft und willkürlich:

- 18 - Die Verteidigung hat vor Vorinstanz bestritten, dass I._____ beim AWA nicht gemeldet worden sei (Urk. 23 Rz. 33 ff.). Die Beschuldigte selbst hat in der Untersuchung ausgeführt, eine Meldung sei erfolgt, nämlich durch den Anwalt von I._____. Dieser habe die Meldung gegenüber dem "Migrationsamt" gemacht und bestätigt, dass I._____ zu arbeiten beginnen könne. Das habe ihr I._____ mit einer E-Mail des Anwalts belegt (Urk. 2/17 S. 4). Protokolliert wurde zwar die Aussage der Beschuldigten, die Meldung sei an das "Migrationsamt" erfolgt. Damit kann aber kein wirksames Zugeständnis gesehen werden, dass eine Meldung an das AWA nicht erfolgt sei. Bei dieser Einvernahme wurde kein Dolmetscher beigezogen, obschon die Deutschkenntnisse der Beschuldigten offenkundig ungenügend waren und diese vorgängig einen Dolmetscher verlangt hatte (Urk. 2/17 S. 1). In der vorinstanzlichen Einvernahme gab die Beschuldigte – unter Beizug eines Dolmetschers – an, I._____ habe am Tag der zweiten Kontrolle, einem Montag, begonnen. Sie sei bereits eine Woche vorher bei ihr gewesen und habe gefragt, ob sie arbeiten könne. Die Beschuldigte habe ihr gesagt, dass sie die Anmeldung noch über ihren Buchhalter veranlassen müsse, dieser sei aber nicht erreichbar gewesen. Daraufhin habe I._____ angeboten, dass dies ihr Anwalt machen könne. I._____ sei dann am Freitag vor der betreffenden Kontrolle zu ihr gekommen und habe gesagt, der Anwalt habe "diese Meldung gemacht", und sie habe ihr eine E-Mail vom Anwalt gezeigt, die bestätigte, dass sie arbeiten dürfe (Prot. I S. 31). Ähnliches ergibt sich aus einer von der Verteidigung ins Recht gelegten schriftlichen Auskunft von I._____ (Urk. 24/3). Die Beschuldigte stellte sich somit auf den Standpunkt, dass der Anwalt von I._____ die Meldung gemacht habe, und zwar grundsätzlich in korrekter Weise, d.h. beim AWA. Dass die Verteidigung in der Berufungsbegründung – neu – einräumt, dass die Meldung nicht an das AWA, sondern nur an das Migrationsamt erfolgte (Urk. 44 Rz. 66), ändert nichts; darin kann kein wirksames Zugeständnis der Beschuldigten gesehen werden, dass eine Meldung an das AWA nicht erfolgt sei. Objektive Beweismittel, die beweisen würden, dass eine Meldung an das AWA nicht erfolgt ist, sind nicht vorhanden. Eine Auskunft des AWA über die nicht erfolgte Meldung wurde nicht eingeholt. Die Anklagebehörde stützt sich diesbezüglich einzig und allein auf den Polizeirapport vom 26. Januar 2023, in dem festgehalten

- 19 - wird, "Abklärungen vor Ort" hätten ergeben, dass die Erwerbstätigkeit von I._____ nicht gemeldet worden sei (Urk. 2/4 S. 2). Worin diese Abklärungen bestanden hätten, wird nicht erwähnt. Der Rapport wurde erst 4.5 Monate im Nachhinein erstellt, was den Beweiswert trübt. Der rapportierende Polizist G._____ wurde nicht einvernommen, sodass dessen im Rapport geäußerten Wahrnehmungen nicht zulasten der Beschuldigten verwertbar sind. Der einvernommene Polizeibeamte, D._____, konnte dazu keine Angaben mehr machen, sondern verwies im Wesentlichen auf den Rapport seines Kollegen, G._____ (Prot. I S. 19 ff.). Im Rapport wird auf eine E-Mail des Anwalts von I._____ verwiesen, worin eine Meldung an das Migrationsamt erwähnt sei, was nicht genüge. Diese E-Mail

sei dem Rapport angehängt (Urk. 2/4 S. 3). Auch diese E-Mail findet sich aber nicht in den Akten, obschon es sich dabei möglicherweise um ein entlastendes Beweismittel gehandelt hätte.

E. 2.1.5

Insgesamt ist auch in diesem Zusammenhang der Untersuchungsgrundsatz nach Art. 6 StPO verletzt. Ob eine Meldung beim AWA erfolgte oder nicht, hätte ohne Weiteres durch eine Anfrage beim AWA ermittelt werden können. Dass dies- bezüglich trotz Bestreitung der Beschuldigten einzig auf eine 4.5 Monate im Nach- hinein rapportierte Wahrnehmung des Polizeibeamten G._____ abgestellt wird, geht nicht an. Hinzu kommt, dass die E-Mail des Anwalts von I._____, die den Po- lizeibeamten offensichtlich vorlag, nicht zu den Akten genommen wurde. Wenn die Vorinstanz in diesem Zusammenhang erwägt, dass sich für die Behauptung, dass die Meldung an das AWA tatsächlich erfolgt sei, abgesehen von den auf Hörensa- gen beruhenden Aussagen der Beschuldigten und I._____ keine weiteren Indizien finden liessen (Urk. 34 S. 13), so verkennt sie damit in rechtsfehlerhafter und damit willkürlicher Weise, dass die Beweislast beim Staat und nicht bei der Beschuldigten liegt (Art. 10 StPO). Nach dem Gesagten ist in dubio pro reo davon auszugehen, dass die Beschuldigte, nachdem ihr Buchhalter, der die Meldung in ihrem Namen hätte machen sollen, nicht erreichbar war, mit I._____ vereinbarte, dass diese ihren Anwalt beauftragen würde, die Meldung für die Beschuldigte, d.h. in deren Namen, vorzunehmen und dass der Anwalt diese Meldung an das AWA auch tatsächlich gemacht hat.

