

Abschleppen von Falschparkern auf Privatgrund

ARNOLD F. RUSCH*

Inhaltsverzeichnis

I. Fragestellung.....	216
II. Voraussetzungen der Besitzkehr.....	216
III. Schadenersatz.....	220
IV. Retentionsrecht?.....	220
V. Schlusswort.....	222
Literaturverzeichnis	223

I. Fragestellung

Wenn jemand ohne Berechtigung sein Fahrzeug auf meinem Parkplatz abstellt, kann ich als Besitzer oder Eigentümer des Parkplatzes dieses Fahrzeug entfernen. Grundlage dafür bildet das in Art. 926 Abs. 2 ZGB enthaltene Selbsthilferecht der Besitzkehr.¹ Der Konsens in dieser Frage endet leider schon hier. Über alle weiteren Fragen streiten sich die Akteure erbittert: Wie schnell muss ich reagieren? Muss ich eine Gnadenfrist einhalten? Darf ich das Fahrzeug auch entfernen lassen, wenn ich den Parkplatz selber nicht benötige? Darf ich das Fahrzeug bis zur Begleichung der Abschleppkosten retinieren? Wie viel darf der Abschleppvorgang kosten? All diesen Fragen widmen sich die nachfolgenden Ausführungen.

II. Voraussetzungen der Besitzkehr

Das unbefugte Abstellen eines Fahrzeugs stellt einen Besitzesentzug bezüglich des Parkplatzes dar. Dem Besitzer verbleiben keine relevanten Nutzungsmöglichkeiten mehr, wenn ein Fahrzeug auf seinem Parkplatz steht. Es geht folglich um Besitzkehr, nicht Besitzwehr. Die Besitzwehr ist lediglich bei Störungen des Besitzes einschlägig, die noch nicht zum Verlust des Besitzes geführt haben.² Stellt ein Falschparkter einen Roller auf den Parkplatz, so stellt dies dennoch einen partiellen Besitzesentzug dar: Der Besitzestörung liegt eine Aggression oder Aktivität zugrunde, die man bei abgeschlossenen Vorgängen wie dem Abstellen eines Fahrzeugs oder Motorrads nicht bejahen kann. Dasselbe gilt für Besitzer, die über Parkfelder für mehrere Fahrzeuge verfügen: Das Abstellen eines Fahrzeugs auf

* Rechtsanwalt Prof. Dr. ARNOLD F. RUSCH LL.M., Universität St. Gallen.

¹ Denkbar wären auch das in Art. 52 Abs. 3 OR enthaltene Selbsthilferecht und das Vorgehen im Rahmen der echten berechtigen Geschäftsführung ohne Auftrag. Zu diesen beiden Möglichkeiten siehe RUSCH/KLAUS, Jusletter 28.9.2015, N 7 und 9.

² BGer, 6S.5/2004, 21.5.2004, E. 2; vgl. OLG Hamm, 10 U 68/12, 23.8.2012, unter Hinweis auf BGH, LwZR 5/07, 23.11.2007, N 12: «Zwischen Besitzentziehung und Besitzstörung besteht ein quantitativer Unterschied. Besitzentziehung ist der totale und dauernde Ausschluss von der faktischen Sachherrschaft, Besitzstörung eine Verhinderung der Ausübung der Herrschaft über die Sache in einzelnen Beziehungen; die Besitzentziehung nimmt dem Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache vollständig und nicht nur vorübergehend, Beeinträchtigungen anderer Art sind Besitzstörungen (...).»

einem der mehreren Parkfelder fällt unter den partiellen Entzug, nicht unter die Störung.³ Die Relevanz der Unterscheidung zwischen Besitzwehr und -kehr zeigt sich in den zusätzlichen Voraussetzungen der Besitzkehr in Art. 926 Abs. 2 ZGB.

Art. 926 ZGB

1 Jeder Besitzer darf sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren.

2 Er darf sich, wenn ihm die Sache durch Gewalt oder heimlich entzogen wird, sofort des Grundstückes durch Vertreibung des Täters wieder bemächtigen und die bewegliche Sache dem auf frischer Tat betroffenen und unmittelbar verfolgten Täter wieder abnehmen.

3 Er hat sich dabei jeder nach den Umständen nicht gerechtfertigten Gewalt zu enthalten.

Art. 926 Abs. 2 ZGB erwähnt für die Besitzkehr, dass der Besitzer sich des entzogenen Grundstücks *sofort* wieder bemächtigen dürfe, wobei der Entzug *durch Gewalt oder heimlich* erfolgt sein müsse. Ich möchte mich diesen Voraussetzungen durch konkrete Fragen nähern.

