Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 627/2018

Urteil vom 22. März 2019

Strafrechtliche Abteilung

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

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

gegen

X._____, vertreten durch
Rechtsanwalt Dr. Roland Kokotek Burger,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
Landesverweisung (Art. 66a StGB),

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 20. April 2018 (SB170473-O/U/cw).

Sachverhalt:

A.

Am 2. März 2017 beschlossen der serbische Staatsangehörige X._____ und sein Kollege, einen diesem bekannten gelegentlichen Marihuana-Verkäufer aufzusuchen und ihm Marihuana und gegebenenfalls weitere Sachwerte sowie Geld wegzunehmen. Als der Verkäufer öffnete, drangen sie in den Raum ein. X._____ packte ihn und drängte ihn zurück. Sie nahmen ca. 15 Gramm Marihuana, eine 50-Franken-Note, einen Musikklaupsprecher (ca. Fr. 150.--), eine Xbox-Konsole mit Zubehör (ca. Fr. 250.--) und etwa fünf Spiel-DVDs (je ca. Fr. 30.--) an sich (Doss. 2; Raub und Nötigung).

X._____ begab sich mit Y._____ in Begleitung einer gemeinsamen Bekannten nach durchzechter Nacht am 13. Mai 2017 um 09.28 Uhr zum Bahnhof U._____ in Zürich, wobei Y._____ stark betrunken herumrandalierte, was zum Streit in der Gruppe geführt hatte. Die Gruppe trennte sich. Y._____ ging zur dortigen Tramhaltestelle, wobei er herumschrie und X._____ nach dessen Eindruck provozierte. Dieser kehrte um, rannte ihm nach, stiess ihn auf das Tramgleise, setzte sich rittlings auf ihn und versetzte ihm neun heftige Faustschläge an den Kopf, stand auf und versetzte ihm einen heftigen Fusstritt (Doss. 1; versuchte schwere Körperverletzung).

B.

Das Bezirksgericht Zürich verurteilte X._____ am 5. Oktober 2017 wegen versuchter schwerer Körperverletzung (Art. 122 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB), Raubes (Art. 140 Ziff. 1 StGB) und Nötigung zu 32 Monaten Freiheitsstrafe. Es schob den Vollzug im Umfang von 26 Monaten auf und setzte die Probezeit auf 2 Jahre fest. Im Übrigen (6 Monate, abzüglich 42 Tage, die durch vorübergehende Festnahme und Haft erstanden sind) ordnete es den Vollzug an.

Es verwies X._____ im Sinne von Art. 66a StGB für die Dauer von 5 Jahren des Landes und ordnete die Ausschreibung der Landesverweisung (Einreise- und Aufenthaltsverweigerung) im

Schengener Informationssystem an.

X. _____ erhob Berufung. Die Staatsanwaltschaft beantragte mit Anschlussberufung die Bestrafung mit 36 Monaten Freiheitsstrafe und deren Vollzug im Umfang von 12 Monaten sowie die Bestätigung der angeordneten Landesverweisung.

Das Obergericht des Kantons Zürich bestätigte am 20. April 2018 die bezirksgerichtlichen Schuldsprüche, setzte eine Freiheitsstrafe von 36 Monaten fest, schob den Vollzug im Umfang von 27 Monaten bei einer Probezeit von 2 Jahren auf und ordnete den Vollzug der 9 Monate Freiheitsstrafe abzüglich der 42 erstandenen Hafttage an. Es sah von einer Landesverweisung ab (Ziff. 4 des Dispositivs).

C.

Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich beantragt mit Beschwerde in Strafsachen, Ziff. 4 des Dispositivs aufzuheben und die Landesverweisung für 5 Jahre anzuordnen, eventualiter die Sache in diesem Punkt zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Vorinstanz verzichtete auf eine Stellungnahme zur Beschwerde. X. _____ beantragt die Abweisung der Beschwerde sowie die unentgeltliche Rechtspflege. Er macht geltend, dem von der Staatsanwaltschaft zitierten BGE 144 IV 168 sei nicht zu entnehmen, dass nur die in Art. 66a Abs. 3 StGB genannten Strafmilderungsgründe bei der Anwendung von Art. 66a Abs. 2 StGB berücksichtigt werden dürften. Art. 66a Abs. 2 und Abs. 3 StGB seien systematisch voneinander unabhängige Ausnahmebestimmungen zu Art. 66a Abs. 1 StGB. Damit erweise sich die Rüge als unbegründet. Weiter müsse für den teilbedingten Vollzug eine günstige Prognose gestellt werden können. Auch bei der Interessenabwägung von Art. 66a Abs. 2 StGB stehe die Beurteilung des Rückfallrisikos im Vordergrund. Bei der Körperverletzung handle es sich um einen einmaligen Vorgang, und der Raub trage Züge eines postpubertären Verhaltens. Es sei Art. 66a Abs. 2 letzter Satz StGB zu berücksichtigen.

Erwägungen:

1.

1.1. Die Beschwerdeführerin anerkennt beim in der Schweiz geborenen, aufgewachsenen, ausgebildeten und wohnhaften Beschwerdegegner einen persönlichen Härtefall gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB.

