

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 873/2018

Urteil vom 15. Februar 2019

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichter Rüedi,
Bundesrichterin Jametti
Gerichtsschreiber Matt.

Verfahrensbeteiligte
X. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Rainer Cao,
Beschwerdeführer,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Versuchte schwere Körperverletzung, Notwehr, Strafzumessung, Landesverweisung,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 9. Mai 2018 (SB170496-O/U/cwo).

Sachverhalt:

A.
Die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich wirft X. _____ vor, am 19. April 2014 vor einer Bar mit einer abgebrochenen Glasflasche gegen den Kopf von A. _____ geschlagen zu haben, wobei dieser ein Schädel-Hirntrauma sowie eine sieben Zentimeter lange Riss-/Quetschwunde an der rechten Schläfe erlitt. A. _____ hatte den Beschuldigten in der Bar grundlos geschlagen und verbal angegriffen.

Am 27. September 2017 bestrafte das Bezirksgericht Zürich X. _____ wegen versuchter schwerer Körperverletzung mit drei Jahren Freiheitsstrafe, davon 21 Monate bedingt, und ordnete eine Landesverweisung von sieben Jahren an. Auf Berufung des Beschuldigten und Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft hin reduzierte das Obergericht des Kantons Zürich die Freiheitsstrafe am 9. Mai 2018 auf 30 Monate, davon 20 Monate bedingt, und die Landesverweisung auf fünf Jahre.

B.
Mit Beschwerde in Strafsachen beantragt X. _____, er sei freizusprechen und für die erlittene Untersuchungshaft zu entschädigen. Er ersucht um unentgeltliche Rechtspflege.

Erwägungen:

1.
Der Beschwerdeführer stellt weder den Schlag mit einer abgebrochenen Glasflasche gegen den Kopf des Geschädigten noch dessen Verletzungen in Abrede, macht aber geltend, die Vorinstanz ver falle in Willkür, wenn sie von einer wechselseitigen Auseinandersetzung ausgehe und eine Notwehrlage sowie -handlung verneine. Solches habe zumindest subjektiv bestanden. Jedenfalls sei entschuld bare Notwehr oder ein entsprechender Exzess anzunehmen. Zudem habe er keine schwere Verletzung beabsichtigt.

1.1.

1.1.1. Die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht, und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG). Offensichtlich unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich ist. Dies ist der Fall, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist oder mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht. Dass eine andere Lösung oder Würdigung ebenfalls vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht. Die Willkür rüge muss explizit vorgebracht und substantiiert begründet werden (Art. 106 Abs. 2 BGG), andernfalls das Bundesgericht darauf nicht eintritt (BGE 142 III 364 E. 2.4). Dem Grundsatz "in dubio pro reo" als Beweiswürdigungsregel kommt im Verfahren vor Bundesgericht keine über das Willkürverbot von Art. 9 BV hinausgehende Bedeutung zu (BGE 138 V 74 E. 7; Urteil 6B 918/2017 vom 20. Februar 2018 E. 6.2, nicht publ. in BGE 144 IV 69; je mit Hinweisen). Was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm, betrifft sogenannte innere Tatsachen und ist Tatfrage. Als solche prüft sie das Bundesgericht nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür (Art. 9 BV; Art. 97 Abs. 1 BGG; BGE 141 IV 369 E. 6.3 mit Hinweisen; Urteil 6B 804/2017 vom 23. Mai 2018 E. 2.2.3, zur Publikation bestimmt).

1.1.2. Nach Art. 122 StGB macht sich der schweren Körperverletzung schuldig, wer vorsätzlich einen Menschen lebensgefährlich verletzt (Abs. 1), wer vorsätzlich den Körper, ein wichtiges Organ oder Glied eines Menschen verstümmelt oder ein wichtiges Organ oder Glied unbrauchbar macht, einen Menschen bleibend arbeitsunfähig, gebrechlich oder geisteskrank macht, das Gesicht eines Menschen arg und bleibend entstellt (Abs. 2), oder wer vorsätzlich eine andere schwere Schädigung des Körpers oder der körperlichen oder geistigen Gesundheit eines Menschen verursacht (Abs. 3). Hat der Täter sämtliche subjektiven Tatbestandsmerkmale erfüllt und seine Tatentschlossenheit manifestiert, ohne dass alle objektiven Tatbestandsmerkmale verwirklicht sind, liegt ein Versuch vor (BGE 140 IV 150 E. 3.4 mit Hinweisen).

