

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 936/2017

Urteil vom 9. Februar 2018

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,
Bundesrichter Rüedi,
Gerichtsschreiber Weber.

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

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, 8090 Zürich,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Willkür; Gehilfenschaft zum gewerbsmässigen betrügerischen Missbrauch einer
Datenverarbeitungsanlage,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 24. Mai
2017 (SB170039-O/U/cwo).

Sachverhalt:

A.
Das Bezirksgericht Bülach erklärte X. _____ am 11. Oktober 2016 der Gehilfenschaft zum
gewerbsmässigen betrügerischen Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage schuldig und verurteilte
ihn unter Anrechnung der erstandenen Haft von 29 Tagen zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 14
Monaten. Vom Vorwurf der gewerbsmässigen Hehlerei sprach es ihn frei.

B.
Gegen diesen Entscheid erhob X. _____ Berufung. In teilweiser Gutheissung der Berufung
bestrafte ihn das Obergericht des Kantons Zürich am 24. Mai 2017 wegen Gehilfenschaft zum
gewerbsmässigen betrügerischen Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage mit einer bedingten
Geldstrafe von 330 Tagessätzen zu Fr. 100.--, unter Anrechnung der erstandenen Haft von 29 Tagen.
Das Obergericht hält zusammengefasst folgenden Sachverhalt für erwiesen:
X. _____ stellte A. _____ und/oder B. _____ seine Wohnadresse für Warenlieferungen zur
Verfügung. Er wusste, dass diese oder weitere unbekannte Täter (nachfolgend: Haupttäter) die Waren
(Elektroartikel wie Fernsehgeräte, Mobiltelefone, Computer, Monitore, Kaffeemaschinen,
Fotokameras, Audiogeräte, etc.) unter Benutzung zuvor gestohlener Kreditkarten bzw.
Kreditkartendaten über das Internet bestellten, ohne dafür Zahlung geleistet zu haben. Sie vertrauten
mit Bedacht darauf, dass der Missbrauch zur Zeit der Bestellung noch nicht bemerkt worden und es
dem jeweiligen Kreditkartenunternehmen noch nicht möglich war, die entsprechenden Vorkehrungen
(Kartensperre) zu treffen. Aufgrund der bestellten Mengen vertrauten sie auch darauf, es werde von
einer Einzelüberprüfung der Bestellerangaben abgesehen. Dadurch wurden die
Kreditkartenunternehmen geschädigt, zumal die Kreditkarteninhaber ihrerseits keine Zahlungen an die
Kreditkartenunternehmen leisten würden. X. _____ bewahrte auf diese Weise erhaltene Waren im
Gegenwert von über Fr. 60'000.-- vorläufig bei sich zu Hause auf und gab sie auf Verlangen den
Haupttätern heraus.

C.

X. _____ führt Beschwerde in Strafsachen. Er beantragt, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und er sei vom Vorwurf der Gehilfenschaft zum gewerbsmässigen betrügerischen Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage freizusprechen. X. _____ ersucht um unentgeltliche Rechtspflege.

Erwägungen:

1.

1.1. Der Beschwerdeführer rügt eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung. Die Vorinstanz beachte wiederholt die wissenschaftlichen Standards der Aussageanalyse nicht, lasse die Motivationsanalyse, die Erinnerungslehre sowie das Gefährlichkeitskalkül ausser Acht und verletze damit den Grundsatz "in dubio pro reo". Die Vorinstanz begründe nicht, welche seiner Aussagen verschwommen sowie ausweichend seien und welche Vorwürfe er nicht abstreite, aber jeweils geltend mache, sich nicht zu erinnern. Damit verletze sie ihre Begründungspflicht. Der Beschwerdeführer bestreitet insbesondere die in der Nachtrags-Anklage vom 20. September 2016 genauer umschriebene Entgegennahme von vier Mobiltelefonen von C. _____. Es sei falsch, dass er von diesem mehrere Pakete mit Mobiltelefonen und ein Parfum in Empfang genommen habe. C. _____ habe ihn anlässlich der Personenidentifikation nicht mit dem angesichts seines Alters besonderen Merkmal silbergrauer Haare beschrieben. Zudem habe die Vorinstanz nicht berücksichtigt, dass er nahezu einwandfrei Deutsch spreche, C. _____ aber ausgesagt habe, er spreche schlecht Deutsch. Dieser habe auch ausgeführt, er (der Beschwerdeführer) habe einen grauen VW Golf GTI gelenkt. Der VW Golf GTI seiner Familie sei jedoch "silbrig oder dergleichen". Trotz eines von C. _____ behaupteten Telefonanrufs zur Vereinbarung des Treffpunkts befinde sich kein entsprechender Verbindungsnachweis in den Akten. C. _____ habe ihn zunächst nicht wiedererkannt und später steigende Wiedererkennungswahrscheinlichkeiten von 10 bis 100 % zu Protokoll gegeben. Die falsche Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz beruhe auf einer Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör. Er habe von einem korrekten Verhalten der Haupttäter ausgehen dürfen.