Sie wendet aber ein, der Vorinstanz könne nicht gefolgt werden, wenn sie die höhere Gewichtung des öffentlichen Interesses an einer Landesverweisung verneine. Die deutlich verminderte Zurechnungsfähigkeit bei der versuchten schweren Körperverletzung könne nicht zum Verzicht führen, da die Strafmilderungsgründe in Art. 66a Abs. 3 StGB abschliessend aufgezählt seien (BGE 144 IV 168 E. 1.4.2 S. 171). Wohl sei die zweite Katalogtat der schweren Körperverletzung in verminderter Schuldfähigkeit begangen worden, nicht aber die erste Katalogtat des Raubes im Sinne von Art. 140 Ziff. 1 und Art. 66a Abs. 1 lit. c StGB. Auch die günstige Legalprognose beim nicht vorbestraften Beschwerdegegner als Ersttäter verfange nicht. Der teilbedingte Vollzug erfolge in Anwendung von Art. 43 Abs. 1 StGB; eine Reflexwirkung auf den Anwendungsbereich von Art. 66a StGB hätten diese Straffestlegungsgründe nicht.

Vielmehr sei mit der Erstinstanz festzuhalten, dass innert weniger Monate zwei Katalogtaten verübt worden seien und es sich nicht um einen einmaligen Ausrutscher handelte. Die zweite Katalogtat sei während laufender Strafuntersuchung für die erste Katalogtat begangen worden, was die besondere Gefährlichkeit zeige. Die Erstinstanz bringe es auf den Punkt, wenn sie ausführe, werde hier von einer Landesverweisung abgesehen, würde die Ausnahme zur Regel.

1.2. Die Vorinstanz führt aus, die Erstinstanz gehe zutreffend von einem Härtefall aus, habe aber angenommen, das öffentliche Interesse an seinem zeitweiligen Verlassen der Schweiz überwiege sein privates Interesse am Verbleib in der Schweiz. Der Beschwerdegegner wohne mit seinen beiden Geschwistern beim Vater. Ausser ferienhalber habe er sich nie längere Zeit in Serbien aufgehalten. Die begangenen Taten seien keineswegs zu bagatellisieren. Sie betont die verminderte Zurechnungsfähigkeit bei der versuchten schweren Körperverletzung. Es sei eine günstige Legalprognose zuzubilligen, weshalb entgegen der Erstinstanz keine vom Beschwerdegegner ausgehende erhebliche Gefahr vorliege und auch nicht zu erwarten sei, dass er in der Schweiz weitere Delikte begehen werde. Vor diesem Hintergrund vermöge das öffentliche Interesse an der

Landesverweisung seine starken persönlichen Interessen daran, sein gewohntes Umfeld nicht verlassen zu müssen, nicht zu überwiegen.

1.3. Die obligatorische Landesverweisung gemäss Art. 66a StGB wurde mit der Änderung des StGB vom 20. März 2015 Gesetz und auf den 1. Oktober 2016 in Kraft gesetzt (AS 2016 2337; zur Gesetzgebung BGE 144 IV 332 E. 3.1.1 f.; Urteil 6B 371/2018 vom 21. August 2018 E. 2.2).

1.3.1. Das Gesetz ist in erster Linie aus sich selbst heraus auszulegen, d.h., nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis (BGE 144 I 242 E. 3.1.2 S. 251; 143 IV 122 E. 3.2.3 S. 125; 142 IV 105 E. 5.1 S. 110). Ausgangspunkt bildet somit der Wortlaut. Dieser muss möglichst weitgehend anerkannt werden. Eine Gesetzesbestimmung darf nicht einfach deshalb unbeachtet bleiben, weil sie demjenigen, der sie anzuwenden hat, ungerecht erscheint (JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Bundesrecht der Schweiz, Neubearbeiteter Nachtrag, Band I, 1991, S. 446).

1.3.2. Bereits gemäss der mit Inkrafttreten des revidierten Allgemeinen Teils des StGB am 1. Januar 2007 aufgehobenen Bestimmung von aArt. 55 StGB konnte der Richter den Ausländer, der zu Zuchthaus oder Gefängnis verurteilt worden war, für 3 bis 15 Jahre aus dem Gebiet der Schweiz verweisen (bei Rückfall konnte die Verweisung auf Lebenszeit ausgesprochen werden). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung qualifizierte die Landesverweisung als Nebenstrafe und Sicherungsmassnahme zugleich. Obwohl dieser zweite Gesichtspunkt im Vordergrund stand, verlangte ihre gesetzliche Eigenschaft als Nebenstrafe, dass sie in Anwendung von aArt. 63 StGB festgesetzt wurde, d.h. nach dem Verschulden des Täters unter Berücksichtigung der Beweggründe, des Vorlebens und der persönlichen Verhältnisse des Schuldigen. Damit war der Sicherungszweck nicht ausgeschaltet. Es war Sache des Richters, im Einzelfall dem Straf- und dem Sicherungszweck der Landesverweisung Rechnung zu tragen. aArt. 55 StGB sprach schlechthin vom Ausländer. Das war jeder, der nicht das Schweizer Bürgerrecht besass. Die Landesverweisung eines niedergelassenen Ausländers war möglich. Gegenüber einem Ausländer, der seit langem in der Schweiz lebte, hier verwurzelt war, kaum mehr Beziehungen zum Ausland hatte und durch eine Landesverweisung deshalb hart getroffen wurde, durfte diese nur mit Zurückhaltung ausgesprochen werden (BGE 123 IV 107 E. 1 S. 108 f.).

