

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB150243-O/U/cw

Mitwirkend: Die Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, lic. iur. Burger und
lic. iur. Stiefel sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Karabayir

Urteil vom 11. Januar 2016

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Diebstahl**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 24. März 2015 (GG150048)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 23. Februar 2015 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 26).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 75 Tagessätzen zu Fr. 30.–, wovon bis und mit heute 65 Tagessätze als durch Haft geleistet gelten.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Die Privatklägerin B._____ GmbH wird mit ihrem Schadenersatzbegehren auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'500.00 ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 50.00 Kosten der Kantonspolizei
Fr. 1'000.00 Gebühr für Vorverfahren
Fr. 999.00 Auslagen Untersuchung
Fr. 3'934.30 amtliche Verteidigung durch Rechtsanwalt Dr.iur. X._____
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
6. Der amtliche Verteidiger wird mit Fr. 3'934.30 (inkl. MwSt.) aus der Gerichtskasse entschädigt.
7. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.

8. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 60 S. 1, sinngemäss)

- Das erstinstanzliche Urteil sei aufzuheben und der Beschuldigte sei freizusprechen,
- sämtliche Kosten seien auf die Staatskasse zu nehmen und
- der Beschuldigte sei für die erstandene Untersuchungshaft von 66 Tagen zu entschädigen.

b) Der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl:

(Urk. 51 sinngemäss, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte und Prozessuales

1. Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 24. März 2015 wurde der Beschuldigte A. _____ wegen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB schuldig gesprochen und zu einer bedingten Geldstrafe von 75 Tagessätzen zu Fr. 30.– verurteilt, wobei 65 Tagessätze als durch Haft geleistet gelten sollen. Die Probezeit wurde auf 2 Jahre festgesetzt. Die Privatklägerin wurde mit ihrem Schadenersatzbegehren auf den Zivilweg verwiesen. Die Kosten der Untersuchung und des Gerichtsverfahrens – mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung – wurden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung wurden unter Nachforderungsvorbehalt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO auf die Gerichtskasse genommen (Urk. 37 und 46).
2. Gegen dieses Urteil meldete der Beschuldigte mit Eingabe vom 27. März 2015 rechtzeitig Berufung an (Art. 399 Abs. 1 StPO; Urk. 39). Am 11. Juni 2015 ging bei der hiesigen Kammer die Berufungserklärung fristgerecht ein (Art. 399 Abs. 3 StPO; Urk. 47; vgl. Urk. 45/2: begründetes Urteil erhalten am 1. Juni 2015). Die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl (nachfolgend Staatsanwaltschaft) verzichtete nach Erhalt der Berufungserklärung des Beschuldigten auf eine Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils (Urk. 51). Mit Präsidialverfügung vom 2. September 2015 wurde das schriftliche Verfahren angeordnet und dem Beschuldigten Frist angesetzt, um seine Berufungsanträge zu stellen und zu begründen (Urk. 56; vgl. Urk. 52 - 55). Am 14. Oktober 2015 gingen bei der hiesigen Kammer die Berufungsanträge und deren Begründung nach einmal erstreckter Frist rechtzeitig ein (Urk. 58 und 60), welche an die Staatsanwaltschaft und die Vorinstanz zugestellt wurden (Urk. 62 f.). Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung (Urk. 64) und die Staatsanwaltschaft auf Berufungsantwort (Urk. 65). Damit erweist sich das Verfahren als spruchreif.

3. Die Berufung hat im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung (Art. 402 StPO). E contrario erwachsen die nicht von der Berufung erfassten Punkte in Rechtskraft (SCHMID, StPO-Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2013, N 1 zu Art. 402; vgl. auch Art. 437 StPO). Das Berufungsgericht überprüft somit das erstinstanzliche Urteil nur in den angefochtenen Punkten (Art. 404 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte beantragte einen Freispruch von jeglicher Schuld. Insofern wurde das vorinstanzliche Urteil vollumfänglich angefochten.

II. Sachverhalt

1. Die Staatsanwaltschaft wirft dem Beschuldigten vor, am 12. September 2014 in der Bijouterie "B._____" an der ... [Adresse] einen Solitärtring aus Weissgold mit einem Brillanten im Wert von Fr. 12'900.– behändigt und die Bijouterie damit verlassen zu haben, ohne den Ring zu bezahlen (Urk. 26).
2. Der Beschuldigte bestreitet, die Tat begangen zu haben. Er stellt sich zusammengefasst auf den Standpunkt, dass er zwar im Jahr 2014 zweimal seine in ... Zürich wohnhafte Schwester besucht habe. Er sei aber anlässlich dieser Besuche nie in der Stadt Zürich gewesen. Er könne somit nicht der Täter gewesen sein (Urk. 9 Nr. 15, 19, 21 - 25; Urk. 10 Nr. 5 - 7; Prot. I S. 8). Seine Verteidigung macht darüber hinaus geltend, dass es ausser den Aussagen der Verkäuferin keine weiteren objektivierbaren Beweise gäbe, welche deren Angaben verifizieren und rechtsgenügend auf die Täterschaft des Beschuldigten hinweisen würden. Zum einen sei dadurch bereits fraglich, ob der als gestohlen bezeichnete Diamantring überhaupt existiere. Zum anderen aber könne allein mit den teilweise unstimmgigen und unsicheren Aussagen der Verkäuferin nicht rechtsgenügend bewiesen werden, dass es sich beim Beschuldigten um den allfälligen Täter handle, zumal die Umstände der durchgeführten Wahlbildkonfrontation völlig unklar seien. Die Täteridentifikation sei deshalb nicht zuverlässig (Urk. 60 S. 2 - 4; so auch schon vor Vorinstanz: Urk. 35).
3. Da der anklagebildende Sachverhalt bestritten wird, ist zu überprüfen, ob dieser mit den zur Verfügung stehenden Beweismitteln rechtsgenügend erstellt

