

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB190010-O/U/mc-cs

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Ruggli, Präsident, Ersatzoberrichterin lic. iur. Bantli Keller und Ersatzoberrichter lic. iur. Kessler sowie die Gerichtsschreiberin MLaw Baechler

Urteil vom 11. Juni 2019

in Sachen

1. **A.** _____,

2. ...

Beschuldigter und Berufungskläger

1 verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Hausfriedensbruch**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 22. August 2018 (GG180122)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 22. Mai 2018 (Urk. 16/4) ist diesem Urteil beigeheftet.

Verfügung der Vorinstanz:

1. Der Prozess Nr. GG180123-L wird mit dem vorliegenden Prozess Nr. GG180122-L vereinigt und unter der letztgenannten Prozessnummer weitergeführt.
2. Der Prozess Nr. GG180123-L wird als dadurch erledigt abgeschrieben.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB.
2. Die Beschuldigte B._____ ist nicht schuldig und wird vom Vorwurf des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB freigesprochen.
3. Der Beschuldigte A._____ wird bestraft mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 430.–.
4. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
5. Das Schadenersatzbegehren der Privatklägerin wird auf den Zivilweg verwiesen.

6. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 3'000.- ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 1'500.- Gebühr für das Vorverfahren i.S. A. _____

Fr. 1'500.- Gebühr für das Vorverfahren i.S. B. _____

Fr. 94.80 Zeugenentschädigung

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

7. Die Kosten der Untersuchung sowie des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten A. _____ zur Hälfte auferlegt und zur Hälfte auf die Staatskasse genommen.

8. Der Beschuldigten B. _____ wird eine Entschädigung von Fr. 2'677.90 (inkl. MwSt.) für anwaltliche Verteidigung aus der Gerichtskasse zugesprochen.

Berufungsanträge:

a) Der erbetenen Verteidigung:

(Urk. 39 S. 2)

1. Unter vollständiger Ersetzung der Ziff. 1, 3, 4 und 7 des Erkenntnisses im Dispositiv der Verfügung und des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 22. August 2018 (Geschäfts-Nr.: GG180122) und der zugehörigen Erwägungen sei das Verfahren gegen A. _____ einzustellen

eventualiter

sei dieser freizusprechen

subeventualiter

sei von einer Bestrafung abzusehen.

2. Dies unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Kantons Zürich.

- b) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat:
(Urk. 33, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Erwägungen:

I.

(Prozessgeschichte/Prozessuales)

1. Am 17. Mai 2017 stellte C._____ (nachfolgend Privatklägerin) gegen A._____, Beschuldigte und Berufungskläger (nachfolgend Beschuldigte), sowie allfällige Mitbeschuldigte, namentlich B._____, Strafantrag und Strafanzeige wegen Hausfriedensbruchs bei der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat (Urk. 1/1). Nach durchgeführter Untersuchung erhob die Staatsanwaltschaft mit je separater Eingabe vom 22. Mai 2018 deswegen Anklage gegen den Beschuldigten und B._____ beim Bezirksgericht Zürich (Urk. 16/4 und 16/6).
2. Das Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, Einzelgericht, vereinigte die beiden Verfahren und bestrafte den Beschuldigten mit Urteil vom 22. August 2018 wegen Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu je Fr. 430.– (entsprechend Fr. 25'800.–), unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren, während es B._____ freisprach (Urk. 28).
3. Am 24. August 2018 meldete der Beschuldigte rechtzeitig Berufung gegen das Urteil an (Urk. 24). In seiner Berufungserklärung vom 17. Januar 2019 ficht er das Urteil der Vorinstanz in den Dispositivziffern 1 (Schuldspruch), 3 (Strafe), 4 (bedingter Strafvollzug) und 7 (Kostenauflegung) an. Mit der Berufung verlangt der Beschuldigte, es sei das Verfahren einzustellen, eventualiter sei er frei-

zusprechen und subeventualiter sei von einer Bestrafung abzusehen (Urk. 30 und 39 S. 2).

4. Die II. Strafkammer des Obergerichtes holte einen aktuellen Strafregisterauszug des Beschuldigten ein (Urk. 29) und forderte ihn auf, Unterlagen zu seinen finanziellen Verhältnissen einzureichen (Urk. 31), worauf der Beschuldigte ein Schreiben, das ausgefüllte Datenerfassungsblatt sowie seinen Mietvertrag einreichte (Urk. 34, 35/1 und 35/2).

5. Mit Eingabe vom 1. Februar 2019 verzichtete die Staatsanwaltschaft auf Anschlussberufung, beantragte, das vorinstanzliche Urteil sei zu bestätigen, und ersuchte um Dispensation von der Berufungsverhandlung (Urk. 33). Da die Anklagebehörde selber kein Rechtsmittel ergriffen hat und bei einem allfälligen Schuldspruch aufgrund des Verbotes der Schlechterstellung (*reformatio in peius*, Art. 391 Abs. 2 StPO) eine Bestrafung mit maximal 60 Tagessätzen Geldstrafe droht, besteht keine Erscheinungspflicht für die Staatsanwaltschaft (Art. 405 Abs. 3 StPO i.V.m. Art. 337 Abs. 3 StPO), weshalb sich eine Dispensation erübrigt und deren Vertreter das Erscheinen in der Vorladung freigestellt wurde (Urk. 37).