Vorsätzlich begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt. Vorsätzlich handelt bereits, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt (Art. 12 Abs. 2 StGB). Eventualvorsatz ist gegeben, wenn der Täter die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt, sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein. Ob der Täter die Tatbestandsverwirklichung im Sinne des Eventualvorsatzes in Kauf genommen hat, muss das Gericht bei Fehlen eines Geständnisses aufgrund der Umstände entscheiden. Dazu gehören die Grösse des dem Täter bekannten Risikos, die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung, die Beweggründe und die Art der Tathandlung. Je grösser die Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung ist und je schwerer die Sorgfaltspflichtverletzung wiegt, desto näher liegt die Schlussfolgerung, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen. Das Gericht darf vom Wissen des Täters auf den Willen schliessen, wenn sich dem Täter der Eintritt des Erfolgs als so wahrscheinlich aufdrängte, dass die Bereitschaft, ihn als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolgs ausgelegt werden kann (BGE 137 IV 1 E. 4.2.3 mit Hinweis). Besondere Umstände liegen namentlich vor, wenn der Täter das ihm bekannte Risiko nicht kalkulieren und dosieren kann und das Opfer keine Abwehrchancen hat (BGE 133 IV 9 E. 4.1, 1 E. 4.5; 131 IV 1 E. 2.2; Urteil 6B 897/2017 vom 24. Juli 2018 E. 2.1; je mit Hinweisen).

1.1.3. Wird jemand ohne Recht angegriffen oder unmittelbar mit einem Angriff bedroht, so ist der Angegriffene und jeder andere berechtigt, den Angriff in einer den Umständen angemessenen Weise abzuwehren (Art. 15 StGB). Überschreitet der Abwehrende die Grenzen der Notwehr, so mildert das Gericht die Strafe (Art. 16 Abs. 1 StGB). Überschreitet der Abwehrende die Grenzen der Notwehr in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung über den Angriff, so handelt er nicht schuldhaft (Art. 16 Abs. 2 StGB).

Die Abwehr in einer Notwehrsituation muss nach der Gesamtheit der Umstände als verhältnismässig erscheinen. Eine Rolle spielen vor allem die Schwere des Angriffs, die durch den Angriff und die Abwehr bedrohten Rechtsgüter, die Art des Abwehrmittels und dessen tatsächliche Verwendung (BGE 102 IV 65 E. 2a mit Hinweisen). Die Angemessenheit der Abwehr ist aufgrund jener Situation zu beurteilen, in der sich der rechtswidrig Angegriffene zum Zeitpunkt seiner Tat befand. Es dürfen nicht nachträglich allzu subtile Überlegungen darüber angestellt werden, ob der Angegriffene sich nicht allenfalls auch mit anderen, weniger einschneidenden Massnahmen hätte begnügen können und sollen (BGE 136 IV 49 E. 3.1 f.; 107 IV 12 E. 3a; Urteil 6B 135/2017 vom 20. November 2017 E. 2.3.1; je mit Hinweisen; NIGGLI/GÖHLICH, Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl. 2019, N. 28 f. zu Art. 15 StGB). Besondere Zurückhaltung ist bei der Verwendung gefährlicher Werkzeuge zur Abwehr (Messer, Schusswaffen etc.) geboten, da deren Einsatz stets die Gefahr schwerer oder gar tödlicher Verletzungen mit sich bringt. Angemessen ist die Abwehr, wenn der Angriff nicht mit weniger

gefährlichen und zumutbaren Mitteln hätte abgewendet werden können, der Täter womöglich gewarnt worden ist und der Abwehrende vor der Benutzung des gefährlichen Werkzeugs das Nötige zur Vermeidung einer übermässigen Schädigung vorgekehrt hat. Auch ist eine Abwägung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter unerlässlich. Doch muss deren Ergebnis für den Angegriffenen, der erfahrungsgemäss rasch handeln muss, mühelos erkennbar sein (BGE 136 IV 49 E. 3.3 mit Hinweisen; Urteil 6B 1211/2015 vom 10. November 2016 E. 1.4.1).

Ein Fall von Putativnotwehr liegt vor, wenn der Täter irrtümlich annimmt, es sei ein rechtswidriger Angriff im Sinne von Art. 15 StGB gegenwärtig oder unmittelbar bevorstehend (BGE 129 IV 6 E. 3.2; Urteil 6B 676/2016 vom 16. Februar 2017 E. 2; je mit Hinweisen). Handelt der Täter in einer irrigen Vorstellung über den Sachverhalt, so beurteilt das Gericht die Tat zugunsten des Täters nach dem Sachverhalt, den sich der Täter vorgestellt hat (Art. 13 Abs. 1 StGB).

