

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB210455-O/U/ad

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, Oberrichterin lic. iur. Bertschi und Ersatzoberrichterin lic. iur. Schneeberger sowie Gerichtsschreiberin MLaw Boese

Urteil vom 2. September 2022

in Sachen

A._____,

Beschuldigter, Erstberufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter

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

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

sowie

B.____ AG,

Privatklägerin und Anschlussberufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y._____,

sowie

C._____,

anderer Verfahrensbeteiligter und Zweitberufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z._____,

betreffend **gewerbsmässigen Diebstahl**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom
27. Mai 2021 (DG210049)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 29. März 2021 (Urk. 37) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte **A. _____** ist schuldig des gewerbsmässigen Diebstahls i.S.v. Art. 139 Ziff. 1 i.V.m. Ziff. 2 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 36 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 393 Tage durch Haft sowie durch vorzeitigen Strafantritt erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 18 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt. Im Übrigen, 18 Monate, abzüglich 393 Tage, die durch Untersuchungshaft und den vorzeitigen Strafantritt erstanden sind, wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
4. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a StGB für 6 Jahre des Landes verwiesen.
5. Die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem wird angeordnet.
6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 11. Mai 2020 als Beweismittel beschlagnahmten Gegenstände (Bankbeleg, Liste, div. Notizen etc.; Asservat-Nr.: A013'740'960, A013'742'171) werden eingezogen und der zuständigen Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.
7. Die nachfolgenden mit Verfügung vom 11. Mai 2020 beschlagnahmten Gegenstände werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils auf erstes Verlangen herausgegeben:
 - 1 Mobiltelefon Samsung Z Flip (Asservat-Nr.: A013'740'891)
 - 1 Mobiltelefon Samsung Galaxy (Asservat-Nr.: A013'740'915)
 - 1 Mobiltelefon Samsung Galaxy Z (Asservat-Nr.: und A013'741'689)

8. Der Erlös der mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 18. August 2020 erzielten vorzeitigen Verwertung des Fahrzeugs in Höhe von Fr. 3'341.80 wird zur Deckung der Verfahrenskosten verwendet.
9. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 11. Mai 2020 beschlagnahmte Barschaft in Höhe von Fr. 55'000.– wird eingezogen.
10. Der Beschuldigte wird verpflichtet, der Privatklägerin B._____ AG Schadenersatz von Fr. 888'213.– zuzüglich 5 % Zins ab 30. April 2020 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Privatklägerin mit ihrem Schadenersatzbegehren auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
11. Der Beschuldigte wird verpflichtet, der Privatklägerin eine Parteientschädigung von Fr. 12'950.– zu bezahlen.
12. Rechtsanwalt lic. iur. X._____, ...-str. ..., ... Zürich, wird für die amtliche Verteidigung des Beschuldigten mit Fr. 18'121.50 (inkl. Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse entschädigt.
13. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 4'500.–; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'100.– Gebühr für das Vorverfahren
Fr. 18'121.50 amtliche Verteidigung.
14. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.
15. 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. 75 S. 2 f.; Urk. 113 S. 1 f.)

1. Der Beschuldigte sei des mehrfachen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB schuldig zu sprechen.
2. Auf die Anordnung einer Landesverweisung sei zu verzichten.
3. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 11. Mai 2020 beschlagnahmte Barschaft in Höhe von Fr. 55'000.– sei vorab zur Deckung der Verfahrenskosten und im darüber hinausgehenden Betrag zur Deckung der Schadenersatzforderung der Privatklägerin zu verwenden.
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung, seien auf die Staatskasse zu nehmen.

b) Des Vertreters des Zweitberufungsklägers:

(Urk. 101 S. 3; Urk. 115 S. 2)

1. Dispositiv-Ziffer 9 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 27. Mai 2021 sei aufzuheben.
2. Der Beschuldigte sei zu verpflichten, dem Zweitberufungskläger einen Schadenersatz in der Höhe von Fr. 79'640.– zu leisten.

Eventualiter sei der Beschuldigte zu verpflichten, dem Zweitberufungskläger einen Schadenersatz von mindestens Fr. 55'000.– zu bezahlen, und der Zweitberufungskläger im darüber hinausgehenden Umfang auf den Zivilweg zu verweisen.
3. Der beim Beschuldigten sichergestellte und beschlagnahmte Barbetrag von Fr. 55'000.– sei an den Zweitberufungskläger herauszugeben.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zulasten des Beschuldigten, eventualiter zulasten der Staatskasse.

c) Des Vertreters der Privatklägerschaft:

(Urk. 108; Urk. 117 S. 1)

1. Dispositiv-Ziffer 9 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 27. Mai 2021 sei aufzuheben.
2. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 11. Mai 2020 beschlagnahmte Barschaft in Höhe von Fr. 55'000.– sei einzuziehen und der Privatklägerin zur Deckung ihres Schadens zuzusprechen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschuldigten und des Zweitberufungsklägers, eventualiter zulasten der Staatskasse.

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene, mündlich eröffnete Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 27. Mai 2021 liess der Beschuldigte fristgerecht mit Eingabe vom 2. Juni 2021 Berufung anmelden (Urk. 58). Nach Erhalt des begründeten Urteils (Urk. 70) reichte er am 10. September 2021 seine Berufungserklärung ein (Urk. 75). Darin ficht er den Schuldspruch wegen gewerbsmässigen Diebstahls an und beantragt, er sei des mehrfachen Diebstahls gemäss Art. 139 Ziff. 1 StGB schuldig zu sprechen. Weiter sei von der Anordnung einer Landesverweisung und deren Ausschreibung im Schengener Informationssystem abzusehen. Die beschlagnahmte Barschaft in Höhe von Fr. 55'000.– sei zur Deckung der Verfahrenskosten und des zu leistenden Schadenersatzes zu verwenden.

2. Mit Eingabe vom 9. Juli 2021 liess C._____ ebenfalls rechtzeitig Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil vom 27. Mai 2021 anmelden, nachdem seinem Rechtsvertreter ein Auszug des Dispositivs zugestellt worden war (Urk. 63). Ein begründetes Urteil erhielt der Zweitberufungskläger hingegen nicht, da sich die Vorinstanz auf den Standpunkt stellte, dass es sich bei ihm nicht um einen Verfahrensbeteiligten handle und die Berufungsinstanz entscheiden müsse, ob er zur Erhebung eines Rechtsmittels legitimiert und daher auf seine Berufung einzutreten sei (Urk. 72).

In der Folge wurde ein schriftliches Verfahren gemäss Art. 403 Abs. 1 lit. c StPO zur Eintretensfrage durchgeführt (Urk. 73 ff.). Nach Einholung der Stellungnahmen sowohl von C._____ als auch vom Beschuldigten bzw. seiner amtlichen Verteidigung, der Staatsanwaltschaft und der Privatklägerin wurde mit Beschluss vom 8. November 2021 auf die Berufung von C._____ eingetreten (Urk. 95). Gleichen tags wurde dem Zweitberufungskläger eine Kopie der begründeten Ausfertigung des vorinstanzlichen Urteils zugestellt und eine Frist zur Einreichung einer schriftlichen Berufungserklärung angesetzt (Urk. 97).

Mit Eingabe vom 29. November 2021 reichte der Zweitberufungskläger fristgerecht seine Berufungserklärung ein (Urk. 101). Darin beantragt er die Aufhebung der eingangs zitierten Dispositivziffer 9 des vorinstanzlichen Urteils und die Herausgabe der beschlagnahmten Fr. 55'000.– an ihn.

3. Mit Präsidialverfügung vom 6. Dezember 2021 wurde allen Verfahrensbeteiligten Frist angesetzt, um zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben oder ein Nichteintreten auf die Berufungen des Beschuldigten und des Zweitberufungsklägers beantragt werde (Urk. 104).

Die Staatsanwaltschaft verzichtete innert der angesetzten Frist auf die Erhebung einer Anschlussberufung und ersuchte um Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung, welchem Gesuch stattgegeben wurde (Urk. 106). Auch der Beschuldigte teilte mit, dass keine Anschlussberufung erhoben werde (Urk. 107). Mit Eingabe vom 27. Dezember 2021 erklärte die Privatklägerin hingegen fristgerecht die Erhebung einer Anschlussberufung (Urk. 108). Sie beantragt

die Aufhebung von Dispositivziffer 9 des vorinstanzlichen Urteils und die Zusprechung der beschlagnahmten Barschaft von Fr. 55'000.– an sie zur Deckung des entstandenen Schadens. Der Zweitberufungskläger liess sich innert Frist nicht vernehmen.

4. Mit Präsidialverfügung vom 5. Oktober 2021 wurde der Beschuldigte per 28. Oktober 2021 aus dem vorzeitigen Strafvollzug entlassen (Urk. 87), nachdem die Staatsanwaltschaft mit Eingabe vom 29. September 2021 mitgeteilt hatte, dass sie nicht dagegen opponiere (Urk. 84) und der Beschuldigte die Höhe der ausgesprochenen Strafe nicht anfecht (Urk. 75).

5. Am 5. April 2022 wurde zur Berufungsverhandlung auf den 2. September 2022 vorgeladen (Urk. 111). Anlässlich derselben liessen der Beschuldigte, der Zweitberufungskläger und die Privatklägerin die eingangs wiedergegebenen Anträge stellen (Prot. II S. 12 f.).

II. Prozessuales

1. Gegenstand des Berufungsverfahrens

1.1. Gemäss Art. 402 StPO in Verbindung mit Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Der Beschuldigte wendet sich gegen den vorinstanzlichen Schuldspruch wegen gewerbmässigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 in Verbindung mit Ziff. 2 StGB (Dispositivziffer 1). Weiter ficht er die angeordnete Landesverweisung und deren Ausschreibung im Schengener Informationssystem an (Dispositivziffern 4 und 5). Die Einziehung der beschlagnahmten Barschaft von Fr. 55'000.– gemäss Dispositivziffer 9 des vorinstanzlichen Urteils wurde sowohl mittels Berufungen des Beschuldigten und von C._____ als auch mittels Anschlussberufung der Privatklägerin angefochten. Gegenstand des Berufungsverfahrens bilden somit die Dispositivziffern 1, 4, 5 und 9, wobei hinsichtlich der ersten drei Ziffern das Verschlechterungsverbot im Sinne von Art. 391 Abs. 2 StPO zu beachten ist, da lediglich der Beschuldigte ein Rechtsmittel dagegen erhob.

1.2. Unangefochten blieben hingegen die Dispositivziffern 2 und 3 (Strafe und Vollzug), 6 und 7 (Entscheide über beschlagnahmte Gegenstände), 8 (Verwendung des Erlöses aus einer vorzeitigen Verwertung), 10 (Zivilforderung) und 11 bis 15 (Kosten- und Entschädigungsfolgen). Entsprechend ist mittels Beschluss festzustellen, dass das vorinstanzliche Urteil in diesem Umfang in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Anträge des Zweitberufungsklägers

2.1. Mit der Berufungserklärung hat die das Rechtsmittel einlegende Partei den Umfang der Überprüfung des angefochtenen Entscheides anzugeben und insbesondere darzutun, ob das Urteil vollumfänglich oder nur in Teilen angefochten wird und welche Abänderungen des erstinstanzlichen Urteils verlangt werden (Art. 399 Abs. 3 StPO). Der Gegenstand der Berufung wird damit definitiv festgelegt. Die einmal im Rahmen der Berufungserklärung gestellten Anträge können nicht erweitert, die Begründung kann hingegen mit den später vorgesehenen Vorträgen oder Rechtsschriften im Rahmen des Anfechtungsgegenstandes ergänzt werden (ZIEGLER/KELLER, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar StPO, 2. Auflage, Basel 2014, N 1c zu Art. 385 StPO; EUGSTER, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar StPO, a.a.O., N 3 und N 6 zu Art. 399 StPO).

