

Arnold F. Rusch / Philipp Klaus

Der zugeparkte Parkplatz

Der zugeparkte Parkplatz ist ein Ärgernis. Darf man das Fahrzeug abschleppen lassen? Oder kann man den Fahrer anzeigen? Es mag sich dabei um ein alltägliches Szenario handeln, doch ist die rechtliche Lösung dazu vielschichtig und komplex. Nachfolgend analysieren die Autoren verschiedene Konstellationen des zugeparkten Parkplatzes und zeigen die dazu passende rechtliche Lösung. Ziel dieser Überlegungen ist eine umfassende Darstellung der Problematik als Hilfestellung für ratsuchende Juristen und interessierte Laien.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Privatrecht

Zitiervorschlag: Arnold F. Rusch / Philipp Klaus, Der zugeparkte Parkplatz, in: Jusletter 28. September 2015

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage
- II. Repressive Instrumente
 - 1. Abschleppen als Selbsthilferecht
 - 1.1. Besitzkehr
 - 1.2. Allgemeines Selbsthilferecht
 - 1.3. Kosten- und Schadenersatz
 - 1.3.1. Anspruchsgrundlagen
 - 1.3.2. Umfang
 - 1.3.3. Sicherung des Anspruchs
 - 2. Klagen aus Eigentum, Besitz
 - 3. Besondere Fragen
 - 3.1. Überschreiten der erlaubten Parkdauer
 - 3.2. Dauerbesucher auf Besucherparkplatz
 - 3.3. Selbsthilfe auf Vorrat?
 - 3.4. Vorgängige Kontaktnahme?
 - 3.5. Aufbewahrung des Fahrzeugs
- III. Vorbeugende Instrumente: Das gerichtliche Parkverbot
 - 1. Wesen des Parkverbots
 - 2. Zulässiger Inhalt des gerichtlichen Verbots
 - 3. Prozessuales
 - 4. Hinweise für die Praxis
- IV. Weitere Fragen
 - 1. Privatbusse nein, pauschale Umtriebsentschädigung ja
 - 2. Zuparken des Falschparkers?
 - 3. Montieren von Parkkrallen
 - 4. Zuparken der Zufahrt zum Parkplatz?

I. Ausgangslage

[Rz 1] In Zukunft nimmt uns das selbstfahrende Fahrzeug die Suche nach einem geeigneten Parkplatz ab – es bringt uns ins Theater und kommt uns nach der Vorstellung wieder abholen! Bis es soweit ist, parkieren wir aber noch selbst. Viele verfallen angesichts der Knappheit der Parkplätze der Versuchung, ihr Fahrzeug auf einem nicht besetzten Privatparkplatz abzustellen und verursachen damit einen gewaltigen Ärger. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf zugeparkte Privatparkplätze und richtet dabei den Fokus auf die Handlungsoptionen des am Parkplatz Berechtigten.

II. Repressive Instrumente

1. Abschleppen als Selbsthilferecht

1.1. Besitzkehr

[Rz 2] Der Grundeigentümer und auch der blosser Mieter eines Parkplatzes können sich auf den Besitzerschutz (Art. 926-929 Schweizerisches Zivilgesetzbuch; ZGB) stützen, wenn jemand den Parkplatz zuparkt. Der Besitzerschutz steht in drei verschiedenen Formen offen. Die Besitzkehr als *Selbsthilferecht* dient der Wiedereinräumung des Besitzes, steht aber nur bei *sofortiger Reaktion* offen (Art. 926 Abs. 2 ZGB), indem der Besitzer das Fahrzeug sofort abschleppen lässt. Steht das Fahrzeug hingegen schon länger auf dem Parkplatz, stehen die Klagen aus Besitzentziehung

(Art. 927 ZGB) oder Besitzesstörung (Art. 928 ZGB) offen. Falschparken *entzieht* den Besitz am Parkplatz. Eine *blosse Störung* im Sinne des Art. 928 ZGB ist trotzdem denkbar, wenn bloss einer von mehreren Parkplätzen des Berechtigten besetzt ist (siehe unten, Rz. 3). Kostenersatz ist für alle drei Varianten nach Art. 927 Abs. 2 und 928 Abs. 2 ZGB geschuldet. Dabei richten sich alle Ansprüche gegen den *Falschparker*, nicht aber gegen den *Halter* des Fahrzeugs. Die Halterhaftpflicht gemäss Art. 58 SVG besteht nur bei Personen- oder Sachschäden. Falschparken fällt nicht darunter.¹

[Rz 3] Art. 926 Abs. 2 ZGB gewährt dem Besitzer bei Entzug des Besitzes das Recht zur Selbsthilfe, wozu auch das Abschleppen des Fahrzeugs als *Besitzkehr* zählt. Darunter ist der Entzug des *ganzen Parkplatzes* zu verstehen. Besitzt der Berechtigte mehrere Parkplätze, ist die Besetzung eines der Parkplätze zugleich eine Störung, bei der das Abschleppen unter die *Besitzwehr* gemäss Art. 926 Abs. 1 ZGB fällt.² Wichtig ist diese Abgrenzung für die Frage, ob der Besitzer sofort reagieren muss, wie dies Art. 926 Abs. 2 ZGB für den Entzug, nicht aber für die blosse Störung festhält. Um widersprüchliche Lösungen und eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung zu verhindern, sollte auch bei bloss teilweisem Entzug, der als andauernde Störung eigentlich unter Art. 926 Abs. 1 ZGB fällt, das Erfordernis des *sofortigen Handelns* gemäss Abs. 2 gelten.³ Sodann stellt sich die Frage, wie das in Art. 926 Abs. 2 ZGB enthaltene Erfordernis des *sofortigen Bemächtigens* zu verstehen ist. Der Besitzer muss *sofort nach dem Entzug* zur Besitzkehr schreiten⁴ – dies im Gegensatz zu Art. 929 Abs. 1 ZGB, der die Rückforderung *sofort nach Entdeckung* des Entzugs verlangt. Es sollte in Übereinstimmung mit der deutschen Rechtsprechung genügen, wenn man das abgestellte Fahrzeug am gleichen oder darauffolgenden Tag abschleppen lässt.⁵ Ein effizientes Selbsthilferecht kann nicht nur dann offenstehen, wenn man den Falschparker innert 30 Minuten entdeckt. Nur so lässt sich eine für den Alltag praktikable Gesetzesanwendung sicherstellen – jedenfalls kann die in Deutschland herumgeisternde «Faustregel», wonach das Abschleppen nur bei noch *warmer Motorhaube* zulässig sei, nicht richtig sein, was deutsche Gerichte auch so sehen.⁶

¹ Vgl. dazu die Hinweise in Rz. 47 f.

² Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6S.5/2004 vom 21. Mai 2004, E. 2: «*Von Abwehr der Eigenmacht spricht man, wo der Angriff (noch) nicht zur Entziehung des Besitzes geführt hat, d.h. bei Störung und versuchter Entziehung (ders., Berner Kommentar, Bern 2001, N 7 zu Art. 926 ZGB).*»; vgl. ZK-ARTHUR HOMBERGER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV, 3. Abteilung, Art. 919-977 ZGB, 2. A., Zürich 1938 (zit. ZK-HOMBERGER), ZGB 926 N 5; vgl. RAPHAEL KOCH, Erstattungsfähigkeit von Abschleppkosten, NJW 2014, 3696 ff., 3698, SEBASTIAN BALDRINGER/ROMAN JORDANS, Beurteilung des «Abschleppfalles» nach bürgerlichem Recht, NZV 2005, 75 ff., 75.

³ So die deutsche Rechtsprechung, vgl. BGH, Urteil vom 19. Oktober 1966 – I b ZR 156/64, NJW 1967, 46 ff., 48.

⁴ Vgl. CHK-PAUL EITEL/RUTH ARNET, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, ZGB 926 N 4 (zit. CHK-Verfasser) und THOMAS SUTTER-SOMM, Sachenrecht, Eigentum und Besitz, SPR V/1, 2. A., Basel 2014, N 1328; vgl. aber BK-EMIL W. STARK, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV, 3. Abteilung, 1. Teilband, Art. 919-941 ZGB, 3. A., Bern 2001 (zit. BK-STARK), ZGB 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.*»; ebenso VALENTIN LANDMANN, Notwehr, Notstand und Selbsthilfe im Privatrecht, Diss. Zürich 1974, 88.

⁵ KOCH (FN 2), NJW 2014, 3698, m.w.H.; BALDRINGER/JORDANS (FN 2), NZV 2005, 76; AG Braunschweig, Urteil vom 6. November 1985 – 117 C 777/85, NJW-RR 1986, 1414; Obergericht Zürich, Urteil vom 24. September 2013, PE130002, E. 3.10, wo das Gericht die Reaktion innert ca. acht Stunden als unverzüglich erachtet; die Analyse des Sachverhalts in BGE 40 II 329 ff., 329 f. zeigt, dass zwischen der Aufstellung der Reklamevitrine und der eigenmächtigen Entfernung mehrere, wahrscheinlich länger andauernde Vorkehren liegen (Feststellung der störenden Vitrine durch den Besitzer und später durch den Gerichtsdiener mitsamt erfolgreicher Abmahnung des Störers).

⁶ Richtig LG Frankfurt a.M., Urteil vom 12. Dezember 2002 – 2/24 S 145/02, NJW-RR 2003, 311 und LG Frankfurt a.M., Urteil vom 22. Juni 1983 – 2/1 S 59/83, NJW 1984, 183.

[Rz 4] Nach dem Gesetzeswortlaut wäre der Schutz mittels Besitzkehr bei zugeparktem Parkplatz undenkbar, weil sich die Falschparker nicht *heimlich oder mit Gewalt* des Parkplatzes bemächtigen, wie Art. 926 Abs. 2 ZGB dies voraussetzen scheint. Die Falschparker stellen für jedermann sichtbar einfach ihr Fahrzeug darauf ab, ohne Gewalt anzuwenden. Analysiert man das vordergründig eindeutige Erfordernis etwas genauer, zeigt sich, dass das Gesetz bloss zwei Beispiele verbotener Eigenmacht aufzählt und keine über die verbotene Eigenmacht hinausgehende Schranke aufstellen wollte (strittig).⁷ Diese Erkenntnis erhärtet sich beim Studium der vorhandenen Urteile. Diese erlauben die Selbsthilfe in den Parkplatzfällen stets und stellen im Ergebnis bloss auf die verbotene Eigenmacht ab.⁸ Ein Entscheid thematisiert die Voraussetzungen des gewaltsamen oder heimlichen Entzugs explizit, sieht aber diese im nicht abgesprochenen Vorgehen und in der Hinderung der Dienstbarkeitsausübung – also schon im verbotenen Entzug des Besitzes – als erfüllt an.⁹

⁷ Vgl. ZK-HOMBERGER (FN 2), ZGB 926 N 11: «Aus Erl. II S. 388 ergibt sich, dass der Gesetzgeber damit nicht einzelne Fälle verbotener Eigenmacht in engerer Abgrenzung gegen Absatz 1 hervorheben wollte, sondern in gewaltsamem oder heimlichem Handeln die verbotene Eigenmacht erblickt hat, SJZ. 21 S. 337 idem ZBJV. 61 S. 74. Die Formulierung ist aber zu eng. Unter gewaltsam ist jedenfalls nicht nur das gewalttätige Brechen eines Widerstandes des Besitzers und unter heimlich nicht nur die Besitzesstörung zu verstehen, welche der Störende absichtlich vor dem Besitzer verheimlicht hat. Verbotene Eigenmacht ist vielmehr immer dann gegeben, wenn die Beeinträchtigung ohne Willen des Besitzers erfolgt ist. In verbotener Eigenmacht handelt z.B. auch der Störer, der offen vorgegangen ist, weil er sich im Rechte fühlte, und keiner Einsprache begegnete, weil der Besitzer zufällig abwesend war. Massgebend ist, ob der Besitzer seine Einwilligung zum Eingriff gegeben hat.»; Bernischer Appellationshof, Urteil vom 12. Juni 1924, ZBJV 1925, 74 ff., 75: «Diese Klagen gehen nicht gegen jede Besitzesstörung schlechtweg, sondern nur gegen die Entziehung (Art. 927 ZGB) oder Störung (Art. 928 ZGB) des Besitzes durch verbotene Eigenmacht, d.h. gegen heimliche oder gewaltsame Entziehung und Störung.»; RUDOLF ROEMER, Der Rechtsschutz gegen Störung von Eigentum und Besitz sowie gegen Grundeigentumsüberschreitung, Diss. Bern 1948, 42; ebenso LANDMANN (FN 4), 86 und FELIX SCHÖBI, Der Besitzerschutz, Diss. Bern 1987, 115; vgl. EUGEN HUBER, zitiert nach BK-MARKUS REBER/CHRISTOPH HURNI, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band II, Materialien zum Zivilgesetzbuch, Bern 2007, N 2082: «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.»; a.M. BK-FRITZ OSTERTAG, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV, 3. Abteilung, 2. A., Bern 1917 (zit. BK-OSTERTAG), ZGB 926 N 34 («Gewaltsame Entsetzung des Besitzers liegt nicht schon in jeder ohne Einwilligung des bisherigen Besitzers erfolgten Besitzergreifung (...); andererseits bedarf es zur Annahme einer Gewalt nicht eines eigentlichen Kampfes um den Besitz, sondern es genügt jede den öffentlichen Frieden und die öffentliche Ordnung verletzende Besitzergreifung (...).») und N 35 («Heimliche Besitzergreifung ist nicht schon die dem bisherigen Besitzer oder anderen Personen nicht bekannte, sondern die nicht erkennbare.»); ebenso BK-STARK (FN 4), ZGB 926 N 12 ff. und SUTTER-SOMM (FN 4), SPR V/1, N 1328 Fn. 3925 f., wo er angesichts der Schutzlücke als *valable Alternative* Art. 52 Abs. 3 OR erwähnt (Fn. 3926) – SUTTER-SOMM (FN 4), SPR V/1, N 1328 bejaht dafür relativ schnell die Heimlichkeit: «Nach Art. 926 Abs. 2 ZGB ist Letzere allerdings nicht bei jeder verbotenen Eigenmacht zulässig, sondern nur, wenn sie unter Gewaltanwendung (Raub, Einbruch und dgl.) oder heimlich (d.h. dem Besitzer nicht erkennbar) erfolgt.»

⁸ Vgl. BGE 40 II 329 ff., 330 f. – die Anbringung der Vitrine ereignete sich ohne Gewalt in aller Öffentlichkeit – dennoch fand Art. 926 Abs. 2 ZGB Anwendung; vgl. Obergericht Zürich, Urteil vom 23. August 2013, SB130145, E. II.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. Wenn die Beschuldigte nun erreichen wollte, dass der Geschädigte den Abschleppdienst bezahlte, oder zumindest den zur Durchsetzung ihres Anspruchs nötigen Beweis für sein Falschparkieren sichern wollte, verfolgte sie einen rechtmässigen Zweck.» – auch bei diesem Vorfall gab es keine Heimlichkeit oder Gewalt; vgl. Obergericht Zürich, Urteil vom 11. April 1967, SJZ 1967, 243 – auch hier hat jemand einfach das Fahrzeug auf dem Parkplatz abgestellt, doch bejahte das Gericht die Selbsthilfe alleine gestützt auf die verbotene Eigenmacht; vgl. auch ZR 1985, Nr. 96, 235 f., 235: «Das Parkieren auf einem nicht öffentlichen fremden Parkfeld stellt ohne Einwilligung des Besitzers immer verbotene Eigenmacht dar (...).»

⁹ Vgl. Obergericht Zürich, Urteil vom 24. September 2013, PE130002, E. 3.3: «Die Vorinstanz ging (...) von einer gewaltsamen Eigenmacht des Beschwerdeführers aus. Der Beschwerdeführer habe sein Vorgehen vorgängig nicht mit dem Beschwerdegegner abgesprochen. Dieser habe somit keine Kenntnis von den Plänen des Beschwerdeführers gehabt. Beim Vorgang 1 sei die gewaltsame Entziehung bereits darin zu erblicken

[Rz 5] Art. 926 Abs. 3 ZGB verbietet weiter bei der Selbsthilfe jede *nicht gerechtfertigte Gewalt*. Da keine milderen 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 vom Parkplatz schieben. Ein Parkplatzbesitzer wollte im Jahre 1967, als Fahrzeuge noch bedeutend leichter waren, einen falsch geparkten Volkswagen mit Wippbewegungen vom Parkplatz wegbewegen. Dabei beschädigte er die Stossstange des Volkswagen. Heute müsste man dies als unnötige Gewalt bezeichnen, weil das Vorgehen angesichts der schwereren Fahrzeuge keinen Erfolg verspricht. Im damaligen Fall aus dem Jahre 1967 erachtete das Obergericht Zürich die erfolglose gebliebene Gewaltanwendung als verhältnismässig und sprach den Parkplatzbesitzer von Schuld und Strafe frei.¹⁰ Aus Art. 926 Abs. 3 ZGB lassen sich keine Relativierungen hinsichtlich der *sofortigen Reaktion* lesen. Das sofortige Abschleppen ist auch dann gerechtfertigt, wenn man dem Falschparker keine «Gnadenfrist» durch kurzes Zuwarten gewährt – das Gesetz selbst verlangt ein sofortiges Handeln (Art. 926 Abs. 2 ZGB).¹¹ Ebenso verlangt Art. 926 Abs. 3 ZGB keine Abwägung, ob man den Parkplatz selber benötigt und wie dringend das der Fall ist. Man darf den Parkplatz räumen lassen, auch wenn man selber dafür keine Verwendung hat.¹²

[Rz 6] *Kann man als Mieter eines Parkplatzes auch dann gegen den Falschparker vorgehen, wenn dieser Eigentümer des Parkplatzes ist oder mit dessen Erlaubnis dort parkt?* Ja, der Besitzerschutz und damit die Selbsthilfe stehen auch gegen den mittelbaren Besitzer zu oder gegenüber Personen, die mit dessen Erlaubnis dort parken.¹³

1.2. Allgemeines Selbsthilferecht

[Rz 7] Das Selbsthilferecht lässt sich auch auf Art. 52 Abs. 3 Obligationenrecht (OR) stützen, doch gelten dafür andere Erfordernisse. Zuvorderst besteht aber das Problem, dass mehrere Autoren die Besitzkehr in Art. 926 Abs. 2 ZGB der Selbsthilfe gemäss Art. 52 Abs. 3 OR als *lex specialis* vorgehen lassen.¹⁴ Da indes mehrere Gerichtsentscheide auch dieses Selbsthilferecht im Zusammenhang

gewesen, dass es dem Beschwerdegegner durch die Lagerung des Materials an der Grundstücksgrenze verunmöglicht oder zumindest ganz erheblich erschwert worden sei, sein Fuss- und Fahrwegrecht auf dem gemeinsamen Hofraum ungehindert auszuüben.» und E. 3.10: «*Der Vorgang 2 (Einbetonierung der Leitplanken) erweist sich als gewaltsame und schikanöse Besitzergreifung, da der Beschwerdeführer damit dem Beschwerdegegner die Ausübung der Dienstbarkeit offensichtlich erschweren oder verunmöglichen wollte.»*

¹⁰ Obergericht Zürich, Urteil vom 11. April 1967, SJZ 1967, 243.