Die heutige Landesverweisung ist systematisch unter dem Zweiten Kapitel "Massnahmen" im Zweiten Abschnitt "Andere Massnahmen" eingeordnet. Sie ist damit als Institut des Strafrechts (ZURBRÜGG/ HRUSCHKA, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl. 2019, N. 53 Vor Art. 66a-66d StGB) und nach der Intention des Gesetzgebers ("Ausschaffungsinitiative") primär als sichernde Massnahme zu verstehen (vgl. Art. 121 Abs. 2 und 5 BV). Das Bundesgericht berücksichtigt die Rechtsprechung zu aArt. 55 StGB unter dem Titel von Art. 66a StGB ("dont la teneur n'est guère différente": Urteil 6B 770/2018 vom 24. September 2018 E. 1.1 und 1.3).

1.3.3. Gemäss Art. 66a Abs. 1 StGB verweist das Gericht den Ausländer, der wegen einer im Gesetz aufgezählten Katalogtat verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für 5-15 Jahre aus der Schweiz. Die Verweisung ist zwingend, es sei denn, besondere Umstände erlaubten, ausnahmsweise darauf zu verzichten (BRUN/FABBRI, Die Landesverweisung - neue Aufgaben und Herausforderungen für die Strafjustiz, in: recht 4/2017, S 235). Wie diese Autoren festhalten, führt der ausgedehnte Deliktskatalog zu Problemen mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip, vornehmlich wenn Straftaten ein grosses Spektrum denkbarer Handlungsweisen mit unterschiedlich grossem Verschulden abdecken. Dies ist etwa beim Raub der Fall.

Anders als Abs. 1 ist Abs. 2 von Art. 66a StGB als "Kann-Vorschrift" formuliert. Das Gericht kann ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn (erstens) diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und (zweitens) die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen (Urteil 6B 1192/2018 vom 23. Januar 2019 E. 2.1.1). Gemäss Abs. 3 kann "ferner" bei entschuldbarer Notwehr oder entschuldbarem Notstand davon abgesehen werden; diese Bestimmung enthält eine Aufzählung der Strafmilderungsgründe, bei deren Vorliegen von einer Landesverweisung abgesehen werden kann (BGE 144 IV 168 E. 1.4.2 S. 171 f.). Nach einer ersten Stellungnahme ist das Bundesgericht mit dieser Auslegung dem parlamentarischen Willen gefolgt, "die Umsetzung der Ausschaffungsinitiative möglichst streng zu gestalten" (LUZIA VETTERLI, in:

ius.focus 6/2018, S. 30). Es ist nicht zu verkennen, dass die neue Regelung strenger ist als die bisherige Praxis des ausländerrechtlichen Ausweisungsregimes (CARLO BERTOSSA, in: Trechsel/Pieth, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl. 2018, N. 3 Vor Art. 66a StGB).

1.3.4. Entsprechend dem Wortlaut des Gesetzes "verweist" das Gericht den Ausländer "unabhängig" von der Höhe der Strafe für 5-15 Jahre aus der Schweiz. Eine Mindeststrafe sieht das Gesetz nicht vor (BGE 144 IV 168 E. 1.4.1 S. 171). Die Landesverweisung muss bei sämtlichen Täterschafts- und Teilnahmeformen sowie bei der versuchten Begehung (BGE 144 IV 168 E. 1.4.1 S. 1.7.1) ausgesprochen werden, wobei irrelevant bleibt, ob der Ausländer zu einer unbedingten Strafe verurteilt oder der Vollzug der Strafe bedingt oder teilbedingt aufgeschoben wird (Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes [Umsetzung von Art. 121 Abs. 3-6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer] vom 26. Juni 2013, BBl 2013 5975, S. 6020 f.). Die Struktur des Gesetzes folgt der üblichen Gesetzestechnik von Tatbestand und Rechtsfolge und stuft diese analog einer Strafandrohung mit 5-15 Jahren ab (wobei das Einreiseverbot im Wiederholungsfall gemäss Art. 121 Abs. 5 BV auf 20 Jahre anzusetzen ist). Die Rechtsfolge ist somit aufgrund des Verschuldens und der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit zu bestimmen. Nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip führen Bagatelldelikte nicht zur Landesverweisung (Botschaft, a.a.O., S. 6015). Eigentliche "Kriminaltouristen" sind ohnehin auszuweisen (Urteil 6B 770/2018 vom 24. September 2018 E. 1.1).

