

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB160206-O/U/cwo

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. M. Langmeier, Präsident, die Oberrichterinnen lic. iur. L. Chitvanni und lic. iur. Ch. von Moos sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. C. Grieder

Urteil vom 6. Oktober 2016

in Sachen

A._____,

Beschuldigter und I. Berufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt Dr. iur. R. Jäger,

Anklägerin und II. Berufungsklägerin

betreffend

vorsätzliches Vergehen gegen das Ausländergesetz

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, Einzelgericht,
vom 7. April 2016 (GB160003)**

Anklage:

Der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 2. Dezember 2013, diesem Urteil beigeheftet (Urk. 5)

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 46 S. 8-10)

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig des vorsätzlichen Vergehens gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 117 Abs. 1 AuG.
2. Von einer Bestrafung des Beschuldigten wird in Anwendung von Art. 52 StGB abgesehen.
3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 900.– ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 700.– Gebühr für das Vorverfahren
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
4. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.
5. (Mitteilungen)
6. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

(Prot. II S. 7)

a) **Der Verteidigung des Beschuldigten:**

(Urk. 70 S. 10)

In Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und in Abweisung der Berufung der Staatsanwaltschaft sei der Beschuldigte vom Anklagevorwurf des vorsätzlichen Vergehens gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 117 Abs. 1 AuG freizusprechen. Die Kosten der Untersuchung wie auch des

erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen. Dem Beschuldigten sei eine Entschädigung in Höhe von CHF 11'690.75 (exkl. heutige Tagfahrt) zuzusprechen.

b) Der Staatsanwaltschaft:

(Urk. 72 S. 1)

1. Der Beschuldigte sei zu bestrafen mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu je Fr. 30.--, entsprechend Fr. 900.--.
2. Der Vollzug der Geldstrafe sei aufzuschieben unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren.

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte / Verfahrensgang

1. Prozessgeschichte

1.1. Der Verlauf des Verfahrens bis zum vorinstanzlichen Urteil ergibt sich aus dem Entscheid vom 7. April 2016 (Urk. 46).

1.2. Mit dem vorstehend aufgeführten Urteil sprach die Vorinstanz den Beschuldigten des vorsätzlichen Vergehens gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 117 Abs. 1 AuG schuldig. In Anwendung von Art. 52 StGB wurde von einer Bestrafung abgesehen. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens wurden dem Beschuldigten auferlegt (Urk. 46 S. 8).

1.3. Mit Eingabe vom 14. April 2016 liess der Beschuldigte über seinen Verteidiger Rechtsanwalt lic. iur. X._____ Berufung anmelden (Urk. 36). Am 15. April 2016 ging die Berufungsanmeldung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland bei der Vorinstanz ein (Urk. 41). Das begründete Urteil konnte am 26. April 2016 je den damals noch amtierenden beiden Verteidigern des Beschuldigten und der Staatsanwaltschaft Winterthur/ Unterland sowie am 27. April 2016 dem Staatssekretariat für Migration zugestellt werden (Urk. 45).

1.4. Mit Verfügung vom 25. April 2016 überwies die Vorinstanz die Akten, unter Hinweis auf die Berufungserklärungen sowohl des Beschuldigten als auch der Staatsanwaltschaft, ans Obergericht (Urk. 47).

1.5. Am 13. Mai 2016 ging die Berufungserklärung des Verteidigers Rechtsanwalt lic. iur. X._____ ein (Urk. 50), der mitteilte, dass der Beschuldigte im Berufungsverfahren nunmehr durch ihn alleine verteidigt werde (Ur. 50 S. 2). Gleichzeitig beantragte er die Einvernahme von vier Personen und die Einholung einer schriftlichen Auskunft des Kommandos der Kantonspolizei Zürich betreffend die Personalien des Informanten der Polizei, der B._____ im Haushalt A._____ habe arbeiten sehen, die Einvernahme dieses Informanten und evtl. die Einholung einer schriftlichen Auskunft betreffend Verdachtsmomente beim Polizisten C._____ (Urk. 50 S. 2f.).