Ein Notwehrexzess ist entschuldbar, wenn die Aufregung oder die Bestürzung des Täters allein oder zumindest vorwiegend auf den rechtswidrigen Angriff zurückzuführen ist. Überdies müssen Art und Umstände des Angriffs derart sein, dass sie die Aufregung oder die Bestürzung entschuldbar erscheinen lassen. Nicht jede geringfügige Erregung oder Bestürzung führt zu Straflosigkeit. Das Gericht hat einen umso strengeren Massstab anzulegen, je mehr die Reaktion des Täters den Angreifer verletzt oder gefährdet. Erforderlich ist, dass es dem Täter aufgrund der Aufregung oder Bestürzung über den Angriff nicht möglich war, besonnen und verantwortlich zu reagieren. Insoweit besteht trotz der absoluten Formulierung ein gewisses Ermessen (BGE 109 IV 5 E. 3; 102 IV 1 E. 3b S. 7; Urteil 6B 1211/2015 vom 10. November 2016 E. 1.3.2 mit Hinweisen).

1.2. Die Vorinstanz erachtet als erstellt, dass zunächst der Geschädigte den an einem Tisch sitzenden Beschwerdeführer grundlos mit der offenen Hand gegen den Mund schlug und mehrfach verbal angriff. Der Beschwerdeführer habe eingeräumt, kurz darauf vor dem Lokal eine Glasflasche zerbrochen und damit seitlich gegen den Kopf des Geschädigten geschlagen zu haben, wobei angesichts der erlittenen Verletzungen zumindest von einer gewissen Heftigkeit des Schlages auszugehen sei. Mangels objektiver Tatbestandserfüllung sei eine versuchte schwere Körperverletzung anzunehmen, da der Beschwerdeführer alles zu deren Eintritt Notwendige getan habe. Er habe nach eigenen Angaben auch gewusst, dass das Zuschlagen mit einer abgebrochenen Bierflasche gegen den Kopf eines Menschen gefährlich sei. Die Pflichtverletzung wiege schwer und das Risiko der Tatbestandsverwirklichung sei hoch gewesen. Daher müsse sein Handeln als Inkaufnahme einer schweren Verletzung gewertet werden. Eine Notwehrsituation habe nicht bestanden. Zwar sei der Angriff des Geschädigten im Lokal zeitnah erfolgt. Er sei aber zum Zeitpunkt der inkriminierten Handlung abgeschlossen gewesen. Vor dem Lokal seien die Kontrahenten gemäss Zeugenaussagen und Videoaufzeichnungen vielmehr

gegenseitig aufeinander losgegangen, sodass von einer wechselseitigen Auseinandersetzung auszugehen sei und der Beschwerdeführer insoweit auch als Aggressor erscheine. Der Schlag mit der abgebrochenen Bierflasche sei nicht als Abwehrhandlung, sondern als neue Eskalationsstufe zu verstehen. Im Übrigen habe er die Auseinandersetzung vor dem Lokal nur vage beschrieben und lediglich von verbalen Angriffen bzw. Drohungen sowie von Tätlichkeiten des Geschädigten berichtet. Dem Beschwerdeführer habe es ferner am nötigen Abwehrwillen gefehlt. Aus seinen Aussagen sei zu schliessen, dass er vordergründig aus Wut gehandelt und sich durch das Verhalten des Geschädigten gedemütigt gefühlt habe. Auch ein unvermeidbarer Irrtum über den Sachverhalt habe nicht bestanden, da sich ein besonnener Mensch in der damaligen Situation nicht in einer Notwehrlage gewähnt hätte. Ebenso wenig lägen entschuldbare Notwehr oder ein entschuldbarer Notwehrexzess vor.

1.3. Die vorinstanzlichen Ausführungen sind überzeugend. Was der Beschwerdeführer vorbringt, belegt weder Willkür, noch lässt es den angefochtenen Entscheid als bundesrechtswidrig erscheinen.