¹¹ Vgl. zur identischen Rechtslage in Deutschland MARTIN GUTZEIT, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 3, §§ 854-882 BGB, Berlin 2012 (zit. STAUDINGER-GUTZEIT), BGB 858 N 49; PETER BASSENGE, in: Palandt, Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 7, Bürgerliches Gesetzbuch, 74. A., München 2015 (zit. PALANDT-BASSENGE), BGB 859 N 4 und Amtsgericht München, Urteil vom 11. Mai 2001 – 163 C 1561/01, NJW-RR 2002, 200.

¹² Vgl. die Angaben in Rz. 21.

¹³ Vgl. ZK-HOMBERGER (FN 2), ZGB 926 N 20; vgl. BK-STARK (FN 4), vor ZGB 926-929 N 62; vgl. BSK-WOLFGANG ERNST, in: Heinrich Honsell/Nedim Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, 5. A., Basel 2015 (zit. BSK-Verfasser), vor ZGB 926-929 N 22; vgl. JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2012, N 214a; vgl. BGE 40 II 329 ff., 331.

¹⁴ So BK-ROLAND BREHM, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 41-61 OR, 4. A., Bern 2013 (zit. BK-BREHM), OR 52 N 61, WALTER FELLMANN/ANDREA KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Bern 2012, N 377, HEINZ REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. A., Zürich 2008, N 790; a.M. SUTTER-SOMM (FN 4), SPR V/1, N 1328 Fn. 3925 f. und RUEDI PORTMANN, Der Besitzerschutz des schweizerischen Zivilgesetzbuchs, Diss. Zürich 1996, 144.

mit zugeparkten Parkplätzen zur Anwendung brachten,¹⁵ rechtfertigt sich die Annahme *alternativer Vorgehensweisen*. Zu den Voraussetzungen: Zur Sicherung des *berechtigten Anspruchs auf den Parkplatz* kann der Besitzer den Falschparker abschleppen lassen, *sofern amtliche Hilfe nicht rechtzeitig erhältlich ist*.¹⁶ Leider äussert sich niemand zur Frage, wann amtliche Hilfe rechtzeitig erfolgt. Ähnlich verhält es sich mit der zweiten Voraussetzung, dass *nur die Selbsthilfe eine Erschwerung der Anspruchsdurchsetzung verhindern könne*. Bei der Analyse der Fälle zeigt sich indes schnell, dass die beiden Erfordernisse die Schwelle für Selbsthilfehandlungen nicht sehr hoch ansetzen und Gerichte die Möglichkeit der Selbsthilfe pauschal bejahen.¹⁷ Das ist im Ergebnis auch richtig. Es dauert ohne Zweifel länger, amtliche Hilfe zu holen, als selber direkt einen Abschleppservice zu bestellen oder ein Urteil zu erstreiten – bis dann ist das Fahrzeug meist gar nicht mehr da.¹⁸ Die Polizei rückt nach eigenen Angaben wegen besetzter Privatparkplätze ohnehin nicht aus,¹⁹ weshalb als amtliche Hilfe nur noch gerichtliche Klagen übrig bleiben. Die Durchsetzung via Abschleppservice erfolgt bedeutend einfacher und schneller als die gerichtliche Durchsetzung der Ansprüche. Hinzu kommt, dass amtliche Hilfe, wenn sie denn hilfreich sein soll, auch im Abschleppen des Fahrzeugs besteht. Wenn amtliche Hilfe aber gleich aussieht wie die Selbsthilfe, spielt der Vorbehalt keine Rolle.²⁰ Der wesentliche Vorteil des Art. 52 Abs. 3 OR liegt darin, dass es *keiner sofortigen Reaktion* wie bei Art. 926 Abs. 2 ZGB bedarf.²¹

1.3. Kosten- und Schadenersatz

1.3.1. Anspruchsgrundlagen

[Rz 8] Die Kosten des Abschleppens kann der Besitzer als Schadenersatz über Art. 927 Abs. 2 oder 928 Abs. 2 ZGB gegen den Falschparker erhältlich machen.²² Nach h.L. handelt es sich dabei lediglich um Normen, die auf die in Art. 41 Abs. 1 OR statuierte Deliktshaftpflicht verweisen.²³ Die Widerrechtlichkeit liegt in der verschuldeten und verbotenen Eigenmacht, die natürlich und adäquat-kausal zum eingetretenen Schaden führt. Dass der Parkplatzbesitzer selber den Abschleppdienst bestellt hat, spielt keine Rolle und macht den Schaden insbesondere nicht zu einer freiwilligen

¹⁵ ZR 1985, Nr. 96, 235 f., 235; Obergericht Zürich, Urteil vom 23. August 2013, SB130145, E. II.3c.cc/dd; Urteil des Bundesgerichts 4P.148/2001 vom 25. Oktober 2001, E. 3b.

¹⁶ Gemäss BK-STARK (FN 4), ZGB 926 N 23 gilt dieses Erfordernis auch bei Art. 926 Abs. 3 ZGB, sofern keine Gefahr drohe; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4P.148/2001 vom 25. Oktober 2001, E. 3b.

¹⁷ Obergericht Zürich, Urteil vom 23. August 2013, SB130145, E. II.3c.bb/cc; strenger LANDMANN (FN 4), 117 (mit beispielhafter Aufzählung: wenn der Schuldner untertaucht, Beweise verschwinden lässt oder Vermögenswerte beiseiteschafft).

¹⁸ Vgl. dazu den ähnlichen Fall in BGE 70 II 127 ff., 135, bei dem ein Urteil erst nach Abschluss der Ausstellung vorgelegen hätte und dazu KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band II/1, 4. A., Zürich 1987, § 16 N 280.

¹⁹ Siehe dazu das Merkblatt «Abschleppen von Fahrzeugen» der Stadtpolizei Zürich, Internet: <https://www.stadt-zuerich.ch/content/dam/stzh/pd/Deutsch/Stadtpolizei/Weitere%20Dokumente/VP/nabschlepp.pdf> (alle Websites zuletzt besucht am 18. August 2015); vgl. auch MARCEL REUSS, Der Falschparkierer im Recht, Tages-Anzeiger online, <http://www.tagesanzeiger.ch/zuerich/region/Der-Falschparkierer-im-Recht/story/28970275>.

²⁰ So PORTMANN (FN 14), 147.

²¹ So explizit PORTMANN (FN 14), 145: «Selbst wenn der betroffene Besitzer den Täter Tage nach der Entziehung antrifft und die weiteren Voraussetzungen gegeben sind, darf er Selbsthilfe nach Art. 52 Abs. 3 OR anwenden.»

²² Obergericht Zürich, Urteil vom 23. August 2013, SB130145, E. II.3c.bb.

²³ BK-STARK (FN 4), ZGB 927 N 26 und ZGB 928 N 46 und BSK-ERNST (FN 13), ZGB 927 N 8 (anders noch in der Voraufgabe, N 11 f. und ZGB 928 N 12).

Vermögenseinbusse. Es handelt sich dabei um einen klassischen Fall der *Herausforderung*, deren Kausalität und Unfreiwilligkeit im Wesen der Selbsthilfe liegen.²⁴ Sind – entgegen der h.L. – nicht Art. 41 Abs. 1 OR anwendbar, sondern Art. 938 ff. ZGB, entfällt das Verschuldenserfordernis und der bösgläubige Falschparker müsste Schadenersatz gemäss Art. 940 Abs. 1 ZGB bezahlen.²⁵

[Rz 9] Denkbar ist auch der Anspruch aus echter, berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA; Art. 422 Abs. 1 OR). Das Abschleppen des Fahrzeugs ist ein *auch-fremdes* Geschäft. Der Besitzer hat Ansprüche aus Art. 927 Abs. 3, 928 Abs. 2 ZGB auf Unterlassung der Störung und Wiedereinräumung des Besitzes. Der Parkplatzbesitzer erledigt mit dem Abschleppen folglich die Aufgaben, die der Falschparker eigentlich selbst erledigen müsste. Dabei ist der Besitzer des Parkplatzes ohne Handlungspflicht zwar auch im eigenen Interesse tätig, doch genügt die Qualifikation als *auch-fremdes* Geschäft zur Annahme der Fremdheit des Geschäfts.²⁶ Dasselbe gilt für den Fremdgeschäftsführungswillen.²⁷ Da der Falschparker die Beseitigung des Fahrzeugs sofort schuldet, besteht auch die für den Ersatzanspruch gemäss Art. 422 Abs. 1 OR notwendige «gewisse» Dringlichkeit.²⁸ Die Handlung muss auch im mutmasslichen Willen des Geschäftsherrn liegen. Das wird jeder Geschäftsherr angesichts der Kosten bestreiten – ohne Erfolg, könnte man argumentieren, denn der mutmassliche Wille richtet sich auf die Handlung *und nicht nach den Rechtsfolgen* (strittig).²⁹ Der allfällig entgegenstehende Willen des Falschparkers bedeutet nichts anderes, als dass er das Auto ohne Berechtigung auf dem Parkplatz stehen lassen möchte. Sich darauf zu berufen, wäre rechtsmissbräuchlich, denn die Pflicht zur Entfernung des Fahrzeugs vom Parkplatz ist klar erwiesen.³⁰ In vielen Fällen liegt die Beseitigung des Fahrzeugs auch im öffentlichen Interesse, beispielsweise bei Behindertenparkplätzen oder Parkplätzen, die Notärzten oder anderen öffentlichen Zwecken dienen.³¹

[Rz 10] Der Ersatzanspruch nach Art. 422 Abs. 1 OR steht dem Abschleppunternehmer *aus eigenem Recht* nur dann zu, wenn sich dieser trotz der vertraglichen Bindung zum Parkplatzbesitzer gegenüber dem Falschparker auf die GoA berufen kann. Figur und Existenz dieses *vertraglich gebundenen Geschäftsführers* sind in der Lehre indes äusserst umstritten.³² Das Bundesgericht lehnt

²⁴ GÜNTER CHRISTIAN SCHWARZ/ASTRID ERNST, Ansprüche des Grundstücksbesitzers gegen «Falschparker», NJW 1997, 2550 ff., 2552; vgl. BGH, Urteil vom 16. April 2002 – VI ZR 227/01, NJW 2002, 2232 ff., 2233; vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_7/2007 vom 18. Juni 2007, E. 5.2 und BGE 102 II 232 ff., 237 f.

²⁵ Vgl. BSK-ERNST (FN 13), ZGB 927 N 11 f. der Vorauffage.

²⁶ Vgl. ZK-JÖRG SCHMID, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 3a, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419–424 OR, 3. A., Zürich 1993 (zit. ZK-SCHMID), OR 419 N 16; CHK-HUGUENIN/JENNY (FN 4), OR 419 N 2, 13; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, 2. A., Zürich 2014, N 1620 f.

²⁷ Urteil des Bundesgerichts 4C.326/2003 vom 25. Mai 2004, E. 3.5.1; HUGUENIN (FN 26), N 1626.

²⁸ CHK-HUGUENIN/JENNY (FN 4), OR 419 N 16; ZK-SCHMID (FN 26), OR 422 N 15 f.

²⁹ Richtig BALDRINGER/JORDANS (FN 2), NZV 2005, 77: «*Ohne Belang ist, dass der Abgeschleppte kein Interesse an der Entstehung der Abschleppkosten hat, da die Kostentragungspflicht nur die Rechtsfolge und keine Anspruchsvoraussetzung ist. Zudem ist das Interesse nach objektiven Kriterien festzustellen.*» und SCHWARZ/ERNST (FN 24), NJW 1997, 2551, m.w.H.; kritisch BEATE GSELL, Entscheidungsanmerkung, ZJS 2009, 572 f., 573.

³⁰ Dies ist vergleichbar mit dem entgegenstehenden Willen zur Begleichung einer vom Geschäftsherrn bestrittenen Forderung, für die ein Vollstreckungstitel besteht. Die Lehre sieht in der Bestreitung der Verbindlichkeit in solchen Fällen einen Rechtsmissbrauch, vgl. ZK-SCHMID (FN 26), OR 422 N 29.

³¹ Vgl. dazu STEPHAN LORENZ, Privates Abschleppen – Besitzschutz oder «Abzocke»? NJW 2009, 1025 ff., 1027, der das öffentliche Interesse stets bejaht; kritisch dazu GSELL (FN 29), ZJS 2009, 573.

³² Die konkurrierende Anwendbarkeit der GoA beim vertraglich pflichtengebundenen Geschäftsführer bejaht EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil. 3. A., Zürich 1988, 258 (sofern es sich um eine Hilfestellung handelt und der Geschäftsherr davon profitiert), während ZK-SCHMID (FN 26), OR 419

diesen deutlich ab.³³ Es handelt sich dabei um eine besonders extensive Interpretation des *auch-fremden Geschäfts*. Empfehlenswert ist deshalb die schriftliche Zession des Anspruchs (Art. 13 f., 165 Abs. 1 OR) an den Abschleppunternehmer angesichts der strittigen Rechtslage auf jeden Fall – dadurch eröffnet sich die Möglichkeit der Retention des abgeschleppten Fahrzeugs aufgrund des dinglichen oder obligatorischen Zurückbehaltungsrechts (siehe detailliert unten, Rz. 13–15).

1.3.2. Umfang

[Rz 11] Grundsätzlich gehören die effektiven Kosten des Abschleppvorgangs zu den ersatzfähigen Kosten. Dabei kann es aber keinen *Vertrag zu Lasten Dritter* geben, bei dem sich der Parkplatzbesitzer mit dem Abschleppunternehmen auf einen übersetzten Tarif einigt. Übersetzte Tarife eines Abschleppunternehmens lassen sich, auch wenn sie der Parkplatzbesitzer genehmigt, nicht überwälzen.³⁴ Die rechtliche Grundlage allfälliger Kürzungen des deliktischen Schadenersatzanspruchs liegt in Art. 44 Abs. 1 OR und der allgemeinen Schadenminderungsobliegenheit.³⁵ Bei der GoA erfolgt die Kürzung mittels Art. 422 Abs. 1 OR – indem man die überhöhten Tarife als *nicht notwendig* erachtet – oder durch Verrechnung mit Schadenersatzansprüchen gegen den Geschäftsführer aus unsorgfältigem Tätigwerden (Art. 420 Abs. 1 OR). Wenn beispielsweise ein Kaufhaus Falschparker entfernen lässt, kann es nur die Kosten ersetzen lassen, die das Abschleppen eines Fahrzeugs *üblicherweise* kosten. Zum Schaden gehören auch die Kosten eines effektiv angemieteten Ersatzparkplatzes. Kosten von *Vorsorgemassnahmen* – wie z.B. die Überwachung des Parkplatzes oder Kontrollrundgänge – lassen sich mangels Kausalität nicht überwälzen,³⁶ wohl aber die Kosten der *Vorbereitung des konkreten Abschleppvorgangs*.³⁷

[Rz 12] *Darf man nebst den Selbsthilfekosten auch Ersatz für die Nutzung des Parkplatzes verlangen?* Wenn man für die Dauer des Falschparkens die üblichen Parkgebühren verlangen könnte, kämen doch noch ein paar Franken zusammen. Grundlage dieses Anspruchs bildet Art. 940 Abs. 1 ZGB. Unter den Früchten sind gemäss Lehre *alle Nutzungen* zu verstehen.³⁸ Der Wert der Nutzung orientiert sich am Marktwert, also an den Gebühren, die ein Parkplatz gekostet hätte.³⁹ Das

N 94 ff., insb. 98, m.w.H., diese verneint; in Deutschland verneinen mehrere Autoren und der BGH die Anwendbarkeit der GoA, wenn der Geschäftsführer aufgrund eines Vertrags tätig wird, der das Entgelt vollumfänglich regelt (HANS HERMANN SEILER, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. A., München 2012, BGB 677 N 10, 20; BETTINA WENDLANDT, «Ein bisschen über den Rubikon» – Der BGH und die GoA des vertraglich pflichtengebundenen Geschäftsführers, NJW 2004, 985 ff., 987 f. und BGH, Urteil vom 15. April 2004 – VII ZR 212/03, NJW-RR 2004, 956 f., 956).

³³ Urteil des Bundesgerichts 4D_137/2008 vom 16. Februar 2009, E. 2.2, allerdings ohne Bezug auf die einschlägigen Literaturstellen; ebenso ZBJV 1906, 313 ff., 317 ff., ZBJV 1917, 135 ff., 135 f. und ZR 1950, Nr. 193, 357 ff., 359; vgl. die abweichenden Entscheidungen ZBJV 1910, 433 ff., 437 f., SJ 1951, 433 ff., 435 f., BJM 1969, 287 ff., 287 f.

³⁴ BGH, Urteil vom 4. Juli 2014 – V ZR 229/13, BeckRS 2014, 15950, Rz. 22 f.

³⁵ Vgl. RAPHAEL KOCH, Abschleppen vom Privatparkplatz: geklärte und ungeklärte Fragen, NZV 2010, 336 ff., 338 f.

³⁶ Vgl. BK-BREHM (FN 14), OR 41 N 94a; KGer VS, Urteil vom 10. Februar 2004, RVJ 2004, 156 ff., 157 ff., E. 7 f.; vgl. BGE 117 II 259 ff., 269 f.

³⁷ BGH, Urteil vom 4. Juli 2014 – V ZR 229/13, BeckRS 2014, 15950, N 16.

³⁸ SUTTER-SOMM (FN 4), SPR V/1, N 1492.

³⁹ Vgl. zum deutschen Pendant (§§ 987, 990 BGB) CHRISTIAN BALDUS, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. A., München 2013, BGB 987 N 17: «Zu ersetzen ist also der objektive Marktwert der Sachnutzung ohne Rücksicht darauf, ob der Besitzer mehr oder weniger erzielt hat und was der Eigentümer hätte erzielen können (...). Der objektive Wert eines Gebrauchsvorteils ist gleichzusetzen mit dem Betrag, der durchschnittlich für eine vertragliche Gebrauchsgestattung zu entrichten gewesen wäre.»

