



Erläuternder Bericht zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Besitzschutz bei verbotener Eigenmacht an Grundstücken)

vom 2. September 2020

Übersicht

Die von einer Hausbesetzung Betroffenen können sich über das im Besitzesschutz statuierte Selbsthilferecht ihres Eigentums oder Besitzes wieder bemächtigen. In der Praxis stossen sie dabei regelmässig auf Hindernisse. Diese Vorlage zielt darauf ab, die Bedingungen zu verbessern, unter welchen sich die von einer Besitzesverletzung Betroffenen ihres Eigentums oder Besitzes wieder bemächtigen dürfen.

Ausgangslage

Die Besitzeswehr und die Besitzeskehr ermächtigen die Besitzerin oder den Besitzer zur Ausübung von Selbsthilfe gegenüber Hausbesetzerinnen und Hausbesetzern, die den Besitz stören oder diesen entzogen haben. Will die selbsthilfeberechtigte Person von ihrem Selbsthilferecht Gebrauch machen, lassen sich aber die Hausbesetzerinnen und Hausbesetzer nicht vertreiben, kann sie sich bei der Räumung regelmässig nur dann auf die Hilfe der Polizei verlassen, wenn sichergestellt ist, dass die Räumung dauerhaft erfolgreich sein wird, beispielsweise, weil die Liegenschaft unmittelbar nach der Räumung abgebrochen oder legal genutzt werden wird. Einzig und allein aufgrund der Anrufung des zivilrechtlichen Besitzesschutzes wird die Polizei in der Regel nicht zur Räumung schreiten. Die Voraussetzungen der amtlichen Hilfe der Polizei richten sich nach den Bestimmungen des kantonalen Rechts, welches regelmässig keine den zivilgesetzlichen Besitzesschutz ergänzende Bestimmungen vorsieht. Vielmehr haben die Polizeibehörden der grösseren Städte standardmässig praktizierte Vorgehensweisen entwickelt, um den bei Hausbesetzungen komplexen Abwägungsfragen zu begegnen. Die Hauseigentümerinnen und Hauseigentümer ihrerseits versuchen, ihre leer stehende Liegenschaften durch besondere Massnahmen vor einer Besetzung zu schützen.

Mit der Motion 15.3531 wurde der Bundesrat damit beauftragt, die Bedingungen zu lockern, unter denen sich Eigentümerinnen und Eigentümer von unrechtmässig besetzten Liegenschaften gestützt auf das Selbsthilferecht im Besitzesschutz ihres Eigentums wieder bemächtigen dürfen. Beanstandet wird einerseits die nur wenige Stunden dauernde – und damit viel zu kurze – Reaktionszeit für die Besitzerinnen und Besitzer von besetzten Liegenschaften, welche sich aus dem im Besitzesschutz statuierten unbestimmten Rechtsbegriff «sofort» ergeben soll. Andererseits wird kritisiert, dass die Verfahren bei Besitzesschutzklagen viel Zeit in Anspruch nehmen und relativ kompliziert sind, was letztendlich ein rasches Ergebnis für die von Hausbesetzungen Betroffenen verunmöglicht. Die Motion schlägt deshalb vor, die Reaktionszeit für die Selbsthilfe im Besitzesschutz auf 48 oder 72 Stunden festzulegen.

Tatsächlich weist die Zivilprozessordnung den materiellen Rechtsanspruch auf possessorischen Besitzesschutz keiner besonderen Verfahrensart zu. Dadurch eröffnen sich den klagenden Hauseigentümerinnen und Hauseigentümern zwar einerseits eine Vielzahl von Verfahrensmöglichkeiten, um gegen eine Besetzung vorzugehen. Da keines der in der Zivilprozessordnung vorgesehenen Verfahren auf den posses-

sorischen Besitzerschutz zugeschnitten ist, können sie sich andererseits mit einer Vielzahl von verfahrensrechtlichen Schwierigkeiten konfrontiert sehen und tragen unter Umständen ein erhebliches Prozessrisiko.

Inhalt der Vorlage

Die Vorlage zielt darauf ab, die Bedingungen zu lockern, unter denen sich Eigentümerinnen und Eigentümer beziehungsweise Besitzerinnen und Besitzer von unrechtmässig besetzten Liegenschaften ihres Eigentums wieder bemächtigen dürfen. Zur Erreichung dieses Ziels sieht die Vorlage sowohl Anpassungen des Zivilgesetzbuches als auch der Zivilprozessordnung vor. Damit wird die Motion 15.3531 umgesetzt.

Mit den vorgeschlagenen Anpassungen des Zivilgesetzbuches soll der Zeitpunkt des Beginns der Reaktionszeit, innert welcher sich die Besitzerin oder der Besitzer durch Vertreibung des Grundstückes wieder bemächtigen darf, gesetzlich festgelegt werden. Massgebend soll jener Zeitpunkt sein, in welchem die Besitzerin oder der Besitzer in Anwendung der nach den Umständen zumutbaren Sorgfalt von der Besitzesentziehung Kenntnis erlangt hat beziehungsweise erlangen konnte. Im Gegenzug wird der unbestimmte Rechtsbegriff «sofort» beibehalten. Damit verbleibt den Gerichten der notwendige Ermessenspielraum, um die konkreten Umstände des Einzelfalls besser berücksichtigen zu können. Der Vorentwurf schlägt zudem vor, zu klären, dass auch die Selbsthilfe beim Besitzerschutz voraussetzt, dass amtliche Hilfe nicht rechtzeitig erlangt werden kann. Im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sieht der Vorentwurf zur Stärkung des Schutzes des Grundeigentums vor, dass – wo es die Umstände erfordern – grundsätzlich eine – wenn auch keine absolute – Interventionspflicht der Behörden besteht.

Der Vorentwurf zur Anpassung der Zivilprozessordnung zielt auf eine effektivere Ausgestaltung des zivilprozessualen Besitzerschutzes ab. Zur künftigen Vermeidung von Problemen bei der Feststellung der passivlegitimierten Personen bei Besitzeschutzklagen sollen die bereits in Gestalt des gerichtlichen Verbots bestehenden Massnahmen des Besitzerschutzes um einen weiteren, neu zu schaffenden Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, der sogenannten gerichtlichen Verfügung, erweitert werden. Die Beseitigung einer Besitzesstörung sowie die Rückgabe des Besitzes sollen mittels gerichtlicher Verfügung neu gegenüber einem unbestimmten Personenkreis angeordnet werden können, wobei den Verfahrensrechten der Betroffenen gebührend Rechnung getragen wird. Aufgrund namentlich nicht bestimmbarer oder stets wechselnder Hausbesitzerinnen und Hausbesitzer sollen den von einer Hausbesetzung Betroffenen künftig so keine prozessualen Nachteile mehr entstehen.

Inhaltsverzeichnis

Übersicht	2
1 Grundzüge der Vorlage	6
1.1 Ausgangslage	6
1.2 Gegenstand des Vorentwurfs: Besitzerschutz bei verbotener Eigenmacht an Grundstücken	7
1.2.1 Vorbemerkungen	7
1.2.2 Grundrechtlicher Besitzerschutz	7
1.2.3 Faktischer Besitzerschutz	8
1.2.4 Zivilrechtlicher Besitzerschutz	10
1.2.5 Zivilprozessualer Besitzerschutz	11
1.2.6 Strafrechtlicher Besitzerschutz	13
1.2.7 Praxis kantonaler Behörden bei Hausbesetzungen	14
1.3 Beantragte Neuregelung und Lokalisierung des Handlungsbedarfs	16
1.4 Begründung und Bewertung der vorgeschlagenen Lösung	17
1.4.1 Beginn und Dauer der Selbsthilfefrist	17
1.4.2 Konkretisierung der amtlichen Hilfe	19
1.4.3 Effektivere Gestaltung des zivilprozessualen Besitzschutzes	21
1.4.4 Verworfenen Alternativen	22
1.5 Abstimmung von Aufgaben und Finanzen	24
1.6 Umsetzungsfragen	24
1.7 Erledigung parlamentarischer Vorstösse	24
2 Rechtsvergleich	25
2.1 Deutschland	25
2.2 Frankreich	25
2.3 Spanien	26
2.4 Österreich	27
3 Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln	28
4 Auswirkungen	34
4.1 Auswirkungen auf den Bund	34
4.2 Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden sowie auf urbane Zentren, Agglomerationen und Berggebiete	35
4.3 Andere Auswirkungen	35
5 Verhältnis zur Legislaturplanung und zu Strategien des Bundesrates	36
6 Rechtliche Aspekte	36
6.1 Verfassungsmässigkeit	36
6.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	37

6.3	Erlassform	37
6.4	Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen	37
6.5	Datenschutz	37

Erläuternder Bericht

1 Grundzüge der Vorlage

1.1 Ausgangslage

Anlass für die Vorlage bildet die *Motion 15.3531 Feller Olivier «Bedingungen für die Anwendbarkeit von Artikel 926 ZGB lockern, um besser gegen Hausbesetzer vorgehen zu können»*. Mit Stellungnahme vom 19. August 2015 hat der Bundesrat die Ablehnung der Motion beantragt. Der Nationalrat hat die Motion am 3. Mai 2017¹ angenommen; der Ständerat am 11. September 2017². Damit hat das Parlament den Bundesrat beauftragt, die Bedingungen zu lockern, unter denen sich Eigentümerinnen und Eigentümer von unrechtmässig besetzten Liegenschaften gemäss Artikel 926 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210) ihres Eigentums wieder bemächtigen dürfen. Die Motion kritisiert, dass den Eigentümerinnen und Eigentümern von besetzten Liegenschaften nur ungenügende Mittel zur Abwehr zur Verfügung stünden. Einerseits, weil die Klage aus Besitzentziehung gemäss Artikel 927 ZGB, welche die Rückgabe der Sache und Schadensersatz zum Ziel habe, eine gewisse Zeit in Anspruch nehme, relativ kompliziert sei und ein rasches Ergebnis verunmögliche. Andererseits, weil das aus Artikel 926 ZGB fliessende Recht der Besitzerin oder des Besitzers, sich der unrechtmässig besetzten Liegenschaft direkt oder mit Hilfe der Polizei wieder zu bemächtigen, durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts praktisch jede Wirksamkeit verloren habe. Das Bundesgericht begrenze die Reaktionszeit der Besitzerin oder des Besitzers gestützt auf den unbestimmten Rechtsbegriff «sofort» in Artikel 926 Absatz 2 ZGB auf wenige Stunden, womit es der zur Selbsthilfe berechtigten Person, welche nicht innert weniger Stunden nach Ankunft der Hausbesetzerinnen und Hausbesetzer reagiere, verunmöglicht werde, die Abwehrrechte aus Artikel 926 ZGB geltend zu machen. Als denkbare Lösung wird mit der Motion vorgeschlagen, die Reaktionszeit in Artikel 926 Absatz 2 ZGB auf 48 oder 72 Stunden festzulegen.

Im November 2017 beauftragte das Bundesamt für Justiz (BJ) Prof. Dr. iur. Ramon Mabillard LL.M., Rechtsanwalt und Notar, ordentlicher Professor an der Universität Freiburg, in einem *Gutachten* den Reformbedarf des Besitzerschutzes mit Bezug auf Hausbesetzungen abzuklären und exemplarisch (anhand der Kantone Bern, Basel-Stadt, Genf, Waadt und Zürich) aufzuzeigen, wie bei Hausbesetzungen nach geltendem Recht praktisch vorgegangen wird und welche Probleme sich dabei stellen.³

Nach einer ersten Auswertung des Gutachtens führte das BJ Ende Januar 2019 eine *Expertenkonsultation* mit Vertreterinnen und Vertretern aus der Judikatur, Advokatur, rechtswissenschaftlichen Lehre und Forschung sowie Vertreterinnen und Vertre-

¹ AB 2017 N 667

² AB 2017 S 550

³ Mabillard Ramon, *Besitzerschutzes bei Hausbesetzungen*, Gutachten zur Motion Feller (15.3531), August 2018, BT, I.A. Kann abgerufen werden unter: www.bj.admin.ch/bj/de/home/publiservice/publikationen/externe.html (Stand: 19.06.2020).

tern der Polizeibehörden sowie des Bundesamts für Bauten und Logistik (BBL) durch. Gegenstand dieser Expertenkonsultation bildete ein Meinungsaustausch zum Reformbedarf beim Besitzerschutz zwecks Umsetzung der Motion 15.3531. Im Anschluss daran führte das BJ weitere *Fachgespräche* mit dem Gutachter und weiteren Experten der Expertenkonsultation.

1.2 Gegenstand des Vorentwurfs: Besitzerschutz bei verbotener Eigenmacht an Grundstücken

1.2.1 Vorbemerkungen

Bevor die beantragte Neuregelung dargestellt wird, erfolgt – am Beispiel der Hausbesetzung – ein Überblick zum geltenden Besitzerschutzrecht sowie der dazugehörigen Praxis kantonaler Behörden. Aus *rechtsdogmatischer Sicht* versteht man unter dem Begriff der Hausbesetzung eine unter Umständen gewaltsame Inbesitznahme einer Liegenschaft durch Hausbesetzerinnen oder Hausbesetzer, wobei Letztere hierfür weder eine gesetzliche noch eine vertragliche Anspruchsgrundlage geltend machen können. Es fehlt mithin an einem gültigen Besitzgrund und das Eigentumsrecht der Hauseigentümerin oder des Hauseigentümers wird verletzt.⁴ Welche Bestimmungen des Besitzerschutzes einschlägig sind, bestimmt sich jeweils nach den konkreten Umständen und folglich danach, ob die Hausbesetzung als Besitzesstörung (Art. 926 Abs. 1 ZGB) oder als Besitzesentziehung (Art. 926 Abs. 2 ZGB) zu qualifizieren ist.

Keine Hausbesetzung, die für den Besitzerschutz relevant wäre, ist gegeben, wenn nach dem Vertrauensprinzip durch stillschweigende Willenserklärungen oder das konkludente Verhalten der beteiligten Personen eine vertragliche Bindung entstanden ist. In Frage kämen hier insbesondere ein Mietverhältnis oder eine Leihe, wobei anzumerken ist, dass sowohl das Vertragsverhältnis der Miete (Art. 253 OR⁵) aufgrund der nur bedingt gegebenen Bereitschaft der Hausbesetzerinnen oder Hausbesetzer, Miete zu bezahlen, als auch dasjenige der Leihe (Art. 305 OR) aufgrund des Fehlens der typischen Übergabehandlung kaum je konkludent begründet werden können.⁶

1.2.2 Grundrechtlicher Besitzerschutz⁷

Hausbesetzungen können mehrere Grundrechte tangieren. Im Zentrum steht die *Eigentumsgarantie* gemäss Artikel 26 BV^{8,9} Die von einer Hausbesetzung Betroffene

⁴ Widmer Carmen Ladina, Auflösung eines Vereins mit widerrechtlichem Zweck, Anmerkung zu BGE 133 III 593, Jusletter 17. März 2008, Rz. 11.

⁵ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR); SR 220.

⁶ Widmer (Fn. 4), Rz. 12 ff.; Egger Rochat Gwendoline, Les squatters et autres occupants sans droit d'un immeuble, Zürich 2002, Rz. 94 f.; 103, 106 ff.; BGE 133 III 593 E. 4.1 f. S. 594 f. Vgl. zum Ganzen und weiterführend Mabillard (Fn. 3).

