



6B\_377/2017

## Urteil vom 5. Juli 2018

### Strafrechtliche Abteilung

#### Besetzung

Bundesrichter Denys, Präsident,  
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,  
Bundesrichter Oberholzer, Rüedi,  
Bundesrichterin Jametti,  
Gerichtsschreiber Held.

#### Verfahrensbeteiligte

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, 8090 Zürich,  
Beschwerdeführerin,

#### gegen

X. \_\_\_\_\_,  
Beschwerdegegnerin.

#### Gegenstand

Strafzumessung; teilbedingte Strafe (Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz),

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 30. Januar 2017 (SB160348-O/U/jv).

### Sachverhalt:

#### A.

X. \_\_\_\_\_ hat um den 1. August 2015 rund 50 g Kokaingemisch mit einem Reinheitsgehalt von ca. 50 % gekauft, portioniert und in einer Vielzahl von Einzelportionen verkauft. Ende Oktober 2015 erwarb sie erneut 45.71 g Kokaingemisch mit identischem Reinheitsgehalt in der Absicht, dieses zu verkaufen, wozu es aufgrund ihrer Verhaftung jedoch nicht kam.

#### B.

Das Bezirksgericht Zürich verurteilte die einschlägig vorbestrafte X. \_\_\_\_\_ am 6. Juni 2016 wegen Verbrechens gegen das BetmG zu einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 18 Monaten unter Anrechnung von zwei Tagen Haft. Es schob den Vollzug der Freiheitsstrafe im Umfang von neun Monaten bei einer Probezeit von vier Jahren auf und zog das sichergestellte Bargeld in Höhe von Fr. 2'330.- zur Deckung der Verfahrenskosten ein.

#### C.

Sowohl die Staatsanwaltschaft als auch X. \_\_\_\_\_ erhoben gegen das erstinstanzliche Urteil Berufung. Das Obergericht des Kantons Zürich stellte am 30. Januar 2017 fest, dass das Urteil des Bezirksgerichts im Schuldpunkt in Rechtskraft erwachsen ist und verurteilte X. \_\_\_\_\_ ebenfalls zu einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 18 Monaten unter Ansetzung einer Probezeit von fünf Jahren für den nicht zu vollziehenden Teil von neun Monaten.

#### D.

Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich führt Beschwerde in Strafsachen und beantragt, die Strafe sei vollständig zu vollziehen. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz

zurückzuweisen.

## Erwägungen:

### 1.

**1.1.** Die Beschwerdeführerin wendet sich ausschliesslich gegen die Gewährung des teilbedingten Strafvollzugs. aArt. 43 StGB (in der bis Ende 2017 geltenden und vorliegend anwendbaren Fassung) enthalte keine aArt. 42 Abs. 2 StGB entsprechende Bestimmung, jedoch gälten dessen subjektive Voraussetzungen auch für die Gewährung des teilbedingten Strafaufschubs. Da die Beschwerdegegnerin am 4. Juli 2013 vom Bezirksgericht Zürich zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 20 Monaten verurteilt worden sei, komme ein teilbedingter Strafvollzug nur bei besonders günstigen Umständen in Betracht. Derartige Umstände lägen nicht vor. Wenige Tage nach Ablauf der Probezeit habe die Beschwerdegegnerin nach dem gleichen Verhaltensmuster erneut Kokain an Einzelpersonen verkauft. Sie habe sich von der ersten Verurteilung nicht beeindruckt lassen. Besonders positive Veränderungen in ihren Lebensverhältnissen lägen nicht vor, weshalb keine begründete Aussicht auf Bewährung vorliege. Eine günstige Legalprognose dürfe auch nicht auf die voraussichtliche Wirkung einer positiven Beeinflussung durch den teilweisen Vollzug gestützt werden.