1.3.1. Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass die Gefahr einer schweren Körperverletzung beim Schlag mit einer abgebrochenen Bierflasche gegen den Kopf des Geschädigten besonders nahe lag. Dieser hätte sich leicht eine lebensgefährliche Verletzung im Halsbereich, eine Stichverletzung oder bleibende arge Gesichtsentstellungen zuziehen können. Auch der Verlust eines Auges war ohne Weiteres denkbar. Angesichts der willkürfrei festgestellten gewissen Heftigkeit des Schlages, des dynamischen Geschehens - der Beschwerdeführer selber spricht von einem wilden Kontrahenten, wobei unstreitig auch er zurückgehalten werden musste - und der Kürze der Auseinandersetzung konnte der Beschwerdeführer eindeutig weder die exakte Einschlagstelle noch die Schwere der Verletzungen genügend beeinflussen. Beides hing vielmehr letztlich vom Zufall ab. Nachdem er zudem eingeräumt hat, sich der Gefahr schwerer Verletzungen bewusst gewesen zu sein, verfällt die Vorinstanz nicht in Willkür, wenn sie insoweit von einer Inkaufnahme ausgeht. Eine Absicht unterstellt sie ihm hingegen nicht.

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers begründet die Vorinstanz gleichfalls

nachvollziehbar, weshalb sie die Situation vor dem Lokal als wechselseitige Auseinandersetzung beurteilt und einen subjektiven Abwehrwillen verneint. Sie schliesst dies willkürfrei aus seinen eigenen Aussagen sowie denjenigen der Zeugen, wonach es ein "Gerangel" gegeben und der Beschwerdeführer bestätigt habe, dass er von einem Angestellten des Lokals zurückgehalten worden sei. Soweit er einen alleinigen Angriff des Geschädigten behauptet, weist die Vorinstanz zudem zu Recht darauf hin, dass der Beschwerdeführer die Glasflasche bereits beim Verlassen des Lokals behändigte und zerbrach. Er hat sich mithin offensichtlich auf eine weitere Auseinandersetzung mit dem Geschädigten vorbereitet, noch bevor dieser das Lokal verliess. Jedenfalls ist ein solcher Schluss nicht willkürlich. Angesichts der Vorgeschichte ist auch die Annahme der Vorinstanz, der Beschwerdeführer habe in erster Linie aus Wut über die erlittene Demütigung und daher ohne Abwehrwillen gehandelt, plausibel. Daran ändert nichts, dass der Schlag lediglich von einer gewissen Heftigkeit war. Daraus kann insbesondere nicht gefolgert werden, nicht Wut sondern Angst wäre das primäre

Handlungsmotiv des Beschwerdeführers gewesen. Abgesehen davon ist unter der Prämisse, wonach er sich nur habe verteidigen wollen, nicht recht nachvollziehbar, weshalb der Beschwerdeführer nach dem Übergriff in der Bar vor dieser verblieb und sich mit einer abgebrochenen Glasflasche ausrüstete, anstatt sich vor dem angeblich höchst aggressiven, ihm körperlich weit überlegenen Geschädigten in Sicherheit zu bringen. Auch die - unbestrittene - Tatsache, dass der Geschädigte den Beschwerdeführer in der Bar geschlagen und beschimpft hatte, stellt die Schlüssigkeit der vorinstanzlichen Beweiswürdigung nicht in Frage, sondern lässt die Annahme, er habe sich aus Wut auf die weitere Auseinandersetzung eingelassen, im Gegenteil umso plausibler erscheinen. Im Übrigen stützt sich diese These unter anderem auf die Ausführungen des Beschwerdeführers selbst, was dieser zu verkennen scheint.

1.3.2. Gestützt auf ihre willkürfreien Feststellungen zum Sachverhalt erwägt die Vorinstanz zu Recht, dass der Beschwerdeführer hinsichtlich der schweren Körperverletzung eventualvorsätzlich handelte, wobei ein Alkohol- und Marihuanakonsum insoweit unbeachtlich ist, und dass ein vollendeter Versuch vorliegt. Ebenso verneint die Vorinstanz eine Notwehrsituation und Notwehrhandlung zu Recht bzw. ohne Willkür. Wie sie zutreffend erwägt, war zum Zeitpunkt des Zuschlagens kein einseitiger rechtswidriger Angriff des Geschädigten mehr im Gange und erfolgte die inkriminierte Handlung nicht zum Zweck der Abwehr. Überhaupt ist schwer vorstellbar, inwiefern ein Schlag gegen den Kopf des Kontrahenten der Abschreckung oder Verteidigung hätte dienen sollen, wie der Beschwerdeführer vorbringt. Wenn er nunmehr, soweit ersichtlich erstmals, behauptet, der Geschädigte sei möglicherweise bewaffnet gewesen, entfernt er sich vom für das Bundesgericht verbindlichen Sachverhalt, ohne Willkür darzutun. Er macht insbesondere nicht geltend, dass Zeugen solches ausgesagt hätten. Der Einwand, wonach eine Bewaffnung des Geschädigten nur aufgrund von dessen Abschiebung ins Ausland nicht habe bestätigt werden können und deshalb im Zweifel von berechtigter

Notwehr gegen einen bewaffneten Kontrahenten auszugehen sei, erweist sich als unzutreffend.