1.2.

1.2.1. Gemäss Art. 97 Abs. 1 BGG kann die Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Verletzung von schweizerischem Recht im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann. Offensichtlich unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich im Sinne von Art. 9 BV ist (BGE 143 IV 241 E. 2.3.1; 143 I 310 E. 2.2; je mit Hinweis). Willkür liegt nach ständiger Rechtsprechung nur vor, wenn die vorinstanzliche Beweiswürdigung schlechterdings unhaltbar ist, d.h. wenn die Behörde in ihrem Entscheid von Tatsachen ausgeht, die mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehen oder auf einem offenkundigen Fehler beruhen. Dass eine andere Lösung ebenfalls möglich erscheint, genügt nicht (BGE 143 IV 241 E. 2.3.1 mit Hinweisen). Die Rüge der Willkür muss in der Beschwerde explizit vorgebracht und substantiiert begründet werden (Art. 106 Abs. 2 BGG). Auf eine rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid, wie sie z.B. im Berufungsverfahren vor einer Instanz mit voller Kognition vorgebracht werden kann, tritt das Bundesgericht nicht ein (BGE 142 III 364 E. 2.4 S. 368).

Dem Grundsatz "in dubio pro reo" als Beweiswürdigungsmaxime und der in Art. 10 Abs. 1 StPO, Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK gewährleisteten Unschuldsvermutung kommt keine über das Willkürverbot (Art. 9 BV) hinausgehende Bedeutung zu (BGE 138 V 74 E. 7; 127 I 38 E. 2a).

1.2.2. Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör folgt die Pflicht der Behörden, ihren Entscheid zu begründen. Die Begründung muss kurz die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die es seinen Entscheid stützt. Die Behörde darf sich aber auf die wesentlichen Gesichtspunkte beschränken und muss sich nicht ausdrücklich mit jeder tatsächlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen und diese widerlegen. Es genügt, wenn sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann (BGE 141 III 28 E. 3.2.4 S. 41; 139 IV 179 E. 2.2 S. 183; 138 IV 81 E. 2.2 S. 84; je mit Hinweisen; Urteil 6B 204/2016 vom 8. Dezember 2016 E. 2.3.2).

1.3.

1.3.1. Der Beschwerdeführer scheint zu verkennen, dass das Bundesgericht keine Appellationsinstanz ist, die eine freie Beweiswürdigung vornimmt. Er zeigt nicht auf, inwieweit die Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Entscheid gestützt auf die nicht als unverwertbar gerügten Beweise schlechterdings unhaltbar sein sollen, sondern wiederholt weitgehend lediglich seine von der Vorinstanz im Berufungsverfahren verworfene Sichtweise der Dinge und kommentiert einzelne vorinstanzliche Erwägungen mit eigenen Darstellungen und Wahrnehmungen. Dass die Beweiswürdigung der Vorinstanz mit diesen nicht übereinstimmt, vermag jedoch keine Willkür aufzuzeigen (vgl. BGE 138 I 305 E. 4.3 mit Hinweisen). Die Vorinstanz gelangt willkürfrei zum Schluss, der angeklagte Sachverhalt sei rechtsgenügend erstellt (angefochtenes Urteil, E. 3.4 S. 19). Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ist die umfassende und nachvollziehbare vorinstanzliche Analyse seiner Aussagen nicht zu beanstanden. Es erscheint nicht willkürlich, wenn die Vorinstanz die Aussagen des Beschwerdeführers vorliegend als insgesamt hochgradig unglaubhaft bezeichnet (vgl. angefochtenes Urteil, E. 3.3.2 S. 15). Sie stellt u.a. zutreffend fest, dass der Beschwerdeführer seine