Was bedeutet «*sofort*»? Sofort bedeutet sofort nach Entzug, nicht sofort nach Kenntnis des Entzugs.⁴ Es sollte aus Praktikabilitätsgründen genügen, wenn man das Fahrzeug am gleichen Tag⁵ oder am darauffolgenden Tag⁶ abschleppen lässt.

³ Vgl. dazu RUSCH/KLAUS, Jusletter 28.9.2015, N 2 f.; LG Frankfurt a.M., 2/24 S 145/02, 12.12.2002 und besonders deutlich BGH, I b ZR 156/64, 19.10.1966, in: NJW 1967, 46, E. A.1: «Die im Streitfall gegebene Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen der Beklagten, die von den Schildern der Klägerin ausgeht, kann jedoch – wenn man von dem besitzrechtlichen Gesichtspunkt des Sachverhalts absieht – nach Art und Mass nicht als ein gegenwärtiger Angriff gewertet werden. Zwar wirkt der durch eine wettbewerbswidrige Werbemassnahme, wie z.B. eine Plakat-, Inserat-, Prospekt- oder Aussenwerbung und dgl. herbeigeführte Zustand regelmässig schädigend fort, solange der sie tragende Gegenstand körperlich sichtbar bleibt; dieser stellt mithin unter Umständen eine stets fliessende Quelle der Beeinträchtigung dar. Darin unterscheidet sich die störende Wirkung von Werbeschildern jedoch nicht von sonstigen Fällen der Aufrechterhaltung eines rechtswidrigen Zustandes. Auch der Mieter, der nach Auflösung des Mietverhältnisses die gemietete Sache nicht zurückgibt, beeinträchtigt regelmässig die aus dem Eigentum fliessenden Interessen des Vermieters; gleichwohl ist in der durch die Vorenthalterhaltung der Mietsache liegenden Aufrechterhaltung, eines rechtswidrigen Zustandes kein gegenwärtiger Angriff zu erblicken; der Begriff des Angriffs erfordert vielmehr ein aktives Eingreifen in einen bestehenden Zustand (...). Daran fehlt es im Streitfall.» und insb. E. A.2: «Ist die Anbringung von Werbeschildern durch die Klägerin als teilweise Entziehung des Besitzes der Beklagten (an dem von der Klägerin belegten Teil der Wandfläche) anzusehen, so ergibt sich die Unzulässigkeit der nicht sofort erfolgenden eigenmächtigen Wegnahme durch die Beklagte aus der Vorschrift des § 859 Abs. 3 BGB. Zwar stellt eine derartige Anbringung von Werbeschildern durch die Klägerin auch eine Störung des Besitzes der Beklagten an der in deren Verfügung verbleibenden Teilfläche dar; diese Störung liegt in der Beeinträchtigung der Werbewirkung. An sich würde daher zugunsten der Beklagten die für die eigenmächtige Abwehr von Besitzstörungen getroffene Regelung in Betracht kommen, die für die Abwehr keine zeitliche Grenze vorsieht. Stellt aber die zur Abwehr einer Besitzstörung getroffene Massnahme zugleich eine Wiederergreifung des entzogenen Besitzes an einem realen Teil des Grundstücks dar, so erscheint es dem Senat geboten, die für die Besitzkehrung geltenden zeitlichen Grenzen anzuwenden (...). Dafür sprechen die unter 1) gegen die Zulässigkeit der Notwehr aufgeführten Gründe und der Zusammenhang der Regelung des Selbstschutzes des Besitzers, die nicht die Handhabe dazu bieten soll, einen bereits verfestigten Besitzstand eigenmächtig wieder zu ändern.», bejaht man bei einem Teilentzug eine fortdauernde Störung bezüglich des ganzen Grundstücks, die sich ohne zeitliche Beschränkungen beseitigen lässt, ergeben sich Inkonsistenzen zu den Besitzschutzklagen, die eine Klage lediglich innert eines Jahres vorsehen (Art. 929 Abs. 2 ZGB) – meines Erachtens darf jedoch das Anwendungsfeld der Selbsthilfe nicht grosszügiger als dasjenige der Besitzschutzklagen ausfallen.