1.6. Mit Präsidialverfügung vom 18. Mai 2016 wurde der Staatsanwaltschaft eine Kopie der Berufungserklärung des Beschuldigten und diesem diejenige der Staatsanwaltschaft zugestellt, um gegebenenfalls Anschlussberufung zu erheben oder Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen. Gleichzeitig wurde der Staatsanwaltschaft Frist für eine obligatorische Stellungnahme zu den Beweis-anträgen des Beschuldigten angesetzt. Sodann wurde der Beschuldigte aufgefordert, dem Gericht das Datenerfassungsblatt sowie Dokumente zu seinen finanziellen Verhältnissen einzureichen (Urk. 54).

1.7. Mit Eingabe vom 25. Mai 2016 beantragte die Staatsanwaltschaft die Abweisung der Beweisanträge mit der Begründung, dass der Beschuldigte im äusseren Sachverhalt grundsätzlich geständig sei, weshalb sich die Beweisergänzungsanträge als überflüssig erweisen würden (Urk. 56).

1.8. Das Datenerfassungsblatt sowie diverse Unterlagen wurden vom Beschuldigten am 7. Juni 2016 eingereicht (58/1).

1.9. Die Stellungnahme der Staatsanwaltschaft wurde dem Beschuldigten mit Präsidialverfügung vom 8. Juni 2016 zur freigestellten Vernehmlassung zugestellt (Urk. 59).

1.10. Mit Eingabe vom 10. Juni 2016 wies der Verteidiger darauf hin, dass der Beschuldigte auch in Bezug auf den Sachverhalt keineswegs geständig sei (Urk. 61). Diese Eingabe wurde mit Präsidialverfügung vom 13. Juni 2016 der Staatsanwaltschaft zur freigestellten Vernehmlassung zugestellt (Urk. 63).

1.11. Mit Präsidialverfügung vom 23. August 2016 wurden die Beweisanträge des Beschuldigten abgewiesen (Urk. 65). Am 26. August 2016 wurde auf den Donnerstag, 6. Oktober 2016, zur Berufungsverhandlung vorgeladen (Urk. 67).

1.12. Am 6. Oktober 2016 fand die Berufungsverhandlung statt, an welcher der Beschuldigte erneut die erwähnten Beweisanträge stellen und zusätzlich noch die Befragung der Eltern von D._____ beantragen liess, nicht mehr jedoch die Einholung einer schriftlichen Auskunft des Kommandos der Kantonspolizei Zürich betreffend die Personalien des Informanten der Polizei und dessen Einvernahme. Ebenso wenig liess er noch um die Einholung einer schriftlichen Auskunft betreffend Verdachtsmomente beim Polizisten C._____ ersuchen (Urk. 70 S. 2 f., S. 8). Auf die gestellten Beweisanträge ist im Rahmen der materiellen Prüfung einzugehen.

2. Umfang der Berufung

Der Beschuldigte verlangt einen Freispruch (Urk. 50 S. 2). Die Berufung der Staatsanwaltschaft beschränkt sich auf die Strafzumessung (Urk. 52). Demzufolge ist das ganze vorinstanzliche Urteil angefochten.

3. Anklageprinzip

3.1. Die Verteidigung macht eine Verletzung des Anklageprinzips geltend und bringt vor, der Anklagevorwurf sei nicht genügend konkret umschrieben. Es sei zum einen der Zeitraum des Sachverhalts nicht gehörig eingegrenzt und zum anderen werde nicht genannt, worin die Arbeit als Kindermädchen bestanden habe, weshalb die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen sei (Urk. 70 S. 5 ff.).