⁷ Vgl. zum Ganzen und weiterführend Mabillard (Fn. 3), BT, I.B.

nen können auch den *Schutz der Privatsphäre* gemäss Artikel 13 BV beziehungsweise Artikel 8 EMRK¹⁰ anrufen, sofern ihr Privat- und Familienleben durch die Hausbesetzung tangiert wird, wobei umstritten ist, inwiefern sich auch die Hausbesetzerinnen und Hausbesetzer auf letztgenannte Grundrechte berufen können.¹¹ In der gerichtlich geführten Diskussion nimmt sodann insbesondere auch die Frage, inwiefern die Polizei aufgrund einer grundrechtlich begründeten Schutzpflicht angehalten werden kann, die privaten Interessen der Beteiligten zu schützen, einen breiten Raum ein.¹²

Die Grundrechte sind durch die Behörden primär bei der Gesetzgebung und Rechtsanwendung zu berücksichtigen. Sie vermitteln, wo dies nicht zur Verwirklichung der Grundrechte zwischen Privaten führt, nur subsidiär staatliche Schutzpflichten beziehungsweise *individualrechtliche Schutzansprüche*. Ein individueller Schutzanspruch der Privaten gegenüber den Behörden gilt zudem nicht absolut. Eine Verletzung der staatlichen Schutzpflicht ist nur unter der Voraussetzung (1) einer ernsthaften Grundrechtsgefährdung, (2) der Disponibilität geeigneter Schutzmassnahmen, (3) der Abwägung der Interessen der betroffenen Privaten und der Öffentlichkeit sowie (4) der Verhältnismässigkeit anzunehmen. Letztere Voraussetzung bedingt, dass zuvor zumindest in guten Treuen versucht wurde, die Besitzesschutzrechte zunächst auf dem Zivilweg zu verwirklichen.¹³

1.2.3 Faktischer Besitzesschutz¹⁴

Die von einer Hausbesetzung Betroffenen können mittels Selbsthilfe Angriffe auf ihren Besitz abwehren (Art. 926 Abs. 1 ZGB) oder sich des verlorenen Besitzes wieder bemächtigen (Art. 926 Abs. 2 ZGB). Dem so gewährten faktischen Besitzesschutz kommt eine *Friedensfunktion* zu, die den Schutz vor Eigenmacht anderer ergänzt, dabei aber nicht nur private Interessen beispielsweise der Hauseigentümerin oder des Hauseigentümers, sondern auch öffentliche Interessen der Allgemeinheit

⁸ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV); SR 101.

⁹ BGer Urteil 1C_160/2011 vom 8. November 2011 E. 3.1; Biaggini Giovanni, OFK - Orell Füssli Kommentar, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2017, Art. 26 BV N 12.

¹⁰ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), SR 0.101.

¹¹ Martenet Vincent, *La responsabilité de l'Etat en matière immobilière, La garantie de la propriété à l'aube du XXIe siècle, Expropriation, responsabilité de l'Etat, gestion des grands projets et protection du patrimoine*, Zurich/Genève 2009, S. 74 ff.; Breitenmoser Stephan/Schweizer Rainer J., St. Galler-Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung, Zürich 2014, Art. 13 N 59.

¹² Zum Beispiel BGE 119 Ia 28; BGer Urteil 1C_121/2012 vom 12. Juli 2012; BGer Urteil 1C_453/2008 vom 12. Februar 2009; BGer Urteil 1P.109/2006 vom 22. Juni 2006; BGer Urteil 1P.723/2005 vom 16. November 2005; BGer Urteil 1P.175/2002 vom 10. Mai 2005.

¹³ Biaggini (Fn. 9), OFK-Art. 26 BV N 6; Pulver Bernhard, *Die Verbindlichkeit staatlicher Schutzpflichten – am Beispiel des Arbeitsrechts*, AJP 2005, S. 413 ff.; Egli Patricia, *Drittwirkung von Grundrechten*, Zürich 2001, S. 32, 283 ff.; Martenet (Fn. 11), S. 71 ff.; Lienhard Andreas, *Innere Sicherheit und Grundrechte*, recht 2002, S. 125 ff., 127 ff.; BGer Urteil 1P.109/2006 vom 22. Juni 2006 E. 4.1.

¹⁴ Vgl. zum Ganzen und weiterführend Mabillard (Fn. 3), BT, I.C.

verfolgt. Dieser Schutz setzt grundsätzlich nur (1) die *Widerrechtlichkeit der Besitzesverletzung*, (2) die *faktische Herrschaft der verletzten Person über die Sache* und (3) die *Verhältnismässigkeit der Schutzmassnahmen* voraus.¹⁵

Gemäss Artikel 926 Absatz 1 ZGB steht die *Besitzeswehr* als «Defensivmittel» zur Abwehr unmittelbarer *Besitzesstörungen* zur Verfügung, die über das mit dem menschlichen Zusammenleben unvermeidbar verbundene Mass hinausgehen, wobei weder Gewaltanwendung noch schuldhaftes Verhalten vorausgesetzt wird. Als Abwehrmassnahme ist jede verhältnismässige, auf die Beseitigung der Störung gerichtete Handlung zulässig und zwar solange, wie die Besitzesstörung andauert und nicht in die Störung eingewilligt wurde. Ein Klagerecht vermittelt Artikel 926 Absatz 1 ZGB der Besitzerin oder dem Besitzer allerdings nicht.¹⁶

Gemäss Artikel 926 Absatz 2 ZGB steht die *Besitzeskehr* als «Gegenoffensive» zur Verfügung, wenn die Sache ganz entzogen wurde. Da die Besitzeskehr nicht mehr als Notwehr qualifiziert werden kann, setzt dieses Selbsthilferecht zusätzlich voraus, dass die *Besitzesentziehung* gewaltsam oder heimlich erfolgt ist und die Besitzerin oder der Besitzer «sofort» reagieren muss. Sind diese zusätzlichen Voraussetzungen erfüllt, kann die Besitzerin oder der Besitzer alles unternehmen, was nach den Umständen erforderlich ist, um die faktische Herrschaft über die Sache wieder zu erlangen, wobei ihr beziehungsweise ihm jedoch auch hier kein zivilrechtliches Klagerecht verschafft wird.¹⁷ Eine rechtzeitige Reaktion ist aufgrund der Rechtsprechung gegeben, wenn (1) von der Besitzerin oder dem Besitzer unmittelbar nach der Hausbesetzung Anstalten zur Wiedererlangung der Liegenschaft getroffen werden und (2) diese nicht eingestellt werden, also sich die Besitzerin oder der Besitzer nicht – auch nicht nur provisorisch – mit der Situation abfindet. Sobald die Besitzeskehrmassnahmen unter Umständen eingestellt werden, die als ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung ausgelegt werden können, erlischt das Besitzeskehrrecht.¹⁸

Nach vorherrschender Auffassung geht Artikel 926 Absatz 2 ZGB als *lex specialis* der *allgemeinen Selbsthilfe* von Artikel 52 Absatz 3 OR vor; schreitet allerdings die Besitzerin oder der Besitzer nicht sofort gegen die Hausbesetzung ein, womit eine

¹⁵ Ernst Wolfgang, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Basel 2015, Art. 926 ZGB N 1, 7 mit Verweis auf BGer Urteil 6S.5/2004 vom 21. Mai 2005 E. 2; Domej Tanja, Kurzkomentar ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Basel 2012, Art. 926 ZGB N 17 ff.; Stark Emil/Lindemann Barbara, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Der Besitz, Bern 2016, Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB, N 2a, 2b, 4 ff., 104, Art. 926 ZGB N 22; BGer Urteil 1P.109/2006 vom 22. Juni 2006 E. 5.1; Berger-Steiner Isabelle/Schmid Dominik, OFK – Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Zürich 2016, Art. 926 ZGB N 2 f., 15 mit Verweis auf BGE 128 IV 250 E. 3.2 S. 253 f.

¹⁶ Ernst (Fn. 15), Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 12 f., Art. 926 ZGB N 2 ff.; Berger-Steiner/Schmid (Fn. 15), Art. 926 ZGB N 8, 13.

¹⁷ Stark/Lindemann (Fn. 15), Art. 926 ZGB N 13, 16; Ernst (Fn. 15), Art. 926 ZGB N 6 mit Verweis auf Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, ZR 1985, S. 235 f.; Berger-Steiner/Schmid (Fn. 15), Art. 926 ZGB N 14, Art. 929 ZGB N 2; Domej (Fn. 15), Art. 926 ZGB N 17, 19; Egger Rochat (Fn. 6), Rz. 246.

¹⁸ Tuor Peter/Schnyder Bernhard/Schmid Jörg/Rumo-Jungo Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 2015, § 92 N 5; Ernst (Fn. 15), Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 13, Art. 926 ZGB N 5 f.; Stark/Lindemann (Fn. 15), Art. 926 ZGB N 9 f., Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 26 f., 35; BGer Urteil 1P.109/2006 vom 22. Juni 2006 E. 5; BGE 118 IV 292.

Abstützung auf Artikel 926 Absatz 2 ZGB ausscheidet, wird er beziehungsweise sie sich unter Umständen aber noch auf Artikel 52 Absatz 3 OR berufen können.¹⁹

Die Selbsthilfe nach Artikel 926 ZGB bleibt gemäss jüngerer Lehre und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aber nur solange zulässig, als amtliche Hilfe – ex ante betrachtet – nicht rechtzeitig verfügbar ist.²⁰ Da Hausbesetzungen eine gewichtige Beeinträchtigung des Besitzes darstellen und auch die öffentliche Ordnung stören können, besteht grundsätzlich ein Interventionsanspruch gegenüber der Polizei. Dieser Anspruch ist aber nicht absolut und unbedingt. Zum Eingriff verpflichtet ist die Polizei nur gestützt auf (1) den allgemeinen Polizeiauftrag oder nach Massgabe des kantonalen Rechts sowie bundesrechtlicher Grundsätze²¹ (2) für Hausbesetzungen, von denen sie Kenntnis hat und gegen die (3) in Abwägung der gegebenen Interessen (4) verhältnismässige polizeiliche, nicht aber (5) rechtzeitig zivilgerichtliche oder andere staatliche Massnahmen faktisch möglich sind, zu intervenieren.²²

1.2.4 Zivilrechtlicher Besitzerschutz²³

Die *Besitzeschutzklagen* gemäss Artikel 927 f. ZGB in Verbindung mit Artikel 937 Absatz 2 ZGB bilden nebst dem faktischen Besitzerschutz einen weiteren Aspekt des possessorischen Besitzerschutzes²⁴. Diese Klagen sind heute vornehmlich für die nicht im Grundbuch eingetragenen, aber persönlich am Grundstück berechtigten Personen für den Schutz ihres Grundstückbesitzes bedeutsam (insb. für Mieterinnen und Mieter).²⁵

Die *Klage aus Besitzesentziehung* gemäss Artikel 927 ZGB ist auf die Wiedereinräumung des ursprünglichen Besitzes gerichtet und ist gegen diejenige Person zu erheben, welche die Sachherrschaft der Besitzerin oder dem Besitzer mit verbotener Eigenmacht, das heisst unrechtmässig, entzogen hat. Dies setzt voraus, dass die ursprüngliche Besitzerin oder der ursprüngliche Besitzer in keiner Weise mehr Sachherrschaft hat, wobei bereits eine teilweise Entziehung des Grundstücks genügt. Im Gegensatz zur Selbsthilfe gemäss Artikel 926 Absatz 2 ZGB muss die Sache

¹⁹ Stark/Lindemann (Fn. 15), Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 101, Art. 926 ZGB N 8 ff., 17; Egger Rochat (Fn. 6), Rz. 245.

²⁰ BGer Urteil 4P.148/2001 vom 25. Oktober 2001 E. 3b; BGE 128 IV 250 E. 3.2 S. 253 f.; Ernst (Fn. 15), Art. 926 ZGB N 7; Stark/Lindemann (Fn. 15), Art. 926 ZGB N 17, 23.

²¹ Zünd Andreas/Errass Christoph, Privatisierung von Polizeiaufgaben, Sicherheit & Recht 3/2012 S. 162 ff., 166 ff.; BGE 117 Ia 202 E. 5 S. 215 f.; Biaggini (Fn. 9), Art. 43 BV N 3, Art. 57 BV N 5.

²² Mabillard (Fn. 3), BT, I. C.6d); Tschannen Pierre/Zimmerli Ulrich/Müller Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2014, S. 509 ff., 514 f.; Urteil des Bundesgerichts vom 23. Oktober 1980 E. 6c, in: SJ 1981, S. 114 ff., 121; BGer Urteil 1P.624/1989 vom 8. Mai 1991 E. 3b, in: SJ 1991, S. 602 ff., 605 (deutsche Übersetzung in: ZBl 1991, S. 552 ff., 555); BGer Urteil 1P.465/1991 und 1P.183/1992 vom 11. Februar 1993 E. 2, in: ZBl 1993, S. 378 ff.; BGE 119 Ia 28 E. 2 S. 30 f.; BGer Urteil 1P.109/2006 vom 22. Juni 2006 E. 4.1.

²³ Vgl. zum Ganzen und weiterführend Mabillard (Fn. 3), BT, I. D.

²⁴ Zum Unterschied zwischen dem possessorischen und petitorischen Besitzerschutz vgl. Ziff. 1.2.5.

²⁵ Stark/Lindemann (Fn. 15), Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 103; Ernst (Fn. 15), Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 35; DOMEJ (Fn. 15), Art. 926 ZGB N 1.

weder gewaltsam noch heimlich entzogen worden sein. Es genügt Eigenmacht, also das Fehlen einer Einwilligung oder eines anderweitigen Rechtfertigungsgrunds sowie eines besseren Rechts gemäss Artikel 927 Absatz 2 ZGB.²⁶

Die *Klage aus Besitzesstörung* gemäss Artikel 928 ZGB kann als Beseitigungs-, Unterlassungs- oder Schadenersatzklage erhoben werden, wenn die Sachherrschaft zwar nicht entzogen, aber beeinträchtigt wird. Als Besitzesstörung gilt nur eine andauernde oder ernsthaft zu befürchtende übermässige Beeinträchtigung der Sachherrschaft der Besitzerin oder des Besitzers, wobei sich die Übermässigkeit aus den für die Besitzesausübung massgebenden Gesetzesbestimmungen ergibt. Wie die Klage aus Besitzesentziehung setzt auch die Klage aus Besitzesstörung lediglich verbotene Eigenmacht voraus. Allerdings enthält Artikel 928 ZGB keinen mit Artikel 927 Absatz 2 ZGB vergleichbaren Vorbehalt des besseren Rechts. Dennoch lässt sich auch die Klage aus Besitzesstörung nicht losgelöst von der Frage des besseren Rechts beurteilen.²⁷

1.2.5 Zivilprozessualer Besitzschutz²⁸

Vorauszuschicken ist, dass obschon die Artikel 927 f. ZGB in Verbindung mit Artikel 937 Absatz 2 ZGB der von einer Hausbesetzung betroffenen Person selbstständige zivilrechtliche Schutzansprüche einräumen, der possessorische Besitzschutz letztlich immer nur eine provisorische Funktion wahrnehmen und einen vorsorglichen Rechtsschutz gewährleisten kann. Besitzesschutzurteile führen nur zur Wiederherstellung oder Erhaltung des Zustands der tatsächlichen Gewalt über die Sache, entscheiden aber nicht über das Recht an der Sache selber. Entsprechend können sie durch ein späteres Urteil über den petitorischen Besitzschutz umgestossen werden.²⁹ Zum petitorischen Besitzschutz gehören die Eigentums- bzw. Eigentumsfreiheitsklage gemäss Artikel 641 Absatz 2 ZGB, die Klage aus dem Grundbucheintrag gemäss Artikel 937 Absatz 1 ZGB sowie Rechtsbehelfe gemäss Artikel 679 ZGB, Artikel 684 ZGB und Artikel 975 ZGB.

Da die materiell-rechtlichen Regelungen zum Besitzesschutz keine spezifische Umsetzung im Zivilprozessrecht erfahren haben, stehen bei der Berufung auf Artikel 927 f. in Verbindung mit Artikel 937 Absatz 2 ZGB grundsätzlich *sämtliche Verfahrensarten* offen.³⁰ Der Besitzesschutz kann daher grundsätzlich auch im *ordenlichen beziehungsweise vereinfachten Verfahren* erreicht werden. Das ist in den Fällen angezeigt, in denen die Rechtslage komplex oder der Sachverhalt nicht

²⁶ Ernst (Fn. 15), BSK-Art. 927 ZGB N 1 f.; Arnet Ruth/Eitel Paul, CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB, Zürich 2016, Art. 927 ZGB N 2 u. 5; BGer Urteil 4A_197/2017 vom 13. März 2018 E. 3.2.2.