⁴ Vgl. Art. 926 Abs. 2 ZGB im Unterschied zu Art. 929 Abs. 1 ZGB; CHK-ARNET/EITEL, Art. 926 N 4; vgl. aber BK-STARK/LINDENMANN, Art. 926 N 16: «Die gewaltsame Wiedererlangung ist nur zulässig, wenn sie ohne Verzug nach der Entziehung, bzw. nachdem sie dem Besitzer bekannt wurde oder bekannt werden konnte, vorgenommen wird.»

⁵ OGer ZH, PE130002, 24.9.2013, E. 3.10 (Reaktion innert acht Stunden gilt als sofortiges Handeln).

⁶ LG Frankfurt a.M., 2/24 S 145/02, 12.12.2002; AG Braunschweig, 117 C 777/85, 6.11.1985.

Was bedeutet «durch Gewalt oder heimlich»? Nimmt man diese Voraussetzungen wörtlich, würden sie in den Parkplatzfällen kaum je vorliegen. Die Falschparker stellen ihre Fahrzeuge *ohne jede Gewalt* auf den fremden Parkplatz. Sie tun dies *nicht heimlich* – alle können es sehen. Dennoch haben die Gerichte die Zulässigkeit der Besitzkehr schon mehrfach bejaht. Die Entstehungsgeschichte dieser Norm zeigt, dass EUGEN HUBER Gewalt und Heimlichkeit lediglich als Beispiele verbotener Eigenmacht erwähnt hat.⁷ Die wahre Voraussetzung ist somit die verbotene Eigenmacht. Alternativ – wenn man an den beiden Erfordernissen wörtlich festhalten möchte – lässt sich die Heimlichkeit auch über die in Art. 284 SchKG definierte Heimlichkeit begründen: Dort genügt das Wissenmüssen um die Nichtbilligung des Besitzesentzugs.⁸

Muss man eine Gnadenfrist einhalten? Nein, denn es steht im Gesetz, dass man sofort handeln muss (Art. 926 Abs. 2 ZGB). Damit steht eine Gnadenfrist ausser Frage.⁹ Es ist auch nicht etwa *unverhältnismässig* im Sinne von Art. 926 Abs. 3 ZGB, sofort abzuschleppen.¹⁰ Der dritte Absatz bezieht sich auf die Gewaltanwendung und das sorgfältige Abschleppen des Fahrzeugs (siehe unten), nicht auf die zeitliche Komponente, ansonsten die Anordnung des Gesetzes einen Widerspruch enthielte.

Darf man auch abschleppen lassen, wenn man den Parkplatz nicht selber benötigt? Ja, denn die Besitzkehr verlangt keinen Interessen- oder Bedürfnisnachweis.¹¹ Müsste der Parkplatzberechtigte bis zum Vorliegen des tatsächlichen Eigenbedarfs zuwarten, könnte man das Erfordernis des sofortigen Handelns vielleicht nicht mehr erfüllen.

Was muss man unter nicht gerechtfertigter Gewalt im Sinne von Art. 926 Abs. 3 ZGB verstehen? Hier geht es darum, dass die Selbsthilfe nicht zu einem Gewaltexzess führt. Die Gewalt hat sich darauf zu beschränken, den Besitzesentzug oder die Besitzesstörung zu beenden.¹² Da keine milderer Mittel als das Abschleppen des Fahrzeugs existieren, um einen zugeparkten Parkplatz wieder freizubekommen, spielt diese Einschränkung nur eine untergeordnete Rolle. Selbstverständlich muss man beim Abschleppen vorsichtig vorgehen. Man darf das Fahrzeug beispielsweise nicht einfach mit einem Bagger wegschieben. Art. 926 Abs. 3 ZGB zwingt jedenfalls nicht, Güterabwägungen zum eigenen Parkplatzbedarf durchzuführen oder eine Gnadenfrist einzuhalten. Unverhältnismässig ist es jedoch, ein Fahrzeug eines Lenkers abzuschleppen, dessen Aufenthaltsort in unmittelbarer Nähe man kennt:

⁷ Vgl. EUGEN HUBER, zitiert nach BK-REBER/HURNI, N 2082: «Was verbotene Eigenmacht sei, kann, wenn dies für nötig erachtet werden sollte, anlässlich der Revision des OR bei Art. 56 ff. gesagt werden. Hier genügt es, die Richtungen anzugeben, nach denen die Eigenmacht eine verbotene sein soll, nämlich in den Fällen der gewaltsamen und der heimlichen Entziehung der Sache.»; vgl. die weiteren Hinweise in RUSCH/KLAUS, Jusletter 28.9.2015, N 4 FN 7.