2.2. In Ergänzung seiner Anträge gemäss Berufungserklärung vom 29. November 2021 liess der Zweitberufungskläger anlässlich der Berufungsverhandlung beantragen, der Beschuldigte sei zu verpflichten, ihm den entstandenen Schaden in Höhe von Fr. 79'640.– zu ersetzen. Eventualiter sei der Beschuldigte zu verpflichten, ihm einen Schadenersatz von mindestens Fr. 55'000.– zu bezahlen. Im darüber hinausgehenden Betrag sei der Zweitberufungskläger mit seiner Forderung auf den Zivilweg zu verweisen (Urk. 115 S. 2 Ziffer 2).

Der Zweitberufungskläger dehnte seine Berufungsanträge anlässlich der Verhandlung vom 2. September 2022 zwar nicht auf bisher unangefochtene Teile des erstinstanzlichen Urteils aus, sondern blieb bei seinem Antrag, dass Dispositiv-Ziffer 9 aufzuheben sei. Allerdings beantragte er neu auch die Zusprechung von Scha-

denersatz an ihn, während er mit der Berufserklärung vom 29. November 2021 lediglich die Herausgabe des beschlagnahmten Geldbetrags von Fr. 55'000.– verlangt hatte (Urk. 101 S. 3; Urk. 115 S. 2 Ziffer 2). Damit stellte er einen weiteren Antrag dazu, wie das erstinstanzliche Urteilsdispositiv abzuändern sei (vgl. Art. 399 Abs. 3 lit. b StPO). Eine solche Ergänzung der in der Berufungserklärung gestellten Anträge ist nicht möglich, weshalb sich die Berufung des Zweitberufungsklägers insoweit als unzulässig erweist.

2.3. Lediglich der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass der Antrag des Zweitberufungsklägers auf Zusprechung von Schadenersatz ohnehin abzuweisen wäre. Gemäss Art. 122 Abs. 1 StPO kann die geschädigte Person zivilrechtliche Ansprüche aus der Straftat gegen die beschuldigte Person adhäsionsweise im Strafverfahren geltend machen. Als geschädigte Person gilt, wer durch die Straftat in ihren Rechten unmittelbar verletzt wurde (Art. 115 Abs. 1 StPO). Der Zweitberufungskläger wurde durch das tatbestandsmässige Verhalten des Beschuldigten (vgl. hierzu nachfolgend E. III.2.) nicht direkt in seinen geschützten Rechtsgütern geschädigt. Vielmehr war er durch Verfahrenshandlungen der Strafverfolgungsbehörden in seinem geschützten Eigentum bzw. Vermögen betroffen, konkret durch die Herausgabe der 900 Zigarettenstangen an die Privatklägerin und die Beschlagnahme des sichergestellten Bargelds von Fr. 55'000.–. Folglich gilt er nicht als geschädigte Person und kann deshalb im vorliegenden Verfahren keine Schadenersatzansprüche gegen den Beschuldigten geltend machen (vgl. bereits Urk. 95).

III. Rechtliche Würdigung

1. Urteil der Vorinstanz / Standpunkt des Beschuldigten

1.1. Die Vorinstanz würdigte das Verhalten des Beschuldigten als gewerbsmässigen Diebstahl im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 in Verbindung mit Ziff. 2 StGB (Urk. 70 S. 6 ff., 29).

1.2. Die amtliche Verteidigung anerkennt die rechtliche Würdigung durch die Vorinstanz zwar insofern, als grundsätzlich von Diebstahl im Sinne von Art. 139

Ziff. 1 StGB auszugehen ist. Sie wendet sich jedoch gegen die Qualifikation der Gewerbsmässigkeit gemäss Art. 139 Ziff. 2 StGB und beantragt, der Beschuldigte sei des mehrfachen Diebstahls schuldig zu sprechen (Urk. 75; Urk. 113 S. 1 f.; vgl. auch Urk. 51 S. 1, 3 f.). Zur Begründung führt sie zusammengefasst aus, dass der Beschuldigte zur Begehung der Diebstähle weder erheblichen finanziellen noch materiellen Aufwand habe betreiben müssen. Zudem hätten die einzelnen Tathandlungen, d.h. die Bestellung von Zigarettenstangen und deren anschliessende Wegnahme aus dem Warenlager, kaum Zeit in Anspruch genommen. Vielmehr habe der Beschuldigte die Zigaretten im Rahmen seiner Arbeitstätigkeit für die Privatklägerin einfach nebenbei, quasi im Vorbeigehen stehlen können. Über das interne EDV-System habe er nicht nur für seine Arbeitgeberin, sondern auch für sich selber beliebig viele Zigarettenstangen bestellen können, welche er jeweils nach Eintreffen der Lieferung habe mitnehmen bzw. durch Dritte abholen lassen können. Dabei habe er keine Hindernisse überwinden oder Kontrollsysteme umgehen müssen. Beaufsichtigt sei er ebenfalls nicht gewesen. Entsprechend könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Zeit und die Mittel, welche der Beschuldigte für die deliktische Tätigkeit aufgewendet habe, einer (nebenerwerblichen) Berufsausübung gleichkämen (Urk. 113 S. 3; vgl. auch Urk. 51 S. 3 f.).

2. Rechtliche Grundlagen und Würdigung

2.1. Die Vorinstanz hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum qualifizierten Tatbestandsmerkmal der gewerbsmässigen Tatbegehung zutreffend wiedergegeben (Urk. 70 S. 7 f.), weshalb auf die entsprechenden Erwägungen vollumfänglich verwiesen werden kann (Art. 82 Abs. 4 StPO).

2.2. Der Beschuldigte entwendete im Zeitraum zwischen dem 18. Februar 2020 und dem 30. April 2020, mithin während rund zweieinhalb Monaten bei 14 Gelegenheiten insgesamt 14'089 Zigarettenstangen, welche er für Fr. 60.– bis Fr. 65.– pro Stange weiterverkaufte. Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass die Kadenz der einzelnen Tatbegehungen mit durchschnittlich einem Diebstahl alle fünf Tage erheblich ist und eine gewisse Regelmässigkeit erkennen lässt. Die angestrebten und tatsächlich erzielten Einkünfte aus der deliktischen Tätigkeit waren enorm,

insbesondere im Verhältnis zum damaligen Netto-Erwerbseinkommen des Beschuldigten von Fr. 3'700.– pro Monat (vgl. Urk. 3/1 F/A 84, 101; Urk. 3/8 F/A 52 f.; Prot. I S. 9). Daran ändert auch der Einwand des Beschuldigten nichts, wonach einer seiner Abnehmer, C._____, den Kaufpreis der bestellten Zigarettenstangen jeweils nicht vollständig bezahlt und ihn hinsichtlich der offenen Rechnungsbeträge andauernd vertröstet habe (Urk. 3/3 F/A 27 f.; Urk. 3/5 F/A 23, 42; Urk. 3/6 F/A 19, 36, 39 f.; Urk. 3/8 F/A 29, 68; Prot. I S. 18 f., 21; Prot. II S. 29). Der Beschuldigte gab an, während des Deliktszeitraums total ungefähr Fr. 150'000.– bis Fr. 200'000.– eingenommen zu haben (Prot. I S. 18; vgl. auch Urk. 3/3 F/A 29; Urk. 3/8 F/A 67). Vor diesem Hintergrund ist mit der Vorinstanz ohne Weiteres davon auszugehen, dass die erzielten Einkünfte einen namhaften Beitrag an die Finanzierung der Lebenshaltungskosten des Beschuldigten und seiner Familie darstellten. So verwendete er den Deliktserlös gemäss eigenen Aussagen in erster Linie zur Bezahlung seiner eigenen und der offenen Schulden seiner Ehefrau. Den Restbetrag habe er auf sein Bankkonto einbezahlt (Urk. 3/3 F/A 30 ff.; Urk. 3/5 F/A 22, 40, 44 f.; Urk. 3/6 F/A 71 ff.; Urk. 3/8 F/A 48 ff., 58, 60; Prot. I S. 23).

Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, kann weiter auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden, wonach der Beschuldigte – entgegen den Ausführungen der amtlichen Verteidigung – durchaus organisatorische, logistische und personelle Vorkehrungen traf, um die bestellten Zigarettenstangen aus dem Warenlager der Privatklägerin wegzuschaffen bzw. abtransportieren zu lassen und für den Weiterverkauf an seine Abnehmer vorzubereiten (Urk. 70 S. 8). Während des kurzen Tatzeitraums entwickelte er somit ein funktionierendes Deliktsmuster, dem eine eigentliche Geschäftstätigkeit bzw. ein berufsmässiges Handeln immanent war. Aus den gesamten Tatumständen ist sodann zu schliessen, dass der Beschuldigte beabsichtigte, auch weiterhin nach seinem Handlungsmuster vorzugehen und seine deliktische Tätigkeit fortzusetzen. Hierfür spricht insbesondere, dass der Beschuldigte selbst dann weiter delinquierte, als er genügend Einnahmen zur Begleichung seiner Schulden erzielt hatte (Prot. I S. 17 f., 23). Sodann liess er sich von den grossen Zahlungsrückständen von C._____ nicht beirren, sondern verkaufte diesem fortgesetzt hunderte von Ziga-

rettenstangen, welche er zuvor von der Privatklägerin entwendet hatte (Prot. I S. 18 f., 21 f.).

2.3. Das qualifizierte Tatbestandsmerkmal der Gewerbsmässigkeit im Sinne von Art. 139 Ziff. 2 StGB ist nach den vorstehenden Erwägungen gegeben.

2.4. Der Beschuldigte führte zugestandenermassen eine Art Buchhaltung über die abgewickelten Verkäufe von Zigarettenstangen an seine Abnehmer und damit über die im Vorfeld begangenen Diebstähle (Urk. 3/5 F/A 26 ff., 52 ff.; Prot. II S. 29). Er wusste somit, wie häufig er während des Deliktszeitraums welche Anzahl Zigarettenstangen aus dem Warenlager der Privatklägerin entwendete bzw. durch Drittpersonen abtransportieren liess und zu welchem Preis er diese anschliessend an seine Abnehmer weiterverkaufte. Die im vorinstanzlichen Urteil im Einzelnen beschriebenen Vorkehrungen des Beschuldigten sowie die hierfür aufgewendete Zeit lassen sodann auf seinen Willen schliessen, mit den Einkünften aus seiner deliktischen Tätigkeit einen regelmässigen und namhaften Beitrag an die Finanzierung seiner und der Lebenshaltungskosten seiner Familie zu erwirtschaften. Das Qualifikationsmerkmal der gewerbsmässigen Tatbegehung war somit vom Vorsatz des Beschuldigten erfasst.

3. Fazit

Mit seinem Verhalten hat der Beschuldigte sowohl den objektiven als auch den subjektiven Tatbestand des gewerbsmässigen Diebstahls erfüllt. Rechtfertigungs- oder Schuldausschlussgründe sind nicht ersichtlich und wurden vom Beschuldigten auch nicht vorgebracht. Er ist daher anklagegemäss des gewerbsmässigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 und Ziff. 2 StGB schuldig zu sprechen.

IV. Landesverweisung

1. Urteil der Vorinstanz / Standpunkt des Beschuldigten

1.1. Die Vorinstanz verwies den Beschuldigten für die Dauer von sechs Jahren aus dem Gebiet der Schweiz und ordnete die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem an (Urk. 70 S. 22 ff., 29).