²⁷ Stark/Lindemann (Fn. 15), Art. 928 ZGB N 4; Arnet/Eitel (Fn. 26), Art. 928 ZGB N 2, 4; Ernst (Fn. 15), Art. 928 ZGB N 1 ff.; BGE 135 III 633 E 3.1; BGer Urteil 5A_59/2010 vom 22. März 2010 E 2.1; BGer Urteil 5A_828/2010 vom 28. März 2010 E. 3.

²⁸ Vgl. zum Ganzen und weiterführend Mabiillard (Fn. 3), BT, I. E.

²⁹ BGer Urteil 4A_197/2017 vom 13. März 2018 E. 3.1; BGer Urteil 5P.220/2000 vom 6. September 2001 E. 2b.

³⁰ Ernst (Fn. 15), Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 35a f.; Sutter-Somm Thomas, Schweizerisches Privatrecht, Eigentum und Besitz, Bd. V/1, Basel 2014 Rz. 1346; Stark/Lindemann (Fn. 15), Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 106 ff.

liquide ist, mithin ein summarisches Verfahren gemäss Artikel 257 oder 261 ff. ZPO³¹ ausgeschlossen ist.³²

Im Rahmen des *beschleunigten Rechtsschutzes des summarischen Verfahrens* stehen sowohl der Rechtsschutz in klaren Fällen als auch die vorsorgliche Massnahme zur Verfügung. Die beiden Verfahren sind auch parallel einsetzbar. In der Lehre wird daher zuweilen empfohlen, ein Gesuch um Besitzerschutz in klaren Fällen, verbunden mit einem Gesuch um eine petitorische vorsorgliche Massnahme, zu stellen und eventualiter ein Gesuch um dieselbe Massnahme mit Ansetzung einer Prosekutionsfrist.³³ Ist der Sachverhalt liquide und die Rechtslage klar, kann der Besitzerschutz im Summarverfahren des *Rechtsschutzes in klaren Fällen* gemäss Artikel 257 ZPO erreicht werden. Der Sachverhalt ist dabei von der Besitzerin oder dem Besitzer grundsätzlich mit Urkunden zu beweisen, was – ungeachtet der Beweismittelerleichterung gemäss Artikel 254 Absatz 2 ZPO – insbesondere bei Hausbesetzungen zuweilen Schwierigkeiten bereiten kann. Gerade die Rechtslage wird insbesondere bei der Einrede des besseren Rechts und aufgrund der zu beweisenden verbotenen Eigenmacht, wenn die Gegenpartei eine Einwilligung oder andere Rechtfertigungsgründe vorbringt, oft nicht die erforderliche Klarheit erreichen.³⁴ *Vorsorgliche Massnahmen* nach Artikel 261 ff. ZPO setzen (1) einen glaubhaften Massnahmeanspruch und (2) einen ebensolchen Massnahmegrund sowie (3) die Verhältnismässigkeit der Massnahmen voraus. Ein Massnahmeanspruch gemäss Artikel 927 f. in Verbindung mit Artikel 937 Absatz 2 ZGB ist gegeben, solange keine offenkundige Einwilligung vorliegt und der Besitzschutzanspruch nach Artikel 929 ZGB nicht verwirkt ist. Liegt eine Besitzesbeeinträchtigung, die naturgemäss im Hauptverfahren nicht wiedergutmacht werden kann und eine Gefahrenabwehr dringlich macht, vor, so ist der Massnahmegrund gegeben, solange die Beeinträchtigung unerwünschte Folgen hat. Entsprechend genügt es für vorsorgliche Massnahmen zum possessorischen Besitzerschutz, wenn (i) der Hausbesitz und (ii) die effektive beziehungsweise befürchtete Besitzesbeeinträchtigung durch die Hausbesetzung dargelegt sind. An die Verhältnismässigkeit und die Interessenabwägung sind keine hohen Anforderungen zu stellen, da mit dem Besitzerschutz lediglich der bisherige Zustand wiederherzustellen versucht wird.³⁵ Werden vorsorgliche Massnahmen gewährt, führen sie im Ergebnis zu einem definitiven (possessorischen) Rechtsschutz, welcher unter dem Vorbehalt des Entscheids über den petitorischen Besitzerschutz ergeht. Allerdings ist das Gericht nur dann verpflichtet, die Ansprüche gemäss Artikel 927 f.

³¹ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO); SR 272.

³² Ernst (Fn. 15), Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 41 f., 49 ff., 56 ff.; Stark/Lindemann (Fn. 15), Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 106; Sutter-Somm (Fn. 30), Rz. 1346 ff.; BGE 133 III 638 E. 2 S. 638.

³³ Ernst (Fn. 15), Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 37 f., 43 ff., 49 ff.

³⁴ Stark/Lindemann (Fn. 15), Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 106 ff.; Sutter-Somm (Fn. 30), N. 1347; Ernst (Fn. 15), Vorbem. Art. 926-929 N. 37 ff. m.Vw.a. BGE 135 III 633; Ernst (Fn. 30), S. 102 f.; BGer Urteil 5A_710/2013 vom 17. Februar 2014; Jent-Sørensen Ingrid, Kurzkomentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2014, Art. 257 ZPO N 16, Art. 248 ZPO N 13.

³⁵ Stark/Lindemann (Fn. 15), Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 106 ff., Art. 929 N 10; Ernst (Fn. 15), Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 ff., 49 ff., Art. 929 N 4; Sutter-Somm (Fn. 30), Rz. 1335; Sprecher Thomas, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2017, Art. 261 ZPO N 10, 29, 34, 39, 47, 55, Art. 262 ZPO N 32, 47 ff.

ZGB voll zu gewähren, wenn aufgrund der konkreten Umstände die (Befriedigungs-)Massnahmen das einzige Mittel zur (vorläufigen) Verwirklichung des materiellen Besitzschutzes darstellen.³⁶ Von einer Prosekution der angeordneten Massnahmen kann nur abgesehen werden, wenn diese völlig nutzlos wäre und gegen Treu und Glauben verstossen würde, sie mithin nicht rückgängig gemacht werden könnten und der Gegenpartei grundsätzlich nur noch Schadenersatzansprüche verbleiben würden. Obschon von der Lehre im vorsorglichen Besitzesschutz eine Ausnahme-konstellation gesehen wird, weil die Massnahme den possessorischen Besitzesschutz definitiv entscheidet und der Gegenpartei gegebenenfalls nur noch Schadenersatzansprüche verbleiben, wurde vom Gesetzgeber hier am Grundsatz der Prosekution festgehalten und keine Ausnahme vorgesehen. Damit ist grundsätzlich (1) ein Massnahmeverfahren für das Possessorium, (2) eine Prosekution des Possessorium und (3) ein Verfahren für das Petitorium zu führen. Bei vielen Fällen kann man sich allerdings fragen, worin das Interesse bestehen soll, vor einem allfälligen Petitorium eine definitive Erkenntnis über den bereits im Massnahmeverfahren befriedigten possessorischen Besitzesschutzanspruch erstreiten zu müssen.³⁷

Schliesslich besteht auch die Möglichkeit, über die Erwirkung eines *gerichtlichen Verbots* (Art. 258 ZPO) die Unterlassung jeder Besitzesstörung anordnen zu lassen. Grundsätzlich können aber nur dinglich berechnigte Personen Gesuch um ein gerichtliches Verbot stellen, nicht aber Personen, welche ausschliesslich Besitzerin oder Besitzer des Grundstücks sind. Das Verbot muss sich ausserdem an die Allgemeinheit richten und kann nicht gegen bestimmte Personen verhängt werden. Besitzesschutzansprüche gemäss Artikel 927 f. ZGB gegen bestimmte, namentlich bekannte Störerinnen und Störer müssen in einem kontradiktorischen Verfahren erwirkt werden. Gegen das Verbot kann zudem jedermann ohne Begründung innert 30 Tagen seit Publikation Einsprache erheben. Damit wird das Verbot gegenüber der Einsprache erhebenden Person unwirksam und muss dieser gegenüber mit einer Anerkennungsklage geschützt werden. Nach unbenutztem Ablauf der Einsprache-frist muss dem Verbot mit einer Aberkennungsklage oder in einem allfälligen Strafverfahren begegnet werden.³⁸

1.2.6 Strafrechtlicher Besitzesschutz³⁹

Das Strafrecht sieht selber keinen eigenständigen Besitzesschutz vor, sondern dient grundsätzlich nur der *Sanktionierung* ganz bestimmter Besitzesbeeinträchtigungen. Immerhin stellt insbesondere das Strafprozessrecht den Strafverfolgungsbehörden,

³⁶ Stark/Lindemann (Fn. 15), Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 109; Sutter-Somm (Fn. 30), Rz. 1349; Ernst (Fn. 15), Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 45 ff.; Ernst (Fn. 30), S. 106 ff.

³⁷ Zürcher Johann J., ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2016, Art. 263 ZPO N 3; BGer Urteil 4P.201/2004 vom 29. November 2004 E. 4.2; Ernst (Fn. 15), Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 ff.; Sprecher (Fn. 35), Art. 263 ZPO N 16. a.M. Huber Lucius, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2016, Art. 263 ZPO N 23.

³⁸ Ernst (Fn. 15), Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 48; Stark/Lindemann (Fn. 15), Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 115; BGer Urteil 6B 880/2013 vom 27. Februar 2014 E. 3; Jent-Sørensen (Fn. 34), Art. 258-260 ZPO N 1 ff.

³⁹ Vgl. weiterführend Mabillard (Fn. 3), BT, I.F.

wie der Polizei, gewisse Instrumente gegen andauernde Hausbesetzungen zur Verfügung.⁴⁰

Von den Vermögensdelikten kommen im Zusammenhang mit einer Hausbesetzung nur die Sachbeschädigung (Art. 144 StGB⁴¹) oder die unrechtmässige Entziehung von Energie (Art. 142 StGB) in Betracht. Bei den Freiheitsdelikten ist vornehmlich der *Hausfriedensbruch* (Art. 186 StGB) zu erwähnen, bezeichnet doch der Besitz eine faktische Herrschaftsbeziehung, die ähnlich dem von Artikel 186 StGB geschützten Hausrecht auf die Verfügungsgewalt über die Liegenschaft abstellt.⁴²

Zur *Strafverfolgung* wegen Hausfriedensbruchs infolge Hausbesetzung kommt es grundsätzlich nur gestützt auf einen Strafantrag der oder des Berechtigten. Liegt ein Strafantrag vor, so sind die Strafverfolgungsbehörden verpflichtet, ein Strafverfahren einzuleiten, die zur Verfügung gestellten Beweiserhebungsmöglichkeiten zu nutzen sowie die erforderlichen Zwangsmassnahmen anzuordnen. All diese Massnahmen führen indes – letztlich auch aus Gründen der Verhältnismässigkeit – nicht zu einem präventiven strafrechtlichen Besitzschutz und begründen insbesondere auch keinen Anspruch auf Räumung der besetzten Liegenschaft. Mit der Einleitung eines Strafverfahrens kann somit letztlich oft nicht mehr als eine Erschwerung der Hausbesetzung erreicht werden.⁴³

1.2.7 Praxis kantonaler Behörden bei Hausbesetzungen⁴⁴

Die Auswertung der Praxis bei der Erstellung des Gutachtens und insbesondere die Rückmeldungen von Seiten der Gerichte haben ergeben, dass die Räumung der besetzten Liegenschaft im *Zivilverfahren* die von einer Hausbesetzung Betroffenen vor grosse Herausforderungen stellt (vgl. dazu auch Ziff. 1.3 und 1.4.3). Obschon die Verfahren nach den eigenen Einschätzungen von den Gerichten relativ schnell bewältigt werden können, gibt es insbesondere Probleme bei der Zustellung der gerichtlichen Entscheide oder Verfügungen an die einerseits unbekanntes und andererseits stets wechselnden Hausbesetzerinnen und Hausbesetzer. Dieselben Umstände erschweren auch die Feststellung der passivlegitimierten Personen erheblich, was Auswirkungen bis hin zur Vollstreckung der Räumung haben kann (vgl. dazu auch Ziff. 1.3 und 1.4.3).

⁴⁰ Weder Ulrich, Häuserbesetzungen aus strafrechtlicher Sicht, Sicherheit & Recht 2018, S. 15 ff., S. 20 f.

⁴¹ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937; SR 311.0.

⁴² BGE 128 IV 81; BGer Urteil 6B_924/2016 vom 24. März 2017; vgl. aber auch BGer Urteil 6S.5/2004 vom 21. Mai 2004; Weissenberger Philippe, Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, Basel 2013, Art. 144 StGB N 7; Stratenwerth Günter/Wohlers Wolfgang, SHK - Stämpfli Handkommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Bern 2013, Art. 142 StGB N 1; Weder (Fn. 40), S. 15 ff.

⁴³ Delnon Vera/Rüdy Bernhard, Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, Basel 2013, Art. 186 StGB N 41; Weder (Fn. 40), S. 19 f.; Mazzucchelli Goran/Postizzi Mario, Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Basel, 2011, Art. 115 StPO N 94 ff., Art. 118 StPO N 2, 6; Dolge Annette, Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Basel, 2011, Art. 122 StPO N 28 und 65 ff., Art. 123 StPO N 9 ff.

⁴⁴ Vgl. weiterführend Mabillard (Fn. 3), BT, I.G.

Für die *polizeiliche Räumung* von besetzten Liegenschaften haben sich gemäss Gutachten in den fünf untersuchten Kantonen verschiedene Praktiken etabliert. Es lassen sich im Ergebnis *drei Gruppen* von kantonalen Praktiken erkennen: (1) In den Kantonen Genf und Bern wird für die Räumung einer besetzten Liegenschaft generell nur ein Strafantrag vorausgesetzt und eine Einzelfallprüfung vorbehalten. Beide Kantone legen zudem besonderes Gewicht auf die Kommunikation mit den betroffenen Hauseigentümerinnen und Hauseigentümern sowie auf zusätzliche Präventions- und Vermittlungsmassnahmen, um weitere Hausbesetzungen zu verhindern.⁴⁵ Beim Kanton Bern fällt dabei auf, dass für eine polizeiliche Räumung die vorgängige Beschreitung des Zivilwegs nicht zwingend verlangt wird. (2) Die Polizeibehörden der Stadt Zürich sowie des Kantons Basel-Stadt fordern neben dem Strafantrag unterschiedliche Zusatzbedingungen: Demnach fordert Basel-Stadt alternativ die Sicherung der Liegenschaft oder eine Personen- beziehungsweise Objektgefährdung und Zürich eine rechtskräftige Baubewilligung, einen abgeschlossenen Nutzungsvertrag oder eine Personen- beziehungsweise Objektgefährdung.⁴⁶ Für Zürich ist anzumerken, dass zudem die Bauarbeiten beziehungsweise die Nutzung unmittelbar nach der Räumung einsetzen müssen. Die lokalpolitische Diskussion in Basel-Stadt lässt sich mit derjenigen in Bern vergleichen und kontrastiert mit den Diskussionen in den Kantonen Waadt und Zürich, wo die Vorstösse in Richtung Stärkung des Hausbesitzschutzes gehen. (3) Demgegenüber scheinen die Polizeibehörden des Kantons Waadt nur gestützt auf einen rechtskräftigen Gerichts- oder Behördenentscheid die Räumung einer besetzten Liegenschaft vornehmen zu wollen. Zwar anerkennt der Waadtländer Staatsrat, dass Artikel 1 Absatz 1 LPol VD⁴⁷ eine Grundlage für die polizeiliche Intervention bereit hält, interpretiert aber den Gesetzesbegriff «sofort» dermassen strikt, dass nicht nur – wie vom Staatsrat selbst festgehalten – eine Selbsthilfe gemäss Artikel 926 Absatz 2 ZGB unmöglich wird, sondern auch eine polizeiliche Räumung nur gestützt auf einen rechtskräftigen zivilrechtlichen beziehungsweise verwaltungsrechtlichen Entscheid gewährt werden kann.⁴⁸ Das Problem wird im Kanton Waadt in einer zu engen beziehungsweise zu vagen bundesrechtlichen Vorgabe gesehen. Dieses Verständnis liegt auch der Motion 15.3531 (vgl. dazu vorne Ziff. 1.1) zugrunde.