Aussagen laufend dem Stand des Untersuchungsergebnisses anpasste, äusserst vage blieb und kaum nachvollziehbare Erinnerungslücken geltend machte. So sagte er zunächst aus, gar nichts über die sichergestellten Waren zu wissen. In der Folge gestand er dennoch ein, diese sowie drei weitere Schachteln seien von den Haupttätern abgeholt worden. Einige Einvernahmen später gestand er angesichts der ihm vorgelegten Unterlagen die Entgegennahme von rund 30 belegten Warenlieferungen und ca. 10 bis 15 weiteren Geräten ein, um schliesslich - nachdem die Polizei wiederum umfangreiche Abklärungen tätigte - anzuerkennen, dass er mehr als 60 verschiedene Geräte lagerte und teilweise den Haupttätern übergab (vgl. angefochtenes Urteil, E. 3.3.2 S. 14; kant. Akten, act. 5/1 S. 8 ff., act. 5/2 S. 4, act. 5/5 S. 3, act. 5/6 S. 1 ff., act. 6/8 S. 2). Die kaum nachvollziehbaren Kommentierungen des Beschwerdeführers zu diesen vorinstanzlichen Feststellungen belegen keine Willkür. Solche ergibt sich auch nicht aus seinen Einwänden bezüglich des Treffens mit C._____ zwecks Übergabe von vier Mobiltelefonen. Die diesbezügliche Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz basiert darauf, dass sowohl ein mit Namen und Adresse von C._____ versehenes Paket als

auch die damit gelieferten Mobiltelefone beim Beschwerdeführer vorgefunden wurden und C._____ ihn als Abnehmer bezeichnete (vgl. angefochtenes Urteil, E. 3.3.4 f. S. 15 ff.). Es ist kein offensichtlicher Mangel, wenn die Vorinstanz auch auf die Schilderungen von C._____ abstellte, nachdem dieser den Beschwerdeführer mittels Alter, Statur, Grösse und der Tatsache, dass er eine Brille trage, offenbar korrekt identifizierte. Die vom Beschwerdeführer geltend gemachte fehlende Nennung seiner angeblich besonderen Haarfarbe und die möglicherweise falsche Einschätzung seiner Sprachbeherrschung ändern daran nichts. Unerfindlich ist die in diesem Zusammenhang vom Beschwerdeführer vorgebrachte Kritik zur Identifikation anhand des Fahrzeugs, welches er nach Aussage von C._____ anlässlich des Treffens zur Übergabe des Pakets gelenkt habe. Dass der VW Golf GTI seiner Familie "silbrig oder dergleichen" sei, deckt sich durchaus mit der Aussage von C._____, das Fahrzeug sei grau gewesen, ist die Farbe Silber doch ein Farbton der grauen Farbe und die Farbwiedergabe abhängig von den Lichtverhältnissen sowie dem betreffenden Material. Zwar konnte C._____ den Beschwerdeführer nicht auf Anhieb zweifelsfrei identifizieren. Die diesbezügliche vorinstanzliche Deutung als dessen Bemühung, wahrheitsgemäss auszusagen, ist vor dem Hintergrund der nächtlichen Übergabe und der Begegnung von nur wenigen Sekunden, nicht unhaltbar. Demgegenüber leuchtet die Aussage des Beschwerdeführers, er habe C._____ noch nie gesehen und das an diesen adressierte Paket mit den Mobiltelefonen sei eines Tages einfach in seinem Briefkasten gelegen (vgl. kant. Akten, act. 5/2 S. 9; Beschwerde, S. 17), nicht ein.