Bundesgericht scheint einen identischen Nutzungsanspruch aus *faktischem Vertragsverhältnis* zu bejahen.⁴⁰ Die Annahme eines faktischen Vertragsverhältnisses drängt sich nur in denjenigen Fällen auf, bei denen die Möglichkeit zum Abschluss eines Vertrags über die Parkfläche überhaupt zur Debatte steht. Dies ist bei Parkhäusern der Fall. Bei gewöhnlichen Privatparkplätzen fehlt die sozialtypische Bedeutung des Verhaltens, um dieses einem Vertragsschluss gleichzusetzen.⁴¹ Den Anspruch auf den Wert der Nutzung müsste sich der Berechtigte allerdings an den Schadenersatzanspruch für einen angemieteten Parkplatz aufgrund des Bereicherungsverbots anrechnen lassen.

1.3.3. Sicherung des Anspruchs

[Rz 13] Das *Selbsthilferecht als solches* berechtigt nicht auch, das abgeschleppte Fahrzeug zwecks Zahlungssinkasso zurückzubehalten (strittig).⁴² Die auffindbaren Entscheide divergieren in diesem Punkt. Das Obergericht Zürich hielt 1984 deutlich fest, dass die Selbsthilfe nur der Durchsetzung des Anspruchs auf den freien Parkplatz diene, nicht aber dem Inkasso der Selbsthilfekosten.⁴³ Beim 2013 gefällten Entscheid ging das Gericht indes davon aus, dass der Besitzer einen rechtmässigen Zweck verfolge, wenn er den Falschparker kurze Zeit an der Weiterfahrt hindere, bis er die Kosten des Abschleppdienstes begliche.⁴⁴ Ähnlich äussert sich ein deutscher Entscheid.⁴⁵ Dass das Selbsthilferecht nicht auch zur Sicherung der Kosten dienen kann, zeigt sich deutlich, wenn der Falschparker abfahren will, bevor das bestellte Abschleppunternehmen eingetroffen ist. Wer in die-

⁴⁰ Urteil des Bundesgerichts 6S.77/2003 vom 6. Januar 2004, E. 4.2.

⁴¹ Vgl. die Überlegungen in BGH, Urteil vom 14. Juli 1956 – V ZR 223/54, NJW 1956, 1475 ff., 1476.

⁴² So auch das Merkblatt «Abschleppen von Fahrzeugen» (siehe oben, FN 19): «*Es ist aber nicht zulässig, den abgeschleppten Wagen als Pfand zurückzubehalten.*»

⁴³ ZR 1985, Nr. 96, 235 ff., 236.

⁴⁴ Obergericht Zürich, Urteil vom 23. August 2013, SB130145, E. II.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. Wenn die Beschuldigte nun erreichen wollte, dass der Geschädigte den Abschleppdienst bezahle, oder zumindest den zur Durchsetzung ihres Anspruchs nötigen Beweis für sein Falschparkieren sichern wollte, verfolgte sie einen rechtmässigen Zweck.*»; vgl. MARIO GIANNINI, Ladendiebstahl – Rechtsgrundlagen für eine Ergreifung des Täters durch Private bei geringfügigen Vermögensdelikten i.S.v. Art. 172ter StGB de lege lata et de lege ferenda, ZStr 2004, 41 ff., 58 f.: «*Gestützt auf Art. 52 Abs. 3 OR ist es dem Ladenbesitzer bzw. Verkaufs- oder Sicherheitspersonal folglich erlaubt, neben der Rückgabe des Diebesgutes auch einen allfälligen Schadenersatzanspruch bzw. eine Umtriebsentschädigung geltend zu machen. Um einen solchen Anspruch auch tatsächlich durchsetzen zu können, muss es dem Opfer nach der Ansicht von G. Arzt gestattet sein, einen wertvollen Gegenstand aus dem Eigentum des Diebes zurückzubehalten oder –wenn dies, was die Regel sein dürfte, nicht möglich sein sollte – die Identität des Schuldners (Ladendieb) abzuklären. Ob durch Art. 52 Abs. 3 OR aber auch eine Durchsuchung nach Wertgegenständen oder Ausweisschriften gedeckt ist, erscheint in Anbetracht einer Deliktsumme von unter 300 CHF zumindest fraglich.*»

⁴⁵ KG, Urteil vom 7. Januar 2011 – 13 U 31/10, BeckRS 2011, 05364, E. II.2c.bb: «*Es handelt sich um einem Anspruch, der sich aus der Verwirklichung des Selbsthilferechts gemäss § 859 BGB ergibt. Dieses gestattet es dem Besitzer, sich der verbotenen Eigenmacht mit Gewalt zu erwehren. Das Recht würde aber leer laufen, würde der Besitzer die Kosten, die durch die Ausübung des Rechts entstehen, nicht effektiv durchsetzen können (vgl. Schwarz/Ernst, NJW 1997 2552). Dieser Gedanke gewinnt vor allem dadurch an Bedeutung, dass es sich bei der unbefugten Inanspruchnahme von einem Unternehmen für ihre Kunden bereitgestellten kostenfreien Parkplätzen um ein Massenphänomen handelt, dem auch die Zedentin ausgesetzt war. Die Abwehr dieser unbefugten Nutzung wäre nicht effektiv wahrzunehmen, wenn die Unternehmen ihre Forderungen nicht auch effektiv durchsetzen könnten, sondern ihrerseits gehalten wären, unter Verzicht auf jede Sicherheit ihre Forderung nachträglich notfalls klageweise –mit der Folge eines entsprechenden Aufwandes und entsprechender Kosten –geltend zu machen.*»

ser Situation den Falschparker zwecks Kosteninkasso an der Wegfahrt hindern möchte, *verlängert den Besitzesentzug*. Der Fokus der Kostensicherung richtet sich deshalb nachfolgend auf andere Institute.

[Rz 14] Die Zurückbehaltung des Fahrzeugs lässt sich, sofern eine echte, berechnigte GoA vorliegt, mit dem Retentionsrecht gemäss Art. 895 Abs. 1 ZGB begründen. Dabei ersetzt die gebotene Fremdgeschäftsführung das Erfordernis, wonach der Gläubiger «*mit Willen des Schuldners*» in den Besitz der Sache gelangt sein muss.⁴⁶

[Rz 15] In den Fällen ausserhalb der GoA kann das im Gesetz nicht enthaltene, aber in Lehre und Rechtsprechung⁴⁷ anerkannte *obligatorische Retentionsrecht* eine adäquate Sicherung des Anspruchs bieten. Trotz der vorbehaltlosen Anerkennung durch Lehre und Rechtsprechung ist dieses Institut auch bei Juristen kaum bekannt. Dies erklärt, weshalb es – soweit ersichtlich – noch nie in der Schweiz auf abgeschleppte Fahrzeuge von Falschparkern Anwendung gefunden hat. Die richterrechtliche Schaffung des Retentionsrechts drängte sich auf, weil sich die kodifizierten Retentionsrechte gemäss Art. 82 OR und Art. 895 ZGB in vielen regelungsbedürftigen Fällen als nicht anwendbar erweisen.⁴⁸ Zu den einzelnen Voraussetzungen: Es bedarf *erstens* einer Gegenforderung des Besitzers, der die Herausgabe des Fahrzeugs schuldet.⁴⁹ Hier ist es die Schadenersatzforderung aus Art. 927 Abs. 3 ZGB gegen den Falschparker. Diese Gegenforderung muss *zweitens* durchsetzbar sein,⁵⁰ was ohne Zweifel vorliegt. Zwischen der Forderung auf Herausgabe des Fahrzeugs und der Bezahlung der Selbsthilfekosten muss *drittens* eine Konnexität bestehen.⁵¹ Der Retention dürfen in negativer Hinsicht weder das Gebot von Treu und Glauben, die Natur der betreffenden Forderungen, vertragliche Abreden oder gesetzliche Ausschlüsse entgegenstehen. Einzig die Konnexität könnte sich als problematisch erweisen, doch lehnt sich die Lehre an das Konzept an, das Art. 895 Abs. 1 ZGB vorgibt. Hier genügt bereits eine *faktische Nähe*, die sich vorliegend problemlos aus dem einheitlichen Lebenssachverhalt des zugeparkten Parkplatzes und der dadurch herausgeforderten Selbsthilfe ergibt.⁵² Der faktische oder natürliche Zusammenhang, bei dessen Feststellung das Gebot von *Treu und Glauben* eine massgebliche Rolle spielt,⁵³ liegt in den Parkplatzfällen ganz deutlich vor. Es wäre stossend, wenn man das Fahrzeug oder den Standort des Fahrzeugs ohne vorgängige Kostenerstattung preisgeben müsste. Das Selbsthilferecht funktioniert überdies nur dann auf zumutbare und effiziente Weise, wenn man nachher nicht auch noch dem

⁴⁶ ZK-SCHMID (FN 26), OR 422 N 81.

⁴⁷ Zu den Voraussetzungen des obligatorischen Retentionsrechts siehe RAINER WEY, Das obligatorische Retentionsrecht, Diss. Luzern 2007 = Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 23, Zürich 2007, passim; vgl. auch BGE 94 II 263 ff., 267 f., m.w.H. und BGE 78 II 376 ff., 378.

⁴⁸ WEY (FN 47), Umschlagdeckel und N 313.

⁴⁹ Vgl. WEY (FN 47), N 196 ff.

⁵⁰ WEY (FN 47), N 280 ff. – es geht um Fälligkeit (N 281 ff.), Klagbarkeit (N 291 ff.) und Einredefreiheit (N 297 ff.).

⁵¹ WEY (FN 47), N 311 ff.

⁵² Vgl. WEY (FN 47), N 347 ff. und 353 ff.; vgl. MK-WOLFGANG KRÜGER, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. A., München 2012 (zit. MK-KRÜGER), BGB 273 N 13: «*Diese, ganz herrschender Meinung entsprechende Sicht löst sich vom Wortlaut des Gesetzes, der auf dasselbe rechtliche Verhältnis abstellt. Die Ansprüche müssen gerade nicht demselben Rechtsverhältnis zugehören – dann ist die Konnexität freilich unproblematisch –, sondern es genügt ein Weniger, ein enger tatsächlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang. Diese Ausweitung ist angesichts des auf Treu und Glauben fussenden Grundgedankens – der im Einzelfall wiederum auch Einschränkungen erlaubt (...) – angemessen.*»; a.M. ZR 1974, Nr. 111, 302 ff., 306.

⁵³ WEY (FN 47), N 347.

Geld nachspringen muss.⁵⁴ Gemäss WEY ist das obligatorische Retentionsrecht *erst dann* ausgeschlossen, wenn der herausgabepflichtige Schuldner *gegen den Willen* des Gläubigers den Besitz an der Sache erlangt habe – dies würde das Gebot von Treu und Glauben verletzen. Für die Abschleppfälle ist es richtig, die Erlangung des Besitzes nicht *gegen* den Willen, aber gestützt auf das Selbsthilferecht *ohne den Willen* des Gläubigers zu bejahen.⁵⁵ Beim richterrechtlichen obligatorischen Retentionsrecht erfolgt in der Schweiz explizit eine enge Orientierung am deutschen § 273 BGB.⁵⁶ Gerade dieser Paragraph gewährt in Deutschland die Retention des Fahrzeugs in Abschleppfällen.⁵⁷ Im Alltag schleppt jedoch nicht der Parkplatzbesitzer das Fahrzeug ab, sondern ein von ihm bestellter Abschleppunternehmer. Damit dieser das obligatorische Retentionsrecht geltend machen kann, muss er via Zession die Gläubigerstellung an der Forderung erlangen.⁵⁸ Dafür gilt das Schriftformerfordernis (Art. 13 f., 165 Abs. 1 OR).

2. Klagen aus Eigentum, Besitz

[Rz 16] Wer nicht sofort gehandelt hat, kann das Selbsthilferecht der Besitzkehr nicht mehr beanspruchen, es sei denn, er stützt dieses auf das allgemeine Selbsthilferecht gemäss Art. 52 Abs. 3 OR. Erfahrungsgemäss löst sich zwar das Problem meist von selbst, weil der Parkplatzbesitzer wieder wegfährt. Tut er dies nicht, kann man die Klage aus Besitzesentziehung nach Art. 927 Abs. 1 ZGB erheben. Diese setzt einen sofortigen Protest voraus, sobald man von der Besitzesentziehung Kenntnis erlangt hat (Art. 929 Abs. 1 ZGB). Handelt es sich um einen häufigen Falschparker, wäre eine Klage auf Unterlassung künftiger Störung passend (Art. 928 Abs. 2 ZGB).⁵⁹ Ist man Eigentümer des Parkplatzes, steht auch die *rei vindicatio* offen (Art. 641 Abs. 2 ZGB). Für den Schadenersatz gelten auch hier die oben erwähnten Ansprüche.

⁵⁴ Diesen Gedanken bringen mehrere deutsche Autoren und Gerichtsentscheide vor, vgl. BERNHARD JANSSEN, Abschleppen im bürgerlichen Recht, NJW 1995, 624 ff., 626: «*Das Recht auf Selbsthilfe ist nämlich ein Recht auf Selbsthilfe ohne finanzielle Nachteile.*», SCHWARZ/ERNST (FN 24), NJW 1997, 2552, AG Braunschweig, Urteil vom 6. November 1985 – 117 C 777/85, NJW-RR 1986, 1414 und KG, Urteil vom 7. Januar 2011 – 13 U 31/10, BeckRS 2011, 05364, E. II.2c.bb (vgl. das wörtliche Zitat oben, FN 45).

⁵⁵ WEY (FN 47), N 161 und 447; hier könnte man auch den Herausforderungsgedanken spielen lassen – wer falsch parkiert, fordert die Selbsthilfe heraus; die Besitzeserlangung ist aufgrund der erlaubten Selbsthilfe jedenfalls sicher nicht widerrechtlich; weitergehend BK-WALTER FELLMANN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 4. Teilband, Art. 394-406 OR, Bern 1992 (zit. BK-FELLMANN), OR 400 N 186, der ein obligatorisches Retentionsrecht auch dann bejaht, wenn die Sache *gegen den Willen* des Eigentümers in den Besitz des Gläubigers gelangte; vgl. ZK-SCHMID (FN 26), OR 422 N 82.

⁵⁶ BGE 94 II 263 ff., 267 f.; HUBERT STÖCKLI, Das Synallagma im Vertragsrecht, Begründung – Abwicklung – Störung, Habil. Fribourg 2006 = Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Band 271, Zürich 2008, N 248; BK-FELLMANN (FN 55), OR 400 N 187; ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. A., Zürich 1974, 68, Fn. 78 f. und WEY (FN 47), N 2/6/13.

⁵⁷ BGH, Urteil vom 4. Juli 2014 – V ZR 229/13, BeckRS 2014, 15950, N 11; KG, Urteil vom 7. Januar 2011 – 13 U 31/10, BeckRS 2011, 05364, E. 2; BGH, Urteil vom 2. Dezember 2011 – V ZR 30/11, NJW 2012, 528 ff., 528, N 5; LORENZ (FN 31), NJW 2009, 1028; MK-KRÜGER (FN 52), BGB 273 N 20: «*Konnezität besteht auch zwischen dem Herausgabeanspruch des Eigentümers eines Kraftfahrzeugs, das ein Dritter wegen verbotswidrigen, die Rechte des Dritten beeinträchtigenden Parkens hat abschleppen lassen, gegen den Abschleppunternehmer und dem von dem Dritten abgetretenen Anspruch des Unternehmers auf Ersatz der Abschleppkosten. Voraussetzung ist freilich, dass überhaupt ein Ersatzanspruch des Dritten besteht.*»

⁵⁸ Vgl. WEY (FN 47), N 200 und 451.

⁵⁹ Das Urteil erfolgt dann unter Androhung der Strafe gemäss Art. 292 StGB, vgl. BGE 95 II 397 ff., 407.

3. Besondere Fragen

3.1. Überschreiten der erlaubten Parkdauer

[Rz 17] *Wie verhält es sich, wenn das Parken grundsätzlich erlaubt wäre, aber die erlaubte Dauer überschreitet?* Die Einwilligung des Berechtigten zur Besitzesstörung bzw. -verletzung ist grundsätzlich jederzeit widerrufbar. Der Berechtigte kann sie auch *ab initio* zeitlich beschränken («Maximale Parkzeit 30 Minuten»). Denkbar ist diese Konstellation bei Gasthäusern oder Supermärkten, die Kundenparkplätze für eine bestimmte Zeit zur Verfügung stellen. Wer aber zuerst erlaubt parkt, hat den Besitz nicht durch verbotene Eigenmacht erlangt. Gerade dies bildet Voraussetzung des Besitzeschutzes und damit der Selbsthilfe.⁶⁰ Es gibt Stimmen in der Lehre, die jede Beeinträchtigungs- oder Störungshandlung ohne Einwilligung des Berechtigten als verbotene Eigenmacht qualifizieren.⁶¹ Nach diesen Lehrmeinungen stellt auch das Vorenthalten einer Sache über die vertraglich eingeräumte Zeit oder einen Einwilligungswiderruf hinaus verbotene Eigenmacht dar.⁶² Der Berechtigte dürfte sich diesfalls der Selbsthilfe bedienen.

[Rz 18] Unseres Erachtens verdient erstere Auffassung Zustimmung, wonach keine verbotene Eigenmacht bei Überschreiten der erlaubten Parkzeit vorliegt. Ob der Parkplatzbenützer, der die erlaubte Parkzeit überschreitet, dem Berechtigten den Besitz zu Recht oder zu Unrecht vorenthält, ist nämlich eine materiellrechtliche Frage des Petitoriums bzw. des Besitzesrechtsschutzes und nicht des – zur Selbsthilfe berechtigenden – Besitzeschutzes, bei dem das *Recht* auf Besitz grundsätzlich keine Rolle spielt.⁶³ Dennoch ist es stossend, dass derjenige, der Parken für Nichtberechtigte generell verbietet, besseren Schutz genießt als derjenige, der es für eine gewisse Zeit erlaubt. Wenn man überhaupt nicht parken darf, dann darf es dem Anbieter nicht zum Nachteil gereichen, wenn er es während einer Stunde gestattet. Der Grosszügige soll nicht auch noch bestraft werden, besonders wenn die Bedingungen der zulässigen Parkplatzbenutzung, beispielsweise mit einem angebrachten Schild mit der Aufschrift «Maximale Parkzeit 30 Minuten», von Beginn

⁶⁰ Urteil des Bundesgerichts 5P.122/2004 vom 29. Juni 2004, E. 2.1, m.w.H.; ISABELLE BERGER-STEINER/DOMINIK SCHMID, in: Jolanta Kren Kostkiewicz et al. (Hrsg.), ZGB. Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. A., Zürich 2011, ZGB 926 N 12; GWENDOLINE EGGER ROCHAT, *Les squatters – et autres occupants sans droit d’un immeuble*, Diss. Lausanne 2000 = *Recherches juridiques lausannoises*, vol. 3, Zürich 2002, N 259 f.; BK-STARK (FN 4), vor ZGB 926-929 N 60 f., m.w.H.

