

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 1024/2017

Urteil vom 26. April 2018

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichter Oberholzer,
Bundesrichter Rüedi,
Gerichtsschreiber Matt.

Verfahrensbeteiligte
X. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Martin Tobler,
Beschwerdeführer,

gegen

1. Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, 8090 Zürich,
2. A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Max Gustav Bleuler,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
Versuchte schwere Körperverletzung, Willkür, Strafzumessung,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 28. April 2017 (SB160225-O/U/ag).

Sachverhalt:

A.
Am 3. Februar 2016 sprach das Bezirksgericht Winterthur X. _____ zusammen mit zwei weiteren Beschuldigten der versuchten schweren Körperverletzung schuldig und verurteilte ihn zu 26 Monaten Freiheitsstrafe. Die dagegen erhobene Berufung von X. _____ wies das Obergericht des Kantons Zürich am 28. April 2017 ab.

B.
Mit Beschwerde in Strafsachen beantragt X. _____, er sei freizusprechen. Eventualiter sei die Sache an das Obergericht zurückzuweisen. Er ersucht um unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung.

Erwägungen:

1.
Der Beschwerdeführer kritisiert die Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung.

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 BGG; Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG; BGE 141 IV 317 E. 5.4). Offensichtlich unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich ist (BGE 141 IV 249 E. 1.3.1). 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. Erforderlich ist, dass der Entscheid nicht nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis willkürlich ist (BGE 141 IV 305 E. 1.2 mit Hinweisen). Die Willkürüge

muss explizit vorgebracht und substantiiert begründet werden (Art. 106 Abs. 2 BGG). Auf ungenügend begründete Rügen oder allgemeine appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein (BGE 142 III 364 E. 2.4). Dem Grundsatz "in dubio pro reo" kommt als Beweiswürdigungsregel im Verfahren vor Bundesgericht keine über das Willkürverbot von Art. 9 BV

hinausgehende Bedeutung zu (BGE 138 V 74 E. 7 mit Hinweisen).

Was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm, betrifft sogenannte innere Tatsachen, und ist damit 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). Rechtsfrage ist hingegen, ob im Lichte der festgestellten Tatsachen der Schluss auf Eventualvorsatz begründet ist (BGE 137 IV 1 E. 4.2.3; 135 IV 152 E. 2.3.2, je mit Hinweisen). Das Sachgericht hat die in diesem Zusammenhang relevanten Tatsachen möglichst erschöpfend darzustellen, damit erkennbar wird, aus welchen Umständen es auf Eventualvorsatz geschlossen hat. Das Bundesgericht kann in einem gewissen Ausmass die richtige Bewertung dieser Umstände im Hinblick auf den Rechtsbegriff des Eventualvorsatzes überprüfen (BGE 134 IV 189 E. 1.3; 133 IV 1 E. 4.1, 9 E. 4.1; je mit Hinweisen).

1.2. Die Vorinstanz legt ausführlich und überzeugend dar, weshalb sie den Anklagesachverhalt als erstellt erachtet. Was der Beschwerdeführer dagegen vorbringt, belegt, soweit es den gesetzlichen Anforderungen überhaupt genügt (oben E. 1.1), keine Willkür.

1.2.1. Es ist unbestritten und aufgrund der Videoaufzeichnung sowie der Zeugenaussagen erstellt, dass sich der Beschwerdeführer unmittelbar vor dem Übergriff der Mitbeschuldigten auf den Privatkläger am Tatort aufhielt und diesen mit etwas Abstand folgte. Er bestreitet auch nicht, einen Tritt in Richtung des Kopfes des Privatklägers ausgeführt und diesem abschliessend die Mütze vom Kopf gerissen zu haben. Soweit er in diesem Zusammenhang behauptet, er habe nur zum Schein getreten, um die Mitbeschuldigten zu beeindrucken, qualifiziert die Vorinstanz dies ohne Willkür als Schutzbehauptung. Angesichts der räumlichen und zeitlichen Nähe des Beschwerdeführers zum Tatgeschehen - er rückt unbestrittenermassen bloss vier Sekunden nach den Mitbeschuldigten ins Blickfeld der Kamera - sowie seines Eingreifens in das Geschehen nur 10 Sekunden nach dem ersten Schlag eines Mitbeschuldigten in den Rücken des Privatklägers, ist es zudem nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz erwägt, der Beschwerdeführer habe den Angriff der beiden anderen genau mitbekommen, sich diesem angeschlossen und deren Übermacht verstärkt. Entgegen seiner Auffassung spielt dabei keine Rolle, ob die ersten Sekunden der Videoaufnahme ein synchrones Bewegungsbild aller