Die Vorinstanz legt sodann überzeugend dar, weshalb der Beschwerdeführer zumindest billigend in Kauf genommen habe, dass die Waren auf unrechtmässige Art und Weise erhältlich gemacht worden seien. Für den Nachweis des Vorsatzes kann sich das Gericht - soweit der Täter nicht geständig ist - regelmässig nur auf äusserlich feststellbare Indizien und auf Erfahrungsregeln stützen, die ihm Rückschlüsse von den äusseren Umständen auf die innere Einstellung des Täters erlauben. Zu den äusseren Umständen, aus denen der Schluss gezogen werden kann, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen, zählen namentlich die Grösse des dem Täter bekannten Risikos der Tatbestandsverwirklichung und die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung. Je grösser dieses Risiko ist und je schwerer die Sorgfaltspflichtverletzung wiegt, desto eher darf gefolgert werden, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen (BGE 134 IV 26 E. 3.2.2 mit Hinweisen). Die Vorinstanz begründet den Vorsatz des Beschwerdeführers u.a. mit seinem schlechten Gewissen, welches sich etwa aus dem hiavor wiedergegebenen Aussageverhalten des Beschwerdeführers sowie daraus ergebe, dass von ihm zu erwarten gewesen wäre, die Beamten am Morgen der

Hausdurchsuchung sofort über seine angebliche Abmachung betreffend ein angeblich legales Geschäftsmodell mit den Haupttättern aufzuklären, wenn er sich keiner Schuld bewusst gewesen sei (vgl. angefochtenes Urteil, E. 3.3.6 S. 17 f.). Weshalb diese Beweiswürdigung offensichtlich unrichtig und damit geradezu willkürlich sei, legt der Beschwerdeführer - wozu er gemäss Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG verpflichtet gewesen wäre (vgl. E. 1.2.1 hiervor) - nicht substantiiert dar. Behauptungen wie diejenige, er habe den Polizisten nicht richtig verstanden, genügen dazu jedenfalls nicht und stichhaltige Gründe sind nicht erkennbar.

1.3.2. Was der Beschwerdeführer mit der ebenfalls geltend gemachten Verletzung der Begründungspflicht vorbringt, geht im Wesentlichen nicht über seine Rügen zur Beweiswürdigung hinaus. Die Vorinstanz kommt entgegen seiner Kritik aber ohnedem auch im Zusammenhang mit den ihm vorgeworfenen fehlenden Bestreitungen und ausweichenden sowie verschwommenen Antworten ihrer Begründungspflicht nach. Zwar verweist sie nach diesen Vorwürfen lediglich noch auf eine Seite einer einzelnen Einvernahme (vgl. angefochtenes Urteil, E. 3.3.2 S. 15). Ihre Überlegung ist aber ohne Weiteres anhand ihrer Ausführungen zur Glaubhaftigkeit des Beschwerdeführers in derselben Erwägung nachvollziehbar. Ebenda stellt die Vorinstanz sein Aussageverhalten mit verschiedenen konkreten und auch zu obgenannten Vorwürfen einschlägigen Zitaten dar (vgl. angefochtenes Urteil, E. 3.3.2 S. 9 ff.). Im Übrigen lassen sich in den zahlreichen Einvernahmen zusätzliche entsprechende Aussagen des Beschwerdeführers finden (vgl. kant. Akten, act. 5/1-9 und 6/1-9). Soweit der Beschwerdeführer über die Begründungspflicht der Vorinstanz hinaus und pauschal eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend macht, begründet er diese Rüge entgegen der ihm obliegenden Begründungspflicht nach Art. 42 Abs. 2 BGG nicht.

2.

2.1.

2.1.1. Der Beschwerdeführer macht weiter eine Verletzung von Art. 146 und 147 StGB geltend. Das Risikomanagement bei den Kreditkartenbestellungen habe nur von einem Menschen wahrgenommen werden können und sei durch menschliche Entscheidungsprozesse abgedeckt gewesen, weshalb nur der Tatbestand des Betrugs nach Art. 146 StGB in Frage komme. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz habe er unter Berufung des Schlussberichtes der Polizei den Einsatz von Proxy-Servern und damit Verdachtsmomente geltend gemacht. Mitarbeiter der Verkäufer und der Kreditkartenunternehmen hätten die Transaktionen kontrolliert. Die Verkäufer hätten ihre vertraglichen Pflichten gegenüber der Kreditkartenunternehmen verletzt. Vollautomatische Kreditkartentransaktionen gebe es nicht und es sei offensichtlich, dass solche von einem Menschen begleitet werden müssen.