1.2. Die amtliche Verteidigung beantragt hingegen, es sei von der Anordnung einer Landesverweisung abzusehen (Urk. 75 S. 2; Urk. 113 S. 1; vgl. auch Urk. 51 S. 1). Zur Begründung führt sie aus, dass ein schwerer persönlicher Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB vorliege. Der Lebensmittelpunkt des Beschuldigten befinde sich seit seiner Ankunft im Jahr 2008 in der Schweiz. Seine Bindungen hierher hätten sich im Laufe der Zeit stetig verstärkt. Inzwischen sei der Beschuldigte mit einer Schweizerin verheiratet, welche hier aufgewachsen und bestens integriert sei. Zudem sei er Vater einer Tochter geworden, welche ebenfalls über das Schweizer Bürgerrecht verfüge. Die Geburt ihres zweiten Kindes erwarteten der Beschuldigte und seine Ehefrau im Frühjahr 2023. Der Kernfamilie des Beschuldigten könne nicht zugemutet werden, nach Sri Lanka umzuziehen, was zur Folge habe, dass seine Kinder während ihrer prägenden Kindheit ohne Vater aufwachsen müssten. Die amtliche Verteidigung weist sodann darauf hin, dass der Beschuldigte seit seiner Entlassung aus dem vorzeitigen Strafvollzug am 28. Oktober 2021 zahlreiche und ernsthafte Anstrengungen unternommen habe, um sich in der Schweiz zu integrieren. So wolle er einem Handballclub beitreten und habe sich für eine Mitgliedschaft bei der Milizfeuerwehr Kompanie D._____ beworben. In beruflicher Hinsicht habe der Beschuldigte erfolgreich eine Ausbildung zum Filialleiter absolviert und in der Folge eine Anstellung als Küchenhilfe finden können. Vor dem Hintergrund seiner geordneten Lebensverhältnisse und nachdem der Beschuldigte die von der Vorinstanz ausgesprochene teilbedingte Freiheitsstrafe im Umfang von 18 Monaten verbüsst habe, sei die Legalprognose inzwischen anders zu beurteilen als noch zum Zeitpunkt des erstinstanzlichen Urteils. Hinzu komme, dass sich der Beschuldigte seit seiner Haftentlassung am 28. Oktober 2021 wohlverhalten habe, mit der Privatklägerin eine Einigung über die Tilgung des verursachten Schadens gefunden und die erste Anzahlung vereinbarungsgemäss geleistet habe. Vom Beschuldigten gehe keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung mehr aus. Im Rahmen der Interessenabwägung überwiege daher sein Interesse an einem weiteren Verbleib in der Schweiz das öffentliche Interesse an seiner Wegweisung (Urk. 113 S. 4 ff.; vgl. auch Urk. 51 S. 8).

1.2. Die amtliche Verteidigung beruft sich weiter auf das Non-refoulement-Gebot bzw. das Verbot der Folter im Sinne von Art. 25 Abs. 2 BV bzw. Art. 3 EMRK und macht geltend, dass der Beschuldigte bei einer Rückkehr in seine Heimat damit rechnen müsse, politisch verfolgt zu werden. Grund dafür sei, dass sein Vater und dessen Geschwister den E._____ (E._____) angehört hätten und am Bürgerkrieg beteiligt gewesen seien. Auch wenn der Beschuldigte nie selber ein aktives Mitglied dieser Organisation gewesen sei, müsse er aufgrund seiner indirekten Verbindung zu den E._____ (E._____) befürchten, von den sri-lankischen Behörden tangiert, verschleppt und mittels physischer sowie psychischer Gewalt verhöhrt zu werden (Urk. 113 S. 4; vgl. auch Urk. 51 S. 8 f.).

2. Persönlicher Anwendungsbereich und Katalogtat

Der Beschuldigte ist sri-lankischer Staatsangehöriger und verfügte zum Tatzeitpunkt über eine Aufenthaltsbewilligung B für die Schweiz (Urk. 32/2; Urk. 33/4; Prot. II S. 16). Er gilt somit als Ausländer im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB. Der vom Beschuldigten begangene gewerbsmässige Diebstahl (Art. 139 Ziff. 1 und Ziff. 2 StGB) stellt eine Katalogtat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. c StGB dar, die nach Inkrafttreten der Umsetzungsgesetzgebung zur Ausschaffungsinitiative begangen wurde. Der Beschuldigte ist somit grundsätzlich obligatorisch des Landes zu verweisen.

3. Schwerer persönlicher Härtefall und Interessenabwägung gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB

3.1. Rechtliche Grundlagen

3.1.1. Die Vorinstanz hat das Prüfschema von Art. 66a Abs. 2 StGB und die relevanten Kriterien, welche gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei der Beurteilung eines schweren persönlichen Härtefalls und der Interessenabwägung zu berücksichtigen sind, korrekt dargelegt, weshalb auf die entsprechenden Erwägungen verwiesen werden kann (Urk. 70 S. 17, 19 f., 21 f.).

3.1.2. Von einem schweren persönlichen Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB ist in der Regel bei einem Eingriff von einer gewissen Tragweite in den An-

spruch des Ausländers auf das in Art. 13 BV und Art. 8 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens auszugehen (BGer 6B_166/2021 vom 8. September 2021, E. 3.3.3; BGer 6B_1077/2020 vom 2. Juni 2021, E. 1.2.3; BGer 6B_568/2020 vom 13. April 2021, E. 5.3.4; je mit Hinweisen). Zu dem durch Art. 8 EMRK geschützten Familienkreis gehört insbesondere die Kernfamilie, d.h. die Gemeinschaft der Ehegatten mit den minderjährigen Kindern (BGE 145 I 227, E. 5.3; BGE 144 II 1, E. 6.1; BGer 6B_166/2021 vom 8. September 2021, E. 3.3.3; BGer 6B_1275/2020 vom 4. März 2021, E. 1.3.3). Das durch Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK geschützte Recht auf Achtung des Familienlebens ist tangiert, wenn eine staatliche Entfernungs- oder Fernhaltungsmassnahme eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung einer in der Schweiz gefestigt anwesenheitsberechtigten Person beeinträchtigt, ohne dass es dieser ohne Weiteres möglich resp. zumutbar wäre, ihr Familienleben andernorts zu pflegen (BGE 144 I 266, E. 3.3; BGE 144 II 1, E. 6.1; BGer 6B_166/2021 vom 8. September 2021, E. 3.3.3).

3.1.3. Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens gilt aber nicht absolut. Vielmehr sind die Vertragsstaaten der EMRK berechtigt, Delinquenten auszuweisen. Berührt die Ausweisung indes Gewährleistungen von Art. 8 Ziff. 1 EMRK, ist der Eingriff nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK zu rechtfertigen (BGE 146 IV 105, E. 4.2 mit Hinweis auf das Urteil des EGMR in Sachen I.M. gegen die Schweiz vom 9. April 2019, Nr. 23887/16, § 68). Erforderlich ist zunächst, dass die aufenthaltsbeendende oder -verweigernde Massnahme gesetzlich vorgesehen ist, einem legitimen Zweck im Sinne von Art. 8 Ziff. 2 EMRK entspricht (Schutz der nationalen oder öffentlichen Sicherheit, Aufrechterhaltung der Ordnung, Verhütung von Straftaten etc.) und verhältnismässig ist (BGE 146 IV 105, E. 4.2; BGE 143 I 21, E. 5.1). Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) sind bei der Verhältnismässigkeitsprüfung im Rahmen von Art. 8 Ziff. 2 EMRK insbesondere die Art und Schwere der Straftat, die Dauer des Aufenthalts im ausweisenden Staat, die seit der Straftat verstrichene Zeit und das Verhalten des Betroffenen während dieser Zeit und die Solidität der sozialen, kulturellen und familiären Bindungen im Aufnahme- sowie im Heimatstaat zu berücksichtigen (BGE 146 IV 105, E. 4.2; BGer 6B_166/2021 vom 8. September 2021,

E. 3.3.4; BGer 6B_780/2020 vom 2. Juni 2021, E. 1.3.3; BGer 6B_1178/2019 vom 10. März 2021, E. 3.2.5; Urteil des EGMR in Sachen M.M. gegen die Schweiz vom 8. Dezember 2020, Nr. 59006/18, §§ 49-51). Dabei ist keines dieser Kriterien für sich allein ausschlaggebend, sondern es ist eine Würdigung der gesamten Umstände im Einzelfall erforderlich.

3.1.4. Art. 66a StGB ist EMRK-konform auszulegen, sodass sich die Interessenabwägung im Rahmen der Härtefallklausel von Art. 66a Abs. 2 StGB an der Verhältnismässigkeitsprüfung nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK zu orientieren hat (BGer 6B_143/2019 vom 6. März 2019, E. 3.4).

3.2. Schwerer persönlicher Härtefall

3.2.1. Der Beschuldigte wurde in Sri Lanka geboren und wuchs dort bei seinen Eltern auf, welche als Fischer arbeiteten. In seiner Heimat besuchte er den Kindergarten und anschliessend die normale Volksschule bis ungefähr zur 7. Klasse. Aufgrund des herrschenden Bürgerkriegs kam er im Alter von 14 Jahren zusammen mit der Mutter und seinen zwei Brüdern in die Schweiz, wohin der Vater schon kurz zuvor ausgewandert war. Hier besuchte der Beschuldigte zunächst während ein paar Monaten die 2. Sekundarklasse, bis er in die 3. Klasse der Realschule wechselte und seine obligatorische Schulzeit auf dieser Stufe absolvierte. Nach seinem Schulabschluss machte der Beschuldigte zunächst einen Deutschkurs an einer Berufsschule. In der Folge trat er jedoch keine Berufsausbildung an, sondern arbeitete als Praktikant bei der F._____. Daran anschliessend war er bei G._____ tätig, wo er erfolgreich eine interne Weiterbildung zum Schichtleiter absolvierte. Per Juni 2019 trat der Beschuldigte eine Stelle als Mitarbeiter im Verkaufsgeschäft "H._____" der B._____ AG an. Dieses Arbeitsverhältnis wurde jedoch fristlos per 7. Mai 2020 aufgelöst, nachdem der Beschuldigte die anklagegegenständlichen Diebstähle zum Nachteil seiner Arbeitgeberin eingestanden hatte. Zwischen dem 30. April 2020 und dem 28. Oktober 2021 befand sich der Beschuldigte in Untersuchungshaft bzw. im vorzeitigen Strafvollzug. Im Anschluss an seine Entlassung bemühte er sich sogleich wieder um eine Arbeitsstelle, indem er sich beim RAV anmeldete, zahlreiche Bewerbungen verschickte und beim Schweizerischen Institut für Unternehmerschulung eine Ausbildung zum

Filialleiter absolvierte. Seit dem 22. August 2022 ist der Beschuldigte als Küchenmitarbeiter im "I._____" tätig (Urk. 3/8 F/A 78; Urk. 24/1; Urk. 112; Urk. 114/1; Prot. I S. 7 ff., 13, 16 f.; Prot. II S. 16 ff.).

Der heute 27-jährige Beschuldigte hat die Hälfte seines Lebens und insbesondere die prägenden Jahre als Jugendlicher und junger Erwachsener in der Schweiz verbracht, wo er inzwischen seit rund 14 Jahren lebt und seinen Lebensmittelpunkt hat. Er versteht und spricht gebrochen Schweizerdeutsch, pflegt aber nach wie vor seine Muttersprache, indem er mit seinen Familienmitgliedern (auch) auf Tamilisch kommuniziert (Urk. 3/3 F/A 2; Prot. I S. 7 f.; Prot. II S. 21). Nach Abschluss der obligatorischen Schulzeit war der Beschuldigte stets erwerbstätig und musste nie Sozialhilfe in Anspruch nehmen. Auffallend sind seine zahlreichen Anstrengungen, die er immer wieder unternahm, um in beruflicher Hinsicht weiterzukommen. Positiv zu werten ist zudem, dass der Beschuldigte nach seiner Entlassung aus dem Strafvollzug relativ schnell eine Anstellung als Küchenmitarbeiter fand und derzeit wieder in einem 100%-Pensum erwerbstätig ist. Dem Eindruck einer erfolgreichen und dauerhaften Integration in den Schweizer Arbeitsmarkt steht jedoch entgegen, dass der Beschuldigte keine Berufsausbildung absolvierte und lediglich Tätigkeiten ausübte, die kaum besondere Kenntnisse oder Fähigkeiten voraussetzten. Eine eigentliche berufliche Laufbahn oder Zukunftsperspektive ist nicht ersichtlich und dürfte aufgrund seiner zahlreichen Vorstrafen, der heutigen Verurteilung wegen gewerbsmässigen Diebstahls zum Nachteil seiner ehemaligen Arbeitgeberin und des Vollzugs der dafür ausgesprochenen teilbedingten Freiheitsstrafe stark beeinträchtigt sein.