Mit dieser Abstufung räumt das Gesetz dem Gericht ein auf die Dauer der Ausweisung beschränktes Rechtsfolgeermessen ein. Zudem kann das Gericht "ausnahmsweise" von der obligatorischen Landesverweisung absehen, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Das "Absehen" von der Landesverweisung bildet mithin den Ausnahmefall. Doch hat das Gericht diesen Sachverhalt zu prüfen. Das Gesetz erfordert zweifellos einerseits eine restriktive Auslegung und Anwendung der "Härtefallklausel" und trägt andererseits der Tatsache Rechnung, dass das StGB, in dessen Allgemeinem Teil Art. 66a StGB eingeordnet ist, ein Schuldstrafrecht kodifiziert (BGE 123 IV 1 E. 2 S. 4). Es wäre systemwidrig, müssten Gerichte Strafrecht anwenden, ohne das Verschulden des Täters nach der strafrechtlichen Fundamentalnorm des Art. 47 StGB (vgl. BGE 141 IV 61 E. 6.1.1 S. 66 f.) zu beurteilen. Der Begriff des Verschuldens bezieht sich auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat (BGE 129 IV 6 E. 6.1 S. 20 zu aArt. 63 StGB). Die Botschaft weist auf diese Tatsache eigens hin, indem sie festhält, der Ausländer müsse wegen einer Katalogtat "verurteilt" sein, d.h. er müsse zum Zeitpunkt der Tat schuldfähig gewesen sein (a.a.O., S. 6000, 6020 mit Hinweis auf Art. 19 Abs. 1 StGB). Folgerichtig sprechen sich FOLKA/VETTERLI (Die Landesverweisung nach Art. 66a StGB als strafrechtliche Sanktion, in: plädoyer 5/2016, S. 82 ff., 87) dafür aus, strafrechtliche Gesichtspunkte und damit "Elemente des Verschuldens" zu berücksichtigen.

1.3.5. Es ist davon auszugehen, dass Art. 66a StGB mit der Härtefallklausel in Abs. 2 eine individuelle Einzelfallbeurteilung zulässt (STEFAN HEIMGARTNER, in: Andreas Donatsch et al., StGB/JStGB, 20. Aufl. 2018, N. 2 zu Art. 66a StGB). Es ist nach anerkannter strafrechtlicher Methodik im Einzelfall der Tatbestand und die Rechtsfolge zu beurteilen.

Die Landesverweisung ist eine eigenständige strafrechtliche Massnahme ohne jede migrationsrechtliche Komponente. Doch bietet es sich an, zur kriteriengeleiteten Prüfung des Härtefalls im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB den Kriterienkatalog der Bestimmung über den "schwerwiegenden persönlichen Härtefall" in Art. 31 Abs. 1 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 (VZAV; SR 142.201) heranzuziehen (BGE 144 IV 332 E. 3.3.2 S. 340 f.; Urteil 6B 371/2018 vom 21. August 2018 E. 2.4, 2.5). In jenem Urteil (E. 2.4) wird indes einschränkend darauf hingewiesen, dass die Kriterien des Art. 31 VZAV nicht schlicht im Zusammenhang von Art. 66a Abs. 2 StGB unbeschrieben übernommen werden können, da die ausländerrechtlichen Härtefälle nicht exakt jenen des Strafrechts entsprechen (zur ausländerrechtlichen im Verhältnis zur strafrechtlichen Verschuldensbeurteilung etwa Urteile 2C 634/2018 vom 5. Februar 2019 E. 5.2.2.2 und 2C 410/2018 vom 7. September 2018 E. 5.4.5); im Kontext des Art. 66a Abs. 2 StGB seien die strafrechtlichen Aspekte zu berücksichtigen wie beispielsweise die Resozialisierungschancen (mit Hinweis auf FOLKA/VETTERLI, a.a.O., S. 86 f.; Urteile 6B 770/2018 vom 24. September 2018 E. 1.1 betr. die Rechtsprechung zu aArt. 55 StGB und 6B 651/2018 vom 17. Oktober 2018 E. 8.4 zur Berücksichtigung der Situation im Heimatland).

Zusammengefasst ist die Härtefallklausel restriktiv ("in modo restrittivo") anzuwenden. Strafrechtlich lässt sich ein Härtefall erst bei einem Eingriff von einer gewissen Tragweite ("di una certa porta") in den Anspruch des Ausländers auf das in Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK gewährleistete Privat- und Familienleben annehmen. Je stärker der Eingriff bei einem in der Schweiz geborenen oder aufgewachsenen Ausländer ist, desto gewichtiger muss sich das öffentliche Interesse an seiner Ausweisung nach Massgabe des Verhältnismässigkeitsprinzips erweisen (Urteil 6B 371/2018 vom 21. August 2018 E. 2.5).