⁸ BGE 101 II 91 E. 2a: «Die Fortschaffung des Retentionsgegenstandes erfolgt dann heimlich, wenn der Mieter sie ohne Wissen des Vermieters vornimmt oder vornehmen lässt und dabei nicht in guten Treuen annehmen kann, dieser würde sie dulden, wenn er von ihr Kenntnis hätte (BGE 76 III 57 ff., BGE 80 III 38 E. 2). Es ist also nicht nötig, dass der Mieter sich des Nichtwissens des Vermieters bewusst war und die Fortschaffung vor diesem verborgen wollte; blosses Wissenmüssen des Mieters um die mutmassliche Nichtbilligung der Fortschaffung durch den Vermieter genügt.»; vgl. die ähnliche Formulierung im Kontext der Besitzkehr in OGer ZH, PE130002, 24.9.2013, E. 3.3.

⁹ OGer ZH, RU120047, 31.10.2012, E. 3.5: «Ebenso wenig existiert eine Pflicht, eine Stunde lang zu warten, bevor der Abschleppdienst gerufen wird.»

¹⁰ Anderer Ansicht DANIEL LEISER, Parkplatz: Das fremde Auto abschleppen lassen? Abrufbar unter: <<https://www.beobachter.ch/strassenverkehr/parkplatz-das-fremde-auto-abschleppen-lassen>> (30.3.2021).

¹¹ OGer ZH, UH160307, 8.11.2016, E. 4.3b: «Der Besitzer ist dazu berechtigt, einen Parkplatz auch dann räumen zu lassen, wenn er ihn nicht selber benötigt.»; vgl. RUSCH/KLAUS, Jusletter 28.9.2015, N 21, m.w.H.

¹² Vgl. BGer, 6S.5/2004, 21.5.2004, E. 2: «Die Handlung des Besitzers muss demnach erforderlich sein, um den angestrebten Erfolg – die Abwehr der Besitzesstörung – herbeizuführen. Art. 926 ZGB setzt nicht voraus, dass das geschützte Rechtsgut über demjenigen steht, das bei der Abwehr verletzt wird. Doch hat der Besitzer von mehreren Abwehrmöglichkeiten diejenige zu wählen, welche die Rechtsgüter des Angreifers am wenigsten verletzt (...).»; vgl. die Hinweise bei RUSCH/KLAUS, Jusletter 28.9.2015, N 5.

Man könnte die Entfernung des Fahrzeugs mittels einer kurzen Aufforderung viel schneller bewerkstelligen.¹³ Keinen Schutz verdienen Schlaumeier, die einen Zettel mit der Telefonnummer und dem Angebot, das Fahrzeug nach einem Anruf sofort zu entfernen, hinter die Windschutzscheibe legen.¹⁴ Sie zählen rechtsmissbräuchlich darauf, überall ohne Folgen und gratis falsch zu parken.¹⁵

Geht es in Ordnung, wenn Abschleppunternehmer auf der Lauer sind, um Falschparker im Auftrag der Parkplatzbesitzer sofort abzuschleppen? Das Obergericht Zürich hat festgehalten, dass man Abschleppunternehmer pauschal mandatieren darf, Falschparker abzuschleppen.¹⁶ Sieht der auf Beute wartende Abschleppunternehmer jedoch, wie der Falschparker das Fahrzeug abstellt, muss er wegen des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes diesen zuerst direkt auffordern, das Fahrzeug wieder zu entfernen.

Wie muss man vorgehen, wenn man als Parkplatzbesitzer zu lange zugewartet hat? Eigentlich stünden dann nur noch die Klagen aus Besitz oder Verletzung des Eigentums offen (Art. 927 Abs. 1, 928 Abs. 2, 641 Abs. 2 ZGB) offen.¹⁷ Nach nicht unumstrittener Ansicht kann man sich aber alternativ auf das in Art. 52 Abs. 3 OR vorgesehene allgemeine Selbsthilferecht berufen, das keine zeitlichen Vorgaben kennt.¹⁸