⁴⁵ Stähli Armin, Hausbesetzungen aus polizeirechtlicher und -taktischer Sicht, Eine Bestandsaufnahme in Zürich, Basel, Bern und Genf, Sicherheit & Recht 2018, S. 8 ff.; 11 f.

⁴⁶ Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Basel-Stadt, Kantonspolizei, Merkblatt: Hausbesetzungen im Kanton Basel-Stadt. Kann abgerufen werden unter: www.polizei.bs.ch/was-tun/hausbesetzungen.html (Stand: 19.06.2020); Stadt Zürich, Stadtpolizei, Merkblatt: Hausbesetzungen in der Stadt Zürich, Stand 26.09.2012. Kann abgerufen werden unter: www.stzh.ch (Stand: 19.6.2020).

⁴⁷ Loi sur la police cantonale (LPol, RS VD 133.11) vom 17. November 1975 (Stand: 01.09.2016).

⁴⁸ Staatsrat des Kantons Waadt, Antwort vom 6. Mai 2015 auf die Interpellation 14_INT_262, 2, S. 2 ff.

Grundsätzlich enthält das geltende Recht – insbesondere das Sachenrecht sowie die Zivilprozessordnung – zweckmässige Regelungen, gestützt auf welche sich die von einer Hausbesetzung betroffenen Personen ihres Eigentums wieder bemächtigen können. Ferner haben die Polizeibehörden derjenigen (primär städtischen) Gebiete, welche regelmässig mit Hausbesetzungen konfrontiert sind, standardisierte Vorgehensweisen entwickelt, mit welchen den sich bei Hausbesetzungen ergebenden komplexen Abwägungsfragen wirksam begegnet werden kann. Damit können Eigentümerinnen und Eigentümer oder Besitzerinnen und Besitzer von unrechtmässig besetzten Liegenschaften unter Umständen eine adäquate (Übergangs-)Lösung finden. Inzwischen gehen Hauseigentümerinnen und Hauseigentümer – zuweilen mit nicht unerheblichem Aufwand – dazu über, die Entstehung von unbenütztem Raum möglichst zu verhindern, sei dies mittels Zwischennutzungen oder indem sie leer stehende Liegenschaften von einem Sicherheitsdienstleistungsunternehmen bewachen lassen, das Gebäude verschalen oder die sich darin befindende Infrastruktur entfernen.⁴⁹

Gerade diese Entwicklungen zeigen, dass das geltende Recht nach verbreiteter Wahrnehmung offenbar als nicht ausreichend erscheint, um eine rasche Ausweisung von Hausbesetzerinnen und Hausbesetzern zu erwirken. Kommt hinzu, dass die polizeiliche Räumung einer besetzten Liegenschaft regelmässig erst erwartet werden kann, sobald bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind oder ein vollstreckbares Ausweisungsurteil vorliegt. Auf dem Weg zur Erlangung eines gerichtlichen Ausweisungstitels können folgende Schwierigkeiten auftreten:

- Die Zivilprozessordnung weist den materiellen Rechtsanspruch auf possessorischen Besitzerschutz keiner besonderen Verfahrensart zu. Zwar eröffnen sich dadurch viele Verfahrensmöglichkeiten. Da aber keines der Verfahren auf den possessorischen Besitzerschutz zugeschnitten ist, können auf die von einer Hausbesetzung betroffenen Personen verfahrensrechtliche Schwierigkeiten zukommen und tragen sie ein erhebliches Prozessrisiko (vgl. Ziff. 1.2.5 hiervor).
- Infolge der unbekanntenen Identität und der häufig wechselnden Hausbesetzerinnen und Hausbesetzer (unbestimmter Personenkreis) erweist sich die Bestimmung der passivlegitimierten Person(en) als schwierig bis unmöglich. Damit gehen auch Schwierigkeiten bei der Zustellung von Gerichtsurkunden einher.
- Bei Anwendung des summarischen Verfahrens können sich für die Eigentümerinnen und Eigentümer – infolge der Beschränkung der Beweismittel auf Urkunden – Beweisschwierigkeiten ergeben.

⁴⁹ Vgl. dazu Büchi Raffael/Gehring Eva, Erstreckung ausgeschlossen: Die Gebrauchsleihe als ideale Vertragsform für die Zwischennutzung von Liegenschaften, Jusletter 10. Februar 2014; Rz. 1 ff.; Baumann Maja, Mietrechtliche Stolpersteine bei der Umnutzung von Liegenschaften, Jusletter 25. November 2013, Rz. 30 ff.

-
- Bei vorsorglichen Massnahmen stellt sich die Frage der Zweckmässigkeit der Pflicht zur Prosekution aufgrund der durch die Massnahmen des Besitzschutzes geschaffenen Faktenlage.

Auch die Motion 15.3531 kritisiert die mangelnde Effektivität des geltenden Rechtsschutzes, weil die Hauseigentümerinnen und Hauseigentümer auf den Zivilweg verwiesen würden, der eine gewisse Zeit dauere, darüber hinaus relativ kompliziert sei und ein rasches Ergebnis verunmögliche.

Ausgehend von einer gesamtheitlichen Betrachtung der Problematik der Hausbesetzungen will die vorliegende Revision des ZGB und der ZPO die Situation der von einer Hausbesetzung betroffenen Personen verbessern. Dabei soll an den bereits in der ZPO bestehenden Massnahmen zum Besitzschutz (Art. 258 ff. ZPO) angeknüpft werden. Die bei Durchsetzung des Besitzschutzes vorgesehenen Erleichterungen sollen – zwecks Minimierung privater Gewalt – der Ausübung von Eigenmacht präventiv entgegenwirken: Hausbesetzerinnen und Hausbesetzer sollen damit rechnen müssen, dass die Eigentümerschaft griffige rechtliche Mittel zur Hand hat, um eine rasche polizeiliche Räumung zu erwirken. Der Vorentwurf schlägt eine Anpassung des Besitzschutzes im Allgemeinen vor und sieht davon ab, im Zivilgesetzbuch eine ausschliesslich auf Hausbesetzungen zugeschnittene Sonderregelung zu schaffen. Sofern nachfolgend bei den Erläuterungen zu den einzelnen Gesetzesanpassungen von Besitzerinnen und Besitzern die Rede sein wird, werden darunter immer auch – aber eben nicht nur – die Hauseigentümerinnen und Hauseigentümer zu fassen sein.

Die praktische Umsetzung des Besitzschutzes in Form der Räumung von besetzten Grundstücken wird auch in Zukunft vom kantonalen (Polizei-)Recht mitbestimmt werden. Wie der Bundesgesetzgeber ist auch der kantonale Gesetzgeber gleichermaßen primärer Adressat der grundrechtlichen Schutzpflichten (vgl. Ziff. 1.2.2 hiervor) und dazu gehalten, das kantonale Polizeirecht unter diesem Aspekt auf dessen Eignung als generelle Schutzgrundlage hin zu untersuchen.

1.4 Begründung und Bewertung der vorgeschlagenen Lösung

1.4.1 Beginn und Dauer der Selbsthilfefrist

Im Rahmen der *Besitzwehr* gemäss Artikel 926 Absatz 1 ZGB kann sich eine Besitzerin oder ein Besitzer wehren, solange der Angriff beziehungsweise der Entziehungsversuch andauert und sie oder er nicht in die Besitzstörung eingewilligt hat.⁵⁰ Ist die Besitzesentziehung vollzogen, so kann eine *Besitzeskehr* nach Artikel 926 Absatz 2 ZGB nur «sofort» erfolgen. Das Kernanliegen der Motion 15.3531 ist die Lockerung dieser sofortigen Reaktionsfrist, innert welcher sich Hauseigentümerinnen und Hauseigentümer nach Artikel 926 Absatz 2 ZGB ihrer Liegenschaft wieder bemächtigen dürfen. Die Motion kritisiert, dass das Selbsthilfeverbot aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung praktisch jede Wirksamkeit verloren habe,

⁵⁰ Stark/Lindemann (Fn. 15), Art. 926 ZGB N 10; Berger-Steiner/Schmid (Fn. 15), Art. 926 ZGB N 13 m. Vw.a. Ernst (Fn. 15), BSK-Art. 926 ZGB N 5.

weil «sofort» innerhalb weniger Stunden nach Beginn der Hausbesetzung reagiert werden müsse.

Die Behauptung – die wohl letztlich auf eine Stellungnahme des Staatsrats des Kantons Waadt zurückgeht⁵¹ –, die Selbsthilfe sei aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts stets innerhalb von wenigen Stunden auszuüben, lässt sich nicht erhärten. Der Begriff «sofort» – «*aussitôt*» beziehungsweise «*immédiatement*» – ist ein *unbestimmter Rechtsbegriff*, der nach dem Willen des Gesetzgebers von der Rechtsprechung im Einzelfall zu präzisieren ist. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts hat dazu bis heute folgende zwei generelle Kriterien entwickelt: So muss (1) die Wiedererlangungshandlung unmittelbar erfolgen und (2) darf diese Handlung nicht – auch nicht nur provisorisch – eingestellt werden.⁵²

Im Zusammenhang mit der Frist zur Selbsthilfe ist aber nicht nur deren Dauer von Interesse, sondern insbesondere auch die Frage, ab wann die Frist zu laufen beginnt (Zeitpunkt der Besitzesentziehung oder Zeitpunkt der Kenntnisnahme davon) und damit wie lange die Eigentümerin oder der Eigentümer mit der Ausübung der Rückbeschaffung zuwarten darf. Für die Bestimmung der angemessenen Reaktionszeit stellt die *Rechtsprechung* auf die Umstände des Einzelfalls ab. Sobald das Einstellen der Wiedererlangungshandlung beziehungsweise das Abfinden mit der Situation als Einwilligung ausgelegt werden kann, geht das Selbsthilferecht aufgrund der vorausgesetzten verbotenen Eigenmacht verloren. Da die Einwilligung auch konkludent abgegeben werden kann, kann das Selbsthilferecht verhältnismässig schnell verwirkt sein.⁵³ Das Unterlassen des körperlichen Widerstands und insbesondere des Anrufens von Polizeischutz soll indes – nach mehrheitlich vertretener Auffassung – nicht für eine stillschweigende Einwilligung genügen.⁵⁴

Die eher restriktive Auslegung des Selbsthilferechts von Artikel 926 Absatz 2 ZGB durch die Gerichte kann zuweilen etwas streng anmuten, ist aber nach Ansicht des Bundesrates inhaltlich gerechtfertigt, ja geradezu zwingend. Denn als *positivrechtliche Ausnahme vom staatlichen Gewaltmonopol* steht die über einen gegenwärtigen Angriff hinausgehende Besitzeskehr ohnehin bereits im Widerspruch zu den Grundsätzen des allgemeinen Notwehrrechts, wonach nur die Abwehr gegenwärtiger Angriffe gerechtfertigt ist (Art. 52 Abs. 1 OR).⁵⁵ Daher ist stets eine gesetzliche Grundlage notwendig, welche den Gerichten einen gewissen Ermessenspielraum gibt, um die konkreten Umstände im Einzelfall mitberücksichtigen zu können.

⁵¹ Vgl. bereits Ziff. 1.2.7 / Fn. 48.

⁵² Vgl. Ziff. 1.2.3; BGer Urteil 1P.109/2006 vom 22. Juni 2006 E. 5; BGE 118 IV 292; Mabillard (Fn. 3), BT, I.C.5c). Urteil des Bundesgerichts vom 23. Oktober 1980 E. 6c, in: SJ 1981, S. 114 ff., 121; BGer Urteil 1P.624/1989 vom 8. Mai 1991 E. 3b, in: SJ 1991, S. 602 ff., 605; deutsche Übersetzung ZBl 1991, S. 552 ff., 555.

⁵³ Stark/Lindemann (Fn. 15), Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 26 ff.; Ernst (Fn. 15), Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 13 ff.; Mabillard (Fn. 3), BT, I. C.5d).

⁵⁴ Stark/Lindemann (Fn. 15), Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 27; Ernst (Fn. 15), Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 13.

⁵⁵ Mabillard (Fn. 3), BT, I.A.2. und BT, I. C.5c); Homberger Arthur, Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Besitz und Grundbuch, Zürich 1938, Art. 926 ZGB N 24.

In der *Lehre* wird für die Dauer der Selbsthilfefrist einerseits vertreten, dass die Besitzeskehr «sofort nach Vollendung des Besitzesentzugs» stattzufinden hat.⁵⁶ Andererseits ist auch zu lesen, dass die Besitzerin oder der Besitzer sofort, nachdem ihr oder ihm der Besitzesentzug bekannt wurde oder bekannt werden konnte, zu reagieren hat.⁵⁷ Zum Begriff «sofort» selbst wird dann in der Lehre ausgeführt, dass «ohne Verzug» zu reagieren ist⁵⁸ oder eine Reaktion «innert kurzer Zeit» zu erfolgen hat.⁵⁹ Teilweise wird auch die Meinung vertreten, dass die Berechtigten auf die Klage von Artikel 927 ZGB verwiesen bleiben, sofern sie die Besitzeskehr nicht «unmittelbar» nach dem Besitzesentzug vornehmen.⁶⁰ In der älteren Lehre wird wiederum ausgeführt, der Begriff «sofort» sei nicht zu wörtlich zu verstehen. Vielmehr soll die Frist nach vernünftigem gerichtlichem Ermessen beurteilt werden und kann auch einige Tage betragen, beispielsweise wenn die Mieterin oder der Mieter die Wohnung nach einer Abwesenheit von einigen Tagen von der Vermieterschaft besetzt vorfindet.⁶¹ Erst, wenn so viel Zeit verstrichen ist, dass die Rücknahme als selbständiger Angriff erscheint, soll diese nicht mehr vom Selbsthilferecht gedeckt sein.⁶²

Der Bundesrat hält den Lösungsvorschlag der Motion 15.3531, für die Reaktionszeit in Artikel 926 Absatz 2 ZGB eine starre Frist von 48 oder 72 Stunden vorzusehen, nicht für tauglich. Stattdessen soll der Beginn der Selbsthilfefrist von Artikel 926 Absatz 2 ZGB neu auf den Zeitpunkt der Kenntnisnahme der Besitzesentziehung festgelegt werden. Massgebend soll jener Zeitpunkt sein, in welchem die Besitzerin oder der Besitzer in Anwendung der nach den Umständen zumutbaren Sorgfalt von der Besitzesentziehung Kenntnis erlangt hat beziehungsweise erlangen konnte. Bereits damit wird das Selbsthilferecht, wie von der Motion 15.3531 gefordert, deutlich gestärkt. Im Gegenzug wird der unbestimmte Rechtsbegriff «sofort» beibehalten. Damit verbleibt den Gerichten der notwendige Ermessenspielraum, um die konkreten Umstände des Einzelfalls mitberücksichtigen zu können.

1.4.2 Konkretisierung der amtlichen Hilfe

Zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung können die kantonalen Behörden den von einer Hausbesetzung Betroffenen im Zusammenhang mit ihrem Selbsthilferecht nach Artikel 926 ZGB beistehen. Unter welchen Voraussetzungen zum Schutz

⁵⁶ Arnet/Eitel (Fn. 26), Art. 926 ZGB N 4.