⁶¹ BK-STARK (FN 4), vor ZGB 926-929 N 31 und BSK-ERNST (FN 13), vor ZGB 926-929 N 15.

⁶² Die Anwendbarkeit des Besitzeschutzes beim Verbleib über die vertragliche Dauer hinaus verneint BK-STARK (FN 4), vor ZGB 926-929 N 60 f. (vgl. aber N 31, m.w.H. derselben Kommentierung); ablehnend auch BSK-ERNST (FN 13), vor ZGB 926-929 N 22 (vgl. aber N 15 derselben Kommentierung), WILHELM STAUFFER, *Das luzernische Besitzschutzverfahren gemäss § 348 f. luz. ZPO*, ZBJV 1943, 556 ff., 557, DIETER ZOBL, *Zum Verhältnis Besitzschutz und Rechtsschutz*, in: Viktor Lieber et al. (Hrsg.), *Rechtsschutz*, Festschrift zum 70. Geburtstag von Guido von Castelberg, Zürich 1997, 303 ff., 316 f., der die verbotene Eigenmacht bei einer Vorenthaltung durch Überschreitung der Vertragsdauer verneint unter Berufung auf von ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Band I, 3. A., Zürich 1979, 419 («*Die Einwilligung ist stets widerruflich, ausser wenn es sich um einen Eingriff in eine Sache handelt und die Sache dem Eingriffsberechtigten übergeben ist.*»); die Rechtsprechung ist gespalten, vgl. ZBJV 1944, 479 f., 480 sowie ZBJV 1925, 74 ff., 75 (ablehnend) und BGE 75 II 122 ff., 129 f. (befürwortend, aber ohne Begründung) sowie ZBJV 1914, 322 f., 323 (ebenfalls befürwortend); vgl. die befürwortende Rechtslage in Deutschland bei Amtsgericht München, Urteil vom 17. Dezember 2013 – 432 C 26005/13, BeckRS 2014, 06028: «*Das widerrechtliche Abstellen eines Pkws auf einem Parkplatz der Beklagten unter (signifikanter) Überschreitung der zulässigen Maximalparkdauer ist in aller Regel als verbotene Eigenmacht zu werten.*» und AG Berlin-Pankow/Weissensee, Urteil vom 22. Januar 2010 – 9 C 499/08, BeckRS 2011, 02087.

⁶³ BERGER-STEINER/SCHMID (FN 60), ZGB 926 N 11; BK-STARK (FN 4), vor ZGB 926-929 N 60 f.; zur Abgrenzung von Possessorium und Petitorium vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (FN 13), N 215 bzw. ZOBL (FN 62), 303 ff.

weg klar feststehen. Gerade hier zeigt sich, dass die Besitzschutzregeln andere Verhältnisse als das Kurzparken im Kaufhaus im Visier hatten. Es muss deshalb *erst recht* demjenigen, der Parken für eine gewisse kurze Zeit erlaubt, möglich sein, sich des abredewidrigen Verhaltens sofort mit Selbsthilfe zu erwehren. Die rechtsdogmatische Begründung dieses Grössenschlusses ist unseres Erachtens im Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 ZGB zu finden. Bei deutlicher Überschreitung der erlaubten Parkzeit ist also doch von der Zulässigkeit der Selbsthilfe auszugehen – wer sein Fahrzeug beispielsweise nach Ladenschluss noch im Parkhaus des Supermarkts stehen lässt, beruft sich rechtsmissbräuchlich auf die Einschränkung des Selbsthilferechts auf Fälle verbotener Eigenmacht.

3.2. Dauerbesucher auf Besucherparkplatz

[Rz 19] *Wie verhält es sich, wenn ein Besucher – beispielsweise die Freundin eines Stockwerkeigentümers – permanent den Besucherparkplatz einer Wohnsiedlung besetzt?* Der Besucherparkplatz steht als gemeinschaftlicher Teil im Miteigentum und Mitbesitz der Stockwerkeigentümer.⁶⁴ Grundsätzlich darf die Freundin eines Stockwerkeigentümers als Besucherin den Besucherparkplatz benutzen. Wo aber liegt die Grenze der noch zulässigen Parkdauer und der Einwilligung der übrigen Berechtigten, wenn keine zeitlich klar definierten Regeln bestehen? Während ausländische Verwandte vom Wortlaut und vom Sinn her auch während zwei vollen Ferienwochen noch als Besucher gelten können, ändert sich dies bei Partnern, die mehrmals in der Woche zu Besuch weilen, erst mit der Zeit. Die Grenze stellt wie bei der Auslegung von Dienstbarkeiten die *Gemeinverträglichkeit*⁶⁵ dar, wonach auch Gäste der anderen Bewohner eine angemessene Chance erhalten, die Besucherparkplätze benutzen zu können. Ebenfalls fruchtbar ist die Parallele zur dienstbarkeitsrechtlichen *Erheblichkeit der Mehrbelastung*.⁶⁶ Man könnte die Grenze der Gemeinverträglichkeit sowie der erheblichen Mehrbelastung ermessensweise bei wöchentlichem zwei- bis dreimaligem Parken während mehreren Stunden ab zwei Monaten Dauer festlegen.⁶⁷ Diese Regelmässigkeit und Dauer überschreitet das Mass der Gemeinverträglichkeit, weil sie andere Besucher während eines grossen Teils der Woche von der Benützung des Besucherparkplatzes ausschliesst. Eine Anknüpfung an die *übermässige Einwirkung* des Nachbarrechts gemäss Art. 697, 684 ZGB – jede Nutzung, die nicht mehr gemeinverträglich ist, könnte unter das Übermassverbot fallen – ist nicht denkbar, weil die Nutzung des Besucherparkplatzes als *Substanzeingriff* ohne Immissionscharakter nicht unter das Nachbarrecht fällt (strittig).⁶⁸

⁶⁴ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_880/2013 vom 27. Februar 2014, E. 3.

⁶⁵ Die Gemeinverträglichkeit stellt das relevante Kriterium beim Dauerparken auf öffentlichem Grund für gesteigerten Gemeingebrauch (BGE 122 I 279 ff., 283) und bei der Auslegung von Dienstbarkeiten (BGE 131 III 345 ff., 349) dar.

⁶⁶ Vgl. Art. 739 ZGB und dazu BGE 122 III 358 ff., 359 sowie BGE 88 II 252 ff., 274 f. Analog dazu verändert sich der Besucher zum Dauernutzer – dadurch ändert sich die Zweckbestimmung des Parkplatzes, was sich mit der *Identität der Dienstbarkeit* (vgl. BGE 130 III 554 ff., 556) und analog dazu mit der Zweckbestimmung als Besucherparkplatz nicht verträgt.

⁶⁷ Das hinten abgedruckte Musterbegehren eines gerichtlichen Verbots gemäss Art. 258 Abs. 1 ZPO definiert die Berechtigung zur Verwendung eines Besucherparkplatzes wie folgt: »...maximal 8 Stunden pro Tag und nicht mehr als 3 Tage pro Woche...« (vgl. hinten, «Hinweise für die Praxis» und die Beispiele aus dem Amtsblatt in FN 130).

⁶⁸ LUKAS ROOS, Pflanzen im Nachbarrecht, Diss. Zürich 2002, 21 f.: «*Richtiger Ansicht nach ist bei der Abgrenzung zwischen Immissionen und direkten Eingriffen auf die Art, genauer gesagt auf die Körperlichkeit der Einwirkung abzustellen. Bei den Immissionen i.S.v. Art. 684 ZGB handelt es sich, wie aus der beispielhaften Aufzählung in Abs. 2 hervorgeht, um unkörperliche oder leichte körperliche Stoffe. Dagegen können feste Körper nicht unerheblichen Umfangs nicht mehr als Immissionen gelten und sind als direkte Eingriffen zu qualifizieren. Bei ihnen stellt sich die Frage nach einem Übermass von vornherein nicht.*» und dort Fn. 64;

[Rz 20] Ist diese Schwelle einmal überschritten, gehört der «Dauergast» nicht mehr zu den Besuchern. Er steht dann auf derselben Stufe wie irgendein Fremdparker – oder wie ein Bewohner der Wohnsiedlung, selbst wenn er den offiziellen Wohnsitz anderswo hat. Damit hört in beiden Fällen die Berechtigung auf, den Besucherparkplatz zu benützen. Sobald dies der Fall ist, kann jeder Stockwerkeigentümer alleine als Mitbesitzer *erstens* Selbsthilfe anwenden und allgemein den Besitzerschutz gegen die erneute Besetzung des Besucherparkplatzes durch den Dauergast anrufen.⁶⁹ Er kann auch ohne Mitwirkung der anderen Stockwerkeigentümer bezüglich des Besucherparkplatzes die *rei vindicatio* (Art. 641 Abs. 2 ZGB) erheben.⁷⁰ Die Klagen aus Besitzesentziehung oder drohender Störung stehen *zweitens* auch gegen den Mitbesitzer offen, dessen Gast den Parkplatz dauernd besetzt. Von der Selbsthilfe und den Klagen kann *drittens* auch der Mieter Gebrauch machen. Vorteilhafter für den Mieter ist es *viertens* aber, sich bezüglich des Dauerparkers an den Vermieter zu wenden. Zur Mietwohnung gehören auch die Nebenflächen und deren Mitbenützung durch eigene Gäste. Die rechtliche Grundlage dafür liegt in Art. 259a ff. OR.⁷¹ Der Vermieter kann dann seinerseits gegen den Bewohner vorgehen, dessen Gast den Parkplatz dauerhaft benützt. Das Vorgehen gegen den Vermieter steht auch dann offen, wenn der Dauerparker keinerlei Bezug zu einem der Mieter der Siedlung aufweist.⁷²

3.3. Selbsthilfe auf Vorrat?

[Rz 21] *Kann man das Fahrzeug auch abschleppen lassen, wenn man den Parkplatz gar nicht benötigt?* Das ist unseres Erachtens möglich. Keine der Selbsthilfemassnahmen setzt die *Notwendigkeit* der Wiedereinräumung des Besitzes voraus.⁷³ So stehen zum Beispiel Parkplätze von Geschäfts-

allerdings haben Gerichte auch Substanzverletzungen durch Art. 684 ZGB erfasst, vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_884/2012 vom 16. Mai 2013, E. 4.2, m.w.H.

⁶⁹ Mitbesitz genügt für die alleinige Geltendmachung des Besitzschutzes, vgl. BSK-ERNST (FN 13), vor ZGB 926929 N 6.

⁷⁰ Urteil des Bundesgerichts 6B_880/2013 vom 27. Februar 2014, E. 3: «Bei den Besucherparkplätzen handelt es sich um einen gemeinschaftlichen Teil, welcher im Miteigentum sämtlicher Stockwerkeigentümer steht. In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass im Fall von Miteigentum jeder Miteigentümer einzeln berechtigt ist, den Erlass eines gerichtlichen Verbotes im Sinne von Art. 258 ZPO zu beantragen (...). Nach Art. 641 Abs. 2 ZGB hat der Eigentümer einer Sache das Recht, jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren (Eigentumsfreiheitsklage, «actio negatoria»). Zur Klage legitimiert ist auch der Miteigentümer oder der Stockwerkeigentümer, und zwar sowohl gegen einen anderen Miteigentümer als auch gegen einen Dritten. Ob sich die anderen Miteigentümer mit der Störung ausdrücklich einverstanden erklärt haben, spielt keine Rolle (...). Der zivilrechtlichen Legitimation zur Eigentumsfreiheitsklage entsprechend ist jeder Miteigentümer oder Stockwerkeigentümer berechtigt, selbstständig Strafantrag zu stellen (...). Der Beschwerdeführer war somit berechtigt, in eigenem Namen einen Strafantrag zu stellen. Er musste sich dabei auch nicht durch den Verwalter vertreten lassen. Ziff. 7.13 Abs. 1 der Nutzungs- und Verwaltungsordnung entspricht Art. 712t Abs. 1 ZGB, welcher dem Verwalter keine Individualvertretungsmacht für einzelne Stockwerkeigentümer einräumt (...).»

⁷¹ Vgl. den ähnlichen Fall in SJZ 1958, Nr. 149, 275 f., 276; vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.368/2004 vom 21. Februar 2005, E. 4.1.

⁷² Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.377/2004 vom 2. Dezember 2004, E. 2.1 und 2.2; CHK-HEINRICH (FN 4), OR 259d N 2.

⁷³ Vgl. das Beispiel in SJ 1991, 602 ff., 606 f. – die Häuser waren leer und sollten auch leer bleiben, dennoch war die Räumung als Selbsthilfe zulässig; vgl. den vom Gericht nicht berücksichtigten Einwand des Falschparkers, wonach die Parkplätze für den geschlossenen Laden nicht benötigt worden sind (Obergericht Zürich, Urteil vom 31. Oktober 2012, RU120047, E. 3.1); vgl. IVO SCHWANDER, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, ZPO 258 N 3: «Unter Besitzesstörungen sind (auch nur vorübergehende) Inanspruchnahmen des Bodens oder der Bauten (bzw. Bauteile) zu verstehen, aber auch z.B. das Versperren des Zugangs zum Grundstück durch Parkieren unmittelbar vor dem Grundstück. Schutzzweck ist die ungehinderte – auch nur abstrakte – Möglichkeit der dinglich berechtigten Person, die ihr aus Besitz zustehenden Befugnisse ungestört auszuüben;

lokalen ausserhalb ihrer Öffnungszeiten nicht einfach der Öffentlichkeit zur Verfügung.⁷⁴ Es ist deshalb möglich, ein Abschleppunternehmen mit dem *pauschalen Auftrag* zu mandatieren, alle falsch parkenden Fahrzeuge unverzüglich zu entfernen, da es *erstens* aufgrund des Erfordernisses des sofortigen Handelns in Art. 926 Abs. 2 ZGB keine Wartefrist vor der Selbsthilfe⁷⁵ und *zweitens* keine Pflicht zu Einzelfallabklärungen über die Dringlichkeit und den Eigenbedarf des Parkplatzes gibt.⁷⁶

3.4. Vorgängige Kontaktnahme?

[Rz 22] *Muss man den Falschparker vor dem Abschleppen suchen oder telefonisch benachrichtigen?*
Man könnte eine Pflicht dazu höchstens aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 926 Abs. 3 ZGB),⁷⁷ bei der GoA aus der Gebotenheit⁷⁸ oder allgemein aus der Schadensminderungsobliegen-

darauf, dass die dinglich berechnigte Person gerade auch in diesem Moment in der Lage gewesen wäre, ihren Besitz konkret auszuüben, kann es nicht ankommen.»; vgl. explizit zu Parkplätzen BGH, Urteil vom 5. Juni 2009 –V ZR 144/08, NJW 2009, 2530 ff., 2531, N 17 und LORENZ (FN 31), NJW 2009, 1026.

⁷⁴ AG Lübeck, Urteil vom 20. Februar 2012 – 33 C 3926/11, BeckRS 2012, 08009: «Dies stellt eine verbotene Eigenmacht im Sinne des § 858 Absatz 1 BGB dar, denn die Beklagte war nicht befugt, ihr Fahrzeug ausserhalb der Öffnungszeiten des Restaurants auf einem Gästeparkplatz abzustellen. Dabei ist unerheblich, ob die Beklagte ihr Fahrzeug bereits um 15.20 Uhr (...) oder erst kurz nach 16.00 Uhr (...) auf dem Gästeparkplatz abstellte, denn das Restaurant öffnete am fraglichen Tag erst um 17.00 Uhr und dies war der Beklagte jedenfalls nach ihrer Ankunft auch bekannt. Unerheblich ist auch, ob die Beklagte, wie sie behauptet, beabsichtigte, nach Öffnung des Restaurants dort einen Tisch zu reservieren. Ein solches Vorhaben berechnigt den potentiellen Gast nicht, sein Fahrzeug ausserhalb der Öffnungszeiten sozusagen im Vorgriff auf einen eventuellen späteren Besuch des Restaurants –zu dem es im Übrigen unstrittig nicht gekommen ist –auf dem Gästeparkplatz abzustellen. Anderenfalls würden Parkplätze innenstadtnaher Restaurants ausserhalb der Öffnungszeiten quasi der Allgemeinheit zur freien Verfügung stehen, da Nutzer immer behaupten könnten, sie hätten später, innerhalb der Öffnungszeiten, noch das Restaurant aufsuchen wollen. Gästeparkplätze stehen Gästen zur Verfügung. Gast ist aber nur, wer das Restaurant während der Öffnungszeiten aufsucht. Gast ist nicht, wer ausserhalb der Öffnungszeiten auf dem Parkplatz parkt. Er wird auch nicht dadurch zum Gast, dass er vorhat, das Restaurant eventuell später als Gast aufzusuchen. Dies gilt umso mehr, als sich ein solches Vorhaben –wie im vorliegenden Fall geschehen –jederzeit ändern kann. Wollte man der Auffassung der Beklagten folgen, das Vorhaben, später einen Tisch zu reservieren, habe die Beklagte berechnigt, ihr Fahrzeug für etwa eine Stunde auf dem Gästeparkplatz abzustellen, wäre es dem Restaurantbetreiber (= unmittelbaren Besitzer) nicht mehr möglich, Besitzstörungen ausserhalb der Öffnungszeiten des Restaurants abzuwehren.»

⁷⁵ Vgl. besonders deutlich Obergericht Zürich, Urteil vom 31. Oktober 2012, RU120047, E. 3.5: «Ebenso wenig existiert eine Pflicht, eine Stunde lang zuzuwarten, bevor der Abschleppdienst gerufen wird.»; zur identischen Rechtslage in Deutschland STAUDINGER-GUTZEIT (FN 11), BGB 858 N 49, PALANDT-BASSENGE (FN 11), BGB 859 N 4 und AG München, Urteil vom 11. Mai 2001 – 163 C 1561/01, NJW-RR 2002, 200.

⁷⁶ STAUDINGER-GUTZEIT (FN 11), BGB 858 N 49.

