

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB160162-O/U/gs

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. Spiess, Präsident, Obergerichterin lic. iur. Wasser-Keller und Ersatzobergerichterin lic. iur. Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. Neukom

## Urteil vom 28. Oktober 2016

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,**

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **gewerbsmässigen Diebstahl etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich,**

**10. Abteilung - Einzelgericht, Urteil vom 18. Januar 2016 (GG150297)**

**Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl vom 20. November 2015 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 16).

**Urteil der Vorinstanz:**

1. Der Beschuldigte ist schuldig
  - des gewerbsmässigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 und 2 StGB und des einmaligen Versuchs hiezu im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 und 2 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB
  - der Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 Abs. 1 StGB
  - der mehrfachen Übertretung des BG über die Betäubungsmittel im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 8 Monaten Freiheitsstrafe (wovon 85 Tage durch Haft erstanden sind), teilweise als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 11. Juli 2013 (F-2/2013/3781), zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 11. Februar 2014 (C-7/2013/6720), zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 19. Mai 2014 (SAST3/2014/446 recte 2446) und zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 11. Juni 2015 (G-1/2015/15359), sowie mit einer Busse von Fr. 500.-.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen und die Busse ist zu bezahlen.
4. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.
5. Der Beschuldigte wird verpflichtet, der Privatklägerin B. \_\_\_\_\_ Filiale ..., ... Zürich, Schadenersatz im Betrag von Fr. 150.- bezahlen.

6. Der Beschuldigte wird verpflichtet, der C.\_\_\_\_\_ AG, ... [Adresse] (Schaden-Nr. ...), anstelle der Privatklägerin D.\_\_\_\_\_ AG Schadenersatz im Betrag von Fr. 628.50 zuzüglich 5 % Zins ab 1. Mai 2012 zu bezahlen.
7. Der Beschuldigte wird verpflichtet, der Privatklägerin E.\_\_\_\_\_ Switzerland AG Schadenersatz im Betrag von Fr. 2037.60 zu bezahlen.
8. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
CHF 1'500.00 ; die weiteren Kosten betragen:  
CHF 2'364.00 Kosten des Vorverfahrens/der Untersuchung  
Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten
9. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.
10. Der amtliche Verteidiger wird mit Fr. 3'207.50 (Honorar Fr. 2'860.- zzgl. Barauslagen Fr. 347.50) zzgl. 8 % Mehrwertsteuer von Fr. 256.60 aus der Gerichtskasse entschädigt.
11. 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. 53)
  1. Auf die Anklage hinsichtlich der gewerbsmässigen Begehung der Diebstähle sei nicht einzutreten.  
  
Eventualiter sei der Beschuldigte vom Vorwurf der Gewerbsmässigkeit der begangenen Diebstähle freizusprechen.
  2. Der Beschuldigte sei zu bestrafen mit einer Freiheitsstrafe von 3 Monaten, teilweise als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft

Zürich - Sihl vom 11. Juli 2013 (F-2 / 2013 / 3781), zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 11. Februar 2014 (C-7 / 2013 / 6720), zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl vom 19. Mai 2014 (SAST3 / 2014 / 446 recte 2446) und zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl vom 11. Juni 2015 (G-1 / 2015 / 15359) sowie mit einer Busse von Fr. 500.–.

3. Es sei festzustellen, dass das erstinstanzliche Urteil im Übrigen in Rechtskraft erwachsen ist.
4. Die Kosten der amtlichen Verteidigung im Berufungsverfahren seien auf die Staatskasse zu nehmen.

Im Übrigen gesetzliche Kostenregelung je nach Ausgang des Verfahrens.

b) Der Vertreterin der Staatsanwaltschaft Zürich Sihl:

(Urk. 45 S. 1, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

**Erwägungen:**

**I. Prozessuales**

**1. Verfahrensgang**

Am 18. Januar 2016 eröffnete das Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, dem Beschuldigten mündlich das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil (Prot. I S. 20 ff.). Anschliessend wurde ihm das Dispositiv in Papierform ausgehändigt (Urk. 28, Urk. 31 S. 2, Prot. I S. 23). Mit Eingabe der Verteidigung vom 28. Januar 2016 (Poststempel) meldete der Beschuldigte innert der gesetzlichen Frist gemäss Art. 399 Abs. 1 StPO Berufung an (Urk. 31). Den Empfang des begründeten Urteils quittierte die Verteidigung am 22. März 2016 (Urk. 40/2). Am 11. April 2016 (Poststempel) reichte sie fristgerecht gemäss Art. 399 Abs. 2 StPO die Berufungserklärung ein (Urk. 42).

Die Staatsanwaltschaft verzichtete ausdrücklich auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 45). Die Privatkläger liessen sich nicht vernehmen. Die Berufungsverhandlung vom 28. Oktober 2016 fand in Anwesenheit des Beschuldigten und seines amtlichen Verteidigers statt (Prot. II S. 3).

## **2. Teilrechtskraft**

2.1. Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung. Die nicht von der Berufung erfassten Punkte erwachsen in Rechtskraft (Niklaus Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 402 N 1; Art. 437 StPO). Das Berufungsgericht überprüft somit das erstinstanzliche Urteil nur in den angefochtenen Punkten (Art. 404 Abs. 1 StPO).

Dabei ist es naheliegend, dass weitere nicht angefochtene Punkte in die Überprüfung des Urteils einzubeziehen sind, wenn eine enge Konnexität mit den angefochtenen Punkten besteht. Entsprechend ist im Zusammenhang mit einer Überprüfung des Strafmasses regelmässig auch über den bedingten oder unbedingten Vollzug zu entscheiden. Bestätigt das Berufungsgericht den Schuldspruch, sind die weiteren nicht angefochtenen Urteilspunkte bei einer Beschränkung der Berufung nicht zu überprüfen (vgl. dazu Niklaus Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 399 N 18; Hug/Scheidegger in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [kurz: StPO Komm.], 2. A. Zürich-Basel-Genf 2014, N 19 und 20 zu Art. 399; Sprenger in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung [kurz: BSK StPO], 2.A. Basel 2014, Art. 437, N 31 f.).

Auch wenn das Berufungsgericht nur die angefochtenen Punkte neu beurteilt, fällt es am Ende ein insgesamt neues Urteil (Art. 408 StPO), worin es jedoch anzugeben hat, welche Punkte bereits früher in Rechtskraft erwachsen sind (Urteile des Bundesgerichtes 6B\_482/2012 vom 3. April 2013 E. 5.3. und 6B\_254/2015 vom 27. August 2015 E. 3.2 mit Hinweisen).

2.2. Die Verteidigung beschränkte ihre Berufung ausdrücklich auf den Schuld- punkt hinsichtlich der Qualifikation der begangenen Diebstähle als gewerbs- mässig und auf den Strafpunkt hinsichtlich der Höhe der Freiheitsstrafe (Urk. 42 S. 2 f., Urk. 53). Zudem beantragte die Verteidigung, es sei auf die Anklage hin- sichtlich der gewerbsmässigen Begehung nicht einzutreten (Urk. 42 S. 2, Urk. 53).

