Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer

Geschäfts-Nr.: UH160307-O/U/BUT

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Th. Meyer, Präsident, Oberrichterin lic. iur. F. Schorta und Ersatzoberrichter lic. iur. Th. Vesely sowie Gerichtsschreiberin Dr. iur. S. Zuberbühler Elsässer

Beschluss vom 8. November 2016

in Sachen

R.____,

Beschwerdeführer

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt

gegen

1. **Staatsanwaltschaft X.____**,
2. **D.____**,

Beschwerdegegner

2 vertreten durch Rechtsanwältin

betreffend **Herausgabe**

Beschwerde gegen eine mündliche Verfügung der Staatsanwaltschaft X.____ vom 29. September 2016, 11:45 Uhr
Beschwerde gegen die Herausgabeverfügung der Staatsanwaltschaft X.____ vom 6. Oktober 2016

Erwägungen:

I.

1. Die Staatsanwaltschaft X.____ führt auf Anzeige von D.____ eine Strafuntersuchung wegen Nötigung etc. gegen R.____ (nachfolgend Beschwerdeführer). Letzterer habe am 23. September 2016 das Motorrad____ mit der Nummer Z.____, samt zwei Motorradhelmen und einem Paar Motorradhandschuhe, ab einem Standort Y.____ abgeschleppt, obwohl dieses weder jemanden behindert noch die Verkehrssicherheit gefährdet habe. Im Folgenden habe er es dem Halter, D.____ (nachfolgend Beschwerdegegner 2), nur gegen Bezahlung einer Gebühr von mindestens Fr. 650.– (gemäss Beschwerdeführer Fr. 675.-) herausgeben wollen.

Am 6. Oktober 2016 verfügte die Staatsanwaltschaft eine Hausdurchsuchung auf den Arealen des Beschwerdeführers sowie die Beschlagnahme der fraglichen Gegenstände. Gleichentags ordnete sie deren Herausgabe an den Beschwerdegegner 2 an.

2. Bereits mit Eingabe vom 29. September 2016 an die hiesige Kammer erhob der Beschwerdeführer persönlich eine "Dringende Beschwerde" gegen die "mündliche Herausgabeverfügung vom 29. September 2016 11.45 UHR" und beantragte die aufschiebende Wirkung. Nachdem die Staatsanwaltschaft erklärt hatte, es sei keine entsprechende mündliche oder schriftliche Verfügung ergangen, wurde das Gesuch um aufschiebende Wirkung mit Verfügung vom 3. Oktober 2016 abgewiesen und sowohl dem Beschwerdeführer persönlich als auch seinem amtlichen Verteidiger Frist angesetzt, um sich zur Frage des Anfechtungsobjekts zu äussern. Der amtliche Verteidiger nahm hierzu mit Eingabe vom 13. Juni [recte Oktober] 2016 Stellung. Mit Eingabe vom 17. Oktober 2017 [recte 2016] liess der Beschwerdeführer sodann rechtzeitig Beschwerde gegen die Herausgabeverfügung vom 6. Oktober 2016 erheben. Er beantragt die rückwirkende Aufhebung der Verfügung zur Herausgabe des Motorrads. Eventualiter sei die Staatsanwaltschaft

anzuweisen, den Beteiligten Frist zur Anhebung von Zivilklagen anzusetzen und bis zum Ablauf der Frist den Vollzug der Herausgabeverfügung aufzuschieben.

3. Auf die Durchführung eines Schriftenwechsels wurde in Anwendung von Art. 390 Abs. 2 StPO verzichtet.

II.

Gegen die schriftliche Herausgabeverfügung der Staatsanwaltschaft vom 6. Oktober 2016 ist die Beschwerde zulässig (Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO). Somit erübrigt sich die Frage nach dem Vorliegen eines gültigen Anfechtungsobjekts im Zusammenhang mit einer allfälligen mündlichen Herausgabeverfügung. Die fragliche Verfügung vom 6. Oktober 2016 wurde bisher nicht vollstreckt. Die weiteren Eintretensvoraussetzungen geben somit zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

III.

1. Die Restitutionsbeschlagnahme nach Art. 263 Abs. 1 lit. c StPO bezweckt die vorläufige Sicherstellung von Sachen und Vermögenswerten im Hinblick auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Die Rückgabebeschlagnahme dient der Verwirklichung des materiellen Rechts auf Restitution gemäss Art. 70 Abs. 1 in fine StGB. Eine Restitution kommt nur hinsichtlich des unmittelbaren Deliktsguts oder der sog. unechten Surrogate in Betracht.