⁵⁷ Stark/Lindemann (Fn. 15), Art. 926 ZGB N 16; Ostertag Fritz, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV: Das Sachenrecht, 3. Abteiling: Besitz und Grundbuch, Art. 926, Bern 1917; Art. 926 ZGB N 36.

⁵⁸ Berger-Steiner/Schmid (Fn. 15), Art. 926 ZGB N 14, Art. 929 ZGB N 2; ebenso Stark/Lindemann (Fn. 15), BK-Art. 926 ZGB N 16; bereits OSTERTAG (Fn. 57), Art. 926 ZGB N 36.

⁵⁹ Ernst (Fn. 15), BSK-Art. 926 ZGB N 6; Homberger (Fn. 55), Art. 926 ZGB N 25; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo (Fn. 18), § 91 N 5.

⁶⁰ Arnet/Eitel (Fn. 26), Art. 926 ZGB N 4; Domej (Fn. 15), KUKO-Art. 926 ZGB N 19; bereits Homberger (Fn. 55), Art. 926 ZGB N 25.

⁶¹ Wieland Carl A., Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Zürich 1909, Art. 926 ZGB N 4a.

⁶² Homberger (Fn. 55), Art. 926 ZGB N 25.

privater Rechte behördliche Hilfe geleistet wird, ist jedoch grundsätzlich Sache des kantonalen öffentlichen Rechts. Die bundesrechtlichen Grundsätze des rechtstaatlichen Handelns, der Subsidiarität und des Willkürverbots sowie die allgemeinen Verfahrensgarantien und die einschlägigen Grundrechte sind aber auch von den Kantonen einzuhalten.⁶³

Unter geltendem Recht ist – auch bei Hausbesetzungen – Selbsthilfe ohne und solche mit behördlicher Unterstützung möglich, wobei es für die Zulässigkeit der Selbsthilfe keine Rolle spielt, ob Unterstützung der Polizei oder der Zivilgerichte verfügbar ist. Dieses Nebeneinander vermag in der Praxis verwirrend sein. Ausserdem liegt streng genommen eigentlich gar keine Selbsthilfe mehr vor, sobald behördliche Hilfe in Anspruch genommen wird. Letztlich führt die behördliche Unterstützung nämlich dazu, dass das staatliche Gewaltmonopol nicht mehr durchbrochen wird. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt die Selbsthilfe nach Artikel 926 ZGB, wo rechtzeitig amtliche Hilfe eingeholt werden kann, ebenfalls als ausgeschlossen. Das Bundesgericht hat dazu festgehalten, dass nicht nur die Selbsthilfe nach Artikel 52 Absatz 3 OR voraussetzt, «... dass nach den gegebenen Umständen amtliche Hilfe nicht rechtzeitig erlangt und nur durch Selbsthilfe eine Vereitelung des Anspruchs oder eine wesentliche Erschwerung seiner Geltendmachung verhindert werden konnte»⁶⁴, sondern dies ebenfalls für die Selbsthilfe des Besitzschutzes gilt, «...weil Art. 926 Abs. 3 ZGB jede nach den Umständen nicht gerechtfertigte Gewalt verbietet»⁶⁵. In der Literatur ist umstritten, inwieweit Selbsthilfe zulässig sein soll, wenn obrigkeitliche Hilfe zur Verfügung steht. Einigkeit besteht allerdings darüber, dass, wo jede amtliche Hilfe zu spät kommen würde, eine verhältnismässige Selbsthilfe erlaubt ist.⁶⁶

Fraglich dabei ist, ob die Polizei bei Hausbesetzungen – auch abgesehen vom Vorliegen eines vollstreckbaren Entscheids – eine Interventionspflicht trifft. Zur Interventionspflicht gestützt auf die Eigentumsgarantie hat das Bundesgericht festgestellt, dass – solange sich die Besitzerin oder der Besitzer nicht mit der Hausbesetzung abgefunden hat – eine krasse Beeinträchtigung des Besitzes vorliegt und nicht nur die privaten Rechte der von der Hausbesetzung betroffenen Personen, sondern auch die öffentliche Ordnung gestört sein können. Seitens der Besitzerin oder des Besitzers besteht daher grundsätzlich ein Interventionsanspruch gegenüber der Polizei, doch ist dieser Anspruch nicht absolut und unbedingt. Zum Eingriff verpflichtet ist die Polizei nur gestützt auf (1) den allgemeinen Polizeiauftrag oder eine entsprechend ausgestaltete gesetzliche Grundlage (2) für Hausbesetzungen, von denen sie Kenntnis hat und gegen die (3) in Abwägung der gegebenen Interessen (4) verhält-

⁶³ Mabillard (Fn. 3), BT, I.C.6a); BGE 119 Ia 28 E. 2 S. 30 f.; BGer Urteil 1P.624/1989 vom 8. Mai 1991 E. 3a (Fn. 52); Waldmann Bernhard/Borter Emanuel, Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 46 BV N 5 ff., 16 ff.

⁶⁴ BGer Urteil 4P.148/2001 vom 25. Oktober 2001 E. 3b.

⁶⁵ BGer Urteil 4P.148/2001 vom 25. Oktober 2001 E. 3b.

⁶⁶ BGer Urteil 4P.148/2001 vom 25. Oktober 2001 E. 3b; BGE 128 IV 250, E. 3.2 S. 253 f.; BGer Urteil 6S.5/2004 vom 21. Mai 2004 E. 2.2; Ostertag (Fn. 57), BK-Art. 926 ZGB N 29; Arnet/Eitel (Fn. 26), Art. 926 ZGB N 4, 6; Stark/Lindemann (Fn. 15), Art. 926 ZGB N 17, 23; Homberger (Fn. 55), Art. 926 ZGB N 26; Sutter-Somm (Fn. 30), Rz. 1331; Ernst (Fn. 15), Art. 926 N 7; Mabillard (Fn. 3), BT, I.C.6b).

nismässige polizeiliche, nicht aber rechtzeitig zivilgerichtliche oder andere staatliche Massnahmen (5) faktisch möglich sind.⁶⁷

Mit dem vorliegenden Vorentwurf soll mit einer Ergänzung von Artikel 926 Absatz 3 ZGB die Pflicht zur amtlichen Hilfe in zwei Punkten gesetzlich geklärt werden: Zum einen soll von Gesetzes wegen auch für die Selbsthilfe beim Besitzerschutz vorausgesetzt werden, dass amtliche Hilfe nicht rechtzeitig erlangt werden kann. Damit wird das in der Lehre umstrittene Nebeneinander von Selbsthilfe gemäss Artikel 926 ZGB und solcher gemäss Artikel 52 Absatz 3 OR geklärt. Zum anderen soll die vom Bundesgericht zur Interventionspflicht der Polizei entwickelte Rechtsprechung Eingang ins Gesetz finden. Mit Blick auf die kantonalen Gesetzgebungskompetenzen beim Polizeirecht sowie aufgrund der Relativität der Schutzpflichten, die sich an den Grundrechten ableiten lassen, kommt im Ergebnis allerdings nur eine (bundes-)gesetzgeberische Präzisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips für den Besitzerschutz in Frage. Das Opportunitätsprinzip sowie das Subsidiaritätsprinzip bleiben dabei weiterhin anwendbar und der den Polizeibehörden bei der Räumung von Hausbesetzungen heute zukommende Ermessensspielraum soll erhalten bleiben.

1.4.3 Effektivere Gestaltung des zivilprozessualen Besitzerschutzes

Wie bereits dargestellt, weist die Zivilprozessordnung den materiellen Rechtsanspruch auf possessorischen Besitzerschutz⁶⁸ keiner besonderen Verfahrensart zu, wodurch sich der klagenden Besitzerin oder dem klagenden Besitzer eine Vielzahl von zivilrechtlichen Verfahrensmöglichkeiten eröffnen, um gegen eine eigenmächtige Besetzung ihres beziehungsweise seines Grundstücks vorzugehen. Da keines der verfügbaren Zivilverfahren auf den possessorischen Besitzerschutz zugeschnitten ist, können sich rechtsschutzsuchende Besitzerinnen und Besitzer allerdings mit prozessualen Schwierigkeiten konfrontiert sehen und tragen unter Umständen ein hohes Prozessrisiko (vgl. dazu Ziff. 1.2.5). Regelmässig stellt die Räumung einer besetzten Liegenschaft über das Zivilverfahren für die Besitzerinnen und Besitzer eine grosse Herausforderung dar. Die Hauptprobleme wurden bei der Feststellung der passivlegitimierten Personen sowie bei den damit zusammenhängenden Auswirkungen auf das Verfahren und die Vollstreckung lokalisiert.⁶⁹

Der Vorentwurf schlägt daher vor, den zivilprozessualen Besitzerschutz durch punktuelle Anpassungen der ZPO im Interesse der Besitzerinnen und Besitzer zu ergänzen. Dazu sollen die bereits mit dem gerichtlichen Verbot (Art. 258 ff. ZPO) bestehenden Massnahmen des Besitzerschutzes erweitert werden. Mit der neuen *gerichtlichen Verfügung* als weiterem Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit soll der

⁶⁷ Mabillard (Fn. 3), BT, I. C. 6d); Urteil des Bundesgerichts vom 23. Oktober 1980 E. 6c, in: SJ 1981, S. 114 ff., 121; BGer Urteil 1P.624/1989 vom 8. Mai 1991 E. 3b, in: SJ 1991, S. 602 ff. 605 (deutsche Übersetzung in: ZBl 1991, S. 552 ff., 555); BGer Urteil 1P.465/1991 und 1P.183/1992 vom 11. Februar 1993 E. 2, in: ZBl 1993, S. 378 ff.

⁶⁸ Zum Unterschied zwischen possessorischem und petitorischen Besitzerschutz vgl. Ziff. 1.2.5.

⁶⁹ Mabillard (Fn. 3), BT, I. G. 7.

Besitzerschutz und damit verbunden auch der Schutz des Grundeigentums weiter gestärkt werden. Die gerichtliche Verfügung soll entsprechend dem Grundgedanken des Vorentwurfs nicht nur bei Hausbesetzungen beantragt werden können, sondern bei jeglicher Art von Störung oder Entziehung des Besitzes an Grundstücken. Nach dem Vorbild des geltenden Besitzesschutzrechts gilt es den Schutz des Besitzes sowie des Eigentums in seiner Gesamtheit zu stärken und nicht «nur» den Schutz vor Hausbesetzungen zu erhöhen. Die eigentliche Neuerung liegt darin begründet, dass die Beseitigung einer Besitzesstörung sowie die Rückgabe des Besitzes mittels gerichtlicher Verfügung neu gegenüber einem *unbestimmten Personenkreis* angeordnet werden kann. Aufgrund namentlich nicht bestimmbarer oder stets wechselnder Hausbesetzerinnen und Hausbesetzer werden den von einer Hausbesetzung Betroffenen so keine prozessualen Nachteile mehr entstehen. Dabei ist den Verfahrensrechten der von der gerichtlichen Verfügung Betroffenen gebührend Rechnung zu tragen. Dies wird über eine sinngemässe Anwendung der für das gerichtliche Verbot geltenden Grundsätze erreicht.

1.4.4 Verworfen Alternativen

1.4.4.1 Einführung einer Stundenfrist

Starre und kurze Reaktionsfristen losgelöst von allen möglichen Begleitumständen können eine effektive Selbsthilfe erschweren und sich für alle beteiligten Personen, insbesondere auch die Hauseigentümerinnen und Hauseigentümer, als kontraproduktiv erweisen. Auch in Frankreich und Spanien haben sich die auf 48 beziehungsweise 72 Stunden festgelegten Reaktionszeiten als Grundlage für eine rasche polizeiliche Räumung nicht bewährt, weil die Besitzerinnen und Besitzer häufig erst nach Ablauf dieser Fristen davon erfahren, dass ihre Wohnung besetzt wurde. Nach unbenutztem Ablauf der Frist bleibt ein langwieriges und teures straf- und/oder zivilgerichtliches Verfahren, um die Räumung zu erwirken und den Besitz zurückzuerlangen. Und selbst wenn in Artikel 926 Absatz 2 ZGB eine Reaktionsfrist von 48 oder 72 Stunden festgelegt würde, bliebe es fraglich, ob die kantonalen Polizeibehörden die von ihnen entwickelten standardisierten Vorgehensweisen bei Hausbesetzungen anpassen würden.⁷⁰ Angesichts dieser Erfahrungen schlägt der Bundesrat vor, das Anliegen der Motion 15.3531 stattdessen mit einer Neuregelung des Beginns der Selbsthilfefrist von Artikel 926 Absatz 2 ZGB umzusetzen (vgl. dazu Ziff. 1.3).

⁷⁰ Vgl. SRF Regionaljournal Zürich Schaffhausen vom 12.09.2017, Neue Regeln bei Hausbesetzung - Mehr Macht für Zürcher Hausbesetzer bei Besetzungen?, wonach vom Sprecher des städtischen Sicherheitsdepartements von Zürich der Einfluss einer Änderung der Fristen im ZGB auf den Umgang der Stadt Zürich mit besetzten Liegenschaften in Frage gestellt wird. Kann abgerufen werden unter: www.srf.ch/news/regional/zuerich-schaffhausen/mehr-macht-fuer-zuercher-hausbesitzer-bei-besetzungen (Stand: 19.06.2020).

1.4.4.2 Schaffung von Partikularprozessrecht

In einem Rechtsgutachten von Prof. Dr. Wermelinger für die Fédération romande immobilière vom Januar 2016, welches im externen Gutachten ebenfalls thematisiert wird, wird vorgeschlagen, einen neuen Artikel 926 Absatz 2^{bis} ZGB aufzunehmen:

*«[l]orsqu'il se voit confronté à l'usurpation d'un immeuble à des fins d'habitation, le possesseur peut en expulser le ou les usurpateurs dans le jour ouvrable suivant le début de l'occupation illicite. Passé ce délai, l'autorité cantonale compétente prend toute mesure provisionnelle nécessaire à l'expulsion du ou des usurpateurs. En cas d'urgence particulière, elle peut prendre des mesures provisionnelles sans entendre les personnes parties à la procédure. En même temps, elle leur donne la possibilité de prendre position; elle prend ensuite une nouvelle décision».*⁷¹

Diesen Vorschlag hält der Bundesrat aus verschiedenen Gründen nicht für zielführend: Der Vorschlag adressiert zwar bezogen auf Wohnliegenschaften die wesentlichen Problempunkte, die bei Besitzesbeeinträchtigungen durch Hausbesetzungen im Rahmen der Selbsthilfe entstehen können, nämlich die Reaktionszeit und die amtliche Hilfe. Allerdings wird mit einem Arbeitstag wiederum eine fixe – von den Umständen des Einzelfalls losgelöste – Frist gesetzt. Zudem läuft der Vorschlag dem gesetzgeberischen Willen, die materiell-rechtlichen Kodifikationen – wie das Schweizerische Zivilgesetzbuch – von verfahrensrechtlichen Bestimmungen zu befreien, zuwider. Das besondere Superprovisorium, das mit Artikel 926 Absatz 2^{bis} ZGB vorgeschlagen wird, lässt sich zudem bereits über Artikel 261 ff. ZPO erreichen, womit sich zusätzliche Fragen der Koordination dieser parallelen Vorschriften stellen würden.

1.4.4.3 Aufhebung des Besitzesschutzes

Die Aufhebung und Überführung des Besitzesschutzes gemäss Artikel 927 ff. ZGB in den von der Schweizerischen Zivilprozessordnung vorgesehenen vorsorglichen Rechtsschutz gemäss Artikel 261 ff. ZPO käme einem Paradigmenwechsel gleich, der eine breitere Untersuchung bedingen und den Rahmen des mit der Motion 15.3531 erteilten Auftrages sprengen würde. Obschon die vorsorglichen Massnahmen zunehmend den Besitzesschutz in praxi verdrängen, behält dieser insbesondere bei Miet- und Pachtverhältnissen und damit für nicht im Grundbuch eingetragene Besitzerinnen und Besitzer eine gewisse Bedeutung.⁷²

1.4.4.4 Trennung von possessorischem und petitorischem Besitzesschutz

Das vom Bundesamt für Justiz in Auftrag gegebene Gutachten regt stellenweise dazu an, den Besitzesschutz gemäss Artikel 927 f. ZGB in seiner heutigen Form in

⁷¹ Vgl. weiterführend Mabillard (Fn. 3), BT, II.B.1.d.