**1.2.** Die Vorinstanz erwägt, die Beschwerdegegnerin sei innerhalb der letzten fünf Jahre vor der aktuell zu beurteilenden Tat mit einer Freiheitsstrafe von über sechs Monaten bestraft worden, weshalb für einen Strafaufschub besonders günstige Umstände im Sinne von aArt. 42 Abs. 2 StGB erforderlich seien. Solche würden jedoch nicht überzeugend geltend gemacht. Die aktuellen Lebensumstände der Beschwerdegegnerin seien durchaus mit denjenigen bei der erneuten Delinquenz vergleichbar. Eine wesentliche Veränderung sei nicht ersichtlich. Die Beschwerdegegnerin habe sich von der früheren Verurteilung offenbar nicht beeindruckt lassen. Positiv für die Legalprognose sei, dass die Beschwerdegegnerin berufstätig und sozial gut vernetzt sei. Sie konsumiere selber keine Betäubungsmittel und sei um eine Schuldensanierung bemüht. Die Beschwerdegegnerin habe abgesehen von fünf Tagen Untersuchungshaft (in beiden Strafverfahren zusammen) noch nie einen Freiheitsentzug verbüsst. Durch den Vollzug einer doch empfindlichen Freiheitsstrafe von neun Monaten sei eine nachhaltige Wirkung zu erwarten. Der Vollzug des gesetzlich maximalen Strafanteils beeinflusse die Legalprognose positiv, insbesondere da der Beschwerdegegnerin im Falle der Nichtbewährung nochmals ein ebenso langer Freiheitsentzug drohe. Den verbleibenden Bedenken hinsichtlich der Legalbewährung sei mit einer fünfjährigen Probezeit für den bedingten Teil der Strafe Rechnung zu tragen, weshalb der Beschwerdegegnerin im Sinne einer allerletzten Chance der teilbedingte Vollzug zu gewähren sei.

### 2.

**2.1.** Gemäss aArt. 43 StGB kann das Gericht unter anderem den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr und höchstens drei Jahren nur teilweise aufschieben, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen. Der unbedingt vollziehbare Teil darf die Hälfte der Strafe nicht übersteigen und sowohl der aufgeschobene als auch der zu vollziehende Teil müssen mindestens sechs Monate betragen.

Die subjektiven Voraussetzungen des teilbedingten Vollzugs richten sich nach denselben Kriterien, die für den vollbedingten Vollzug gemäss aArt. 42 StGB gelten (**BGE 139 IV 270** E. 3.3 S. 277; **134 IV 1** E. 5.3.1 S. 10; Urteil 6B\_1005/2017 vom 9. Mai 2018 E. 4.2.1; ferner SCHNEIDER/GARRÉ, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. Aufl. 2013, N. 17 ff. zu Art. 43 StGB). Auch die teilbedingte Strafe im Sinne von aArt. 43 StGB setzt eine begründete Aussicht auf Bewährung voraus. Wenn und soweit die Legalprognose nicht schlecht ausfällt, muss der Vollzug jedenfalls eines Teils der Strafe auf Bewährung ausgesetzt werden. Andererseits ist bei einer schlechten Prognose auch ein bloss teilweiser Aufschub der Strafe ausgeschlossen. Bemessungsregel bei der Festsetzung des aufzuschiebenden und des zu vollziehenden Strafteils bildet das Ausmass des Verschuldens. Das Verhältnis der Strafteile ist so festzusetzen, dass darin die Wahrscheinlichkeit der Legalbewährung des Täters einerseits und dessen Einzeltatschuld andererseits hinreichend zum Ausdruck kommen. Je günstiger die Prognose und je kleiner die Vorwerfbarkeit der Tat, desto grösser muss der auf Bewährung ausgesetzte Strafteil sein. Der unbedingte Strafteil darf das unter Verschuldensgesichtspunkten (Art. 47 StGB) gebotene Mass nicht unterschreiten.

Dem Sachgericht steht bei der Festsetzung des aufzuschiebenden und des zu vollziehenden Strafteils gemäss aArt. 43 StGB ein erheblicher Ermessensspielraum zu (**BGE 134 IV 1** E. 5.6 S. 15), in den das Bundesgericht nur eingreift, wenn das Sachgericht sein Ermessen über- beziehungsweise unterschreitet oder missbraucht und damit Bundesrecht verletzt (BGE 136 IV 55 E. 5.6 S. 61; Urteil 6B\_1095/2014 vom 24. März 2015 E. 3.1; je mit Hinweisen).