3.2.2. Auch in persönlicher Hinsicht scheint der Beschuldigte trotz der relativ langen Aufenthaltsdauer hierzulande kaum integriert zu sein. Anlässlich der Berufungsverhandlung bestätigte er auf entsprechende Frage, dass seine Freunde und Kollegen in der Schweiz überwiegend Personen sri-lankischer Herkunft seien. Zudem sei er in keinem lokalen Verein oder einer Organisation engagiert (Prot. II S. 21; vgl. bereits Prot. I S. 13). Die behaupteten Bemühungen des Beschuldigten, der freiwilligen Feuerwehr Kompanie D._____ oder einem Handballclub beizutreten, blieben unbelegt und führten (noch) nicht zu einer Aufnahme, weshalb sie

nicht Zeugnis für eine Verwurzelung in der Schweiz ablegen können (vgl. Urk. 113 S. 5; Prot. II S. 27). Engen und regelmässigen Kontakt pflegt der Beschuldigte hingegen zu seinen Eltern sowie zu seinen zwei Brüdern, die ebenfalls nach wie vor in der Schweiz wohnhaft sind. Selbst während der Untersuchungshaft bzw. dem vorzeitigen Strafvollzug erhielt der Beschuldigte wiederholt Besuche seiner Eltern, welche jeweils aus dem Kanton Wallis anreisten (Urk. 26/5 ff.). In Sri Lanka leben noch eine Grossmutter, eine Tante, ein Onkel und Cousins des Beschuldigten, mit welchen er sich bloss sporadisch via Skype austauscht. Seit seiner Ankunft in der Schweiz im Jahr 2008 kehrte der Beschuldigte jedoch nie für Kurzbesuche oder längere Aufenthalte in sein Heimatland zurück (Urk. 3/8 F/A 72; Prot. I S. 7 f., 12 f.; Prot. II S. 17 f.). Sein soziales Netzwerk und seine nächsten Bezugspersonen befinden sich somit in der Schweiz.

3.2.3. Hinzu kommt, dass der Beschuldigte hierzulande eine eigene Familie gegründet hat. So heiratete er am tt.mm.2019 J._____ (geb. J'._____), eine Schweizer Staatsangehörige mit sri-lankischen Wurzeln. Am tt.mm.2019 kam kurz darauf die gemeinsame Tochter K._____ zur Welt. Bis zu seiner Verhaftung lebte der Beschuldigte zusammen mit seiner Ehefrau und der kleinen Tochter an der ...-strasse ... in Zürich (Urk. 3/8 F/A 78; Urk. 4/8 F/A 5 ff.; Prot. I S. 9; vgl. auch Urk. 26/1). Den Untersuchungsakten lässt sich nicht im Einzelnen entnehmen, inwiefern er sich am Familienleben und an der Betreuung bzw. Erziehung seiner Tochter beteiligte. Gemäss eigenen Aussagen arbeitete der Beschuldigte sehr viel, teilweise bis zu 15 Stunden pro Tag (Urk. 3/1 F/A 13). Immerhin ist ihm zugute zu halten, dass er versuchte, in finanzieller Hinsicht Verantwortung zu übernehmen und für den Unterhalt der Familie aufzukommen. Zum Zeitpunkt seiner Festnahme am 30. April 2020 war der Beschuldigte gerade erst seit sieben Monaten mit J._____ verheiratet; seine Tochter war rund fünf Monate alt. Infolge des anschliessenden Freiheitsentzugs von insgesamt 18 Monaten dürfte er zahlreiche Entwicklungsschritte von K._____ verpasst haben. M.a.W. verbrachte der Beschuldigte mehr als die Hälfte des Lebens seiner inzwischen bald dreijährigen Tochter in Haft bzw. im vorzeitigen Strafvollzug. Ebenso verhält es sich hinsichtlich seiner Ehe.

Trotzdem kann dem Beschuldigten eine nahe, echte und tatsächlich gelebte Beziehung zu seiner Kernfamilie nicht von vornherein abgesprochen werden. So scheint seine Ehefrau auch nach Einleitung des vorliegenden Strafverfahrens und während der langen Trennungszeit weiterhin zum Beschuldigten gehalten und sich nicht von diesem abgewendet zu haben, obwohl durchaus schwerwiegende Tatvorwürfe im Raum standen und der Beitrag bzw. die Verantwortlichkeit des Beschuldigten angesichts der konkreten Umstände, welche sich auch J._____ aufgedrängt haben dürften, als zentral erscheinen musste. Zudem stand die Ehefrau stets in brieflichem Kontakt mit dem Beschuldigten, hielt diesen über die Entwicklung seiner Tochter auf dem Laufenden und besuchte ihn regelmässig während der Untersuchungshaft und des vorzeitigen Strafvollzugs (Urk. 26/1 ff.; Urk. 21/2; Urk. 21/6). Dies spricht für die Tragfähigkeit der familiären Beziehungen des Beschuldigten und dessen Verbundenheit mit seiner Ehefrau und der Tochter.

Nach seiner bedingten Entlassung aus dem vorzeitigen Strafvollzug am 28. Oktober 2021 kehrte der Beschuldigte in die vormalige Wohnung der Familie an der ...-strasse ... in Zürich zurück (vgl. Urk. 86 S. 2; Urk. 94). Da seine Ehefrau wieder einer Erwerbstätigkeit nachgeht zur Bestreitung des Familienunterhalts, ist der Beschuldigte aktuell stark in die Betreuung der gemeinsamen Tochter K._____ eingebunden und kümmert sich insbesondere jeden zweiten Samstag alleine um diese, wenn J._____ Wochenenddienst leisten muss (Prot. II S. 24 f.; Urk. 112). Zu berücksichtigen ist schliesslich, dass der Beschuldigte und seine Ehefrau im Frühjahr 2023 die Geburt ihres zweiten Kindes erwarten (Prot. II S. 27; Urk. 113 S. 4). Folglich wird die Unterstützung des Beschuldigten bei der Kinderbetreuung zunehmend wichtiger.

3.2.4. Nach den vorstehenden Erwägungen würde eine Landesverweisung des Beschuldigten ohne Weiteres den Schutzbereich von Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK tangieren hinsichtlich seiner Beziehung zur Ehefrau und der zwei gemeinsamen Kinder. Zwar wäre es dem Beschuldigten auch im Falle seiner Ausweisung aus der Schweiz durchaus möglich, die Ehe zu J._____ in Form einer Fernbeziehung mittels elektronischer Kommunikationsmittel und im Rahmen von Kurzaufenthalten oder Ferienbesuchen in seinem Heimatland aufrecht zu erhal-

ten. Die Tochter des Beschuldigten ist angesichts ihres Alters jedoch auf persönliche Kontakte in kurzen Zeitabständen angewiesen, andernfalls die Vater-Kind-Beziehung beeinträchtigt und schlimmstenfalls zerbrechen würde. Die Anordnung einer Landesverweisung würde somit unweigerlich zu einer Entfremdung des Beschuldigten und seiner kleinen Tochter führen, welche trotz virtueller Kontakte, längerer Ferienaufenthalte in Sri Lanka oder einer späteren Wiederaufnahme des Familienlebens nach Ablauf der Landesverweisung voraussichtlich nicht wieder rückgängig gemacht werden könnte. Zu seinem noch ungeborenen Kind könnte der Beschuldigte aus der Ferne gar nicht erst eine tragfähige Beziehung aufbauen.

3.2.5. Ein Wegzug nach Sri Lanka wäre der kleinen Tochter und dem ungeborenen Kind des Beschuldigten hingegen nicht zumutbar. Wie nachfolgend noch genauer aufzuzeigen sein wird, befindet sich das Land derzeit in einer schweren Wirtschafts- und Finanzkrise (vgl. E. IV.3.3.7.). Gemäss Angaben des UNICEF ist deshalb fast jedes zweite Kind in Sri Lanka auf irgendeine Form der Nothilfe, einschliesslich Ernährung, Gesundheitsversorgung, sauberes Trinkwasser, Bildung und psychische Betreuung angewiesen (<<https://www.unicef.org/press-releases/unicef-appeals-us25-million-meet-urgent-needs-17-million-children-affected-economic>>, zuletzt besucht am 25. August 2022). Die mit einer Übersiedlung nach Sri Lanka verbundenen Einschränkungen in der Ernährungssicherheit und medizinischen Versorgung wären derart gravierend, dass sie einer eigentlichen Kindwohlgefährdung gleichkämen.

3.2.6. Angesichts der aktuellen Krisensituation wäre es auch der schwangeren Ehefrau nicht zumutbar, ihre Beziehung zum Beschuldigten sowie ihr Familienleben mit den gemeinsamen Kindern in Sri Lanka zu pflegen. Zwar scheint die Familie von J._____ noch enger mit dem Heimatland verbunden als diejenige des Beschuldigten. Trotzdem wäre eine Übersiedlung nach Sri Lanka eine enorme Veränderung für sie, zumal sie in der Schweiz aufgewachsen und hier verwurzelt ist. Zudem hat sie sich hierzulande – insbesondere während der vollzugsbedingten Abwesenheit des Beschuldigten – wirtschaftlich integriert und hat die Aussicht, sich auf ihrem erlernten Beruf weiterzubilden. Schliesslich verfügt sie über

ein stabiles Beziehungsnetz in der Schweiz, welches sie massgeblich bei der Kinderbetreuung unterstützt. Mit den Lebens- und Arbeitsverhältnissen in Sri Lanka ist J._____ hingegen nicht vertraut, ganz besonders nicht vor dem Hintergrund der angespannten Wirtschaftslage und den damit verbundenen Engpässen bei der Versorgung mit Nahrungsmitteln, Wasser und Medikamenten. Dort in gesellschaftlicher und beruflicher Hinsicht Fuss zu fassen, dürfte für die Ehefrau des Beschuldigten mit grossen Schwierigkeiten verbunden sein, insbesondere weil sie in der näheren Zukunft noch stark durch die Betreuung von zwei kleinen Kindern beansprucht sein wird. In ihrem Schreiben an das Berufungsgericht vom 25. August 2022 wies sie denn auch darauf hin, dass sie sich einen Weg- bzw. Nachzug nach Sri Lanka nicht vorstellen könne (vgl. Urk. 112).

3.2.7. Obwohl der Beschuldigte sowohl in beruflicher als auch in persönlicher Hinsicht kaum integriert ist, zeigt sich bei gesamtheitlicher Betrachtung aller relevanter Kriterien, dass die Anordnung einer Landesverweisung erheblich in seine Lebensgestaltung und die familiären Verhältnisse eingreifen würde, weshalb ein schwerer persönlicher Härtefall zu bejahen ist. Dem privaten Interesse des Beschuldigten an einem Verbleib in der Schweiz ist daher das öffentliche Interesse an einer Landesverweisung gegenüberzustellen.

3.3. Interessenabwägung

3.3.1. Wie vorstehend ausgeführt wurde, ist der Beschuldigte wegen gewerbmässigen Diebstahls schuldig zu sprechen (vgl. E. III.3.). Hinsichtlich der Art und Schwere der Tatbegehung kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zur Strafzumessung verwiesen werden (Urk. 70 S. 11 f.). Hervorzuheben ist an dieser Stelle, dass der Beschuldigte innert eines relativ kurzen Deliktszeitraums von zweieinhalb Monaten insgesamt 14'089 Zigarettenstangen im Wert von knapp Fr. 1.2 Mio. zum Nachteil seiner (ehemaligen) Arbeitgeberin entwendete. Auch wenn der Beschuldigte keine besonderen Vorkehrungen traf, damit seine deliktischen Machenschaften nicht entdeckt würden, offenbarte er durch sein Vorgehen und die Ausnutzung der geänderten Hierarchieverhältnisse an seinem Arbeitsplatz infolge der Covid-19-Pandemie eine besondere Abgebrühtheit. Hinzu kommt, dass der Beschuldigte direktvorsätzlich und nicht aus einer eigentlichen

finanziellen Notlage heraus handelte. Unter diesen Umständen wertete die Vorinstanz das Verschulden des Beschuldigten sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht als erheblich, was nicht zu beanstanden ist. Zulasten des Beschuldigten fällt sodann ins Gewicht, dass er bei Aufnahme seiner deliktischen Tätigkeit im Februar 2020 bereits verheiratet und Vater einer drei Monate alten Tochter war. Die sich daraus ergebende Verantwortung für seine Familie vermochte ihn von seinem Vorhaben jedoch nicht abzuhalten, was für das sicherheitspolitische Interesse an seiner Ausweisung spricht.