⁷² Stark/Lindemann (Fn. 15), Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 103; Ernst (Fn. 15), Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 35.

grundsätzlicher Art und Weise zu überdenken. Gemäss den Ausführungen im Gutachten besteht de lege lata eine Verknüpfung zwischen possessorischem und petitorischem Besitzesschutz⁷³. Wird zudem berücksichtigt, dass der possessorische Besitzesschutz zwar als vorsorgliche Massnahme sui generis gedacht ist (weil er stets unter dem Vorbehalt des Entscheids über das Petitorium steht), dann aber einen eigenständigen Zivilrechtsanspruch begründet (weil er im Schweizerischen Zivilgesetzbuch angelegt ist), so entsteht dadurch eine Rechtslage, die dem Schutzsuchenden eine Vielzahl von Optionen bereithält, wovon keine zu einem Ergebnis in nutzbringender Zeit führt. Eine weitergehende Studie zur Frage, inwiefern der possessorische Besitzesschutz in den vorsorglichen Rechtsschutz der Schweizerischen Zivilprozessordnung überführt werden könnte, hätte vertieft zusätzlichen Fragen nachzugehen.⁷⁴ Auch dieser Ansatz hätte aber einen Paradigmenwechsel zur Folge und die breiter anzulegende Untersuchung würde sich mit dem im Zusammenhang mit der Motion 15.3531 erteilten Auftrag nur schwer vereinbaren lassen. Im Übrigen drängt sich ein solcher Paradigmenwechsel nicht zwingend auf, entspricht die geltende liberale Grundhaltung mit Bezug auf die Durchsetzung des Besitzesschutzes doch einem Grundbedürfnis und hat sich diese in der Vergangenheit im Grundsatz auch bewährt.

1.5 Abstimmung von Aufgaben und Finanzen

Die vorgeschlagenen Änderungen respektieren die Kompetenz der Kantone im Polizeirecht und haben grundsätzlich keine unmittelbaren finanziellen Auswirkungen für Bund und Kantone zur Folge.

1.6 Umsetzungsfragen

Grundsätzlich bedürfen die vorgeschlagenen Anpassungen bestehender Bundesgesetze keiner weiteren Umsetzung auf Verordnungsstufe. Die vorgeschlagenen Anpassungen der Zivilprozessordnung können jedoch zu Anpassungen im kantonalen Recht, namentlich in den kantonalen Gerichtsverfahrens- und -organisationsgesetzen, führen (vgl. dazu auch unten Ziff. 4.2).

1.7 Erledigung parlamentarischer Vorstösse

Mit den vorgeschlagenen Anpassungen des Zivilgesetzbuches und der Zivilprozessordnung soll die bereits erwähnte Motion 15.3531 umgesetzt werden.⁷⁵

⁷³ Zum Unterschied zwischen possessorischem und petitorischen Besitzesschutz vgl. Ziff. 1.2.5.

⁷⁴ Vgl. dazu weiterführend Mabillard (Fn. 3), BT, II.C.

⁷⁵ In einem – wenn auch anderweitige Ziele verfolgend – engen sachlichen Zusammenhang steht die Motion 18.3845 Molina Fabian «Unbürokratische Zwischennutzungen ermöglichen», welche vom Bundesrat zur Ablehnung beantragt und im Rat noch nicht behandelt worden ist (Stand: 19.06.2020).

2 Rechtsvergleich

2.1 Deutschland

Haus- und Grundstücksbesetzungen erfüllen den Straftatbestand des Hausfriedensbruchs von § 123 des deutschen Strafgesetzbuches und stellen damit nach deutschem Recht eine Störung der öffentlichen Sicherheit im Sinne der allgemeinen polizeilichen Eingriffsermächtigung der Bundesländer dar. Die Beseitigung einer solchen Störung fällt in die polizeiliche Aufgabenzuständigkeit. Daher besteht die Pflicht zum Eingreifen der Polizei auch, wenn der Polizei nach dem Polizei- und Ordnungsrecht der Bundesländer der Schutz privater Rechte nur dann obliegt, wenn gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist und wenn ohne polizeiliche Hilfe die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert wird. Die Zwangsräumung basierend auf einem zivilrechtlichen Vollstreckungstitel setzt voraus, dass die Räumungsschuldner (Hausbesetzer und Hausbesetzerinnen) im Vollstreckungstitel namentlich oder sicher identifizierbar benannt werden. Ein «Titel gegen Unbekannt» oder ein grundstücksbezogener Titel ist gemäss jüngerer Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nach geltendem Recht nicht möglich.⁷⁶

2.2 Frankreich

Das Verfahren zur Räumung einer besetzten Wohnung sowie dessen Dauer hängt in Frankreich im Wesentlichen davon ab, wieviel Zeit seit dem Beginn der Hausbesetzung vergangen ist und ob es sich beim besetzten Objekt um eine Erst- oder Zweitwohnung oder um eine leerstehende Wohnung handelt. Kann mit Dokumenten nachgewiesen werden, dass es sich bei der besetzten Wohnung um eine Erstwohnung (Hauptwohnsitz) handelt, wird die von der Besetzung betroffene Person über eine Strafanzeige bei der Polizei eine relativ rasche Räumung ihrer Wohnung erwirken können. Handelt es sich bei der besetzten Wohnung um eine Zweitwohnung und dauert die Hausbesetzung weniger als 48 Stunden an, kann die polizeiliche Räumung unter Umständen ohne gerichtlichen Entscheid erwirkt werden. Diese 48-Stunden-Frist ist aber in keinem Gesetz festgelegt; es handelt sich dabei bloss um eine in der Praxis der Polizei und Staatsanwaltschaft etablierte Frist (sogenannte «*délai de flagrance*»), deren Anwendung und Berechtigung umstritten sind.⁷⁷ Wird allerdings in den ersten 48 Stunden der Hausbesetzung nichts unternommen, muss für die Erwirkung einer Räumung immer der Gerichtsweg beschritten werden. Das Verfahren dauert dabei in der Regel sechs bis zehn Monate und setzt voraus, dass vor Gericht mindestens eine Hausbesetzerin oder ein Hausbesetzer namentlich benannt werden. Mit der Inkraftsetzung des «*loi ELAN*» hat der französische Gesetzgeber die Vorschriften zu Ungunsten der Hausbesetzerszene verschärft: zum einen gilt die zweimonatige Schonfrist zum Auszug nach erfolgter gerichtlicher

⁷⁶ Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 13. Juli 2017, I ZB 103/16.

⁷⁷ Vielmehr wird betreffend Frist auf Artikel 53 der französischen Strafprozessordnung und die dort im Zusammenhang mit den «*délits flagrants*» festgesetzte Frist von 8 Tagen für die Dauer der Untersuchungen der Staatsanwaltschaft verwiesen.

Ausweisung nicht mehr (article L.412-1 du Code des procédures civiles d'exécution). Zum andern wurde die Anwendung des Ausweisungsaufschubs infolge der sogenannten «trêve hivernale», welche vom 1. November bis zum 31. März des Folgejahres dauert und während welcher Hausbesetzerinnen und Hausbesetzer zwar gerichtlich eingeklagt, aber nicht ausgewiesen werden dürfen, gelockert. Nach wie vor liegt es aber an der Hauseigentümerschaft, den Nachweis über die gewaltsam erfolgte Hausbesetzung zu erbringen. Dieser Nachweis kann zuweilen schwierig zu erbringen sein.⁷⁸ Mit Urteil vom 4. Juli 2019 hat der französische Kassationshof kürzlich den Hauseigentümerinnen und Hauseigentümern zusätzlich den Rücken gestärkt, indem er feststellte, dass das Recht zur Ausweisung von Hausbesetzerinnen und Hausbesetzern, welches sich auf das von der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Verfassung geschützte Eigentumsrecht stützt, dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens sowie dem Recht auf angemessene Unterkunft stets vorgeht.⁷⁹

2.3 Spanien

Nach offiziellen Angaben gab es 2018 in Spanien rund 270'000 Hausbesetzerinnen und Hausbesetzer. Die Besetzerszene setzt sich zusammen aus verarmten Einheimischen, illegal eingewanderten Personen aus Nord- und Schwarzafrika und Mitgliedern krimineller Clans, die aus der Besetzung ein Geschäft gemacht haben. Nicht selten werden Hauseigentümerinnen und Hauseigentümer von organisierten Banden zur Zahlung von Lösegeld in fünf- bis sechststelligen Höhe genötigt. In Spanien darf die Polizei ohne richterliche Anordnung nur dann gegen die Hausbesetzerinnen und Hausbesetzer tätig werden, wenn die Besetzung in den ersten 72 Stunden angezeigt wird. Danach entsteht ein vorübergehendes Bleiberecht zugunsten der Besetzenden. Gestützt auf die spanische Verfassung haben nämlich jede Bürgerin und jeder Bürger das Recht auf eine würdige Wohnung. Bis ein richterlicher Beschluss zur Räumung vorliegt, können aber selbst im Schnellverfahren mehrere Monate vergehen. Betritt die Eigentümerin oder der Eigentümer die eigene Wohnung, bevor der richterliche Beschluss vorliegt, macht sie beziehungsweise er sich selbst strafbar. Die Eigentümerinnen und Eigentümer versuchen mit Hilfe videoüberwachter Alarmanlagen rasch(er) von den Hausbesetzungen zu erfahren, um sich zu schützen. Aufgrund der missbräuchlichen Ausnutzung des verfassungsrechtlich geschützten Rechts auf eine würdige Wohnung hat der spanische Gesetzgeber im Sommer 2018

⁷⁸ Vincent Luc, «Les 3 cas possible pour déloger un Squatteur», 10.11.2018. Kann abgerufen werden unter: www.smartloc.fr/blog/squatters-quels-recours-pour-le-propretaire/ (Stand: 19.06.2020); Neveu, Laurent, «Sa maison en chantier est devenue un squat, un cauchemar pour le propriétaire», in: l'Édition du soir par Ouest-France, 27.05.2019. Kann abgerufen werden unter: www.ouest-france.fr/leditiondusoir/data/51474/reader/reader.html#!preferred/1/package/51474/pub/74711/page/9 (Stand: 19.06.2020). Lingibé, Patrick, «L'expulsion de squatteurs: ce qui a été modifié avec la loi ELAN», 27.11.2018. Kann abgerufen werden unter: www.village-justice.com/articles/expulsion-squatteurs-qui-ete-modifie-avec-loi-elan,30089.html (Stand: 19.06.2020).

⁷⁹ Urteil des Kassationsgerichtshofes der Republik Frankreich vom 4. Juli 2019 (Cass. Civ 3, 4.7.2019, pourvoi n° 18-17119).

ein Gesetz⁸⁰ erlassen, welches eine polizeiliche Zwangsäumung von bestimmten Arten von Liegenschaften (Privatimmobilien, Gebäude von wohltätigen Organisationen oder öffentlichen Einrichtungen) innerhalb von 20 Tagen ermöglichen soll. Banken oder Fonds als Eigentümerinnen sind von der neuen Regelung zum Schutz von Familien, welche ihre Hypothek nicht mehr bedienen können, ausgeschlossen. Erbringen die Besetzenden innerhalb von fünf Tagen nach Zulassung der Klage keinen Nachweis für ihren rechtmässigen Aufenthalt in der besetzten Liegenschaft, beispielsweise in Form eines Mietvertrages, ordnet der Richter die Zwangsäumung an. Dieser Beschluss ist nicht anfechtbar. Die Klage und auch der Räumungsbefehl richten sich dabei gegen alle, die sich zum Zeitpunkt der Zustellung im betroffenen Wohnraum aufhalten. Ob sich die Zwangsäumung künftig tatsächlich beschleunigen wird, wird sich zeigen und hängt insbesondere von der Arbeitsbelastung der Gerichte ab.⁸¹

2.4 Österreich

Nach § 109 des österreichischen Strafgesetzbuches macht sich des Hausfriedensbruches strafbar, wer den Eintritt in die Wohnstätte eines anderen mit Gewalt oder durch Drohung erzwingt. Da Hausbesetzungen meist unbewohnte Gebäude betreffen, was die Anrufung des Hausfriedensbruchs ausschliesst, wird die polizeiliche Räumung von Hausbesetzungen in Österreich nur auf Antrag der Besitzerin oder des Besitzers gerichtlich angeordnet. Dies auf Basis der Besitzesstörungs- beziehungsweise -entziehungsklage nach § 339 und § 346 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs (ABGB). Die österreichische Zivilprozessordnung sieht in § 454 ff. öZPO besondere Bestimmungen für das Verfahren über Besitzstörungsklagen vor, welche auf ein beschleunigtes Verfahren abzielen. So ist stets auf die Dringlichkeit der Erledigung Bedacht zu nehmen (§ 455 öZPO), die Verhandlung ist auf die Erörterung und den Beweis der Tatsache des letzten Besitzstandes und der erfolgten Störung zu beschränken und alle Erörterungen über das Recht zum Besitz, über Titel, Redlichkeit und Unredlichkeit des Besitzes oder über etwaige Entschädigungsansprüche sind auszuschliessen (§ 457 öZPO). Die Klage nach § 454 öZPO richtet sich auf den Schutz und die Wiederherstellung des letzten Besitzstandes und ist innerhalb

⁸⁰ Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civi, en relación a la ocupación ilegal de viviendas (Inkrafttreten am 2. Juli 2018).

⁸¹ Lilge, Andreas, «Clans besetzen Häuser am Mittelmeer: Deutscher Hausbesitzer erlebt Albtraum auf Mallorca», in: Epoch Times, 22.04.2018. Kann abgerufen werden unter: www.epochtimes.de/politik/europa/clans-besetzen-haeuser-am-mittelmeer-deutscher-hausbesitzer-erlebt-albtraum-auf-mallorca-a2405966.html (Stand: 19.06.2020); Louven, Sandra, «Wie Spanien ungebetene Gäste im Feriendomizil verhindern will», in: Handelsamtsblatt, 14.05.2018. Kann abgerufen werden unter: www.handelsblatt.com/politik/international/neues-gesetz-wie-spanien-ungebetene-gaeste-im-feriendomizil-verhindern-will/22091924.html?ticket=ST-47554-36Hk27NCptvrrYg33Ogc-ap6 (Stand: 19.06.2020); Minkner, Lutz, «Nach Hausbesetzung auf Mallorca beschliesst Regierung eilig neues Gesetz», in: FOCUS Online, 04.05.2018. Kann abgerufen werden unter: www.focus.de/immobilien/experten/polizei-kann-haerter-durchgreifen-nach-hausbesetzung-auf-mallorca-beschliesst-die-regierung-eilig-ein-neues-gesetz_id_8864313.html (Stand: 19.06.2020).

von dreissig Tagen anhängig zu machen, nachdem von der Störung und der Störerin oder dem Störer Kenntnis erlangt wurde. Nach unbenutztem Ablauf dieser Frist müssen die possessorischen Ansprüche im ordentlichen Verfahren geltend gemacht werden. Es ist umstritten, ob die Besitzerin oder den Besitzer eine allgemeine Obliegenheit zur regelmässigen Überwachung des eigenen Besitzes trifft, somit also verschuldete Unkenntnis der Kenntnis gleichzusetzen ist. Die Besitzerin oder den Besitzer trifft betreffend die Besitzesstörung und die Identität der Störerin oder des Störers aber eine Erkundigungspflicht, sobald – auch nur telefonische – Hinweise auf eine bereits erfolgte oder eine künftige Störung eintreffen.⁸² In der Lehre werden die praktischen Vorteile des Besitzesstörungsverfahrens in Frage gestellt. Der besonderen Raschheit, welcher die Praxis offenbar nicht immer gerecht wird, stehen erhebliche Verfahrensrisiken gegenüber: so insbesondere die Gefahr der Fristversäumung bei wiederholten Störungen, die unter Umständen eine Einheit darstellen können und bei welchen die erste Störungshandlung fristauslösend ist. Sodann auch die nur eingeschränkte Verbesserungsmöglichkeit, welche nicht dazu führen darf, dass die Befristung der Besitzstörungsklage durch nachträgliche Änderung der Klage unterlaufen wird, die Beschränkung des Instanzenzuges sowie der weitgehende Ausschluss der Bekämpfung der Beweiswürdigung.⁸³ Zum Schutz des Besitzes bei dringender Gefahr ist nach § 344 öABGB auch die Selbsthilfe zulässig; dies jedoch nur wenn die staatliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist.⁸⁴

3 Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln

Art. 926 Abs. 2

Die bestehende Regelung von Artikel 926 Absatz 2 ZGB zur Besitzeskehr soll in einem wichtigen Punkt ergänzt werden, ohne dass sich an der bestehenden und bewährten Konzeption der Bestimmung etwas Grundlegendes ändert: So soll der Beginn der Reaktionsfrist zur Ausübung der *Besitzeskehr* neu festgelegt werden und zwar auf den Zeitpunkt, in welchem die Besitzerin oder der Besitzer in Anwendung der nach den jeweiligen Umständen zumutbaren Sorgfalt von der Besitzesentziehung Kenntnis erlangt hat beziehungsweise erlangen konnte. Damit wird gegenüber dem geltenden Recht der massgebende Anfangszeitpunkt für eine rechtmässige Selbsthilfe in der Form der Besitzeskehr gesetzlich geregelt und so die Situation zugunsten der Besitzerinnen und Besitzer klarer geregelt und damit verbessert.