Beschuldigten zeigen und daher davon auszugehen ist, dass sie den Privatkläger bereits vorher gemeinsam verfolgten, wie die Vorinstanz annimmt. Dies ist indes unter den dargestellten Umständen nachvollziehbar. Ein grosser räumlicher Abstand zu den Mitbeschuldigten, dem Privatkläger und dessen Freundin, welcher darauf hindeuten soll, dass der Beschwerdeführer mit diesen nichts zu tun habe, bestand jedenfalls nicht.

Es entlastet den Beschwerdeführer auch nicht, dass er sich zu Beginn des Übergriffs noch einige Meter von den Mitbeschuldigten entfernt aufhielt, wovon im Übrigen auch die Vorinstanz ausgeht. Ihre Annahme, er habe das Geschehen dennoch mitbekommen, ist nicht zu beanstanden. Selbst wenn anzunehmen wäre, dass der Beschwerdeführer den Privatkläger nicht synchron mit den anderen Beschuldigten verfolgt hätte, steht fest, dass er diesen wenige Sekunden nach Beginn des Übergriffs mit einem Tritt traktierte, als dieser bereits am Boden lag. Er hat damit unbestreitbar zugunsten der Mitbeschuldigten ins Tatgeschehen eingegriffen, wobei unerheblich ist, ob dieses Vorgehen vorher abgesprochen und koordiniert war oder spontan geschah. Der vorinstanzlich dargestellte Tatablauf illustriert indes klar ein abwechselndes Vorgehen aller Beschuldigten. Von einem isolierten Vorgehen der Beteiligten kann keine Rede sein. Zudem ist unbestritten, dass unmittelbar nach dem Tritt des Beschwerdeführers auch ein Mitbeschuldigter Tritte gegen den Kopf des Opfers ausführte. Es ist daher nachvollziehbar, wenn die Vorinstanz erwägt, das Eingreifen des Beschwerdeführers habe den Übergriff auf eine noch höhere Ebene der Gewalt gehoben, weil er als erster gegen den Kopf des Opfers getreten habe. Angesichts des Versuchsvorwurfs ist es ferner nicht entscheidend, ob er den Kopf tatsächlich traf. Der Vorinstanz ist im Übrigen zuzustimmen, dass dies aufgrund des dynamischen Geschehens - auch der Beschwerdeführer selbst spricht lediglich von rund 50 Sekunden, die der Übergriff gedauert habe - nicht in seiner Macht lag, zumal der Privatkläger just in jenem Moment versuchte, sich aufzurappeln. Sie geht gleichfalls nachvollziehbar davon aus, dass es sich um einen kräftigen Tritt handelte. Der in diesem Zusammenhang erhobene Einwand des Beschwerdeführers, er habe absichtlich in die Luft getreten, und der Tritt sei nicht kräftig gewesen, ist unter den dargelegten Umständen abwegig. Daran ändert nichts, ob dies in den Videoaufzeichnungen zweifelsfrei erkennbar ist und wie genau der Tritt ausgeführt wurde. Entgegen seiner Auffassung bedarf es hierfür namentlich keines Anlaufs oder einer wuchtigen Drehbewegung. Auch das Gewicht

des Beschwerdeführers von bloss 55 Kg spricht nicht gegen einen kräftigen, entsprechend gefährlichen Tritt. Eine Verletzung der Unschuldsvermutung ist nicht ersichtlich. Im Übrigen kommt es für die Frage, was der Beschwerdeführer mit dem Tritt wollte und in Kauf nahm - was das Bundesgericht nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür prüft (oben E. 1.1) - nicht darauf an, ob dieser aus seiner Sicht "gelingen" war oder nicht. Auch entlastet es ihn mit Bezug auf seine Tatbeteiligung nicht, dass er danach nicht weiter auf den Privatkläger einschlug oder eintrat. Dies gilt umso mehr, als unmittelbar nach seinem Fusstritt einer der Mitbeschuldigten auf den Privatkläger eintrat, worauf die Vorinstanz ebenfalls zu Recht hinweist. Die diesbezüglichen, teilweise weitschweifigen Ausführungen in der Beschwerde belegen keine Willkür.