Gemäss Art. 267 Abs. 2 StPO kann ein Gegenstand vor Abschluss des Verfahrens der berechtigten Person zurückgegeben werden, sofern unbestritten ist, dass er ihr durch die Straftat unmittelbar entzogen worden ist. Das Erfordernis, wonach der strafrechtliche Entzug eines Objekts durch den Täter unbestritten sein muss, verlangt nicht zwingend ein Geständnis oder die Anerkennung des Anspruchs des Geschädigten auf Rückgabe des Gegenstandes. Bei objektiver Betrachtungsweise dürfen aber keine Zweifel darüber besteht, dass der Restitutionsanspruch begründet ist. Materiell ist zudem vorausgesetzt, dass die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse für eine Restitution gemäss Art. 70 Abs. 1 in fine StGB erfüllt sind. Die Sach- und Rechtslage müssen sich somit als hinreichend liquid erwei-

sen (Heimgartner, Strafprozessuale Beschlagnahme, Habil. Zürich 2011, S. 313 f., m.w.H.).

2. Die Staatsanwaltschaft gelangte zum Schluss, es sei unbestritten, dass die beschlagnahmten Gegenstände (Motorroller, 2 Motorradhelme und 1 Paar Motorhandschuhe) durch eine Straftat (Nötigung nach Art. 181 StGB) unmittelbar dem an diesen Berechtigten entzogen wurden.

Unbestritten ist, dass der Beschwerdegegner 2 Halter des fraglichen Motorrads ist und dieses am 23. September 2016 am Standort Y.____ parkierte. Der Beschwerdeführer bestreitet sodann nicht, das Motorrad am fraglichen Abend abgeschleppt und dem Beschwerdegegner 2 gegenüber die Herausgabe verweigert und auf der (vorgängigen) Bezahlung der Abschleppkosten in der Höhe von Fr. 675.– beharrt zu haben.

Der Beschwerdeführer stützt sich in Bezug auf das Abschleppen und die Kosteneintreibung auf den ihm mit Vertrag vom 20. März 2014 von der E.____ AG erteilten Abschleppauftrag, unter gleichzeitiger Zession der Schadenersatzforderungen. Er vertritt im wesentlichen die Ansicht, es mangle bereits an der Voraussetzung des unmittelbaren Entzugs des Motorrads durch eine strafbare Handlung. Das Abschleppen sei in Wahrnehmung zulässiger Selbsthilfe erfolgt, da das Motorrad vom Eigentümer widerrechtlich auf Privatgrund abgestellt worden sei. Er habe eine rechtmässige Forderung gegen den Falschparker auf Bezahlung der Abschleppkosten und könne sich folglich bezüglich der Zurückbehaltung des Motorrads auf ein obligatorisches Retentionsrecht berufen. Solange er sich auf ein solches berufe, sei jedenfalls die bedingungslose Herausgabe ohne Begleichung der Abschleppkosten in Frage zu stellen. Zumindest müsste ein Zivilgericht darüber entscheiden, ob ein obligatorisches Retentionsrecht bestehe, weshalb dem Eigentümer des Motorrollers gestützt auf Art. 267 Abs. 5 StPO Frist zur zivilrechtlichen Klärung dieser Frage anzusetzen sei. Die Staatsanwaltschaft sei gemäss der Regelung von Art. 267 Abs. 4 StPO nicht dazu befugt, über umstrittene Ansprüche zu entscheiden.

3.

3.1 Zunächst ist festzuhalten, dass die Staatsanwaltschaft den Tatbestand der Nötigung (Art. 181 StGB) als erfüllt erachtet, weil der Beschwerdeführer das Motorrad dem Eigentümer nur gegen Bezahlung der geforderten Abschleppkosten zurückgeben wollte. Die Argumentation, das Motorrad sei aufgrund des nach Ansicht des Beschwerdeführers rechtmässigen Abschleppens dem Beschwerdegegner 2 nicht im Sinne von Art. 267 Abs. 2 StPO durch eine strafbare Handlung unmittelbar entzogen worden, geht insofern an der Sache vorbei. Vielmehr stellt sich ab dem Zeitpunkt der aktiven Weigerung, das Motorrad dem Eigentümer zurückzugeben, die Frage nach einer strafbaren Handlung.