⁷⁷ Vgl. AG München, Urteil vom 17. Dezember 2013 – 432 C 26005/13, BeckRS 2014, 06028: «Ausdrücklich wird darauf hingewiesen, dass das Ausrufen eines Pkws bzw. dessen Fahrers nicht immer verlangt werden kann, sondern in begründeten Fällen unterbleiben kann. Beispielsweise wird man in Krankenhäusern derartige Durchsagen unter Berücksichtigung des Wohls von Patienten häufig nicht erwarten können. In Supermärkten dagegen werden derartige Durchsagen grundsätzlich nicht als ernsthaft störend empfunden werden können. Sie könnten vielmehr sogar einen spezial- und/oder generalpräventiven Effekt nach sich ziehen, der zur Verminderung widerrechtlichen Parkens beitragen könnte.»; vgl. JANSSEN (FN 54), NJW 1995, 625; vgl. BGE 85 IV 4 ff., 6: «Diese Bestimmung gewährt dem Besitzer kein allgemeines Gewaltrecht, sondern gestattet ihm die Gewaltanwendung nur soweit, als sie erforderlich ist zur Wahrung des ungestörten Besitzesstandes (...). Das will zwar nicht heissen, dass im vorliegenden Fall der Beschwerdeführer zunächst obrigkeitliche Hilfe hätte anrufen müssen. Dagegen wäre er verpflichtet gewesen, bevor er zur Selbsthilfe schritt, Koch zur Entfernung der auf seinem Grund und Boden eingelassenen Pfosten aufzufordern.»; Obergericht Zürich, Urteil vom 24. September 2013, PE130002, E. 3.9 zu einem Fall, bei dem der Störer klar feststand: «Zudem hätte der Beschwerdegegner den Beschwerdeführer zumindest vorgängig auffordern können, die Leitplanken zu entfernen. Die umgehende Entsorgung der Leitplanken erwies sich damit als unverhältnismässig.»

⁷⁸ Die Handlung ist nicht dringlich und damit nicht geboten, wenn man den Geschäftsherrn problemlos vorgängig kontaktieren kann (vgl. ZK-SCHMID (FN 26), OR 422 N 15).

heit⁷⁹ bejahen. Dagegen sprechen die general- und spezialpräventive Effizienz des Abschleppvorgangs sowie die drohende Verwässerung der Eigentums- und Besitzrechte an Parkplätzen. Unseres Erachtens ist es eindeutig unzumutbar, anhand eines Nummernschildes via Fahrzeughalter oder anhand einer auf dem Fahrzeug aufgedruckten Telefonnummer einen Falschparker auffindig zu machen. Weiss man hingegen, wo der Falschparker wohnt, wäre eine Kontaktnahme vielleicht empfehlenswert – *doch ist sie auch notwendig?* Zumutbar ist eine Kontaktnahme nur, wenn sie schnell und unkompliziert möglich ist und mit hoher Wahrscheinlichkeit Erfolg verspricht. So hat das Amtsgericht München den Kostenersatz davon abhängig gemacht, dass das Einkaufszentrum vorgängig die Autonummer eines Dauerparkers ausrufen lässt.⁸⁰ Das Amtsgericht Buxtehude hat entschieden, dass ein Parkplatzberechtigter, der mit Sicherheit davon ausgehen konnte, dass sich der Falschparker im benachbarten Fitnesscenter aufhält, dort vorgängig nachfragen müsse.⁸¹ Nur wer also *exakt weiss*, wo sich *in unmittelbarer Nähe* der Falschparker aufhält oder dessen *Telefonnummer bereits kennt*, ist unseres Erachtens aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips angehalten, diesen vorgängig zu kontaktieren und zur sofortigen Wegschaffung des Fahrzeugs anzuhalten. Dabei darf der zusätzliche Aufwand nur *wenige Minuten* betragen.

[Rz 23] *Wie ist der Fall zu beurteilen, da der Falschparker dies alles schon weiss und deshalb unter die Windschutzscheibe seine Mobiltelefonnummer hinschreibt mit dem Vermerk, auf Anruf hin das Fahrzeug umgehend wegzuschaffen?* Im Lichte der obigen Überlegungen müsste man den Abschleppvorgang ohne vorgängige Kontaktnahme als unverhältnismässige Gewalt betrachten. Berücksichtigt man indes die Folgenerwägung, dass man so auf Kosten der Berechtigten überall risikolos parkieren könnte, bleibt ein ungutes Gefühl zurück. Die deutsche Rechtsprechung zur Abschlepppraxis *auf öffentlichem Grund* – nur diesbezüglich existieren eindeutige Judikate⁸² – verlangt deshalb nur dann eine Kontaktnahme, wenn kumulativ die *Mobiltelefonnummer*, der *gegenwärtige, konkrete Standort in unmittelbarer Nähe* und die *sofortige Bereitschaft zum Umparken* aus dem Zettel hinter der Windschutzscheibe im Fahrzeug klar hervorgehen.⁸³ Diese Kriterien, die im Zweifelsfalle von einer Kontaktaufnahme gänzlich dispensieren, könnten auch zur Gebotenheit bei der GoA und zur Verhältnismässigkeit bei der Selbsthilfe passen. Unter dem Strich stösst indes sauer auf, dass ein vorsätzlicher Falschparker den Berechtigten unter dem Titel der Verhältnismässigkeit zu einer Kontaktnahme zwingt und so in den Genuss eines Gratis-Parkplatzes mitsamt Schutz vor Rechtsverfolgung kommt. Die deutsche Rechtsprechung zu denzetteln hinter den Windschutzscheiben wirkt deshalb verfehlt und verdient volle Ablehnung. Wer sich darauf

⁷⁹ AG Buxtehude, Urteil vom 9. Oktober 2013 – 31 C 496/13, BeckRS 2014, 06027.

⁸⁰ AG München, Urteil vom 17. Dezember 2013 – 432 C 26005/13, BeckRS 2014, 06028 .

⁸¹ AG Buxtehude, Urteil vom 9. Oktober 2013 – 31 C 496/13, BeckRS 2014, 06027.

⁸² Das Obergericht des Kantons Zürich ging auf ein entsprechendes Vorbringen aus prozessualen Gründen nicht ein, vgl. Obergericht Zürich, Urteil vom 31. Oktober 2012, RU120047, E. 3.5 (Falschparker mit Schild im Fahrzeug, wonach er das Fahrzeug auf telefonische Benachrichtigung hin sofort umparke); in Deutschland existieren widersprüchliche Urteile, vgl. AG Erkelenz, Urteil vom 16. Januar 2007 – 6 C 446/06, NZV 2007, 467 (Pflicht zu Kontaktnahme bei Angabe der Telefonnummer hinter der Windschutzscheibe des Fahrzeugs bejaht) und AG Aachen, Entscheidung vom 7. Mai 2003 – 5 C 137/03, BeckRS 2005, 07097 (Pflicht verneint).

⁸³ VGH Kassel, Beschluss vom 5. März 2014 – 8 D 2361/13, BeckRS 2014, 49987, E. II.1: «Die – nach Angabe des Klägers erfolgte – Hinterlegung der Handynummer im Auto allein genügt nach gefestigter Rechtsprechung als Anstoss zu Nachforschungen nicht, weil sie keinen Hinweis auf die Erreichbarkeit des Fahrers in der näheren Umgebung und seine Bereitschaft gibt, das Fahrzeug umgehend zu entfernen. Einen Nachforschungsversuch «ins Blaue» hinein musste der Bedienstete wegen der ungewissen Erfolgsaussichten und der nicht abzusehenden weiteren Verzögerungen nicht unternehmen (OVG Hamburg, Urteil vom 25. März 2003, a. a. O., Rdnr. 27).»

beruft, verhält sich unseres Erachtens rechtsmissbräuchlich – dies umso deutlicher, als ein noch restriktiverer Bundesgerichtsentscheid zum *öffentlichen Halteverbot* in der Schweiz existiert, der *überhaupt keine Kontaktnahme* vorsieht.⁸⁴

3.5. Aufbewahrung des Fahrzeugs

[Rz 24] *Muss man das abgeschleppte Fahrzeug aufbewahren oder kann man es einfach irgendwo abstellen?* Wer ein fremdes Fahrzeug abschleppt, muss sorgfältig und verhältnismässig vorgehen, ansonsten er für Beschädigungen am Fahrzeug aus Art. 41 Abs. 1 OR haftbar wird. Der Parkplatzberechtigte muss für den von ihm beauftragten Abschleppunternehmer nicht aus Art. 55 Abs. 1 OR haften, weil kein Subordinationsverhältnis besteht. Der Abschleppunternehmer haftet aus Art. 41 Abs. 1 OR direkt gegenüber dem Falschparker für unnötige, durch die Selbsthilfe nicht gedeckte Schädigungen. Denkbar wären auch Klagen des Falschparkers gegen das Abschleppunternehmen aus Vertrag zugunsten Dritter, Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter oder Drittschadensliquidation, so man diese Figuren akzeptiert.⁸⁵ Fällt der Abschleppvorgang unter die GoA (Art. 419 ff. OR), so haftet der Geschäftsführer für jede Fahrlässigkeit (Art. 420 Abs. 1 OR). Vermeidbare Schäden am Fahrzeug selbst fallen ohne Zweifel unter die Ersatzpflicht, doch wie verhält es sich mit weiteren Parkbussen oder den Kosten für die Selbsthilfe anderer Grundeigentümer, falls der Abschleppunternehmer das Fahrzeug einfach auf öffentlichem oder privatem Grund abstellt? Da sich Parkbussen primär⁸⁶ und die zivilrechtliche Selbsthilfe stets gegen den Falschparker richten, muss der Abschleppunternehmer selbst als Falschparker für die von ihm auf diese Weise verursachten Kosten direkt aufkommen.

III. Vorbeugende Instrumente: Das gerichtliche Parkverbot

1. Wesen des Parkverbots

[Rz 25] Unberechtigtes Parken auf fremdem Grund lässt sich mit Selbsthilfe und den Klagen aus Eigentum und Besitz nicht immer adäquat beseitigen. Die Selbsthilfe kommt aufgrund des Erfordernisses der sofortigen Reaktion häufig zu spät und der Parkplatz ist bei Klageeinleitung meist schon längst wieder frei, was das Klageinteresse dahinfallen lässt.⁸⁷ Das gerichtliche Verbot gemäss Art. 258 Abs. 1 Zivilprozessordnung (ZPO) bietet deshalb ein vorbeugendes Instrument gegen Falschparker, um das Problem des nachgeschalteten und oft zu spät kommenden Rechtsschutzes

⁸⁴ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_364/2007 vom 11. Juni 2008, E. 3.4-3.6; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 2P.192/2000 vom 29. November 2000, E. 2b.

⁸⁵ Vertrag zugunsten Dritter bejaht in BGH, Urteil vom 11. Juli 1978 – VI ZR 138/76, NJW 1978, 2502 ff., 2503; Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter wegen fehlender Schutzbedürftigkeit des Falschparkers verneint in BGH, Urteil vom 18. Februar 2014 – VI ZR 383/12, SVR 2014, 298 ff., 299 – gerade dieser Fall zeigt, dass man die Schutzbedürftigkeit in der Schweiz bejahen könnte, da ein Verwahrungsverhältnis wie im zitierten Entscheid nicht zwingend entstehen muss; das Bundesgericht anerkennt die Figur des *Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* indes nicht (BGE 130 III 345 ff., 347 f.).

⁸⁶ Vgl. Art. 6 Abs. 4 OBG; solange man den Fahrzeugführer ermitteln kann, muss der Halter für die Busse nicht aufkommen (vgl. Art. 6 Abs. 1 und Abs. 5 OBG).

⁸⁷ Dann besteht kein schutzwürdiges Klageinteresse gemäss Art. 59 Abs. 1 lit. a ZPO mehr. Ausgenommen sind in diesem Zusammenhang die Fälle von Unterlassungs- beziehungsweise Schadenersatzklagen, vgl. SCHWANDER (FN 73), ZPO 258 N 2.

zu lindern.⁸⁸

[Rz 26] Das gerichtliche Verbot besteht in einer an die Allgemeinheit⁸⁹ gerichteten und auf ein konkretes Grundstück bezogenen Verfügung,⁹⁰ jede künftige Besitzesstörung zu unterlassen. Im Widerhandlungsfalle kann der Richter auf entsprechenden Antrag hin eine Busse bis zu Fr. 2'000 aussprechen (Art. 258 Abs. 1 ZPO). Damit sollen sich Berechtigte vorbeugend gegen unzulässige Eingriffe schützen können.⁹¹ Der französische Text suggeriert durch die Wortwahl das Erfordernis eines *Wiederholungsfalls* («...en cas de récidive...»), doch muss in Übereinstimmung zum italienischen und deutschen Text schon die erste Widerhandlung gegen das richterliche Verbot die Strafe auslösen.⁹²

[Rz 27] Das gerichtliche Verbot stellt eine antizipierte allgemeine Vollstreckungsanordnung mit Strafcharakter⁹³ dar und tritt zum zivilrechtlichen Besitzschutz nach Art. 926 ff. ZGB bzw. Art. 52 Abs. 3 OR hinzu.⁹⁴ Es dient der zwangsweisen Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche und ermöglicht im Widerhandlungsfalle die Ausfällung einer Busse. Es verwundert daher nicht, dass der Vorentwurf der Schweizerischen Zivilprozessordnung von einem «*Besitzschutz unter Strafandrohung*» spricht.⁹⁵ Die Regelung des gerichtlichen Verbots in Art. 258-260 ZPO stellt aufgrund ihres stark verwaltungs- bzw. strafrechtlichen Charakters deshalb einen eigentlichen Fremdkörper im Zivilprozessrecht dar, deren Ursprung in diversen altrechtlichen kantonalen Zivilprozessordnungen zu finden ist.⁹⁶

⁸⁸ Vgl. auch ZR 2013, Nr. 5, 34 ff., 36 f.

⁸⁹ Es ist eine zentrale Charakteristik des gerichtlichen Verbots nach Art. 258 ff. ZPO, dass sich die Massnahme nicht gegen eine bestimmte Person, sondern gegen die Allgemeinheit richtet. Es ist deshalb auch nicht zulässig, mit dem gerichtlichen Verbot ein kontradiktorisches Zweiparteienverfahren zu umgehen, um explizit oder faktisch nur *einen einzigen Störer* zu erfassen (ZR 2013, Nr. 5, 37; ZR 2010, Nr. 46, 166 ff., 167, m.w.H.).

⁹⁰ D.h. eine «generell-konkrete» Anordnung, um die Begrifflichkeit des allgemeinen Verwaltungsrechts zu verwenden (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich 2010, N 923 ff. und Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5990/2014 vom 8. Juni 2015, E. 1.1).

⁹¹ SCHWANDER (FN 73), ZPO 258 N 2; TARKAN GÖKSU, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. A., Zürich 2013, ZPO 258 N 1.

⁹² SCHWANDER (FN 73), ZPO 258 N 6.

⁹³ Vgl. schon BGE 94 II 348 ff., 352, E. 2, m.w.H.; siehe auch ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, § 21 N 59.

⁹⁴ LUCA TENCHIO/KRISTINA TENCHIO, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A., Basel 2013 (zit. BSK-Verfasser), ZPO 258 N 1, m.w.H.

⁹⁵ Vgl. Art. 271 ff. des Vorentwurfes der Expertenkommission für eine Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) vom Juni 2003. Um eine Verwechslung mit dem zivilrechtlichen Besitzschutz zu vermeiden, wurde die Bezeichnung gestützt auf die Vernehmlassungsergebnisse im Anschluss in «Gerichtliches Verbot» abgeändert (vgl. die Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum VE-ZPO, 2004, 679 f.; Vorentwurf und Vernehmlassung sind abrufbar unter: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/archiv/zivilprozessrecht.html>).

⁹⁶ Vgl. bspw. § 225 aZPO/ZH, § 309 ff. aZPO/AG, § 166 aZPO/TG oder Art. 226 aZPO/UR; siehe auch Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BB1 2006 7221 ff., 7353 (zit. «Botschaft ZPO») und ISAAK MEIER, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im schweizerischen Privatrecht und Zivilverfahrensrecht, Habil. Zürich 1983, 119.

2. Zulässiger Inhalt des gerichtlichen Verbots

[Rz 28] Ob das private Verbot sich auch auf private Grundstücke beziehen kann, die unter das SVG fallen, ist strittig.⁹⁷ Art. 258 Abs. 1 ZPO erlaubt dem an einem Grundstück dinglich Berechtigten, jede Besitzesstörung untersagen zu lassen. Die Botschaft erachtet jede denkbare Formulierungen für Störungen, wie beispielsweise «*Betreten verboten*», das hier interessierende «*Parkverbot*» oder auch «*Fussballspielen verboten*» als schutzwürdig und lässt zudem auch eine abstrakte Fassung wie z.B. «*Verboten ist jede Störung*» gelten.⁹⁸ Eine abstrakte Formulierung erachtet die Lehre allerdings unter Berufung auf den Bestimmtheitsgrundsatz⁹⁹ und den Grundsatz «*nulla poena sine lege*»¹⁰⁰ als zumindest problematisch¹⁰¹ oder gar unzulässig.¹⁰² Ein gerichtliches Verbot kann auch örtlich auf nur einen Teil des betroffenen Grundstücks oder zeitlich beschränkt sein (Beispiel: «*Parkieren zwischen 07.00 – 19.00 Uhr verboten*»). Die Lehre ist sich aber darin einig, dass ein allgemeines Parkverbot zulässig und genügend bestimmt ist.¹⁰³

[Rz 29] Die einzig zulässige Rechtsfolge bei Verstoss gegen ein gerichtliches Verbot liegt gemäss Art. 258 Abs. 1 ZPO – sofern der erforderliche Strafantrag vorliegt – in der Bestrafung mit einer Busse von bis zu maximal Fr. 2'000. Die Strafandrohung ergibt sich nicht etwa aus Art. 292 StGB, der nur auf individuell-konkrete Verhaltensanweisungen Anwendung findet,¹⁰⁴ sondern direkt aus Art. 258 Abs. 1 ZPO.¹⁰⁵ Für die zusätzliche oder gar ausschliessliche Androhung des kostenpflichtigen Abschleppens eines widerrechtlich auf Privatgrund geparkten Fahrzeugs lässt Art. 258 ZPO

⁹⁷ Zur Streitfrage und Abgrenzung von öffentlichen und privaten Verkehrs- und Parkflächen vgl. die leidenschaftlich geführte Diskussion zwischen MATTHIAS PFAU/AHMET BIRGUEL, Das gerichtliche Parkverbot, Jusletter 1. Juli 2013, N 4 ff., N 24 ff., MATTHIAS PFAU/AHMET BIRGUEL, Das gerichtliche Verbot und das Strassenverkehrsrecht, Jusletter 23. September 2013, passim (kein privates Verbot auf Flächen, die unter das SVG fallen) und RAPHAEL KRAEMER, Das gerichtliche Verbot und das Strassenverkehrsrecht, Jusletter 8. Juli 2013, ebenfalls passim, der private Verbote auch für private Flächen zulässt, die unter das SVG fallen. Eine vermittelnde Position vertritt CHRISTOPH J. ROHNER, Schutz von Verkehrsflächen im Privateigentum, insbesondere Parkplätzen, Strassenverkehr 4/2014, 65 ff., 70. Das Bundesgericht hat den Ausschluss des Erlasses eines richterlichen Park- und Fahrverbots im Sinne des Art. 258 ZPO für eine im Privateigentum stehende, der Öffentlichkeit gewidmete Strasse in Urteil des Bundesgerichts 5A_348/2012 vom 15. August 2012, E. 4 geschützt.