Die fristauslösende Kenntnisnahme durch die Besitzerin oder den Besitzer ist in einem objektivierten Sinne zu verstehen. Es obliegt den Gerichten, anhand der konkreten Umstände im Einzelfall zu beurteilen, innert welcher Frist die Besitzerin oder der Besitzer in Anwendung der unter den gegebenen Umständen zumutbaren Sorgfalt und nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge sowie der allgemeinen Lebenserfahrung, mithin nach Treu und Glauben, von der Besitzesentziehung Kenntnis

⁸² Georg E. Kodek, in: Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, III/2, 3. Auflage, § 454 N. 244 und N. 252 f.

⁸³ Georg E. Kodek (Fn. 82), § 454 N. 10. 256; Entscheidung des Landgerichts Eisenstadt vom 22.05.2007, Rechtssatznummer RES0000134, Geschäftszahl 37R66/07s.

⁸⁴ Georg E. Kodek (Fn. 82), § 454 N. 134 ff.

nehmen konnte beziehungsweise hätte Kenntnis nehmen müssen. Die Art der Nutzung des Grundstücks, dessen Lage sowie die bestehenden und verfügbaren Überwachungs- und Verwaltungsvorkehrungen und -möglichkeiten werden dabei ebenso mitzubersichtigen sein, wie subjektiv geprägte Aspekte, so beispielsweise die Distanz zwischen dem Grundstück und dem Wohnsitz beziehungsweise Aufenthaltsort der Besitzerin oder des Besitzers, die Dauer einer allfälligen (Ferien-)Abwesenheit der Besitzerin oder des Besitzers. Die von der Besitzerin oder vom Besitzer anzuwendende Sorgfalt wird sich proportional zur Nutzung des Grundstücks verhalten: bei länger leerstehenden Gebäuden in grösseren städtischen Ballungszentren wird die Besitzerin oder der Besitzer eine entsprechend höhere Sorgfalt walten lassen müssen, als bei einem selbst bewohnten Einfamilienhaus in ländlicher Region während einer Ferienabwesenheit.

Innert welchem Zeitraum die Besitzerin oder der Besitzer nach erfolgter Kenntnisnahme die Rückbeschaffung anhand nehmen muss, soll sich auch in Zukunft nach der heute geltenden Regelung bestimmen. Die Besitzerin oder der Besitzer hat demnach sofort, das heisst ohne Verzug zu reagieren. Ihre beziehungsweise seine Reaktion hat innert kurzer Zeit zu erfolgen und es darf nicht so viel Zeit verstrichen sein, dass die Rückbeschaffung selbst als selbständiger Angriff erscheint. Anwendbar bleiben die vom Bundesgericht in diesem Zusammenhang entwickelten Grundsätze, wonach die Wiedererlangungshandlungen unmittelbar erfolgen müssen und diese nicht – auch nicht provisorisch – eingestellt werden dürfen, wenn das Selbsthilferecht mangels verbotener Eigenmacht nicht verloren gehen soll (vgl. dazu auch vorne Ziff. 1.4.1).

Abwehrhandlungen im Sinne einer *Besitzeswehr* sind unverändert nach Artikel 926 Absatz 1 ZGB zu beurteilen. Sie sind grundsätzlich solange zulässig, wie der Angriff beziehungsweise der Entziehungsversuch andauern und die Besitzerin oder der Besitzer nicht eingewilligt hat. Von der Revision inhaltlich ebenso unangetastet bleibt die geltende Regelung zur Besitzeskehr mit Bezug auf die beweglichen Sachen (Mobilien).

Aus Gründen der Verständlichkeit drängt sich mit der vorgeschlagenen Ergänzung eine Umgestaltung des Satzbaus der gesamten Bestimmung auf. Diese Umstellung ist ausschliesslich redaktionell begründet und hat – abgesehen vom hier vorgeschlagenen Einschub – keine inhaltlichen Auswirkungen. Zur Förderung der Einheitlichkeit und Kohärenz der schweizerischen Rechtsordnung wird überdies die veraltete Formulierung «auf frischer Tat betroffen» durch «auf frischer Tat ertappt» ersetzt. Auch diese rein redaktionelle Anpassung hat keine inhaltliche Änderung der Bestimmung zur Folge.

Art. 926 Abs. 3

Das geltende Verbot nicht gerechtfertigter Gewaltanwendung der Besitzerin oder des Besitzers in Artikel 926 Absatz 3 ZGB als Grenze der Selbsthilfe soll ergänzt beziehungsweise präzisiert werden, indem die vom Bundesgericht zu den Grenzen der Selbsthilfe und zur Interventionspflicht der Polizeibehörden zum Schutz privater Rechte entwickelte Rechtsprechung kodifiziert wird. Mit Blick auf die kantonalen Gesetzgebungskompetenzen im Polizeirecht sowie aufgrund der Relativität der von

den Grundrechten abgeleiteten Schutzpflichten ist hier im Ergebnis aber nur eine (bundes-)gesetzgeberische Präzisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips möglich und angezeigt.

Mit der Ergänzung, wonach die zuständigen Behörden der Besitzerin oder dem Besitzer – wo es die Umstände erfordern – rechtzeitig amtliche Hilfe zu gewähren haben, soll die Ausübung der Selbsthilfe trotz eigentlich rechtzeitig verfügbarer amtlicher Hilfe als Anwendungsfall ungerechtfertigter Gewalt genannt werden. Wo also – aufgrund einer *ex ante Betrachtung* – keinerlei Gefahr im Verzug ist, muss in Übereinstimmung mit der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung amtliche Hilfe beigezogen werden.⁸⁵ Es kann dabei keine Rolle spielen, ob die staatliche Hilfe in Form eines Zivil-, Straf- oder Polizeiverfahrens angerufen beziehungsweise gewährt wird. Wendet die Besitzerin oder der Besitzer trotz der verfügbaren amtlichen Hilfe Gewalt an, überschreitet sie oder er die Grenzen der erlaubten Selbsthilfe. Wo allerdings jede amtliche Hilfe zu spät gekommen wäre, ist verhältnismässige Selbsthilfe zulässig. Im Ergebnis verdrängt damit der Behördenschutz, wo er rechtzeitig erreicht werden kann, die Selbsthilfe im Besitzschutz. Analog zur allgemeinen Selbsthilfe nach Artikel 52 Absatz 3 OR wird damit zudem geklärt, dass die Ausübung von Selbsthilfe nur subsidiär erfolgen darf und also voraussetzt, dass amtliche Hilfe nicht rechtzeitig erlangt werden konnte.

Im Einklang mit der *bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Interventionspflicht der Polizeibehörden* bei Hausbesetzungen verlangt die vorgeschlagene Ergänzung in Absatz 3 von den Behörden (Polizei oder andere staatliche Behörden), zu intervenieren, wo sie aufgrund der Umstände des Einzelfalls rechtzeitig den Besitz schützen können. Der Interventionsanspruch der Besitzerin oder des Besitzers gilt dabei aber nicht absolut. Eine Intervention der Polizei setzt zunächst stets eine gesetzliche Grundlage zum Schutz privater Rechte sowie die Kenntnisnahme der Besitzesstörung voraus. Sodann müssen gegen die Störung in Abwägung der gegebenen Interessen verhältnismässige polizeiliche Massnahmen möglich sein. Der Anspruch auf amtliche Hilfe der Polizei ist ausgeschlossen, sofern keinerlei Gefahr im Verzug ist und zivilgerichtliche oder andere staatliche Massnahmen rechtzeitig verfügbar sind. Das Verhältnismässigkeitsprinzip und insbesondere auch das Opportunitäts- und Subsidiaritätsprinzip bleiben dabei anwendbar. Daher kommt den Polizeibehörden bei der Beseitigung von Besitzesstörungen, wie beispielsweise der Räumung von Hausbesetzungen, ein weiter Ermessensspielraum zu und sind zur Bestimmung, ob eine Interventionspflicht besteht, nebst den bereits genannten Aspekten immer auch die tatsächlichen Begebenheiten sowie die begrenzten Kapazitäten und Mittel der Polizei zu berücksichtigen. Regelmässig stellt nämlich der Umgang der Polizei mit Hausbesetzungen ein Balanceakt dar, bei welchem rechtliche, sicherheitstechnische und politische Aspekte mitzubersichtigen sind.

⁸⁵ BGer Urteil 4P.148/2001 vom 25. Oktober 2001 E. 3b; BGE 128 IV 250 E. 3.2 S. 253 f.

Änderung der Zivilprozessordnung (ZPO)

Art. 248 Bst. c

Mit dem neu zu schaffenden Instrument der gerichtlichen Verfügung soll die Besitzerin oder der Besitzer vom Gericht die Anordnung der Beseitigung einer Besitzesstörung oder die Rückgabe des entzogenen Besitzes gegenüber unbekanntem Personen verlangen können. Die gerichtliche Verfügung ergänzt damit das gerichtliche Verbot nach Artikel 258 ff. ZPO als bisherige Massnahme des Besitzesschutzes. Daher soll die Regelung im Anschluss daran in das 4. Kapitel des 5. Teils der ZPO eingefügt werden. Analog zum gerichtlichen Verbot soll auch für die gerichtliche Verfügung das summarische Verfahren anwendbar sein.

Gliederungstitel vor Art. 258

Der Gliederungstitel vor Artikel 258 ff. ist mit der gerichtlichen Verfügung entsprechend zu ergänzen. Durch das Einfügen der gerichtlichen Verfügung regelt das 4. Kapitel des 5. Teils der ZPO neu sowohl das gerichtliche Verbot als auch die neue Form der gerichtlichen Verfügung. Dies je in einem separaten Abschnitt. Der Titel des Abschnitts zum gerichtlichen Verbot wird ebenfalls vor Artikel 258 eingefügt.

Gliederungstitel vor Art. 260a

Der Titel des 2. Abschnitts des 4. Kapitels über die gerichtliche Verfügung wird vor dem neuen Artikel 260a eingefügt.

Art. 260a Grundsatz

Der Vorentwurf schlägt als Erweiterung der Massnahmen zum Besitzesschutz gemäss Artikel 258 ff. ZPO vor, mit der gerichtlichen Verfügung einen weiteren Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu schaffen, welcher sich – analog dem gerichtlichen Verbot – ebenfalls gegen einen unbestimmten Personenkreis richtet. Im Unterschied zum gerichtlichen Verbot, welches präventiv Besitzesschutz gewährt, hat die gerichtliche Verfügung jedoch zum Ziel, bereits bestehende Besitzesstörungen sowie versuchte oder vollzogene Besitzesentziehungen bei Grundstücken zu beseitigen oder rückgängig zu machen. Mit der gerichtlichen Verfügung wird ein zusätzliches Verfahren zur Durchsetzung der Ansprüche aus dem Besitzesschutz geschaffen. Die nach geltendem Recht bestehenden zivilprozessualen Verfahren bleiben jedoch bestehen. Den von einer Hausbesetzung Betroffenen steht es weiterhin frei, zur Durchsetzung ihrer Ansprüche eine andere (oder gegebenenfalls zusätzliche) der nach geltendem Recht anwendbaren Verfahrensart (vgl. dazu Ziff. 1.2.5) zu wählen.

Absatz 1 des neuen Artikels 260a hält dabei die Grundsätze dafür fest: Zum Gesuch auf Erlass einer gerichtlichen Verfügung ist jede Besitzerin oder jeder Besitzer eines Grundstücks legitimiert, deren oder dessen Besitz an einem Grundstück durch verbotene Eigenmacht gestört oder entzogen wurde. Im Unterschied zum gerichtlichen Verbot ist nur Besitz an einem Grundstück, nicht jedoch eine dingliche Berechtigung vorausgesetzt, so dass auch unselbständige Besitzerinnen und Besitzer, welche

das Grundstück mieten oder pachten, anspruchsberechtigt sein können. Bei einer Hausbesetzung wird in der Regel die faktische Herrschaft über die Liegenschaft vollständig entzogen sein. Nur teilweise vollzogene beziehungsweise versuchte Besitzentziehungen sind aber möglich, weshalb die neue Regelung ausdrücklich beide Konstellationen abdeckt. Die Hausbesetzung bildet wohl den hauptsächlichen, aber nicht den einzigen Anwendungsfall der gerichtlichen Verfügung; die gerichtliche Verfügung kann bei jeder Art von Störung oder Entziehung des Besitzes an einem Grundstück beantragt werden. Ziel des neu zu schaffenden Instruments ist die Beseitigung der Besitzesverletzung, weshalb im Verfügungsdispositiv jede Person zu einem bestimmten Unterlassen oder Tun (Zurückgeben, Verlassen, Räumen etc.) anzuweisen ist. Bei Hausbesetzungen können nebst dem Verlassen der Räumlichkeiten weitere Verhaltensweisen, wie beispielsweise die Mitnahme der eigenen Gegenstände, die Zurücklassung der Schlüssel oder das Offenstehenlassen der Türen, angeordnet werden. Die gerichtliche Verfügung ist mit einer Frist oder einem Termin (Datum, Uhrzeit) für die Erfüllung der angeordneten Verpflichtung zu versehen. Die Frage, ob die Verfügung – analog zum gerichtlichen Verbot – zu befristen ist, stellt sich daher nicht.

Analog zum gerichtlichen Verbot richtet sich auch die gerichtliche Verfügung nicht gegen eine bestimmte Person, sondern gegen einen unbestimmten Personenkreis – nämlich gegen die unberechtigten unbekanntenen Personen, welche den Besitz an einem Grundstück in verbotener Eigenmacht stören oder entzogen haben. Die gerichtliche Verfügung muss sich dabei immer (auch) an einen unbestimmten Adressatenkreis richten. Sind der Besitzerin oder dem Besitzer eines Grundstücks alle den Grundbesitz störenden oder entziehenden Personen bekannt, besteht kein genügendes Rechtsschutzinteresse an einer gerichtlichen Verfügung gegenüber einem unbestimmten Personenkreis und das Verfahren der gerichtlichen Verfügung steht nicht offen; die Ansprüche sind in einem kontradiktorischen Verfahren durchzusetzen.⁸⁶ Daher kommt eine gerichtliche Verfügung bei nachbarschaftlichen und insbesondere miet- oder pachtrechtlichen Streitigkeiten, bei welchen erwartet werden darf und muss, dass die Besitzerin oder der Besitzer die handelnden Personen kennt oder mit wenig Aufwand identifizieren kann, nicht zur Anwendung, sondern weiterhin die bestehenden Verfahrensformen und -regelungen, namentlich der Ausweisung.