werden kann. Hierbei gilt es, den Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 10 Abs. 2 StPO) zu beachten. Die Vorinstanz hat zutreffende Ausführungen zu den allgemeinen Grundsätzen der Beweiswürdigung gemacht, so dass darauf verwiesen werden kann (Urk. 46 S. 4 - 7; Art. 82 Abs. 4 StPO).

4. Als Beweismittel zur Erstellung des Sachverhalts dienen vorliegend die Aussagen der Verkäuferin C._____ als Zeugin (Urk. 11) und diejenigen des Beschuldigten (Urk. 9 f.; Prot. I S. 6 ff.). Weiter liegen bei den Akten Kopien von einem mazedonischen und einem serbischen Pass des Beschuldigten, welcher Doppelbürger ist (Urk. 16 f.). Sodann sind auch DNA-Spurenauswertungsberichte des Instituts für Rechtsmedizin vorhanden (Urk. 12/2 - 4). Schliesslich befinden sich Übersichtsaufnahmen der Tatörtlichkeit in den Akten (Urk. 2).

5. Die Anklage und der vorinstanzliche Schuldspruch stützen sich einzig auf die Aussagen der Zeugin (vgl. Urk. 46 S. 12), insbesondere auf die durch sie getätigte Identifikation des Beschuldigten als Täter. Im Folgenden sind ihre diesbezüglichen Aussagen unter besonderer Berücksichtigung der Umstände dieses Beweiserhebungsvorganges einer eingehenden Würdigung zu unterziehen.

5.1. Zur Durchführung einer Identifizierungsgegenüberstellung existieren zwar weder besondere Vorschriften noch eine gefestigte Praxis. Es steht primär im Ermessen der Strafbehörde, wann und wie eine Identifizierungsgegenüberstellung erfolgen soll (ZR 106/2007 S. 276, E. 5.2.b; GODENZI, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, Kommentar zu Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2014, N 11 zu Art. 146; BSK StPO - HÄRING, N 11 zu Art. 146). Allerdings wurden von Lehre und Rechtsprechung immerhin einzelne Empfehlungen für die Durchführung einer solchen ausgearbeitet (ZR 106/2007 S. 276 E. 5.2.b; Urteil BGer vom 10. Mai 2004 [1P.104/2004], E. 3 und 4; Urteil OGer ZH vom 28. November 2014 [SB140133], E. 6.1; Beschluss OGer ZH vom 12. Januar 2004 [AC030107], E. 3 a-b; BLÄTTLER, Zur Problematik der Täteridentifikation im Rahmen einer Konfrontation aus der Sicht der polizeilichen Praxis, AJP 2000 1374; GARBADE, Mindestanforderungen bei Täteridentifikationen - Forum "Redlich aber falsch" Bern, 20. Mai 2000, AJP 2000 1375). Für ein zweifelsfreies Wiedererkennen und zur Gewährleistung der Zuverlässigkeit einer Täteridentifikation wird in diesem Sinne

beispielsweise empfohlen, den Zeugen vor einer allfälligen Fotokonfrontation zur Beschreibung des Täters aufzufordern. Ausgehend von dieser Täterbeschreibung sind dem Zeugen anschliessend Fotos von mehreren Vergleichspersonen, welche der vorgängigen Täterbeschreibung entsprechen, vorzulegen. Dem Zeugen darf auf keinen Fall nur *ein* Foto des Verdächtigen vorgelegt werden. Denn bei vorgängiger Vorhaltung eines einzelnen Fotos kann die Gefahr nicht ausgeschlossen werden, dass der Zeuge ein im Unterbewusstsein vorhandenes Bild bei einer späteren Fotokonfrontation falsch einordnet, d.h. durch die vorgängige Vorhaltung des einen Fotos beeinflusst wurde. Weiter wird empfohlen bzw. ergibt sich aus Art. 76 Abs. 1 StPO, die Durchführung der Fotokonfrontation detailliert zu protokollieren und die Auswahl der dem Zeugen unterbreiteten Vergleichsfotos den Akten beizulegen. Da es sich bei diesen Empfehlungen aber weder um besondere Vorschriften noch um eine gefestigte Praxis handelt, vermag deren Nichtbeachtung nicht von vornherein die Unverwertbarkeit des so abgenommenen Beweises zu bewirken. Verlangt wird immerhin, dass eine solche Konstellation im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu berücksichtigen und der so erfolgten Täteridentifikation allenfalls einen geringeren Beweiswert zuzuerkennen ist (BLÄTLER, AJP 2000 1374; GARBADE, AJP 2000 1375; GODENZI, a.a.O., N 12 - 14 zu Art. 146; HÄRING, a.a.O., N 11 zu Art. 146). Es ist demnach Sache des Richters, dieser Problematik bei der frei vorzunehmenden Beweiswürdigung Rechnung zu tragen. Dabei ist auf die konkreten Umstände des Einzelfalles abzustellen (Urteil BGer vom 10. Mai 2004 [1P.104/2004] E. 4).

