

Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: UE160141-O/U/HON

Mitwirkend: die Obergerichter lic. iur. Th. Meyer, Präsident, und lic. iur. W. Meyer,
Ersatzoberrichter lic. iur. Th. Vesely sowie Gerichtsschreiber lic. iur.
A. Weber

Beschluss vom 24. Januar 2017

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

1. **B.** _____,

2. **Staatsanwaltschaft See/Oberland,**

Beschwerdegegner

betreffend **Nichtanhandnahme**

Beschwerde gegen die Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 26. April 2016, A-5/2015/10033260

Erwägungen:

I.

1. A._____ ist Eigentümer zweier Liegenschaften an der C._____ -Strasse 1 und 2 in D._____ [Ortschaft]. An der C._____ -Strasse 2 betreibt er als Einzelkaufmann das "Hotel E._____". Zum Herbergsbetrieb gehören auch Zimmer in den oberen Stockwerken des Gebäudes an der C._____ -Strasse 1. Das Erdgeschoss dieser Liegenschaft ist seit Juni 2010 an die von B._____ beherrschte F._____ AG zum Gebrauch als Restaurant/Bar vermietet (Urk. 13/6). Die F._____ AG betreibt dort seither die "G._____ Bar". Die Mietparteien liegen seit längerem im Streit und es kam deswegen zu mehreren zivilrechtlichen Verfahren. Namentlich ist derzeit vor dem Mietgericht Uster eine am 9. Februar 2015 von der F._____ AG eingereichte Klage hängig, die zahlreiche behauptete Mängel am Mietobjekt zum Gegenstand hat (Urk. 3/4 und Prot. S. 7).

Während A._____ vom 15. Juni bis zum 24. Juli 2015 auslandsabwesend war, liess B._____ ohne vorgängige ausdrückliche Einwilligung des Vermieters die folgenden Modifikationen an der Fassade der gemieteten Lokalität vornehmen (vgl. die soweit übereinstimmende Darstellung der Beteiligten in Urk. 13/1, 13/3 und 13/4):

- Die bis zu diesem Zeitpunkt rosa, teilweise gelbe Fassade wurde bis zur Höhe des ersten Stocks weiss gestrichen.
- Der vorhandene Briefkasten wurde entfernt und durch einen in die Fassade eingelassenen ersetzt.
- Die beleuchtete Aussenanschrift "Hotel Restaurant E._____" sowie eines von zwei Leuchtsigneten des Hotels wurden entfernt.
- Zwei Aussenmodule einer Klimaanlage wurden angebracht.

2. A._____ sieht durch diese Arbeiten den Tatbestand der Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 StGB erfüllt und liess deswegen am 24. September 2015

durch seinen Rechtsvertreter bei der Staatsanwaltschaft See/Oberland Strafanzeige gegen B. _____ erstatte und entsprechend Strafantrag stellen (Urk. 13/1).

Die Staatsanwaltschaft ersuchte die Kantonspolizei Zürich um ergänzende Ermittlungen im Sinne von Art. 309 Abs. 2 StPO (Urk. 13/7), worauf am 11. März 2016 A. _____ (Urk. 13/4) und am 21. März 2016 B. _____ (Urk. 13/3) befragt wurden. Am 28. März 2016 rapportierte die Kantonspolizei der Staatsanwaltschaft (Urk. 13/1), welche eine Untersuchung mit Verfügung vom 26. April 2016 (dem Vertreter von A. _____ am 11. Mai 2016 zugestellt, Urk. 13/12) nicht an die Hand nahm (Urk. 13/10=3/3=5).

3. Gegen diesen Entscheid hat A. _____ am 20. Mai 2016 Beschwerde mit den folgenden Anträgen erheben lassen (Urk. 2 S. 2):

1. Es sei die Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 26. April 2016 im Geschäft mit der Referenz A-5/2015/10033260 aufzuheben;
2. Es sei die Staatsanwaltschaft anzuweisen, das Strafverfahren fortzuführen und den Beschwerdegegner 1 angemessen zu bestrafen bzw. Anklage zu erheben;
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (letztere zuzüglich 8 % MwSt.) zu Lasten des Beschwerdegegners 1;
eventualiter seien die Verfahrenskosten auf die Staatskasse zu nehmen und es sei dem Beschwerdeführer eine angemessene Entschädigung aus der Staatskasse zuzusprechen.