1.2.2. Die Vorinstanz verfällt auch nicht in Willkür, wenn sie annimmt, der Beschwerdeführer habe die weiteren Übergriffe der Mitbeschuldigten ebenfalls mitbekommen. Sie schliesst dies unter anderem aus den Videoaufnahmen, woraus ersichtlich ist, dass er sich weiterhin in unmittelbarer Nähe des Tatorts aufhielt. Ob er dabei zweifelsfrei in Richtung des am Boden liegenden Privatklägers blickte, was er unter Hinweis auf die undeutliche Videoaufzeichnung bestreitet, ist für sein Wissen um die fortlaufenden Übergriffe nicht entscheidend. Fest steht, dass der Beschwerdeführer unmittelbar anschliessend an die Aktion eines Mitbeschuldigten dem Privatkläger die Kappe vom Kopf riss, was die Vorinstanz angesichts des Kontextes nachvollziehbar als weitere Demütigung des Opfers interpretiert. Schliesslich ist unbestritten, dass er auch nach seinem eigenen Tatbeitrag nichts unternommen hat, um die Kollegen von weiteren Übergriffen abzubringen, was ihm angesichts seines tätlichen Eingreifens vorzuwerfen ist. Es ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz erwägt, er habe sich zwar vom unmittelbaren Tatort entfernt, sich aber keineswegs von den nachfolgenden Übergriffen der Mitbeschuldigten distanziert, zumal er gewusst habe, dass sich diese noch dort aufhielten. Er habe damit vielmehr deutlich seine Gleichgültigkeit gegenüber dem weiteren Schicksal des Privatklägers zum Ausdruck gebracht. Aufgrund der ihm bekannten Ausgangslage beim Weggehen habe er mit weiteren Fusstritten und Schlägen seiner Kollegen gegen das Opfer rechnen müssen und diese selbst dann gebilligt, wenn er sie nicht mehr mitbekommen haben sollte.

1.2.3. Nachdem die Vorinstanz gestützt auf die Videoaufzeichnungen und die Aussagen der Zeugin willkürfrei zum Schluss gelangt, der Anklagesachverhalt sei erstellt, kann offen bleiben, ob sie die Aussagen des Beschwerdeführers gegenüber der Polizei verwenden durfte. Darauf kommt es nicht an. Auf seinen Einwand, die Aussagen seien infolge Verletzung von Art. 131 StPO unverwertbar, braucht nicht eingegangen zu werden.

2.

Der Beschwerdeführer rügt, der Tatbestand der versuchten schweren Körperverletzung sei nicht erfüllt. Ausserdem sei er nicht Mittäter.

2.1.

2.1.1. Gemäss Art. 122 StGB macht sich der schweren Körperverletzung schuldig, wer einen Menschen lebensgefährlich verletzt (Abs. 1); wer 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 eine andere schwere Schädigung des Körpers oder der körperlichen oder geistigen Gesundheit eines Menschen verursacht (Abs. 3). Nach Art. 123 StGB wird wegen einfacher Körperverletzung bestraft, wer einen Menschen in anderer Weise an Körper oder Gesundheit schädigt. Ein Versuch liegt vor, wenn der Täter sämtliche subjektiven Tatbestandsmerkmale erfüllt und seine Tatentschlossenheit manifestiert hat, ohne dass alle objektiven Tatbestandsmerkmale verwirklicht sind (Art. 22 Abs. 1 StGB; BGE 140 IV 150 E. 3.4; 137 IV 113 E. 1.4.2; je mit Hinweisen).