5.1.1. Ausgehend von diesen Empfehlungen sind im Hinblick auf die Beurteilung der Zuverlässigkeit der erfolgten Täteridentifikation zunächst die während der Tat bestehenden Umstände zu berücksichtigen. Diese sind namentlich die Dauer der Beobachtung, die Erkennbarkeit des Täters auf Grund der Licht- und Wetterverhältnisse, die Entfernung des Standorts des Zeugen zum Täter, der Blickwinkel, die Auffälligkeit des Täters, sonstige Umstände der Beobachtung (gezielt oder zufällig) oder die Aufmerksamkeit des Beobachters. Dadurch kann festgestellt werden, inwieweit die befragte Person die Möglichkeit hatte, das Aussehen des Täters bewusst wahrzunehmen.

5.1.2. Danach ist zu erörtern, ob Anhaltspunkte für eine suggerierte Aussage bestehen. Hierzu sind die zur Erkennung von suggerierten Aussagen ausgearbeiteten Grundlagen der Aussagenpsychologie heranzuziehen. Diese besagen u.a., dass sich aus der chronologischen Rekonstruktion der Aussageentstehung und Aussageentwicklung ergibt, inwiefern es sich bei den Aussagen der beobachtenden Person um suggerierte oder um erlebnisbasierte Aussagen zur Täterbeschreibung handelt. Denn der Wahrheitsgehalt einer Aussage kann nur beurteilt werden, wenn ihr Zustandekommen bekannt ist (BENDER/NACK/TREUER, Tatsachenfeststellungen vor Gericht, 3. Aufl., München 2007, N 253 ff.;

LUDEWIG/TAVOR/BAUMER, Wie können aussagepsychologische Erkenntnisse Richtern, Staatsanwälten und Anwälten helfen?, AJP 2011 1415, 1433).

5.1.3. Schliesslich ist zu beachten, dass sich Fehler im Identifizierungsverfahren im Allgemeinen nachträglich nicht mehr korrigieren lassen (BENDER/NACK/TREUER, a.a.O., N 1174; BLÄTLER, AJP 2000 1374; GODENZI, a.a.O., N 15 zu Art. 146).

Denn hat sich die einvernommene Person anlässlich einer ersten Wahlkonfrontation auf einen Täter festgelegt, und stellt sich heraus, dass die Beweisabnahme mit einem systematischen Mangel behaftet war, besteht erinnerungspsychologisch stets die Gefahr der zumindest unbewussten Selbstbindung der einzuvernehmenden Person an das bereits Gesagte. Deshalb darf das Gericht einen Schuldspruch in solchen Fällen nicht auf eine wiederholte Wiedererkennung stützen (GODENZI, a.a.O., N 15 zu Art. 146).

5.2. Gemäss Aussagen der Zeugin zu den Wahrnehmungsumständen hatte diese im Tatzeitraum während ca. 20 Minuten die Möglichkeit, das Aussehen des Täters wahrzunehmen. Ihren zusammengefassten Ausführungen zufolge sei der Täter in dieser Zeit in die Bijouterie gekommen, habe sich ein wenig umgeschaut und sich von ihr einen Damen-Diamantring zeigen lassen. Sie hätten sich dabei unterhalten. Er habe sich an den Bedientisch gesetzt. Dann seien andere Kunden in die Bijouterie gekommen. Weil der Täter angegeben habe, er wolle noch auf seine Frau warten, welche sich für einen Ring entscheiden solle, habe sie sich um die anderen Kunden gekümmert und diesen eine Uhr gezeigt. Den Täter habe sie dabei weitgehend im Blickwinkel gehabt. Nur kurz habe sie ihm den Rücken ge-

kehrt. Sie habe gesehen, dass er hinter den Bedientisch in den Arbeitsbereich gegangen sei und dann die Bijouterie verlassen habe (Urk. 11 Nr. 9 und 19; vgl. auch Urk. 1 S. 3).

Wie die Vorinstanz zu Recht festhielt (Urk. 46 S. 11), hatte die dem Täter teilweise direkt gegenüberstehende Zeugin damit während einer doch längeren Zeit bei guten Lichtverhältnissen die Möglichkeit, das Gesicht des Täters bewusst wahrzunehmen und sich dieses einzuprägen. Somit kann aus den Tatumständen geschlossen werden, dass die Zeugin auch in der Lage war, den Täter wiederzuerkennen.

5.3. Die Zeugin äusserte sich anlässlich dreier Gelegenheiten hinsichtlich der Täteridentifikation: Erstmals anlässlich der Tatbestandsaufnahme bzw. Anzeigerstattung direkt vor Ort gegenüber der Polizei (Urk. 1 S. 1 - 4), das zweite Mal anlässlich einer Fotokonfrontation beim Forensischen Institut Zürich (nachfolgend FOR) am 17. September 2014 (Urk. 1 S. 4; Urk. 13) und zuletzt anlässlich der Live-Gegenüberstellung bei der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme am 20. Januar 2015 (Urk. 11).

5.3.1. Gemäss dem Polizeirapport vom 18. September 2014 gab die Zeugin vor Ort sinngemäss folgende Täterbeschreibung ab: Beim Dieb handle es sich um einen 45 - 55 jährigen, weissen Mann mit fester Statur und einer Grösse von 165 cm. Er habe *kurze blonde* Haare, sei rasiert gewesen und habe eine Brille als Sehhilfe. Er spreche Englisch und gebrochen Deutsch. Als Typus wurde "Südländer" angegeben. Getragen habe der Täter blaue Jeans, eine blaue Regenjacke und eine Mütze (Urk. 1 S. 1).