6. Gemäss Art. 402 i.V.m. Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Da der Beschuldigte seine Berufung auf die Ziffern 1, 3, 4 und 7 des Dispositivs beschränkt, bleibt das vorinstanzliche Urteil bezüglich der Dispositivziffern 5 (Schadenersatzbegehren Privatklägerin) und 6 (Kostenfestsetzung) unangefochten. Es ist daher vorab mit Beschluss festzustellen, dass das vorinstanzliche Urteil hinsichtlich der vorliegend relevanten Ziffern 5 und 6 in Rechtskraft erwachsen ist. Die Dispositivziffern 2 und 8 des erstinstanzlichen Urteils beziehen sich nicht auf den Beschuldigten, sondern auf die frühere Mitbeschuldigte B._____, welche freigesprochen wurde und kein Rechtsmittel erhoben hat. Auch diese Ziffern sind deshalb in Rechtskraft erwachsen, was vorab festzustellen ist. In den angefochtenen Punkten ist das Urteil im Sinne von Art. 398 Abs. 2 StPO umfassend zu prüfen.

7. Die Parteien wurden auf den 11. Juni 2019 zur Berufungsverhandlung vorgeladen (Urk. 37), zu welcher der Beschuldigte in Begleitung seines erbetenen Verteidigers erschien (Prot. II S. 3).

II.

(Zur Berufung im Einzelnen)

1. Der Strafsache liegt folgender Sachverhalt zu Grunde: Die Privatklägerin und ihr Ehemann, D._____ (nachfolgend Erblasser), waren je zur Hälfte Miteigentümer einer 3½- sowie einer 2½-Zimmerwohnung an der ...-strasse ... in Zürich. Die Ehe der beiden unterstand dem Güterstand der Gütertrennung (Urk. 2/2 S. 2). Am 13. Juli 2016 verstarb der Erblasser. Er hinterliess drei Kinder aus erster Ehe, nämlich F._____, den Beschuldigten und G._____, Ehemann von B._____, sowie seine Ehefrau, die Privatklägerin, welche zusammen die Erbengemeinschaft bildeten. Der dem Erblasser gehörende hälftige Anteil an den beiden Wohnungen fiel in die Erbmasse. Der Erblasser und die Privatklägerin hatten einen Tag vor dem Versterben des Erblassers, am 12. Juli 2016, einen Erbvertrag abgeschlossen, worin der Erblasser einseitig H._____ als Willensvollstrecker einsetzte und diesen mit den Aufgaben betraute, den Erbvertrag sowie allfällige ergänzende Verfügungen von Todes wegen zu vollziehen und über den Nachlass ein Inventar zu erstellen. Im Erbvertrag erliess der Erblasser im Falle seines Vorversterbens Teilungsvorschriften und gewährte der Privatklägerin ein unentgeltliches Nutzungsrecht für die Dauer von zwei Jahren am ehelichen Domizil in seiner Liegenschaft in E._____. Zudem sah er in Ziffer 2 des Erbteilungsvertrags als Teilungsvorschrift ein Wahlrecht der Privatklägerin vor, wonach diese den Anteil des Erblassers an den 3½- und 2½- Zimmerwohnungen an der ...-strasse ... in Zürich auf Anrechnung an ihren Erbteil zu Eigentum erwerben könne (Urk. 2/1, 2/2).

2. Dem Beschuldigten wird in der Anklage zusammengefasst vorgeworfen, er habe am 13. April 2017 den Mieter der 2½-Zimmerwohnung, I._____, nach dem Schlüssel der 3½-Zimmerwohnung gefragt und anschliessend zusammen mit B._____ sowie einem unbekannt gebliebenen Schätzer die 3½-Zimmerwohnung

für drei bis fünf Minuten betreten. Dies habe er getan, obwohl er gewusst habe, dass die Wohnung von der Privatklägerin als Zweitwohnung benützt werde, voll eingerichtet sei und die Privatklägerin mit dem Betreten der Wohnung nicht einverstanden sei (Urk. 16/4).

3. Die Vorinstanz erachtete den angeklagten Sachverhalt aufgrund der teilweisen Zugeständnisse der beiden Beschuldigten sowie den Aussagen der Privatklägerin, von I._____, G._____ und des Willensvollstreckers H._____ als erwiesen, nämlich, dass der Beschuldigte am besagten Tag den Schlüssel von I._____ verlangt und erhalten habe, daraufhin die 3½-Zimmer-Wohnung mit B._____ und einem Gutachter betreten und sich dort während einiger Minuten aufgehalten habe. Weiter stellte die Vorinstanz fest, dass es sich bei der Wohnung nicht um den Hauptwohnsitz der Privatklägerin, sondern um deren "Zweitwohnsitz" gehandelt habe. Der Mittelpunkt des Familienlebens des Erblassers und der Privatklägerin habe sich in E._____ befunden. Ein Mietverhältnis zwischen der Privatklägerin und der Erbengemeinschaft habe bezüglich der 3½-Zimmerwohnung nicht bestanden. Die Behauptung des Beschuldigten, die Verwaltungsaufgaben für sämtliche Immobilien im Nachlass seien ab August 2016 vom Willensvollstrecker seinem Bruder und Miterben, G._____, übertragen worden, erachtete die Vorinstanz als unbewiesen (Urk. 28 S. 13 - 16).