Das Bundesgericht hat sich in seiner jüngeren Rechtsprechung verschiedentlich mit Körperverletzungen in Folge von Fusstritten gegen den Kopf des Opfers zu befassen gehabt, wobei teils die Abgrenzung der einfachen zur versuchten schweren Körperverletzung teils die Abgrenzung der Körperverletzungsdelikte zur versuchten eventualvorsätzlichen Tötung zur Beurteilung stand (vgl. Urteil 6B 1180/2015 vom 13. Mai 2016 E. 3.1 mit Hinweisen).

2.1.2. Vorsätzlich begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt oder 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. Dass er den Erfolg "billigt", ist nicht erforderlich (BGE 137 IV 1 E.

4.2.3; 133 IV 9 E. 4.1 und 222 E. 5.3, je mit Hinweisen).

Ob der Täter die Tatbestandsverwirklichung in diesem Sinne in Kauf genommen hat, muss das Gericht bei Fehlen eines Geständnisses des Beschuldigten aufgrund der Umstände entscheiden. Dazu gehören die Grösse des dem Täter bekannten Risikos der Tatbestandsverwirklichung, die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung, die Beweggründe des Täters und die Art der Tathandlung. Je grösser die Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung ist und je schwerer die Sorgfaltspflichtverletzung wiegt, desto eher darf gefolgert werden, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen (BGE 135 IV 12 E. 2.3.2; 134 IV 26 E. 3.2.2; 133 IV 9 E. 4.1; je mit Hinweisen). Das Gericht darf vom Wissen 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; 134 IV 26 E. 3.2.2; je mit Hinweisen). Je grösser die Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung ist und je schwerer die Rechtsgutsverletzung wiegt, desto näher liegt die Schlussfolgerung, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen (BGE 135 IV 12 E. 2.3.2; 133 IV 222 E. 5.3).

Eventualvorsatz kann indessen auch vorliegen, wenn der Eintritt des tatbestandsmässigen Erfolgs nicht in diesem Sinne sehr wahrscheinlich, sondern bloss möglich war. Doch darf nicht allein aus dem Wissen des Täters um die Möglichkeit des Erfolgseintritts auf dessen Inkaufnahme geschlossen werden. Vielmehr müssen weitere Umstände hinzukommen (BGE 133 IV 9 E. 4.1 mit Hinweisen). Solche 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 1 E. 4.5; 131 IV 1 E. 2.2).

2.1.3. Weder das StGB noch die StPO enthalten eine Legaldefinition der Täterschaft bzw. Mittäterschaft. Nach der bundesgerichtlichen Praxis gilt als Mittäter, wer bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung eines Deliktes vorsätzlich und in massgebender Weise mit anderen Tätern zusammenwirkt, so dass er als Hauptbeteiligter dasteht. Dabei kommt es darauf an, ob der Tatbeitrag (nach den Umständen des konkreten Falles und dem Tatplan) für die Ausführung des Deliktes so wesentlich ist, dass sie "mit ihm steht oder fällt". Der Mittäter muss bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung der Tat auch tatsächlich mitwirken. Es genügt, dass er sich später den Vorsatz seiner Mittäter zu eigen macht (BGE 135 IV 152 E. 2.3.1; 134 IV 1 E. 4.2.3).

2.2. Nach dem zum Sachverhalt Gesagten verletzt der Schuldspruch wegen versuchter schwerer Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB (i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB) kein Bundesrecht.

2.2.1. Es ist erstellt, dass der Beschwerdeführer dem am Boden liegenden Privatkläger einen kräftigen Fusstritt gegen den Kopf versetzte, als sich dieser gerade aufzurappeln versuchte. Unbestritten ist zudem, dass der Privatkläger Körperverletzungen von "vergleichsweise geringer" Schwere - eine leichte Gehirnerschütterung und eine Bindehautblutung am rechten Auge - erlitten hat. Wie die Vorinstanz zutreffend erwägt, war es im dynamischen, gemäss Darstellung des Beschwerdeführers selbst keine Minute dauernden Geschehen dem Zufall überlassen, ob er den Kopf des Opfer treffen und schwere Verletzungen verursachen würde. Es ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz annimmt, er habe dies mindestens in Kauf genommen. Bei der Kopfregion handelt es sich um einen besonders sensiblen Bereich des menschlichen Körpers und Kopfverletzungen, insbesondere Verletzungen der Hirnregion, können gravierende Folgen nach sich ziehen. Das Bundesgericht hat mehrfach festgehalten, es entspreche der allgemeinen Lebenserfahrung, dass Fusstritte und Faustschläge in den Kopfbereich eines am Boden liegenden Opfers - selbst wenn dieses sich zusammenrollt und den Kopf mit den Händen zu schützen versucht - zu schwerwiegenden Beeinträchtigungen der körperlichen Integrität führen können. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung setzt für die Erfüllung des Tatbestandes der versuchten schweren Körperverletzung nicht voraus, dass neben den eigentlichen Fusstritten oder Schlägen an den Kopf ein aggravierendes Moment, etwa eine besondere Heftigkeit der Tritte, die Wehrlosigkeit des Opfers, die Traktierung mit weiteren Gegenständen oder die Einwirkung mehrerer Personen, hinzutreten muss (Urteil 6B 1180/2015 vom 13. Mai 2016 E. 4.1 mit Hinweisen).