3.2 In objektiver Hinsicht setzt Art. 181 StGB voraus, dass der Täter jemanden durch Gewalt, Androhung ernstlicher Nachteile oder durch andere Beschränkung seiner Handlungsfähigkeit nötigt, etwas zu tun, zu unterlassen oder zu dulden. Schutzobjekt von Art. 181 StGB ist die Freiheit der Willensbildung und Willensbetätigung des Einzelnen (BGE 129 IV 6, 8 f. Erw. 2.1). Das Opfer muss durch die Anwendung der genannten Zwangsmittel in seiner Handlungsfreiheit beeinträchtigt und auf diese Weise - gegen seinen Willen - zu einem bestimmten Verhalten veranlasst werden. Misslingt die Bestimmung von Willensbildung oder Willensbetätigung, bleibt es beim Versuch im Sinne von Art. 22 Abs. 1 StGB (BGE 106 IV 125, 129 Erw. 2/b).

Wer in der Absicht unrechtmässiger Bereicherung jemanden durch die Androhung ernstlicher Nachteile zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich am Vermögen schädigt, begeht den qualifizierten Tatbestand der Erpressung nach Art. 156 Ziff. 1 StGB. Dieser Tatbestand enthält eine Nötigung als Tatbestandsmerkmal (Donatsch, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 10. Aufl., Zürich u.a. 2013, S. 289 und 438).

3.3 Vorliegend behändigte der Beschwerdeführer das Motorrad und verbrachte es an einen ausserhalb des Zugriffbereichs des Eigentümers liegenden Ort. Im Folgenden verweigerte er die bedingungslose Herausgabe. Damit beschränkte der Beschwerdeführer zum einen die Verfügungsmacht des Eigentümers. Zum

anderen drohte er diesem an, den zuvor geschaffenen Zustand (Entzug des Fahrzeugs) aufrechtzuerhalten, wobei er zu erkennen gab, darauf einen Einfluss zu haben. Das Verhalten ist somit unter die Tatbestandsvariante der Androhung eines ernstlichen Nachteils zu subsumieren. Ernstlich ist ein Nachteil dann, wenn dessen Androhung nach einem objektiven Massstab geeignet ist, auch eine besonnene Person in der Lage des Betroffenen gefügig zu machen und so seine freie Willensbildung und Willensbetätigung zu beschränken (BGE 122 IV 322, 324 f. Erw. 1/a). Der Beschwerdegegner 2 war vor die Wahl gestellt, entweder die Bedingungen des Beschwerdeführers (hier: Bezahlung der geforderten Abschleppkosten) umgehend zu erfüllen oder ab sofort und bis auf Weiteres auf sein Fahrzeug zu verzichten. Insbesondere im drohenden längeren Entzug des Fahrzeugs ist ein ernstlicher Nachteil zu erblicken. Zudem stellte sich diese Situation vorliegend kurz vor Mitternacht. Ein Fahrzeughalter hat in der Regel ein erhebliches Interesse daran, sein Fahrzeug so schnell als möglich wieder benutzen zu können, zumal er auch nicht ohne Weiteres und jedenfalls nicht ohne nennenswerten finanziellen Aufwand Ersatz beschaffen kann. Die Betroffenen dürften meist auch vor der Anhebung eines sie unter Umständen teuer zu stehen kommenden Zivilprozesses zurückschrecken. Diese Möglichkeit lässt daher die Ernstlichkeit des Nachteils nicht entfallen (vgl. BGE 122 IV 322, 325 Erw. 1/a; BGE 115 IV 207, 212 Erw. 2/a). Die vorliegend fragliche Androhung beeinflusst demnach fehlbare Fahrzeughalter bei ihrem Entscheid, ob sie die verlangten Abschleppkosten bezahlen wollen. Darin liegt eine Einschränkung ihrer Willensbildung und Willensbetätigung.