Da mit der Berufung auch das Strafmass angefochten wurde, gelten formell auch die Busse, die Ersatzfreiheitsstrafe und der Entscheid über den Vollzug der Strafe als mitangefochten. Damit ist festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht vom 18. Januar 2016 bezüglich der Disposi- tivziffern 1 teilweise (Schuldprüche betreffend Sachbeschädigung und Übertre- tung des Betäubungsmittelgesetzes), 5 bis 7 (Zivilforderungen) und 8 bis 11 (Kos- tenregelung) in Rechtskraft erwachsen sind.

### **3. Verletzung des Anklageprinzips**

1. Wie schon vor Vorinstanz rügt die Verteidigung des Beschuldigten, die An- klageschrift umschreibe den zur Gewerbsmässigkeit im Sinne von Art. 139 Ziff. 2 StGB gehörenden Sachverhalt zu wenig präzise. Der Vorwurf sei weder in objek- tiver noch in subjektiver Hinsicht hinreichend konkretisiert. Die Anklage zeige be- züglich der Diebstähle einzig die Absicht unrechtmässiger Bereicherung auf. Die Anklägerin hätte im Abschnitt Sachverhalt - nicht bloss in der Einleitung - indivi- duell konkret darlegen müssen, in welchem Handlungselement des Beschuldigten sie ein gewerbsmässiges Tun erkenne (Prot. I S. 16; Prot. II S. 12 f.).

2. Nach dem in Art. 9 Abs. 1 StPO festgeschriebenen Anklagegrundsatz be- stimmt die Anklage den Gegenstand des Gerichtsverfahrens (Umgrenzungsfunk- tion). Gemäss Art. 325 Abs. 1 StPO bezeichnet die Anklageschrift unter anderem möglichst kurz, aber genau, die der beschuldigten Person vorgeworfenen Taten mit Beschreibung von Ort, Datum, Zeit, Art und Folgen der Tatausführung (lit. f) und die nach Auffassung der Staatsanwaltschaft erfüllten Straftatbestände unter Angabe der anwendbaren Gesetzesbestimmungen (lit. g).

Die Anklage hat die der beschuldigten Person zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise zu umschreiben, dass die Vorwürfe in objektiver und subjektiver Hinsicht genügend konkretisiert sind. Zugleich bezweckt das Anklageprinzip den Schutz der Verteidigungsrechte des Beschuldigten und garantiert den Anspruch auf rechtliches Gehör (Informationsfunktion; BGE 140 IV 188 E. 1.3; BGE 133 IV 235 E. 6.2 f.). Die beschuldigte Person muss aus der Anklageschrift ersehen können, wessen sie angeklagt ist. Das bedingt eine zureichende Umschreibung der Tat. Entscheidend ist, dass die beschuldigte Person genau weiss, welcher konkreter Handlungen sie beschuldigt und wie ihr Verhalten rechtlich qualifiziert wird, so dass sie sich in ihrer Verteidigung richtig vorbereiten kann (Urteil des Bundesgerichts 6B\_492/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 2.2 mit Hinweisen, nicht publ. in BGE 141 IV 437).

Kernstück der Anklageschrift bildet die Darstellung der dem Beschuldigen zur Last gelegten Tat. Die Darstellung des tatsächlichen Vorgangs ist auf den gesetzlichen Tatbestand auszurichten, der nach Auffassung der Anklage erfüllt zu betrachten ist, d.h. es ist anzugeben, welche einzelnen Vorgänge und Sachverhalte den einzelnen Merkmalen des Straftatbestandes entsprechen. Zu den gesetzlichen Merkmalen der strafbaren Handlung gehören neben den Tatbestandsmerkmalen die Schuldform (sofern vorsätzliches und fahrlässiges Verhalten strafbar ist), die Teilnahmeform (Mittäterschaft, Anstiftung, Gehilfenschaft) sowie die Erscheinungsform (Versuch oder vollendetes Delikt) und allfällige Konkurrenzen (Urteil des Bundesgerichts 6B\_633/2015 vom 12. Januar 2016, E. 1.3.2). Dabei ist jedoch der Inhalt des Tatbestandes ebenso wenig anzuführen, wie diesbezügliche rechtliche Ausführungen, denn das Gericht ist in der rechtlichen Würdigung des Tatvorwurfs frei (Urteil des Bundesgerichts 6B\_492/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 2.3, nicht publ. in BGE 141 IV 437).

3. In der Anklageschrift wird dem Beschuldigten ausdrücklich die gewerbmässige Tatbegehung vorgeworfen, indem sein Tatvorgehen mit der Einleitung "indem er" im Detail umschrieben wird (Urk. 16 S. 2). Aus der Formulierung geht auch für den - im Übrigen anwaltlich vertretenen und folglich beratenen - Beschuldigten hinreichend verständlich hervor, dass die Staatsanwaltschaft ihm die

Bereitschaft, bzw. Absicht zur Verübung einer Vielzahl von Diebstählen innert kurzer Zeit zwecks Erzielung eines regelmässigen Zusatzeinkommens zur Last legt. Im Folgenden stellt die Anklage detailliert und konkret bezüglich genau umschriebener Lebenssachverhalte dar, welche Handlungen der Beschuldigte wann, wo, mit wem und wozu vorgenommen haben soll (Urk. 16 S. 3-8). Es bleibt entgegen der Behauptung der Verteidigung keineswegs unklar, was dem Beschuldigten genau vorgeworfen wird oder was er genau getan haben soll. Daran, wogegen er sich zu verteidigen hat, verbleibt vorliegend aufgrund des detailliert geschilderten Tatvorgehens in der Anklageschrift jedenfalls kein Zweifel. Die diesbezüglichen Vorwürfe der Verteidigung zielen letztlich bereits auf die Würdigung des Sachverhaltes hin. Ob die der Anklage zugrundeliegenden Tatbestandselemente für die Anwendung der angerufenen Strafnormen ausreichend sind, ist jedoch nicht unter dem Aspekt des Anklageprinzips zu prüfen, sondern wird Gegenstand des materiellen Entscheides gestützt auf die Beweiswürdigung sein.

Eine Verletzung des Anklageprinzips liegt in concreto mithin nicht vor.

## **II. Schuldpunkt**

### **1. Sachverhalt**

Der Beschuldigte gestand bereits in der Untersuchung und auch vor Vorinstanz, die in der Anklage einzeln aufgeführten Delikte begangen zu haben (Urk. 3/4 S. 2 ff. und Prot. I S. 13 ff.). Das deckt sich mit dem durch die Akten dokumentierten Untersuchungsergebnis, so dass die der Anklage zugrunde liegenden Sachverhalte rechtsgenügend erstellt sind, wovon für die rechtliche Würdigung auszugehen ist (Urk. 41 S. 7).