**2.2.** Die Beschwerdegegnerin wurde am 4. Juli 2013 und somit innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Verübung der aktuell zu beurteilenden Tat zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 20 Monaten verurteilt, weshalb eine (teil-) bedingte Strafe nur möglich ist, wenn besonders günstige Umstände im Sinne von aArt. 42 Abs. 2 StGB vorliegen (vgl. **BGE 139 IV 270** E. 3.3; **134 IV 1** E. 4.2.3; Urteil 6B\_869/2016 vom 1. Juni 2017 E. 4.2; je mit Hinweisen).

Unter "besonders günstigen Umständen" sind solche Umstände zu verstehen, die ausschliessen, dass die Vortat die Prognose verschlechtert. Die Gewährung des bedingten bzw. teilbedingten Strafvollzugs ist nur

möglich, wenn eine Gesamtwürdigung aller massgebenden Faktoren den Schluss zulässt, dass trotz der Vortat eine begründete Aussicht auf Bewährung besteht. Dabei ist zu prüfen, ob die indizielle Befürchtung durch die besonders günstigen Umstände zumindest kompensiert wird. Anders als beim nicht rückfälligen Täter (aArt. 42 Abs. 1 StGB) ist das Fehlen einer ungünstigen Prognose nicht zu vermuten. Vielmehr kann eine günstige Prognose nur gestellt werden, wenn Umstände vorliegen, die ausschliessen, dass der Rückfall die Prognose verschlechtert. Das trifft etwa zu, wenn die neuerliche Straftat mit der früheren Verurteilung in keinerlei Zusammenhang steht oder bei einer besonders positiven Veränderung in den Lebensumständen des Täters. aArt. 42 Abs. 2 StGB stellt klar, dass der Rückfall für sich den bedingten Strafvollzug nicht ausschliesst (**BGE 134 IV 1** E. 4.2.3 mit Hinweisen).

### 3.

**3.1.** Unzutreffend ist der Vorwurf, die Vorinstanz habe sich nicht sachgerecht mit dem aus der Gesetzessystematik resultierenden Verhältnis von aArt. 43 Abs. 1 und aArt. 42 StGB auseinandergesetzt. Die Vorinstanz geht methodisch korrekt vor. Sie hält zutreffend fest, dass die gesetzliche Vermutung einer nicht ungünstigen Legalprognose gemäss aArt. 42 Abs. 1 StGB aufgrund der Vorstrafe nicht greift. Sie legt überzeugend dar, warum sie die von der Verteidigung beantragte (voll-) bedingte Strafe in Kombination mit einer Verbindungsgeldstrafe (aArt. 42 Abs. 2 und 4 StGB) spezialpräventiv für nicht ausreichend erachtet. Anschliessend prüft sie, ob anstelle einer bedingten allenfalls eine teilbedingte Strafe in Betracht kommt. Das Vorgehen entspricht dem gesetzlichen Stufensystem, wonach unter spezialpräventiven Gründen zunächst die Möglichkeit einer bedingten und anschliessend einer teilbedingten Strafe in Betracht zu ziehen ist. Erst wenn dies nicht in Frage kommt, kann eine unbedingte Strafe ausgesprochen werden.