3.2. Wenn das erstinstanzliche Verfahren wesentliche Mängel aufweist, die im Berufungsverfahren nicht geheilt werden können, so hebt das Berufungsgericht

das angefochtene Urteil auf und weist die Sache zur Durchführung einer neuen Hauptverhandlung und zur Fällung eines neuen Urteils an das erstinstanzliche Gericht zurück (Art. 409 Abs. 1 StPO). Die Verteidigung hat nicht angeführt, inwiefern das vorinstanzliche Verfahren mangelhaft gewesen sein soll. Wie gesehen, bezieht sich ihre Kritik auf die Anklageschrift. Es bestehen demnach keine Gründe, das vorliegende Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3.3. Entgegen der Ansicht der Verteidigung ist sodann der Zeitraum der Tathandlung in der Anklageschrift ("an einigen Tagen für einige Stunden") gerade noch genügend eingegrenzt, zumal der Beschuldigte zu Beginn der Untersuchung selbst praktisch gleichlautend so aussagte, B._____ hätte wenige Stunden an wenigen Tagen ausgeholfen (Urk. 2 S. 3). Weiter ist die Umschreibung "als Kindermädchen beschäftigt" ausreichend, da allgemein bekannt ist, welche Aufgaben ein Kindermädchen hat. Demzufolge ist der Anklagevorwurf knapp genügend konkret und das Anklageprinzip nicht verletzt.

II. Sachverhalt und rechtliche Würdigung

1. Sachverhalt

1.1. Gemäss Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 2. Dezember 2013, der gestützt auf Art. 356 Abs. 1 StPO als Anklageschrift gilt, wird dem Beschuldigten vorgeworfen, in der Zeit vom Dienstag, 15. Oktober 2013 bis Dienstag, 12. November 2013 B._____ an seinem Wohnort an der ...strasse ... in E._____ an einigen Tagen für einige Stunden als Kindermädchen beschäftigt zu haben, also eine üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte Tätigkeit, obwohl er gewusst habe, dass B._____ in der Schweiz nicht zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt war (Urk. 5 S. 2).

1.2. Die Verteidigung beantragt einen Freispruch (Urk. 50 S. 2 Ziff. 3, Urk. 70 S. 10). Sie hält fest, dass der Beschuldigte in Bezug auf den Sachverhalt - entgegen der Darstellung der Staatsanwaltschaft - keineswegs geständig sei. Es würden diesbezüglich auch unterschiedliche Sachverhaltsschilderungen vorliegen, welche es zu klären gelte (Urk. 61). Betreffend die eingeklagte Beschäfti-

gungszeitspanne liege keineswegs ein Geständnis vor (Urk. 70 S. 2). B._____ habe die Kinder überhaupt nie betreut (Urk. 70 S. 5). Nach Ansicht des Beschuldigten handelt es sich bei den Tätigkeiten, die B._____ für die Familie des Beschuldigten verrichtet habe, nicht um Arbeit. Sie sei auf Besuch gewesen und habe das freiwillig gemacht, weshalb das keine Schwarzarbeit sei (Urk. 2 S. 3 f., Urk. 69 S. 6).

1.3. Die Staatsanwaltschaft stellt sich auf den Standpunkt, der äussere Sachverhalt sei durch das Geständnis des Beschuldigten rechtsgenügend erstellt. Weiter habe dieser auch gewusst oder zumindest billigend in Kauf genommen, dass B._____ über keine Arbeitsbewilligung verfügt habe (Urk. 72 S. 2).

1.4. Die Vorinstanz hat festgehalten, dass der Beschuldigte sowohl anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 12. November 2013 als auch anlässlich der staatsanwaltlichen Einvernahme vom 6. Januar 2014 ausgeführt habe, B._____ habe sich wenige Stunden an wenigen Tagen bzw. einige Stunden an ein bis zwei Tagen um seine Kinder gekümmert. Auch anlässlich der Hauptverhandlung habe der Beschuldigte angegeben, dass B._____ an ein oder zwei Tagen für ein oder zwei Stunden mit den Kindern alleine gewesen sei (Prot. I S. 10). Somit sei er in Bezug auf den objektiven Sachverhalt, wonach er B._____ an einigen Tagen für einige Stunden als Kindermädchen beschäftigt habe, geständig (Urk. 46 S. 5 Ziff. 3.2.).