### **2. Rechtliche Würdigung**

2.1. Der Beschuldigte anerkennt vorbehaltlos, sich durch sein Verhalten des mehrfachen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB, in einem Fall in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB (Versuch), schuldig gemacht zu haben (Urk. 24

S. 1; Prot. I S. 13 ff.; Prot. II S. 12). Bestritten wird hingegen, dass der Beschuldigte gewerbsmässig vorgegangen ist.

Die Verteidigung bringt sinngemäss vor, Gewerbsmässigkeit sei angesichts der gegenüber dem Grunddelikt erhöhten Mindeststrafe nur mit Zurückhaltung anzunehmen (Prot. I S. 16 f., Prot. II S. 13). Die Ratio des Qualifikationsmerkmals liege in der Sozialgefährlichkeit der berufsmässigen Delinquenz. Vorliegend betrage die Deliktssumme über drei Monate Fr. 8'366.80. Pro Mittäter ergebe das nur durchschnittlich Fr. 1'394.45 pro Monat. Der Beschuldigte und seine Freundin seien ausserdem im Deliktszeitraum massiv drogenabhängig gewesen. Sie seien bei der Tatbegehung ausschliesslich von der Sucht getrieben gewesen. Es liege also reine Beschaffungskriminalität vor. Der Erlös, den die beiden gehabt hätten, sei denn auch "vollkommen von ihrem Drogenkonsum aufgefressen worden" (Prot. I S. 17). Zu berufsmässigem Handeln seien sie im fraglichen Zeitraum gar nicht fähig gewesen; ein Vorsatz, ein Erwerbseinkommen zu erzielen, sei nicht erkennbar. Der Beschuldigte sei daher vom Vorwurf gewerbsmässigen Handelns freizusprechen.

2.2. Die Vorinstanz hat die Tatbestandsmerkmale des gewerbsmässigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 und 2 StGB sowie die diesbezügliche Lehre und Rechtsprechung einlässlich in ihren Erwägungen dargelegt (Urk. 41, S. 8 f.), worauf zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen verwiesen werden kann (Art. 82 Abs. 4 StPO).

Ergänzend, resp. präzisierend, sei auf Folgendes hingewiesen:

Gewerbsmässigkeit im Sinne von Art. 139 Ziff. 2 StGB liegt nach der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung vor, wenn der Täter *berufsmässig* handelt. Das ist dann der Fall, wenn sich aus der Zeit und den Mitteln, die er für die deliktische Tätigkeit aufwendet, aus der Häufigkeit der Einzelakte innerhalb eines bestimmten Zeitraums sowie aus den angestrebten und erzielten Einkünften ergibt, dass er die deliktische Tätigkeit nach der Art eines Berufes ausübt. Wesentlich ist, dass der Täter sich darauf einrichtet, durch ein deliktisches Handeln relativ regelmässige Einnahmen zu erzielen, die einen namhaften Beitrag an die Kosten sei-

ner Lebensgestaltung darstellen. Nicht von Belang ist daher auch, wenn die deliktischen Einnahmen der Finanzierung des Drogenkonsums dienen. Zudem muss er die Tat bereits mehrfach begangen haben und es muss aufgrund der Taten geschlossen werden, er sei zu einer Vielzahl von unter den fraglichen Tatbestand fallenden Handlungen bereit gewesen (BGE 123 IV 113 E. 2c; Urteil des Bundesgerichts 6B\_550/2016 vom 10. August 2016 E. 2.3 mit Hinweisen; Niggli/Riedo in: BSK Strafrecht II, 2. A. Basel 2013, Art. 139 N 95 ff.; Trechsel/Cramer in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar [kurz: Prax. komm. StGB], 2. A. Zürich/St. Gallen 2013, N 14 zu Art. 139 i.V.m. N 34 ff. zu Art.146).

2.3. Vorliegend bilden sieben in der Zeitspanne vom 15. April 2015 bis zum 16. Juli 2015 (mithin innert rund 3 Monaten) begangene Diebstähle mit einem Deliktsbetrag von zusammen Fr. 8'366.80 die Grundlage des Entscheids bezüglich der Gewerbsmässigkeit. Die Vorinstanz hat mit schlüssiger und zutreffender Begründung das Verhalten des Beschuldigten als gewerbsmässig im Sinne des Tatbestandes qualifiziert, worauf verwiesen werden kann (Urk. 41 S. 10). Da der Beschuldigte schon seit Anfang 2015 und bis zu seiner Verhaftung am 16. Juli 2015 keiner legalen Erwerbstätigkeit mehr nachging und auch über kein Vermögen verfügte, jedoch Schulden in der Höhe von mehreren Zehntausend Franken hatte (Urk. 3/1 S. 3; Urk. 3/2 S. 1 f.), stellt der auf den Monat umgerechnete Deliktsbetrag von rund Fr. 2'788.– einen namhaften Beitrag an die Lebenshaltungskosten dar. Der vorliegende Fall ist somit durchaus mit den vom Bundesgericht als gewerbsmässigen Diebstahl beurteilten Sachverhalten vergleichbar, bei dem ein Täter innerhalb von drei Monaten zwei Diebstähle mit einem Deliktsbetrag von Fr. 1'300.– und einem legalen Einkommen von Fr. 360.– beging (Urteil 6B\_1077/2014 vom 21. April 2015) und bei dem eine Täterin innert drei Monaten drei Diebstähle mit einem Deliktsbetrag von rund Fr. 7'600.– bei einem legalen monatlichen Einkommen von ca. Fr. 600.– verübt hatte (Urteil 6B\_550/2016 vom 10. August 2016). Die gemäss vorliegender Anklage zu beurteilenden Delikte reihen sich zudem nahtlos in die bereits im Rahmen des rechtskräftigen Strafbefehls der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 11. Juni 2015 (G-1/2015/15359) beurteilten Parfüm-Diebstähle (Urk. 32/7) ein, wie sich aus folgender Darstellung ergibt:

Datum Diebstahl	Deliktsbetrag		Entscheid
15.4. 2015	411.90		Strafbefehl vom 11. 6. 2015
15.4. 2015	373.70		vorl. Verfahren
21.4. 2015	309.90		Strafbefehl vom 11. 6. 2015
30.4. 2015	416.90		Strafbefehl vom 11. 6. 2015
18.5. 2015	433.00		Strafbefehl vom 11. 6. 2015
29.5. 2015	224.80		vorl. Verfahren
29.5. 2015	252.60		vorl. Verfahren
29.6. 2015	2'985.20		vorl. Verfahren
8.7. 2015	918.00		vorl. Verfahren
9.7. 2015	1'692.00		vorl. Verfahren
16.7. 2015	1'920.50		vorl. Verfahren

Das Deliktsgut wurde möglichst noch am Tag des Diebstahls über bekannte Kanäle an der Langstrasse in Zürich verkauft, mitunter auch direkt gegen Drogen eingetauscht, wobei ein Erlös von etwa der Hälfte des ordentlichen Verkaufspreises erzielt wurde (Urk. 3/2 S. 4 ff.). Die vorstehende Übersicht zeigt zudem auf, dass die deliktische Tätigkeit in der Intensität nicht ab-, sondern markant zunahm. Somit lassen das systematisch stets gleiche Vorgehen in den Parfümeriegeschäften oder -abteilungen und der sich bereits eingespielte Verkauf des Deliktsgutes sowie der erwartete Erlös in der Gesamtbetrachtung mit der Vorinstanz keinen anderen Schluss zu, als dass sich der Beschuldigte darauf eingerichtet hatte, durch solche Diebstähle relativ regelmässige und hinsichtlich seiner desolaten finanziellen Lage - arbeitslos und verschuldet wie er war - sehr hohe Einnahmen zu erzielen und er damals mit der Bereitschaft handelte, eine Vielzahl von Delikten der fraglichen Art zu begehen (Urk. 41 S. 10). Ebenfalls ist aus der Deliktserie zu schliessen, dass der Beschuldigte gleichartig weiter delinquent hätte, wäre er nicht am 16. Juli 2015 in flagranti ertappt und verhaftet worden.

