

Lodevole
Dipartimento federale di
giustizia e polizia
Palazzo federale ovest
3003 Berna

A.c.a On. Consigliera Federale
Karin Keller-Sutter

via mail: egba@bj.admin.ch

Lugano, 16 novembre 2020

Procedura di consultazione: protezione del possesso contro gli atti di usurpazione di fondi

Onorevole Signora Consigliera Federale Keller-Sutter,

La **CATEF, Camera ticinese dell'Economia Fondiaria** - che da 60 anni tutela gli interessi dei proprietari fondiari del Ticino - ringrazia per essere stata consultata in merito all'argomento emarginato e formula di seguito le sue osservazioni.

Premessa

La normativa in oggetto interessa i casi di turbativa o sottrazione del possesso. Concerne anche i casi di occupazione abusiva di fondi, sia di proprietà privata che dell'ente pubblico. Turbative e occupazioni sfociano spesso anche in atti vandalici, che costituiscono un grave sfregio alla proprietà, e che il più delle volte restano impuniti.

Gli immobili più soggetti a turbativa sono perlopiù edifici in attesa di una nuova destinazione, di una ristrutturazione, di un nuovo proprietario o di una nuova pianificazione... Naturalmente l'interesse per queste occupazioni si rivolge soprattutto nei confronti di fondi ben ubicati, siti nel tessuto urbano o nei nuclei originali.

L'ente pubblico viene coinvolto sia come proprietario diretto sia come responsabile della pianificazione territoriale nella zona interessata. Ad esempio viene occupato uno stabile di proprietà comunale che necessita di un cambiamento di destinazione; gli autori prendono l'alibi della "sensibilizzazione" dell'opinione pubblica su necessità collaterali (sociali o pseudoculturali), per potere usufruire in maniera illegale di una libertà totale sul fondo occupato, e a spese dei legittimi possessori/proprietari.

Di certo le motivazioni e giustificazioni dei perturbatori non possono essere considerate di interesse pubblico preponderante e in nessun caso possono giustificare lo sfregio alla proprietà e al possesso del legittimo titolare. Purtroppo però si protraggono anche nel tempo, prolungando o addirittura bloccando il processo decisionale.

Il privato si trova dal canto suo per lo più coinvolto in simili situazioni quando, conformemente alle licenze emesse dall'autorità, intende risanare, convertire o demolire un edificio che presenta limiti funzionali oppure, che è giunto alla fine del suo ciclo di vita. Gli inneggi alla lotta alla cementificazione selvaggia o alla speculazione immobiliare non hanno nessuna giustificazione. Persino quando si ha l'intenzione di proteggere dei volumi si può fare capo a degli strumenti efficaci che vanno sino al blocco edilizio.

La normativa è però ugualmente applicabile anche ad altri casi, fortunatamente da noi almeno per adesso rari, ma in altri paesi vicini estremamente frequenti, di occupazione di case non abitate durevolmente, come ad esempio quelle di vacanza, da parte di abusivi che vi si installano con l'intento di viverci il più a lungo possibile.

Sia i possessori privati come l'ente pubblico hanno interesse a non tollerare, indipendentemente dalla loro motivazione, azioni temerarie e in ogni caso illecite e abusive da parte di terzi, e a poter intervenire efficacemente e senza grandi difficoltà a tutela dei propri diritti.

La proposta in oggetto che mira ad una maggiore protezione del possesso va quindi nella giusta direzione.

In generale

La violazione del possesso e l'occupazione abusiva d'immobili sono fatti gravi che di solito violano diversi diritti costituzionali, in primis la garanzia della proprietà (art. 26 Cst. Fed.), ma a dipendenza dei casi anche la protezione della sfera privata (art. 13. Cost. fed.) e l'art. 8 CEDU relativo alla vita privata e familiare.

Le norme a tutela del possesso sono però purtroppo assai complesse e dall'esito non sempre prevedibile.

Vi concorrono diversi fattori fra i quali:

- le numerose norme sia federali che cantonali applicabili
- le diverse normative sia a livello federale che cantonale presentano anche delle incognite dovute a contenuti fra di loro differenti e a prassi diverse a dipendenza della zona
- l'ampio margine di apprezzamento concesso all'autorità

- il fatto che la polizia possa ma non sia tenuta ad intervenire e che di regola non si muova se non sulla base di una decisione del Giudice che mette fine ad una richiesta che sicuramente ha necessitato di un certo tempo per essere evasa.

Tutti questi fattori, uniti alla difficoltà oggettiva di sapere quale sia la procedura più adeguata da seguire, contribuiscono a creare un'elevata e sgradita insicurezza negli "usurpati".

Non da ultimo, a nostro avviso, la regolamentazione attuale, come pure la nuova proposta, sono eccessivamente accondiscendenti con chi viola consapevolmente i diritti costituzionali, causando senza valido motivo danni e spese al possessore/proprietario.

La proposta in questione va quindi nella giusta direzione ma merita nondimeno ancora delle modifiche per ristabilire un maggiore equilibrio.