Bei dieser Beschreibung handelt es sich zwar um eher rudimentäre Angaben, welche auf viele Personen im Alltag zutreffen könnten. Dies bedeutet aber noch keineswegs, dass die Zeugin kein erlebnisbasiertes, detailliertes Gedächtnisbild des Täters in ihrer Erinnerung gespeichert hat. Denn eine verbale Täterbeschreibung bringt regelmässig gewisse Schwierigkeiten mit sich (BENDER/NACK/TREUER, a.a.O., N 1210 f.). Im Hinblick auf eine noch durchzuführende Konfrontation genügt diese Beschreibung somit als Grundlage für die Wahl der

Vergleichspersonen, die der Zeugin gegenübergestellt werden sollen (vgl. GARBADE, AJP 2000 1375). Anzeichen für suggerierte Aussagen sind soweit keine ersichtlich.

5.3.2. Die erste Identifizierungskonfrontation wurde gemäss Aktenlage am 17. September 2014 beim FOR in Form einer Fotokonfrontation durchgeführt (Urk. 1 S. 4; Urk. 13). Zur Durchführung der Fotokonfrontation und den diesbezüglichen Aussagen der Zeugin finden sich sowohl im Polizeirapport vom 18. September 2014 als auch im Kurzbericht des FOR vom 17. September 2014 Angaben. Bei eingehender Auseinandersetzung mit diesen Angaben und Dokumentationen fallen folgende Ungereimtheiten und Unklarheiten auf:

5.3.2.1. Nicht nachvollziehbar ist anhand der Dokumentationen zunächst, wie der Identifizierungsvorgang durchgeführt wurde. Während im Kurzbericht vom FOR (Urk. 13 S. 2) und im Polizeirapport unter der Rubrik "Ermittlungen/Ergänzungen" (Urk. 1 S. 4) protokolliert wurde, dass die Zeugin zur "Wahlbildkonfrontation" *aufgeboten bzw. vorgeladen* wurde, wurde im Polizeirapport unter der Rubrik "Aussage: C._____, ..." (Urk. 1 S. 4 oben) dokumentiert, dass sich die Zeugin in Bezug auf diese Konfrontation *telefonisch* geäußert habe. Abgesehen davon, dass nicht erhellt, wie die Fotokonfrontation mit mehreren zur Auswahl stehenden Vergleichspersonen am Telefon zuverlässig durchgeführt werden kann, ist unklar, ob eine Fotokonfrontation nun telefonisch oder bei der Strafverfolgungsbehörde vor Ort durchgeführt würde. Ferner bleibt bei einem Vergleich des FOR-Kurzberichts mit den Ausführungen im Polizeirapport ungewiss, wer diese Konfrontation durchgeführt hat. Gestützt auf den Polizeirapport muss davon ausgegangen werden, dass diese vom Reporterstatter, D._____, durchgeführt wurde (vgl. Urk. 1 S. 4 oben: "Äusserte sich anlässlich Wahlbildkonfrontation *mir gegenüber* ..."). Gemäss FOR-Kurzbericht war dies aber ... E._____. Diese Ungereimtheiten werfen erste Zweifel an der Zuverlässigkeit der durchgeführten Täteridentifikation auf. Eine förmliche polizeiliche Befragung der Zeugin anlässlich dieser Fotokonfrontation wurde nicht durchgeführt.

5.3.2.2. Weiter geht aus diesen beiden Aktenstücken nicht hervor, welche Fotovorlagen von Vergleichspersonen bzw. vom Beschuldigten der Zeugin vorgelegt