3.3.2. Unmittelbar nach Einleitung des Untersuchungsverfahrens versuchte der Beschuldigte noch, seinen Vorgesetzten als Anstifter darzustellen und sich auf diese Weise aus dem Fokus der Strafverfolgungsbehörden zu ziehen. Anlässlich seiner dritten Einvernahme zeigte er sich jedoch vollumfänglich geständig und trug damit zur Beschleunigung und Vereinfachung des Verfahrens bei. Dies ist dem Beschuldigten zugute zu halten. Nach seiner Verhaftung am 30. April 2020 befand sich der Beschuldigte zunächst in Untersuchungshaft und trat anschliessend den vorzeitigen Strafvollzug an. Per 28. Oktober 2021 wurde er bedingt aus dem Vollzug entlassen und hat sich – soweit ersichtlich – seither wohlverhalten. Das Nachtatverhalten wirkt sich somit leicht zugunsten des Beschuldigten aus.

3.3.3. Dem steht jedoch entgegen, dass der Beschuldigte gemäss Strafregisterauszug vom 2. September 2021 zahlreiche Vorstrafen erwirkte (Urk. 71). Allein im Zeitraum zwischen Juli 2014 und September 2019, mithin während rund fünf Jahren wurde er insgesamt sieben Mal verurteilt. Mit diesem Urteil erfolgt ein weiterer Schuldspruch. Auch wenn die in der Vergangenheit verübten Taten nicht durchwegs schwer wiegen, lässt die wiederholte Delinquenz und die Vielzahl der verletzten Rechtsgüter auf eine erhebliche Unbelehrbarkeit, Renitenz und Gleichgültigkeit des Beschuldigten gegenüber der Rechtsordnung schliessen. Es ist allerdings davon auszugehen, dass der teilweise Vollzug der ausgesprochenen Freiheitsstrafe deutlichen Eindruck auf den Beschuldigten gemacht und einen gewissen Lerneffekt herbeigeführt hat, nachdem er bislang einzig relativ geringfügige Strafen von bis zu 180 Tagessätzen Geldstrafe zu verbüssen hatte (vgl. Prot. I S. 11; Prot. II S. 24). Zudem wird ihm das vorliegende Strafverfahren klar vor Augen

geführt haben, dass ihm als Ausländer im Falle einer Verurteilung wegen einer Katalogtat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB eine mehrjährige Landesverweisung droht, von deren Anordnung nur ganz ausnahmeweise abzusehen ist. Die in der Vergangenheit verübten Straftaten hatten diesen beschränkten Automatismus der ordentlichen Landesverweisung noch nicht ausgelöst, weshalb nicht auszuschliessen ist, dass dem Beschuldigten bislang tatsächlich nicht bewusst war, dass ihm als Folge erneuter Delinquenz die Verweisung aus der Schweiz droht (vgl. Prot. I S. 13; Prot. II S. 26).

3.3.4. Hinsichtlich der Bewährungsaussichten ist weiter hervorzuheben, dass sich die Lebenssituation des Beschuldigten seit seiner Entlassung aus dem vorzeitigen Strafvollzug am 28. Oktober 2021 positiv verändert hat. So schloss er beim Schweizerischen Institut für Unternehmerschulung erfolgreich eine Ausbildung zum Filialleiter ab. Weiter bemühte er sich intensiv darum, in beruflicher Hinsicht wieder Fuss zu fassen und eine neue Arbeitsstelle zu finden, indem er sich beim RAV anmeldete und zahlreiche Bewerbungen verschickte. Trotz seiner geringen Chancen auf eine Wiedereingliederung in den Schweizer Arbeitsmarkt gelang es ihm, in der Gastronomiebranche eine Festanstellung im 100%-Pensum zu finden. Seit dem 22. August 2022 ist der Beschuldigte als Küchenmitarbeiter im "I._____" tätig. In persönlicher Hinsicht ist positiv zu werten, dass er nach wie vor in einer stabilen Beziehung mit J.____ lebt und stark in die Betreuung der gemeinsamen Tochter K.____ eingebunden ist. Die Geburt ihres zweiten Kindes erwarten der Beschuldigte und seine Ehefrau im Frühjahr 2023 (Urk. 112; Urk. 114/1; Prot. II S. 19 ff.). Für eine künftige Bewährung des Beschuldigten spricht schliesslich, dass er sich dafür einsetzt, den entstandenen Schaden der Privatklägerin zu ersetzen. Zu diesem Zweck unterzeichnete der Beschuldigte an einem unbekanntem Datum vor dem 31. August 2022 eine Abzahlungsvereinbarung mit der Privatklägerin und überwies ihr am 25. August 2022 eine Anzahlung von Fr. 35'000.– (Urk. 114/2-4; Urk. 117 S. 2; Prot. II S. 34). Dennoch ist nicht ausser Acht zu lassen, dass sich der Abschluss eines Arbeitsvertrags mit der I.____ AG, die Einigung mit der Privatklägerin über die Abzahlung des anerkannten Schadenersatzes und die Überweisung der ersten Tranche nur zwei Wochen vor der Berufungsverhandlung vom 2. September 2022 ereigneten. Dies erweckt den Eindruck, als seien die

Bemühungen des Beschuldigten lediglich kurzfristig und im Hinblick auf den bevorstehenden Verhandlungstermin unternommen worden, was Zweifel an deren Ernsthaftigkeit aufkommen lässt. Hinzu kommt, dass die Bewährungszeit des Beschuldigten seit seiner Haftentlassung am 28. Oktober 2021 nicht einmal ein Jahr dauerte. Sein Wohlverhalten während der letzten 10 Monate stellt keine besondere Leistung dar. Insofern ist fraglich, ob bereits von einer positiven Legalprognose ausgegangen werden kann.

3.3.5. Vor dem Hintergrund, dass das vom Gesetzgeber angestrebte Ziel der Landesverweisung primär in der Verhinderung weiterer Delinquenz durch ausländische Straftäter in der Schweiz besteht, ist aufgrund des getrübt strafrechtlichen Leumunds und der zweifelhaften Bewährungsaussichten des Beschuldigten von einem erheblichen öffentlichen Interesse an der Anordnung einer Landesverweisung auszugehen, auch wenn sich während der relativ kurzen Bewährungszeit seit seiner Entlassung aus dem vorzeitigen Strafvollzug eine positive Entwicklung in seinen Lebensverhältnissen abzeichnete. Dieses öffentliche Interesse ist nachfolgend gegen das persönliche Interesse des Beschuldigten an einem Verbleib in der Schweiz abzuwägen.

3.3.6. Zur Solidität der sozialen und familiären Bindungen des Beschuldigten in der Schweiz sowie in seinem Heimatland kann auf die vorstehenden Erwägungen unter IV.3.2.2. f. verwiesen werden. Hervorzuheben ist, dass sich der Lebensmittelpunkt des Beschuldigten seit seiner Ankunft im Jahr 2008 in der Schweiz befindet. Hier lebt er mit seiner Kernfamilie zusammen und pflegt intensiven Kontakt zu seinen Eltern, den beiden Brüdern und seinem Freundes- bzw. Kollegenkreis. Entsprechend sind die persönlichen Beziehungen, welche den Beschuldigten mit der Schweiz verbinden, stark zu gewichten. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass er nur wenige Monate nach seiner Heirat mit J._____ und der Geburt ihrer gemeinsamen Tochter verhaftet wurde und anschliessend 18 Monate in Untersuchungshaft bzw. im vorzeitigen Strafvollzug verbrachte. Als Folge des Freiheitsentzugs verpasste der Beschuldigte mehr als die Hälfte des Lebens seiner inzwischen bald dreijährigen Tochter und war auch hinsichtlich der Pflege seiner Beziehung zur Ehefrau sicherlich in gewissem Mass eingeschränkt. Zudem entsteht

der Eindruck, als habe der Beschuldigte kein besonderes Bedürfnis oder Interesse daran gehabt, sich in der Schweiz ein soziales Umfeld ausserhalb der sri-lankischen Diasporagemeinschaft aufzubauen.

3.3.7. Mit seinen Verwandten in Sri Lanka tauscht er sich bloss sporadisch via Skype aus und hatte seit seiner Ankunft in der Schweiz keinen persönlichen Kontakt mehr zu diesen. Mangels enger sozialer Beziehungen in Sri Lanka erscheinen die Wiedereingliederungs- und Resozialisierungschancen des Beschuldigten in seinem Heimatland schwierig. Insbesondere ist er aufgrund seines Wegzugs im Alter von 14 Jahren nur noch bedingt mit den dortigen Lebens- und Arbeitsverhältnissen vertraut. Der Beschuldigte sagte aus, dass er seit dem Jahr 2008 nie wieder für einen Kurzaufenthalt oder längere Ferien in Sri Lanka gewesen sei, womit seine Kenntnisse bzw. Erinnerungen an seine Heimat inzwischen nicht mehr den aktuellen Verhältnissen entsprechen dürften. Zudem befindet sich der Beschuldigte mittlerweile in einer komplett anderen Lebenslage – er ist Familienvater und muss insbesondere finanziell für seine junge Familie sorgen – als damals, als er einen Teil seiner Kindheit in Sri Lanka verbrachte. Der Beschuldigte müsste sich nunmehr in seinem Heimatland eine gänzlich neue wirtschaftliche Existenz aufbauen, was jedoch in Anbetracht seiner intakten Sprachkenntnisse und seines noch jungen Alters nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Der Beschuldigte erklärte anlässlich der Hauptverhandlung selbst, dass er wohl auch in Sri Lanka als Verkäufer arbeiten könnte (Prot. I S. 14). Dasselbe dürfte für seine aktuelle Tätigkeit als Küchenmitarbeiter gelten. Trotz der zu erwartenden Schwierigkeiten des Beschuldigten bei der sozialen und beruflichen Integration im Heimatland lassen diese die Anordnung einer Landesverweisung nicht unverhältnismässig erscheinen.

3.3.8. Gemäss Einschätzungen des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten (EDA) und der Schweizerischen Flüchtlingshilfe (SFH) befindet sich Sri Lanka jedoch aktuell in einer schweren Wirtschafts- und Finanzkrise. Grundlegende Produktionsgüter seien nicht verfügbar, weshalb die Nahrungsmittelproduktion in der letzten Erntesaison eingebrochen sei. Auch die Erträge der laufenden Agrarsaison seien mangels Geld und Produktionsmitteln gefährdet.

Dies habe zu einer Erhöhung der Preise für wichtige Konsumgüter geführt. Zusammen mit der enormen Abwertung der sri-lankischen Währung (um 80% seit März 2022) seien Grundnahrungsmittel, Kochgas und Benzin für viele Familien unerschwinglich geworden. Das UNO-Welternährungsprogramm gehe davon aus, dass inzwischen rund 38% der Bevölkerung Sri Lankas von einer mässigen bis schweren Ernährungsunsicherheit betroffen seien. Die Wirtschaftskrise habe sich zudem dramatisch auf den Zugang zu den Gesundheitsdiensten ausgewirkt. Insbesondere die Medikamentenknappheit und der Mangel an Laborartikeln, medizinischen Instrumenten und Geräten sei besorgniserregend. Nach Ausführungen des EDA und der Schweizerischen Flüchtlingshilfe hätten sich die Proteste in Reaktion auf die wirtschaftliche Krise zu einem landesweiten Aufstand gegen die aktuelle Regierung ausgeweitet (<<https://www.eda.admin.ch/eda/de/home/vertretungen-und-reisehinweise/sri-lanka/reisehinweise-fuersrilanka.html#eda088c98>>, zuletzt besucht am 22. August 2022; <<https://www.fluechtlingshilfe.ch/publikationen/news-und-stories/krise-in-sri-lanka-verzicht-auf-rueckfuehrungen-bis-sich-die-lage-stabilisiert-hat>>, zuletzt besucht am 22. August 2022; Schweizerische Flüchtlingshilfe [SFH; Hrsg.], Sri Lanka: Wirtschaftskrise und Gesundheitsversorgung, Themenpapier der SFH-Länderanalyse vom 13. Juli 2022, S. 4 ff., abrufbar unter <https://www.fluechtlingshilfe.ch/fileadmin/user_upload/Publikationen/Herkunftslanderberichte/Asien-Pazifik/Sri_Lanka/220713_Lka_Wirtschaftskrise_Gesundheitsversorgung.pdf>, zuletzt besucht am 22. August 2022).