Wenn der Beschuldigte vor Vorinstanz angab, er sei von seiner Freundin mitgezogen worden (Prot. I S. 14), er habe gewissermassen aus Hörigkeit gegenüber seiner Freundin die Diebstähle begangen und daher keinen eigenen Willen gehabt, Erwerbseinkommen zu erzielen, ist dem entgegen zu halten, dass er in der polizeilichen Befragung vom 1. September 2015 unmissverständlich aussagte, (sc. bei den gemeinsamen Taten) nicht seine Freundin sei die Initiatorin bzw. treibende Kraft gewesen, sondern es hätten beide die Diebstähle gewollt (Urk. 3/2 S. 4).

In Bezug auf die vorliegend zu beurteilenden Diebstähle zwischen dem 15. April 2015 und dem 16. Juli 2015 hat der Beschuldigte mithin zweifellos die objektiven wie die subjektiven Merkmale des Tatbestandes des gewerbsmässigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 2 StGB erfüllt, so dass ein entsprechender Schuldspruch zu ergehen hat.

3.1. Den versuchten Diebstahl vom 16. April 2012, bei welchem der Beschuldigte gemäss Anklage und Geständnis den Innenraum und das Handschuhfach des Lieferwagens der Privatklägerin D.\_\_\_\_\_ AG nach Wertgegenständen durchsuchte, nachdem er die Fensterscheibe mit einem Stein eingeschlagen hatte (Dossier 3), subsumierte die Vorinstanz ohne weitere Begründung unter den Tatbestand der gewerbsmässigen Tatbegehung im Sinne von Art. 139 Ziff. 2 StGB, attestierte jedoch, dass es sich dabei nur um einen Versuch im Sinne von Art. 22 Abs. 1 StGB handelte (Urk. 41 S. 10).

3.2. Es trifft zu, dass gemäss Lehre und Rechtsprechung die verschiedenen (gewerbsmässig) begangenen Delikte durch Ziff. 2 von Art. 139 StGB grundsätzlich zu einer rechtlichen Einheit zusammengefasst werden und die Deliktsmehrheit damit in Bezug auf das Asperationsprinzip nach Art. 49 StGB abgegolten ist, wobei dies sowohl für vollendete wie für versuchte Straftaten gilt und ferner gemäss BGE 71 IV 237 auch für solche, die noch ohne Erwerbsabsicht verübt wurden (Niggli/Riedo in: BSK Strafrecht II, a.a.O., Art. 139 N 113 mit Hinweisen; Trechsel/Cramer, Praxkomm. StGB, a.a.O., N 14 zu Art. 139 i.V.m. N 38 zu Art. 146; BGE 123 IV 117).

BGE 71 IV 237 betraf jedoch einen Sachverhalt, bei dem der Täter offenbar innerhalb des beurteilten Zeitrahmens nebst Tathandlungen gegen Entgelt (gewerbsmässige Abtreibungen) vereinzelt auch solche aus Gefälligkeit vornahm bzw. versuchte, vorzunehmen. Bereits in BGE 107 IV 81 hielt das Bundesgericht für das gewerbsmässige Delikt fest, dass auch bei diesem ein einheitlicher Willensentschluss und damit ein Fortsetzungszusammenhang nur angenommen werden kann, wenn die einzelnen Tat nach Art, Zeit und Ort eine gewisse Einheit bilden und vom Gesamtvorsatz des Täters umfasst werden (E. 3b). Ähnlich entschied das Bundesgericht in BGE 116 IV 121 bezüglich der Anwendung von

Art. 68 aStGB, dass selbst bei gewerbsmässiger Delinquenz, bei der die mehrfache Verwirklichung des Tatbestandes immer schon im vorgesehenen Strafrahmen einkalkuliert ist, die Strafschärfung nach Art. 68 aStGB dann anwendbar ist, wenn während verschiedener, voneinander getrennter Zeitabschnitte gewerbsmässig delinquent wurde, ohne dass den einzelnen Phasen ein umfassender Entschluss zugrunde lag und die Deliktsserien auch objektiv nicht als Einheit im Sinne eines zusammenhängenden Geschehens erscheinen (E. 2.b.aa). In BGE 123 IV 113 schliesslich erwog das Bundesgericht, bei der gewerbsmässigen Begehung vollendeter und versuchter gleichartiger Delikte gehe der Versuch im vollendeten gewerbsmässigen (Kollektiv-)Delikt auf (E. 2.d). Diesem Urteil lag jedoch der Sachverhalt zugrunde, bei dem der Täter vom Januar bis zum 31. Juli 1995 sechsundzwanzig versuchte bzw. vollendete Diebstähle beging (E. A.).

3.3. Vorliegend ergibt sich aus dem Strafregisterauszug und den beigezogenen Akten, dass der Beschuldigte 2005 bis 2006 delinquent und anschliessend keine Verurteilungen mehr aufgeführt sind bis zum 20. Juni 2013, als der Beschuldigte einen Hausfriedensbruch beging. Wegen Diebstahls wurde er gar bis zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 11. Juni 2015 (G-1/2015/15359) betreffend mehrfachen Diebstahls, begangen zwischen dem 15. April 2015 und dem 18. Mai 2015, überhaupt noch nie verurteilt (Urk. 49). Insofern ist vorliegend ein gegenüber den vorstehend zitierten Bundesgerichtsentscheiden anderer Sachverhalt zu entscheiden, bei dem zwischen den relevanten Diebstählen knapp drei Jahre liegen. Der versuchte Diebstahl vom 16. April 2012 gemäss Anklagedossier 3 stellt somit eindeutig ein singuläres Delikt dar, das weder zeitlich und örtlich noch von der Vorgehensweise und dem berufsmässigen Ansatz her irgendeinen Zusammenhang mit den Parfümdiebstählen vom Frühling 2015 aufweist. Der Beschuldigte ist daher zusätzlich wegen versuchten (einfachen) Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB schuldig zu sprechen, sofern das Verbot der reformatio in peius nicht dagegen spricht.