wurden und ob sie überhaupt Wahlbilder vorgehalten erhalten hat. So lässt sich aus der tabellarischen Aufstellung im FOR-Kurzbericht unter der Rubrik "Recherche: Täter 1 (Fotos ab 2007)" nur erschliessen, dass unter auswahlweiser Eingabe des von der Zeugin angegebenen Signalements in die polizeiliche Datenbank zwei Recherchen durchgeführt wurden. Diese beiden Recherchen gehen zunächst von folgenden gleichen Tätermerkmalen aus: "männlich, weiss, geb. 1954-1974, 160-174cm". Sie unterscheiden sich in der jeweiligen Eingabe eines zusätzlichen Merkmals: "Brille" bei der Recherche 1 und "Südeuropäisch / Balkanisch / Osteuropäisch" bei der Recherche 2. Die Tabelle schliesst mit der Zeile "Angezeigte Bilder", wobei in der Spalte "Recherche 1" die Zahl 109 und in der Spalte "Recherche 2" 625 aufgeführt ist. Ausgehend von der protokollierten Bezeichnung "angezeigte Bilder" steht mit anderen Worten einzig fest, dass die Datenbank mit dem für die erste Recherche eingegebenen Signalement das Bild 109 und mit dem für die zweite Recherche eingegebenen Signalement das Bild 625 *anzeigte*. Etwas anderes kann aus diesen Angaben entgegen der Vorinstanz (Urk. 46 S. 8) nicht abgeleitet werden, insbesondere nicht, dass der Zeugin die über 700 Bilder vorgezeigt, also vorgehalten wurden. Im Gegenteil sprechen mehrere Hinweise gegen eine entsprechende Annahme. So spricht die Zeugin gemäss Polizeirapport wiederholt immer nur von *einem* Bild ("Ich konnte auf *dem* Bild den Täter [...]. Die Statur von der Person auf *dem* Bild war 1:1 die Statur des Täters. [...] Die Person auf *dem* Bild, an der Wahlbildkonfrontation wirkte ungepflegter, als dass ich den Täter im Kopf habe. ... [Urk. 1 S. 4 unter Rubrik "Aussage: C._____ ...]"). Ferner würde die Vorhaltung von über 700 Fotos der Aussage der Zeugin anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme widersprechen, wonach die "polizeiliche Befragung" nur kurz gedauert habe (Urk. 11 Nr. 18). Schliesslich liegen den Akten keinerlei Vergleichsfotos bei. Einzig wurden dem FOR-Kurzbericht drei Profilfotos des Beschuldigten je von beiden Seiten und von vorne angehängt. Ein weiteres Rätsel werfen aber in diesem Zusammenhang auch die im FOR-Kurzbericht vermerkten Herstellungsdaten dieser drei Profilbilder des Beschuldigten auf. Gemäss dem unter den Fotos vermerkten Datum ("19.01.2015") und der Foto-Nr. ("FotoPCN:...") wurden diese Fotos nämlich anlässlich der Verhaftung des Beschuldigten am 18. Januar 2015 gemacht (vgl. Urk. 18/1 und 18/5). Auch der Umstand, dass die als "P-Nr." bezeichnete Nummer "..." derjenigen im Verhaftsrapport entspricht (Urk. 18/1 S. 1), spricht

weiter dafür, dass die angehängten Fotos des Beschuldigten von der Verhaftung stammen. Ist dem aber so, so können sie der Zeugin nicht am 17. September 2014, also schon vier Monate vor ihrer Herstellung, vorgelegt worden sein. Welche Fotos des Beschuldigten der Zeugin vorgelegt wurden, bleibt damit ebenfalls völlig im Dunkeln. Die Verwirrung in Bezug auf die vorgehaltenen Fotos wird schliesslich komplett, wenn man sich die Aussage der Zeugin vor Augen führt, wonach *die Statur von der Person auf dem Bild 1:1 der Statur des Täters* entspreche (Urk. 1 S. 4). Gestützt auf diese Aussage muss die Zeugin eine Ganzkörperaufnahme des Beschuldigten gesehen haben. Den Akten liegen aber keine solchen Aufnahmen bei, sondern lediglich die dem FOR-Bericht angehängten Profilbilder des Beschuldigten, auf welchen die Statur des Beschuldigten gerade nicht erkennbar ist. Diese Unklarheiten und Unstimmigkeiten verstärken die aufgetretenen Zweifel an der Zuverlässigkeit der Täteridentifikation erheblich.

5.3.2.3. Schliesslich ergeben sich auch inhaltlich aufgrund von Ungereimtheiten in den protokollierten Angaben der Zeugin Zweifel an der Zuverlässigkeit der Identifikation des Beschuldigten als Täter. Es ist die Rede von "ziemlich genau" und "mutmasslich", dennoch aber wird von 90 %-iger Sicherheit gesprochen. Weiter soll die Zeugin sinngemäss angegeben haben, dass der Täter eine Mütze getragen habe, weshalb sie bezüglich der Haarfarbe keine genauen Angaben machen könne (Urk. 1 S. 4). Nichtsdestotrotz wird unter der Rubrik "Signalement Zeugen-aussage" als Haarfarbe "blond" und als Haarlänge "kurz" aufgeführt. Der Beschuldigte hat nicht einmal ansatzweise blonde Haare (vgl. Urk. 13, Fotos des Beschuldigten).

5.3.2.4. Im Ergebnis ist somit insbesondere aufgrund der intransparenten Art der ersten Beweiserhebung zweifelhaft, ob die erste Konfrontation der Zeugin mit dem Beschuldigten ohne jegliche suggestive Beeinflussungen hinsichtlich der Täterschaft erfolgte. Wie oben aufgeführt sind durchaus gewisse Anhaltspunkte für eine mögliche suggestive Beeinflussung, z.B. durch Einzelbildkonfrontation, vorhanden, welche mehr als nur theoretische Zweifel an der regelkonformen Durchführung der ersten Gegenüberstellung und der Zuverlässigkeit der erfolgten Identifikation des Beschuldigten als Täter aufwerfen.

5.3.3. Zuletzt identifizierte die Zeugin den Beschuldigten anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 20. Januar 2015 nach Deponierung einer Täterbeschreibung in Form einer Live-Gegenüberstellung (Urk. 11).

5.3.3.1. Den Täter beschrieb die Zeugin als sehr gepflegten und ein wenig unteretzten Mann mit vermutlich grau-blonden Haaren, der sehr schlechtes, gebrochenes Deutsch und deshalb Englisch mit ihr gesprochen habe. Er habe eine Golfermütze und zunächst eine dunkel gerahmte Brille getragen, welche er dann abgenommen und in der Hand gehalten habe. Er sei kleiner als sie gewesen (Urk. 11 Nr. 10).