Ist es auch noch verbotene Eigenmacht, wenn man zu Beginn legal parkt? Zu denken ist an Parkhäuser in Einkaufszentren, die eine Stunde Parkzeit ohne Kosten offerieren. Steht dem Einkaufszentrum die Selbsthilfe offen, wenn der Gast die zulässige Parkzeit überschreitet? Eigentlich wäre die Antwort klar: Es liegt keine verbotene Eigenmacht vor, denn anfänglich bestand eine Erlaubnis.¹⁹ Nimmt man diese Theorie für bare Münze, bestraft man die Grosszügigkeit des Besitzers, der eine kurze Parkzeit kostenlos einräumt. In Übereinstimmung mit einigen deutschen Gerichten ist jedenfalls die *signifikante Überschreitung der eingeräumten Parkzeit* sogar bei *ab initio kostenpflichtigen Parkplätzen* als verbotene Eigenmacht zu werten.²⁰

Wie ist die Situation zu beurteilen, wenn der Parkplatzbesitzer den Abschleppunternehmer bereits gerufen hat, der Falschparker den Parkplatz aber wieder verlassen möchte? Bereits mit dem Anruf entstehen Kosten, für die der Falschparker aufzukommen hat. Ein Zürcher Parkplatzbesitzer hat deshalb den Falschparker während 18 Minuten zugeparkt, so dass sich dieser mit dem Fahrzeug nicht mehr entfernen konnte. Das Obergericht Zürich verurteilte den Parkplatzbesitzer nicht: Es sei ein Grenzfall, doch liege ein rechtmässiger Zweck vor.²¹ Meines Erachtens verkennt das Obergericht,

¹³ M.E. zu weitgehend AG München, 432 C 26005/13, 17.12.2013 (Ausrufen eines Falschparkers im Einkaufscenter) und AG Buxtehude, 31 C 496/13, 9.10.2013 (Ausrufen eines Falschparkers im benachbarten Fitnessstudio); meines Erachtens muss man auch die Identität des Falschparkers kennen, damit sich eine vorgängige Kontaktnahme rechtfertigt.

¹⁴ So empfohlen von YVES DEMUTH, Justiz nimmt dubiose Abschlepper ins Visier, Beobachter 4/2020, 30.

¹⁵ RUSCH/KLAUS, Jusletter 28.9.2015, N 23, mit Hinweisen auch auf abweichende Judikate.

¹⁶ OGer ZH, UH160307, 8.11.2016, E. 4.3b: «Es ist grundsätzlich zulässig, einen Abschleppunternehmer pauschal damit zu beauftragen, falsch parkierte Fahrzeuge abzuschleppen (vgl. Rusch/Klaus, a.a.O. S. 14 f.)» Das Obergericht hat dann allerdings doch noch eine Verhältnismässigkeitsprüfung im Einzelfall verlangt.

¹⁷ RUSCH/KLAUS, Jusletter 28.9.2015, N 16.

¹⁸ Vgl. die Hinweise bei RUSCH/KLAUS, Jusletter 28.9.2015, N 7; OGer ZH, SB130145, 23.8.2013, E. II.3c.cc/dd.

¹⁹ BGer, 5A_119/2016, 14.10.2016, E. 5.2; vgl. auch RUSCH/KLAUS, Jusletter 28.9.2015, N 18.

²⁰ AG München, 432 C 26005/13, 17.12.2013, E. I; AG Berlin-Pankow/Weissensee, 9 C 499/08, 22.1.2010; vgl. auch BGH, V ZR 160/14, 18.12.2015, N 13 («Das gilt nicht nur dann, wenn das Parken überhaupt nicht erlaubt ist, sondern auch dann, wenn das Parken an bestimmte Bedingungen geknüpft ist (...).»), unter Hinweis auf BGH, V ZR 144/08, 5.6.2009, N 13; vgl. die weiteren, uneinheitlichen Lehrmeinungen und Urteile bei RUSCH/KLAUS, Jusletter 28.9.2015, N 17 FN 62.

²¹ OGer ZH, SB130145, 23.8.2013, E. 3c.bb.

dass sich die Zurückbehaltung zwecks Kosteninkasso, wenn überhaupt, auf das Retentionsrecht stützt (dazu mehr hinten, Titel IV), nicht aber auf das Selbsthilferecht der Besitzkehr. Das Recht, ein Fahrzeug zwecks Kosteninkasso während maximal 18 Minuten zu blockieren, bringt überhaupt nichts. Der Falschparker müsste lediglich die 18 Minuten abwarten und könnte sich dann sicher sein, dass der Parkplatzbesitzer eine Verurteilung wegen Nötigung zu gewärtigen hätte. Das Recht zur Zurückbehaltung – das sog. Retentionsrecht – besteht, so man es grundsätzlich anerkennt, selbstverständlich auch für lediglich begonnene Abschleppvorgänge. Bejaht man das Retentionsrecht, besteht es, bis der Falschparker für die Kosten des begonnenen oder beendeten Abschleppvorgangs bezahlt hat.