1.5. Aussagen des Beschuldigten

1.5.1. Anlässlich der Einvernahme des Beschuldigten bei der Staatsanwaltschaft vom 6. Januar 2014 (Urk. 3), führte dieser zusammenfassend aus, dass B._____ am 15. Oktober 2013 in die Schweiz eingereist sei und bei F._____, welche in ... wohne, gewesen sei. Als die Mutter von F._____ gestorben sei und diese deshalb nach G._____ [Staat in Osteuropa] habe reisen müssen, habe diese ihn gebeten, dass B._____ für einige Tage bei ihm bleiben könne. B._____ habe nicht alleine bleiben können, weil sie das erste Mal in Europa gewesen sei und die Sprache nicht könne. F._____ habe dann zuerst telefoniert und sie hätten abgemacht. Dann sei F._____ mit B._____ zu ihnen gekommen. B._____ hätte für ein oder

zwei Wochen bei ihnen bleiben sollen, bis F._____ aus G._____ zurückgekommen wäre. B._____ sei ihr Gast gewesen und sie seien für deren Lebensunterhalt aufgekommen (Urk. 3 S. 2 f.).

1.5.2. In der Hauptverhandlung vom 7. April 2016 (Prot. I S. 4 ff.) sagte der Beschuldigte, dass B._____ eine Freundin einer guten Bekannten von ihm, F._____, sei. Am 15. Oktober 2013 sei B._____ zusammen mit F._____ in die Schweiz gekommen und habe bis zum 5. November 2013 bei dieser gewohnt. Dann sei die Mutter von F._____ gestorben und diese habe abreisen müssen. B._____ sei dann zu ihnen gekommen. Für Kost und Logis habe B._____ nichts bezahlen müssen, weil F._____ eine sehr gute Kollegin von ihm sei. Es sei nur ein Gefallen und es seien ja nur ein paar Tage gewesen. B._____ sei ein oder zwei Tage für ein oder zwei Stunden mit den Kindern alleine gewesen. Diese habe das aber freiwillig gemacht. In ihrer Mentalität sei es einfach so, dass sie im Umgang mit Gästen offen und hilfsbereit seien (Prot. I S. 9 f.). Es sei zutreffend, dass B._____ einige Male die Kinder an Randstunden zwischen seinen Schichten und denjenigen seiner Partnerin gehütet habe (Prot. I S. 11). Er habe keinen Rappen bezahlt. Es sei keine Arbeit gewesen. B._____ sei einfach froh gewesen, dass sie bei ihm aufgenommen worden sei, als F._____ ihre Mutter habe beerdigen müssen (Prot. I S. 13).

1.6. Anlässlich der Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte zuerst aus, B._____ sei am 6. November zu ihnen gekommen, vielleicht sei es aber auch schon am Abend vom 5. November gewesen. Die darauf gestellte Frage, ob B._____ am 6. November, als F._____ nach G._____ abgereist sei, zum Beschuldigten gekommen sei, bejahte der Beschuldigte. Sie habe alles freiwillig gemacht, wenn sie etwas gemacht habe. Ihr - des Beschuldigten und seiner Partnerin - Sohn H._____ sei im Hort gewesen, sie hätten sich den ja sparen können, wenn sie sonst eine Betreuungsmöglichkeit gehabt hätten. Es sei doch normal, wenn man als Gast etwas mache. Es könne sein, dass die Kinder mal ein bis zwei Stunden mit B._____ allein gewesen seien. Er wisse aber nicht mehr, ob dies an einem, zwei, drei oder vier Tagen gewesen sei und ob es sich um eine oder eine halbe Stunde gehandelt habe. Wenn B._____ in dieser Zeit nicht auf die Kinder

geschaut hätte, hätte es eine andere Lösung gegeben, da sie diese Situation schon öfters gehabt hätten. Wenn jemand bei ihnen sei, sei auch klar, dass diese Person etwas mache und zwar freiwillig (Urk. 69 S. 5-7).

1.7. Zu Gunsten des Beschuldigten ist deshalb entgegen dem eingeklagten Sachverhalt und den Erwägungen der Vorinstanz zunächst davon auszugehen, dass B._____ nur vom 6. November bis zum 12. November 2013 beim Beschuldigten und dessen Partnerin gewohnt hat. Weiter ist gestützt auf die Aussagen des Beschuldigten und zu dessen Gunsten von einem Tag auszugehen, an dem B._____ sich während ein bis zwei Stunden um die Kinder des Beschuldigten gekümmert hat.