⁹⁸ Botschaft ZPO, BBl 2006, 7353.

⁹⁹ Dazu BGE 130 I 1 ff., 5, E. 3.1, m.w.H.

¹⁰⁰ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_116/2011 vom 18. Juli 2011, E. 3.1.

¹⁰¹ BSK-TENCHIO/TENCHIO (FN 94), ZPO 258 N 4, m.w.H.; sowie ausführlich SCHWANDER (FN 73), ZPO 258 N 4 (bspw. für den Fall des regelmässigen und langdauernden Herumstehens diskutierender, rauchender und trinkender Gruppen auf dem Besucherparkplatz einer grösseren Liegenschaft).

¹⁰² GÖKSU (FN 91), ZPO 258 N 19 sowie INGRID JENT-SØRENSEN, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, 2. A., Basel 2014, ZPO 258-260 N 4 (zit. KUKO-JENT-SØRENSEN).

¹⁰³ Statt vieler BK-ANDREAS GÜNGERICH, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, ZPO 258 N 12 ff. (zit. BK-GÜNGERICH).

¹⁰⁴ Die Anwendbarkeit nur bei individuell-konkreten Anweisungen sowie die fehlende Anwendbarkeit auf Allgemeinverfügungen halten BSK-CHRISTOF RIEDO/BARBARA BONER, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wi-prächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 3. A., Basel 2013, StGB 292 N 63 f., 72 f. deutlich fest; ebenso schon URS WUFFLI, Die Strafbarkeit der Missachtung eines allgemeinen Verbotes im Sinne der §§ 309 ff. der neuen aargauischen Zivilprozessordnung vom 18. Dezember 1984, SJZ 1988, 230 ff., 230 f.; zum Charakter des gerichtlichen Verbots vgl. GÖKSU (FN 91), ZPO 285 N 20: «*Mit dem gerichtlichen Verbot nach Art. 258 ZPO kann nur ein allgemeines Verbot, also ein an jede Person gerichtetes Verbot, durchgesetzt werden; das Verbot wirkt demnach wie eine Allgemeinverfügung generell-konkret (...).*»

¹⁰⁵ Gl.M. BSK-TENCHIO/TENCHIO (FN 94), ZPO 258 N 23a; GÖKSU (FN 91), ZPO 258 N 24; BK-GÜNGERICH (FN 103), ZPO 258 N 20; a.M. SCHWANDER (FN 73), ZPO 258 N 5 sowie (ohne Begründung oder Entscheidrelevanz) Obergericht Zürich, II. Zivilkammer, Beschluss vom 20. Dezember 2012, Geschäfts-Nr. LF120031-O/U, E. A.

keinen Raum.¹⁰⁶ Die Kompetenz für entsprechende Anordnungen auf öffentlichem Grund bleibt einzig den zuständigen Verwaltungsbehörden vorbehalten.¹⁰⁷ Allfällige private, auf kantonalem Recht ergangene Abschleppanordnungen sind unter dem Regime der Schweizerischen Zivilprozessordnung nicht mehr durchsetzbar (strittig).¹⁰⁸

3. Prozessuales

[Rz 30] Das Gesuch um Erlass eines gerichtlichen (Park-)verbots ist ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit.¹⁰⁹ Es ist das summarische Verfahren anwendbar (Art. 248 lit. c/e ZPO). Örtlich ist zwingend das Gericht an dem Ort zuständig, an dem das Grundstück im Grundbuch aufgenommen ist (Art. 29 Abs. 4 ZPO). Funktionell ist im Kanton Zürich das Einzelgericht am Bezirksgericht zuständig (§ 24 lit. c GOG/ZH).

[Rz 31] Gemäss Art. 258 Abs. 1 ZPO kann nur der an einem Grundstück dinglich Berechtigte ein Gesuch um Erlass eines gerichtlichen Verbots stellen. Damit ist klar, dass rein obligatorisch an einem Grundstück Berechtigte, wie z.B. der Mieter eines Parkplatzes, kein entsprechendes Gesuch stellen können. Allerdings ist nicht ausgeschlossen, dass ein entsprechend bevollmächtigter Mieter unter Vorbehalt von Art. 68 ZPO *in Vertretung* des Vermieters und gleichzeitig dinglich Berechtigten ein Gesuch um Erlass eines gerichtlichen Verbots stellt.¹¹⁰ Rein obligatorisch und nicht mit Vollmacht ausgestattete Berechtigte bleiben mangels Aktivlegitimation im Sinne von Art. 258 Abs. 1 ZPO auf die in Abschnitt II (Rz. 2-24) genannten Instrumente verwiesen.¹¹¹

[Rz 32] Legitimiert sind somit sicherlich der Eigentümer eines Grundstücks sowie der Dienstbarkeitsberechtigte, sofern er in seinen Rechten beschränkt wird.¹¹² Da sich das gerichtliche Verbot nach Art. 258 ff. ZPO rechtsdogmatisch aus dem Besitzschutz nach Art. 926 ff. ZGB ableitet,¹¹³ reicht es zur rechtsgenügenden Legitimation aus, wenn nur ein Gesamt- oder Miteigentümer des Grundstücks das Gesuch nach Art. 258 Abs. 1 ZPO stellt,¹¹⁴ weil diese auch zur Erhebung der

¹⁰⁶ Gl.M. SCHWANDER (FN 73), ZPO 258 N 7.

¹⁰⁷ Vgl. § 41 lit. a PolG/ZH: «Die Polizei darf (...) Fahrzeuge (...) von einem Ort fernhalten, wegschaffen oder wegschaffen lassen, wenn sie (a.) vorschriftswidrig auf öffentlichem Grund abgestellt sind, (...)» i.V.m. § 42 Abs. 1 PolG/ZH: «Die Massnahme wird der betroffenen Person angedroht. In dringenden Fällen kann von der Androhung abgesehen werden.»

¹⁰⁸ Vgl. zur übergangsrechtlichen Problematik der noch unter dem alten kantonalen Recht vereinzelt ergangenen «Auto-Abschleppanordnungen» die zusammenfassende und den Stand der herrschenden Lehre wiedergebende Darstellung bei BSK-TENCHIO/TENCHIO (FN 94), ZPO 258 N 25, m.w.H.

¹⁰⁹ Urteil des Bundesgerichts 6B_116/2011 vom 18. Juli 2011, E. 3.3, m.w.H.; ZR 2013, Nr. 5, 34 ff., 34; PFAU/BIRGUEL (FN 97), Jusletter 1. Juli 2013, N 12.

¹¹⁰ Denkbar ist zum Beispiel der Fall, dass ein entsprechend bevollmächtigter Arzt in Vertretung des Vermieters der Praxisräumlichkeiten ein Gesuch um Erlass eines gerichtlichen Verbots stellt, um so die mitgemieteten Parkplätze ständig seinen Patienten zur Verfügung halten zu können.

¹¹¹ Besonders ist in diesem Zusammenhang zu erwähnen, dass nach Art. 271 VE-ZPO (vgl. FN 95) noch jeder Besitzer ein Verbot beantragen konnte: «Die Besitzerin oder der Besitzer eines Grundstückes kann beim Gericht beantragen, dass jede Besitzesstörung zu unterlassen ist (...)»; der Rechtsschutz ging damit erheblich weiter. Gründe für die spätere Legitimationseinschränkung sind aus den Materialien nicht ersichtlich.

¹¹² BGE 94 II 348 ff., 351, E. 1; vgl. weiterführend GÖKSU (FN 91), ZPO 258 N 7 ff., m.w.H.

¹¹³ BGE 94 II 348 ff., 350, E. 1; ZR 1999, Nr. 45, 204 ff., 207.

¹¹⁴ Urteil des Bundesgerichts 6B_880/2013 vom 27. Februar 2014, E. 3: «Antragsberechtigt ist die verletzte Person (Art. 30 Abs. 1 StGB). Bei den Besucherparkplätzen handelt es sich um einen gemeinschaftlichen Teil, welcher im Miteigentum sämtlicher Stockwerkeigentümer steht. In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass im Fall von Miteigentum jeder Miteigentümer einzeln berechtigt ist, den Erlass eines gerichtlichen Verbotes im Sinne von Art. 258 ZPO zu beantragen (...). Nach Art. 641 Abs. 2 ZGB hat der Eigentümer

Rechtsbehelfe nach Art. 926 ff. ZGB je einzeln legitimiert sind.¹¹⁵

[Rz 33] Das zuständige Gericht hat im Verfahren um Erlass eines gerichtlichen Verbots lediglich zu prüfen, ob der Gesuchsteller (i) seine dingliche Berechtigung ausreichend mit Urkunden beweisen sowie (ii) eine bestehende oder drohende Störung glaubhaft machen kann (Art. 258 Abs. 2 ZPO). Da es sich beim gerichtlichen Verbot um einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt,¹¹⁶ muss das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellen (Art. 255 lit. a ZPO). Aufgrund der klaren Beweislastverteilung in Art. 258 Abs. 2 ZPO trifft den Gesuchsteller – trotz Geltung des Untersuchungsgrundsatzes – eine besondere *Mitwirkungspflicht*. Kommt er dieser nicht ausreichend nach, weist das Gericht das Gesuch ab.¹¹⁷

[Rz 34] Der Gesuchsteller muss seine dingliche Berechtigung beweisen. Dafür ist ein beglaubigter Auszug aus dem Grundbuch erforderlich, der praxisgemäss nicht älter als ein Jahr sein darf.¹¹⁸ Verschiedentlich verlangen die zürcherischen Gerichte einen Auszug, der über eine eigentliche Eigentümerauskunft hinausgeht und zusätzlich die dinglichen Belastungen und insbesondere die auf dem Grundstück lastenden *Dienstbarkeiten* ausweist. Die Kosten für einen entsprechenden Auszug können sich je nach den benötigten Seiten im Rahmen von Fr. 30 bis ca. Fr. 150 bewegen.¹¹⁹ Weiter muss der Gesuchsteller die drohende oder bereits bestehende Störung glaubhaft machen. Es besteht diesbezüglich keine Beweismittelbeschränkung (Art. 254 Abs. 2 lit. c ZPO). Wichtig ist, dass das Gesuch auch in Bezug auf die drohende oder bestehende Störung eine ausreichende Begründung und Substantiierung enthält (Art. 219 i.V.m. Art. 221 Abs. 1 lit. d/e ZPO). Dazu gehören mindestens Ausführungen darüber, wer auf welche Weise stört oder zu stören droht.¹²⁰ Das Gericht muss sich ein Bild von Art und Umfang der Störung machen können.¹²¹ Beim Gesuch um Erlass eines Parkverbots sollte die Begründung einer drohenden Störung durch unzulässig abgestellte Fahrzeuge ein Leichtes sein, besonders wenn die mit einem Parkverbot zu belegenden Parkplätze in Kern- bzw. Zentrumszonen liegen, an eine öffentliche Strasse angrenzen oder vom öffentlichen Grund her einsehbar sind.

[Rz 35] Sind die Voraussetzungen erfüllt, verfügt das zuständige Gericht das gerichtliche Verbot.¹²² Dieses ist – i.d.R. auf erstes Verlangen des Gesuchstellers – öffentlich bekannt zu machen und auf dem Grundstück an gut sichtbarer Stelle anzubringen (Art. 259 ZPO, sog. «*doppelte Publizität*»).

einer Sache das Recht, jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren (Eigentumsfreiheitsklage, «actio negatoria»). Zur Klage legitimiert ist auch der Miteigentümer oder der Stockwerkeigentümer, und zwar sowohl gegen einen anderen Miteigentümer als auch gegen einen Dritten.»; ZR 1977, Nr. 67, 170 ff., 171; gl.M. BSK-TENCHIO/TENCHIO (FN 94), ZPO 258 N 13 und KUKO-JENT-SØRENSEN (FN 102), ZPO 258-260 N 2, m.w.H.

¹¹⁵ ZR 2014, Nr. 18, 57 ff., 62, m.w.H.; ZR 1988, Nr. 131, 311 ff., 312, m.w.H.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (FN 13), N 214a ff.

¹¹⁶ Vgl. oben FN 109.

¹¹⁷ BK-GÜNGERICH (FN 103), ZPO 258 N 9.

¹¹⁸ Vgl. die Checkliste Gerichtliches Verbot (Art. 258-260 ZPO) der Gerichte Zürich, Internet: <http://www.gerichte-zh.ch/themen/verbot.html>.

¹¹⁹ § 1 i.V.m. Anhang Ziff. 5 NotGebV/ZH.

¹²⁰ Checkliste Gerichtliches Verbot (FN 118), 2.

¹²¹ ZR 2013, Nr. 5, 34 ff., 34.

¹²² Der Entscheid ist wohl vollstreckbar, erwächst aber – unabhängig davon, ob es Einsprachen gemäss Art. 260 ZPO gibt oder nicht (ZR 2013, Nr. 5, 34 ff., 34 f.) – nicht in materielle Rechtskraft (Urteil des Bundesgerichts 6B_116/2011 vom 18. Juli 2011, E. 3.3, m.w.H.; ZR 2010, Nr. 46, 166 ff., 166). Dies hat zur Folge, dass die Anordnung jederzeit abänderbar (Art. 256 Abs. 2 ZPO) und deren Rechtmässigkeit auch noch in einem späteren Strafverfahren vorfrageweise überprüfbar ist. An der materiellen Rechtslage ändert sich durch Erlass eines gerichtlichen Verbots im Übrigen nichts (BSK-TENCHIO/TENCHIO (FN 94), ZPO 260 N 1).

Fehlt das eine oder das andere, so ist das Verbot unwirksam.¹²³ Das jeweils zuständige Gemeindebeziehungsweise Stadtammannamt hat die Publikation und Montage der örtlichen Hinweistafeln vorzunehmen (§ 147 Abs. 1 lit. a GOG/ZH). Als öffentliches Publikationsorgan dient das kantonale Amtsblatt.

[Rz 36] Für die Kosten des Verfahrens mitsamt öffentlicher Bekanntmachung muss der Gesuchsteller aufkommen. Der gerichtliche Kostenrahmen beträgt im Kanton Zürich Fr. 300 bis Fr. 7'000 (§ 8 Abs. 4 GebV OG). Erfahrungswerte zeigen, dass die Gerichte für gerichtliche Parkverbote je nach benötigtem Zeitaufwand, der Anzahl betroffener Liegenschaften und der Schwierigkeit des Falles i.d.R. Gebühren in Höhe von Fr. 250 bis Fr. 3'000 verlangen. Für die Publikation und Signalisation durch das Stadtammann- bzw. Gemeindeammannamt fallen nochmals Gebühren in der Höhe von ca. Fr. 500 sowie Kosten für die Herstellung des Schildes von ca. Fr. 350/Stück an.¹²⁴

[Rz 37] Das Gericht bewilligt das Verbot auf einseitiges Gesuch hin, ohne über allfällige bessere Rechte Dritter zu entscheiden. Es gibt keine Gegenpartei und das Gericht hört mögliche Betroffene vorgängig nicht an,¹²⁵ doch kann *jedermann* gegen das Verbot innert einer 30-tägigen Frist seit dessen vollständiger Publikation Einsprache gemäss Art. 260 Abs. 1 ZPO erheben. Sie ist an das Gericht, welches das gerichtliche Verbot erlassen hat, zu richten. Zur Einsprache legitimiert ist – unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs – jedermann. Bei der Einsprache handelt es sich um einen mit dem Rechtsvorschlag nach Art. 74 Abs. 1 Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) stark verwandten Rechtsbehelf.¹²⁶ Der Rechtsvorschlag des Schuldners vermag ohne Begründung die einseitig eingeleitete Betreibung zu stoppen (Art. 78 Abs. 1 SchKG). Sodann muss der Gläubiger handeln (vgl. Art. 79 ff. SchKG). Genauso bewirkt die Erhebung der Einsprache ebenfalls ohne Begründungserfordernis (Art. 260 Abs. 1 ZPO i.f.) unmittelbar die Unwirksamkeit des Verbots. Die Unwirksamkeit zeigt allerdings nur gegenüber der einsprechenden Person Wirkung (Art. 260 Abs. 2 ZPO). Der Gesuchsteller muss darauf gegen die einsprechende Person klagen, um deren Einsprache zu beseitigen und um das Verbot auch ihr gegenüber durchsetzen zu können.¹²⁷

4. Hinweise für die Praxis

[Rz 38] Das Bundesamt für Justiz¹²⁸ und auch die Zürcher Gerichte¹²⁹ stellen ein Musterformular für ein Gesuch um Erlass eines gerichtlichen Verbots zur Verfügung. Gestützt darauf lässt sich für

¹²³ Botschaft ZPO, BBl 2006, 7353.

¹²⁴ Internet: https://www.stadt-zuerich.ch/portal/de/index/politik_u_recht/stadtammann-_undbetreibungsaeemter/stadtammannamt/verbot.html.

¹²⁵ PFAU/BIRGUEL (FN 97), Jusletter 1. Juli 2013, N 8 Fn. 21; vgl. auch Botschaft ZPO, BBl 2006, 7353.

¹²⁶ Botschaft ZPO, BBl 2006, 7353.

¹²⁷ Dabei wird regelmässig das Begehren gestellt werden müssen, dass der einsprechenden Person unter Strafandrohung zu verbieten sei, die durch das gerichtliche Verbot verbotene Tätigkeit vorzunehmen und die diesbezügliche Einsprache aufzuheben sei (ähnlich: BSK-TENCHIO/TENCHIO (FN 94), ZPO 260 N 6 und GÖKSU (FN 91), ZPO 260 N 6, der es allerdings bei einem Unterlassungsbegehren gestützt auf Art. 928 bzw. Art. 641 Abs. 2 ZGB bewenden lässt und keine Beseitigung der Einsprache im Rechtsbegehren thematisiert). Die Klage ist im ordentlichen (oder u.U. im vereinfachten) Verfahren zu behandeln (BK-GÜNGERICH (FN 103), ZPO 260 N 8). Liegt ein klarer Fall i.S.v. Art. 257 ZPO vor, kann das summarische Verfahren zur Anwendung kommen (Art. 248 lit. b ZPO); vgl. zum Ganzen WOLFGANG ERNST, Possessorischer Besitzesschutz und eidgenössischer Zivilprozess, recht 2011, 101 ff.

¹²⁸ Internet: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/publiservice/service/zivilprozessrecht/parteingabenformulare/gesuch-gerichtlichesverbot-d.pdf>.