3.4.1. Gemäss dem Verschlechterungsverbot im Sinne von Art. 391 Abs. 2 StPO darf der Entscheid der Vorinstanz nicht zum Nachteil der beschuldigten oder verurteilten Person abgeändert werden, wenn das Rechtsmittel nur zu deren

Gunsten eingereicht wurde. Für die Frage, ob eine unzulässige reformatio in peius vorliegt, ist allein das Dispositiv des vorinstanzlichen Urteils massgebend, denn die von der Vorinstanz abweichenden Erwägungen der Rechtsmittelinstanz dürfen nicht zu einem schärferen Schuldspruch und auch nicht zu einer härteren Strafe führen, wenn ausschliesslich die beschuldigte oder verurteilte Person ein Rechtsmittel ergriff. Eine Verletzung des Verschlechterungsverbots liegt entsprechend dem gesetzgeberischen Willen daher nicht nur bei einer Verschärfung der Sanktion, sondern auch bei einer härteren rechtlichen Qualifikation der Tat vor. Dies ist der Fall, wenn der neue Straftatbestand eine höhere Strafdrohung vorsieht, d.h. einen höheren oberen Strafraumen oder eine (höhere) Mindeststrafe, sowie bei zusätzlichen Schuldsprüchen (BGE 139 IV 282, E. 2.6).

3.4.2. Nachdem die Vorinstanz den (einzig im Dossier 3 enthaltenen) versuchten Diebstahl unter die gewerbsmässige Tatbegehung subsumierte (Urk. 41 S. 10 und 12) und dies auch im Dispositiv zum Ausdruck kommt (Urk. 41 S. 25), wird mit vorliegendem Schuldspruch wegen einfacher Tatbegehung keine härtere, sondern eine mildere Qualifikation vorgenommen. Im übrigen ist die Tatmehrheit unabhängig von dieser Qualifikation im Rahmen der Strafzumessung zu würdigen, wie dies bereits die Vorinstanz tat (Urk. 41 S. 14), wobei sie zu Recht - wie nachfolgend zu zeigen sein wird - die Strafe innerhalb des Strafraumens der schwersten Tat, vorliegend des gewerbsmässigen Diebstahls, festlegte und den Strafraumen nicht überschritt. Das Verschlechterungsverbot steht mithin vorliegend dem (zusätzlichen) Schuldspruch wegen versuchten (einfachen) Diebstahls nicht im Wege.

3.5. Der Beschuldigte ist demnach des gewerbsmässigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 und 2 StGB sowie des versuchten Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen.

### III. Strafzumessung und Vollzug

#### 1. Allgemeines / Zusatzstrafenbildung

1.1. Die Vorinstanz setzte als Sanktion eine Freiheitsstrafe von acht Monaten und eine Busse von Fr. 500.– fest, teilweise als Zusatzstrafe zu den Strafbefehlen der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 11. Juli 2013, 19. Mai 2014 und 11. Juni 2015 sowie der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 11. Februar 2014 (Urk. 41 S. 25).

1.2. Der Beschuldigte beanstandet die erstinstanzliche Strafzumessung insoweit, als sie damit zusammenhängt, dass die Vorinstanz beim Diebstahl von gewerbsmässiger Tatbegehung ausging. Er lässt denn auch beantragen, die Freiheitsstrafe sei "als Folge des Standpunktes zum Schuldspruch" von acht auf drei Monate zu reduzieren. Die Busse von Fr. 500.– beanstandet der Beschuldigte nicht, lässt er doch explizit eine solche auch in seiner Berufungserklärung beantragen (Urk. 42 S. 3; Urk. 53; Prot. II S. 14).

1.3. Der vorliegend vorzunehmenden Strafzumessung liegen Delikte zugrunde, welche der Beschuldigte teilweise vor den vorstehend genannten vier Strafbefehlen begangen hat. Damit stellt sich die Frage der Strafzumessung bei retrospektiver Konkurrenz nach Art. 49 Abs. 2 StGB. Wie nachfolgend dargelegt wird, ist für die neu zu beurteilenden Delikte eine Freiheitsstrafe auszufallen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist jedoch ausgeschlossen, zu einer nicht gleichartigen Strafe eine Zusatzstrafe auszusprechen (BGE 138 IV 120 E. 5.2; BGE 137 IV 57 E. 4.3). Eine Zusatzstrafe zu den mit Strafbefehlen der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 11. Juli 2013 und vom 19. Mai 2014 ausgefallten *Geldstrafen* von je 30 Tagessätzen zu Fr. 70.– (F-2/2013/3781 und SAST3/2014/446) sowie zu der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 11. Februar 2014 ausgefallten *Geldstrafe* von 30 Tagessätzen zu Fr. 40.– (C-7/2013/6720) ist somit entgegen der Vorinstanz *nicht* möglich.

Die auszufällende Freiheitsstrafe ist daher lediglich als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 11. Juni 2015 (G-1/2015/15359)

auszusprechen, da der Beschuldigte die vorliegend zu beurteilenden Diebstähle teilweise vor dem Datum dieses Strafbefehls beging, mittels welchem er wegen mehrfachen Diebstahls zu einer Freiheitsstrafe von 60 Tagen rechtskräftig bestraft wurde (Urk. 32/7).

## 2. Theoretische Strafzumessung bei (teilweiser) retrospektiver Konkurrenz

2.1. Die Strafzumessung ist im vorliegenden Fall der (teilweisen) retrospektiven Konkurrenz im Sinne von Art. 49 Abs. 2 StGB in Nachachtung der präzisierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Urteil 6B\_829/2014 vom 30. Juni 2016, zur Publ. in der AS vorgesehen) neu vorzunehmen, nachdem diese der Vorinstanz im Urteilszeitpunkt noch nicht bekannt war und deren konkret vorgenommene Strafzumessung einige wesentliche Aspekte unberücksichtigt lässt.

2.2. Gemäss den bundesgerichtlichen Erwägungen im Entscheid 6B\_829/2014 vom 30. Juni 2016 hat das Zweitgericht die gedanklich zu bildende hypothetische Gesamtstrafe aus der rechtskräftigen Grundstrafe (für die abgeurteilten Taten) und der nach seinem freien Ermessen festzusetzenden Einzelstrafen für die neuen Taten zu bilden, wobei es ihm nicht mehr möglich ist, eine andere Strafart zu wählen als das Erstgericht (E. 2.4.2). Die Einzelstrafen sind unter Einbezug aller strafe erhöhenden und strafmindernden Tatumstände (grundsätzlich) innerhalb des ordentlichen Strafrahmens des jeweiligen Straftatbestandes festzusetzen. Aus dem Urteil muss hervorgehen, welche Einzelstrafen für die verschiedenen Delikte festgesetzt werden und welche Strafzumessungsgründe für jede Einzelstrafe massgebend waren (E. 2.4.3). Liegt der Einzel- oder Gesamtstrafe der neu zu beurteilenden Taten die schwerste Straftat zugrunde, ist diese um die Grundstrafe angemessen zu erhöhen. Bilden die Grundstrafe und die Strafe für die neu zu beurteilenden Delikte ihrerseits Gesamtstrafen, kann das Zweitgericht der bereits im Rahmen der jeweiligen Gesamtstrafenbildung erfolgten Asperation durch eine gemässigte Berücksichtigung bei der Zusatzstrafenbildung Rechnung tragen (E. 2.4.4). Da im Rahmen der Gesamtstrafenbildung die Tat mit der abstrakt höchsten Strafandrohung die Einsatzstrafe bildet, muss die Gesamtstrafe als erhöhte Einsatzstrafe einerseits die gesetzlich vorgeschriebene Mindeststrafe für das schwerste Delikt (um mindestens eine Strafeinheit) überschreiten und darf

andererseits nicht niedriger ausfallen als die höchste verwirkte Einzelstrafe, da der Täter ansonsten aufgrund mehrfacher Tatbegehung eine vom Gesetzgeber nicht gewollte Strafminderung erfahren würde (E. 2.4.6).

