Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt

Rathaus, Marktplatz 9
CH-4001 Basel

Tel: +41 61 267 85 62
Fax: +41 61 267 85 72
E-Mail: staatskanzlei@bs.ch
www.regierungsrat.bs.ch

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (EJPD)

Per Email an:
egba@bj.admin.ch

Basel, 2. Dezember 2020

Regierungsratsbeschluss vom 1. Dezember 2020
Vernehmlassung zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Besitzesschutz bei verbotener Eigenmacht an Grundstücken); Stellungnahme des Kantons Basel-Stadt

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 2. September 2020 von Frau Bundesrätin Karin Keller-Sutter wurden dem Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt der Vernehmlassungsentwurf und der erläuternde Bericht zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches zur Vernehmlassung unterbreitet.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und teilen Ihnen mit, dass der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt die Stärkung der Besitzesrechte bei widerrechtlichen Häuser- und Grundstücksbesetzungen grundsätzlich begrüsst. Insbesondere scheint die Absicht, die bundesgerichtliche Rechtsprechung bei polizeilicher Intervention im Falle von Häuserbesetzungen im ZGB zu kodifizieren, sinnvoll. Im Gesetzesentwurf wird indes davon abgesehen, eine griffige Bestimmung speziell für die Fälle von Häuser- und Grundstücksbesetzungen zu erlassen, sondern es wird eine Änderung in allgemeiner Form vorgesehen. In der Praxis scheitern Ausweisungsbegehren in diesen Fällen häufig an der Identifikation der Gegenpartei. Das nun vorgeschlagene Verfahren soll diesbezüglich Abhilfe schaffen. Die Vorlage kann dieses Ziel jedoch nur bedingt erfüllen und schafft aufgrund von Unklarheiten auch ein gewisses Missbrauchspotential. Um dieser Problematik zu begegnen, wäre die Verfahrensbestimmung konkret auf «Häuser- und Grundstücksbesetzer» zu beschränken und entsprechend zu formulieren. Andere Anwendungsfälle sind praktisch kaum vorstellbar bzw. es bestehen bereits verfahrensrechtliche Mittel um solche Eingriffe wirksam abzuwehren.

Zu Art 926 Abs. 2 E-ZGB
Gemäss der neuen Bestimmung soll präzisiert werden, in welcher Frist der Besitzer Massnahmen beantragen muss. Nach dem aktuellen Wortlaut hat dies «sofort» zu geschehen. Neu wird verlangt, dass er dies «sofort, nachdem er in Anwendung der zumutbaren Sorgfalt davon Kenntnis erlangt hat» tun muss. Der Grund hierfür sei, dass der Begriff «sofort» zu restriktiv ausgelegt werde. Es handle sich aber um einen unbestimmten Rechtsbegriff und soll nach dem Willen des Gesetzgebers von der Rechtsprechung im Einzelfall präzisiert werden (Bericht S. 18). Auch bei der ergänzten Formulierung, handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff und es ist fraglich, worin der Mehrwert dieser Ergänzung in der Rechtsanwendung bestehen soll.

Zu Art. 926 Abs. 3 E-ZGB

Diese Bestimmung betrifft den Umfang der Selbsthilfe. Der Besitzer kann sich nicht nur auf Art. 926 Abs. 2 ZGB berufen, sondern unter Umständen auch auf Art. 52 Abs. 3 OR (Bericht S. 10). Bereits unter geltendem Recht hat sich der Besitzer bei der Abwehr von Angriffen nicht gerechtfertigter Gewalt zu enthalten. Ergänzend heisst es neu, dass «die zuständigen Behörden dem Besitzer rechtzeitig die nach den Umständen erforderliche amtliche Hilfe gewähren». Der Mehrwert dieser Bestimmung mit Blick auf die kantonale Gesetzgebungskompetenz im Polizeiwesen wird bereits im Bericht relativiert. Gemäss dem Bericht spielt es keine Rolle, ob diese Hilfe in Form eines Zivil- oder Strafverfahrens oder Polizeiverfahrens erfolgt (Bericht S. 30). Zivilprozessual soll dem betroffenen Grundeigentümer – soweit die verbotene Eigenmacht durch unbekannte Personen erfolgt – immerhin ein neues Verfahren zur Seite gestellt werden. Hinsichtlich polizeilicher Interventionen scheint der vorgeschlagene Art. 926 Abs. 3 ZGB indes unvollständig und weckt falsche Erwartungen seitens der Besitzer. Das Bundesgericht macht eine polizeiliche Intervention bei widerrechtlichen Häuser- und Grundstücksbesetzungen von fünf Kriterien abhängig, die sich aber nur teilweise im neuen Art. 926 Abs. 3 ZGB wiederfinden. Vielmehr hätte – analog der Übernahme der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den Beweisverboten im Rahmen der Einführung der eidgenössischen Strafprozessordnung (vgl. Art. 141 StPO) – ein Kriterienkatalog aufgestellt werden müssen, der sowohl den kantonalen Gesetzgebungskompetenzen als auch dem Ermessen der Polizeibehörden Raum lässt, was die bundesgerichtliche Rechtsprechung eben gerade ermöglicht.