Wer kann sich auf dieses Selbsthilferecht berufen? Die Besitzkehr steht dem mittelbaren und dem unmittelbaren Besitzer offen.²² Bei Besucherparkplätzen in Stockwerkeigentumssiedlungen steht jedem Stockwerkeigentümer alleine das Recht zur Besitzkehr zu.²³

III. Schadenersatz

Art. 927 Abs. 2 ZGB erwähnt die Klage auf Schadenersatz beim Besitzesentzug. Es handelt sich dabei nur um einen Verweis auf die Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR.²⁴ Die Abschleppkosten fallen unter den zu ersetzenden Schaden.²⁵

Gegen wen richtet sich dieser Anspruch? In diesem Bereich gibt es keine Halterhaftung.²⁶ Der Anspruch richtet sich gegen den Lenker, also die Person, die den Wagen ohne Befugnis abgestellt hat.

IV. Retentionsrecht?

Darf das Abschleppunternehmen das abgeschleppte Fahrzeug zurück behalten, bis der Fahrzeuglenker die Abschleppkosten bezahlt hat? Meines Erachtens ist das so, doch ist es umstritten.²⁷ Diese Unsicherheit ist sehr belastend, denn ohne Retentionsrecht stellt die Zurückhaltung des Fahrzeugs eine strafrechtlich relevante Nötigung dar.

Zur Anwendung gelangt nicht Art. 895 Abs. 1 ZGB, sondern das lediglich richterrechtlich anerkannte obligatorische Retentionsrecht.²⁸ Der Abschleppunternehmer kann sich selber darauf berufen,

²² BSK ZGB II-ERNST, vor Art. 926-929 N 21.

²³ Vgl. BSK ZGB II-ERNST, vor Art. 926-929 N 24.

²⁴ BSK ZGB II-ERNST, Art. 927 N 8.

²⁵ OGer ZH, SB130145, 23.8.2013, E. 3c.bb: «Der Besitzer eines Grundstücks darf eine Person, welche dieses besetzt, vertreiben (Art. 926 Abs. 2 ZGB). Der Mieter eines privaten Parkplatzes ist demnach als dessen Besitzer berechtigt, ein unrechtmässig darauf abgestelltes Fahrzeug abschleppen zu lassen. Er hat sodann einen zivilrechtlichen Anspruch auf Ersatz des Aufwandes für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes (Art. 928 Abs. 2 ZGB), vorliegend für die Kosten des Abschleppdienstes. Mit solchen Kosten war zu rechnen, nachdem der Abschleppwagen bereits ausgerückt und vor Ort erschienen war.»

²⁶ Anders in Deutschland, siehe BGH, V ZR 160/14, 18.12.2015, N 22: «Danach war der Bekl. hinsichtlich der durch das parkende Fahrzeug hervorgerufenen Beeinträchtigung des Besitzes der Kl. Zustandsstörer. Er beherrscht die Quelle der Störung, da er allein darüber bestimmen kann, wie und von wem sein Fahrzeug genutzt wird. Ihm war die Beeinträchtigung auch zuzurechnen. Da er nichts Gegenteiliges vorgetragen hat, ist davon auszugehen, dass er sein Fahrzeug freiwillig einer anderen Person zur Benutzung im Strassenverkehr überlassen hat. Es ist somit sachgerecht, ihm als Halter die Störung zuzurechnen, die dadurch entsteht, dass das Fahrzeug von dieser Person unberechtigt abgestellt wird (...). Daran ändert es nichts, dass das Ausleihen von Fahrzeugen insbesondere an nahe Familienangehörige sozialadäquat ist.»

²⁷ Befürwortend RUSCH/KLAUS, Jusletter 28.9.2015, N 15 und WEY, AJP 2017, 1168 f. WEY bejaht zusätzlich das Retentionsrecht gestützt auf Art. 895 Abs. 1 ZGB.

²⁸ Vgl. BGE 94 II 263 E. 3.

ihm der Besitzer des Parkplatzes die Schadenersatzforderung gegen den Falschparken schriftlich zediert (Art. 164 f. OR). Das Retentionsrecht geht als Nebenrecht der Forderung gemäss Art. 170 Abs. 1 OR mit der Zession auf den Erwerber über. Die Zürcher Gerichte verneinen ein solches Retentionsrecht.²⁹ Wer ohne Retentionsrecht ein fremdes Fahrzeug nicht zurückgibt, macht sich der Nötigung schuldig.