1.4. Die EMRK verschafft keinen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt oder auf einen Aufenthaltstitel in einem bestimmten Staat. Nach einem gefestigten Grundsatz des Völkerrechts haben die Staaten das Recht, die Einwanderung und den Aufenthalt von Nicht-Staatsangehörigen auf ihrem Territorium zu regeln. Art. 8 EMRK hindert die Konventionsstaaten nicht daran, die Anwesenheit auf ihrem Staatsgebiet zu regeln und den Aufenthalt ausländischer Personen unter Beachtung überwiegender Interessen des Familien- und Privatlebens gegebenenfalls auch wieder zu beenden (BGE 144 I 266 E. 3.2 S. 272). Das entsprechende, in Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV geschützte Recht ist berührt, 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 bzw. zumutbar wäre, ihr Familienleben andernorts zu pflegen (BGE 144 I 266 E. 3.3 S. 272; 144 II 1 E. 6.1 S. 12). Der Anspruch gilt nicht absolut: Liegt eine aufenthaltsbeendende oder -verweigernde Massnahme im Schutz- und Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK, erweist sich diese als zulässig, falls sie gesetzlich vorgesehen ist, einem legitimen Zweck im Sinne von Art. 8 Ziff. 2 EMRK entspricht und zu dessen Realisierung in einer demokratischen Gesellschaft "notwendig" erscheint (BGE 142 II 35 E. 6.1 S. 46; Urteil 6B 770/2018 vom 24. September 2018 E. 2.1).

Unabhängig vom Vorliegen einer familiären Beziehung kann eine ausländerrechtliche Fernhaltungsmassnahme das Recht auf Privatleben im Sinne von Art. 8 EMRK verletzen, namentlich bei Ausländern der zweiten Generation, im Übrigen aber nur unter besonderen Umständen: Eine lange Anwesenheit und die damit verbundene normale Integration genügen hierzu nicht; erforderlich sind besonders intensive, über eine normale Integration hinausgehende private Beziehungen beruflicher oder gesellschaftlicher Natur (BGE 144 I 266 E. 3.4 S. 273 sowie insb. E. 3.6 S. 275; 144 II 1 E. 6.1 S. 13; Urteil 2C 441/2018 vom 17. September 2018 E. 1.3.1).

Unter dem Aspekt des Schutzbereichs (Art. 8 Abs. 1 EMRK) bzw. der Eingriffsrechtfertigung im Sinne von Art. 8 Ziff. 2 EMRK (BGE 144 I 266 E. 3.8 S. 277) ist gemäss der neueren ausländerrechtlichen Rechtsprechung nach rund zehnjähriger rechtmässiger Aufenthaltsdauer regelmässig davon auszugehen, dass die sozialen Beziehungen "in diesem Land so eng geworden sind, dass es für eine Aufenthaltsbeendigung besonderer Gründe bedarf; im Einzelfall kann es sich freilich anders verhalten und die Integration zu wünschen übrig lassen" (BGE 144 I 266 E. 3.9 S. 278). Letzteres ist nach der Entscheidung des Gesetzgebers in der Regel bei Katalogtättern im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB der Fall. Es besteht damit eine klare Grundlage im nationalen Recht, das die Wahrung der inneren Sicherheit bezweckt; die Verhältnismässigkeit ist im Rahmen des Gesetzes zu prüfen, und eine wirksame Beschwerde im Sinne von Art. 13 EMRK ist gewährleistet (vgl. *ceteris paribus* BGE 138 I 6, insbesondere E. 5.2-6.3 S. 27 ff.).

1.5. Unter dem Titel von Art. 8 Ziff. 2 EMRK sind nach der Praxis des EGMR für die Verhältnismässigkeitsprüfung bei Ausländern der zweiten Generation die gleichen Kriterien ausschlaggebend wie nach der ausländerrechtlichen bundesgerichtlichen Praxis im Sinne des Urteils des EGMR in *Sachen Emre c. Suisse* vom 22. Mai 2008, Verfahren 42034/04, Ziff. 68-71, namentlich die Natur und Schwere des Verschuldens ("la nature et la gravité de l'infraction commise par le requérant"; vgl. BGE 135 II 377 E. 4.3 S. 381 f. sowie Urteil 2C 441/2018 vom 17. September 2018 E. 3.2). Die Ausweisung eines Ausländers wird von Art. 8 EMRK nicht ipso facto ausgeschlossen, wenn der Ausländer in der Schweiz geboren und aufgewachsen ist (BGE 139 I 31 E. 2.3.1 S. 33 f.; GONIN/BIGLER, *Convention européenne des droits de l'homme [CEDH]*, 2018, N. 100 zu Art. 8 EMRK). Allerdings bedarf dieser Sachverhalt einer besonders sorgfältigen Prüfung.

Bereits unter der Bestimmung von aArt. 55 StGB durfte bei einem in der Schweiz verwurzelten Ausländer mit kaum mehr Beziehungen zum Ausland, der durch eine Landesverweisung "deshalb hart getroffen würde", diese nur mit Zurückhaltung ausgesprochen werden (oben E. 1.3.2). Dies gilt besonders für "Secondos", die oftmals nur noch formell Ausländer sind (BERTOSSA, a.a.O., N. 11

zu Art. 66a StGB), was am Ausländerstatus nichts ändert, in der Verhältnismässigkeitsprüfung aber wesentlich ins Gewicht fallen kann (vgl. Urteil 2C 826/2018 vom 30. Januar 2019 E. 8.2.3). Diese, Ausländer der zweiten Generation begünstigende, Praxis, ist mit Art. 66a Abs. 2 Satz 2 StGB Gesetz geworden:

"Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren und aufgewachsen sind."