Diese Täterbeschreibung unterscheidet sich nicht merklich von den gegenüber der Polizei deponierten Angaben. Die Zeugin machte gegenüber der Staatsanwaltschaft zwar weniger genaue Angaben. Dies dürfte aber wohl auf die eher offener formulierte Fragestellung diesbezüglich zurückzuführen sein. Jedenfalls sind bei einem Vergleich der beiden Täterbeschreibungen keine auf eine suggerierte Angabe hinweisenden Umstände erkennbar.

5.3.3.2. Zur Beurteilung der Zuverlässigkeit der im Rahmen der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme erfolgten zweiten Täteridentifikation ist an dieser Stelle vorab hervorzuheben, dass gemäss den obdargelegten Empfehlungen eine zweite Identifikation einen sehr geringen Beweismehrwert hat (vgl. oben E. 5.1.3.). Abgesehen von diesem den Beweiswert mindernden erinnerungspsychologischen Aspekt muss die zweite Identifizierung des Beschuldigten als Täter aber auch aufgrund der Vorgehensweise bei deren Durchführung und der durch Unsicherheiten geprägten Aussagen der Zeugin als nicht zuverlässig beurteilt werden.

5.3.3.2.1. Gleich zu Beginn der in Anwesenheit des Beschuldigten durchgeführten staatsanwaltschaftlichen Einvernahme – noch vor der Live-Gegenüberstellung – wird die Zeugin darauf aufmerksam gemacht, dass sie "im Strafverfahren *gegen* A._____ betreffend Diebstahl als Zeugin einvernommen" werde. Nach etlichen Rechtsbelehrungen wird sie schliesslich weiter gefragt, in welcher Beziehung sie zur beschuldigten Person stehe, worauf sie mit "keine" antwortet (Urk. 11 Nr. 1,

5). Sie muss also zu diesem Zeitpunkt gewusst haben, um wen es sich bei der "beschuldigten Person" handelt, nämlich um A._____. Diese Vorgehensweise birgt regelmässig die relativ grosse Gefahr einer suggestiven Beeinflussung in sich, weil die eigene Wahrnehmung durch diese Zusatzinformationen, dass der anwesende A._____ der Beschuldigte ist, überlagert werden kann (vgl. LUDEWIG/TAVOR/BAUMER, AJP 11/2011 1431). Dass im weiteren Verlauf lediglich gefragt wird, ob sie den "anwesenden Herrn A._____" – und nicht den anwesenden Beschuldigten – schon einmal gesehen habe, vermag die bereits geschaffene Gefahr nicht zu reduzieren, steht doch zu diesem Zeitpunkt für die Zeugin bereits fest, dass es sich beim als "Herrn A._____" bezeichneten Anwesenden um den Beschuldigten handelt. Folglich wäre es durchaus möglich und naheliegend, dass die Zeugin durch diese etwas unglückliche Befragungsmethode unbewusst hinsichtlich der Täterschaft des Beschuldigten beeinflusst wurde.

5.3.3.2.2. Für einen eher geringen Zuverlässigkeitsgrad der zweiten Täteridentifikation sprechen darüber hinaus die diesbezüglichen Aussagen der Zeugin selbst, welche durch mehrere Unsicherheitsbekundungen gekennzeichnet sind. So antwortete sie zunächst auf die Frage, ob sie die anwesende Person schon einmal gesehen habe, dass es *"schon ziemlich" hinkommen* würde, wenn sie sich den Bart wegdenken würde. Ergänzend wünschte sie, dass der Beschuldigte aufstehen möge (Urk. 11 Nr. 12). Zum einen ist die Wortwahl "schon ziemlich" als Ausdruck von Unsicherheit zu verstehen. Zum anderen erscheint es nicht ganz verständlich, dass die Zeugin die Identität der Täterschaft mit dem Beschuldigten nicht bereits bei dessen Anblick bestätigen konnte, sondern vorgängig die Statur des Beschuldigten sehen wollte. Die Zeugin stand bzw. sass dem Täter zum Tatzeitpunkt ca. 20 Minuten lang gegenüber und sprach mit diesem. Nicht die Haltung des Täters dürfte bei dieser Sachlage ihren Eindruck bzw. Erinnerung geprägt haben, sondern dessen Gesicht. Während dieses zögerliche Aussageverhalten mit der Vorinstanz aber noch als Zeichen für ein Bestreben der Zeugin, gewissenhaft auszusagen, gedeutet werden kann (Urk. 46 S. 9, 11), spricht jedoch die anhaltende Zurückhaltung sowie die auffällig schwankende und unentschlossene Aussageweise im weiteren Verlauf der Einvernahme immer mehr für eine mangelhafte innere Überzeugung bezüglich der Täterschaft des Beschuldigten.