2.1.2. Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, die Vorinstanz habe Art. 147 StGB verletzt, indem sie diese Norm nicht betrugsnah und deren Tatbestandselement "unbefugt" subjektiv auslege. Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gemäss BGE 129 IV 315 könne nicht gefolgt werden. Für eine Strafbarkeit nach Art. 147 StGB sei eine konkludente arglistige Täuschung erforderlich. Ferner hätten die Haupttäter die Daten, auch wenn sie ursprünglich deliktisch erstanden worden seien, käuflich im Darknet erworben. Da Datenhehlerei nicht strafbar sei, seien die Haupttäter an den Daten subjektiv berechtigt. Er habe damit keine Daten unbefugt verwendet.

2.1.3. Der Beschwerdeführer wendet schliesslich ein, die Vorinstanz habe das Prinzip der Stoffgleichheit verletzt. Die Haupttäter hätten Elektroartikel und nicht Geld als Vermögensvorteil angestrebt. Die Verkäufer der Waren hätten keinen Schaden gehabt. Wenn das jeweilige Kreditkartenunternehmen die jeweiligen Verkäufer bezahlt habe, sei nicht ersichtlich, was dies mit ihm zu tun habe. Die Verkäufer hätten von den Kartenmissbräuchen gewusst und seien gegenüber den Kreditkartenunternehmen schadenersatzpflichtig geworden. Empfang, Zwischenlagerung und Herausgabe von Waren seien keine Hilfeleistungen für die Bezahlung der Verkäufer durch die Kreditkartenunternehmen.

2.2.

2.2.1. Die Vorinstanz erwägt zur Anwendbarkeit des Art. 147 StGB bei einer Kreditkartenbestellung sei nicht zwingend ein Mensch involviert. Ein Verkäufer (Vertragsunternehmen der Kreditkartenunternehmen) sei nicht verpflichtet, jede Bestellung zu überprüfen, sondern nur bei Verdachtsmomenten. Vorliegend habe es sogar nach Darstellung des Beschwerdeführers keine

solchen ungewöhnlichen Verdachtsmomente gegeben, weshalb auch keine Prüfung der Bestellungen durch einen Menschen zu erfolgen gehabt habe. Die Bestellungen seien automatisiert abgelaufen und es sei eine Maschine und kein Mensch getäuscht worden (vgl. angefochtenes Urteil, E. 4.1 S. 20).

2.2.2. Die Vorinstanz verweist bezüglich des Schuldspruchs weiter auf die Erwägungen der ersten Instanz (angefochtenes Urteil, E. 4.1 S. 19). Demnach habe die Täterschaft unbefugt deliktisch erlangte Kreditkarten verwendet. Es seien an sich richtige Daten verwendet worden, jedoch habe die Berechtigung zur Benutzung dieser Daten gefehlt. Die Frage, ob es nötig sei, dass die Daten besonders durch den Zugriff durch Unbefugte gesichert und diese Sicherung im Einzelfall unterlaufen werde, sei durch das Bundesgericht bereits verneint worden (BGE 129 IV 315 E. 2.2.3). Es könne damit auch keine Rolle spielen, ob die Verkäufer für die Kreditkartenzahlungen jeweils Überprüfungsvorkehrungen getroffen hätten. Dennoch sei angemerkt, dass es im multinationalen Internetgeschäft durchaus nicht allzu ungewöhnlich sei, wenn IP-Adresse, BIN und Bestellort jeweils unterschiedlichen Ländern zuzuordnen seien (vgl. erstinstanzliches Urteil, E. 2.1.3 f. S. 13 ff.).

2.2.3. Betreffend das Prinzip der Stoffgleichheit geht die Vorinstanz implizit davon aus, dieses müsse auch bei Anwendung von Art. 147 StGB gewahrt werden. Sie erachtet es indessen als nicht verletzt. Die Haupttäter hätten die bestellten Elektrogeräte erhalten, dafür aber den Kaufpreis nicht entrichtet. Um diesen Kaufpreis seien die Verkäufer bzw. die Kreditkartenunternehmen geschädigt worden (vgl. angefochtenes Urteil, E. 4.1 S. 20).