Der Beschwerdeführer setzte seine Drohung bewusst dazu ein, um den Beschwerdegegner 2 zum gewünschten Verhalten zu bringen, und manifestierte mit der Mitteilung seiner Position den entsprechenden Willen. Er handelte folglich mit direktem Vorsatz. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers liegt ein Vorsatzmangel nur dann vor, wenn der Täter hinsichtlich der tatsächlichen Umstände einer - wäre sie wirklich gegeben - rechtfertigenden Sachlage irrt. Dies ist hier nicht der Fall. Der Beschwerdeführer glaubt in Kenntnis der wahren Sachlage, sich auf ein Retentionsrecht berufen zu können. Die irrige Annahme, ein Verhalten sei ausnahmsweise erlaubt, beschlägt jedoch den subjektiven Tatbestand

nicht. Das Unrechtsbewusstsein ist nach der Konzeption des Schweizerischen Strafgesetzbuches vielmehr Teil der Schuld. Ein tatsächlicher Rechtsirrtum stellt nach Art. 21 StGB ein Schuldausschluss- bzw. - bei Vermeidbarkeit des Irrtums - ein Strafmilderungsgrund dar. Die Restitution gemäss Art. 70 Abs. 1 in fine StGB setzt den Entzug des fraglichen Gegenstandes durch eine "Straftat" voraus (vgl. auch Art. 267 Abs. 2 StGB). Es genügt das Vorliegen einer objektiv und subjektiv tatbestandsmässigen sowie rechtswidrigen Handlung. Ein schuldhaftes Handeln ist nicht erforderlich; die Einziehung von Vermögenswerten ist auch zulässig, wenn die beschuldigte Person in Bezug auf die Anlasstat etwa einem schuldausschliessenden Rechtsirrtum (Art. 21 StGB) erlegen ist (vgl. BGE 129 IV 305, 310 Erw. 4.2.1; Hug, OFK-StGB, 19. Aufl., Zürich 2013, Art. 70 N 3).

Somit ist von einem objektiv und subjektiv tatbestandsmässigen Verhalten im Sinne von Art. 181 StGB (i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB) auszugehen. Die abschliessende rechtliche Würdigung hinsichtlich der Anwendung allenfalls des qualifizierten Tatbestands der Erpressung wird vom Sachgericht vorzunehmen sein. Im vorliegenden Zusammenhang braucht darauf nicht weiter eingegangen zu werden.

4.

4.1 Die Tatbestandsmässigkeit der - vorliegend versuchten - Nötigung indiziert noch nicht deren Rechtswidrigkeit. Eine nötigende Handlung ist nur unrechtmässig, wenn das Mittel oder der Zweck unerlaubt sind oder wenn das Mittel zum erstrebten Zweck nicht im richtigen Verhältnis steht oder wenn die Verknüpfung zwischen einem an sich zulässigen Mittel und einem erlaubten Zweck rechtsmissbräuchlich oder sittenwidrig ist (BGE 122 IV 322, 326 Erw. 2/a). Ob die Beschränkung der Handlungsfreiheit einer Person eine rechtswidrige Nötigung darstellt, hängt somit vom Mass der Beeinträchtigung, von den dazu verwendeten Mitteln bzw. den damit verfolgten Zwecken ab (BGE 108 IV 165, 168 Erw. 3).

4.2 Der Eigentümer ist innerhalb der Schranken der Rechtsordnung in seiner Verfügungsmacht über eine Sache geschützt (Art. 641 Abs. 1 ZGB). Zudem ist er zur Abwehr ungerechtfertigter Einwirkungen befugt (Art. 641 Abs. 2 ZGB). Daraus folgt der Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe der Sache gegenüber jedermann, der sie ihm unberechtigterweise vorenthält. Die Eigentumsverhältnisse

in Bezug auf das Motorrad sind nicht umstritten. Indem der Beschwerdeführer dessen Herausgabe an den Beschwerdegegner 2 verweigerte bzw. diese an Bedingungen knüpfte, handelte er grundsätzlich rechtswidrig. Er macht jedoch geltend, es stehe ihm am gestützt auf erlaubte Selbsthilfe abgeschleppten Fahrzeug ein Retentionsrecht zu, weshalb sein Verhalten gerechtfertigt sei.