**3.1.1.** Das Bundesgericht hat im Leitentscheid **BGE 134 IV 1** sowohl den Zweck als auch das Verhältnis von aArt. 42 und aArt. 43 StGB grundlegend und umfassend definiert. Die teilbedingte Strafe ist als Mittellösung zwischen dem vollständigen Aufschub der Strafe und deren Vollzug eingeführt worden (a.a.O., E. 3). Grundvoraussetzung für eine teilbedingte Strafe gemäss aArt. 43 StGB ist wie bei aArt. 42 StGB, dass die Legalprognose des Täters nicht schlecht ausfällt (a.a.O., E. 5.3.1 S. 10; bestätigt in: **BGE 139 IV 270** E. 3.3 S. 277; siehe auch: SCHNEIDER/GARRÉ, a.a.O., N. 11 zu Art. 43 StGB; je mit Hinweisen). Der Hauptanwendungsbereich der teilbedingten Strafe liegt bei Freiheitsstrafen zwischen zwei und drei Jahren. Fällt die Legalprognose nicht negativ aus, tritt der teilbedingte Freiheitsentzug an die Stelle des in diesem Bereich nicht mehr möglichen vollbedingten Strafvollzuges. Im überschneidenden Anwendungsbereich von aArt. 42 und aArt. 43 StGB zwischen einem und zwei Jahren Freiheitsstrafe ist hingegen der (vollständige) Strafaufschub die Regel. Der teilbedingte Vollzug kommt nur (subsidiär) zur Anwendung, wenn der Aufschub wenigstens eines Teils der Strafe aus spezialpräventiver Sicht erfordert, dass der andere Strafteil unbedingt ausgesprochen wird. Ergeben sich - insbesondere aufgrund früherer Verurteilungen - ganz erhebliche Bedenken an der Legalbewährung des Täters, ermöglicht der Teilvollzug für die Zukunft eine bessere Prognose. Das Gericht kann mit Hilfe der teilbedingten Strafe im Bereich höchst ungewisser Prognosen dem Dilemma "Alles oder Nichts" entgehen. Erforderlich ist aber stets, dass der teilweise Strafvollzug einerseits eine günstige Legalprognose erlaubt und andererseits für die Erhöhung der Bewährungsaussichten unumgänglich erscheint (a.a.O. E. 5.5.2). Besteht hingegen keinerlei Aussicht, dass der Täter sich durch den - ganz oder teilweise - gewährten Strafaufschub im Hinblick auf sein zukünftiges Legalverhalten positiv beeinflussen lässt, ist die Strafe in voller Länge zu vollziehen (vgl. a.a.O., E. 5.3.1). Dem Richter steht bei der Prüfung der Prognose des künftigen Legalverhaltens ein Ermessensspielraum zu. Das Bundesgericht greift nur ein, wenn der Richter sein Ermessen über- bzw. unterschreitet oder missbraucht und damit Bundesrecht verletzt (**BGE 134 IV 140** E. 4.2 S. 142 f.).

Mit Urteil vom 9. Mai 2018 (6B\_1005/2017) hat das Bundesgericht unter explizitem Hinweis auf **BGE 134 IV 1** seine zu aArt. 42 und aArt. 43 Abs. 1 StGB entwickelte Rechtsprechung trotz teilweiser Kritik aus Lehre und Praxis (vgl. mit Nachweisen: Bundesamt für Justiz, Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über den Bericht und den Vorentwurf zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes [Änderungen des Sanktionenrechts] vom 12. Oktober 2011, S. 23 ff.; FABIENNE SCHENKER, Die Problematik der Verschuldensklausel bei der Anordnung einer teilbedingten Freiheitsstrafe, in: ZStrR 2012, S. 243) ausdrücklich bestätigt und die Grundsätze des Stufensystems von bedingtem, teilbedingtem und unbedingtem Vollzug erneut in Erinnerung gerufen. Eine unbedingte (Freiheits-) Strafe kommt erst dann in Betracht, wenn die Voraussetzungen für einen bedingten und selbst teilbedingten Vollzug nicht gegeben sind. Auch die Gewährung bedingter und teilbedingter Strafen beurteilt sich im überschneidenden Anwendungsbereich zwischen einem und zwei Jahren Freiheitsstrafe ausschliesslich anhand der Legalprognose. Der Verschuldensklausel kommt erst ab Freiheitsstrafen von mehr als zwei Jahren eigenständige Bedeutung zu. Fällt die Legalprognose hinsichtlich einer vollbedingten Strafe negativ aus, folgt daraus nicht, dass auch ein teilweiser Strafaufschub ausgeschlossen ist. Die Beurteilung nach aArt. 43 StGB hat auf einer eigenständigen legalprognostischen Grundlage zu erfolgen, da der teilweise Vollzug einer (Freiheits-) Strafe die Einschätzung der Wiederholungsgefahr positiv beeinflussen kann (zum Ganzen: Urteil 6B\_1005/2017 vom 9. Mai 2018 E. 4 mit Hinweisen).