Strafgerichte haben gemäss dieser gesetzlichen Anweisung der "besonderen Situation" von Ausländern Rechnung zu tragen (BGE 144 IV 332 E. 3.3.3 S. 341 f.; Urteile 6B 724/2018 vom 30. Oktober 2018 E. 2.3.3 und 6B 861/2018 vom 24. Oktober 2018 E. 2.3).

1.6. Schwere Körperverletzung und Raub sind Katalogtaten (Art. 66a Abs. 1 lit. b und c StGB). Der Beschwerdegegner beging diese beiden Katalogtaten. Ist eine Katalogtat zu bejahen, beurteilt sich die Rechtsfolge im Wesentlichen nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Urteil 6B 1329/2018 vom 14. Februar 2019 E. 2.2), wobei die Härtefallklausel im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB restriktiv anzuwenden ist.

1.6.1. Die Vorinstanz nimmt in Übereinstimmung mit der Erstinstanz an, die Landesverweisung würde für den Beschwerdegegner einen schweren persönlichen Härtefall bedeuten (Urteil S. 14). Auch die Beschwerdeführerin anerkennt einen persönlichen Härtefall.

Die Erstinstanz führte aus, die Härtefallklausel breche einerseits das apodiktische Regime von Art. 66a Abs. 1 StGB auf und solle andererseits den Ausnahmecharakter des Absehens von der Landesverweisung bei Katalogtaten deutlich machen. Damit werde auf eine Begrenzung des richterlichen Ermessens gezielt. Der persönliche Härtefall sei nicht abstrakt aus der Situation des Ausländers heraus zu beurteilen, sondern auch im Verhältnis zur Tat (FIOLKA/VETTERLI, a.a.O., S. 86 f.). Der Beschwerdegegner sei serbischer Staatsangehöriger, der in der Schweiz geboren und aufgewachsen sei; er sei ein sogenannter "Secondo". Er habe auch in Serbien Verwandtschaft. Er wäre dort nicht ohne familiäre Kontakte und pflege regelmässig Kontakte dorthin. Er sei ledig, habe keine Kinder und spreche fließend in seiner Muttersprache Serbisch. Es wäre ihm durchaus möglich, im Heimatland seiner Eltern zu leben. Die Erstinstanz betrachtete für die Prüfung des öffentlichen Interesses, d.h. der öffentlichen Sicherheit, die begangenen Straftaten näher. Der schweren Körperverletzung liege ein massiver Angriff auf Leib und Leben des Geschädigten zugrunde. Die Tat sei durch heftige Gewalt gekennzeichnet. Gravierend für die Güterabwägung sei, dass der

Beschwerdegegner mit voller Wucht auf den Kopf des wehr- und reglos am Boden Liegenden eingetreten sei. Dieses Verhalten offenbare eine besondere Gefährlichkeit. Er habe die Tat während laufender Strafuntersuchung wegen der früheren Katalogtat begangen. Jener Raub sei nicht zu verharmlosen. Er habe eine klare Geringschätzung der Rechtsordnung an den Tag gelegt. Es gehe nicht um einen einzelnen Vorfall. Die Landesverweisung sei gegenüber dem noch jungen Beschwerdegegner aber auf das Minimum von fünf Jahren festzusetzen.

Die Vorinstanz ihrerseits geht davon aus, letztlich sei es einem glücklichen Zufall zu verdanken, dass der Geschädigte keine schweren Verletzungen davon getragen habe; die Erwägungen der Erstinstanz überzeugten (Urteil S. 9). Sie setzt die Einsatzstrafe auf etwa 3 1/2 bis 4 Jahre fest (Urteil S. 11). In subjektiver Hinsicht weist die Vorinstanz auf eine gewisse Provokation durch den Geschädigten hin sowie auf die Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit zufolge Alkoholkonsums und allenfalls Gebrauchs von Cannabis und Kokain, welche in Übereinstimmung mit der Erstinstanz als deutlich einzustufen sei (Urteil S. 11). Sie reduziert daher die Einsatzstrafe auf 2 1/2 Jahre. Er habe sich vollumfänglich geständig und reuig gezeigt. Diese strafmildernde Wirkung werde durch die strafferhöhende Wirkung des Handelns während des laufenden Verfahrens aufgehoben. Beim Raub sei Gewalt nur konkludent angedroht worden. Statt um vier Monate wie durch die Erstinstanz, sei die Einsatzstrafe aber um sechs Monate zu erhöhen, im Ergebnis auf 36 Monate. Die erstinstanzliche Festsetzung des zu vollziehenden Strafanteils auf das gesetzliche Minimum werde dem Tatverschulden nicht gerecht. Es seien neun Monate zu vollziehen.