Zunächst ist festzuhalten, dass Selbsthilfemassnahmen generell nur soweit und solange zulässig sind, als die gesetzlichen Mittel nicht genügen. Die Auseinandersetzung um die im Zusammenhang mit der Anwendung des Selbsthilferechts nach Art. 926 ZGB bzw. Art. 52 Abs. 3 OR entstandenen Kosten ist jedenfalls auf dem Wege der Schuldbetreibung und des Zivilprozesses zu führen. Nach einhelliger Auffassung berechtigt das Selbsthilferecht die an einem Grundstück berechtigte Person keinesfalls auch dazu, ein abgeschlepptes Fahrzeug zwecks Inkasso der Abschleppkosten zurückzubehalten (ZR 84 [1985] Nr. 96, Erw. 2, m.w.H.; vgl. sodann Rusch/Klaus, a.a.O., S. 9). Name und Adresse von Inhabern eines Kontrollschildes werden sodann gegenüber jedermann bekannt gegeben (Art. 126 Abs. 1 VZV/ZH). Der Beschwerdeführer war somit ohne Weiteres in der Lage, den Halter abzuklären, um ihm gegenüber Kostenersatz geltend zu machen. Er bestreitet denn auch nicht, dass ihm die Person des mutmasslichen Falschparkers tatsächlich namentlich bekannt war. Zwar weigerte sich der Beschwerdegegner 2, die Kosten sofort zu begleichen, da er davon ausging, den geltend gemachten Betrag nicht zu schulden. Der Umstand, dass der Beschwerdeführer zur Eintreibung umstrittener Kosten einen Zivilprozess führen müsste, vermag aber kein weitergehendes Selbsthilferecht zu begründen.

Für die Beanspruchung eines dinglichen Retentionsrechts ist gemäss der soweit eindeutigen gesetzlichen Regelung vorausgesetzt, dass sich der Retentionsgegenstand mit Willen des Schuldners im Besitz des Gläubigers befindet (Art. 895 Abs. 1 ZGB). Der Falschparker stellt zwar sein Fahrzeug widerrechtlich auf fremdem Grund ab und muss damit rechnen, dass der Grundstücksbesitzer das Fahrzeug abschleppen lassen wird und dass er für Schadenersatz belangt wird. Von einer willentlichen Übertragung des Besitzes am Fahrzeug an die am Grundstück berechtigte Person, kann aber dennoch nicht ausgegangen werden. Folglich steht

auch dem Abschleppunternehmer, dem die Schadenersatzforderung zediert wurde, kein dingliches Retentionsrecht am abgeschleppten Fahrzeug zu.

Ein ungeschriebenes obligatorisches Retentionsrecht ist in Literatur und Rechtsprechung für jene Fälle anerkannt, in denen das dingliche Retentionsrecht daran scheitert, dass die spezifischen Voraussetzungen für ein Fahrnispfand nicht erfüllt sind, d.h. wenn es insbesondere an einer fremden beweglichen Sache mangelt. Umstritten ist zudem, ob ein obligatorisches Retentionsrecht auch an nicht verwertbaren Sachen bestehen soll (CHK-Koller, 3. Aufl., Zürich u.a. 2016, ZGB 895-898 N 14 f.; vgl. sodann BGE 122 IV 322, 327 ff. Erw. 3/c; Wey, Das obligatorische Retentionsrecht, LBR Bd. 23, Dissertation, Zürich u.a. 2007, S. 14 ff.). In der vorliegenden Konstellation mangelt es aber weder an der Voraussetzung einer fremden beweglichen Sache noch an derjenigen der Verwertbarkeit des fraglichen Gegenstandes. Für ein obligatorisches Retentionsrecht bleibt somit kein Raum. Gemäss der eindeutigen Regelung von Art. 895 Abs. 1 ZGB soll es einem Gläubiger gerade nicht möglich sein, sich ein Faustpfand selber zu verschaffen. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers führt eine einzelne andere Literaturmeinung (vgl. Rusch/Klaus, a.a.O., S. 9 f.) nicht zwingend zur Annahme einer unklaren Rechtslage.

4.3 Im Weiteren geht auch der Beschwerdeführer davon aus, es müsse für das Bestehen eines (obligatorischen) Retentionsrechts eine "rechtmässige Forderung des Abschleppunternehmers gegen den Fahrzeughalter" bestehen. Die für die Annahme eines Retentionsrechts geforderte Konnexität zwischen der Forderung auf Herausgabe des Fahrzeugs und der Bezahlung der Abschleppkosten sei zumindest für eine "branchenübliche Grundgebühr" gegeben (Urk. 11 S. 7) (Urk. 11 S. 7). Ob das Abschleppen auf erlaubter Selbsthilfe beruhte und sich der Beschwerdeführer auf eine damit in Zusammenhang stehende berechtigte Schadenersatzforderung gegenüber dem Beschwerdegegner 2 berufen konnte, beschlägt die Frage nach einem rechtmässigen Zweck der nötigenden Handlung.