2. Rechtliche Würdigung

2.1. Unter dem Titel "Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern ohne Bewilligung" hält Art. 117 Abs. 1 AuG fest:

"Wer als Arbeitgeberin oder Arbeitgeber vorsätzlich Ausländerinnen und Ausländer beschäftigt, die in der Schweiz nicht zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt sind, oder wer eine grenzüberschreitende Dienstleistung in der Schweiz in Anspruch nimmt, für welche der Dienstleistungserbringer keine Bewilligung besitzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft. In schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe. Mit der Freiheitsstrafe ist eine Geldstrafe zu verbinden."

2.2. Der Beschuldigte bestreitet, dass es sich bei der Tätigkeit von B._____ um eine bewilligungspflichtige Erwerbstätigkeit gehandelt habe.

2.3. Nachfolgend ist somit zu prüfen, ob es sich bei der vom Beschuldigten anerkannten ein- bis zweistündigen Betreuung der beiden Kinder des Beschuldigten durch B._____ um eine Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 117 Abs. 1 AuG gehandelt hat.

2.4. Der Begriff der Erwerbstätigkeit wird gemäss Art. 11 Abs. 2 AuG weit gefasst. Darunter fällt jede üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte unselbständige oder selbständige Tätigkeit, selbst wenn sie unentgeltlich erfolgt. Ob das vorliegt, ist im Einzelfall zu beurteilen. Das Bundesgericht hat ein zweimaliges probeweises "Schnuppern" als Küchenhilfe im Hinblick auf eine mögliche Anstellung nicht unter Art. 11 Abs. 2 AuG subsummiert (BGE 137 IV 297). Das Obergericht des Kantons Bern beurteilte dagegen am 1. Februar 2011 den unentgeltlichen Einsatz von zwei Asylbewerbern für wenige Stunden während eines knappen Tages im Geschäft des dort Beschuldigten als Erwerbstätigkeit, weil es nicht um eine Handreichung unter Freunden gegangen sei, sondern um eine ganz direkte Unterstützung des Beschuldigten in dessen Exportgeschäft, der ohne den Einsatz der beiden Asylbewerber jemanden hätte anstellen und bezahlen oder dann aber die Arbeit selbst hätte erledigen müssen (SK 10 423). Ähnliche Überlegungen stellte das Bundesverwaltungsgericht in einem Urteil vom 28. Mai 2015 an (C-5556/2014): Dort hatte jemand zwei Brüdern über längere Zeit "zwischen durch geholfen" und Schleifarbeiten verrichtet, ein Auto geputzt oder Botengänge erledigt. Das Bundesverwaltungsgericht erwog, es habe keine Ausnahmesituation vorgelegen, wo der Erwerbscharakter durch eine besondere verwandtschaftliche oder emotionale Nähe in den Hintergrund gedrängt worden wäre; die vom Betroffenen verrichteten Tätigkeiten, insbesondere jene in der Garage, würden üblicherweise gegen Geld vorgenommen. Im Urteil C-7344/2014 des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. August 2015 ging es schliesslich um eine serbische Staatsangehörige, die über zwei Jahre hinweg immer wieder für rund drei Monate in die Schweiz einreiste, um sich hier im Rahmen einer tagesfüllenden Tätigkeit im Haushalt ihres Bruders um die Kinderbetreuung zu kümmern. Ohne diese Hilfeleistung wäre der Bruder auf eine Fremdbetreuung in einer Kindertagesstätte angewiesen gewesen. Das Bundesverwaltungsgericht befand, schon angesichts der Häufigkeit, des zeitlichen Umfangs wie der Art und Weise der geleisteten Betreuungsarbeiten könne offenkundig nicht mehr davon gesprochen werden, es handle sich hierbei lediglich um eine Hilfeleistung, wie sie unter Verwandten üblich ist und gemeinhin auch unentgeltlich geleistet wird. Von einer "normalen verwandtschaftlichen Gefälligkeit" könne daher keine Rede sein.