**3.1.2.** Soweit die Möglichkeit einer teilbedingten Strafe bei Vorliegen der Voraussetzungen von aArt. 42 Abs. 2 StGB durch das Bundesgericht in vereinzelt Entscheidungen grundsätzlich ausgeschlossen wurde, ist dies mit der publizierten Rechtsprechung nicht in Einklang zu bringen und widerspricht dem gesetzlichen Stufensystem der Vollzugsformen. Dass unter den Voraussetzungen von aArt. 42 Abs. 2 StGB - je nachdem ob besonders günstige Umstände vorliegen oder fehlen - stets nur eine (voll-) bedingte oder unbedingte Strafe auszusprechen sei, setzt die Kriterien zur Bewertung der Legalprognose mit dem daraus zu

treffenden Ergebnis gleich. Die Prognosemöglichkeiten sind bei aArt. 42 Abs. 1 und Abs. 2 StGB trotz unterschiedlicher subjektiver Voraussetzungen identisch: die Aussicht auf zukünftige Bewährung kann mit oder ohne Vorstrafe gut, schlecht oder unsicher ausfallen. Stellt eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten gemäss aArt. 42 Abs. 2 StGB - im Gegensatz zur alten Rückfallregelung - gerade keinen objektiven Ausschlussgrund mehr für eine bedingte Strafe dar, sondern "lediglich" ein relevantes Kriterium bei der Prognosebildung (vgl. **BGE 135 IV 180** E. 2.1 S. 185; **134 IV 1** E. 4.2.1 S. 5; Urteil 6B\_1005/2017 vom 9. Mai 2018 E. 4.1.1), muss anstelle einer vollbedingten auch die härtere und innerhalb des Stufensystems im überschneidenden Anwendungsbereich lediglich subsidiär zur Anwendung gelangende Vollzugsform der teilbedingten Strafe möglich sein. Die teilbedingte Strafe soll das Gericht gerade bei unsicheren Legalprognosen, auch aufgrund von Vorstrafen, vor dem Dilemma "Alles oder Nichts" bewahren. Wäre eine teilbedingte Strafe unter den Voraussetzungen von aArt. 42 Abs. 2 StGB nicht möglich, würde die als Mittellösung zwischen dem vollständigen Aufschub und dem unbedingten Vollzug der Strafe geschaffene Vollzugsform, die insbesondere auf Wiederholungstäter im unteren Sanktionsbereich, die bereits einmal eine leichte, bedingte Strafe erhalten haben, zugeschnitten ist (vgl. Botschaft vom 13. Dezember 2002 zur Änderung des Strafgesetzbuches in der Fassung und des Militärstrafgesetzes in der Fassung vom 21. März 2003, BBI 2005 4708 Ziff. 2.1.74), einer ihrer wichtigsten Anwendungsbereiche beraubt.

**3.2.** Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist bei der Frage, ob besonders günstige Umstände im Sinne von aArt. 42 Abs. 2 StGB vorliegen, die voraussichtliche Wirkung des Teilvollzugs zu berücksichtigen. Zwar hat das Bundesgericht in zwei Entscheiden, worauf die Beschwerdeführerin zutreffend hinweist, ohne nähere Begründung die Auswirkungen der teilbedingten Freiheitsstrafe für die Bewertung der Legalprognose ausgeschlossen (Urteile 6B\_1032/2014 vom 8. Januar 2015 E. 2.2.1; 6B\_540/2007 vom 16. Mai 2008 E. 5.2), jedoch kann an dieser Rechtsprechung bei näherer Betrachtungsweise nicht festgehalten werden. Die Prüfung der Bewährungsaussichten des Täters ist sowohl unter den Voraussetzungen von aArt. 42 Abs. 1 als auch Abs. 2 StGB anhand einer Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen. Für die Einschätzung des Rückfallrisikos ist ein Gesamtbild der Täterpersönlichkeit unerlässlich (vgl. **BGE 134 IV 140** E. 4.4 S. 143; Urteil 6B\_257/2017 vom 9. November 2017 E. 3.2, nicht publ. in **BGE 143 IV 441** zu aArt. 46 StGB). Würde unter den Voraussetzungen von aArt. 42 Abs. 2 StGB bei der Legalprognose die voraussichtliche Wirkung des Vollzugs eines Teils der Freiheitsstrafe nicht berücksichtigt, entfielen ein wesentliches Prognosekriterium und der Anwendungsbereich von aArt. 43 StGB würde erheblich eingeschränkt. Der Richter stünde im Bereich höchst ungewisser Prognosen bei einer Vorstrafenbelastung nach aArt. 42 Abs. 2 StGB häufig vor dem Dilemma "Alles oder Nichts", was aArt. 43 StGB gerade vermeiden soll.