Am 12. Juli 2022 verliess der bisherige Präsident fluchtartig das Land, woraufhin der Ausnahmezustand über Sri Lanka verhängt wurde. Drei Tage später erklärte er seinen Rücktritt. Am 20. Juli 2022 wurde der bisherige Regierungschef als neuer Präsident gewählt. Das EDA beschreibt die politische Lage als unübersichtlich. Die Spannungen hätten sich verschärft und es müsse mit einer Verschlechterung gerechnet werden (<<https://www.eda.admin.ch/eda/de/home/vertretungen-und-reisehinweise/sri-lanka/reisehinweise-fuersrilanka.html#eda088c98>>, zuletzt besucht am 22. August 2022). Gemäss der Schweizerischen Flüchtlingshilfe ist unklar, wie sich die aktuellen politischen Entwicklungen auf die Menschenrechts-

lage in Sri Lanka auswirken werden. Sie fordert daher einen Verzicht auf Ausweisungen und Rückführungen, bis sich die aktuelle Situation wieder deutlich stabilisiert habe (<https://www.fluechtlingshilfe.ch/publikationen/news-und-stories/krise-in-sri-lanka-verzicht-auf-rueckfuehrungen-bis-sich-die-lage-stabilisiert-hat>), zuletzt besucht am 22. August 2022). Das Staatssekretariat für Migration (SEM) hat bislang – soweit ersichtlich – noch keine Neueinschätzung der Verhältnisse in Sri Lanka und deren Auswirkungen auf seine geltende Praxis vorgenommen. Insbesondere hat es keine Aussetzung von Rückführungen nach Sri Lanka angeordnet.

3.3.9. Der Beschuldigte hat den zu vollziehenden Teil der ausgefallten Freiheitsstrafe bereits verbüsst und wurde per 28. Oktober 2021 bedingt aus dem Strafvollzug entlassen. Die Landesverweisung wäre somit im Falle ihrer Anordnung mit Rechtskraft dieses Urteils zu vollziehen (Art. 66c Abs. 1-3 StGB). Aus diesem Grund ist nachfolgend zu prüfen, ob die vorstehenden aktuellen Entwicklungen in Sri Lanka der Zumutbarkeit einer Rückkehr dorthin entgegenstehen.

Dass der Beschuldigte in seiner Heimat weniger vorteilhafte politische und wirtschaftliche Verhältnisse antreffen und deshalb Schwierigkeiten haben wird, sich in den dortigen Arbeitsmarkt einzugliedern, ist als Folge seines kriminellen Verhaltens grundsätzlich hinzunehmen (BGer 2C_642/2016 vom 20. Juli 2017, E. 4.3; BGer 2C_327/2015 vom 22. April 2016, E. 5.5; BGer 2C_1029/2011 vom 10. April 2012, E. 3.3.2 mit Hinweisen). Vorliegend müsste der Beschuldigte jedoch in ein Land zurückkehren, welches sich in einer schweren Wirtschafts- und Finanzkrise befindet, welche zu einer Gefährdung der Ernährungssicherheit und einer Einschränkung der medizinischen Versorgung der Bevölkerung geführt hat. Sowohl das EDA als auch die Schweizerische Flüchtlingshilfe rechnen vorerst mit einer weiteren Verschlechterung der wirtschaftlichen und politischen Lage. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass Sri Lanka humanitäre Hilfe durch internationale Organisationen erhält. Zudem ist während der massgeblichen Dauer einer Landesverweisung, welche von Gesetzes wegen mindestens fünf Jahre beträgt (Art. 66a Abs. 1 StGB), auch eine Erholung der sri-lankischen Wirtschaft und infolgedessen eine Verbesserung der allgemeinen Versorgungslage möglich. Der Beschuldigte ist gesund und wäre deshalb bei gleichbleibendem gesundheitlichem Zustand oh-

nehin nicht davon betroffen, dass die medizinische Versorgung in Sri Lanka derzeit eingeschränkt ist.

3.3.10. Der bewaffnete Konflikt zwischen der sri-lankischen Regierung und den E._____ (E._____) ist im Mai 2009 zu Ende gegangen. Aktuell herrscht in Sri Lanka weder Krieg noch eine Situation allgemeiner Gewalt; dies gilt auch unter Berücksichtigung der vorstehend dargestellten aktuellen Ereignisse. Mit Urteil vom 3. Juni 2022 hat das Bundesverwaltungsgericht seine bisherige Rechtsprechung und die gegenwärtige Praxis des SEM bestätigt, wonach der Wegweisungsvollzug in die Ost- und Nordprovinz von Sri Lanka grundsätzlich zumutbar sei (Urteil des BVGer E-1571/2022 vom 3. Juni 2022, E. 8.3 mit Hinweis auf Urteil des BVGer D-2205/2018 vom 25. Januar 2019, E. 11.2.1).

Zum Geburtsort des Beschuldigten in Sri Lanka ergeben sich aus den Akten unterschiedliche Angaben. Im Polizeirapport vom 1. Mai 2020 und einem Strafregisterauszug vom selben Tag wird ausgewiesen, der Beschuldigte sei in L._____ zur Welt gekommen (Urk. 1/2; Urk. 33/2; vgl. auch Urk. 71). Das Personenmeldeamt der Stadt Zürich korrigierte diese Information jedoch am 29. Mai 2020 dahingehend, dass der Beschuldigte in M._____ geboren sei (Urk. 33/4), was dieser anlässlich der Berufungsverhandlung bestätigte (Prot. II S. 16). Ein Strafregisterauszug vom 22. Oktober 2020 gibt als Geburtsort des Beschuldigten schliesslich N._____ an (Urk. 33/1). Diese unterschiedlichen Angaben sind für die Beurteilung der Zumutbarkeit einer Landesverweisung nicht von grosser Bedeutung, da alle diese Ortschaften in der nördlichen Provinz liegen. Auch wenn Angaben dazu fehlen, dass die in Sri Lanka verbliebenen Verwandten des Beschuldigten (eine Grossmutter, eine Tante, ein Onkel und Cousins) dort leben, ist dem Beschuldigten eine Rückkehr in die Nordprovinz grundsätzlich zumutbar.

4. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen zur Interessenabwägung machen deutlich, dass es sich vorliegend um einen Grenzfall handelt. Das private Interesse des Beschuldigten an einem weiteren Verbleib in der Schweiz und das öffentliche Interesse an seiner Ausweisung bzw. längerfristigen Fernhaltung halten sich im

Grunde die Waage. Die lange Anwesenheitsdauer und die stabilen familiären Beziehungen des Beschuldigten in der Schweiz, seine Bemühungen zur Begleichung des verursachten Schadens und die sich abzeichnende positive Entwicklung in seinen Lebensverhältnissen seit der Haftentlassung erlauben es vor dem Hintergrund der aktuellen Wirtschafts- und Finanzkrise in Sri Lanka gerade noch, von der Anordnung einer Landesverweisung abzusehen. Der Beschuldigte ist allerdings darauf hinzuweisen, dass dieser knappe und wohlwollende Entscheid in Ausübung des richterlichen Ermessens sowie im Sinne einer letzten Chance ergeht. Sollte er erneut delinquieren, wird er bei seiner Verurteilung aller Voraussicht nach mit der Anordnung einer Landesverweisung zu rechnen haben, wobei je nach Deliktsart nicht nur eine obligatorische, sondern auch eine fakultative Landesverweisung im Sinne von Art. 66a^{bis} StGB in Betracht kommt.

Da von der Anordnung einer Landesverweisung abzusehen ist, muss nicht weiter geprüft werden, ob Vollzugshindernisse im Sinne von Art. 66d Abs. 1 StGB bestehen.

V. Einziehung der beschlagnahmten Barschaft

1. Urteil der Vorinstanz / Anträge der Verfahrensbeteiligten

1.1. Mit dem angefochtenen Urteil verfügte die Vorinstanz gestützt auf Art. 70 Abs. 1 StGB die Einziehung der beschlagnahmten Barschaft von Fr. 55'000.–. Sie erwo, dass dieser Bargeldbetrag dem Beschuldigten anlässlich der Übergabe einer Lieferung von gestohlenen Zigarettenstangen vom Abnehmer C._____ bezahlt worden sei. Bei seiner Verhaftung unmittelbar nach der Übergabe habe das Bargeld beim Beschuldigten sichergestellt werden können, weshalb es zu diesem Zeitpunkt bereits in dessen Eigentum gewesen sei. Die Fr. 55'000.– seien somit Vermögenswerte, die der Beschuldigte durch eine Straftat – den Diebstahl von Zigarettenstangen und den anschliessenden Verkauf derselben – erlangt habe. Die beschlagnahmte Barschaft stelle somit Deliktserlös im Sinne von Art. 70 Abs. 1 StGB dar.

1.2. Die amtliche Verteidigung teilt die Ansicht, wonach es sich bei der beschlagnahmten Barschaft um Deliktserlös handelt, welcher einzuziehen ist. Sie beantragt jedoch, die Fr. 55'000.– seien zur Deckung der Verfahrenskosten und des Schadenersatzes zu verwenden (Urk. 75 S. 3; Urk. 113 S. 1; vgl. auch Urk. 51 S. 11). Auch die Privatklägerin stellt den Antrag, die beschlagnahmte Barschaft sei als Deliktserlös einzuziehen. Sie verlangt allerdings, dass ihr dieser Vermögenswert gestützt auf Art. 73 Abs. 1 lit. b StGB zur Deckung des entstandenen Schadens zuzusprechen sei (Urk. 108; Urk. 117 S. 1). Der Zweitberufungskläger beantragt schliesslich, der beschlagnahmte Bargeldbetrag sei ihm herauszugeben (Urk. 101; Urk. 115 S. 2 Ziff. 3; vgl. zum Berufungsantrag gemäss Urk. 115 S. 2 Ziff. 2 bereits die Erwägungen unter II.2.).

2. Ausgangslage

2.1. Anlässlich des polizeilichen Zugriffs am 30. April 2020 konnte in der linken Jackentasche des Beschuldigten Bargeld im Wert von Fr. 55'000.– sichergestellt werden (Urk. 32/1; vgl. auch Urk. 29/10), während im Lieferwagen von C._____ (Peugeot Expert, ZH ...) insgesamt 900 Zigarettenstangen verschiedener Marken vorgefunden wurden (Urk. 29/1).

2.2. Der Beschuldigte sagte wiederholt aus, dass ihm das sichergestellte Bargeld unmittelbar vor seiner Verhaftung von C._____ als Kaufpreis für eine Bestellung von Zigarettenstangen übergeben worden sei (Urk. 3/6 F/A 41 ff.; Urk. 3/8 F/A 24 ff.; vgl. auch Urk. 3/2 F/A 38). Diese Aussage deckt sich mit den Angaben von C._____ (vgl. Urk. 4/9 F/A 47 ff.).

2.3. Mit Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 11. Mai 2020 wurde der sichergestellte Bargeldbetrag von Fr. 55'000.– beschlagnahmt (Urk. 8/4). Die im Lieferwagen von C._____ aufgefundenen 900 Zigarettenstangen waren hingegen bereits am 30. April 2020 an die Privatklägerin herausgegeben worden (Urk. 29/5).

3. Rechtliche Grundlagen und Würdigung

3.1. Das Gericht verfügt die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine Straftat erlangt worden sind oder dazu bestimmt waren, eine Straftat zu veranlas-

sen oder zu belohnen, sofern sie nicht dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ausgehändigt werden (Art 70 Abs. 1 StGB). Die Einziehung ist ausgeschlossen, wenn ein Dritter die Vermögenswerte in Unkenntnis der Einziehungsgründe erworben hat und soweit er für sie eine gleichwertige Gegenleistung erbracht hat oder die Einziehung ihm gegenüber sonst eine unverhältnismässige Härte darstellen würde (Art. 70 Abs. 2 StGB).