2.3. Gemäss Art. 147 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, durch unrichtige, unvollständige oder unbefugte Verwendung von Daten oder in vergleichbarer Weise auf einen elektronischen oder vergleichbaren Datenverarbeitungs- oder Datenübermittlungsvorgang einwirkt und dadurch eine Vermögensverschiebung zum Schaden eines andern herbeiführt oder eine Vermögensverschiebung unmittelbar darnach verdeckt. Handelt der Täter gewerbsmässig, so wird er nach Abs. 2 derselben Bestimmung strenger bestraft.

Der Tatbestand wurde geschaffen, um den sogenannten Computerbetrug unter Strafe zu stellen, der u.a. mangels Täuschung eines Menschen nicht unter den klassischen Betrugstatbestand (Art. 146 StGB) fällt. An die Stelle der arglistigen Täuschung und der Irrtumserweckung oder -bestärkung beim Geschädigten tritt die Manipulation der Datenverarbeitung und das Erzielen eines unzutreffenden Ergebnisses der Datenverarbeitung. An die Stelle der Vermögensdisposition des Betrugsopfers tritt die von der Datenverarbeitungsanlage (Computer) vorgenommene Vermögensverschiebung zum Schaden eines andern. Die Vermögensverschiebung muss wie beim Betrug einen Schaden bewirken (vgl. Art. 146 Abs. 1 und 147 Abs. 1 StGB; BGE 129 IV 315 E. 2.1; Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes [strafbare Handlungen gegen das Vermögen und Urkundenfälschung] vom 24. April 1991, BBl 1991 II 969 ff., 1020 und 1022 Ziff. 213.14).

Die Alternative der unbefugten Verwendung von Daten kennzeichnet sich dadurch, dass der Täter, ohne dazu berechtigt zu sein, "an sich richtige Daten" verwendet und einen formal "richtigen" Datenverarbeitungsvorgang einleitet. Die vom Tatbestand umfasste Verwendung der Daten führt zu einem demgegenüber im Ergebnis unzutreffenden Datenverarbeitungs- oder Datenübermittlungsvorgang (vgl. BGE 129 IV 315 E. 2.1, 22 E. 4.2; je mit Hinweisen). Irrelevant ist deshalb, auf welche Art und Weise der Täter die Daten erlangte (vgl. Urteil 6S.247/2001 vom 10. Mai 2001, E. 2a und 2b, wo der Täter die Daten infolge einer falschen Adressmutation der Bank zugestellt erhielt; Gerhard Fiolka, in: Basler Kommentar, Strafrecht II, 3. Aufl. 2013, N. 11 zu Art. 147 StGB; Andreas Donatsch, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 10. Aufl. 2013, S. 250; Matthias Ammann, Sind Phishing-Mails strafbar?, AJP 2006, S. 199; Niklaus Schmid, Computer- sowie Check- und Kreditkartenkriminalität, 1994, § 7/StGB 147 N. 65).

2.4.

2.4.1. Das angefochtene Urteil ist auch bezüglich der Anwendung von Art. 147 StGB nicht zu beanstanden. Es entspricht dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, den Einsatz einer Kreditkarte durch einen Unberechtigten im automatisierten, also vorab elektronischen Zahlungsverkehr, als Fall unbefugter Verwendung von Daten im Sinne von Art. 147 StGB zu betrachten und durch diesen Tatbestand zu erfassen. Lediglich bei konventioneller Verwendung der Karte, z.B. bei Vorlage der Kreditkarte in einem Verkaufsgeschäft, soll Art. 146 StGB anwendbar sein (vgl. BBl 1991 II 1022 Ziff. 213.14). Nach der tatsächlichen Feststellung der Vorinstanz haben die Haupttäter zuvor gestohlene Kreditkarten bzw. Kreditkartendaten für Bestellungen über das Internet verwendet. Dass an den jeweiligen Transaktionsabwicklungen Menschen getäuscht wurden, stellt die