a) Der Beschwerdegegner 2 glaubte, nicht oder jedenfalls nicht im geltend gemachten Umfang für die Abschleppkosten aufkommen zu müssen. Das Abschleppen ab der fraglichen Stelle sei unverhältnismässig gewesen, da das Mo-

torrad nichts und niemanden behindert habe. Überdies habe der Beschwerdeführer für das Abschleppen einen übersetzten Betrag gefordert. Auch die Staatsanwaltschaft erachtete grundsätzlich bereits das Abschleppen als unverhältnismässig.

Dagegen wendet der Beschwerdeführe ein, beim Abschleppen ab Privatgrund diene einzig und allein die Eigentumsverletzung als Rechtfertigung sowohl für das Recht zum Abschleppen, als auch für die damit verknüpfte Schadenersatzforderung aufgrund der durch das Abstellen des Fahrzeugs verursachten Eigentumsverletzung. Das Abschleppen sei auch zulässig, wenn kein konkretes Bedürfnis am Parkplatz bzw. keine Behinderung durch das fragliche Fahrzeug vorliege.

b) Gemäss den Angaben des Beschwerdeführers soll das Motorrad auf einem von der E. AG____ "gemieteten" Parkplatz gestanden haben. Der konkrete Standort wurde von beiden Seiten bildlich dokumentiert. Das Motorrad war - in Fahrtrichtung ____ gesehen - auf der rechten Seite des Standorts Y.____ ____ direkt entlang der ____mauer abgestellt. Der hintere Teil ragte über ein Gittertor hinaus. Das Vorderrad befand sich teilweise auf dem Asphaltstreifen zwischen dem eigentlichen Parkfeld und der Strasse. Die ____mauer ist an der fraglichen Stelle abgeschrägt und verläuft nicht parallel zu den Parkfeldern. Vom Abschleppauftrag umfasst waren die Parkfelder "gegenüber S. 7____, entlang der Gleise". Letztere enden ca. auf der Höhe S. 3____ und mithin einige Meter vor [der ____mauer]. Auf der vom Beschwerdeführer für das Abschleppen des fraglichen Motorrads erstellten Rechnung ist als Standort des Motorrads "Parkfeld S. 3____ geg." angegeben. Das Motorrad befand sich aber unbestrittenermassen nicht auf dem Parkplatz gegenüber S. 3____, sondern wie erwähnt direkt neben der ____mauer. Somit ist bereits äusserst fraglich, ob das Abschleppen des Motorrads vom Pauschalauftrag erfasst war.

Die an einem Parkplatz Berechtigten können sich hinsichtlich des Abschleppenlassens eines darauf unberechtigterweise parkierten Fahrzeugs grundsätzlich auf das Selbsthilferecht gemäss Art. 926 ZGB bzw. Art. 52 Abs. 3 OR berufen, wobei die Kosten für das Abschleppen als Schadenersatz (Art. 928 Abs. 2 ZGB und Art. 41 OR) gegen den Falschparker geltend gemacht werden können. Im

Falle einer gültigen Zession des Schadenersatzanspruchs kann das Abschleppunternehmen die Kosten selber einfordern (vgl. Rusch/Klaus, Der zugeparkte Parkplatz, Jusletter vom 28. September 2015, S. 5 ff.; ZR 84 [1985] Nr. 96; Urteil OGer ZH SB130145 vom 23. August 2013 Erw. 3/c/bb). Der Besitzer ist dazu berechtigt, einen Parkplatz auch dann räumen zu lassen, wenn er ihn nicht selber benötigt. Zweck des Selbsthilferechts ist aber lediglich die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands, mithin die Beseitigung der Besitzstörung. Exzesse sind nicht geschützt. Der sich selbst wehrende Besitzer hat sich jeder nach den Umständen nicht gerechtfertigten Gewalt zu enthalten (Art. 926 Abs. 3 ZGB). Die Störungsabwehr muss verhältnismässig sein. Insbesondere darf zwischen dem Interesse des Besitzers und dem durch Ausübung des Selbsthilferechts dem Störer erwachsenden Schaden kein Missverhältnis bestehen, was sich auch aus dem Gebot von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) ergibt. Demnach muss der Besitzer diejenige Abwehrmöglichkeit wählen, welche die Rechtsgüter des Angreifers am wenigsten verletzt. Er ist nicht dazu berechtigt, unnötige Eingriffe vorzunehmen (vgl. Landmann, Notwehr, Notstand, Selbsthilfe im Privatrecht, Dissertation, Zürich 1975, S. 90). In Fällen, in denen keinerlei Gefahr droht, ist anstatt der Ausübung des Faustrechts staatliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, sofern diese Möglichkeit existiert (BK-Stark/Lindenmann, Der Besitz, Art. 919-941 ZGB, Bern 2016, Art. 926 N 18 ff., m.w.H.). Bei der Beurteilung der Frage, welche Handlungen nach den Umständen angemessen sind, ist von denjenigen Verhältnissen auszugehen, wie sie der betroffene Besitzer erkannte bzw. erkennen konnte (BK-Stark/Lindenmann, a.a.O., Art. 926 N 18; Landmann, a.a.O., S. 89).