3.2. Objekt der Einziehung sind Vermögenswerte, d.h. alle wirtschaftlichen Vorteile, gleichgültig ob sie in einer Vermehrung der Aktiven oder einer Verminderung der Passiven bestehen. Immer muss es sich aber um einen geldwerten Vorteil handeln. Ebenfalls der Einziehung unterliegen die echten und unechten Surrogate, sofern sie beim Täter oder einem Drittbegünstigten noch vorhanden sind und sofern die von den Original- zu den Ersatzwerten führenden Transaktionen identifiziert und dokumentiert werden können (HEIMGARTNER, in: Donatsch [Hrsg.], Orell Füssli Kommentar StGB, 21. Auflage, Zürich 2022, N 10 zu Art. 70 StGB; TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Praxiskommentar StGB, 4. Auflage, Zürich 2021, N 2 zu Art. 70 StGB; BGer 6B_334/2019 vom 28. Januar 2020, E. 4.3.2).

Die Einziehung gestützt auf Art. 70 Abs. 1 StGB setzt voraus, dass zwischen dem erlangten Vermögenswert und der Straftat ein Kausalzusammenhang besteht, und zwar insofern, als die Erlangung des Vermögenswerts als direkte und unmittelbare Folge der Straftat erscheint. Erforderlich ist, dass die Straftat die wesentliche bzw. adäquate Ursache für die Erlangung des Vermögenswerts ist und dass der Vermögenswert typischerweise aus der Straftat herrührt (BGE 144 IV 285, E. 2.2 mit weiteren Hinweisen).

3.3. Der Vorinstanz ist nicht zu folgen, wenn sie die beschlagnahmte Barschaft, d.h. den von C._____ geleisteten Kaufpreis für die gestohlenen Zigarettenstangen, als Deliktserlös qualifiziert. Als unmittelbare und direkte Folge des am 30. April 2020 begangenen Diebstahls erscheint vielmehr die Erlangung der 900 Zigarettenstangen, welche im Lieferwagen von C._____ sichergestellt werden konnten. Folglich können allein diese Gegenstand einer Vermögenseinziehung sein, sofern der Privatklägerin nicht ein Anspruch auf Rückerstattung zur Wiederher-

stellung des rechtmässigen Zustands zukommt. Der Bargeldbetrag von Fr. 55'000.– bildet hingegen ein Surrogat, welches beim Beschuldigten an die Stelle des Originalwerts, d.h. der entwendeten Zigarettenstangen getreten ist.

3.4. Die Rückerstattung eines deliktisch erlangten Vermögenswerts an den Geschädigten geht der Einziehung vor (vgl. BGE 129 IV 322, E. 2.2.4 mit weiteren Hinweisen; HEIMGARTNER, a.a.O., N 8 zu Art. 70 StGB). Soweit die Rückerstattung möglich ist, muss folglich nicht der Umweg über eine Einziehung beschritten werden. Die Zuweisung an den Geschädigten kann nicht erst durch das Sachgericht, sondern unter Vorbehalt eines kantonalen Rechtsmittels an eine richterliche Behörde bereits durch die Untersuchungsbehörde erfolgen. Voraussetzung hierfür ist, dass die Rechtslage hinreichend liquid ist und keine besseren Ansprüche Dritter geltend gemacht werden. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so ist die Zuweisung – ohne Rücksicht auf andere Gläubiger und Geschädigte – tatsächlich vorzunehmen (BGE 128 I 129, E. 3.1.2 mit weiteren Hinweisen).

Eine Rückerstattung ist jedoch ausgeschlossen, wenn ein gutgläubiger Dritterwerber Eigentum an den deliktisch erlangten Vermögenswerten erlangt hat. Im Konflikt zwischen dem Rückerstattungsanspruch des Geschädigten und den Rechten des nach Art. 70 Abs. 2 StGB geschützten Dritterwerbers gelangen die einschlägigen Bestimmungen des Sachenrechts zur Anwendung (Art. 933 ff., 938 f. ZGB; BGer 6B_403/2008 vom 24. November 2008, E. 2.3; HEIMGARTNER, a.a.O., N 8 zu Art. 70 StGB).

3.5. Wer in gutem Glauben eine bewegliche Sache zu Eigentum übertragen erhält, wird, auch wenn der Veräusserer zur Eigentumsübertragung nicht befugt ist, deren Eigentümer, sobald er nach den Besitzesregeln im Besitz der Sache geschützt ist (Art. 714 Abs. 2 ZGB). Nach Art. 933 ZGB wird der gutgläubige Erwerber dann in seinem Erwerb geschützt, wenn die bewegliche Sache dem Veräusserer ohne jede Ermächtigung zur Übertragung anvertraut worden war. Der Besitzer, dem eine bewegliche Sache gestohlen wird oder verloren geht oder sonst wider seinen Willen abhanden kommt, kann sie während fünf Jahren jedem Empfänger abfordern (Art. 934 Abs. 1 ZGB). Wer den Besitz einer beweglichen

Sache nicht in gutem Glauben erworben hat, kann vom früheren Besitzer jederzeit auf Herausgabe belangt werden (Art. 936 Abs. 1 ZGB).

3.6. Gemäss ihren übereinstimmenden Aussagen hatten der Beschuldigte und der Zweitberufungskläger einen gültigen Kaufvertrag über 900 Zigarettenstangen zu einem Preis von Fr. 55'000.– abgeschlossen. Am 30. April 2020 erfolgte die Übergabe der Zigarettenstangen an C._____, welcher im Gegenzug den Kaufpreis in bar an den Beschuldigten leistete. Zunächst stellt sich die Frage, ob der Zweitberufungskläger die bestellten Zigarettenstangen in gutem Glauben vom Beschuldigten zu Eigentum übertragen erhielt. In ihrer Einstellungsverfügung vom 26. März 2021 betreffend das eingeleitete Strafverfahren gegen C._____ wegen Hehlerei führt die Staatsanwaltschaft aus, dass nicht rechtsgenügend hergestellt werden können, dass der Zweitberufungskläger um die deliktische Herkunft der Zigarettenstangen gewusst oder beim Kauf derselben zumindest mit der Möglichkeit gerechnet habe, dass diese vom Beschuldigten deliktisch erlangt worden seien. Der Beschuldigte habe C._____ diesbezüglich nicht belastet. Ebensovienig lägen Umstände vor, die beim Zweitberufungskläger die Überzeugung hätten hervorrufen müssen, dass die Zigarettenstangen vom Beschuldigten gestohlen worden waren (Urk. 77/3). Gestützt auf die Erkenntnisse der Staatsanwaltschaft kann darauf geschlossen werden, dass C._____ die 900 Zigarettenstangen in gutem Glauben zu Eigentum erwerben wollte.

Weiter steht fest, dass der Zweitberufungskläger Besitz an den gekauften Zigarettenstangen erlangte, zumal diese in seinem Lieferwagen sichergestellt werden konnten (Urk. 29/1). Allerdings wurde C._____ im Zeitpunkt der Besitzübertragung nicht Eigentümer der 900 Stangen, da der Beschuldigte diese zuvor gestohlen hatte. Die rechtliche Würdigung der Vorinstanz blieb unangefochten, soweit sie das Verhalten des Beschuldigten grundsätzlich als Diebstahl im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB qualifizierte. Entsprechend hätte die Privatklägerin die erworbenen Zigarettenstangen gestützt auf Art. 934 Abs. 1 ZGB noch während fünf Jahren von C._____ herausverlangen können. Einer Rückerstattung der deliktisch erlangten Vermögenswerte an die Privatklägerin standen somit keine geschützten dinglichen Rechte des Zweitberufungsklägers entgegen. Insofern ist

nicht zu beanstanden, dass die sichergestellten Zigarettenstangen am 30. April 2020 an die Privatklägerin herausgegeben wurden. Ihr gegenüber wurde somit der rechtmässige Zustand im Sinne von Art. 70 Abs. 1 StGB wiederhergestellt. Als Folge ist eine Einziehung des geleisteten Kaufpreises von Fr. 55'000.– ausgeschlossen, da dieser – wie bereits erwähnt – lediglich ein Surrogat des deliktisch erlangten Originalwerts, d.h. der 900 Zigarettenstangen darstellt.

Da der beschlagnahmte Geldbetrag keinen einziehbaren Vermögenswert darstellt, fällt dessen Zusprechung an die Privatklägerin gestützt auf Art. 73 Abs. 1 lit. b StPO ausser Betracht.

3.7. Der Beschuldigte beantragt, die beschlagnahmte Barschaft sei zur Deckung der Verfahrenskosten und des zugesprochenen Schadenersatzes zu verwenden. Gemäss Art. 263 Abs. 1 lit. b und Art. 268 Abs. 1 StPO kann vom Vermögen der beschuldigten Person so viel beschlagnahmt werden, als voraussichtlich nötig ist zur Deckung der auferlegten Verfahrenskosten, von Entschädigungen, verhängten Geldstrafen und Bussen. Eine Verwendung der beschlagnahmten Fr. 55'000.– im Sinne von Art. 268 Abs. 1 StPO setzt zunächst voraus, dass dieser Geldbetrag zum Vermögen des Beschuldigten gehört. Hiervon ist vorliegend auszugehen, da das Bargeld gemäss Verhaftsrapport vom 30. April 2020 in der linken Jackentasche des Beschuldigten sichergestellt werden konnte (Urk. 32/1; vgl. auch Urk. 29/10).

3.8. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die empfangenen Fr. 55'000.– mit einem Rückerstattungsanspruch von C._____ belastet sind. Dieser Anspruch ergibt sich aus der Rechtsgewährleistung des Verkäufers beim Fahrniskauf gemäss Art. 192 ff. OR bzw. aus ungerechtfertigter Bereicherung im Sinne von Art. 62 ff. OR. Der Beschuldigte konnte C._____ kein Eigentum an den übergebenen Zigarettenstangen verschaffen, wozu er sich jedoch gemäss ihrem Kaufvertrag verpflichtet hatte (vgl. Art. 184 Abs. 1 OR). Unmittelbar nach der Übertragung des Besitzes und der gleichzeitigen Leistung des vereinbarten Kaufpreises wurden die Zigarettenstangen durch die Polizei sichergestellt und der Privatklägerin herausgegeben. Dadurch wurde dem Zweitberufungskläger der erworbene Kaufgegenstand vollständig entzogen, was einer Entwehrung gleichkommt und gemäss Art.

195 Abs. 1 OR die Aufhebung des Kaufvertrags zur Folge hat. C._____ könnte deshalb gestützt auf die vorgenannten Rechtsgrundlagen die Rückerstattung des geleisteten Kaufpreises von Fr. 55'000.– verlangen.

3.9. Es wäre stossend, wenn ein solcher Vermögenswert, an welchem der Beschuldigte nicht bzw. nicht endgültig berechtigt ist, für die Deckung der Verfahrenskosten und des zugesprochenen Schadenersatzes verwendet würde. Hinzu kommt, dass eine solche Verwendung dem grundlegenden sozialemischen Gedanken zuwiderlaufen würde, wonach sich strafbares Verhalten nicht lohnen darf (vgl. BGE 144 IV 285, E. 2.2; BGE 141 IV 155, E. 4.1; je mit weiteren Hinweisen). So kam es dem Beschuldigten bereits zugute, dass die 900 Zigarettenstangen, welche er am 30. April 2020 entwendet und anschliessend C._____ verkauft hatte, der Privatklägerin wieder herausgegeben wurden. Bei der Berechnung ihrer Schadenersatzforderung brachte die Privatklägerin nämlich den Wert der wiedererlangten Zigarettenstangen (darunter auch diejenigen aus dem Lieferwagen des Zweitberufungsklägers) vom Gesamtwert der 14 durch den Beschuldigten veranlassten Lieferungen in Abzug (vgl. Urk. 19/2; Urk. 19/8 S. 8; Urk. 49 S. 3). Würde nun der Kaufpreis, den C._____ dem Beschuldigten für die gestohlenen und inzwischen restituierten Zigarettenstangen bezahlt hatte, an die Verfahrenskosten sowie die Schadenersatzforderung der Privatklägerin angerechnet, würde der Beschuldigte auf Kosten eines Dritten finanziell profitieren. Dies widerspricht auch der Intention von Art. 268 Abs. 1 StPO, welche Bestimmung die beschuldigte Person und nicht einen unbeteiligten Dritten als Adressaten der Beschlagnahme zur Kostendeckung betrifft (vgl. BOMMER/GOLDSCHMID, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar StPO, 2. Auflage, Basel 2014, N 12 zu Art. 268 StPO).