Im Rahmen der rechtlichen Würdigung erwog die Vorinstanz, es sei im Sinne von Art. 186 StGB zum Betreten einer Örtlichkeit berechtigt, wer die rechtmässige Verfügungsgewalt über die Räume aus einem dinglichen oder obligatorischen Recht ableiten könne. Der Beschuldigte sei nicht alleine und exklusiv, sondern nur als Teil der Erbengemeinschaft und damit als gesamthänderischer Eigentümer an der fraglichen Wohnung berechtigt gewesen. Um als Teil der Erbengemeinschaft handeln zu dürfen, bedürfe es der Zustimmung sämtlicher Erben. Da die Privatklägerin zur Erbengemeinschaft gehöre und mit dem Betreten der Wohnung nicht einverstanden gewesen sei, fehle es an der nötigen Zustimmung aller, damit der Beschuldigte die Wohnung hätte betreten dürfen. Dies gelte umso mehr, als der Erblasser einen Willensvollstrecker eingesetzt habe, der im Zeitpunkt des Vorfalls noch geamtet habe. Die Rechte des Willensvollstreckers im Rahmen der Verwal-

tung der Erbmasse und der Erbteilung stünden diesem exklusiv zu, weshalb den Erben die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis an der Erbmasse insoweit vollständig entzogen sei. Der Willensvollstrecker habe vorliegend von der Besichtigung der 3½-Zimmerwohnung keine Kenntnis gehabt und diese auch nicht bewilligt. Es hätten keine Hinweise dafür bestanden, dass der Wohnung und damit der Erbmasse ein unmittelbarer Schaden drohe und das Betreten der Wohnung ohne vorgängige Absprache mit den andern Erben zur Abwendung eines Schadens dringend nötig gewesen wäre. Das Informationsrecht eines Erben gemäss Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB berechtere einen Miterben im Übrigen nicht, sich die entsprechenden Informationen eigenmächtig einzuholen. Der Erbe müsse seinen Auskunftsanspruch auf gerichtlichem Weg durchsetzen. Der Mieter I._____ sei der Überzeugung gewesen, der Beschuldigte und B._____ seien als Vertreter der Erbengemeinschaft berechtigt gewesen, die andere Wohnung zu betreten. Er habe deshalb auch keine Bewilligung zum Besichtigen der Wohnung geben können. Der Beschuldigte sei unter diesen Umständen nicht berechtigt gewesen, die Wohnung zu betreten (Urk. 28 S. 17 ff.).

4.1. Zunächst rügt der Beschuldigte, die Vorinstanz habe übersehen, dass die Anzeigerstatterin alleine nicht berechtigt gewesen sei, sich gegenüber dem Beschuldigten auf das Hausrecht zu berufen, weil nur die Miteigentümergeinschaft über das Hausrecht gemeinsam verfüge und dieses nur gegenüber Dritten, nicht aber gegenüber einem Miteigentümer geltend gemacht werden könne. Das Verfahren sei deshalb einzustellen.

4.2. Die Verteidigung macht zudem geltend, die Vorinstanz habe das Recht falsch angewendet. Der Beschuldigte sei Mitglied der Erbengemeinschaft, welche hälftig alle Kosten der Wohnung bezahle. Er sei deshalb nicht im Sinne von Art. 186 StGB unrechtmässig in die Wohnung eingedrungen. Als Gesamteigentümer habe ihm ebenfalls die Verfügungsgewalt über die Wohnung zugestanden. Durch den Erbgang sei ihm das Hausrecht gleich wie den anderen Miterben vererbt worden. Alle Erben seien in Bezug auf die Nutzung der Wohnung gleichberechtigt und könnten sich gegeneinander nicht auf das Hausrecht berufen. Es bestehe keine Sonderregelung für die Nutzung der 3½-Zimmerwohnung zu Gunsten

der Privatklägerin. Sie habe die Wohnung weder vor noch nach dem Tod des Erblassers tatsächlich genutzt. Ein Mietvertrag über die 3½-Zimmer-Wohnung sei mit ihr nie abgeschlossen worden. Ihrer Wahlobligation im Erbvertrag komme als Teilungsvorschrift nur obligatorische Wirkung zu und begründe lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch gegenüber den Miterben. Erst im Zeitpunkt der Erbteilung habe sie Anspruch auf die ihr gemäss erblasserischer Teilungsvorschrift zugewiesene Erbschaftssache. Beschuldigte wie Privatklägerin seien deshalb nur Miteigentümer ohne exklusives Recht auf Benutzung der Wohnung. Gemäss Art. 646 Abs. 3 ZGB habe jeder Miteigentümer für seinen Anteil die Rechte und Pflichten eines Eigentümers. Ebenso sei jeder zu gewöhnlichen Verwaltungshandlungen befugt, wozu auch das Betreten einer Wohnung zähle. Der Beschuldigte sei deshalb entgegen der Auffassung der Vorinstanz berechtigt gewesen, die Wohnung zu betreten (Urk. 30 und 39).

4.3. Der Beschuldigte bemängelt überdies, die Vorinstanz habe den Rechtfertigungsgrund der Einwilligung nicht berücksichtigt. Der Mieter I. _____ sei mit Willen der Privatklägerin Inhaber eines Schlüssels zur 3½-Zimmerwohnung gewesen. Dieser sei berechtigt und einverstanden gewesen, den Beschuldigten sowie seine Begleiter in die Wohnung zu lassen. Zudem habe der eingesetzte Willensvollstrecker die Verwaltung der Immobilien im Einverständnis mit der Privatklägerin seit August 2016 weitestgehend dem Miterben G. _____ überlassen gehabt. Dieser sei damit einverstanden gewesen, dass der Beschuldigte die Wohnung betrete.