Vorinstanz nicht fest. Wie sie zu Recht erwägt, ist bei einer Kreditkartenbestellung nicht zwingend ein Mensch involviert. Gerade bei Bestellungen von Elektroartikeln über das Internet wie im vorliegenden Fall ist von Massengeschäften auszugehen, weshalb eine automatisierte, elektronische Durchführung auf der Hand liegt. Soweit der Beschwerdeführer demgegenüber geltend macht, es seien Menschen involviert gewesen und deshalb ausschliesslich Art. 146 StGB anwendbar, entfernt er sich in unzulässiger Weise vom verbindlichen Sachverhalt der Vorinstanz (Art. 105 Abs. 1 BGG), ohne eine willkürliche Beweiswürdigung (Art. 9 BV) darzutun. Ob die Verkäufer gegenüber den Kreditkartenunternehmen vertraglich zur Wahrung von Sicherheitsmassnahmen verpflichtet sind, spielt für die Beurteilung der Anwendung von Art. 147 StGB sodann keine Rolle. Entscheidend ist, ob im Verhältnis zwischen den Haupttätern und den jeweiligen Verkäufern die Täuschung eines Menschen oder wie vorliegend die Manipulation der Datenverarbeitung durch unbefugte Verwendung von Daten im Vordergrund steht. Dafür, dass die Täter etwa die Daten Mitarbeitern der Verkäufer zwecks Weiterverwendung zukommen liessen und sie diese nicht wie bei Internetbestellungen üblich selber und unmittelbar in Datenverarbeitungsanlagen eingaben, bestehen keine Hinweise. Selbst wenn von der Darstellung des Beschwerdeführers auszugehen wäre, wonach ein Mensch - nach der unmittelbaren Datenverwendung durch die Täter - die Transaktion zur Verhinderung von Missbrauch kontrolliert, wäre dieser dabei ebenfalls auf technologische Sicherheitssysteme (wie etwa Transaktionsmonitoring, Scoring, 3-D Secure, Transport Layer Security etc., vgl. dazu etwa Stengel/Weber, Digitale und mobile Zahlungssysteme, Technologie, Verträge und Regulation von Kreditkarten, Wallets und E-Geld, 2016, S. 33 Rz. 134; Rolf H. Weber, E-Commerce und Recht, Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen, 2. Aufl. 2010, S. 596), mit anderen Worten auf Datenverarbeitungsanlagen, angewiesen. Die auch in einer solchen Konstellation bereits vorgenommene Datenmanipulation verdrängt die denkbare Täuschung eines Menschen und damit auch den Tatbestand des Betrugs in den Hintergrund. Die Vorinstanz verletzt durch die Anwendung von Art. 147 StGB mithin kein Bundesrecht.

2.4.2. Dem Beschwerdeführer ist auch nicht zu folgen, wenn er eine "betrugsnahe Auslegung" von Art. 147 StGB und Rechtsprechungsänderung betreffend das Tatbestandselement "unbefugt" fordert. Auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Verwendung der Daten dann unbefugt im Sinne von Art. 147 StGB ist, wenn zu einem im Ergebnis unzutreffenden Datenverarbeitungs- oder Übermittlungsvorgang führt (vgl. E. 2.3 hiervor), ist nicht zurückzukommen. Der Standpunkt des Beschwerdeführers, es sei eine arglistige Täuschung erforderlich, wird auch von der Lehre nicht vertreten. Vereinzelt wird immerhin gefordert, dass die unbefugte Datenverwendung Täuschungselemente enthalten müsse (vgl. Niklaus Schmid, Computer- sowie Check- und Kreditkartenkriminalität, 1994, § 7/StGB 147 N. 61). Zwar hat sich der Gesetzgeber bei der Schaffung des Tatbestandes des betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage um eine Symmetrie zum Betrug bemüht und sich an diesen Tatbestand angelehnt. Einen durch arglistige Täuschung bewirkten oder bestärkten Irrtum setzt der Gesetzgeber beim betrügerischen Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage im Gegensatz zum klassischen Betrugstatbestand aber gerade nicht voraus, sondern ersetzte diese