In particolare

Art. 926 CC Diritto di difesa- protezione del possesso

- cpv. 2

Conveniamo appieno con l'introduzione della precisazione secondo cui il termine a disposizione del possessore per agire contro l'usurpatore decorre dal momento in cui il possessore è venuto a conoscenza dell'usurpazione, secondo la diligenza ragionevolmente esigibile. La normativa attuale che fa decorrere un termine molto breve, indipendentemente dalla conoscenza dell'usurpazione da parte del possessore, oltre che ad essere oltremodo antiquata perché presupporrebbe che il possessore sia sempre sul posto per constatare la situazione, è pure profondamente iniqua e diseducativa. Di fatto degli occupanti abusivi, perfettamente a conoscenza dell'abusività della loro occupazione, possono oggi rimanere tranquilli nell'immobile, perché il possessore assente, e quindi all'oscuro dell'occupazione illecita, non potrà più intervenire con successo secondo il più comune mezzo di tutela a sua disposizione. In ogni caso dovrà quindi recarsi da un legale che l'aiuti all'interno di questo ginepraio normativo...

La parola "immediatamente" ci sembra invece eccessiva e quindi da eliminare, dato che il possessore "usurato" deve comunque già dimostrare di avere agito per espellere l'usurpatore, non appena venuto a conoscenza dell'usurpazione e in ossequio alla diligenza richiesta.

- cpv. 3

Confidiamo che con l'aggiunta secondo cui "le autorità competenti gli garantiscono tempestivamente l'intervento richiesto dalle circostanze" queste intervengano effettivamente in tempi veloci e senza difficoltà. È sicuramente preferibile che le azioni a protezione del possesso vengano svolte dalle autorità piuttosto che dal possessore stesso, specie se privato.

Art. 248 lett.c CPC Campo d'applicazione della procedura sommaria - In generale

Conveniamo appieno con l'aggiunta della lettera c. prevedente l'applicazione della procedura sommaria anche alle ordinanze giudiziali.

Art. 260a CPC ordinanza giudiziale - principio

Concordiamo pure con l'estensione del campo d'applicazione della protezione anche ai possessori derivati, che quand'anche non possessori di un diritto reale, possono avere un interesse altrettanto importante alla tutela da ogni usurpazione del possesso.

Altrettanto indispensabile è la possibilità di potere agire contro una cerchia indeterminata di persone, e quindi anche se non si conoscono le generalità del singolo perturbatore, ciò che peraltro rimane sicuramente il caso più frequente.

Dissentiamo invece sul fatto che contro la decisione del Giudice sia possibile un'opposizione non motivata che obblighi il possessore ad un'azione di accertamento!

Il Giudice constata una violazione del possesso e ordina nei confronti degli ignoti la cessazione della turbativa (o la restituzione del possesso), se il richiedente ha documentato di essere il legittimo possessore e la turbativa, e se ha reso verosimile l'illiceità della stessa turbativa.

Diventa pertanto del tutto inadeguato che i perturbatori possano opporsi all'ordinanza giudiziale senza alcuna motivazione, obbligando il possessore ad una nuova procedura giudiziaria. Riteniamo invece che siano i perturbatori, di regola perfettamente coscienti dell'illiceità del loro atto, a dover promuovere un'azione di disconoscimento. Si chiede quindi che venga applicata una procedura analoga a quanto avviene con la procedura di rigetto dell'opposizione in ambito LEF: **se il Giudice secondo la procedura sommaria, decreta il rigetto dell'opposizione, sarà se del caso il debitore soccombente a dover promuovere un'azione (di disconoscimento) e non certo il possessore usurpato che già beneficia di una decisione giudiziaria a suo favore...**

Deploriamo poi che a differenza di quanto previsto per il divieto giudiziale (art. 258 CPC), non sia prevista una multa per i contravventori in caso di ordinanza giudiziale, che riteniamo invece indispensabile!

Intanto va precisato che a parer nostro la multa fino a fr. 2'000 di cui all'art. 258 CPC, a carico del perturbatore del possesso di un immobile - ben cosciente della sua violazione - è di entità indubbiamente insufficiente. **Essa è troppo esigua per avere un effetto deterrente e chiediamo quindi che l'art. 258 CPC venga modificato nel senso che l'importo venga innalzato almeno a fr. 10'000.**

Analoga multa andrebbe poi introdotta anche nel nuovo art. 260a relativo all'ordinanza giudiziale, mirando la stessa a migliorare la situazione dei possessori che, come molto spesso avviene, non conoscono le generalità dei perturbatori. È vero che al momento dell'emanazione della sua decisione il Giudice non conoscerà ancora le generalità dei contravventori, ma queste potranno emergere grazie all'intervento della polizia; sarà così possibile procedere senza ulteriori perdite di tempo. Una multa adeguata è peraltro indispensabile ritenuto che i contravventori occupano illecitamente un fondo, di

solito apportandovi danni e creando costi al proprietario. Per motivi di economia dei costi il danneggiato provvede a limitare le spese concentrandosi sulla via più veloce e rinunciando anche a dei suoi diritti a tutto vantaggio dei contravventori. Una multa è comunque a questo punto indispensabile per evitare che espulsi da lì, i perturbatori si trasferiscano facilmente in un altro immobile, ben sapendo che anche tale comportamento illecito rimarrà senza gravi conseguenze.