4.4. Der Beschuldigte scheint schliesslich sinngemäss den Rechtfertigungsgrund der Wahrung höherer Interessen vorzubringen. Die Privatklägerin versuche, die Erbteilung zu verzögern, um sich einen illegitimen Vorteil zu verschaffen. Sie habe bis heute ihr Wahlrecht über die 3½-Zimmerwohnung nicht ausgeübt. Ein Teilungsvertrag sei ebenfalls nicht zustande gekommen. Da die Privatklägerin das Wahlrecht nicht ausübe, stehe ihr Anteil am Erbe nicht fest. Möglicherweise verletzen die Teilungsvorschriften den Pflichtteil des Beschuldigten und der Miterben. Er und seine Geschwister hätten deshalb eine Herabsetzungsklage «ins Blaue hinaus» erheben müssen, um ihren Herabsetzungsansprüchen nicht verlustig zu gehen. Um ihr Prozessrisiko abschätzen zu können, hätten sich die Kin-

der des Erblassers entschlossen, mit einem Gutachter die 2½-Zimmerwohnung und der Beschuldigte spontan die 3½-Zimmerwohnung zu besichtigen.

5.1. Gemäss Art. 186 StGB macht sich unter anderem des Hausfriedensbruchs schuldig, wer gegen den Willen des Berechtigten in eine Wohnung unrechtmässig eindringt. Geschütztes Rechtsgut ist der Wille des Berechtigten, d.h. die Befugnis, über die bestimmten Räume ungestört zu herrschen und darin den eigenen Willen frei zu betätigen. Das Hausrecht garantiert die Unverletzlichkeit des eigenen Heims (BGE 103 IV 162, E.2). Ausschlaggebend für die Frage der Berechtigung zur Ausübung des Hausrechts ist die tatsächliche Verfügungsmacht. Berechtigter ist demnach derjenige, dem die faktische Verfügungsgewalt über die Wohnung als Schutzobjekt zusteht. Diese Verfügungsgewalt muss auf einem dinglichen oder obligatorischen oder öffentlich-rechtlichen Verhältnis beruhen und rechtmässig erlangt sein. Auf die Eigentumsverhältnisse kommt es demnach nicht an. So hat der Mieter das Hausrecht an der Wohnung gegenüber dem Vermieter, sofern ersterer das Hausrecht rechtmässig erlangt hat. Das Hausrecht ist kein höchstpersönliches, sondern ein einfachpersönliches Recht, das wie ein Vermögensrecht zu behandeln und vererbbar ist. Als Eindringen gilt bereits das Betreten des Schutzobjekts bzw. der Wohnung (BGE 83 IV 154 E.1, vgl. beim Pachtverhältnis: BGE 112 IV 31 E. 3; OFK/StGB-ANDREAS DONATSCH, 20. Auflage, 2018, Art. 186 N 2, 8 und 11; ANDREAS DONATSCH, Strafrecht III, 10. Auflage, 2013, S. 477; BSK StGB-VERA DELON/BERNHARD RÜDY, Art. 186 N 5 f. und 17).

5.2. Ist eine Tat nur auf Antrag strafbar, so kann jede Person, die durch sie verletzt worden ist, die Bestrafung des Täters beantragen (Art. 30 Abs. 1 StGB). Als geschädigte Person gilt die Person, die durch die Straftat in ihren Rechten unmittelbar verletzt worden ist (Art. 115 Abs. 1 StPO). Der Strafantrag stellt eine Prozessvoraussetzung dar, weshalb das bereits anhand genommene Verfahren bei fehlendem rechtsgültigem Strafantrag einzustellen ist (vgl. OFK/StGB-ANDREAS DONATSCH, Art. 30 N 1 f.). Der Inhaber der tatsächlichen Gewalt über das Schutzobjekt gilt beim Hausfriedensbruch als geschädigte Person und ist zum Strafantrag gemäss Art. 186 StGB berechtigt.

6.1. Vorliegend ist zunächst die Frage zu klären, ob die Privatklägerin berechtigt war, Strafantrag gegen den Beschuldigten zu stellen. Dies ist gleichbedeutend mit der Frage, ob die Privatklägerin Inhaberin des Hausrechts über die 3½-Zimmerwohnung war und ihr die tatsächliche Verfügungsmacht zustand. Die Frage beurteilt sich nach privatrechtlichen, namentlich erb-, sachen- sowie allenfalls vertragsrechtlichen Grundsätzen. Sofern das Haus- bzw. Antragsrecht der Privatklägerin bejaht wird, bliebe zu beurteilen, ob der Beschuldigte seinerseits unrechtmässig die fragliche Wohnung betreten und für wenige Minuten darin verweilt hat.

6.2. Da das Hausrecht im Sinne von Art. 186 StGB die *tatsächliche Verfügungsgewalt* über das Schutzobjekt voraussetzt, stellen sich in erster Linie besitzrechtliche Fragen.