Tatbestandsvoraussetzungen mit der Manipulation und dem Erzielen eines unzutreffenden Ergebnisses der Datenverarbeitung (vgl. E. 2.3 hiervor). Folglich ist für einen Schuldspruch nach Art. 147 StGB entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers und gemäss bisheriger Rechtsprechung keine arglistige Täuschung erforderlich. Das Argument des Beschwerdeführers, der Haupttäter habe die Kreditkartendaten im Darknet erworben und daher nicht unbefugt verwendet, geht sodann an der Sache vorbei. Dies unabhängig davon, dass sich die Einzelheiten der Beschaffung der Daten nicht aus dem für das Bundesgericht verbindlich festgestellten Sachverhalt ergeben (Art. 105 Abs. 1 BGG) und die Daten selbst nach Ansicht des Beschwerdeführers zumindest ursprünglich deliktisch erworben worden waren. Denn entscheidend ist nicht die Art der Beschaffung der Daten, sondern das Ergebnis derer Verwendung (vgl. E. 2.3 hiervor). Da vorliegend nicht die berechtigten Kreditkarteninhaber, sondern eben die an den Kreditkartendaten nicht berechtigten Haupttäter Waren bestellten, führte die Verwendung dieser Daten zu unzutreffenden Datenverarbeitungs- oder Datenübermittlungsvorgängen und das objektive Tatbestandsmerkmal einer unbefugten Verwendung ist erfüllt.

2.4.3. Ob der Haupttäter einen "Vermögensvorteil" in Form von Elektroartikeln oder von Geld anstrebte, ist unerheblich. Erforderlich ist in objektiver Hinsicht (nebst der Manipulation der Datenverarbeitung und des Erzielens eines unzutreffenden Ergebnisses der Datenverarbeitung) eine Vermögensverschiebung zum Schaden eines andern. Nachdem die Täter die Kreditkartendaten für die Bestellungen von Waren im Internet ohne Gegenleistung verwendeten, kam es bereits zum Zeitpunkt der Transaktionen mit entsprechenden Verbuchungen auf den jeweiligen Zahlkontos zu

Vermögensverschiebungen. Zwar mag zutreffen, dass die Verkäufer (Vertragsunternehmen), die Kreditkartenunternehmen oder gegebenenfalls auch die Kreditkarteninhaber untereinander Schadenersatzansprüche haben könnten. Wer schlussendlich den Schaden der jeweiligen Vermögensverschiebungen zu tragen hat, kann für die Frage des Schuldspruchs des Beschwerdeführers indessen offen bleiben, denn der Schaden muss nicht bei der Person eintreten, deren Computer die Vermögensverschiebung vornimmt (vgl. BBl 1991 II 1022 Ziff. 213.14). Für die Annahme eines Vermögensschadens genügt sodann eine auch bloss vorübergehende Schädigung (BGE 129 IV 124 E. 3.1 S. 125; 121 IV 104 E. 2c S. 108; je mit Hinweisen). Entscheidend ist damit ausschliesslich, ob ein anderer als die Täter zu einem (auch nur vorübergehenden) Vermögensschaden kam. Dass dies vorliegend der Fall ist, bedarf keiner weiteren Erörterungen. Die Argumentation des Beschwerdeführers ist zudem widersprüchlich, da nach seinem Standpunkt die Verkäufer einerseits keinen Schaden erlitten hätten, sie aber andererseits gegenüber den Kreditunternehmen schadenersatzpflichtig seien. Rückforderungsansprüche und Schadenersatzleistungen schliessen einen Schaden nicht aus, sondern setzen ihn begrifflich voraus. Dass die Haupttäter in subjektiver Hinsicht vorsätzlich und in Absicht unrechtmässiger Bereicherung handelten, ist ebenfalls unstrittig. Der Schuldspruch der Vorinstanz wegen Gehilfenschaft zum gewerbmässigen betrügerischen Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage hält mithin vor Bundesrecht stand.

3.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist in Anwendung von Art. 64 BGG wegen Aussichtslosigkeit abzuweisen. Der finanziellen Lage des Beschwerdeführers ist mit reduzierten Gerichtskosten 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, I. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 9. Februar 2018

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Weber