Aus diesem Grund ist die Zentrale Inkassostelle der Gerichte anzuweisen, nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils den mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 11. Mai 2020 beschlagnahmten Geldbetrag von Fr. 55'000.– auf erstes Verlangen an den Zweitberufungskläger zu überweisen. Eine physische Herausgabe des Geldbetrags ist hingegen nicht möglich, da die Fr. 55'000.– nicht in der ursprünglichen Form von Bargeld aufbewahrt werden.

VI. Vernichtung sichergestellter Daten

1. Mit Verfügung vom 11. Mai 2020 ordnete die Staatsanwaltschaft die Durchsuchung von drei Mobiltelefonen an, welche allesamt beim Beschuldigten sichergestellt werden konnten und anschliessend beschlagnahmt wurden (Urk. 8/9).
2. Die Digitale Forensik der Kantonspolizei Zürich nahm in der Folge die verlangten Datenauslesungen und Datensicherungen vor. Auf entsprechende Anordnung des Berufungsgerichts wurde der gesicherte Datenbestand einstweilen auf einen externen Datenträger kopiert und bei der Asservate-Triage der Kantonspolizei Zürich eingelagert. Die vormals verfahrensleitende Staatsanwältin erklärte auf Anfrage, dass die gesicherten Daten ihrer Einschätzung nach gelöscht werden könnten, da die relevanten Erkenntnisse aus der Durchsuchung der Mobiltelefone bereits zu den Akten genommen worden seien (Urk. 80).
3. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern der gesicherte Datenbestand für das vorliegende Verfahren noch von Relevanz sein könnte, zumal der Beschuldigte den Anklagesachverhalt vollumfänglich anerkannt hat und dieser auch nicht mehr Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens bildet. Aus diesem Grund ist die Kantonspolizei Zürich anzuweisen, den gesicherten Datenbestand auf dem externen Datenträger nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zu vernichten.

VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Ob bzw. inwieweit eine Partei im Sinne dieser Bestimmung obsiegt oder unterliegt, hängt davon ab, in welchem Ausmass ihre vor der zweiten Instanz gestellten Anträge gutgeheissen werden (BGer 6B_1025/2014 vom 9. Februar 2015, E. 2.4.1 mit Hinweisen; bestätigt in BGer 6B_10/2015 vom 24. März 2015, E. 4.2.1). Erwirkt eine Partei, die ein Rechtsmittel ergriffen hat, einen für sie günstigeren Entscheid, so können ihr die Verfahrenskosten auferlegt werden, wenn die Voraussetzungen für das Obsiegen erst im Rechtsmittelverfahren geschaffen wurden oder der angefochtene Entscheid nur unwesentlich abgeändert wird (Art. 428 Abs. 2 StPO).

2. Wie vorstehend aufgezeigt wurde, ist der Beschuldigte in Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils des gewerbsmässigen Diebstahls schuldig zu sprechen. Weiter unterliegt er mit seinem Antrag auf Einziehung und Verwendung des beschlagnahmten Bargeldbetrags von Fr. 55'000.– zur Deckung der Verfahrenskosten und des Schadenersatzes. Hingegen obsiegt der Beschuldigte mit seinem Berufungsantrag, wonach von der Anordnung einer Landesverweisung abzusehen sei.

Die Privatklägerin dringt im Berufungsverfahren nicht durch mit ihrem Antrag auf Verwendung der beschlagnahmten Barschaft zur Deckung ihrer Schadenersatzforderung. Dagegen obsiegt der Zweitberufungskläger bezüglich der beantragten Herausgabe der beschlagnahmten Fr. 55'000.– vollumfänglich. Ihm sind daher keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

3. Obwohl die Privatklägerin mit ihrem vorstehenden Antrag komplett unterliegt, erscheint es nicht angemessen, ihr einen Teil der Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen, da sich die beantragte Änderung des vorinstanzlichen Urteils lediglich auf eine Nebenfolge des bestätigten Schuldspruchs wegen gewerbsmässigen Diebstahls bezieht.

Der Beschuldigte unterliegt zwar nur teilweise mit seinen Berufungsanträgen und obsiegt insbesondere im Kernpunkt. Wie gezeigt, ist der Entscheid über das Absehen von der Anordnung einer Landesverweisung jedoch äusserst knapp und ergeht in wohlwollender Ausübung des richterlichen Ermessens im Sinne einer letzten Chance für den Beschuldigten. Hinzu kommt, dass sich wesentliche Umstände, die diesen Entscheid erlauben, erst nach seiner Entlassung aus dem vorzeitigen Strafvollzug und damit während des Berufungsverfahrens ergaben. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, dem Beschuldigten die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen seiner amtlichen Verteidigung, vollständig aufzuerlegen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten bleibt.

4. Der amtliche Verteidiger, Rechtsanwalt lic. iur. X._____, ist für seine Leistungen und Barauslagen im Berufungsverfahren entsprechend seiner Honorarnote vom 1. September 2022 mit Fr. 5'500.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu entschädigen (Urk. 112A; Urk. 121).

5. Mit Einreichung seiner Honorarnote vom 1. September 2022 stellt Rechtsanwalt lic. iur. Z._____ sinngemäss den Antrag, dem Zweitberufungskläger sei eine Entschädigung für die entstandenen Anwaltskosten von Fr. 11'170.65 zuzusprechen (Urk. 116/5). Nachdem C._____ von der Vorinstanz nicht als weiterer Verfahrensbeteiligter im Sinne von Art. 105 Abs. 1 lit. f StPO berücksichtigt wurde und keine Möglichkeit erhielt, Anträge hinsichtlich der Verwendung des beschlagnahmten Geldbetrags zu stellen, ist ihm für das erstinstanzliche Gerichtsverfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen. Vielmehr ist einzig über die Höhe seiner Entschädigung für das Berufungsverfahren zu befinden.

Der verlangte Betrag von Fr. 11'170.65 erscheint der Schwierigkeit und Bedeutung des vorliegenden Falls, dem Streit- bzw. Interessewert des infrage stehenden Anspruchs sowie dem notwendigen Zeitaufwand für dessen Geltendmachung im Berufungsverfahren nicht angemessen (vgl. § 2 Abs. 1 AnwGebV, § 18 Abs. 1 in Verbindung mit § 17 Abs. 1 AnwGebV, § 13 Abs. 1 AnwGebV). Bei der Beurteilung des Anspruchs von C._____ auf Herausgabe des beschlagnahmten Geldbetrags von Fr. 55'000.– stellen sich – wie gezeigt – nicht bloss strafprozessuale, sondern auch zivilrechtliche Fragen (vgl. E. V.3.). Daher erscheint ein Beizug des ordentlichen Gebührentarifs für vermögensrechtliche Streitigkeiten gemäss § 4 Abs. 1 AnwGebV geboten. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 55'000.– würde die Grundgebühr für die Führung eines Zivilprozesses Fr. 7'450.– betragen. Nachdem im Rahmen dieses (Straf-)Verfahrens kein gleichermassen grosser Aufwand zu betreiben war für die Abklärung der Berechtigung von C._____ am beschlagnahmten Geldbetrag und die Geltendmachung seines Antrags auf Herausgabe, erscheint eine Entschädigung im vollen Umfang der Grundgebühr für die Führung eines Zivilprozesses nicht gerechtfertigt, sondern vielmehr eine Reduktion auf pauschal Fr. 6'000.– angezeigt. Dem Zweitberufungskläger ist daher für

das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 6'000.– (inkl. Mehrwertsteuer) zuzusprechen.

6. Der Zweitberufungskläger beantragt, der Beschuldigte sei zur Bezahlung der Prozessentschädigung zu verpflichten. Eventualiter sei die Entschädigung aus der Staatskasse zu entrichten (Urk. 115 S. 2; vgl. auch Prot. II S. 33). Im erstinstanzlichen Gerichtsverfahren hatte bereits die Staatsanwaltschaft mit ihrer Anklageschrift bzw. anlässlich der Hauptverhandlung die Herausgabe des beschlagnahmten Geldbetrags an C._____ verlangt (Urk. 37 S. 5; Urk. 48 S. 7). Die Vorinstanz verfügte jedoch gestützt auf Art. 70 Abs. 1 StGB die Einziehung der beschlagnahmten Fr. 55'000.–. Aufgrund dieses Entscheids sah sich der Zweitberufungskläger veranlasst, gegen das vorinstanzliche Urteil Berufung anzumelden und die Herausgabe des Geldbetrags nunmehr selber vor der Berufungsinstanz geltend zu machen, welche ihm Parteistellung als anderer Verfahrensbeteiligter im Sinne von Art. 105 Abs. 1 lit. f StPO zuerkannte (vgl. Urk. 95). Wie vorstehend aufgezeigt wurde, erweist sich der vorinstanzliche Entscheid betreffend Einziehung der beschlagnahmten Fr. 55'000.– als falsch und ist der Geldbetrag mit Rechtskraft dieses Urteils an C._____ zu überweisen. Wäre die Vorinstanz dem Antrag der Staatsanwaltschaft gefolgt, hätte keine Veranlassung für eine selbständige Berufung des Zweitberufungsklägers bestanden. Die Ursache für die im Berufungsverfahren entstandenen Anwaltskosten liegt somit im unrichtigen Entscheid der Vorinstanz. Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht gerechtfertigt, den Beschuldigten zur Bezahlung der Prozessentschädigung an den Zweitberufungskläger zu verpflichten, sondern ist diese aus der Staatskasse zu entrichten. Daran ändert nichts, dass der Beschuldigte mit seiner Berufung ebenfalls die Aufhebung der Dispositiv-Ziffer 9 des vorinstanzlichen Urteils verlangte (Urk. 75 S. 3; Urk. 113 S. 1 f.).

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 27. Mai 2021 bezüglich der Dispositivziffern 2 und 3 (Strafe und

Vollzug), 6 und 7 (Entscheide über beschlagnahmte Gegenstände), 8 (Verwendung des Erlöses aus einer vorzeitigen Verwertung), 10 (Zivilforderung) und 11 bis 15 (Kosten- und Entschädigungsfolgen) in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig des gewerbsmässigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 und Ziff. 2 StGB.
2. Von der Anordnung einer Landesverweisung wird abgesehen.
3. Die Zentrale Inkassostelle der Gerichte wird angewiesen, nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils den mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 11. Mai 2020 beschlagnahmten Geldbetrag von Fr. 55'000.– auf erstes Verlangen an den Zweitberufungskläger (C._____, geb. tt. August 1977, ...-strasse ..., ... Zürich) zu überweisen.
4. Die Kantonspolizei Zürich, Digitale Forensik, wird angewiesen, nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils den auf einem externen Datenträger und unter der Referenz ... gesicherten Datenbestand zu vernichten.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 70.– EDV-Datensicherung
Fr. 5'500.– amtliche Verteidigung
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.
7. Dem Zweitberufungskläger wird für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 6'000.– aus der Gerichtskasse zugesprochen.
8. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat

- den Vertreter der Privatklägerin im Doppel für sich und zuhanden der Privatklägerin B. _____ AG (übergeben)
- den Vertreter des Zweitberufungsklägers im Doppel für sich und zuhanden des Zweitberufungsklägers C. _____ (übergeben)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
- den Vertreter der Privatklägerin im Doppel für sich und zuhanden der Privatklägerin B. _____ AG
- den Vertreter des Zweitberufungsklägers im Doppel für sich und zuhanden des Zweitberufungsklägers C. _____

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Zentrale Inkassostelle der Gerichte, gemäss Dispositivziffer 3
- den Vertreter des Zweitberufungsklägers C. _____, unter Hinweis auf die Herausgabefrist gemäss Dispositivziffer 3
- die Kantonspolizei Zürich, Digitale Forensik, gemäss Dispositivziffer 4
- die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
- die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A

9. 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, 2. September 2022

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

MLaw Boese