2.2.2. Im Übrigen geht die Vorinstanz zu Recht von Mittäterschaft aus und rechnet dem Beschwerdeführer die unmittelbar nach seinem Entfernen ausgeführten Tatbeiträge der Mitbeschuldigten an (oben E. 1.2.2). Weder spricht gegen Mittäterschaft, dass sich die Beschuldigten nicht ausdrücklich absprachen, noch dass der Beschwerdeführer den Übergriff nicht begann. Darauf kommt es nicht an (oben E. 2.1.3). Ebenso ist ohne Belang, ob ihn der Privatkläger als Mittäter betrachtet und, dass er ihn nicht anzeigte. Der Beschwerdeführer war auch kein unbeteiligter Zuschauer. Die Vorinstanz nimmt zudem nachvollziehbar an, dass er mit seinem

(versuchten) Tritt gegen den Kopf des Privatklägers den Ausgangspunkt für die weiteren Fusstritte setzte, was das Bundesgericht nur unter Willkür Gesichtspunkten prüft (oben E. 1.1). Auch mit seinen weiteren Einwänden gegen die rechtliche Würdigung entfernt sich der Beschwerdeführer vom für das Bundesgericht verbindlich festgestellten Sachverhalt, ohne Willkür darzutun. Dies ist etwa der Fall, wenn er wiederum geltend macht, er habe weder mit den anderen Beschuldigten gemeinsam angegriffen - was die Vorinstanz gar nicht annimmt -, noch habe er mitbekommen, was diese vor oder nach ihm gemacht hätten. Ebenso

wenig kann von einem Exzess der Mittäter die Rede sein, nachdem es der Beschwerdeführer war, der mit den Fusstritten begann und die Mitbeschuldigten augenscheinlich zur Nachahmung inspirierte.

3.

Der Beschwerdeführer kritisiert die Strafzumessung.

3.1. Das Bundesgericht hat die Grundsätze der Strafzumessung nach Art. 47 ff. StGB wiederholt dargelegt (BGE 136 IV 55 E. 5.4 ff.; 134 IV 17 E. 2.1; je mit Hinweisen). Entsprechendes gilt für die Bildung der Einsatz- und der Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB in Anwendung des Asperationsprinzips (BGE 141 IV 61 E. 6.1.2; 132 IV 102 E. 8 f.; je mit Hinweisen). Darauf kann verwiesen werden. Das Sachgericht hat die für die Strafzumessung erheblichen Umstände und deren Gewichtung festzuhalten und seine Überlegungen in den Grundzügen wiederzugeben, so dass die Strafzumessung nachvollziehbar ist. Dabei steht ihm ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Das Bundesgericht greift in die Strafzumessung nur ein, wenn die Vorinstanz den gesetzlichen Strafraum über- oder unterschritten hat, wenn sie von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen ist oder wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen bzw. in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens falsch gewichtet hat.

3.2. Die Vorinstanz begründet die Strafzumessung ausführlich und überzeugend. Es ist nicht ersichtlich, dass sie sich von sachfremden Kriterien hätte leiten lassen oder dass ihr zustehende Ermessen überschritten hätte.