Dass die Voraussetzungen für eine nicht ungünstige Prognose nach aArt. 42 Abs. 2 StGB strenger sind als nach Abs. 1, ändert daran nichts. Durch die Vorstrafenbelastung hat sich zwar die Ausgangslage für die Bewertung der Bewährungsaussichten verschoben. Sie ist - anders als bei einem nicht rückfälligen Täter nach aArt. 42 Abs. 1 StGB - nicht mehr neutral in dem Sinne, dass das Fehlen einer ungünstigen Prognose aufgrund der Erwartung, der Verurteilte werde sich unter dem Eindruck des drohenden Strafvollzuges (und allfälliger Weisungen und Bewährungshilfen) in Freiheit selbst bessern, gesetzlich nicht vermutet wird. Gleichzeitig stellt aArt. 42 Abs. 2 StGB aber klar, dass selbst eine erhebliche Vorstrafenbelastung für sich genommen den (teil-) bedingten Strafvollzug nicht auszuschliessen vermag (**BGE 134 IV 1** E. 4.2.3 S. 7), auch wenn dies nur unter besonders günstigen Umständen möglich ist. Vermögen die aktuellen Lebensumstände des "rückfälligen" Täters die indizielle Befürchtung der Begehung weiterer Straftaten für sich alleine nicht zu kompensieren - was im Übrigen ansonsten den vollbedingten Strafvollzug nach sich ziehen würde - oder wird diese Befürchtung durch eine identische Tatbegehung allenfalls noch bestärkt, erlaubt die Warnwirkung der teilbedingten Strafe für die Zukunft häufig eine weitaus bessere Prognose. Fällt diese trotz der Vorstrafenbelastung aufgrund des Teilvollzugs nicht mehr ungünstig aus, verlangt aArt. 43 StGB auch unter den Voraussetzungen von aArt. 42 Abs. 2 StGB, dass zumindest ein Teil der Strafe auf Bewährung ausgesetzt wird. Dies ist sachgerecht, da im Rahmen von aArt. 42 Abs. 2 StGB - im Gegensatz zum früheren Recht (vgl. aArt. 41 StGB) - nicht mehr nur vollzogene Freiheitsstrafen, sondern auch Geldstrafen und bedingte Strafen ein Indiz für eine schlechte Legalprognose sind (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches, BBI 1999 2050 Ziff. 213.142).

Dass der Gesetzgeber die Warnwirkung des Teilvollzugs unter den Voraussetzungen von aArt. 42 Abs. 2 StGB nicht berücksichtigen wollte, ist nicht ersichtlich und mit der gesetzlichen Systematik der unterschiedlichen Vollzugsstufen nicht vereinbar. Die Beurteilung der Bewährungsaussichten gleicht derjenigen im Fall eines Widerrufs einer bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe. Auch hier ist im Rahmen der Gesamtwürdigung miteinzubeziehen, ob die neue Strafe bedingt oder unbedingt ausgesprochen wird. So kann vom Widerruf des bedingten Vollzugs für die frühere Strafe abgesehen werden, wenn die neue Strafe vollzogen wird und umgekehrt kann der Widerruf der früheren Strafe eine Schlechtprognose für die neue Strafe ausschliessen (vgl. **BGE 134 IV 140** E. 4.5 S. 144, 1 E. 5.5.2 S. 14 f.). Die Nichtberücksichtigung einer allfälligen Warnwirkung lässt sich auch nicht damit begründen, dass eine unsachgemässe Privilegierung gegenüber Tätern erfolge, deren (Freiheits-) Strafen unter einem Jahr Freiheitsstrafe liegen und bei denen eine teilbedingte Strafe nicht möglich ist. Der Gesetzgeber hat den Anwendungsbereich des bedingten und teilbedingten Vollzugs bewusst unterschiedlich geregelt und auch im Rahmen der am 1. Januar 2018 in Kraft getretenen Änderung des Sanktionenrechts ausdrücklich auf eine Harmonisierung verzichtet (vgl. Bundesamt für Justiz, a.a.O., S. 23 f.). Zudem kommen für Strafen von unter einem Jahr Freiheitsstrafe, die nicht in den Anwendungsbereich von aArt. 43 StGB fallen, abweichend vom Normalvollzug in einer geschlossenen Anstalt (Art. 77 StGB) zu Gunsten des Täters unterschiedliche