Es ist grundsätzlich zulässig, einen Abschleppunternehmer pauschal damit zu beauftragen, falsch parkierte Fahrzeuge abzuschleppen (vgl. Rusch/Klaus, a.a.O. S. 14 f.). Die tatsächliche Ausübung des Selbsthilferechts im konkreten Fall muss aber dennoch verhältnismässig sein. Der Abschleppunternehmer erhält mit einem Pauschalauftrag keinen Freipass, zur Befriedigung finanzieller Eigeninteressen übermässige Selbsthilfe zu üben. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers sind demnach die konkreten Umstände, unter denen ein Fahrzeug abgeschleppt wird, nicht völlig unerheblich. Vorliegend standen sich das Interesse der Mieterin der Parkplätze an der Möglichkeit einer ungestörten Nutzung und der aufgrund

des Abschleppens für den Falschparker resultierende Schaden gegenüber. Weder die Parkplätze gegenüber S. 3-7____ noch der hinterste Parkplatz seitlich vor der ____mauer wurden durch das Motorrad zugeparkt. Das Motorrad war vielmehr so platziert, dass auf dem fraglichen hintersten Parkplatz ohne Weiteres ein Personenwagen hätte abgestellt werden können. Auch die Zufahrt zu sämtlichen anderen Parkplätzen war nach wie vor möglich. Dies wird vom Beschwerdeführer nicht bestritten. Er wendet jedoch ein, die Zufahrt zum Gittertor sei versperrt gewesen, so dass sich das Tor nicht mehr vollständig habe öffnen lassen. Inwiefern die E. AG____ als Mieterin in ihrem Besitz betreffend die Parkfelder "gegenüber S. 7____" gestört war, ist damit nicht dargetan. Überdies hätte das Motorrad auch etwas nach vorne aus dem Bereich des Gittertors verschoben werden können, ohne dass dies zu einer Behinderung der Strasse geführt hätte. Die vollständige Räumung des gesamten Platzes mittels Abschleppservice war unter den gegebenen Umständen klarerweise nicht erforderlich. Die entsprechende Ausübung des Selbsthilferechts ist daher als grundsätzlich übermässig zu qualifizieren.

Im Weiteren hat ein Besitzer im Zusammenhang mit der Ausübung des Selbsthilferechts zwar einen Anspruch auf Ersatz der dadurch verursachten Aufwendungen gegen den Störer (Art. 928 Abs. 2 ZGB und Art. 41 OR). Es besteht aber lediglich Anspruch auf Schadenersatz und den von der Störung Betroffenen trifft eine Schadenminderungspflicht (vgl. Art. 44 Abs. 1 OR). Übersetzte Tarife etwa für das Abschleppen des Fahrzeugs können somit nicht geltend gemacht bzw. auf den Falschparker überwälzt werden (vgl. auch Rusch/Klaus, a.a.O., S. 8, m.w.H.). Demnach verfügt der Beschwerdeführer insbesondere über kein Recht, gestützt auf die Globalzession der Schadenersatzansprüche durch die E. AG____ gegenüber Falschparkern jede x-beliebige Summe für das Abschleppen einzufordern. Die Gebühr für das Abschleppen von Fahrzeugen durch die Stadtpolizei Zürich oder von dieser beauftragte private Unternehmen beträgt pauschal Fr. 200.–, wobei eine zusätzliche Gebühr für die Administration der Fahrzeugrückgabe von Fr. 90.– verlangt wird (Gebühren für das Abschleppen von Fahrzeugen durch die Stadtpolizei, Stadtratsbeschluss vom 6. Juli 1994 [Amtliche Sammlung der Stadt Zürich Nr. 551.340]). Für das gedeckte Einstellen eines Motorrads verrechnet die Stadtpolizei zudem einen Betrag von Fr. 5.– pro Tag (Gebührenordnung für die