Wie das gerichtliche Verbot wird eine gerichtliche Verfügung lediglich auf Gesuch der Besitzerin oder des Besitzers ausgesprochen und zwar in einem einseitigen Verfahren, das heisst ohne vorgängige Anhörung der davon betroffenen Personen. Örtlich zwingend zuständig ist das Gericht am Ort, an dem das Grundstück im Grundbuch aufgenommen ist oder aufzunehmen wäre (Art. 29 Abs. 4 ZPO).⁸⁷ Die sachliche Zuständigkeit bestimmt sich nach dem kantonalen Recht. Weil es sich um

⁸⁶ Analog zum gerichtlichen Verbot, vgl. Michael Lazopoulos/Stefan Leimgruber, OFK – Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2015, ZPO 258 N 4 mit Verweis auf das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich ZR 112 Nr. 5, E. B; Güngerich Andreas, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. II, Bern 2012, Art. 258 N 5; Tenchio Luca/Tenchio Kristina, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2017, Art. 258 N 2 f.

⁸⁷ Der Gerichtsstand der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Artikel 19 ZPO findet keine Anwendung, vgl. Güngerich Andreas (Fn. 86), Art. 258 N 6.

ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt, kommt gemäss Artikel 255 Buchstabe b ZPO der eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz zur Anwendung:⁸⁸ Das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Es hat sich vom Vorhandensein der von der gesuchstellenden Person behaupteten Tatsachen selbst zu überzeugen, ist aber nicht verpflichtet, den Sachverhalt zu erforschen. Wo nötig, fordert das Gericht von der gesuchstellenden Person weitere Beweise ein, wobei keine Beweismittelbeschränkungen bestehen (Art. 254 Abs. 2 lit. c ZPO).⁸⁹ Analog zum gerichtlichen Verbot wird dieser Grundsatz in *Absatz 2* neben der allgemeinen Mitwirkungspflicht der gesuchstellenden Person in zwei Punkten eingeschränkt beziehungsweise präzisiert. So hat die gesuchstellende Person ihren Besitz am betroffenen Grundstück mit Urkunden (insbesondere mit einem Grundbuchauszug, Baurechtsvertrag, Miet- oder Pachtvertrag etc.) zu beweisen (striktter Beweis); gelingt dieser Beweis nicht, so ist das Gesuch mangels Aktivlegitimation abzuweisen. Daneben ist im Gesuch die rechtswidrige Störung oder Entziehung des Besitzes am Grundstück mit den nach Artikel 254 ZPO zulässigen Beweismitteln glaubhaft zu machen. Darüber hinaus hat die gesuchstellende Person nach den allgemeinen Grundsätzen auch ihr Rechtsschutzinteresse darzulegen (vgl. Art. 59 Abs. 2 Bst. a ZPO) und damit insbesondere, dass sich die gerichtliche Verfügung (auch) gegen einen unbestimmten Adressatenkreis richtet. Zur Vermeidung einer krass rechtsmissbräuchlichen Anrufung der gerichtlichen Verfügung (beispielsweise gegen abwesende unliebsame Mieterinnen und Mieter, Dienstbarkeitsberechtigte oder Personen aus der Nachbarschaft etc.) werden die Gerichte in diesem Kontext auch zu prüfen haben, ob es sich bei den mutmasslich Unberechtigten tatsächlich um der Gesuchstellerin oder dem Gesuchsteller unbekannte Personen handelt. Im Zweifelsfall wird diese Überprüfung mit relativ geringem Aufwand, beispielsweise mittels Prüfung des Grundbuchauszugs (hinsichtlich potentieller Dienstbarkeitsberechtigter) und von Telefonbucheinträgen oder der Nachfrage beim zuständigen Einwohnermeldeamt (hinsichtlich potentieller Mieterinnen und Mieter), möglich sein.

Nach *Absatz 3* entscheidet das Gericht unverzüglich. Diese Abweichung zum gerichtlichen Verbot rechtfertigt sich, weil die gerichtliche Verfügung primär die Beseitigung einer bereits eingetretenen Besitzesverletzung bezweckt. Bei Gutheissung erlässt das entscheidende Gericht von Amtes wegen auch die notwendig erscheinenden Vollstreckungsmassnahmen. Als Vollstreckungsmittel kommen die im Gesetz vorgesehenen Instrumente in Frage (insbesondere Art. 343 ZPO), bei einer Hausbesetzung im Regelfall die Anordnung einer Räumung des Grundstücks.

Art. 260b Bekanntmachung und Einsprache

Damit die grundlegenden Verfahrensrechte der von der gerichtlichen Verfügung betroffenen unberechtigten und unbekanntenen Personen gewahrt werden, muss auch gegen die gerichtliche Verfügung Einsprache erhoben werden können. Nach Artikel 260b soll dabei Artikel 260 ZPO sinngemäss zur Anwendung gelangen. Wer die gerichtliche Verfügung nicht anerkennen will, kann also beim anordnenden Gericht Einsprache erheben. Diese Einsprache bedarf zwar keiner Begründung, verlangt aber

⁸⁸ Inørid Jent-Sørensen (Fn. 34), Art. 258-260 N 6.

⁸⁹ Mazan Stephan, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2017, ZPO 255 N 7; Güngerich Andreas (Fn. 86), Art. 255 N 2.

immerhin die Offenlegung der eigenen Identität. Die gerichtliche Verfügung wird gegenüber der einsprechenden Person unwirksam und die gesuchstellende Besitzerin oder der gesuchstellende Besitzer auf das streitige Verfahren verwiesen. Zur Durchsetzung der Verfügung muss sodann eine Klage eingereicht werden. Im Unterschied zu Artikel 260 ZPO soll die Einsprachefrist jedoch nicht 30, sondern nur 10 Tage betragen und mit der Bekanntmachung der gerichtlichen Verfügung nach Artikel 259 ZPO beginnen. Weil bei der gerichtlichen Verfügung bereits erfolgte Besitzstörungen in Frage stehen und erwartet werden darf, dass unberechtigte Personen umgehend bei der Bekanntmachung im Sinne von Artikel 259 ZPO von der gerichtlichen Verfügung erfahren, erscheint eine kurze Einsprachefrist von 10 Tagen gerechtfertigt. Unabhängig von einer Einsprache erwachsen die Anordnungen der gerichtlichen Verfügung analog zum gerichtlichen Verbot nicht in materielle Rechtskraft. Nach verpasster Frist kann daher eine von der gerichtlichen Verfügung betroffene Person deren Rechtmässigkeit mittels Feststellungsklage überprüfen lassen. Gleichzeitig bedeutet dies, dass der Anspruch der Gesuchstellerin oder des Gesuchstellers nach Artikel 927 f. ZGB mit dem Antrag auf Erlass einer gerichtlichen Verfügung nicht rechtshängig wird und die Frist nach Artikel 929 Absatz 2 ZGB nicht gewahrt wird.⁹⁰

Nach *Artikel 260b* gelten im Übrigen die Regelungen von Artikel 259 und 260 ZPO sinngemäss auch für die gerichtliche Verfügung. Das gilt mit Ausnahme der abweichenden Frist zur Einsprache insbesondere für die Bekanntmachung und Einsprache. So ist die gerichtliche Verfügung öffentlich bekannt zu machen (z.B. Publikation im Amtsblatt) und auf dem Grundstück an gut sichtbarer Stelle anzubringen (z.B. mittels Tafeln und/oder Anschlägen). Für die Bekanntmachung im Sinne von Artikel 259 ZPO ist die gesuchstellende Person verantwortlich und im Streitfall auch beweispflichtig. Wie erwähnt, entfaltet eine fristgerechte Einsprache lediglich gegenüber der Einsprache erhebenden Person die Unwirksamkeit der gerichtlichen Verfügung. Gegenüber allen anderen Unberechtigten entfaltet die gerichtliche Verfügung weiterhin ihre volle Wirkung. Sofern eine Hausbesitzerin oder ein Hausbesitzer Einsprache erhebt, führt dies aber immerhin dazu, dass er oder sie dem Gericht seine oder ihre Personalien bekannt geben muss. Die Besitzerin oder der Besitzer kann sodann den kontradiktorischen Verfahrensweg beschreiten, um einen Ausweisungs-titel gegen die nunmehr namentlich bekannte unberechtigte Person zu erwirken.

4 Auswirkungen

4.1 Auswirkungen auf den Bund

Die Vorlage hat keine unmittelbaren Auswirkungen, insbesondere weder finanzieller noch personeller Natur, auf den Bund.

⁹⁰ Tenchio Luca/Tenchio Kristina (Fn. 86), Art. 258 N 2.

4.2 **Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden sowie auf urbane Zentren, Agglomerationen und Berggebiete**

Die Vorlage hat in verschiedener Hinsicht Auswirkungen auf die Kantone:

- Aufgrund der Anpassung der ZPO kann sich allenfalls im Einzelfall ein Anpassungsbedarf bei den kantonalen Gerichtsverfahrens- und -organisationsgesetzen ergeben. Im Rahmen der Inkraftsetzung wird dafür zu sorgen sein, dass den Kantonen die dafür notwendige Zeit zur Verfügung stehen wird.
- Die Vollstreckung der von den Zivilgerichten mit gerichtlicher Verfügung angeordneten Massnahmen zum Besitzerschutz werden im Einzelfall von den kantonalen Behörden, insbesondere den Polizeibehörden vollstreckt werden müssen. Es obliegt den Kantonen, die von ihnen entwickelten standardmässig praktizierten Vorgehensweisen bei Hausbesetzungen auf deren Anpassungsbedarf zu prüfen und nötigenfalls anzupassen sowie die dafür notwendigen Ressourcen zu gewährleisten.

Die Vorlage überträgt den Kantonen und Gemeinden keine neuen Vollzugsaufgaben. Bereits heute beschreiten von Hausbesetzungen – oder allgemein Besitzesverletzungen – Betroffene den Gerichtsweg. Ein signifikanter administrativer oder finanzieller Mehraufwand bei den Gerichtsbehörden ist allein aufgrund der neu vorgesehenen Möglichkeit auch gegen namentlich nicht bekannte Personen zu klagen, grundsätzlich nicht zu erwarten. Im Übrigen bleibt die kantonale Kompetenz im Polizeibereich gewahrt und bleibt es den Kantonen vorbehalten, die aus ihrer Sicht sinnvolle Rolle der Polizei im Kontext des Besitzeschutzes zu bestimmen.

Mit den vorgeschlagenen Anpassungen soll vorab zugunsten der Besitzerinnen und Besitzer ein optimierter Besitzerschutz für eine möglichst rasche Räumung besetzter Liegenschaften bereitgestellt werden. Von raschen Räumungen profitieren letztlich insbesondere auch diejenigen urbanen Zentren, welche von Hausbesetzungen und damit regelmässig einhergehenden Begleiterscheinungen und allenfalls sogar Ausschreitungen betroffen sind.

4.3 **Andere Auswirkungen**

Aufgrund der überschaubaren Anzahl von Hausbesetzungen⁹¹ sind keine unmittelbar spürbaren Auswirkungen auf die Volkswirtschaft und Gesellschaft zu erwarten. Überdies lassen sich volkswirtschaftliche Auswirkungen von Anpassungen des

⁹¹ Vgl. dazu Mabillard (Fn. 3), wonach die untersuchten Kantone im Jahresdurchschnitt folgende Anzahl besetzter Liegenschaften verzeichnen:
Kanton bzw. Stadt Genf: 1-2 (Mabillard [Fn. 3], BT I G. 2. c. bb.)
Kanton Waadt: vermutungsweise 2 (Mabillard [Fn. 3], BT I G. 3. c. bb.)
Kanton bzw. Stadt Bern: keine Angabe, jedoch 10-16 Polizeieinsätze verschiedener Art im Zusammenhang mit Hausbesetzungen in den Jahren 2013-2017 (Mabillard [Fn. 3], BT I G. 4. c. bb.)
Kanton bzw. Stadt Zürich: 15-25 (Mabillard [Fn. 3], BT I G. 5. c. bb.)
Kanton Basel-Stadt: keine Angabe (Mabillard [Fn. 3], BT I G. 6. c. bb.).

Zivilprozessrechts naturgemäss, wenn überhaupt, nur schwer erfassen. Wie der Bundesrat bereits bei der Schaffung der schweizerischen Zivilprozessordnung ausgeführt hat, trägt aber eine effiziente Rechtspflege zur wirtschaftlichen Prosperität und damit letztlich auch zu verbesserter Lebensqualität bei.⁹²

So zielen die vorgeschlagenen Anpassungen der Zivilprozessordnung insbesondere darauf ab, die zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung und Rechtspflege weiter zu verbessern sowie effizienter zu machen und den zivilrechtlichen Rechtsschutz zugunsten der von einer Hausbesetzung Betroffenen zu verbessern. Heute bestehende Hürden zur Erlangung eines vollstreckbaren Ausweisungstitels gegen unbekannte Hausbesitzerinnen und Hausbesitzer sollen abgebaut werden.

Mit den vorgeschlagenen Änderungen sollen letztendlich die Besitzes- und Eigentumsrechte und insbesondere auch der Zweck des Besitzschutzes, nämlich die Verhinderung von Eigenmacht und damit die Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens, geschützt und gestärkt werden. Dies trägt zur gesellschaftlichen Stabilität bei und stärkt das Vertrauen der Bevölkerung und der Wirtschaft in den Rechtsstaat und seine Institutionen. Nur durchsetzbares und im Streitfall auch durchgesetztes und damit verwirklichtes Privatrecht erfüllt letztlich seine Aufgabe als gesellschaftliches Ordnungsinstrument.

5 Verhältnis zur Legislaturplanung und zu Strategien des Bundesrates

Die Vorlage ist weder in der Botschaft vom 29. Januar 2020⁹³ zur Legislaturplanung 2019-2023 noch im Entwurf des Bundesbeschlusses⁹⁴ über die Legislaturplanung 2019-2023 angekündigt.

Die Eröffnung der Vernehmlassung zur Vorlage ist unter den Jahreszielen des Bundesrats 2020 aufgeführt.⁹⁵

6 Rechtliche Aspekte

6.1 Verfassungsmässigkeit

Die Vorlage stützt sich auf Artikel 122 Absatz 1 BV, der dem Bund die Kompetenz zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts- und Zivilprozessrechts gibt.

⁹² Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7410.

⁹³ BBl 2020 1777

⁹⁴ BBl 2020 1907

⁹⁵ Ziele des Bundesrats 2020 - Band II, Bundesratsbeschluss vom 6. November 2019.

6.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz

Für die Schweiz bestehen im Bereich des Besitzschutzes und des Zivilprozessrechts mit Ausnahme bilateraler und multinationaler Vereinbarungen über die internationale Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung – vorab in Zivil- und Handelssachen mit dem Lugano-Übereinkommen (LugÜ) – zurzeit keine verbindlichen internationalen Verpflichtungen.

6.3 Erlassform

Die Vorlage enthält wichtige rechtsetzende Bestimmungen, die nach Artikel 164 Absatz 1 BV in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen sind. Der Erlass untersteht dem fakultativen Referendum.

6.4 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen

Mit der Vorlage werden keine Rechtsetzungskompetenzen an den Bundesrat delegiert.

6.5 Datenschutz

Unter dem Gesichtspunkt der Bearbeitung von Personendaten hat die vorliegende Anpassung des Zivilgesetzbuches und der Zivilprozessordnung keine Auswirkungen.