Die Erben erwerben mit dem Tod des Erblassers nicht nur das Eigentum an den Sachen der Erbmasse, sondern auch den gemeinsamen Besitz daran (Art. 560 Abs. 1 und 2 ZGB). Besitzer einer Sache ist gemäss Art. 919 Abs. 1 ZGB, wer die *tatsächliche Gewalt* über eine Sache hat. Diese gesetzliche Definition des Besitzes wird der Institution des Besitzes nach allgemein anerkannter Meinung allerdings nicht gerecht. Besitz wird vielmehr als ein relativer Status betrachtet, der je nach Umständen verschiedene Funktionen erfüllt und verschiedene Rechtswirkungen nach sich zieht. Besitz setzt im Allgemeinen voraus, dass die Beziehung zur Sache fest und auf Dauer gerichtet ist und der Besitzer den inneren Willen zur Sachherrschaft (Besitzerwille) hat (BSK ZGB-WOLFGANG ERNST, Art. 919 N 4; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, Das Sachenrecht, Stämpfli Verlag, 5. Auflage, S. 29 ff. N 02.05 ff.).

In der Lehre und Rechtsprechung werden verschiedene Arten von Besitz unterschieden: Wer eine Sache als Eigentümer besitzt, hat von Gesetzes wegen *selbständigen* Besitz daran (Art. 920 Abs. 2 ZGB). Derjenige, der die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat, ist der *unmittelbare* Besitzer (BSK ZGB-WOLFGANG ERNST, Art. 920 N 2). Eine Person ohne tatsächliche, direkte Gewalt ist *mittelbarer* Besitzer. Dies ist bei *mehrstufigem* Besitz wie beim Eigentümer, der seine Sache vermietet, der Fall (BSK ZGB-WOLFGANG ERNST, Art. 919 N 7 und Art. 920 N 4). Mehrere Personen können gleichzeitig Besitzer derselben Sache sein. Sind sie

gleichgestellt, sind sie *Mitbesitzer*. Kann die Sachherrschaft nur gemeinsam ausgeübt werden, liegt *Gesamtbesitz* vor (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, a.a.O., S. 37 N 02.52 f.). Ein solcher Fall ist unter anderem gegeben, wenn für einen Tresor verschiedene Schlüssel benötigt werden. Erben sind bezüglich der Sachen der Erbschaftsmasse Gesamteigentümer im Sinne von Art. 652 ff. ZGB (und nicht Miteigentümer im Sinne von Art. 646 ff. ZGB, wie vom Verteidiger teilweise fälschlicherweise angenommen). Sie erhalten an den Erbschaftssachen selbständigen, oft mittelbaren Besitz, weil sie mit dem Erbgang Eigentum erlangen, aber häufig keine tatsächliche Gewalt über die vererbten Sachen haben (vgl. HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, a.a.O., S. 39 N 02.62). Trotz Gesamteigentum werden sie in der Regel nicht Gesamtbesitzer an den Erbschaftssachen, da meist eine Person oder ein Erbe die tatsächliche Sachherrschaft und damit den unmittelbaren Besitz an den Sachen haben kann und nicht alle Erben die tatsächliche Verfügungsgewalt gemeinsam ausüben müssen. So kann beispielsweise ein Dritter oder nur einer der Erben die zur Erbmasse gehörende Wohnung bewohnen oder intensiv nutzen. Der Inhaber eines Wohnungsschlüssels ist nicht notwendigerweise unmittelbarer Besitzer der Wohnung. Auch der Vermieter kann einen Wohnungsschlüssel haben, ist aber trotzdem nicht unmittelbarer Besitzer der Wohnung.

Die Willensvollstreckung im Sinne von Art. 517 f. ZGB unterliegt subsidiär den Regeln des Auftragsrechts. Beauftragte erhalten *unselbständigen* Besitz (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, a.a.O., S. 32 N 02.25). Der Willensvollstrecker besitzt die Sachen der Erbmasse in der Regel *mittelbar*, weil er die Sachen nicht bei sich hat oder eine Wohnung weder bewohnt noch intensiv nutzt. Die Willensvollstreckung wirkt sich weiter insoweit auf den Besitz aus, als dem Willensvollstrecker im gesetzlichen oder testamentarischen Umfang das Recht zur Verwaltung des Nachlasses und zu den mit der Abwicklung des Mandats verbundenen Verfügungen ausschliesslich zusteht. In diesem Umfang sind die Rechte, auch diejenigen aus Besitz, den Erben entzogen (BGE 90 II 376 S. 381 E. 2).

6.3. Der Vollständigkeit halber seien noch folgende rechtlichen Bemerkungen erlaubt: Dem Strafrecht kommt gegenüber dem Zivilrecht allgemein subsidiäre Natur zu und dient nicht der Durchsetzung von zivilen, namentlich erbrechtlichen Ansprüchen. Art. 186 StGB hat die Funktion, die Privat- und Geheimsphäre (Hausrecht) des Wohnungsinhabers zu schützen, nicht aber dem Eigentümer die Durchsetzung seiner Ansprüche aus Erb- oder Sachenrecht mit Hilfe des Strafrechts zu erleichtern. Art. 186 StGB knüpft einzig an den Berechtigten und damit an den rechtmässigen Inhaber der *tatsächlichen Verfügungsmacht* an (BSK StGB-VERA DELNON/BERHARD RÜDY, Art. 186 N 5 f.). Dagegen stellen die Besitzschutzklagen im Sinne von Art. 926 ff. ZGB allgemein auf den Besitz ab. Dem Erben stehen deshalb die zivilen Klagen aus Besitzesentziehung und Besitzesstörung gemäss Art. 927 und 928 ZGB grundsätzlich auch zu, wenn er mangels tatsächlicher Verfügungsmacht kein Hausrecht gemäss Art. 186 StGB hat.