Art. 260b CPC Pubblicazione e opposizione all'ordinanza giudiziale

Come indicato al punto precedente (art. 260a) riteniamo che l'opposizione, peraltro immotivata, alla decisione del Giudice che ordina la cessazione della turbativa o la restituzione del possesso, vada sostituita con un'azione di disconoscimento da parte dei perturbatori, che dovrà quindi - per avere delle possibilità di successo - essere motivata. Per questo motivo l'azione, analogamente a quanto avviene nella procedura esecutiva (art. 83 LEF), andrà promossa entro 20 giorni.

Art. 260 CPC Opposizione al divieto giudiziale

Per la coerenza del sistema, riteniamo che anche l'art. 260 relativo al divieto giudiziale debba seguire la stessa procedura come quella dell'ordinanza giudiziale. Di conseguenza contro il divieto giudiziale non sarà più possibile un'opposizione (peraltro immotivata), bensì, solo un'azione - motivata - di disconoscimento, da inoltrare entro 20 giorni. Si chiede quindi che anche l'art. 260 CPC venga riformulato in questo senso.

RingraziandoLa per l'attenzione che porterete alle nostre osservazioni, inviamo i sensi della nostra alta considerazione.

Il Presidente Cantonale

Lic. rer. pol. Gianluigi Piazzini

p.p. C. Sauter

La Segretaria Cantonale

R. Galfetti
Avv. Renata Galfetti

Par courrier et courriel
Département fédéral de justice et
police (DFJP)
Madame Karin **KELLER-SUTTER**
Conseillère fédérale
Palais fédéral ouest

3003 **BERNE**

Paudex, le 24 novembre 2020
FD

Modification du code civil (protection contre les atteintes à la possession d'un immeuble) - mise en consultation

Madame la Conseillère fédérale,

Nous avons pris connaissance de la consultation relative au projet mentionné sous rubrique. Après avoir étudié les documents mis à disposition, nous sommes en mesure de vous transmettre ci-après notre position.

1. Remarques générales

Le projet de révision fait suite à la motion 15.3531 du Conseiller national Olivier Feller « Renforcer les moyens de défense contre les squatters en assouplissant les conditions d'application de l'article 926 du code civil ». La motion visait à ce que le délai dans lequel le possesseur doit réagir pour exercer son droit de reprise soit porté dans la loi à 48 ou 72 heures.

Ce projet de révision poursuit une autre approche et s'inscrit dans le cadre d'un assouplissement des conditions de la protection de la possession. Le Conseil fédéral est d'avis que des délais de réaction courts appliqués sans égard aux circonstances compliquent l'exercice du droit de reprise et s'avèrent contre-productifs pour toutes les personnes impliquées, en particulier les propriétaires. Par ailleurs, le droit fédéral ne peut pas influencer directement sur le droit policier cantonal.

Les conditions assouplies dans ce projet visent à ce que le délai imparti pour exercer le droit de reprise au sens de l'art. 926 al. 2 CC commence à courir juste après que le possesseur, en ayant fait preuve de la diligence requise, a eu ou aurait pu avoir connaissance de l'usurpation, à préciser l'obligation d'intervenir de l'autorité en rapport avec la protection de la possession, et à ce que le juge puisse prononcer une ordonnance judiciaire à l'encontre d'un cercle indéterminé de personnes pour obtenir la cessation du trouble à la possession ou la restitution de l'immeuble.

La garantie de la propriété est un droit fondamental qui est à la base d'un Etat de droit. Sans une telle garantie, l'économie privée ne peut pas se développer. Aussi, le possesseur doit pouvoir expulser facilement les personnes occupant illicitement son bâtiment.

Le droit actuel a montré ses faiblesses et trop souvent le propriétaire se trouve démuni et contraint de tolérer un état de fait illégal. En effet, souvent il n'a pas connaissance immédiatement du squat de son immeuble et ne connaît pas l'identité des squatters qui d'ailleurs peut changer fréquemment, ce qui l'oblige à devoir agir au moyen d'une action judiciaire qui est longue et coûteuse.

Le projet de révision va donc dans la bonne direction en assouplissant les conditions de protection de la possession, même s'il continue de restreindre le droit de reprise et que l'ordonnance judiciaire sera facilement contournable par le squatter dès lors qu'il lui suffira de s'y opposer, ce qui obligera le propriétaire à agir au tribunal afin de valider l'ordonnance judiciaire.

2. Remarques particulières

A. Article 926 al. 2 du code civil – droit de reprise

L'article actuel 926 al. 2 CC prévoit que le possesseur peut, lorsque la chose lui a été enlevée par violence ou clandestinement, la reprendre aussitôt, en expulsant l'usurpateur s'il s'agit d'un immeuble et, s'il s'agit d'une chose mobilière, en l'arrachant au spoliateur surpris en flagrant délit ou arrêté dans sa fuite (droit de reprise).