Der Erwerbsbegriff gemäss Art. 11 Abs. 2 AuG umfasst damit grundsätzlich auch arbeitsmarkt- bzw. dienstleistungsmarktrelevante Hilfeleistungen unter Verwandten. Etwas anderes gilt ausnahmsweise, wenn der besondere Charakter der Hilfeleistung gerade durch die verwandtschaftliche und emotionale Nähe zwischen den Beteiligten gewährleistet wird, die ausführende Person daher nicht durch einen Dritten ersetzt werden könnte, ohne dass der besondere Charakter der Hilfeleistung verloren ginge. In einer solchen Situation wird der grundsätzliche Erwerbscharakter der Hilfeleistung durch arbeitsmarktfremde Elemente verdrängt. Voraussetzung ist, dass die Hilfeleistungen mit Blick auf die konkreten Umstände des Einzelfalles noch als zwischen Verwandten üblich bzw. sozialadäquat betrachtet werden können (Urteil C-7344/2014 des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. August 2015 E. 5.2.2). Naturgemäss kann dies insbesondere bei Hilfeleistungen und Unterstützungen im privaten Bereich der Fall sein (Urteil C_6443/2013 des Bundesverwaltungsgerichts vom 31. Oktober 2014 E. 6.5 und Urteil C-5190/2014 des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. September 2015 E. 5.3.3).

2.5. Im vorliegenden Fall ist B._____, die ... Staatsangehörige [des Staates G._____] ist (Urk. 32/1), mit F._____, die sowohl einen ... Pass [des Staates G._____] (Urk. 32/2) als auch den Schweizer Pass (Urk. 32/4) hat, am 15./16. Oktober 2013 mit dem Reisebus in die Schweiz eingereist (Urk. 4 S. 3 Frage und Antwort 22). Sie wohnte im Rahmen ihres Ferienaufenthaltes in der Schweiz bei ihrer Freundin F._____. Als sich diese wegen des Todes der eigenen Mutter in ihr Heimatland begeben musste, wurde B._____ für die Dauer deren Abwesenheit bei der Familie des Beschuldigten untergebracht. Sie konnte ab dem 6. November 2013 kostenlos beim Beschuldigten wohnen und hat sich im Rahmen ihres Aufenthaltes als Gast nützlich gemacht bzw. erkenntlich gezeigt. Zwar ist sie weder mit dem Beschuldigten noch mit dessen Lebenspartnerin verwandt, kann aber als Bekannte einer guten Freundin des Beschuldigten zwanglos dem weiteren Freundeskreis des Beschuldigten zugerechnet werden. Ihre Hilfe in der Familie des Beschuldigten beschränkte sich auf ein bis zwei Stunden an einem Tag. Es war auch klar, dass B._____ wieder zu F._____ zurückgehen würde, wenn diese in die Schweiz zurückkehrt.

2.6. Bei dieser Ausgangslage ist vor dem Hintergrund der vorgenannten Rechtsprechung klar, dass es sich beim kurzzeitigen, einmaligen Beaufsichtigen der Kinder des Beschuldigten durch B._____ um nichts anderes als eine sozialadäquate, übliche Hilfeleistung gehandelt hat: Es ist - nicht nur im Kulturkreis des Beschuldigten - durchaus üblich und auch angebracht, dass man sich als erwachsener Feriengast in einer Familie im privaten Bereich nützlich macht. Es ist B._____ Recht zu geben, dass es deplaziert gewesen wäre, einfach untätig im Haushalt des sie entgegenkommenderweise aufnehmenden Beschuldigten umher zu sitzen, und sie deshalb aus Dankbarkeit und Anstand die eine oder andere Handreichung leistete. Wenn sie nun in diesem Rahmen einmal während ein bis zwei Stunden auf die Kinder geschaut hat, war das eine Gefälligkeit und - entgegen des Vorderrichters - nicht eine Tätigkeit, "welche typischerweise ein Kindermädchen ausüben würde und dies üblicherweise gegen Entgelt", zumal mit Verwandten der Partnerin des Beschuldigten Personen vorhanden waren, die sonst immer wieder Betreuungsaufgaben übernommen hatten. Dass B._____ nicht mit dem Beschuldigten und/oder seiner Partnerin verwandt ist, kann unter diesen Umständen nicht von entscheidender Bedeutung sein. B._____ machte nichts anderes, als was in ihrer Situation gesellschaftlich angezeigt und üblich war, und zwar einmalig und in einem so kleinen zeitlichen Rahmen, dass der - grundsätzlich denkbare - Erwerbscharakter dieser Tätigkeit in Anbetracht der gesamten Umstände vollständig in den Hintergrund gedrängt wird. Ihre Gefälligkeitshandlung in der privaten Sphäre der Familie des Beschuldigten darf nicht pönalisiert werden.