Verwahrung fremder Fahrzeuge durch die Stadtpolizei, Stadtratsbeschluss vom 23. Dezember 1992 [Amtliche Sammlung der Stadt Zürich Nr. 551.350]). Gemessen an diesen Gebühren liegt der vom Beschwerdeführer im konkreten Fall verlangte, mehr als doppelt so hohe Betrag von Fr. 675.–, beinhaltend unter anderem eine reine Abschlepppauschale von bereits Fr. 410.–, klar ausserhalb eines allfälligen Schadenersatzanspruchs des Parkplatzbesitzers. Spezielle Umstände, die einen derart höheren Tarif rechtfertigen würden, macht der Beschwerdeführer nicht geltend und sind vorliegend auch nicht ersichtlich. Dies gilt erst recht vor dem Hintergrund, dass ein im Vergleich etwa zu einem Personenwagen deutlich kleineres Motorrad abgeschleppt wurde. Für die "Nachtarbeit" wurde sodann ein Zuschlag von Fr. 95.– verrechnet.

Das Vorgehen des Beschwerdeführers - Zurückbehaltung des Motorrads bis zur vollständigen Tilgung des eingeforderten Betrags - erweist sich unter den dargelegten Aspekten nicht mehr als von einem rechtmässigen Zweck getragen.

5. Nach dem Gesagten darf ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass dem Beschwerdegegner 2 das Motorrad durch eine tatbestandsmässige und rechtswidrige Straftat entzogen wurde. Es besteht mithin keine begründete Veranlassung, am Restitutionsanspruch des Beschwerdegegners 2 zu zweifeln. Die Verfügung der vorzeitigen Rückgabe der beschlagnahmten Gegenstände ist nicht zu beanstanden. Anders zu entscheiden hiesse, die nötigende Situation aufrechtzuerhalten. Demnach ist die Beschwerde abzuweisen.

Der Beschwerdeführer verlangt die Aufhebung der angefochtenen Verfügung grundsätzlich lediglich in Bezug auf die Herausgabe des Motorrads. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass für eine Zurückbehaltung der Motorradhelme und der Motorradhandschuhe ohnehin keinerlei Rechtsgrund bestünde. Es handelt sich um selbständige, vom Motorrad trennbare Gegenstände, die selbst bei grundsätzlicher Bejahung eines Retentionsrechts nicht zusätzlich zurückbehalten werden könnten.

IV.

Der Beschwerdeführer unterliegt, weshalb er die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen hat (Art. 428 Abs. 1 StPO). Angesichts der Bedeutung und Schwierigkeit des Falls sowie des Zeitaufwands des Gerichts ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 1'800.– festzusetzen (§ 17 Abs. 1 und § 2 Abs. 1 GebV OG). Die Kosten der amtlichen Verteidigung für diesen Verfahrensabschnitt sind, unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht nach Art. 135 Abs. 4 StPO, auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Entschädigung des amtlichen Verteidigers für seine Bemühungen im Beschwerdeverfahren wird durch die Staatsanwaltschaft oder das urteilende Gericht am Ende des Verfahrens festzusetzen sein (Art. 135 Abs. 2 StPO).

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf Prozessentschädigung. Dem Beschwerdegegner 2 ist mangels Aufwandes im Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 1'800.– festgesetzt.

3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Diejenigen der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen, unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht nach Art. 135 Abs. 4 StPO.

4. Prozessentschädigungen werden keine zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an:

   - […]

6. Rechtsmittel:
   Gegen diesen Entscheid kann **Beschwerde in Strafsachen** erhoben wer-

den. Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang an gerechnet, bei der Ersten öffentlich-rechtlichen 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, 8. November 2016

Obergericht des Kantons Zürich
III. Strafkammer

Präsident:	Gerichtsschreiberin:
lic. iur. Th. Meyer	Dr. iur. S. Zuberbühler Elsässer