ten. Auch nachdem der Beschuldigte aufgestanden war, relativierte die Zeugin nämlich ihre Aussage, dass es "... schon *absolut*" hinkomme (Urk. 11 Nr. 12), durch die Verwendung der Begriffe "schon" und "hinkommen" und insbesondere durch die Anbringung des Vorbehaltes: "Ich weiss *aber* nicht wie er spricht" (Urk. 11 Nr. 12). Vervollständigt wird der Eindruck fehlender sicherer Überzeugung bezüglich der Täterschaft des Beschuldigten schliesslich durch die Anmerkung, dass sie der Bart des Beschuldigten ein bisschen irritiere und die darauffolgende Bitte, dass der Beschuldigte etwas auf Englisch sagen solle (Urk. 11 Nr. 12 f.). Daraufhin sprach der Beschuldigte wohl in seiner Landessprache mit der Dolmetscherin (und nicht wie im vorinstanzlichen Urteil vermerkt auf Englisch, Urk. 46 S. 8). Die Zeugin meinte nun, dass es von der Stimmlage "hinkomme", auch von der Mimik. Das sei er. Nach dieser erstmals entschlossen wirkenden Aussage fügte sie dann aber wiederum an, dass sie sich schon sehr vertun müsse, wenn er das nicht sein sollte und dass auch die Touristen aus Deutschland allenfalls den Täter wiedererkennen würden (Urk. 11 Nr. 13 f.). Bis zuletzt schloss die Zeugin damit eine Verwechslung nicht mit überzeugender Entschlossenheit aus. Angesichts der mehrmals geäusserten Vorbehalte und Unsicherheiten vermag im Ergebnis auch nicht zu überzeugen, dass sie in Bezug auf ihre Sicherheit bezüglich der Täterschaft des Beschuldigten einen Prozentsatz von 99 % angab (Urk. 11 Nr. 16).

5.3.3.3. Der aus erinnerungspsychologischer Sicht bereits erheblich geminderte Beweiswert der zweiten Täteridentifikation erscheint somit nach Berücksichtigung der Befragungsmethode und der inhaltlich unsicheren Aussagen der Zeugin noch geringer. Die bereits bestehenden Zweifel an der Zuverlässigkeit der Täteridentifikation bleiben dadurch bestehen bzw. werden teilweise sogar verstärkt.

5.4. Zusammengefasst kann der Täteridentifikation aufgrund der intransparenten Vorgehensweise bei der Beweiserhebung und nach inhaltlicher Würdigung der Aussagen der Zeugin gesamthaft nur ein geringer Beweiswert zugesprochen werden. Damit lässt sich im Ergebnis nicht zweifelsfrei ausschliessen, dass die Zeugin den Beschuldigten infolge suggestiver Beeinflussung zu Unrecht als Täter identifizierte. Eine Verwechslung kann trotz Vorliegens günstiger Wahrneh-

mungsbedingungen nicht ohne Verbleib von unüberwindbaren Zweifeln ausgeschlossen werden.

6. Die übrigen zur Verfügung stehenden Beweismittel liefern keine Hinweise, welche auf die Täterschaft des Beschuldigten deuten. Im Gegenteil sprechen die in den Pässen des Beschuldigten vorhandenen Zollstempel eher dafür (Urk. 16 f.), dass der Beschuldigte nicht der Täter gewesen sein kann. Gemäss den im deliktsrelevanten Tatzeitraum von August bis September 2014 gemachten Zollstempeln im mazedonischen Pass reiste der Beschuldigte am 19. August 2014 mit dem Auto in den Schengen-Raum ein und am 2. September 2014 wieder aus (Urk. 16 S. 16 und 19). Dass der Beschuldigte anlässlich der Hafteinvernahme ausführte, dass er im September 2014 in der Schweiz gewesen sei, kann nicht als Hinweis für einen entsprechenden Aufenthalt des Beschuldigten angesehen werden, da er diese Aussage damit verknüpfte, dass er damals am Zoll eine Busse erhalten habe. Diese Busse wurde ihm aber aktenkundig bereits am 4. Juni 2014 auferlegt (Urk. 15). Aus den Stempelinträgen im serbischen Pass geht hervor, dass er sich zwischen dem 3. und dem 21. Juni 2014 im Schengen-Raum aufgehalten hat (Urk. 17 S. 2 f. und 5). Damit kann der Beschuldigte bei der genannten Aussage anlässlich der Hafteinvernahme nur den Aufenthalt im Juni 2014 gemeint haben. Gemäss Pässeinträgen war der Beschuldigte zum Tatzeitpunkt nicht im Schengen-Raum, also auch nicht in der Schweiz.

7. Im Ergebnis stehen der durch die Zeugin erfolgten unzuverlässigen Täteridentifikation mit geringem Beweiswert die Aussagen des Beschuldigten entgegen, welche durch die Pässeinträge gestützt werden. Somit bestehen unüberwindbare erhebliche Zweifel im Sinne von Art. 10 Abs. 3 StPO an der Täterschaft des Beschuldigten. In Nachachtung des Grundsatzes in dubio pro reo ist er deshalb von Schuld und Strafe freizusprechen.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Ausgangsgemäss sind die Kosten der Untersuchung und der gerichtlichen Verfahren gegen den Beschuldigten auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 426

Abs. 1 und 2 StPO; Art. 428 Abs. 1 StPO). Die vorinstanzliche Kostenfestsetzung ist zu bestätigen. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.

2. Die Verteidigung macht geltend, dass der Beschuldigte bei antragsgemäsem Freispruch für die 66 Tage ungerechtfertigter Untersuchungshaft mit einem Ansatz von Fr. 200.– pro Tag zu entschädigen sei (Urk. 60 S. 5; Urk. 35 S. 5).