Die ihm mit Verfügung vom 6. Juni 2016 auferlegte Prozesskaution in der Höhe von 3000 Franken leistete der Beschwerdeführer fristgerecht am 22. Juni 2016 (Urk. 7 und 9).

Der Beschuldigte (Beschwerdegegner 1 im vorliegenden Rechtsmittelverfahren) liess sich innert der ihm mit Verfügung vom 8. Juli 2016 zur Beschwerdeantwort angesetzten Frist (Urk. 10) nicht vernehmen. Die Staatsanwaltschaft nahm mit Eingabe vom 12. Juli 2016 zur Beschwerde Stellung. Sie beantragt deren Abweisung, unter Kostenfolge zulasten des Beschwerdeführers (Urk. 12). Gleichzeitig reichte sie ihre Akten ein (Urk. 13). Der Beschwerdeführer replizierte am

15. August 2016, unter Aufrechterhaltung seiner Beschwerdeanträge (Urk. 18). Die der Staatsanwaltschaft und dem Beschwerdegegner 1 mit Verfügung vom 16. August 2016 angesetzte Frist zur freigestellten Duplik (Urk. 21) verstrich ungenutzt am 29. August beziehungsweise am 12. September 2016 (vgl. Urk. 22 und 24).

II.

1. Die Staatsanwaltschaft eröffnet eine Untersuchung, wenn sich aus den Informationen und Berichten der Polizei, aus der Strafanzeige oder aus ihren eigenen Feststellungen ein hinreichender Tatverdacht ergibt (Art. 309 Abs. 1 lit. a StPO). Sie verzichtet auf die Eröffnung, wenn sie sofort eine Nichtanhandnahmeverfügung erlässt (Art. 309 Abs. 4 StPO). Die Nichtanhandnahme wird verfügt, sobald aufgrund der Strafanzeige oder des Polizeirapports feststeht, dass die fraglichen Straftatbestände eindeutig nicht erfüllt sind (Art. 310 Abs. 1 lit. a StPO). Mit anderen Worten muss sicher sein, dass der Sachverhalt unter keinen Straftatbestand fällt. Eine Nichtanhandnahme darf nur in sachverhaltsmässig und rechtlich klaren Fällen ergehen (BGE 137 IV 285 E. 2.3).

2.1.1. Wie den vom Beschwerdegegner 1 bei der Polizei eingereichten Fotos zu entnehmen ist, befand sich die Fassade vor dem inkriminierten Anstrich nicht wie vom Beschwerdeführer replicando behauptet in einem ordnungsgemässen (Urk. 18 Rz. 4), sondern vielmehr in einem desolaten Zustand. Sie war stark verschmutzt. Der überwiegend rosa Anstrich kontrastierte mit gelben Stellen und blätterte an einigen Orten ab, sodass teilweise das weisse Mauerwerk zu sehen war. Der Bereich neben dem Haupteingang war mit Schmierereien verunstaltet und das beleuchtete Signet auf der linken Seite war stark beschädigt (Urk. 13/5/2). Es bedarf keiner langer Erörterungen, dass eine solche Erscheinung für Passanten nicht einladend wirkt. Für einen auch auf Laufkundschaft angewiesenen Restaurations- und Barbetrieb bedeutet dies potentiell weniger Umsatz. Damit aber ist die heruntergekommene Fassade mietrechtlich als Mangel zu qualifizieren, der die Mietsache zum vorausgesetzten Gebrauch, nämlich als "Restaurant/Bar" (Urk. 13/6 Art. 1), verminderte. Nach Art. 259b lit. b OR ist der Mieter bei

derartigen Mängeln (im Mietrecht als mittlere bezeichnet) berechtigt, diese auf Kosten des Vermieters zu beseitigen, wenn dieser es trotz Kenntnis innert angemessener Frist nicht selbst tut, und zwar auch bei solchen, die bereits bei Übergabe der Sache bestehen (Art. 258 Abs. 3 lit. a OR). Dass der Beschwerdegegner 1 beim Beschwerdeführer (auch) den Farbanstrich vorgängig moniert hatte, ist unbestritten und ergibt sich aus der Klage der F._____ AG vom 9. Februar 2015 (Urk. 3/4 Rechtsbegehren Ziff. 2.4.3 und S. 26). Demnach war der Beschwerdegegner 1 berechtigt, selbst zur Tat zu schreiten und die Fassade zu streichen. Die zivilrechtliche Zulässigkeit seines Verhaltens aber lässt auch die Strafbarkeit entfallen. Ein tatbestandsmässiges und rechtswidriges Verhalten liegt deshalb entgegen dem Beschwerdeführer schon in objektiver Hinsicht nicht vor.