1.6.2. Die Sachfrage entscheidet sich mithin in einer Interessenabwägung nach Massgabe der "öffentlichen Interessen an der Landesverweisung". Nach der gesetzlichen Systematik ist die obligatorische Landesverweisung anzuordnen, wenn die Katalogtaten einen Schweregrad erreichen, so dass die Landesverweisung zur Wahrung der inneren Sicherheit notwendig erscheint. Diese Beurteilung lässt sich strafrechtlich nur in der Weise vornehmen, dass massgebend auf die

verschuldensmässige Natur und Schwere der Tatbegehung (zur ausländerrechtlichen Wegweisung Urteile 2C 410/2018 vom 7. September 2018 E. 5.4.5 und 2C 50/2017 vom 22. August 2018 E. 6.1), die sich darin manifestierende Gefährlichkeit des Täters für die öffentliche Sicherheit und auf die Legalprognose (Urteil 6B 1043/2017 vom 14. August 2018 E. 3.2.2) abgestellt wird.

1.6.3. Ins Gewicht fällt die versuchte schwere Körperverletzung. Das Gesetz droht bis zu 10 Jahre Freiheitsstrafe an. Die Tat richtete sich gegen den als Freund bezeichneten Geschädigten. Die vorinstanzlich festgestellte "gewisse Provokation" kann sie kaum in milderem Licht erscheinen lassen. Mit der Vorinstanz ist anzunehmen, dass Alkohol- und Stoffmissbrauch die Hemmschwelle "deutlich" herabgesetzt hatten. Der vorangehende einfache Raub gemäss Art. 140 Ziff. 1 StGB mittels konkludent angedrohter Gewalt (oben E. 1.6.1) erweist sich dagegen für eine Landesverweisung nicht als ausschlaggebend; dieser Sachverhalt (oben Bst. A, Doss. 2) lässt sich mit seinem Anwalt noch als "postpubertäres Verhalten" (Vernehmlassung) einordnen. Der Beschwerdegegner mit Jahrgang 1997 lebte im Tatzeitpunkt in seinem 20. Lebensjahr; sein Mittäter wurde nach Jugendstrafrecht abgeurteilt. Die Vorinstanz billigt ihm als Ersttäter eine günstige Legalprognose zu. Auch ausländerrechtlich wird berücksichtigt, ob die Tat als Jugendlicher, junger Erwachsener oder Erwachsener begangen wird (Urteile 2C 338/2018 vom 23. August 2018 E. 2.3 und 2C 50/2017 vom 22. August 2018 E. 6.3 und 7.1).

1.7. Der Beschwerdegegner beging die versuchte schwere Körperverletzung an seinem betrunken herumrandalierenden Freund nach durchzechter Nacht um 09.28 Uhr in einem durch Alkohol und Stoffmissbrauch gestörten Gemütszustand. Dabei ist das jugendliche Alter des Beschwerdegegners mitzuberücksichtigen. Erkenntnisse aus der kriminologischen Forschung legen nahe, dass delinquentes Verhalten bei jungen Menschen vielfach als episodenhaftes, d.h. auf einen bestimmten Entwicklungsabschnitt beschränktes, ubiquitäres Phänomen zu bezeichnen ist (HERIBERT OSTENDORF, Von Straferwartungen zum "richtigen" Strafen bei jugendlichen/heranwachsenden Straftätern, in: Dollinger/Schmidt-Semisch, Handbuch Jugendkriminalität, 3. Aufl. 2018, S. 159 ff., 168). Dies darf auch im Hinblick auf das der Vorinstanz zustehende Ermessen bei der Gewichtung der öffentlichen Interessen an einer Ausweisung berücksichtigt werden.

Der Blick auf die exzessive Tat darf nicht die Tatsache verstellen, dass diese Straftat in einer konfliktuellen sozialen Situation überreizter Emotionalität zweier jugendlicher Akteure erging und es sich nicht etwa um einen "klassisch-vorsätzlichen" Aggressionsakt handelte. So kommt die Vorinstanz in Bezug auf die Anordnung der Landesverweisung in Kenntnis der erstinstanzlichen Erwägungen zu einem gegenteiligen Entscheid, obwohl sie das Strafmass wie den zu vollziehenden Strafanteil heraufsetzt. Sie verzichtet mithin nicht aufgrund einer milderen Beurteilung der Tat, sondern aufgrund einer günstigeren Beurteilung des Täters bzw. der von ihm ausgehenden Gefährdung der öffentlichen Sicherheit auf eine Landesverweisung. Es ist der Beschwerdeführerin einzuräumen, dass der Verzicht auf eine Landesverweisung in casu grenzwertig erscheint. Doch ist zu bedenken, dass sich eine Landesverweisung bei einem Härtefall nicht gleichsam schematisch mit Blick auf die Straftat und das Strafmass, sondern nur nach einer umfassenden Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen anordnen lässt.