- 20 -

E. 2.1.6

In rechtlicher Hinsicht ist zutreffend, dass die Meldung grundsätzlich vom Arbeitgeber ausgehen muss (Art. 85a Abs. 2 AIG). Nur er ist strafrechtlich verant- wortlich, wenn die Meldung unterbleibt, nicht der Arbeitnehmer. Die Meldung muss die Angaben gemäss Art. 85a Abs. 2 AIG und Art. 65 Abs. 2 VZAE enthalten sowie zudem eine Erklärung des Arbeitgebers, dass er die orts-, berufs- und branchen- üblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen kennt und einhält (Art. 85a Abs. 3 AIG). Gemäss Art. 65 Abs. 4 VZAE kann die Meldung unter bestimmten (hier nicht gege- benen) Voraussetzungen durch eine Drittperson erfolgen. Dies schliesst aber nicht – e contrario – aus, dass der Arbeitgeber jemanden bevollmächtigt, die Meldung in seinem Namen zu erstatten. So wäre es jedenfalls zulässig gewesen, wenn die Beschuldigte ihren Buchhalter mit der Meldung – es muss im Wesentlichen bloss ein Internet-Formular ausgefüllt werden – beauftragt und dieser diese Meldung er- stattet hätte. Beim bevollmächtigten Stellvertreter handelt es sich nicht um eine "Drittperson" i.S.v. Art. 65 Abs. 4 VZAE, sondern wird die Meldung aufgrund der Stellvertretung rechtlich dem Arbeitgeber zugerechnet. Andernfalls könnte eine juristische Person keine Meldung erstatten bzw. müssten es zwingend ihre Organe tun, was nicht sachgerecht wäre.

E. 2.1.7

Wenn vorliegend – davon ist in dubio pro reo auszugehen – der Anwalt von I._____ die Meldung mit den Daten gemäss Art. 85a Abs. 2 und 3 AIG und Art. 65 Abs. 2 VZAE dem AWA im Namen der Beschuldigten erstattet hat, nachdem die Beschuldigte diesen hierzu über I._____ bevollmächtigt hatte (oder die Meldung wenigstens vor Stellenantritt genehmigt hat), so ist dies nicht zu beanstanden. Dass die Meldung nicht an das AWA erfolgte, dass die Meldung inhaltlich mangelhaft war oder dass der Anwalt von I._____ von

der Beschuldigten hierzu nicht bevollmächtigt war, lässt sich aufgrund der lückenhaften Untersuchungsakten nicht nachweisen. Der objektive Tatbestand von Art. 120 Abs. 1 lit. f AIG i.V.m. Art. 85a Abs. 2 AIG ist damit nicht erfüllt. Die Beschuldigte ist daher freizusprechen.

E. 2.1.8

Schliesslich ist auch der subjektive Tatbestand einer Sorgfaltspflichtverletzung nicht erfüllt. Die Beschuldigte macht geltend, dass I._____ ihr vor Stellenantritt eine E-Mail ihres Rechtsanwalts vorgelegt hat, in der dieser bestätigte, dass er die Meldung für die Beschuldigte in korrekter Weise gemacht

- 21 - habe. Diese E-Mail – ein entlastendes Beweismittel – wurde in Verletzung von Art. 6 StPO nicht zu den Akten genommen, sodass der exakte Inhalt unklar bleibt. Dies darf indes nicht zum Nachteil der Beschuldigten gereichen. Wenn der Beschuldigten von ihrer einzustellenden Mitarbeiterin vor Stellenantritt eine E-Mail vorgelegt wurde, mit der ihr Anwalt bestätigte, dass er die Meldung in rechtskonformer Weise vorgenommen hätte, dann kann der Beschuldigten in dieser Situation keine Pflichtverletzung vorgeworfen werden. Wie erwähnt muss es möglich sein, dass die Meldung an einen bevollmächtigten Mitarbeiter, Buchhalter oder Anwalt delegiert wird. Wenn dieser Stellvertreter – zumal hier ein zugelassener Rechtsanwalt – glaubhaft bestätigt, dass er die Meldung korrekt erstattet hätte, so darf mangels spezieller Umstände grundsätzlich darauf vertraut werden. Alles andere würde die Sorgfaltsanforderungen in einer arbeitsteiligen Geschäftswelt überspannen. Auch

E. 3

Umfang der Berufung Nachdem die Beschuldigte einen vollumfänglichen Freispruch beantragt, ist das gesamte vorinstanzliche Urteil angefochten (Urk. 36 S. 2; Urk. 44 S. 2). Es ist im Rahmen der oben erläuterten Kognition zu überprüfen (Art. 404 Abs. 1 StPO). Ferner gilt das Verschlechterungsverbot (Art. 391 Abs. 2 StPO). II. Sachverhalt und rechtliche Würdigung 1. Widerhandlung gegen das kantonale Gastgewerbegesetz (GGG)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.