2.1.2. Selbst wenn dem nicht so wäre, fehlte es am Vorsatz des Beschwerdegegners 1. Wollte man – aus welchen Gründen auch immer – die Voraussetzungen einer mietrechtlichen Ersatzvornahme nicht als gegeben erachten, liesse sich jedenfalls nicht abstreiten, dass der Beschwerdegegner 1 aufgrund des Zustands der Fassade zumindest begründeten Anlass hatte, vom Gegenteil auszugehen. Hinzu kommt, wie die Staatsanwaltschaft in der angefochtenen Verfügung zu Recht festhält (Urk. 5 E. 5), dass sich die handschriftliche Ergänzung im Mietvertrag ("ALLFÄLLIGE UMBAUTEN IM RESTAURANT GEHEN ZU LASTEN DES MEITERS OHNE EINWILLIGUNG DES VERMIETERS ES BESTEHT KEINE RÜCKBAUPFLICHT"; Urk. 13/6 Art. 36) durchaus so verstehen liesse, dass der Beschwerdegegner 1 zu den beanstandeten Änderungen an der Fassade berechtigt war. Dies namentlich auch vor dem Hintergrund, dass – wie der Beschwerdegegner 1 vom Beschwerdeführer unbestritten ausgeführt hat (Urk. 13/3, vgl. auch Urk. 3/4 S. 9) – im Zeitpunkt des Vertragsschlusses beabsichtigt war, dass der Beschwerdegegner 1 beziehungsweise die F._____ AG die Liegenschaft später kaufen würde. Letzteres kommt unter anderem darin zum Ausdruck, dass im Mietvertrag auf ein Kaufrecht Bezug genommen wird ("DAS KAUFRECHT WIRD NOTARIELL IM GRUNDBUCHAMT EINGETRAGEN", Urk. 13/6 S. 22). Damit besteht kein Anlass, an den Aussagen des Beschwerdegegners 1 (Urk. 13/3) zu zweifeln, er sei zu seinem Handeln berechtigt.

Wenn der Beschwerdeführer aus der Klage der F._____ AG vom 9. Februar 2015 "zweifelsfrei" folgern will, es sei dem Beschwerdegegner 1 die fehlende Berechtigung zur Vornahme der baulichen Veränderungen sehr wohl bewusst gewesen (Urk. 2 Rz. 15-19), könnte dem – noch immer unter der Annahme, es läge objektiv überhaupt eine rechtswidrige Sachbeschädigung vor – nicht gefolgt werden. Die mietrechtliche Ersatzvornahme bedarf (etwa im Gegensatz zu jener nach Art. 98 OR) keiner richterlichen Ermächtigung (Weber, in: Honsell / Vogt / Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Auflage, Basel 2015, Art. 259b N 10; Higi, in: Gauch [Hrsg.], Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Teilband V 2b, Erste Lieferung, 3. Auflage, Zürich 1994, Art. 259b N 49). Dass der Beschwerdegegner 1 vorgängig das Gericht angerufen hatte, berührt sein Recht nicht, später doch noch auf eigene Faust zu handeln.