Wie die Beschwerdeführerin vorbringt, ist der Beschwerdegegner in der Schweiz "geboren und aufgewachsen und ausgebildet und wohnhaft" (oben E. 1.1). Er wurde vollständig in der Schweiz sozialisiert und hat sich bis zu den Anlasstaten klaglos verhalten. Er lebt eingebunden in seine Familie und findet dort den für seine Alterskategorie nötigen Halt. Ein Herausreisen aus der stützenden familiären Struktur und sozialen Umgebung kann in diesem kritischen Alter zu psychischer Destabilisierung und Dissozialisierung führen. Da Straftaten junger Menschen regelmässig nicht nüchtern kalkulierend begangen werden, wirkt eine Abschreckung im Sinne negativer Generalprävention gerade bei jungen Menschen in der Regel nicht (OSTENDORF, a.a.O., S. 174). Eine "richtige" Sanktionierung junger Menschen muss den Fokus auch auf die "Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters" (Art. 47 Abs. 1 StGB) richten (zur Rechtsfolgenorientierung das Urteil 6B 14/2007 vom 17. April 2007 E. 5.2 mit Hinweis auf die Botschaft 1998; MATTHIAS HÄRRI, Folgenberücksichtigung bei der Strafzumessung, ZStrR 1998, S. 212; WIPRÄCHTIGER/KELLER, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl. 2019, N. 157 ff. zu Art. 47 StGB).

1.8. Es fragt sich einzig, ob die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Beschwerdegegners am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen (Art. 66a Abs. 2 StGB). Die schwere Körperverletzung, wiewohl im Versuch begangen, ist als exzessive Überreaktion bei Verlust des Situationsbezugs im Rahmen einer abnormen Alkoholreaktion einzustufen. Das Verhalten steht dann in ausgeprägtem Gegensatz zur Persönlichkeit des

Berauschten (MÜLLER/NEDOPIIL, Forensische Psychiatrie, 5. Aufl. 2017, S. 144). Auch im Jugendstrafrecht kann die Tatschwere Gradmesser der Gefährlichkeit sein, die vom Täter ausgeht (HUG/SCHLÄFLI/VALÄR, in: Basler Kommentar, Strafrecht II, a.a.O., N. 21 Vor Art. 1 JStG). Die Charakteristik der Tat selbst während laufender Strafuntersuchung vermag indes die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte und nicht näher begründete "besondere Gefährlichkeit" (oben E. 1.1) nicht zu belegen. Die Vorinstanz führt neben jenem untergeordneten Raubvorfall (oben E. 1.6.3) keine strafrechtlichen Antezedenzen auf. Den Begriff der "Gefährlichkeit" verwendet das Gesetz etwa bei gefährlichem Diebstahl und gefährlichem Raub in Art. 139 und 140 StGB. Der Fachbegriff "besondere Gefährlichkeit" entspricht dem aus dem allgemeinen Sprachgebrauch stammende Begriff der Gemeingefährlichkeit; im Zentrum des Interesses steht der Schutz der Allgemeinheit vor besonderer Gewaltdelinquenz (MARIANNE HEER, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, a.a.O., N. 9 zu Art. 75a StGB sowie N. 67 ff. zu Art. 64 StGB betreffend die Risikokalkulation). Eine Risikoanalyse wurde nicht vorgenommen und war nicht angezeigt.

Der Beschwerdegegner lebte von Geburt an als Mitglied der Schweizer Wohnbevölkerung. Seiner staatsbürgerlichen Heimat Serbien ist er nach den vorinstanzlichen Feststellungen sprachlich und ansonsten nur insoweit verbunden, als dort Verwandte leben, die er in den Ferien besuchte. Es ist ihm eine günstige Legalprognose zu stellen. Als entscheidend erweist sich, dass er trotz der Gewalttat nicht als "kriminell" eingestuft werden darf. Seine rechtlich gewichteten privaten Interessen am Verbleib in der Schweiz überwiegen die öffentlichen Interessen an seiner Landesverweisung. Dennoch ist nicht zu verkennen, dass die Beschwerdeführung der Staatsanwaltschaft angesichts der gesetzlichen Umsetzung der Initiative nachvollziehbar ist. Wie sie mit Recht einwendet, ist die Härtefallklausel als Ausnahme konzipiert und darf nicht zur "Regel" werden (oben E. 1.1).

1.9. Die "besondere Situation" im Sinne der ratio legis von Art. 66a Abs. 2 Satz 2 StGB des im Tatzeitpunkt 20-jährigen, in der Schweiz geborenen und aufgewachsenen Beschwerdegegners legitimierte die Vorinstanz, angesichts seines klaglosen Vorlebens und der günstigen Legalprognose trotz der (unter Alkohol- und Stoffintoxikation begangenen) Aggression und des hohen Strafmasses noch auf eine Landesverweisung zu verzichten.

2.

Die Beschwerde ist abzuweisen. Es sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 66 Abs. 4 BGG). Mit der Abweisung der Beschwerde wird das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gegenstandslos. Das Beschwerdeverfahren wurde durch die Anklagebehörde veranlasst. Entsprechend ist dem Beschwerdegegner durch den Kanton Zürich für das Vernehmlassungsverfahren eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 68 Abs. 2 BGG). Er beantragt Fr. 1'350.--. Der Betrag ist (bei Begehren um unentgeltliche Rechtspflege) praxismässig in analoger Anwendung von Art. 64 Abs. 2 BGG seinem Anwalt auszurichten.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Der Kanton Zürich wird verpflichtet, Rechtsanwalt Dr. Roland Kokotek Burger eine Entschädigung von Fr. 1'350.-- auszurichten.

4.

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

Lausanne, 22. März 2019

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Briw