Si le propriétaire n'agit pas aussitôt, il perd son droit de reprise et doit agir par la voie judiciaire, ce qui peut s'avérer long et compliqué. En outre, le *dies a quo* n'est pas précisé dans le droit actuel et la question reste de savoir si le temps de réaction appropriée part dès le moment où l'usurpation a lieu ou dès le moment où le propriétaire a connaissance de l'usurpation.

Le projet de révision précise le *dies a quo*, de sorte que le possesseur pourra expulser l'usurpateur aussitôt après avoir eu connaissance de l'usurpation en ayant fait la preuve de la diligence requise.

Cette précision est bienvenue, dès lors qu'elle empêchera que le propriétaire soit déchu de son droit de reprise alors qu'il n'avait pas connaissance de l'usurpation. En revanche, il est regrettable d'avoir maintenu la notion « aussitôt » qui restreint trop fortement la possibilité d'agir du possesseur. En outre, le possesseur doit déjà démontrer qu'il a fait preuve de diligence, notion qui sera laissée à l'appréciation du tribunal. Nous sommes donc d'avis que ce terme « aussitôt » doit être purement et simplement supprimé. Il appartiendra au possesseur, en fonction des circonstances du cas d'espèce, de démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise et s'il devait trop tarder pour agir, il aura manqué de diligence et perdra ainsi son droit de reprise.

Par conséquent, la teneur de l'article 926 al. 2 CC devrait être la suivante : « Lorsque la chose lui a été enlevée par violence ou clandestinement, il peut la reprendre, dès qu'il a eu connaissance de l'usurpation en ayant fait preuve de la diligence requise, en expulsant l'usurpateur s'il s'agit d'un immeuble et, s'il s'agit d'une chose mobilière, en l'arrachant au spoliateur surpris en flagrant délit ou arrêté dans sa fuite ».

Par ailleurs, la mise en œuvre de ce droit de reprise dépend dans une large mesure des pratiques cantonales en matière d'intervention de la police. En effet, le propriétaire ne va pas déloger lui-même les squatters, mais aura recours à la police, ce d'autant plus que son action doit rester proportionnée et que le projet de révision réserve expressément le recours préalable aux autorités compétentes. Dans le canton de Vaud, il est relevé, dans le rapport explicatif (p. 15), que les autorités de police vaudoises semblent n'être enclines à évacuer un immeuble occupé que si une décision d'un tribunal ou d'une autre autorité les y invite. Il y aura donc lieu que les pratiques évoluent sous peine de rendre sans effet ce projet de révision.

B. Article 260a et 260b du code de procédure civile – ordonnance de portée générale

Ce projet de révision introduit dans le CPC un nouvel outil, à savoir l'ordonnance de portée générale qui permettra au tribunal d'ordonner la cessation du trouble ou la restitution à l'encontre de personnes inconnues.

Le fait que le possesseur ne soit plus obligé de connaître l'identité des usurpateurs afin de saisir la justice est à saluer. Cependant, l'usurpateur dispose d'un délai de 10 jours pour s'y opposer à compter du jour où l'avis est publié et placé sur l'immeuble. L'opposition n'a pas besoin d'être motivée. En cas d'opposition, l'ordonnance devient caduque vis-à-vis de l'opposant et le possesseur lésé doit agir au fond, en procédure contradictoire, devant le tribunal.

Afin que cette nouvelle mesure soit usitée par les possesseurs et dès lors que la contestation de cette ordonnance est extrêmement aisée, il y a lieu de prévoir une procédure simplifiée et rapide pour le possesseur en cas d'opposition du squatter. A défaut, cette nouvelle mesure risque d'être sans effet.

3. Conclusions

Sous réserve de nos remarques ci-dessus, le Centre Patronal soutient ce projet de révision. Il contribue à améliorer la protection de la possession et de fait, la garantie de la propriété, mais devrait être précisé sur certains points afin de déployer pleinement ses effets.



En vous remerciant de l'attention que vous porterez à notre position, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre très haute considération.

Centre Patronal

Frédéric Dovat





Chambre genevoise immobilière

Association des propriétaires

Département de justice et
police (DFJP)
Madame
Karin KELLER-SUTTER
Conseillère fédérale

Par courriel
egba@bj.admin.ch

Genève, le 15 décembre 2020
P/1.1.1/AH

Modification du code civil suisse (protection contre les atteintes à la possession d'un immeuble)

Madame la Conseillère fédérale,

Nous vous remercions de nous avoir consultés dans le cadre du projet visé en marge et vous transmettons ici, dans le délai imparti, notre détermination.

Depuis 1920, la Chambre genevoise immobilière, association sans but lucratif, s'engage pour la promotion et la défense de la propriété foncière à Genève.

Elle réunit quelques 6'600 propriétaires. Ils sont occupants de leur propre logement, bailleurs ou propriétaires d'immeubles et représentent ainsi une part très importante des propriétaires genevois et de l'économie immobilière du Canton.

Nos membres sont ainsi particulièrement touchés par la modification proposée.