Schliesslich ist dem Beschwerdeführer zu widersprechen, soweit er geltend macht, bei der Vorstellung des Beschwerdegegners 1 über seine Berechtigung zum eigenmächtigen Vorgehen ginge es nicht um einen Sachverhalts-, sondern einen Verbotsirrtums (Urk. 2 Rz. 27 f.). Die Abgrenzung zwischen Sachverhalts- und Rechtsfragen im Sinne des Strafrechts hängt nicht davon ab, ob die unzutreffende Vorstellung eine Rechtsfrage oder eine ausserrechtliche Tatsache betrifft. Auch die falsche Vorstellung über Tatbestandsmerkmale rechtlicher (normativer) Natur ist als Sachverhaltsirrtum einzustufen (BGE 129 IV 238 E. 3.1 f.). Gleiches gilt, wenn man in casu die Zulässigkeit der Ersatzvornahme bei der Prüfung der Strafbarkeit statt auf der Ebene der Tatbestandmässigkeit auf jener der Rechtswidrigkeit berücksichtigt. Entscheidend ist, dass es so oder anders – bei Annahme eines objektiv tatbestandmässigen und rechtswidrigen Verhaltens – um einen Irrtum über eine zivilrechtlichen Vorfrage ginge und nicht über die Auslegung eines strafrechtlichen Tatbestandsmerkmals oder Rechtfertigungsgrundes. So ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung etwa ein Irrtum in Bezug auf den Umfang einer Servitut, die die Rechtswidrigkeit einer tatbestandmässigen Sachbeschädigung entfallen lässt, wenn der Täter sich als Dienstbarkeitsberechtigter auf sie berufen kann, ebenso wie der Irrtum über ein Eigentumsrecht als Sachverhaltsirrtum zu qualifizieren (BGE 115 IV 26 E. 3.a). Deshalb wäre unerheblich, ob der Irrtum des Beschwerdeführers über die mietrechtliche Zulässigkeit seines

Vorgehens vermeidbar gewesen wäre (vgl. Art. 21 StGB). Da die fahrlässige Beschädigung einer Sache nicht strafbar ist, führte er selbst dann zur Straflosigkeit des Beschwerdegegners 1, wenn er ihn bei pflichtgemässer Vorsicht hätte vermeiden können (Art. 13 StGB).

2.1.3. Der Beschwerdeführer weist in der Replik darauf hin, dass die Stadt D._____ nun an der bis zur Höhe des ersten Stockwerks weiss gestrichenen und darüber weiterhin rosa belassenen Fassade Anstoss genommen hat (Urk. 18 Rz. 9). Dies hat er sich selbst zuzuschreiben. Die Baubehörde von D._____ verlangt ein ganzheitliches Farb- und Materialkonzept (Urk. 19/6). Ein solches kann der Beschwerdegegner 1 nicht liefern, wenn der Beschwerdeführer einerseits die mangelhafte Fassade nicht selbst instand setzt und andererseits konsequent jegliche Mitwirkung verweigert, namentlich an baurechtlichen Verfahren (vgl. Urk. 13/3 S. 2 und Urk. 3/4 S. 23).

2.1.4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschwerdegegner 1 weder objektiv noch subjektiv rechtswidrig handelte, als er die Fassade neu strich.

2.2. Das Gesagte gilt sodann auch hinsichtlich der übrigen in der Strafanzeige beanstandeten Arbeiten.

War im Zeitpunkt Vermietung vorgesehen, dass das Restaurant später an die Mieterin verkauft, jedenfalls ihr aber ein Kaufrecht, also eine einseitig ausüb bare Option, eingeräumt würde, besteht wie dargelegt kein Anlass, an der Darstellung des Beschwerdegegners 1 (Urk. 13/3 S. 6) zu zweifeln, es sei die Meinung gewesen, dass Art. 36 des Mietvertrags ihn auch im Aussenbereich des Gebäudes zu Modifikationen berechtige. Damit kann auch in Bezug auf den in die Fassade eingelassenen Briefkasten keine rechtswidrige Sachbeschädigung, jedenfalls keine vorsätzliche, gesehen werden.

Was die beleuchtete Aussenanschrift angeht, ist überdies auf Art. 9.2 des Mietvertrags zu verweisen. Nach dieser Bestimmung hat die Mieterin in jedem Fall das Recht, ein Wirtshausschild sowie je eine beleuchtete und unbeleuchtete Aussenanschrift anzubringen. Dies darf ihr der Vermieter nicht verweigern. Wenn

aber die Anschrift des Beschwerdeführers ("RESTAURANT E.____") die ganze Breite der der Strasse zugewandten Fassade in Anspruch nimmt (vgl. Urk. 13/5/1 S. 1) wird der F.____ AG die Möglichkeit genommen, das ihr vertraglich eingeräumte Recht auszuüben. Folglich durfte der Beschwerdeführer dem Beschwerdegegner 1 das Abmontieren der alten Anschrift nicht verweigern. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass es täuschend und somit unlauter ist, ein Hotel garni als "Hotel Restaurant" zu bewerben, und insoweit auch die Zusicherung des Beschwerdeführers in Art. 31 des Mietvertrages tangiert ist, die Mieterin weder an der C.____-Strasse 1 noch an der C.____-Strasse 2 zu konkurrenzieren.