¹²⁹ Internet: <http://www.gerichte-zh.ch/themen/verbot.html>.

ein gerichtliches Parkverbot folgendes Musterrechtsbegehren stellen:

1. *Es sei für die Liegenschaft [Adresse, Postleitzahl, Ort], Grundbuchblatt [...], Kataster-Nr. [...] ein gerichtliches Verbot mit folgendem Wortlaut zu erlassen:*
«Unberechtigten wird [jeweils montags bis freitags von 07.00 Uhr bis 19.00 Uhr] das Führen und Parkieren von Fahrzeugen aller Art auf der Liegenschaft [Adresse, Postleitzahl, Ort], Grundbuchblatt[...], Kataster-Nr. [...] verboten.
[Dieses Verbot gilt befristet vom [tt.mm.jjjj] bis und mit [tt.mm.jjjj].]
Berechtigt sind nur [die Mieter auf den ihnen zugewiesenen Parkplätzen, Besucher der Mieter auf den als Besucherparkplätzen bezeichneten Parkfeldern während der Dauer ihres Aufenthalts (maximal 8 Stunden pro Tag und nicht mehr als 3 Tage pro Woche),¹³⁰ Zulieferer/Lieferanten während der Dauer des Güterumschlags und Dienstbarkeitsberechtigte im Rahmen ihrer Dienstbarkeit¹³¹].
Wer dieses Verbot missachtet, wird auf Antrag mit einer Busse bis zu Fr. 2'000 bestraft.»

2. *Unter Kostenfolge zu Lasten des Gesuchstellers.*

[Rz 39] Besonderes Augenmerk gebührt der Formulierung des Verbotstextes, hängt doch die Wirksamkeit ausschliesslich davon ab.¹³² Der Text, v.a. das zu verbietende Verhalten (vorliegend «Führen und Parkieren») und die entsprechenden Ausnahmen, bedürfen der möglichst präzisen und vollständigen, aber dennoch verständlichen Formulierung.¹³³ Es ist denn auch nicht unüblich, dass das Gericht in Anwendung von Art. 56 ZPO einen Vorschlag zur besseren Verständlichkeit des ursprünglich eingereichten Verbotstexts macht.

[Rz 40] Das Verbot richtet sich an Nichtberechtigte (Unberechtigte/Unbefugte). Damit wird klar gestellt, dass obligatorisch oder dinglich berechtigte Personen von der Geltung des Verbots ausgenommen sind.¹³⁴ Bei der Formulierung des eigentlichen Verbotstexts gilt es immer im Hinterkopf zu behalten, dass es beim gerichtlichen Verbot um eine Form des (strafrechtlichen) Besitzschutzes geht. Das gerichtliche Verbot dient denn auch insbesondere nicht dazu, Angriffe auf andere Rechtsgüter als den Besitz abzuwehren. Eine mehrgliedrige Benutzungsordnung kann daher nicht auf dem Wege eines gerichtlichen Verbots durchgesetzt werden.¹³⁵ Es empfiehlt sich weiter, direkt im Verbotstext die berechtigten Personenkategorien präzise aufzuzählen, um so allfälligen Missverständnissen vorzubeugen. Insbesondere sind dort stets die Berechtigten von Dienstbarkeiten, die

¹³⁰ Vgl. das Beispiel im Amtsblatt des Kantons Zürich, Nr. 15, 19.4.2013, Meldungsnummer 00030325: «Berechtigt sind die Mieter auf ihren zugeteilten Einstellplätzen sowie deren Besucher/Kunden auf den der Liegenschaften zugeteilten Besucherparkplätzen während der Dauer ihres Besuches, max. 2 Tage pro Woche und max. 6 Tage pro Monat.» sowie Nr. 4 vom 1.2.2013, Meldungsnummer 00023297: «Zum Parkieren berechtigt sind nur die Mieter auf ihren gemieteten Garageneinstellplätzen sowie Besucher der Liegenschaften auf den entsprechend markierten Besucherparkplätzen an max. 6 Tagen im Monat, wobei davon jeweils max. 3 Tage aufeinander folgen dürfen. Güterumschlag max. 10 Minuten. Dienstbarkeitsberechtigte im Rahmen ihrer Dienstbarkeit.»

¹³¹ Es handelt sich hierbei um eine beispielhafte Aufzählung und Formulierung, die der Anpassung an die jeweiligen Gegebenheiten des Einzelfalls bedarf.

¹³² ZR 1999, Nr. 45, 204 ff., 208.

¹³³ Vgl. ausführlich dazu GÖKSU (FN 91), ZPO 259 N 2.

¹³⁴ SCHWANDER (FN 73), ZPO 258 N 4.

¹³⁵ Vgl. ZR 1999, Nr. 45, 204 ff., 207 f. Zur Durchsetzung einer eigentlichen Benutzungsordnung empfiehlt es sich vielmehr, die «Hausordnung» an gut sichtbarer Stelle auf dem Gelände anzuschlagen, wie das beispielsweise in verschiedenen SBB-Bahnhöfen zu beobachten ist.

das Grundstück belasten und dem gerichtlichen Verbot entgegenstehen, zu nennen.¹³⁶

[Rz 41] Der Gesuchsteller muss das Gesuch um Erlass eines gerichtlichen Verbots unterzeichnen und wie unter «Prozessuales» (Rz. 32 f.) gezeigt, ausreichend begründen (Art. 219 i.V.m. Art. 221 Abs. 1 ZPO). Dabei muss er alle massgeblichen Tatsachen, d.h. die dingliche Berechtigung sowie eine Störung durch Dritte, vorbringen. Die mit dem Gesuch einzureichenden Beweismittel (ausreichende Vollmacht, Grundbuchauszug etc.) haben darauf Bezug zu nehmen. Besonders zu beachten ist, dass eine Störung durch einen *nicht näher bestimmten Personenkreis* glaubhaft zu machen ist (Art. 258 Abs. 2 ZPO).¹³⁷ Steht nur eine ganz bestimmte Person im Fokus der Begründung, kann kein gerichtliches Verbot erlassen werden, weil sich ein solches an die Allgemeinheit zu richten hat.¹³⁸

[Rz 42] Die Bestrafung erfolgt auf Antrag des Berechtigten.¹³⁹ Der Strafantrag ist an die Strafbehörden – im Kanton Zürich i.d.R. jeweils an die örtlich zuständigen Gemeindebehörden (Polizei- oder Stadtrichteramt, Gemeinderat o.ä.) bzw. an das Statthalteramt (§ 89 GOG/ZH) oder an die Polizei – zu richten (Art. 30 Abs. 1 StGB i.V.m. Art. 304 Abs. 1 StPO).¹⁴⁰ Antragsberechtigt ist nach Art. 30 Abs. 1 StGB die verletzte Person. Darunter fällt primär der Inhaber des (beschränkten) dinglichen Rechts und auch der Miteigentümer alleine.¹⁴¹ Zum Antrag legitimiert sind auch die obligatorisch Berechtigten, wie Mieter oder Pächter.¹⁴² Die Maximalbusse von Fr. 2'000 erscheint für ein einfaches Parkvergehen als sehr hoch, insbesondere in Anbetracht dessen, dass die maximale Bussenhöhe früher bei Fr. 200 lag.¹⁴³ Sie muss absoluten Extremfällen vorbehalten bleiben.

[Rz 43] Die zuständigen Strafbehörden können sich für die konkrete Bussenhöhe jeweils am Bussenkatalog der eidgenössischen Ordnungsbussenverordnung für Übertretungen auf öffentlichen Strassen orientieren, der für den Regelfall Bussen zwischen Fr. 40 und Fr. 120 vorsieht.¹⁴⁴ Das Stadtrichteramt Zürich spricht für entsprechende Verstösse bei Ersttätern denn auch Bussen in Höhe von jeweils Fr. 50 aus. Zu beachten gilt, dass die Polizei unseres Erachtens nur dem fehlbaren Lenker eine Busse gemäss Art. 258 Abs. 1 ZPO auferlegen kann. Eine dem Ordnungsbussengesetz entsprechende Regelung fehlt, die Bussen bei unbekanntem Lenker dem Halter auferlegt.¹⁴⁵

¹³⁶ Checkliste Gerichtliches Verbot (FN 118), 1.

¹³⁷ ZR 2013, Nr. 5, 34 ff., 36 f.

¹³⁸ Vgl. FN 89 sowie KuKO-JENT-SØRENSEN (FN 102), ZPO 258-260 N 3, m.w.H.

¹³⁹ GÖKSU (FN 91), ZPO 258 N 24.

¹⁴⁰ ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERI/VIKTOR LIEBER, GOG, Kommentar zum zürcherischen Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess, Zürich 2012, § 86 N 24 sowie § 89 N 5 ff.

¹⁴¹ Urteil des Bundesgerichts 6B_880/2013 vom 27. Februar 2014, E. 3.

¹⁴² Während GÖKSU (FN 91), ZPO 258 N 24 für eine alternative Antragslegitimation (bspw. Eigentümer und Mieter) zu plädieren scheint, erachten BSK-TENCHIO/TENCHIO (FN 94), ZPO 258 N 24 einzig den obligatorisch Berechtigten bei Bestehen eines Vertrags für antragsberechtigt.

¹⁴³ § 225 Abs. 2 aZPO/ZH.

¹⁴⁴ Art. 3 Abs. 1 OBG i.V.m. Art. 1 OBV und dessen Anhang 1 Ziff. 200 ff.

¹⁴⁵ Art. 6 Abs. 1 OBG: «Ist nicht bekannt, wer eine Widerhandlung begangen hat, so wird die Busse dem im Fahrzeugausweis eingetragenen Fahrzeughalter auferlegt.»

IV. Weitere Fragen

1. Privatbusse nein, pauschale Umtriebsentschädigung ja

[Rz 44] Ist ein gerichtliches Parkverbot einmal errichtet, lässt sich häufig eine Form der Selbstjustiz beobachten: Anstelle einer Anzeige bei den zuständigen Strafbehörden, stellen die aus einem gerichtlichen Verbot Berechtigten den ertappten Parksündern gleich selbst eine «private Parkbusse» aus. Sie bringen als «*Sheriff in eigener Sache*»¹⁴⁶ ein Avis unter dem Scheibenwischer an und fordern darin die Falschparker zur Bezahlung eines bestimmten Betrags an den Parkberechtigten auf.¹⁴⁷ Stellenweise kommen auch private Bewachungsunternehmen zum Einsatz, die im Auftrag der Eigentümer Parkplätze überwachen und Verstösse mit entsprechenden «Bussen» ahnden. Dabei scheint es gängige Praxis zu sein, dass sich die privaten Bewachungsunternehmen in einem schriftlichen Überwachungsvertrag die Forderungen zedieren lassen.¹⁴⁸ Bei genauerer Betrachtung stellen diese privaten Parkbussen keine privaten strafrechtlichen Bussen dar – dies wäre als Eingriff ins staatliche Gewaltmonopol auch gänzlich undenkbar. Im Kern besteht das angebrachte Avis vielmehr in einem Angebot an den Parksünder, den Aussteller für seine Umtriebe zu entschädigen. Im Gegenzug verzichtet der Aussteller seinerseits auf eine Verzeigung bei den Strafbehörden wegen Verletzung des gerichtlichen Verbots.

[Rz 45] Nach der Rechtsprechung ist es grundsätzlich zulässig, jemandem mit einer Strafanzeige zu drohen, solange diese nicht völlig unbegründet erscheint. Man darf auch mit einer Anzeige drohen, um die Bezahlung von Schadenersatz zu unterstreichen. Dieses Verhalten erfüllt nur dann den Straftatbestand der Nötigung (Art. 181 StGB), wenn zwischen der anzuzeigenden Straftat und der gestellten Forderung jeder sachliche Zusammenhang fehlt oder wenn die Drohung dazu dient, eine ungerechtfertigte Zuwendung zu erlangen.¹⁴⁹ Bei einem gerichtlichen Parkverbot ergeben sich bezüglich dieser beiden Voraussetzungen keine Probleme, was auch das Bundesgericht festgestellt hat. Die Forderung auf Umtriebsentschädigung ist grundsätzlich gerechtfertigt, da entsprechende Ansprüche existieren. Es sind die oben beschriebenen Ansprüche aus Art. 927 Abs. 3 und 928 Abs. 2 ZGB.¹⁵⁰ Diese Ansprüche bestehen auch ohne gerichtliches Verbot. Eine pauschalierte Umtriebsentschädigung wäre deshalb auch ohne gerichtliches Verbot denkbar.¹⁵¹

[Rz 46] Der Falschparker muss allerdings nur jene Umtriebe ersetzen, die im jeweiligen Fall durch das Falschparken tatsächlich entstanden sind. Dies umfasst insbesondere die Kosten für den Personal-

¹⁴⁶ So der Titel in der NZZ vom 10. Februar 2004, 15.

¹⁴⁷ Vgl. bspw. NZZ vom 10. Februar 2004, 15 oder NZZ vom 30. November 2004, 51.

¹⁴⁸ Auch in Deutschland scheint das Vorgehen verbreitet zu sein und wird als generell zulässig erachtet (vgl. BGH, Urteil vom 4. Juli 2014 – V ZR 229/13, BeckRS 2014, 15950, N 1, 27 ff.; KG Berlin, Urteil vom 7. Januar 2011 – 13 U 31/10, BeckRS 2011, 05364, E. II.2.b.aa; CHRISTOPHER WOITKEWITSCH, Kostenerstattung – Die Freihaltung privater Parkfläche durch Abschleppunternehmen, MDR 2005, 1023 ff., 1023).

¹⁴⁹ BGE 120 IV 17 ff., 20 f., E. 2a.bb, m.w.H.; BGE 87 IV 13 ff., 14 f., E. 1; Urteil des Bundesgerichts 6B_192/2014 vom 13. November 2014, E. 2.2, m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 6S.77/2003 vom 6. Januar 2004, E. 3/3.1/4.1; vgl. auch VERA DELNON/BERNHARD RÜDY, in: Marcel Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 3. A., Basel 2013, StGB 181 N 42.

¹⁵⁰ Urteil des Bundesgerichts 6S.77/2003 vom 6. Januar 2004, E. 4.1 f.

¹⁵¹ Der Anspruch auf Umtriebsentschädigung entsteht unabhängig vom Bestehen eines gerichtlichen Verbots, da ein solches an der materiellen Rechtslage grundsätzlich nichts ändert (vgl. die Angaben in FN 122). Unseres Erachtens muss deshalb dasselbe Vorgehen zulässig sein, auch wenn kein gerichtliches Verbot besteht. Die Drohung einer Anzeige wegen Verstosses gegen das gerichtliche Verbot lässt sich allenfalls durch die Androhung einer Anzeige wegen Nötigung ersetzen, sofern das Falschparken sich darunter subsumieren lässt, doch ist die Androhung irgendeiner Anzeige für die Forderung der pauschalen Umtriebsentschädigung nicht wesensnotwendig.

und Zeitaufwand, für das Führen einer einfachen Buchhaltung (mit Kontrolle der Zahlungseingänge), für das Erstellen von Fotografien und Kopien, für das Ausfüllen eines Einzahlungsscheins sowie allfällige Portokosten. Allgemeine Überwachungsmaßnahmen, die nicht dem einzelnen fehlbaren Lenker zugeordnet werden können, sind – so das Bundesgericht – nicht ersatzfähig.¹⁵² Da sich die in Betracht fallenden kleinen Schadensposten mit vernünftigem Aufwand nicht exakt bestimmen lassen, nimmt das Gericht jeweils gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR eine *Schätzung nach richterlichem Ermessen* vor.¹⁵³ Solange die verlangte Umtriebsentschädigung angemessen ist, d.h. solange tatsächlich ein Anspruch in entsprechender Höhe besteht, liegt keine Nötigung (Art. 181 StGB) vor.¹⁵⁴ Das Bundesgericht erachtete eine pauschalisierte Umtriebsentschädigung von Fr. 30¹⁵⁵ bzw. Fr. 52¹⁵⁶ als nicht übersetzt und damit als zulässig. Das Bezirksgericht Zürich erachtete Fr. 120 als zu hoch.¹⁵⁷ Diese Rechtsprechung verdient Zustimmung, denn das Vorgehen ist auch bei anderen Bagatelldelikten anwendbar. So sieht beispielsweise Art. 20 PBG einen Zuschlag vor, den Schwarzfahrer zahlen müssen.¹⁵⁸ Sofern dies erfolgt, verzichten die Transportbetriebe häufig auf eine Verzeigung.¹⁵⁹ Ähnlich verhält sich die Situation bei ertappten Ladendieben. Die Ladengeschäfte sind bereit, auf eine Strafanzeige zu verzichten, wenn der Dieb eine entsprechende Umtriebsentschädigung bezahlt.¹⁶⁰

[Rz 47] Ergänzend bleibt im Rahmen der «privaten Parkbussen» anzufügen, dass – unter Vorbehalt spezialgesetzlicher Zurechnungsregelungen (bspw. Art. 55, 101 OR) – nur diejenige Person haftet, welche die fragliche Handlung auch tatsächlich begangen hat. Dies gilt unabhängig davon, ob sich die Umtriebsentschädigung auf ausservertragliches oder vertragliches Haftpflichtrecht, GoA oder auf andere unter Abschnitt II genannte Rechtsgrundlagen stützt. Für die geschuldete Umtriebsentschädigung bei Missachtung eines gerichtlichen Verbots bedeutet dies, dass der Berechtigte die Entschädigung nur vom eigentlichen Falschparker verlangen kann, nicht aber vom Halter des falsch geparkten Fahrzeugs.¹⁶¹ Wer eine Umtriebsentschädigung einfordert, hat im Prozessfalle zu

¹⁵² Urteil des Bundesgerichts 6B_192/2014 vom 13. November 2014, E. 4 sowie Urteil des Bundesgerichts 6S.77/2003 vom 6. Januar 2004, E. 4.2 f.; auch die deutsche Rechtsprechung lehnt die Abwälzung von Überwachungsmaßnahmen ab, vgl. BGH, Urteil vom 4. Juli 2014 – V ZR 229/13, BeckRS 2014, 15950, N 31 f. sowie BGH, Urteil vom 2. Dezember 2011 – V ZR 30/11, NJW 2012, 528 ff., 529, N 12.

¹⁵³ Urteil des Bundesgerichts 6B_192/2014 vom 13. November 2014, E. 4.2; Urteil des Bundesgerichts 6S.77/2003 vom 6. Januar 2004, E. 4.4.

¹⁵⁴ Auch liegt keine Erpressung (Art. 156 StGB) vor, da die ansprechende Person ohne Absicht unrechtmässiger Bereicherung handelt, gl.M. GIANNINI (FN 44), ZStrR 2004, 59 f.

¹⁵⁵ Urteil des Bundesgerichts 6S.77/2003 vom 6. Januar 2004, E. 4.4 i.f.

¹⁵⁶ Urteil des Bundesgerichts 6B_192/2014 vom 13. November 2014, E. 4.4.

¹⁵⁷ Gemäss Bericht in der NZZ vom 30. November 2004, 51.