1. Remarques générales

Le projet de révision fait suite à la motion 15.3531 du Conseiller national Olivier Feller « Renforcer les moyens de défense contre les squatteurs en assouplissant les conditions d'application du code civil », qui demandait que le délai dans lequel le possesseur doit agir pour exercer son droit de reprise soit porté à 48h ou 72h. L'auteur de la motion relevait que le droit de reprise prévu à l'article 926 CC ne pouvait pas être exercé dès lors qu'il posait une condition d'immédiateté très difficile à remplir. En effet, le possesseur doit agir « aussitôt », soit dès l'arrivée des squatteurs, et non dès la connaissance de leur arrivée.

Avec la modification proposée, les conditions de la protection sont assouplies en ce que le délai pour exercer le droit de reprise commence à courir juste après que le possesseur, en ayant fait preuve de la diligence requise, a eu connaissance de l'usurpation.

Le projet dispose en outre que les autorités compétentes assurent en temps utile l'intervention requise par les circonstances et prévoit un nouvel outil de procédure, l'ordonnance de portée générale, permettant d'agir contre un cercle indéterminé de personnes.

La garantie de la propriété étant un droit fondamental, il est impératif que le possesseur puisse expulser facilement les personnes qui occupent illicitement son bâtiment.

En conséquence, nous sommes favorables à ce projet de révision.

2. De la modification proposée

i) Article 926 alinéas 2 et 3 CC

Ce nouvel article 926 alinéa 2 CC prévoit que le possesseur peut, lorsque la chose lui a été enlevée avec violence ou clandestinement, la reprendre « *aussitôt après avoir eu connaissance de l'usurpation en ayant fait preuve de la diligence requise* », en expulsant l'usurpateur s'il s'agit d'un immeuble. L'actuel article 926 alinéa 2 CC dispose que le possesseur peut la reprendre aussitôt, mais sans préciser le dies a quo.

Cette précision est bienvenue et évitera ainsi à celui qui n'avait pas connaissance de cette usurpation d'être déchu de ses droits.

Nous considérons néanmoins qu'il aurait été plus opportun de supprimer le mot « aussitôt », qui restreint encore trop fortement la possibilité d'agir et qui reste une notion indéterminée. Le possesseur devra déjà démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise. S'il devait trop tarder, il aura ainsi manqué de la diligence requise et serait déchu de son droit.

S'agissant du nouvel article 926 alinéa 3 CC, l'ajout prévoyant que « *les autorités compétentes lui assurent en temps utile l'intervention requise par les circonstances* » nous paraît bienvenu, même si cet ajout pourrait s'avérer plus utile pour certains cantons que celui de Genève. A teneur du rapport explicatif, il apparaît que la pratique genevoise fonctionne particulièrement bien puisque une plainte pénale suffit. Si les pratiques cantonales doivent évoluer, nous ne souhaitons aucunement que notre pratique se complexifie et rende le droit de reprise plus difficile qu'il ne l'est aujourd'hui, mais ceci ne devrait pas être le cas.

ii) Article 248 lettre c CPC

Cette disposition prévoit l'application de la procédure sommaire à la mise à ban et à la nouvelle ordonnance de portée générale prévue à l'article 260a CPC, ce que nous saluons.

iii) Articles 260a et 260b CPC

La modification proposée prévoit de créer un nouvel acte de juridiction gracieuse, à savoir l'ordonnance de portée générale, dirigée contre un cercle de personnes indéterminé. Alors que la mise à ban accorde une protection à titre préventif, cette ordonnance a pour but d'éliminer les troubles de la possession qui sont déjà survenus et l'usurpation d'un immeuble lorsqu'elle a déjà été tentée ou est survenue.

Nous sommes absolument favorable à l'introduction de ce nouvel outil qui permet au possesseur d'agir sans être obligé de connaître l'identité des usurpateurs/squatteurs, dès lors que dans les faits, l'identité des squatteurs n'est pas connue.

Le nouvel article 260b CPC dispose toutefois que l'usurpateur touché par l'ordonnance pourra faire opposition dans un délai de 10 jours, sans motiver cette opposition, mais exigeant de divulguer son identité. Cette ordonnance ne rendra plus d'effet envers l'opposant (le squatteur) et le possesseur devra alors agir en justice en introduisant une demande contradictoire à l'encontre de l'usurpateur. Cette procédure pourrait être longue et coûteuse.

Cette contestation de l'ordonnance nous apparaît trop aisée et il conviendrait à nos yeux de prévoir une procédure simplifiée et rapide pour le possesseur en cas de contestation de l'ordonnance. A défaut, elle risque d'être sans effet.

3. En conclusion

Nous soutenons ce projet de révision sous réserves des remarques ci-dessous. Il va sans nul doute dans le bon sens s'agissant de la protection de la possession et de la garantie de la propriété.

En vous remerciant par avance de l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de notre respectueuse considération.

Christophe Aumeunier



Secrétaire général

Anne Hiltbold



Secrétaire générale adjointe

Per E-Mail: egba@bj.admin.ch
Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (EJPD)
Schweizerische Eidgenossenschaft
Bundesrain 20
3003 Bern

Bern, 23. Dezember 2020

**Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches
(Besitzschutz bei verbotener Eigenmacht an Grundstücken);**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Sehr geehrte Damen und Herren

Die Demokratischen Juristinnen und Juristen Schweiz (DJS) nehmen innert Frist Stellung zur rubrizierten Novelle und den Ausführungen im erläuternden Bericht.