6.4. Die Vorinstanz stellte nachvollziehbar fest, dass ein Mietverhältnis zwischen der Privatklägerin und dem Erblasser bzw. der Erbengemeinschaft bezüglich der 3½-Zimmerwohnung nicht bestand und die Privatklägerin auch nicht in diesem Objekt wohnte. Sie lebte wie vor dem Tod des Erblassers weiterhin in der Liegenschaft in E._____. Entsprechend den glaubhaften Angaben des Beschuldigten, der Privatklägerin selbst (Urk. 7/1 N 45), von G._____ (Urk. 7/5 N 49 ff.) sowie von I._____ (Urk. 7/3 N 33) ist anzunehmen, dass sich die Privatklägerin seit dem Tod des Erblassers nicht mehr in der 3½-Zimmerwohnung aufhielt. Auch lässt sich die Behauptung des Beschuldigten nicht widerlegen, dass sie ihr im Erbvertrag erteiltes Wahlrecht, die 3½-Zimmerwohnung unter Anrechnung an ihren Erbteil zu Eigentum zu erwerben, im fraglichen Zeitpunkt noch nicht ausgeübt hatte. Zudem ist von den ebenfalls nicht widerlegbaren Aussagen des Beschuldigten auszugehen, die Erbteilung sei im fraglichen Zeitpunkt (und bis heute) noch nicht erfolgt. Auch ein Nutzniessungsrecht der Privatklägerin am hälftigen Miteigentumsanteil des Erblassers an der 3½-Zimmerwohnung wurde, soweit ersichtlich, weder vereinbart noch behauptet. Ein solches auf zwei Jahre befristetes Nutzungsrecht der Privatklägerin bestand einzig an der von ihr bewohnten Liegenschaft des Erblassers in E._____. Die Privatklägerin verfügte damit weder über einen Mietvertrag noch ein Nutzungsrecht bezüglich der fraglichen Wohnung.

Dies gilt ungeachtet dessen, dass die Privatklägerin, wie in der Untersuchung ausgeführt, beabsichtigte, nach Ablauf ihres zweijährigen unentgeltlichen Nutzungsrechts an der Liegenschaft des Erblassers in E._____ in die 3½-Zimmerwohnung in Zürich zu ziehen und sich dort ihre Möbel befanden.

6.5. Damit präsentiert sich die besitzrechtliche Situation im Zeitpunkt des Betretens der Wohnung durch den Beschuldigten wie folgt: Die Erbengemeinschaft, zu welcher Beschuldigte wie Privatklägerin gehörten, bestand nach wie vor. Die Erben waren somit *selbständige* Besitzer am hälftigen Anteil der 3½-Zimmerwohnung des Erblassers. Sämtliche Erben besaßen den Wohnungsanteil des Erblassers gleichberechtigt und waren diesbezüglich Mitbesitzer. Die Privatklägerin war zusätzlich Eigentümerin und damit selbständige Besitzerin des ihr gehörenden anderen hälftigen Anteils der Wohnung und somit Mitbesitzerin der gesamten Wohnung. Die Wohnung war nicht vermietet und wurde von niemandem regelmässig genutzt; sie war deshalb faktisch unbewohnt. Mangels gestuftem Besitz waren die Erben somit unmittelbare Besitzer, d.h. jeder Erbe besass gleichberechtigt *die unmittelbare Verfügungsgewalt* am hälftigen Wohnungsanteil. Die Privatklägerin war zusätzlich unmittelbare Besitzerin ihres Anteils. Sie hatte demnach die unmittelbare, tatsächliche Verfügungsmacht über die gesamte Wohnung, weshalb ihr das Hausrecht im Sinne von Art. 186 StGB ohne Weiteres zuzugestehen ist. Aus diesen Gründen war sie zum Antrag und zur Anzeigeerstattung wegen Hausfriedensbruchs gemäss Art. 186 StGB berechtigt.

6.6. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Erblasser im Erbvertrag einen Willensvollstrecker eingesetzt hatte. Dieser war vom Erblasser mit den Aufgaben betraut worden, den Erbvertrag sowie allfällige ergänzende Verfügungen von Todes wegen zu vollziehen und über den Nachlass ein Inventar zu erstellen (Urk. 2/2 S. 3 Ziffer 4). Die Ausübung des strafrechtlich relevanten Hausrechts im Sinne von Art. 186 StGB war für die zivilrechtliche Erfüllung der Aufgaben des Willensvollstreckers nicht notwendig und tangierte seine Verwaltungsaufgaben nicht. Das Recht zur Ausübung des Hausrechts gemäss Art. 186 StGB stand folglich der Privatklägerin unbeschränkt zu und war ihr durch die Einsetzung des Willensvollstreckers nicht entzogen.

6.7. Der Beschuldigte kann sich auf keine gesetzliche Bestimmung berufen, welche ihm Immunität gegen Strafanzeigen bzw. ein Strafverfahren wegen Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB gewährt. Es sind deshalb entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 39) keine Gründe ersichtlich, weshalb die Privatklägerin gegen ihn nicht hätte Strafantrag bzw. Strafanzeige erheben können. Der Strafantrag erfolgte ferner fristgerecht. Dem Antrag des Beschuldigten, es sei die Untersuchung einzustellen, kann deshalb nicht gefolgt werden.