Wie kann man das obligatorische Retentionsrecht begründen? Dazu WEY: «Das obligatorische Retentionsrecht setzt Folgendes voraus: (1) eine Gegenforderung des Grundeigentümers, (2) Durchsetzbarkeit der Forderung des Grundeigentümers, (3) Konnexität der beiden sich gegenüberstehenden Forderungen, (4) Fehlen eines Ausschlussgrundes (etwa wenn eine vertragliche Vereinbarung, die Natur der betroffenen Forderung oder Treu und Glauben dagegen sprechen würde).»³⁰ Die Gegenforderung auf Schadenersatz des Grundeigentümers ist durchsetzbar und steht aufgrund der Zession dem Abschleppunternehmer zu. Die Konnexität liegt ebenfalls vor: Das abgestellte Fahrzeug hat die Kosten verursacht. Ausschlussgründe sind keine ersichtlich.

Wie ist die Rechtslage, wenn der Abschleppunternehmer bei der Retention eine überhöhte Schadenersatzforderung geltend macht? Die klassische Abschleppkonstellation weist ein gewisses Missbrauchspotential auf. Dennoch wäre es angesichts der ähnlichen Problematik bei der Ersatzvornahme im Miet- und Werkvertragsrecht verfehlt, dem Parkplatzbesitzer aufwendige Abklärungen zuzumuten, wer den billigsten Abschleppdienst offeriert.³¹ Der Parkplatzbesitzer und der Abschleppunternehmer verpflichten sozusagen gemeinsam einen Dritten, denn der Parkplatzbesitzer macht mit dem Abschleppunternehmer den Preis ab, der aber als Schadenersatzforderung kraft Zession wieder an den Abschleppunternehmer fliesst – der Parkplatzbesitzer muss folglich meist gar nichts bezahlen. Die Geltendmachung eines überhöhten Schadenersatzes kann aber auch bei grundsätzlicher Bejahung eines Retentionsrechts unter den Nötigungs- oder Erpressungstatbestand fallen (Art. 156 und 181 StGB).³² Doch wo liegt der richtige Preis für das Abschleppen? Den Gerichten wäre zu empfehlen, einen Preis zu definieren, um Rechtssicherheit zu schaffen. In einem anderen Bereich des Falschparkens haben die Gerichte genau dies erfolgreich getan: Wer eine Anzeige wegen Falschparkens von der Bezahlung einer pauschalierten Umtreibeschädigung von Fr. 52 abhängig macht, begeht keine Nötigung.³³ Diese Rechtsprechung lässt sich problemlos auf die vorliegende Konstellation übertragen. Der Abschlepper, der einen solchen gerichtlichen «Tarif» von vielleicht Fr. 350 überschreitet, macht sich der Nötigung schuldig. Sobald ihm der Falschparken diesen Betrag anbietet, dürfte er das Fahrzeug nicht mehr retinieren und müsste für alle Schäden der Vorenthaltung aufkommen. Der von den Gerichten definierte Betrag müsste selbstredend Erschwernisse beim Abschleppen

²⁹ OGer ZH, UH160307, 8.11.2016, E. 4.2.

³⁰ WEY, AJP 2017, 1169.

³¹ Dieses Missbrauchspotential besteht aber auch in vielen anderen Konstellationen, so beispielsweise bei der Ersatzvornahme im Werkvertrags- oder Mietrecht. Dazu ZK-HIGI/WILDISEN, Art. 259b N 52: «Den Mieter, der sich des Rechtsbehelfes der Ersatzvornahme bedient, trifft die allgemeine Obliegenheit der Schadenminderung. Dieser kommt er stets dann genügend nach, wenn er einen Dritten, der Fachmann ist, mit der Ersatzvornahme zu den üblichen Preisen beauftragt. Der säumige, mithin pflichtwidrige (...) Vermieter kann nicht erwarten, der Mieter habe unter allen erdenklichen Möglichkeiten der Durchführung der Ersatzvornahme die billigste und ihm (dem Vermieter) genehmste zu wählen. Solches zu postulieren, hiesse, dem Mieter die Wahl des Rechtsbehelfes der Ersatzvornahme praktisch zu verunmöglichen, weil er stets zu befürchten hätte, mit der Einrede des Vermieters konfrontiert zu werden, es hätte sich eine noch bessere, noch billigere Variante der Behebung finden lassen. Allzu hohe Anforderungen an die Wahl des Angebotes für die Ersatzvornahme dürfen ebenfalls deshalb nicht gestellt werden, weil die Möglichkeiten einer Entschädigung des Mieters i.S.v. Art. 260a entfallen.»