3.2.1. Zunächst geht die Vorinstanz angesichts der mittäterschaftlichen Vorgehensweise nachvollziehbar für alle Beschuldigten von einer objektiven Tatschwere im unteren mittleren Bereich aus und setzt die hypothetische Einsatzstrafe, ausgehend von einem Strafraum für die schwere Körperverletzung zwischen 180 Tagessätzen Geldstrafe und zehn Jahren Freiheitsstrafe, auf jeweils 54 Monate fest. Sie tut dies ausdrücklich unter Berücksichtigung vergleichbarer Fälle, wobei sie die erstinstanzliche hypothetische Einsatzstrafe von 60 Monaten erheblich reduziert. Alsdann hält sie dem Beschwerdeführer mit Bezug auf die subjektive Tatschwere zugute, dass er den kleinsten Tatbeitrag geleistet habe, was nach dem Gesagten nachvollziehbar ist. Entsprechend nimmt sie eine erhebliche Minderung auf 38 Monate vor. Sie berücksichtigt dabei namentlich, dass der Beschwerdeführer als erster gegen den am Boden liegenden Privatkläger tätlich wurde und damit zur weiteren Eskalation beitrug, dass er anschliessend in der Nähe verblieb sowie, dass sein Eingreifen ohne jeden Grund erfolgte, da er an der verbalen Auseinandersetzung im Club nicht beteiligt war. Wenn die Vorinstanz dies als äusserst niederträchtig betrachtet und das Motiv des Beschwerdeführers

daher nicht neutral wertet, weil es ihm, mehr noch als den Mitbeschuldigten, ohne Weiteres möglich gewesen wäre, sich zu distanzieren oder gar helfend einzugreifen, ist dies nachvollziehbar. Gleiches gilt für die leichte Verschuldensminderung aufgrund der Alkoholisierung. Die Vorinstanz nimmt ferner für alle Beschuldigten eine Reduktion um 8 Monate vor, weil es beim Versuch geblieben ist, was angesichts des mittäterschaftlichen Handelns und der festgestellten grossen Nähe des hypothetischen tatbestandsmässigen Erfolges nicht zu beanstanden ist. Die derart ermittelte hypothetische Einsatzstrafe von 30 Monaten ist auch mit einem gerade noch leichten Verschulden vereinbar.

3.2.2. Die Vorinstanz begründet auch die Täterkomponente nachvollziehbar. Dies gilt insbesondere, wenn sie die Vorstrafen strafferhöhend wertet, da diese, wenngleich nicht einschlägig, angesichts der Delinquenz während laufenden Probezeiten eine äusserst bedenkliche Gleichgültigkeit gegenüber der Rechtsordnung zeigten. Der Beschwerdeführer beanstandet die Straferhöhung um sechs Monate denn auch nicht. Entgegen seiner Auffassung nicht zu beanstanden ist schliesslich, dass die Vorinstanz sein Nachtatverhalten neutral wertet. Ihr ist zuzustimmen, dass von einem von echter Einsicht ins Unrecht der Tat getragenen Geständnis keine Rede sein kann. Der Beschwerdeführer hat sein Verhalten noch vor Berufungsgericht bagatellisiert und tut dies letztlich weiterhin, wenn er geltend macht, er habe nur zum Schein und nicht mit Wucht zugetreten. Daran ändert nichts, dass er nach Vorhalt des Videos zugab, er sei auf dem Video sichtbar. Dies liess sich offensichtlich nicht

leugnen. Daraus kann der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten. Weitere Rügen bringt er nicht vor. Die von der Vorinstanz auf 36 Monate festgesetzte Freiheitsstrafe, welche sie in Anwendung des Verbots der Reformatio in peius auf das Niveau der erstinstanzlichen Strafe reduziert, ist bundesrechtskonform. Gleiches gilt für die negative Legalprognose und damit einhergehend die Anordnung des Vollzugs, sowie die Verlängerung der Probezeit bezüglich einer Vorstrafe von 2011.

4.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist infolge Aussichtslosigkeit abzuweisen (Art. 64 Abs. 1 BGG). Die Gerichtskosten sind dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Bei deren Festsetzung ist seiner finanziellen Situation Rechnung zu tragen (Art. 65 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 1'200.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

4.

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

Lausanne, 26. April 2018

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Matt