7.1. Folglich bleibt zu prüfen, ob der Beschuldigte mit dem Verweilen in der 3½-Zimmerwohnung während einiger Minuten das Hausrecht unrechtmässig verletzt hat.

7.2. Wie oben dargestellt, war der Beschuldigte im Zeitpunkt des Betretens und Verweilens in der Wohnung am 13. April 2017 wie alle Erben der Erbengemeinschaft *selbständiger und unmittelbarer Mitbesitzer* des hälftigen Wohnungsanteils, zumal kein gestufter Besitz vorlag. Gesamtbesitz lag ebenfalls nicht vor, weil über die Wohnung nicht nur gemeinsam faktisch verfügt werden konnte, sondern ein einzelner Erbe die tatsächliche Verfügungsgewalt auch alleine hätte ausüben können. Als solcher Besitzer war der Beschuldigte berechtigt, den unmittelbaren Besitz an der Sache kurzfristig zu manifestieren, d.h. den Wohnungsschlüssel zu verlangen, die Wohnung für einige Minuten zu betreten und zu besichtigen. Dadurch wurden die Besitzrechte der übrigen Erben nicht verletzt, zumal der Beschuldigte damit keine verbotene Eigenmacht ausübte. Die faktische Besitznahme war nur von sehr kurzer Dauer und der Beschuldigte begab sich offensichtlich nicht mit dem Willen in die Wohnung, diese auf Dauer zu besetzen oder zu ersetzen, zu verändern oder vernichten. Der Beschuldigte war deshalb aufgrund seines Besitzstandes zum Betreten und kurzfristigen Verweilen in der 3½-Zimmerwohnung berechtigt. Keine Rolle spielte, ob er selber bereits im Besitz eines Wohnungsschlüssels war oder einen solchen vorgängig organisieren musste. Dass der Beschuldigte gewaltsam einen solchen behändigt hätte, steht nicht zur Debatte.

7.3. Weiter ist zu prüfen, ob diesem Besitzstand Rechte der Erbengemeinschaft aus Gesamteigentum oder des Willensvollstreckers entgegenstanden. Gemäss

Art. 653 Abs. 1 ZGB richten sich die Rechte und Pflichten der Gesamteigentümer nach den Regeln, unter denen ihre gesetzliche oder vertragsgemässe Gemeinschaft steht. Art. 602 Abs. 2 ZGB sieht vor, dass die Erben Gesamteigentümer der Erbschaftsgegenstände werden und unter Vorbehalt der vertraglichen oder gesetzlichen Vertretungs- und Verwaltungsbefugnisse über die Rechte der Erbschaft *gemeinsam verfügen*. Unter Verfügen wird grundsätzlich jedes Rechtsgeschäft verstanden, durch welches ein Recht oder ein Rechtsverhältnis unmittelbar betroffen wird, bsp. durch Veräussern, Belasten etc. Es wird in der Lehre einhellig die Meinung vertreten, dass Art. 602 Abs. 1 ZGB den Verfügungsbegriff nicht in streng juristischem Sinne verwende, sondern dass darunter jegliche Verwaltungstätigkeit zu subsumieren sei. Unter Verwalten wird jedes tatsächliche oder rechtliche Gebaren mit dem verwalteten Vermögen verstanden, das nach typischer Beschaffenheit dazu bestimmt ist, dieses *zu erhalten, zu mehren* oder der *seinem Zweck entsprechenden Verwendung zuzuführen* (THOMAS LEIMGRUBER, Die Befugnisse des Einzelnen Miterben beim Erbgang und bei der Nachlassverwaltung, in: Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 114, S. 42 ff., mit Verweisen, BSK ZGB-PETER C. SCHAUFELBERGER/KATRIN KELLER LÜTSCHER, Art. 602 N 11 ff.). Solche Tätigkeiten sind der Gesamthandsgemeinschaft vorbehalten und benötigen die Zustimmung aller Erben oder des Erbenvertreters. Sofern eine Tätigkeit gleichzeitig zum Aufgabenbereich des Willensvollstreckers zählt, kommt allein diesem das Recht zur konkreten Verwaltungshandlung zu.

7.4. Gemäss Aktenlage habe der Beschuldigte am fraglichen Tag zusammen mit B._____ sowie einem Gutachter die Wohnung betreten. Man habe die Fenster geprüft und einen kurzen Blick in Küche und Bad geworfen, um den Zustand festzustellen. Nach wenigen Minuten hätten sie die Wohnung wieder verlassen (Urk. 5/4, Ziff. 13; Urk. 7 /2, Ziff. 52). Das in der Anklage vorgeworfene Betreten und Verweilen für wenige Minuten in der hälftig zur Erbschaftsmasse gehörenden Wohnung durch den Beschuldigten stellt weder ein rechtlich relevantes Verfügen noch ein Akt des Verwaltens der Wohnung dar, weil dieses Verhalten weder direkt zur Erhaltung oder Mehrung der Erbschaftssache noch zur zweckgemässen Zuführung zur Verwendung bestimmt war. Insbesondere wird dem Beschuldigten nicht vorgeworfen, er habe an der Wohnungseinrichtung etwas vorgenommen

oder auf Kosten der Erbengemeinschaft eine Schätzung der Wohnung in Auftrag gegeben oder Reparaturarbeiten angeordnet oder selber ausgeführt.