Mangels eines Abwehrwillens verneint die Vorinstanz auch Putativnotwehr und einen Putativnotwehrexzess zu Recht. Dies gilt gleichermassen für entschuldbare Notwehr nach Art. 16 Abs. 2 StGB und einen diesbezüglichen Exzess. Wenngleich eine gewisse Bestürzung des Beschwerdeführers über die grundlose Attacke des Geschädigten in der Bar verständlich erscheint, ist seine Reaktion darauf, sich mit einer abgebrochenen Glasflasche zu bewaffnen und damit gegen den Kopf des Geschädigten zu schlagen, nicht nachvollziehbar und zwar selbst unter der Annahme, dass er zuvor vom unbewaffneten Geschädigten attackiert und geschlagen wurde. Der Einsatz eines notorischerweise gefährlichen Tatwerkzeugs und dessen Schlagen gegen den Kopf liegt weit ausserhalb dessen, was in einer Situation wie der vorliegenden angemessen ist. Eine rechtfertigende Notwehr scheidet auch deshalb aus. Der Beschwerdeführer scheint eine Abwehr mit milderem Mitteln, etwa eine Warnung oder Drohung, gar nicht in Erwägung gezogen zu haben. Dass er in grosser Gefahr oder gar Lebensgefahr gewesen wäre, wie er behauptet, ist nicht erkennbar. Dies namentlich angesichts der herumstehenden weiteren Personen. Es kann auch keine Rede davon sein, dass es dem Beschwerdeführer aufgrund der

Aufregung oder Bestürzung über den zeitlich zurückliegenden Angriff in der Bar nicht möglich gewesen wäre, besonnen und verantwortlich zu reagieren. Dies gilt erst Recht zum Zeitpunkt der wechselseitigen Auseinandersetzung als beide aggressiven Kontrahenten von Dritten zurückgehalten werden mussten. Daran ändert nichts, dass der Beschwerdeführer mässig betrunken war - die Blutalkoholkonzentration im Ereigniszeitpunkt betrug zwischen 0.8 und 1.5 Promille - und Marihuana konsumiert hatte. Er behauptet denn auch nicht, er wäre deshalb in seiner Wahrnehmung schwer beeinträchtigt gewesen. Jedenfalls kann dies nicht genügen, um die gegenteilige Auffassung der Vorinstanz hinsichtlich der Entschuldbarkeit der Notwehr als ermessensmissbräuchlich oder gar willkürlich erscheinen zu lassen.

1.4. Der vorinstanzliche Schuldspruch ist rechters.

2.

Der Beschwerdeführer kritisiert die Strafzumessung und bringt vor, dem Notwehrexzess sei angemessene Rechnung zu tragen.

Dem Einwand kann nicht gefolgt werden. Es ist nicht ersichtlich oder dargetan (vgl. Art. 42 Abs. 2 BGG), dass sich die Vorinstanz bei der Strafzumessung von sachfremden Kriterien hätte leiten lassen oder das ihr zustehende Ermessen überschritten hätte (BGE 136 IV 55 E. 5.6; Urteil 6B 95/2018 vom 20. November 2018 E. 2.1). Dies behauptet der Beschwerdeführer auch nicht. Entgegen seiner Auffassung war sie nach dem zum Sachverhalt und zur Notwehr Gesagten nicht gehalten, den Umständen der Tat weitergehend Rechnung zu tragen, als sie dies mit der auf 30 Monate festgelegten Freiheitsstrafe innerhalb eines Strafrahmens bis zu 10 Jahren getan hat.

3.

Der Beschwerdeführer rügt die Landesverweisung als unangemessen. Die Vorinstanz interpretiere den Begriff des schweren persönlichen Härtefalls zu eng.

3.1. Das Gericht verweist den Ausländer, der wegen schwerer Körperverletzung (Art. 122 StGB) verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für 5-15 Jahre aus der Schweiz (Art. 66a Abs. 1 lit. b StGB). Es kann ausnahmsweise von der 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 (Art. 66a Abs. 2 erster Satz StGB).