³² Vgl. BGer, 6B_192/2014, 13.11.2014, E. 2.2.

³³ BGer, 6B_192/2014, 13.11.2014, E. 4; RUSCH/KLAUS, Jusletter 28.9.2015, N 44-48.

berücksichtigen, wie zum Beispiel den Abschleppvorgang ausserhalb der Bürozeiten, mitten in der Nacht oder das Abschleppen mit einem Kran aufgrund der Lage oder Besonderheiten des Fahrzeugs.

Wie muss man rein zivilrechtlich unter Bejahung eines Retentionsrechts vorgehen, wenn das Abschleppunternehmen eine überhöhte Schadenersatzforderung geltend macht? Das Retentionsrecht besteht auch dann, wenn die Forderung überhöht sein sollte. Im Alltag lösen die Falschparker dieses Problem mit einer Anzeige wegen Nötigung bei der Polizei. Rein zivilrechtlich betrachtet wäre eine Zahlung unter Vorbehalt der Rückforderung zielführend.³⁴

V. Schlusswort

Ich befasse mich schon seit zehn Jahren intensiv mit dem rechtlichen Phänomen des zugeparkten Parkplatzes. Begonnen hat diese Leidenschaft als Lehrstuhlvertreter an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Ich habe dort bemerkt, dass es in Deutschland ganze Bibliotheken zu Parkplätzen und abgeschleppten Fahrzeugen gibt. Diese Erkenntnis hat mich und PHILIPP KLAUS im Jahre 2015 dazu gebracht, einen Schweizer Aufsatz zu diesem Thema zu verfassen. Beeindruckt hat mich, wie dogmatisch versiert und dennoch alltagsnah die deutschen Gerichte diese Problematik in den Griff bekommen haben. Die Schweizer Situation bietet dazu das direkte Kontrastprogramm: Staatsanwälte und Gerichte verweigern sich hartnäckig einer näheren Auseinandersetzung mit Selbsthilfe- und Retentionsrechten, während die Ratgeberliteratur einen Unsinn nach dem anderen von sich gibt. An dieser unbefriedigenden Situation tragen die Abschleppdienste ein Mitverschulden, denn durch die überhöhten Kosten haben sie die gesamte Öffentlichkeit gegen sich aufgebracht. Vergessen ging dabei, dass Parkplatzberechtigte ohne Retentionsrecht nur über unzureichende Mittel zur Freihaltung ihres Parkplatzes verfügen. Eine sinnvolle Lösung könnte lauten, dass die Gerichte endlich ein Retentionsrecht beim Abschleppvorgang bejahen und – wie in der ähnlichen Konstellation der pauschalierten Umtriebsentschädigung für Falschparker – anlässlich eines Präzedenzfalles einen Betrag bekanntgeben, bei dessen Überschreitung eine Nötigung vorliegt. Mit einem Schlag könnten die Gerichte effizient alle Fälle rechtssicher erledigen. *So geht das!*

³⁴ Vgl. die Überlegungen in BGH, V ZR 229/13, 4.7.2014, N 28.

Literaturverzeichnis

- AMSTUTZ MARC et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich 2016 [zit. CHK-VERFASSER].
- GEISER THOMAS/WOLF STEPHAN (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, 6. A., Basel 2019 [zit. BSK ZGB II-VERFASSER].
- HIGI PETER/WILDISEN CHRISTOPH (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Die Miete, Art. 253-265 OR, 5. A., Zürich 2019 [zit. ZK-HIGI/WILDISEN].
- HUBER EUGEN, In: Reber Markus/Hurni Christoph, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band II, Materialien zum Zivilgesetzbuch, Bern 2007 [zit. BK-REBER/HURNI].
- RUSCH ARNOLD F./KLAUS PHILIPP, Der zugeparkte Parkplatz, Jusletter 28.9.2015.
- STARK EMIL W./LINDENMANN BARBARA, Berner Kommentar, Besitz, Art. 919-941 ZGB, 4. A., Bern 2016 [zit. BK-STARK/LINDENMNANN]
- WEY RAINER, Retentionsrecht des Abschleppdienstes am Fahrzeug des Falschparkierers, AJP 2017, 1167 ff.