I. Vorbemerkung

1. Kein Revisionsbedarf

Zunächst ist auf die Frage einzugehen, ob überhaupt Revisionsbedarf besteht. Gemäss dem Erläuternden Bericht zielt die Revision 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.¹ Im Erläuternden Bericht wird ausgeführt, bei der Erstellung des Gutachtens hätten insbesondere die Rückmeldungen von Seiten der Gerichte ergeben, dass die Räumung besetzter Liegenschaften im Zivilverfahren die von einer

¹ Erläuternder Bericht zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Besitzschutz bei verbotener Eigenmacht an Grundstücken) vom 2. September 2020, S. 3.

Hausbesetzung Betroffenen vor grosse Herausforderungen stelle.² Diese Aussage stellt die aktuelle Sach- und Rechtslage jedoch verkürzt beziehungsweise falsch dar. Derzeit bestehen nämlich lediglich die Behörden des Kantons Waadts auf ein zivilrechtliches Urteil für die Räumung einer besetzten Liegenschaft. In allen anderen Kantonen wird kein rechtskräftiges Urteil für eine Räumung vorausgesetzt, weder ein zivil- noch ein strafrechtliches.³ Gemäss dem Gutachten zur geplanten Revision ist davon auszugehen, dass es im Kanton Waadt mit seinen rund 800'000 Einwohnern durchschnittlich zu lediglich zwei Hausbesetzungen pro Jahr kommt.⁴ Daraus ergibt sich, dass die durch eine Motion des Waadtländer Nationalrats Herrn Olivier Feller angestossene Revision darauf abzielt, das Sachenrecht des ZGB zu revidieren und eine gänzlich neue Verfahrensart in der ZPO einzuführen, einzig und allein um es zwei Hauseigentümerinnen oder -eigentümern pro Jahr zu ermöglichen, eine Liegenschaft im Kanton Waadt ungestört leer stehen zu lassen. Eine derart grundlegende Revision vorzunehmen für zwei Anwendungsfälle pro Jahr scheint geradezu abwegig.

Offenbar folgten die Behörden des Kantons Genf früher derselben Praxis wie die Behörden des Kantons Waadt und setzten für eine zwangsweise Räumung einer Liegenschaft ebenfalls ein zivilrechtliches Urteil voraus. Daher bezieht sich auch die Bundesgerichtsrechtsprechung, welche durch die Revision geändert werden soll, auf Fälle aus dem Kanton Genf. Unterdessen haben die Behörden des Kantons Genf ihre Praxis jedoch angepasst, seit über sechs Jahren gibt es im Kanton Genf keine besetzten Häuser mehr.⁵ Dies macht deutlich, dass es den Kantonen auch ohne Änderung des Bundesrechts möglich ist, besetzte Häuser zu räumen. Auch die Stadtpolizei Zürich hält fest, dass auf Bundesebene kein Regelungsbedarf bestehe, zumal „[...] die rechtlichen Grundlagen für ein adäquates polizeiliches Handeln gegeben sind.“⁶ Der Grund, dass im Kanton Waadt offenbar nicht alle besetzten Häuser umgehend geräumt werden, liegt demnach klarerweise nicht an der Ausgestaltung der bundesrechtlichen Regelung. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung steht einer kantonalen Praxisänderung scheinbar nicht entgegen, wie das Beispiel des Kantons Genf zeigt.

Bezüglich der Praxis der Behörden im Kanton Waadt bleibt Folgendes zu sagen: Im Kanton Waadt sind gemäss dem Gutachten Räumungen von besetzten Häusern in der Regel gar nicht notwendig, zumal es häufig bevorzugt werde, eine einvernehmliche Einigung zu treffen, woraufhin die Hausbesetzerinnen

² Erläuternder Bericht zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Besitzschutz bei verbotener Eigenmacht an Grundstücken) vom 2. September 2020, S. 14.

³ Erläuternder Bericht zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Besitzschutz bei verbotener Eigenmacht an Grundstücken) vom 2. September 2020, S. 15.

⁴ RAMON MABILLARD, Besitzerschutz bei Hausbesetzungen, Gutachten zur Motion Feller (15.35351), S. 169.

⁵ RAMON MABILLARD, Besitzerschutz bei Hausbesetzungen, Gutachten zur Motion Feller (15.35351), S. 162.

⁶ Stadtpolizei Zürich, Stellungnahme vom 25. Januar 2018, Punkt 12, in: RAMON MABILLARD, Besitzerschutz bei Hausbesetzungen, Gutachten zur Motion Feller (15.35351), Anhang 16, S. 624.

und -besetzer die Häuser freiwillig verlassen würden.⁷ Weshalb im Kanton Waadt von der bewährten Praxis, in erster Linie auf die Vermittlung zwischen den Beteiligten zu setzen, abgewichen werden soll, ist nicht nachvollziehbar. Ferner wird selbst im Kanton Waadt nicht in jedem Fall ein zivilrechtliches Urteil vorausgesetzt, zumal es stark auf den Einzelfall ankommt, ob die Polizei bereit ist, das Haus zu räumen.⁸ Zudem wird im zur Revision angefertigten Gutachten darauf hingewiesen, dass die Zivilverfahren im Kanton Waadt in der Regel kein Problem darstellen (!), diese würden jeweils verhältnismässig schnell abgewickelt.⁹

Zusammenfassend ergibt sich, dass kein Bedarf an einer Revision des Zivilrechts sowie des Zivilverfahrensrechts besteht.