Zu Art. 260a E-ZPO (neu: gerichtliche Verfügung)

Analog wie beim gerichtlichen Verbot soll der Grundeigentümer, der an seinem Grundstück durch verbotene Eigenmacht gestört oder dem ein Grundstück entzogen wurde, beim Gericht beantragen können, dass es gegenüber unbekannten Personen die Beseitigung der Störung oder die Rückgabe verfügt. Dabei hat der Gesuchsteller seinen Besitz durch Urkunden zu beweisen und die rechtswidrige Störung oder Entziehung glaubhaft zu machen. Das Gericht soll unverzüglich entscheiden und die erforderlichen Vollstreckungsmassenahmen treffen. Es handelt sich dabei um ein Summarverfahren. Das Gericht hat den Entscheid zu publizieren. Zusätzlich soll er auch auf dem Grundstück angebracht werden. Dagegen soll innerhalb von 10 Tagen Einsprache erhoben werden können. Im Übrigen wird auf Art. 259 und 260 ZPO verwiesen.

Die gerichtliche Verfügung gemäss Art. 260a ZPO verlangt kein «sofortiges Handeln» im Sinne von Art. 926 Abs. 2 ZGB. Sie setzt einzig eine glaubhaft gemachte Besitzesstörung oder Besitzesentziehung durch verbotene Eigenmacht voraus. Da es sich um ein Einparteienverfahren handelt und es keine Gegenseite anzuhören gibt, wäre eine Überprüfung des sofortigen Handelns «in Anwendung der zumutbaren Sorgfalt» auch bei geltender Untersuchungsmaxime kaum möglich. Es handelt sich um eine Erweiterung oder Ergänzung zu den Klagen nach Art. 927 f. ZGB exklusiv für den Fall, dass die Störer dem Gesuchsteller nicht namentlich bekannt sind. Allerdings ist nicht klar, ob tatsächlich gemeint ist, dass das Gesuch nicht sofort gestellt werden muss (Art. 926 Abs. 2 und 3 E-ZGB i.V.m. Art. 260a E-ZPO).

Ist der Störer dem Gesuchsteller bekannt, so wird er auf die anderen Verfahren verwiesen (Art. 927 f. ZGB; ggf. auch auf dem Weg des Rechtsschutzes in klaren Fällen). Um krass rechtsmissbräuchlichen Fällen vorzubeugen, d.h. wenn der Gesuchsteller gegen unliebsame Mieter oder Nachbarn vorgehen will, soll das Gericht in Zweifelsfällen Abklärungen (Grundbuchauszüge, Telefonbucheinträge etc.) treffen, ob es sich tatsächlich um eine dem Gesuchsteller unbekannte Person handelt (Bericht S. 33). Hier werden dem Gericht Aufgaben auferlegt, die es kaum erfüllen kann und die nicht dem Charakter des Summarverfahrens entsprechen.

Im Bericht wird ausgeführt, dass sich die gerichtliche Verfügung «immer (auch) an einen unbestimmten Adressatenkreis» richten muss. Hier drängt sich die Frage nach dem Zusammenspiel mit dem mietrechtlichen Ausweisungsverfahren auf: Kann der Vermieter parallel zu einem Ausweisungsverfahren gegen seinen (ehemaligen) Mieter eine gerichtliche Verfügung gegen allfällige ihm namentlich nicht bekannte Mitbewohner oder gar Ehegatten erwirken? Diese Frage ist von

ganz erheblicher praktischer Relevanz. Grundsätzlich steht dem Vermieter gegen seinen (ehemaligen) Mieter der Besitzesschutz nicht zur Verfügung. Dasselbe muss in Bezug auf diejenigen Personen gelten, die ihren Besitz wiederum vom Mieter ableiten. Auch aus diesem Grunde ist eine Beschränkung auf den Fall der «klassischen» Hausbesetzung angezeigt.