Hinsichtlich der Klimageräte schliesslich fehlt es schon an einer tatbestandsmässigen Beschädigung. Ein nennenswerter Substanzeingriff aufgrund der Montage ist nicht ersichtlich. Sodann wurden die Aussenmodule nicht an der von der öffentlichen Strasse aus sichtbaren Fassade angebracht, sondern diskret in einem nicht vom öffentlichen Grund aus einsehbaren Bereich (vgl. Urk. 13/5). Eine Beeinträchtigung der Ansehnlichkeit der Mietsache ist somit nicht erkennbar. Im Übrigen dürfte die Klimatisierung bei einem Bar- und Restaurationsbetrieb erforderlich sein und damit zum vorausgesetzten, mithin zulässigen Gebrauch gehören.

2.3. Demnach erweist sich die Strafanzeige in allen Punkten als klarerweise unbegründet. Die Staatsanwaltschaft nahm eine Untersuchung zu Recht nicht an die Hand.

2.4. Damit ist auch der vom Beschwerdeführer erhobenen Rüge der Gehörsverletzung (Urk. 2 Rz. 20-23) die Grundlage entzogen. Anders als vor der Einstellung einer eröffneten Untersuchung (Art. 318 StPO) ist die vorgängige Anhörung der Parteien nicht erforderlich, wenn eine Untersuchung gar nicht erst an die Hand genommen wird, weil klarerweise kein strafbares Verhalten vorliegt (BGer 6B_641/2013 vom 12. Dezember 2013 E. 3.2). Soweit der Beschwerdeführer auch in diesen Zusammenhang geltend machen will, die Staatsanwaltschaft hätte keine Nichtanhandnahme erlassen dürfen, sondern Untersuchungshandlungen vornehmen und die Untersuchung gegebenenfalls einstellen müssen, geht er von der materiellen Begründetheit der Beschwerde voraus. Diesem Vorbringen kommt somit keine selbständige Bedeutung zu. Nachdem wie dargelegt klarerweise kein

strafbares Verhalten vorliegt, erging die Nichtanhandnahme zu Recht und war auch die Gewährung des rechtlichen Gehörs nicht erforderlich. Eine unzulässige Verweigerung von Parteirechten liegt entgegen dem Beschwerdeführer nicht vor.

2.5. Die Beschwerde ist nach dem Gesagten abzuweisen.

3. Bei diesem Ausgang hat der Beschwerdeführer die Kosten des Verfahrens vor Obergericht zu tragen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Gerichtsgebühr ist innerhalb des Gebührenrahmens gemäss § 17 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts (300 bis 12000 Franken) und in Beachtung der Bemessungskriterien nach § 2 Abs. 1 lit. b bis d derselben (Bedeutung und Schwierigkeit des Falls und Zeitaufwand des Gerichts) auf 1500 Franken festzusetzen.

Parteientschädigung sind keine zuzusprechen. Dem Beschwerdeführer weil er unterliegt und dem Beschwerdegegner 1 mangels Beteiligung am Beschwerdeverfahren und erheblicher Aufwendungen.

Es wird beschlossen:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Entschädigungen zugesprochen.
4. Die dem Beschwerdeführer auferlegten Kosten werden von der Sicherheitsleistung von Fr. 3'000.– bezogen. Im Restbetrag wird die Sicherheitsleistung dem Beschwerdeführer zurückerstattet, unter Vorbehalt allfälliger Verrechnungsansprüche des Staates.
5. Schriftliche Mitteilung an:
 - Rechtsanwalt Dr. X._____, zweifach für sich und den Beschwerdeführer (per Gerichtsurkunde)

- den Beschwerdegegner 1 (per Gerichtsurkunde)
- die Staatsanwaltschaft See/Oberland (gegen Empfangsbestätigung)

sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. nach Erledigung allfälliger Rechtsmittel an:

- die Staatsanwaltschaft See/Oberland unter Rücksendung der beigezogenen Akten (Urk. 13), gegen Empfangsbestätigung
- die Zentrale Inkassostelle der Gerichte

6. Rechtsmittel:

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

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang 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.

Zürich, 24. Januar 2017

Obergericht des Kantons Zürich
III. Strafkammer

Präsident:

Gerichtsschreiber:

lic. iur. Th. Meyer

lic. iur. A. Weber