### 3. Konkrete Strafzumessung

#### 3.1. *Strafrahmen Gesamtstrafe neu zu beurteilende Delikte*

3.1.1. Vorliegend hat sich der Beschuldigte des gewerbsmässigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 und 2 StGB, des versuchten Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB, der Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 Abs. 1 StGB sowie der mehrfachen Übertretung des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig gemacht.

3.1.2. Die Vorinstanz hat die allgemeinen Strafzumessungsregeln nach Art. 47 StGB und der Gesamtstrafenbildung nach Art. 49 Abs. 1 StGB grundsätzlich korrekt dargestellt (Urk. 41 S. 12 f.), so dass darauf verwiesen werden kann.

3.1.3. Die Vorinstanz fällt für die mehrfache Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG, für welche zwingend eine Busse auszusprechen ist, gestützt auf Art. 106 Abs. 1 StGB unter Berücksichtigung des Verschuldens und der persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten eine Busse von Fr. 500.– aus (Urk. 41 S. 12 und 17), die der Beschuldigte nicht anfocht. Die Busse ist somit ohne weiteres zu bestätigen.

3.1.4. Es ist weiter infolge der Tatmehrheit der übrigen zu beurteilenden Delikte nach den Grundsätzen von Art. 49 Abs. 1 StGB eine hypothetische Gesamtstrafe zu bilden, wobei als Ausgangspunkt dafür vom Strafrahmen für das schwerste Delikt auszugehen ist (Art. 49 Abs. 1 StGB). Die Vorinstanz hat zutreffend erwogen, dass der gewerbsmässige Diebstahl gemäss Art. 139 Ziff. 2 StGB, welcher mit einer Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder mit einer Geldstrafe nicht unter 90 Tagessätzen bedroht ist, als schwerstes Delikt gilt (Urk. 41 S. 12).

3.1.5. Wie die Vorinstanz ebenfalls zutreffend festgehalten hat, führen die Strafschärfungsgründe der Deliktsmehrheit und mehrfachen Tatbegehung nicht zu einer automatischen Erweiterung des Strafrahmens, sondern sind stattdessen innerhalb des ordentlichen Strafrahmens zu berücksichtigen (vgl. BGE 136 IV 55 E. 5.8). Ebenso hat die Vorinstanz zu Recht erwogen, dass keine weiteren ausserordentlichen Umstände vorliegen, welche die Erweiterung des Strafrahmens bewirken würden (Urk. 41 S. 12). Es ist somit vom ordentlichen Strafrahmen von einer Geldstrafe nicht unter 90 Tagessätzen bis zu einer Freiheitsstrafe von höchstens zehn Jahren auszugehen.

### *3.2. Hypothetische Einsatzstrafe für den gewerbsmässigen Diebstahl*

Zunächst ist für den gewerbsmässigen Diebstahl eine hypothetische Einsatzstrafe festzulegen. Aufgrund der einheitlichen, teils identischen und sich wiederholenden Vorgehensweise des Beschuldigten rechtfertigt sich dabei eine Gesamtbetrachtung der Einzelhandlungen.

3.2.1. Bei der Bestimmung der objektiven Tatschwere ist das Doppelverwertungsverbot zu beachten. Dieses besagt, dass Umstände, die zur Anwendung eines höheren oder tieferen Strafrahmens führen, innerhalb des geänderten Strafrahmens nicht noch einmal als Straferhöhungs- oder Strafminderungsgrund herangezogen werden dürfen, weil dem Täter sonst der gleiche Umstand zweimal zur Last gelegt oder zugutegehalten würde (BGE 142 IV 14 E. 5.4 mit Hinweisen). Indessen darf der Richter zusätzlich berücksichtigen, in welchem Ausmass ein qualifizierender oder privilegierender Tatumstand gegeben ist. Der Richter verfeinert damit nur die Wertung, die der Gesetzgeber mit der Festsetzung des Strafrahmens vorgezeichnet hat (BGE 120 IV 67 E. 2b und BGE 118 IV 342 E. 2b).

3.2.2. In objektiver Hinsicht fällt innerhalb des qualifizierten Tatbestands des gewerbsmässigen Diebstahls - auch bei Berücksichtigung des Doppelverwertungsverbot - zulasten des Beschuldigten die grosse Kadenz und zunehmende Intensität der Delinquenz innert lediglich drei Monaten ins Gewicht. Dagegen ist in Betracht zu ziehen, dass die Tathandlungen weder besonders raffiniert waren noch ausgeprägt im Voraus geplant wurden, da sie sich darin erschöpften, Mar-

kenartikel - allerdings teure - ohne zu bezahlen aus dem Geschäft resp. aus der Abteilung zu entfernen. Allerdings zeugt der sofortige Verkauf der gestohlenen Ware wiederum von einem zielgerichteten Vorgehen und von einiger krimineller Energie. Das zeigt sich denn auch am für die kurze Zeitdauer doch recht erheblichen Deliktsbetrag von Fr. 8'366.80. Weiter ist erschwerend zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte seine deliktische Tätigkeit nicht von sich aus beendete, sondern seinem Tun erst durch seine Verhaftung ein Ende gesetzt wurde. Bezüglich der Deliktssumme ist andererseits dem Beschuldigten zugute zu halten, dass diese angesichts der Bandbreite von denkbaren gewerbsmässigen Diebstählen insgesamt noch ein vergleichsweise geringes Ausmass aufweist. Insgesamt ist die objektive Tatschwere für den gewerbsmässigen Diebstahl als noch leicht zu werten. Insoweit ist die diesbezügliche Einschätzung der Vorinstanz (Urk. 41 S. 14) etwas zu relativieren und das Verschulden im unteren Bereich des ersten Drittels des Strafrahmens einzustufen.

3.2.3. In subjektiver Hinsicht fällt ins Gewicht, dass der Beschuldigte mit direktem Vorsatz handelte. Als Tatmotiv kommt einzig die Erlangung finanzieller Vorteile in Betracht, wobei mit der Verteidigung zu berücksichtigen ist, dass der Beschuldigte bei der Tatbegehung ausschliesslich von der Drogensucht getrieben war und es sich - ohne dies etwa zu rechtfertigen - um reine Beschaffungskriminalität handelte. Der Vorinstanz ist im Übrigen zu folgen, wenn sie die massgebliche Rolle der Freundin des Beschuldigten und wegen dessen damaliger Drogenabhängigkeit seine in leichtem Grade verminderte Schuldfähigkeit berücksichtigt, da der Beschuldigte im Tatzeitpunkt jeweils unter dem Einfluss von Betäubungsmitteln stand (Urk. 41 S. 14). Die Wertung des Verschuldens in subjektiver Hinsicht ist mit der Vorinstanz als noch eher leicht einzustufen.