¹⁵⁸ BGE 136 II 457 ff., 465 f., E. 6.2: «Auch die Zuschläge sind von Gesetzes wegen im Tarif zu regeln (...). Sie haben aber keinen Bussen- oder Strafcharakter, sondern entgelten einzig den Kontrollaufwand auf Seiten der Transportunternehmung (...). Die Zuschläge sind zwar Gebühren oder anderen vergleichbaren Kausalabgaben ähnlich, stellen aber – nicht anders als der Fahrpreis – keine solchen, sondern Forderungen aus dem privatrechtlichen Transportverhältnis dar. Bei der Leistung des Zuschlags handelt es sich daher um die Erfüllung einer im Tarif kodifizierten zivilrechtlichen Nebenpflicht des Transportvertrages (...).»; dazu kritisch MICHAEL HOCHSTRASSER/ARNOLD RUSCH, Der Vertrag des Passagiers mit den SBB, Jusletter 8. Oktober 2012, N 84 ff.

¹⁵⁹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6S.77/2003 vom 6. Januar 2004, E. 3.3.

¹⁶⁰ GIANNINI (FN 44), ZStrR 2004, 59 ff.; vgl. auch schon PAUL RUST, Ladendiebstahl und Selbstjustiz, Diss. Zürich 1972, 18 und 77 ff.

¹⁶¹ Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, Urteil vom 27. Oktober 2009 (Verfahrens-Nr. CN090005), E. 2.5.4 sowie E. 4; vgl. auch BGE 114 Ib 44 ff., 48, wonach beim Zustandsstörer die Sache selbst die Gefahr bilden müsse, was beim Fahrzeug nicht der Fall ist; vgl. zur abweichenden Rechtslage in Deutschland siehe BGH, Urteil vom 21. September 2012 – V ZR 230/11, SVR 2013, 140 f., 140 sowie AG Pfaffenhofen, Urteil vom 7. März

beweisen, wer das Fahrzeug gelenkt hat (Art. 8 ZGB). Dies kann nicht selten zu Beweisproblemen führen.¹⁶²

[Rz 48] Anknüpfungspunkt einer Halterhaftung für die Umtriebsentschädigung würde die Überlegung bilden, dass der Halter dem fehlbaren Lenker die Verfügungsmacht über das Fahrzeug eingeräumt hat und damit eine Voraussetzung für dessen Fehlverhalten gesetzt hat. Für die Erfassung des formellen oder materiellen Fahrzeughalters als Zustandsstörer im Sachenrecht fehlt aber nicht nur die gesetzliche Grundlage – sie entbehrt auch einer *inneren Rechtfertigung*. Der Besitzesentzug am Parkplatz müsste zumindest mittelbar auch auf dem Halterwillen beruhen.¹⁶³ Eine Zurechnung fremder Schuld oder fremden Willens zum Halter, aber auch ein mittelbarer Willen des Halters bezüglich der Handlungen des Lenkers stehen im vorliegenden Fall indes schlechthin ausser Frage.¹⁶⁴ Der Fahrzeughalter, der seinen Wagen einem zum Autofahren berechtigten Dritten zu Benutzung überlässt, darf darauf vertrauen, dass sich dieser pflichtgemäss verhalten wird.¹⁶⁵ Eine direkte Halterhaftung für die Umtriebsentschädigung lässt sich auch nicht aus Art. 58 Abs. 1 SVG ableiten, da diese nur greift, wenn ein *Sach- oder Personenschaden* vorliegt.¹⁶⁶ Weiter existiert im Privatrecht keine dem OBG entsprechende Abwälzungsregel auf den Halter bei unbekanntem Lenker (Art. 6 OBG). Eine analoge Anwendung dieser Regel – die ohnehin nur bei unbekanntem Lenker greift – ist nicht angezeigt, da das OBG nicht den Berechtigten an einem Privatparkplatz schützen will.

2. Zuparken des Falschparker?

[Rz 49] *Was ist zu tun, wenn man das Abschleppunternehmen bestellt hat, der Falschparker aber noch vor dessen Eintreffen wieder wegfahren möchte?* Ein Parkplatzberechtigter kam auf die Idee, den Falschparker zuparken, um den Anspruch auf Bezahlung der bereits entstandenen, aber jetzt unnötigen Abschleppkosten zu sichern. Fällt dies unter den Tatbestand der Nötigung im Sinne des

2012 – 1 C 729/11, BeckRS 2012, 26003, N 12 f. (anders noch AG Darmstadt, Urteil vom 10. Oktober 2002 – 310 C 287/02, NJW-RR 2003, 19 f. sowie WOITKEWITSCH (FN 148), MDR 2005, 1026).

¹⁶² Zu den Problemen bei der Ermittlung des Lenkers vgl. JÜRGEN BOLL, Identifikation von Fahrzeuglenkern, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, Strassenverkehr 4/2012, 5 ff.

¹⁶³ Dieser Argumentationslinie folgt die deutsche Rechtsprechung, welche eine direkte Halterhaftung über eine mittelbare Willenszurechnung konstruiert (BGH, Urteil vom 21. September 2012 – V ZR 230/11, SVR 2013, 140 f., 140 sowie AG Pfaffenhofen, Urteil vom 7. März 2012 – 1 C 729/11, BeckRS 2012, 26003, N 12 f.); a.M. allerdings WOITKEWITSCH (FN 148), MDR 2005, 1026.

¹⁶⁴ BGE 102 IV 256 ff., 257 f., E. 2; STEFAN MAEDER, Sicherheit durch Gebühren? Zur neuen Halterhaftung für Ordnungsbussen nach Art. 6 OBG, AJP 2014, 679 ff., 686, m.w.H.; zur Zurechnung im Sachenrecht BSK-WIEGAND (FN 13), ZGB 641 N 62, mit Verweis auf BGE 93 II 230 ff., 234 f.: «*Ebenso vermag ein rein passives Verhalten die Verantwortlichkeit aus Art. 679 ZGB mangels eines Zusammenhanges mit der Bewirtschaftung oder Benützung des Grundstücks in der Regel nicht zu begründen. Ein Unterlassen kann unter dem Gesichtspunkte von Art. 679 ZGB nur erheblich sein, wenn ein Grundeigentümer die Vorkehrungen nicht trifft, die nötig sind, um zu verhindern, dass infolge von gegenwärtigen oder frühern Bewirtschaftungs- oder Benützungshandlungen Gefahren für die Nachbarn entstehen (...). Das blosses Bestehenlassen des ausschliesslich durch die Natur geschaffenen Zustandes einer Liegenschaft fällt dagegen nicht unter Art. 679 ZGB, weil eben ein Zusammenhang zwischen diesem Verhalten und der Benützung oder Bewirtschaftung des Grundstücks fehlt (anderer Meinung scheinbar MEIER-HAYOZ N. 91 und 101 zu Art. 679 ZGB).*»; vgl. auch ZR 1955, Nr. 174, 346 ff., 347 – der Eigentümer bot den Mietern zu den störenden Aktivitäten Hand.

¹⁶⁵ WOLFGANG WOHLERS, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Fahrzeughalters, Strassenverkehr 1/2015, 5 ff., 9, m.w.H.; vgl. auch WOITKEWITSCH (FN 148), MDR 2005, 1026.

¹⁶⁶ Art. 58 Abs. 1 SVG: «*Wird durch den Betrieb eines Motorfahrzeuges ein Mensch getötet oder verletzt oder Sachschaden verursacht, so haftet der Halter für den Schaden.*»; Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, Urteil vom 27. Oktober 2009 (Verfahrens-Nr. CN090005), E. 2.5.4.

Art. 181 StGB? Im Lichte der obigen Überlegungen liegt die Lösung auf der Hand: Hat sich das Abschleppunternehmen einmal auf die Bestellung durch den Parkplatzberechtigten hin in Bewegung gesetzt, muss man für das angefangene Werk eine Entschädigung bezahlen. Zur Sicherstellung dieser Kosten steht bereits das obligatorische Retentionsrecht (siehe oben, Rz. 15) zur Verfügung. Steht aber ein Retentionsrecht zur Verfügung, kann aufgrund des Rechtfertigungsgrunds keine Nötigung mehr vorliegen.

[Rz 50] Das Obergericht des Kantons Zürich kommt zu demselben Ergebnis, doch wählt es einen ganz anderen Weg. Es erachtet die Hinderung der Wegfahrt während rund 18 Minuten *unter Berücksichtigung des Einzelfalls und der erforderlichen Verhältnismässigkeit der Selbsthilfe* nach Art. 926 Abs. 2 ZGB und Art. 52 Abs. 3 OR als rechtmässigen Zweck und sprach den Angeklagten vom Vorwurf der Nötigung (Art. 181 StGB) frei.¹⁶⁷ Das Obergericht hält dazu fest: «*Wenn die Beschuldigte nun erreichen wollte, dass der Geschädigte den Abschleppdienst bezahlte, oder zumindest den zur Durchsetzung ihres Anspruchs nötigen Beweis für sein Falschparkieren sichern wollte, verfolgte sie einen rechtmässigen Zweck.*»¹⁶⁸ und «*Der Umstand, dass sie den Geschädigten dabei während 18 Minuten warten liess, vermag am Selbsthilferecht der Beschuldigten nichts zu ändern, da der Geschädigte sein Auto zuvor während über drei Stunden auf dem Parkplatz der Geschädigten unerlaubterweise stehen gelassen hatte. Unter diesen besonderen Umständen war es im vorliegenden Fall gestützt auf Art. 926 Abs. 2 ZGB und Art. 52 Abs. 3 OR zulässig, den Geschädigten am Wegfahren zu hindern.*»¹⁶⁹ Damit stützt das Obergericht den Rechtfertigungsgrund direkt auf die Selbsthilfe. Bei dieser Lösung spielt es aber keine Rolle, ob man den Falschparker 18 Minuten oder 18 Monate an der Weiterfahrt hindert – und doch bringt das Obergericht die kurze Dauer des Zuparkens als besonderen Umstand mehrfach ins Spiel. Die NZZ zitiert aus der mündlichen Urteilsbegründung, die gar von einem absoluten «*Ausnahme- und Grenzfall*» spricht.¹⁷⁰ Diese Begründung vermischt unseres Erachtens die Frage nach dem Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes mit der Frage, ob das Verhältnis von Zweck und Mittel für die Nötigung ausreichen.¹⁷¹ Wenn die Selbsthilfe durch Zuparken aufgrund des Verhältnismässigkeitsgebots nur während 18 Minuten zusteht, nützt sie nichts. Der Falschparker müsste einfach diese Zeit absitzen und könnte sich danach sicher sein, dass der Parkberechtigte eine Verurteilung wegen Nötigung zu gewärtigen hätte. Die besitzesschutzrechtliche Selbsthilfe kann als Rechtfertigungsgrund kaum dienen, wenn der Falschparker selber den Besitzesentzug rückgängig machen will – es sei denn, man bejaht zusammen mit einigen deutschen Autoren und vereinzelt Gerichtsentscheiden ein Selbsthilferecht, das zusätzlich das Kosteninkasso umfasst.¹⁷² Bedeutend stimmiger scheint die Anrufung des oben erläuterten

¹⁶⁷ Obergericht Zürich, Urteil vom 23. August 2013, SB130145, E. 3c.bb sowie 3c.ff; vgl. allerdings ZR 1985, Nr. 96, 235 f., 236, wonach Selbsthilfe nur zur Durchsetzung des Anspruchs auf den freien Parkplatz diene, nicht aber dem Inkasso der Selbsthilfekosten.

¹⁶⁸ Obergericht Zürich, Urteil vom 23. August 2013, SB130145, E. 3c.bb.

¹⁶⁹ Obergericht Zürich, Urteil vom 23. August 2013, SB130145, E. 3c.ee.

¹⁷⁰ NZZ vom 24. August 2013, 17.

¹⁷¹ Vgl. BGE 115 IV 207 ff., 214: «*Mit der Verneinung der Voraussetzungen eines besonderen Rechtfertigungsgrundes, wie hier eines Retentionsrechtes aus Art. 895 ZGB, ist jedoch die Frage der Rechtswidrigkeit nicht endgültig beantwortet, da die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale von Art. 181 StGB die Rechtswidrigkeit noch nicht indiziert. Vielmehr ist eine besondere, über die üblichen Rechtfertigungsgründe hinaus vorzunehmende Rechtswidrigkeitsprüfung erforderlich (...). Die Rechtswidrigkeit der Nötigung ist nur dann zu bejahen, wenn entweder der Zweck der Nötigung oder das eingesetzte Nötigungsmittel bereits rechtswidrig war, oder aber dann, wenn Zweck und Mittel der Nötigung zwar als rechtmässig erscheinen, aber ihre Verknüpfung als rechtswidrig oder sittenwidrig anzusehen ist (...).*»

¹⁷² Vgl. die Angaben in FN 54.

obligatorischen Retentionsrechts. Dieses legitimiert das Zuparken zwecks Kosteninkasso auf ganz problemlose Art und Weise.¹⁷³ Zuparken kann sich nur dann strafrechtlich nützlich auswirken, wenn man gar keinen Abschleppdienst bestellt hat und somit keine Rechtfertigungslage besteht.

3. Montieren von Parkkrallen

[Rz 51] *Ist es auch zulässig, ein falsch geparktes Fahrzeug mit einer Parkkralle zu blockieren, die den Falschparker an der Wegfahrt hindert?* Auf diese Idee könnte man kommen, um eine abschreckende Wirkung zu erzielen oder wenn man das Fahrzeug gar nicht abschleppen kann oder will.

[Rz 52] Erfolgt die Montage der Parkkralle mit dem Ziel, die Kosten des bereits bestellten Abschleppunternehmers zu sichern, so verhält sich die Situation gleich wie beim Zuparken des falsch-parkenden Fahrzeugs (siehe oben, Rz. 49 f.). Die Montage einer Parkkralle kann sich in den übrigen Fällen nicht auf die Selbsthilfe stützen, weil sie das Fahrzeug gerade an Ort und Stelle belässt. Auch stellt die Parkkralle keine *mildere Massnahme* zum Abschleppen i.S.v. Art. 926 Abs. 3 ZGB bzw. Art. 52 Abs. 3 OR dar, weil sie als Massnahme zur Beseitigung des Besitzesentzugs schlechthin untauglich ist.¹⁷⁴ Der Falschparker wird die Parkkralle erst bemerken, wenn er wegfahren will – ausgerechnet dann verzögert diese die Beendigung des Besitzesentzugs.¹⁷⁵ Gibt es keine Abschleppkosten zu sichern, kann man sich nicht auch nicht auf ein dingliches oder obligatorisches Retentionsrecht stützen.

[Rz 53] *Ist es möglich, die Parkkralle zur Sicherung der oben beschriebenen Umtriebsentschädigung einzusetzen?* Es stellt sich dabei die Frage, ob das richterrechtliche obligatorische Retentionsrecht Anwendung finden könnte. Der Parkplatzberechtigte entzieht dem Fahrzeuglenker den Besitz am Fahrzeug mit der Parkkralle im Unterschied zum Abschleppvorgang aber nicht aus Selbsthilfe, sondern ohne Rechtfertigungsgrund. Es handelt sich deshalb dabei um eine Besitzverschaffung *gegen den Willen* des Fahrzeuglenkers, die die Geltendmachung des obligatorischen Retentionsrechts ausschliesst.¹⁷⁶

4. Zuparken der Zufahrt zum Parkplatz?

[Rz 54] Besitzesstörungen im Sinne von Art. 258 Abs. 1 ZPO und Art. 926 Abs. 2 ZGB bestehen nicht nur im Entzug durch körperliche Besetzung des Parkplatzes selbst. Wer nämlich den *Zugang zu Parkplatzflächen*, beispielsweise durch Zuparken der einzigen Tiefgarageneinfahrt, verunmöglicht, entzieht den (Parkplatz-)Berechtigten gleichermassen die Möglichkeit, ihre Besitzesbefugnisse ungestört auszuüben¹⁷⁷ oder wegzufahren.¹⁷⁸ Es kann darum für die rechtlichen Reaktionsmög-

¹⁷³ Vgl. BGE 115 IV 207 ff., 212; vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 24. November 1989 – 1 Ss 484/89, BeckRS 1989, 03750, N 19 ff. (*e contrario*, denn der Parkplatzberechtigte konnte sich nur deshalb in diesem konkreten Fall nicht auf § 273 BGB berufen, weil er sich nicht gemäss dem Gebot von Treu und Glauben verhielt).

¹⁷⁴ BORIS PAAL/NIKOLAS GUGGENBERGER, Falschparken, Parkkrallen und private Rechtsdurchsetzung, NJW 2011, 1036 ff., 1037.

¹⁷⁵ Dieses Argument bei PAAL/GUGGENBERGER (FN 174), NJW 2011, 1037.

¹⁷⁶ Vgl. oben, FN 55.

¹⁷⁷ SCHWANDER (FN 73), ZPO 258 N 3.

¹⁷⁸ Urteile des Bundesgerichts 1P.46/2007 vom 7. August 2007, E. 2 und 3.3, 6B_823/2011 22. Mai 2012, E. 2.3 sowie 2P.24/2007 vom 7. Februar 2007, E. 1; vgl. auch KGer SZ, Urteil vom 3. Oktober 2011, EGV-SZ 2011, A 5.2, 30 ff., 31 f., E. 4.

lichkeiten keinen Unterschied machen, ob der fehlbare Lenker den Parkplatz selbst besetzt oder – quasi vorgelagert – dessen Zugang versperrt. Die Berechtigten können sich somit auch im Falle des Versperrens der Parkplatzzufahrt der im Abschnitt II genannten Instrumente bedienen oder ihre Rechte aus dem gerichtlichen Verbot geltend machen, sofern ein solches besteht. Weiter hat der fehlbare Lenker durch sein Verhalten bei entsprechender Anzeige eine Verurteilung wegen Verletzung von Verkehrsregeln¹⁷⁹ und allenfalls wegen Nötigung¹⁸⁰ zu gewärtigen.

ARNOLD RUSCH, Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich/PHILIPP KLAUS, MLaw, Rechtsanwalt, Zürich.

¹⁷⁹ Art. 90 i.V.m. Art. 37 Abs. 2 SVG i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. g und Abs. 4 VRV; vgl. insbesondere Art. 19 Abs. 2 lit. g VRV: «*Das Parkieren ist untersagt vor Zufahrten zu fremden Gebäuden oder Grundstücken.*» und Art. 19 Abs. 4 VRV: «*Es ist platzsparend zu parkieren, doch darf die Wegfahrt anderer Fahrzeuge nicht behindert werden.*»

¹⁸⁰ Vgl. Urteile des Bundesgerichts 2P.24/2007 vom 7. Februar 2007, E. 1 sowie 6B_823/2011 vom 22. Mai 2012, E. 2.3.