3. Wird die beschuldigte Person freigesprochen, so hat sie u.a. einen Anspruch auf Genugtuung für besonders schwere Verletzungen ihrer persönlichen Verhältnisse, insbesondere bei Freiheitsentzug (Art. 436 Abs. 1 StPO; Art. 429 Abs. 1 lit. a-c StPO). Nach Art. 429 StPO ist dabei nicht nur eine ungerechtfertigte und rechtswidrige Haft mit Entschädigung bzw. Genugtuung auszugleichen. Vielmehr drängt sich die Zusprechung einer Genugtuung auch dann auf, wenn sich die zum Zeitpunkt ihrer Anordnung rechtmässige amtliche Tätigkeit im Nachhinein als ungerechtfertigt herausgestellt (BSK StPO-WEHRENBURG/FRANK, N 26 zu Art. 429). Die konkrete Festlegung der Genugtuungssumme beruht auf richterlichem Ermessen. Das Bundesrecht setzt keinen bestimmten Mindestbetrag fest. Im Falle einer ungerechtfertigten Inhaftierung von kürzerer Dauer erachtet das Bundesgericht grundsätzlich eine Genugtuung in der Grössenordnung von Fr. 200.– pro Tag als angemessen, sofern nicht aussergewöhnliche, besondere Umstände vorliegen, die eine höhere oder geringere Entschädigung rechtfertigen. In einem zweiten Schritt sind eben diese Besonderheiten des Einzelfalls zu würdigen, wozu unter anderem die Schwere des Tatverdachts, die Dauer und die Umstände der Verhaftung bzw. Beeinträchtigung, die Auswirkungen auf die persönliche Situation des Verhafteten (Verlust der Arbeitsstelle, psychische bzw. physische Probleme sowie deren Intensität) und das Bekanntwerden des Verfahrens in einer grösseren Öffentlichkeit gehört. Das Bundesgericht hat zum einen den Grundsatz festgehalten, dass im Falle einer sehr schwerwiegenden Verdächtigung die pro Hafttag auszurichtende Genugtuung entsprechend zu erhöhen ist. Zum anderen geht es davon aus, dass bei einer Untersuchungshaft von mehreren Monaten Dauer der Tagessatz in der Regel zu senken ist (vgl. zum Ganzen: Urteile BGer vom 6. August 2015 [6B_506/2015] E. 1.3.1, vom 11. November 2013 [6B_758/2013] E. 1.2.1, vom 15. Mai 2012 [6B_111/2012] E. 4.2, vom 31. Januar 2011

[6B_574/2010] E. 2.3 und vom 9. September 2003 [8G.122/2002], E. 6.1.5, je mit Hinweisen; BSK StPO - WEHRENBURG/BERNHARD, Art. 431 N 9 und 11).

3.1. Infolge des zu ergehenden Freispruchs hat sich die anfänglich rechtmässig angeordnete Untersuchungshaft nachträglich als ungerechtfertigt herausgestellt, womit der Beschuldigte grundsätzlich Anspruch auf Genugtuung hat.

3.2. Der Beschuldigte wurde des Diebstahls eines einzigen Ringes verdächtigt, was keinen allzu schweren Vorwurf darstellt. Die Inhaftierung dauerte über zwei Monate an. Der Beschuldigte führte aus, dass er selbstständig erwerbend sei und sein Geschäft während seiner Abwesenheit von seinem jüngeren Sohn weitergeführt werde (Urk. 10 Nr. 40; Prot. I S. 6). Der Beschuldigte verlor also seine Einkommensquelle nicht. Weitere psychische oder physische, durch die Haft bedingte Folgeschäden wurden keine geltend gemacht. Im Vergleich zu möglichen denkbaren Fällen von ungerechtfertigter Haft erscheint die Schwere der Persönlichkeitsverletzung noch relativ gering, weshalb sich die Herabsetzung des Ausgangsansatzes von Fr. 200.– aufdrängt. An dieser Schlussfolgerung ändert auch die Berücksichtigung der infolge der Inhaftierung vorübergehend erlittenen Einkommenseinbusse nichts. Denn gemäss Angaben des Beschuldigten erzielt er ein monatliches Einkommen von EUR 50 (Urk. 59) bzw. EUR 300 - 350 (Urk. 9 Nr. 8). Dieses Einkommen ist verglichen mit den hiesigen Lebensstandards derart gering, dass die Festsetzung eines Ansatzes von Fr. 200.– pro Hafttag einer Bevorteilung des Beschuldigten verglichen mit in der Schweiz wohnhaften Inhaftierten gleichkommen würde. Erhöhend ist dahingegen zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte weit weg von seinem Heimatort inhaftiert wurde, so dass er während der Haftzeit keinerlei Kontakt zu seinen unmittelbaren Familienangehörigen pflegen konnte. Mit der Festsetzung eines Ansatzes von ca. Fr. 100.– pro Tag wäre damit unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände der dem Beschuldigten durch die ungerechtfertigte Haft entstandene immaterielle Unbill ausgeglichen. Dem Beschuldigten ist somit eine Genugtuung von Fr. 6'600.– aus der Gerichtskasse zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB nicht schuldig und wird freigesprochen.
2. Die erstinstanzliche Kostenaufstellung (Ziff. 5 und 6) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz. Die Kosten der amtlichen Verteidigung betragen Fr. 1'039.20.
4. Die Kosten der Untersuchung und der beiden gerichtlichen Verfahren, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
5. Dem Beschuldigten wird eine Genugtuung von Fr. 6'600.– aus der Gerichtskasse zugesprochen.
6. Schriftliche Eröffnung und Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
 - die Privatklägerschaftund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Löschung
 - die Kantonspolizei Zürich, KIA-ZA, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG)
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit einer Kopie von Urk. 33 zur Entfernung der Daten
7. 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, 11. Januar 2016

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Karabayir