3.2.4. Gemäss vorstehenden Erwägungen und unter Berücksichtigung des Verschuldens, welches insgesamt als noch leicht zu qualifizieren ist, ist für den gewerbsmässigen Diebstahl eine hypothetische Einsatzstrafe von gegen 7 Monaten Freiheitsstrafe festzusetzen.

### *3.3. Hypothetische Gesamtstrafe unter Berücksichtigung der übrigen Delikte*

3.3.1. Straferhöhend sind der versuchte Diebstahl und die Sachbeschädigung zu würdigen, die in einem engem Zusammenhang stehen, da der Beschuldigte mit einem Stein die Fensterscheibe des Lieferwagens einschlug, um im Innern nach Wertgegenständen zu suchen (Dossier 3). Bei dieser Tathandlung handelt es sich um einen einmaligen Vorfall, welcher weder im Rahmen weiterer Einbruchdiebstähle noch anderer Vermögensdelikte steht, aber ebenfalls in den Zeitraum fällt, in welchem der Beschuldigte drogenabhängig war. Der entstandene Sachschaden von Fr. 500.– ist als eher gering zu bewerten. Insgesamt erweist sich das Verschulden als sehr leicht, was lediglich eine minimale Erhöhung der hypothetischen Einsatzstrafe rechtfertigt.

3.3.2. Somit resultiert vorliegend angesichts des insgesamt noch leichten Verschuldens eine hypothetische Gesamtstrafe von rund 7 Monaten Freiheitsstrafe. Damit ist einerseits dem Asperationsprinzip, andererseits der Deliktsmehrheit und dem Umstand, dass es sich teilweise um ähnlich gelagerte Delikte im Bereich des Vermögensstrafrechts handelt, angemessen Rechnung getragen.

### *3.4. Täterkomponenten*

3.4.1. Die Vorinstanz hat sich zum Vorleben und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten umfassend geäußert (Urk. 41 S. 15 f.). Darauf kann, um Wiederholungen zu vermeiden, umfassend verwiesen werden. Ergänzend führte der Beschuldigte anlässlich der Berufungsverhandlung zu seinen persönlichen Verhältnissen aus, dass er sich freiwillig, auf Empfehlung seiner Bewährungshelferin, zu einer Therapie angemeldet habe, welche bis jetzt gut laufe. Mit F.\_\_\_\_\_ sei er nicht mehr zusammen, jedoch habe er nebst Personen von früher und der Familie auch immer noch Kontakt zu ein paar Kollegen aus der Drogenszene (Prot. II S. 9 ff.).

3.4.2. Zutreffend erwog die Vorinstanz, dass sich aus den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten und auch aus seiner Jugendzeit keine strafzumessungsrelevanten Faktoren entnehmen lassen (Urk. 41 S. 16). Dass sich der Be-

schuldigte zur Zeit in Therapie befindet, ist erfreulich, aber nicht als besondere Leistung zu erachten und folglich bei der Strafzumessung neutral zu behandeln. Entgegen der Verteidigung wird der Therapieantritt daher nicht strafmindernd berücksichtigt (Prot. II S. 14).

3.4.3. Erheblich strafe erhöhend fallen allerdings die zahlreichen Vorstrafen des Beschuldigten ins Gewicht, die zudem einschlägig sind, was die Vorinstanz ebenfalls korrekt berücksichtigt hat (Urk. 41 S. 15). Hierbei ist zu ergänzen, dass der Beschuldigte teils während laufendem Strafverfahren wieder neue Taten beging und auch offenbar völlig unbeeindruckt vom Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 11. Juni 2015 unmittelbar danach weiter delinquierte (vgl. etwa Urk. 3/1 S. 4 und Urk. 49). Dass der Beschuldigte also weder durch ein hängiges Strafverfahren noch durch eine erneute Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe motiviert werden konnte, sich wohl zu verhalten, wiegt schwer und muss deutlich strafe erhöhend berücksichtigt werden.

3.4.4. Zu Recht hat die Vorinstanz das Geständnis des Beschuldigten angesichts der erdrückenden Beweislage nur leicht strafmindernd veranschlagt (Urk. 41 S. 15). Darauf kann, um Wiederholungen zu vermeiden, verwiesen werden.

3.4.5. Insgesamt überwiegen die Strafe erhöhungsgründe die Strafminderungsgründe deutlich, so dass eine Erhöhung der hypothetischen Gesamtstrafe um rund 2 Monate zu erfolgen hat.

### 3.5. *Ergebnis: hypothetische Gesamtstrafe*

Im Ergebnis resultiert unter Berücksichtigung sämtlicher dem Beschuldigten zur Last gelegten Delikte und der relevanten Strafzumessungsfaktoren eine hypothetische Gesamtstrafe von rund 9 Monaten Freiheitsstrafe.

### 3.6. *Berechnung der Zusatzstrafe*

Die Gesamtstrafe von rund 9 Monaten Freiheitsstrafe ist um die Grundstrafe aus dem Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 11. Juni 2015, wonach

der Beschuldigte mit 60 Tagen Freiheitsstrafe bestraft wurde (Urk. 32/7), angemessen zu erhöhen. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass auch die Grundstrafe bereits eine Gesamtstrafe darstellte (Urk. 32/7) und der Aspiration dort ebenfalls bereits Rechnung getragen wurde. Weiter ist zu berücksichtigen, dass sich die mit dem Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl beurteilten vier Diebstähle nahtlos in die gewerbsmässige Delinquenz einfügen (siehe vorstehende Tabelle in Ziff. II. 2.2.) und ihnen insofern mit dem Strafbefehl eher zu viel Gewicht beigemessen wurde, so dass es sich jedenfalls vorliegend rechtfertigt, die rechtskräftige Grundstrafe um einen Monat zu reduzieren. Diese Reduktion von einem Monat Freiheitsstrafe ist von der Gesamtstrafe von rund 9 Monaten abzuziehen, so dass eine Zusatzstrafe von 8 Monaten Freiheitsstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 11. Juni 2015 auszufallen ist.

### *3.7. Anrechnung der erstandenen Haft*

Die Vorinstanz hat zutreffend festgehalten, dass das Gericht gemäss Art. 51 StGB dem Beschuldigten die in diesem oder einem anderen Verfahren erstandene Haft (Untersuchungs- oder Sicherheitshaft, oder vorzeitiger Strafvollzug) an die Strafe anzurechnen hat (Urk. 41 S. 17). Das trifft auch auf die vorliegend vom Beschuldigten erstandene Untersuchungshaft von 85 Tagen zu.