Bezüglich des Revisionsbedarfs ist überdies darauf hinzuweisen, dass es in der Schweiz ohnehin lediglich eine geringe Anzahl von Hausbesetzungen gibt¹⁰ und die allermeisten Kantone gar nicht von diesem Phänomen betroffen sind. In den meisten Fällen verhalten sich Hausbesetzerinnen und -besetzer kooperativ, weshalb eine polizeiliche Räumung selten notwendig ist.¹¹ Ferner ist festzuhalten, dass in der Schweiz bekanntermassen lediglich leerstehende Liegenschaften besetzt werden. Fälle, in welchen bewohnte Erstwohnungen (bspw. während Ferienabwesenheit der Bewohnerinnen und Bewohner) oder von Zeit zu Zeit genutzte Zweitwohnungen besetzt wurden, sind jedenfalls keine bekannt. Daraus ergibt sich, dass ohnehin nur Liegenschaften besetzt werden, bei welchen die Eigentümerinnen und Eigentümer nicht darauf angewiesen sind, in dieser zu wohnen und es sich leisten können, diese leer stehen zu lassen. Worin das Interesse dieser Hauseigentümerinnen und -eigentümer, eine Liegenschaft leer stehen zu lassen, überhaupt besteht, ist nicht klar. Es steht jedenfalls fest, dass dieses Interesse allerhöchstens als gering einzustufen ist.

Zusammenfassend ergibt sich, dass das Vorliegen von Interessen, welche eine Änderung des Sachenrechts sowie die Einführung einer neuen Verfahrensart in der ZPO rechtfertigen würden, zu verneinen ist. Alleinschon ob der Aufwand, ein 700-seitiges Gutachten zu erstellen, gerechtfertigt war, scheint fragwürdig.

⁷ RAMON MABILLARD, Besitzerschutz bei Hausbesetzungen, Gutachten zur Motion Feller (15.35351), S. 168, S. 169.

⁸ RAMON MABILLARD, Besitzerschutz bei Hausbesetzungen, Gutachten zur Motion Feller (15.35351), S. 170.

⁹ RAMON MABILLARD, Besitzerschutz bei Hausbesetzungen, Gutachten zur Motion Feller (15.35351), S. 175.

¹⁰ Erläuternder Bericht zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Besitzerschutz bei verbotener Eigenmacht an Grundstücken) vom 2. September 2020, S. 35.

¹¹ Vgl. bspw. Kantonspolizei Bern, Stellungnahme vom 19. Januar 2018, S. 2, in: RAMON MABILLARD, Besitzerschutz bei Hausbesetzungen, Gutachten zur Motion Feller (15.35351), Anhang 12, S. 607; Kanton Basel, Regierungsratsbeschluss vom 28. Mai 2013 zur Interpellation Nr. 31, S. 3 in: RAMON MABILLARD, Besitzerschutz bei Hausbesetzungen, Gutachten zur Motion Feller (15.35351), Anhang 4, S. 492.

Die Demokratischen Juristinnen und Juristen Schweiz schliessen sich daher dem ursprünglichen Standpunkt des Bundesrates an, dass kein Revisionsbedarf besteht.

2. Föderalismus und Verhältnismässigkeit

Im Erläuternden Bericht wird richtigerweise festgehalten, dass das Gebiet des Polizeirechts in die Regelungskompetenz der Kantone fällt, dass den Polizeibehörden bei der Räumung von besetzten Häusern ein Ermessensspielraum zukommt, der gewahrt werden soll, und dass das Verhältnismässigkeits-, Opportunitäts- sowie das Subsidiaritätsprinzip weiterhin Geltung beanspruchen sollen.¹² Weiter wird im Erläuternden Bericht festgehalten, dass der Umgang der Polizei mit Hausbesetzungen einen Balanceakt darstellt, bei welchem die tatsächlichen Begebenheiten, die begrenzten Kapazitäten und Mittel der Polizei sowie rechtliche, sicherheitstechnische und politische Aspekte zu berücksichtigen sind.¹³ Bei den politischen Aspekten ist etwa an die Thematik des knapp verfügbaren Wohnraumes und des damit verbundenen hohen Preisniveaus im Immobilienmarkt zu denken, die in gewissen Regionen und Gemeinden ein zentraler Bestandteil des politischen Diskurses darstellt.¹⁴

Die Demokratischen Juristinnen und Juristen Schweiz teilen diese Einschätzungen des Erläuternden Berichts. Bedauerlicherweise finden diese – im Erläuternden Bericht mehrfach betonten – Grundsätze des Föderalismus und des rechtsstaatlichen Handelns keinerlei Eingang in die vorgeschlagene Gesetzesrevision. Die Vorlage steht diesen Überlegungen vielmehr diametral entgegen, weshalb sie abzulehnen ist.