Vollzugsalternativen wie beispielsweise Halbgefängenschaft (nArt. 77b StGB), gemeinnützige Arbeit (nArt. 79a StGB) oder elektronische Überwachung (nArt. 79b StGB) in Betracht; auch die beim teilbedingten Vollzug ausgeschlossenen Vorschriften der bedingten Entlassung nach teilweiser Verbüßung der ausgesprochenen Strafe finden Anwendung (vgl. aArt. 43 Abs. 3 Satz 2 und Art. 86 StGB).

**3.3.** Die Vorinstanz nimmt eine umfassende Gesamtwürdigung der für die Legalprognose relevanten Umstände vor. Sie berücksichtigt namentlich, dass keine wesentlichen Veränderungen in den Lebensumständen der Beschwerdegegnerin eingetreten sind, diese jedoch sozial vernetzt und integriert ist, selber keine Betäubungsmittel konsumiert und sich um eine Schuldensanierung bemüht. Die Vorinstanz bejaht aufgrund der Warnwirkung des teilweisen Vollzugs der Freiheitsstrafe eine Verbesserung der Legalprognose der Beschwerdegegnerin, die noch nie eine Freiheitsstrafe verbüßen musste. Sie geht davon aus, dass der gesetzlich maximale Teilvollzug von neun Monaten die Beschwerdegegnerin genügend beeindruckt wird, um sie von weiteren Straftaten abzuhalten. Den verbleibenden Bedenken könne mit einer Probezeit von fünf Jahren begegnet werden.

Die Erwägungen sind nicht zu beanstanden. Gerade bei Tätern, die noch nie zuvor eine Freiheitsstrafe verbüßt haben, kann ein teilweiser Vollzug der Strafe in Verbindung mit der Drohung eines späteren Vollzugs des aufgeschobenen Teils die Rückfallneigung soweit verändern, dass die Erwartung, der Täter werde sich bewähren, wieder auflebt (vgl. Urteil 6B\_1005/2017 vom 9. Mai 2018 E. 4.2.4). Dass die Beschwerdeführerin eine andere Auffassung hinsichtlich der Bewährungsaussichten der Beschwerdegegnerin hat als die Vorinstanz, vermag keine Ermessensüberschreitung im Rahmen von aArt. 43 Abs. 1 StGB zu belegen, zumal die geständige Beschwerdegegnerin immerhin erst nach Ablauf der Probezeit der ersten Verurteilung erneut delinquent hat, was für eine Warnwirkung des (angedrohten) Freiheitsentzugs spricht. Ob auch die Versagung der teilbedingten Strafe bundesrechtskonform gewesen wäre, hat das Bundesgericht nicht zu prüfen. Zudem zeigt sich vorliegend, dass der teilbedingte Vollzug in erster Linie die Individualisierung der angemessenen Sanktion erweitert und im Bereich kürzerer Strafen praktisch kein Unterschied zum Normalvollzug besteht, bei dem der Verurteilte nach dem Vollzug von zwei Dritteln und in Ausnahmefällen schon nach der Hälfte der Strafe bedingt entlassen werden kann (vgl. BBl 1998 2052 Ziff. 213.142). Vorliegend müsste die Beschwerdegegnerin bei Verweigerung des teilbedingten Vollzugs von den 18 Monaten Freiheitsstrafe nicht neun, sondern voraussichtlich 12 Monate verbüßen.

#### **4.**

Die Beschwerde wird abgewiesen. Es sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 66 Abs. 1 und 4 BGG). Der Beschwerdegegnerin ist keine Entschädigung zuzusprechen, da sie im bundesgerichtlichen Verfahren nicht zur Vernehmung aufgefordert wurde und ihr somit keine Umtriebe entstanden sind.

### **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

#### **1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

#### **2.**

Es werden keine Gerichtskosten erhoben und keine Entschädigungen ausgerichtet.

#### **3.**

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 5. Juli 2018

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Held