### *3.8. Strafart*

Bezüglich der Wahl der Strafart kann erneut auf die vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden, die sich in nicht zu beanstandender Weise mit der Frage der Strafart auseinandergesetzt und richtigerweise festgestellt haben, dass die bisher ausgesprochenen unbedingten Geld- und Freiheitsstrafen die angestrebte präventive Wirkung nicht entfalteten und den Beschuldigten nicht von weiterer Delinquenz abzuhalten vermochten, so dass sich die Ausfällung einer Freiheitsstrafe als unumgänglich erweist (Urk. 41 S. 17). Dem ist nichts beizufügen.

### *3.9. Fazit Sanktion*

Der Beschuldigte ist somit unter Berücksichtigung sämtlicher massgebender Strafzumessungsfaktoren mit 8 Monaten Freiheitsstrafe, teilweise als Zusatzstrafe

zu der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 11. Juni 2015 ausgesprochenen Strafe, wovon 85 Tage durch Haft erstanden sind, und mit Fr. 500.– Busse zu bestrafen.

#### 4. Vollzug

4.1. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Zusatzstrafenbildung entfaltet die rechtskräftige Grundstrafe für das Zweitgericht insoweit Bindungswirkung, als im Rahmen der gedanklich zu bildenden hypothetischen Gesamtstrafe die Ober- und Untergrenze der verschiedenen Strafarten einzuhalten sind und die hypothetische Gesamtstrafe die Vollzugsform der Zusatzstrafe bestimmt (Urteil 6B\_829/2014 vom 30. Juni 2016 E. 2.4.6 mit Hinweisen). Das erwog das Bundesgericht bereits in seinem Entscheid 6B\_295/2012 vom 24. Oktober 2012, E. 5.7 (mit Hinweisen). Davon ist für den vorliegenden Fall auszugehen.

4.2. In Bezug auf die Wahl der Strafart erwog die Vorinstanz unter Hinweis auf die Rechtsprechung zutreffend, dass bei Strafen *bis* zu zwölf Monaten nach der Konzeption des Gesetzgebers grundsätzlich eine Geldstrafe statt einer Freiheitsstrafe auszufallen ist (Urk. 41 S. 16). Sie ging dann allerdings davon aus, dass vorliegend keine Geldstrafe ausgesprochen werden könne, da die zahlreichen vom Beschuldigten erwirkten Vorstrafen - sowohl Geld- als auch Freiheitsstrafen, bedingte und unbedingte - diesen nicht vermocht hätten von weiterem deliktischem Verhalten abzuhalten, so dass eine Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe unumgänglich sei (Urk. 41 S. 17-19). Die Vorinstanz hat dem Beschuldigten mit zutreffender Begründung, worauf vollumfänglich verwiesen werden kann, den bedingten Strafvollzug gemäss Art. 42 StGB verweigert. Der Beschuldigte hat gegen diesen Dispositivpunkt keine Einwendungen erhoben, auch nicht eventualiter für den Fall einer Reduktion der Strafe, widersetzt sich somit der erstinstanzlichen Regelung nicht. Aufgrund dieser Umstände kann - auch heute - die Vermutung einer günstigen Prognose nicht aufrecht erhalten werden.

Die Freiheitsstrafe ist daher zu vollziehen.

4.3. Die Busse ist ohnehin zu bezahlen; einen bedingten Vollzug sieht das Gesetz nicht vor.

Gemäss Art. 106 Abs. 2 und 3 StGB ist im Urteil für den Fall, dass die Busse schuldhaft nicht bezahlt wird, zwingend eine dem Verschulden angemessene Ersatzfreiheitsstrafe von mindestens einem Tag und höchstens drei Monaten auszusprechen. Dabei hat sich der Richter vor Augen zu führen, dass eine allfällige Ersatzfreiheitsstrafe den Täter *unabhängig von seinen finanziellen Verhältnissen* entsprechend seinem Verschulden treffen soll (Hug in: Donatsch [Hrsg.]/Flachsmann/Hug/Weder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 19. A., Zürich 2013, Verlag Orell Füssli, Art. 106 N 5; BGE 134 IV 97, E. 6.3.7.1.). In ständiger Praxis erscheint ein Umwandlungssatz von 1 Tag Ersatzfreiheitsstrafe pro Fr. 100.– Busse auch im vorliegenden Fall als angemessen.

Für den Fall, dass der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht bezahlt, ist an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen festzusetzen.

#### **IV. Kostenfolgen**

1. Die erstinstanzliche Kostenregelung (Urk. 41, S. 26; Ziffern 8 bis 11) wurde wie erwähnt (oben Ziff. I. 2.2.) nicht angefochten, so dass deren Rechtskraft vorab mit Beschluss festzustellen ist.

2.1. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit seinen Anträgen vollumfänglich, weshalb ihm die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen sind. Ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche gemäss Art. 426 Abs. 1 und Abs. 4 StPO auf die Gerichtskasse zu nehmen sind. Die Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.

2.2. Für das Berufungsverfahren macht der amtliche Verteidiger Aufwendungen in der Höhe von Fr. 1'375.02 (inkl. Barauslagen und MwSt.; Urk. 52), exklusiv Zeitaufwand für die Berufungsverhandlung, geltend. Angesichts der Verhand-

lungsdauer und dem geschätzten Zeitaufwand für die Nachbesprechung erscheint es angemessen, den Verteidiger mit Fr. 2'200.– zu entschädigen (§ 3 i.V.m. § 18 Abs. 1 und § 17 AnwGebV).

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 18. Januar 2016 bezüglich der Dispositivziffern 1 teilweise (Schuldprüche wegen Sachbeschädigung und Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes), 5 bis 7 (Zivilforderungen) und 8 bis 11 (Kostenregelung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ ist zudem schuldig des gewerbsmässigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 und 2 StGB sowie des versuchten (einfachen) Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 8 Monaten Freiheitsstrafe, teilweise als Zusatzstrafe zur mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 11. Juni 2015 ausgesprochenen Strafe, wovon 85 Tage durch Haft erstanden sind, und mit Fr. 500.– Busse.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Die Busse ist zu bezahlen. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.

5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 2'200.– 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 bleibt vorbehalten.
7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
  - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl zweifach (1 Exemplar zuhanden der Akten (G-1/2015/15359)
  - den Vertreter der Privatklägerin B.\_\_\_\_\_ Filiale ..., G.\_\_\_\_\_, ... [Adresse]
  - die Privatklägerin D.\_\_\_\_\_ AG, ... [Adresse]
  - die Privatklägerin E.\_\_\_\_\_ Switzerland AG, ... [Adresse]
- (Eine begründete Urteilsausfertigung - und nur hinsichtlich ihrer eigenen Anträge (Art. 84 Abs. 4 StPO) - wird den Privatklägern nur zugestellt, sofern sie dies innert 10 Tagen nach Erhalt des Dispositivs verlangen.)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl zweifach (1 Exemplar zuhanden der Akten (G-1/2015/15359)
- die Privatklägerschaft (nur falls verlangt und hinsichtlich der gestellten Anträge)

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

- die Vorinstanz
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste

- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten

8. Rechtsmittel:

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

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

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

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Strafkammer

Zürich, 28. Oktober 2016

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Neukom