Im Grunde zielt die Bestimmung wohl auf die Identifizierung der dem Gesuchsteller nicht namentlich bekannten Hausbesetzer ab. Erhebt eine Person gegen die gerichtliche Verfügung Einsprache, so muss sie dazu ihre Personalien angeben. Es ist durchaus fraglich, ob diese Folge in der Praxis effektiv eintreten wird, und dazu führen wird, dass Hausbesetzer aus der Anonymität treten. In der Realität werden Hausbesetzer wohl einfach abwarten, weshalb sich die Frage des Nutzens einer solchen Bestimmung stellt. Gegen Personen, die nicht fristgerecht Einsprache erhoben haben, soll die Verfügung nach Fristablauf ohne weiteres vollstreckbar sein. Für eine polizeiliche Intervention wird wohl in jedem Fall die Rechtsmittelfrist abgewartet werden müssen, was zu einer unerwünschten Verzögerung führen kann. Es wäre deshalb zu überlegen, der Verfügung superprovisorischen Charakter zuzuerkennen. Wenn sich von mehreren Hausbesetzern zudem lediglich einer zu erkennen gibt, so ist gegen diese identifizierte Person ein Ausweisungsverfahren einzuleiten. Während der Dauer eines solchen Verfahrens ist ein Räumungsvollzug gegen die übrigen «Benutzer» des Grundstückes nicht realisierbar.

Der Fristenlauf für die Einsprache beginnt erst, wenn die Verfügung publiziert ist. Die Bekanntmachung im Amtsblatt erfolgt durch das Gericht. Die Bekanntmachung auf dem Grundstück hat durch den Eigentümer zu erfolgen. Im Bericht wird ausgeführt, der Gesuchsteller sei für die Bekanntmachung (gemeint wohl: das Anbringen auf dem Grundstück) beweispflichtig. Es ist heikel, eine Rechtsmittelfrist von der Handlung einer Privatperson abhängig zu machen (gilt auch für das gerichtliche Verbot). Vorliegend ist überdies zu bedenken, dass die Vollstreckung auch gegenüber Personen durchgesetzt wird, die zwar keine Einsprache erhoben haben, sich aber über einen gültigen Rechtstitel für den Aufenthalt auf dem Grundstück ausweisen können (z.B. Mietvertrag). Es wäre daher zu fordern, dass die Verfügung durch eine amtliche Stelle angebracht und dies entsprechend dokumentiert wird. Der Gesuchsteller hat für beides lediglich die Kosten zu tragen und gegebenenfalls zu bevorschussen.

Nach Art. 260a Abs. 3 ZPO erlässt das Gericht (von Amtes wegen) die erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen. Es fällt auf, dass dadurch der Dispositionsgrundsatz durchbrochen wird. Gründe dafür sich nicht ersichtlich. Es ist daher ein entsprechender Antrag zu fordern. Einzig die Wahl der geeigneten Vollstreckungsmassnahme ist Sache des Gerichts.

Fazit

Der Ruf nach einem prozessualen Instrument gegen Hausbesetzer soll durch eine allgemein gehaltene Bestimmung beantwortet werden. Es stellt sich bei der vorliegenden Änderung aber die Frage, ob damit in der Praxis nicht alles beim Alten bleibt. Es ist nicht einzusehen, weshalb man sich in Art. 260a ZPO nicht auf den Häuser- und Grundstücksbesetzer beschränkt hat. In erster Linie soll mit dieser Bestimmung der Problematik der Identifizierung der Störer beigekommen werden. Es ist indes nicht klar, ob dies nicht mit anderen Mitteln erreicht werden kann (Strafantrag wegen Hausfriedensbruch, Identifizierung durch die Polizei, anschliessend zivilprozessuales Ausweisungsverfahren). Sofern eine Identifikation über den Weg von Art. 206a ZPO überhaupt erreicht werden kann, scheint das Vorgehen nicht unbedingt schneller zum Ziel zu führen, zumal für eine polizeiliche Intervention wohl die Rechtsmittelfrist abgewartet werden müsste. Demgegenüber muss auch sichergestellt werden, dass die Rechte der betreffenden Personen gewahrt werden und dass der missbräuchlichen Verwendung bestmöglich begegnet wird.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen. Für Rückfragen steht Ihnen der Zentrale Rechtsdienst, Justiz- und Sicherheitsdepartement Basel-Stadt, sekretariat.ZRD@jsd.bs.ch, gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen
Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt

Elisabeth Ackermann	Barbara Schüpbach-Guggenbühl
Präsidentin	Staatsschreiberin