7.5. Ein Erbe benötigt die Zustimmung weder aller Erben noch des Erbenvertreters oder des Willensvollstreckers, um eine Sache der Erbschaftsmasse zu betrachten. Bei der Erbengemeinschaft handelt es sich um eine Zwangsgemeinschaft, die nur vorübergehend und nicht auf Dauer angelegt ist. Ziel der Erbengemeinschaft ist die Liquidation und Verteilung der Erbmasse. Zur Erreichung dieses Zieles sowie zur Prüfung allfälliger erbrechtlicher Klagen muss es dem unmittelbar besitzenden Erben gestattet sein, sich selber ein Bild über den Zustand der Erbschaftssachen zu machen und diese zu besichtigen. Der Beschuldigte hat deshalb mit dem in der Anklage umschriebenen Betreten und kurzen Verweilen in der Wohnung nicht gegen geschützte Rechte der erbrechtlichen Gesamthandsgemeinschaft oder gegen dem Willensvollstrecker vorbehaltene Befugnisse verstossen. Es ist unter diesen Umständen nicht weiter bedeutsam, wem zur fraglichen Zeit die Aufgabe des Willensvollstreckers zukam bzw. ob die Aufgaben des Willensvollstreckers bezüglich Immobilien vom Erben G._____ übernommen worden waren.

8. Zusammenfassend bedeutet das Betreten und Verweilen des Beschuldigten kein strafrechtlich relevantes Verhalten im Sinne von Art. 186 StGB. Aus diesen Gründen ist der Beschuldigte des Hausfriedensbruchs nicht schuldig und deshalb freizusprechen.

III.

(Kosten und Entschädigung)

1. Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens sind die Kosten des Vorverfahrens sowie des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens auf die Staatskasse zu nehmen (Art. 426 Abs. 2 StPO). Die Kosten des Berufungsverfahrens fallen ausser Ansatz (vgl. Art. 428 Abs. 1 StPO). Dem Beschuldigten ist ferner für seine

anwaltlichen Aufwendungen im Vor- und in den beiden gerichtlichen Verfahren je eine angemessene Entschädigung zu bezahlen (Art. 429 Abs. 1 StPO).

2. Der Verteidiger des Beschuldigten hat im erstinstanzlichen Verfahren eine Kostennote für seine Aufwendungen für die Zeit vom 19. Juni 2017 bis 13. Juni 2018 betreffend die Verteidigung des Beschuldigten über insgesamt Fr. 8'671.30 eingereicht (Urk. 20/1). Weiter hat er für die gemeinsame Verteidigung des Beschuldigten und von B._____ für die Zeit von 14. Juni 2018 bis 22. August 2018 eine gemeinsame Kostennote von gesamthaft Fr. 5'355.80 vorgelegt, ohne eine genaue Ausscheidung der Aufwendungen für jeden einzelnen Mandanten vorzunehmen (Urk. 20/2). Darin sind die Aufwendungen der vierstündigen Hauptverhandlung, soweit ersichtlich, noch nicht enthalten. Zuzug des Freispruchs wurde B._____ von der Vorinstanz eine Entschädigung von Fr. 2'677.90 (die Hälfte von Fr. 5'355.80) für anwaltliche Verteidigung zugesprochen (Dispositivziffer 8). Anlässlich der Berufungsverhandlung reichte die Verteidigung 3 Honorarnoten für anwaltliche Aufwendungen für das gesamte Verfahren ein (Urk. 41/1-3). Insgesamt rechtfertigt es sich, dem Beschuldigten für das gesamte Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 16'000.– (inkl. Mehrwertsteuer) für anwaltliche Aufwendungen sowie eine persönliche Umtriebsentschädigung von Fr. 500.– aus der Gerichtskasse zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 22. August 2018 bezüglich Dispositivziffern 2 (Freispruch B._____), 5 (Schadenersatzbegehren Privatklägerin), 6 (Kostenfestsetzung) und 8 (Entschädigung B._____) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist nicht schuldig und wird freigesprochen.

2. Die Kosten des Vorverfahrens und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
4. Dem Beschuldigten wird für das gesamte Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 16'000.– für anwaltliche Verteidigung und eine persönliche Umtriebsentschädigung von Fr. 500.– aus der Gerichtskasse zugesprochen.
5. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die erbetene Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
 - die Rechtsvertretung der Privatklägerin im Doppel für sich und zuhanden der Privatklägerin

(Eine begründete Urteilsausfertigung - und nur hinsichtlich ihrer eigenen Anträge (Art. 84 Abs. 4 StPO) - wird der Privatklägerin nur zugestellt, sofern sie dies innert 10 Tagen nach Erhalt des Dispositivs verlangt.)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die erbetene Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
- die Rechtsvertretung der Privatklägerin im Doppel für sich und zuhanden der Privatklägerin, sofern verlangt und hinsichtlich der eigenen Anträge

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- die Kantonspolizei Zürich, KDM-ZD, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG)
- die Koordinationsstelle VOSTRA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d VOSTRA mittels Kopie von Urk. 29.

6. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann **bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 11. Juni 2019

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Ruggli

MLaw Baechler