Gemäss ausdrücklicher Anordnung in der Botschaft vom 26. Juni 2013 zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung von Art. 121 Abs. 3-6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer; BBl 2013 5975) muss die Landesverweisung entsprechend den allgemeinen Regeln des StGB grundsätzlich bei sämtlichen Täterschafts- und Teilnahmeformen sowie unabhängig davon ausgesprochen werden, ob es beim Versuch geblieben ist und ob die Strafe bedingt, unbedingt oder teilbedingt ausfällt (BGE 144 IV 168 E. 1.4.1).

Im Rahmen der Prüfung eines schweren persönlichen Härtefalls gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB hat das Gericht die öffentlichen und privaten Interessen gegeneinander abzuwägen. Die Beurteilung kann kriteriengeleitet nach der Bestimmung über den "schwerwiegenden persönlichen Härtefall" in Art. 31 Abs. 1 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 (VZAE; SR 142.201) erfolgen. Zu berücksichtigen sind namentlich der Grad der (persönlichen und wirtschaftlichen) Integration, einschliesslich familiäre Bindungen des Ausländers in der Schweiz bzw. in der Heimat, Aufenthaltsdauer und Resozialisierungschancen. Ebenso ist der Rückfallgefahr und wiederholter Delinquenz Rechnung zu tragen. Das Gericht darf auch vor dem Inkrafttreten von Art. 66a StGB begangene Straftaten berücksichtigen (Urteile 6B 651/2018 vom 17. Oktober 2018 E. 8.3.3; 6B 659/2018 vom 20. September 2018 E. 3.3.3; je mit Hinweisen). Die Härtefallklausel ist restriktiv ("in modo restrittivo") anzuwenden (Urteil 6B 907/2018 vom 23. November 2018 E. 2.3 mit Hinweis).

3.2. Die Vorinstanz legt ausführlich dar, weshalb sie einen schweren persönlichen Härtefall verneint, und die Abwägung der persönlichen sowie der öffentlichen Interessen zuungunsten des Beschwerdeführers ausfällt. Sie erwägt, dessen Beziehung zum 20-jährigen, in Lugano lebenden Sohn sowie zur 16-jährigen Tochter sei nicht besonders eng. Zwar sehe er die Tochter, im Unterschied zum Sohn, alle zwei bis drei Wochen. Es sei aber nicht erkennbar, dass der Beschwerdeführer in deren Leben eine derart tragende Rolle spielen und ihren Alltag massgeblich mitprägen würde. Wenngleich die Trennung von den Kindern mit einer gewissen Härte verbunden wäre, liege kein Ausnahmefall vor, zumal sich der weitere Kontakt mit technischen Mitteln und gelegentlichen Besuchen in U._____ aufrechterhalten lasse. Zudem sei der Beschwerdeführer zweifach, wenn auch nicht einschlägig vorbestraft und trotz seiner langen Anwesenheit in der Schweiz kaum integriert. Er spreche nicht sehr gut deutsch, habe seit 2006 nicht mehr gearbeitet und lebe von der Fürsorge. Er pflege nach wie vor Kontakt zu Verwandten in der Heimat, welche er erst mit 29 Jahren verlassen habe.

Der Beschwerdeführer bringt nichts vor, was die Ausführungen und Schlussfolgerung der Vorinstanz als bundesrechtswidrig erscheinen liesse. Es ist nicht ersichtlich, dass sie ihr Ermessen überschritten, oder wesentliche Aspekte ausser Acht gelassen hätte, was der Beschwerdeführer gar nicht behauptet. Hingegen müssen weder die Tatsache, dass ihn die Tochter vermissen würde, noch seine Anwesenheit in der Schweiz seit 23 Jahren oder die zweifelhaften Existenzaussichten in der

Heimat zur Annahme eines besonderen Härtefalls oder einer abweichenden Interessenabwägung führen.

4.

Die Beschwerde ist abzuweisen. Ausgangsgemäss hat der Beschwerdeführer die Gerichtskosten zu tragen, zumal sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege infolge Aussichtslosigkeit abzuweisen ist. Seiner finanziellen Lage ist bei der Kostenbemessung Rechnung zu tragen (Art. 64 Abs. 1, 65 Abs. 2 und 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung wird abgewiesen.

3.

Der Beschwerdeführer trägt die Gerichtskosten von Fr. 1'200.--.

4.

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

Lausanne, 15. Februar 2019

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Matt