2.7. Mit Blick sowohl auf die speziellen Umstände des Aufenthaltes von B._____ bei der Familie des Beschuldigten als auch auf den Umfang und die Dauer des zur Diskussion stehenden Beaufsichtigens der Kinder, ist die von B._____ erbrachte Hilfestellung nicht als Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 11 Abs. 2 AuG zu qualifizieren. Damit ist Art. 117 Abs. 1 AuG nicht erfüllt und es hat ein Freispruch zu erfolgen.

2.8. Bei diesem Verfahrensausgang kann die Abnahme der vom Verteidiger beantragten Beweise unterbleiben, zumal sich auch die Staatsanwaltschaft aus-

drücklich dagegen stellt (s. vorstehende Erw. I. 1.7.) und sie bereits in der Untersuchung darauf verzichtet hat, B._____ prozessrechtlich verwertbar einzunehmen (vgl. Urk. 10, 11, 15/1 und 19). Damit bringt die Staatsanwaltschaft zum Ausdruck, dass sie die vorliegende Sache auf der Basis des bestehenden Beweisfundaments beurteilt haben will und die Konsequenz eines Freispruchs zu tragen bereit ist, wenn die Beweislage für einen Schuldspruch nicht ausreicht. Das ist - wie gesehen - der Fall.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Ausgangsgemäss - der Beschuldigte wird freigesprochen und obsiegt im Berufungsverfahren - sind die Kosten der Untersuchung, des erstinstanzlichen Verfahrens und des Berufungsverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 426 Abs. 1 und 2 StPO; Art. 428 Abs. 1 StPO). Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Ziff. 3) ist zu bestätigen.

2. Der Beschuldigte hat Anspruch auf Entschädigung seiner Aufwendungen für die angemessene Ausübung seiner Verfahrensrechte, wenn er freigesprochen wird (Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO). Gemäss Art. 436 Abs. 1 StPO sind die Bestimmungen nach Art. 429 ff. StPO auch für das Rechtsmittelverfahren anwendbar. Der vormalige Verteidiger des Beschuldigten hat eine Honorarnote im Betrag von Fr. 5'857.05 (inkl. MwSt.) eingereicht (Urk. 71/3) und der aktuelle Verteidiger eine solche im Betrag von Fr. 5'833.70 (inkl. MwSt.) ins Recht gelegt (Urk. 71/4/1 u. 71/4/2). Die darin geltend gemachten Aufwendungen sind ausgewiesen. Dem Beschuldigten ist zuzüglich einer Entschädigung für anwaltliche Verteidigung für die Berufungsverhandlung insgesamt eine Prozessentschädigung von Fr. 13'100.-- (inkl. MwSt.) aus der Gerichtskasse zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird vollumfänglich freigesprochen.
2. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Ziff. 3) wird bestätigt.
3. Die Kosten der Untersuchung und beider gerichtlicher Verfahren werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Dem Beschuldigten wird für das gesamte Verfahren eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 13'100.-- aus der Gerichtskasse zugesprochen.
5. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die erbetene Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (übergeben)sowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die erbetene Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
 - das Staatssekretariat für Migrationund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - die Koordinationsstelle VOSTRA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d VOSTRA mittels Kopie von Urk. 48
 - die Kantonspolizei Zürich, KIA-ZA, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG)
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
6. 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
I. Strafkammer

Zürich, 6. Oktober 2016

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Langmeier

lic. iur. C. Grieder