Es erscheint zudem äusserst stossend, dass die Änderung einer behördlichen Praxis, die grundsätzlich in den kantonalen Regelungsbereich des Polizeirechts fällt, nun über den Umweg einschneidender Revisionen im Bundesrecht bewirkt werden soll, bloss weil sich (wohl vor allem im Kanton Waadt) auf kantonaler Ebene keine politischen Mehrheiten dafür finden lassen.

3. Recht auf Wohnen

Von Problemen wie Wohnungsnot, überhöhten Mietzinsen, Spekulation und Verdrängung der ursprünglichen Bewohnerinnen und Bewohnern aus einem Quartier sind Städte in besonderem Mass

¹² Erläuternder Bericht zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Besitzschutz bei verbotener Eigenmacht an Grundstücken) vom 2. September 2020, S. 21, S. 30, S. 35, vgl. auch S. 24: „Die vorgeschlagenen Änderungen respektieren die Kompetenz der Kantone im Polizeirecht.“

¹³ Erläuternder Bericht zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Besitzschutz bei verbotener Eigenmacht an Grundstücken) vom 2. September 2020, S. 30.

¹⁴ Vgl. bspw. Stadtpolizei Zürich, Stellungnahme vom 25. Januar 2018, Punkt 11, in: RAMON MABILLARD, Besitzschutz bei Hausbesetzungen, Gutachten zur Motion Feller (15.35351), Anhang 16, S. 623.

betroffen. Bei diesen Problemen handelt es sich um ernstzunehmenden Themenfelder, welche grosse Teile der Bevölkerung betreffen. Angesichts der von Region zu Region sehr unterschiedlich starken Ausprägung dieser Probleme rechtfertigt es sich, den Entscheid darüber, in welchem Mass der Leerstand von Häusern schützenswert ist, den kantonalen oder gar den lokalen Behörden zu überlassen.

Zudem garantieren sowohl Art. 12 und Art. 25 der allgemeinen Erklärung der Menschenrechte als auch Art. 11 des UN-Sozialpakts¹⁵ das Recht auf Wohnen. Grundsätzlich hat jeder Mensch ein Recht auf angemessenen Wohnraum. In der Schweiz ist es für viele Menschen jedoch schwer, eine bezahlbare Wohnung zu finden. Besonders hart trifft es Menschen in verletzlichen Lebenslagen, beispielsweise Arbeitslose, Alleinerziehende, alte Menschen, Menschen mit Behinderungen, Menschen mit Migrationshintergrund, Geflüchtete, suchtkranke Menschen, arme Menschen und zunehmend auch Menschen, die weniger arm sind. Fehlt eine geeignete Unterkunft, sind auch viele andere Menschenrechte bedroht, beispielsweise das Recht auf Gesundheit und Leben, das Recht auf Teilhabe und das Recht auf Familie. Auch das Übereinkommen über die Rechte des Kindes (KRK) ist unter Umständen tangiert, dieses verlangt, dass bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen, das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt ist, der vorrangig zu berücksichtigen ist (Art. 3 Ziff. 1 KRK). Vor kurzem hat das Bundesgericht diese Bedenken geteilt im Hinblick auf eine kantonale Bestimmung, welche die Räumung von durch Fahrende benutzten Plätze in kurzer Frist und ohne angemessene verfahrensrechtliche Garantien vorsah. Es hat dazu unter Berücksichtigung des Rechts auf Achtung der Wohnung und des Privat- und Familienlebens (Art. 13 BV und Art. 8 EMRK) festgehalten, dass Zwangsräumungen «erst nach einer umfassenden Prüfung erfolgen» sollen.¹⁶

4. Auswirkungen der Revision äusserst unklar

Die Vorlage ist in diversen Bereichen sehr unklar oder ungenau formuliert und lässt zentrale Fragen offen. Die verwendeten Begriffe sind äusserst vage und die Auswirkungen der Revision schwer abschätzbar. Daher dürfte es für die Parlamentarierinnen und Parlamentarier, die über die Vorlage zu entscheiden haben, schwer sein, zu beurteilen, was die Annahme der Vorlage bedeuten würde. Nur schon das Verhältnis der vorgeschlagenen Änderung des ZGB zur vorgeschlagenen Änderung der ZPO wirft zahlreiche Fragen auf – sowohl juristische als auch praktische.

Aus den Materialien ergibt sich, dass die Revision den Schutz von Hauseigentümerinnen und -eigentümern vor der Besetzung ihrer leerstehenden Liegenschaften bezwecken soll. Dennoch wird in der Vorlage der Besitz und nicht das Eigentum geschützt. Der Kreis der möglichen Anwendungsfälle

¹⁵ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, SR 0.103.1.

¹⁶ Bundesgericht, Urteil 1C_181/2019 vom 29. April.2020, E. 14.4.3.1.

ist daher um ein Vielfaches Grösser, als von der Revision eigentlich bezweckt, gibt es doch zahlreiche Personen, welche unmittelbaren Besitz an einer Liegenschaft haben, ohne deren Eigentümer zu sein (so bspw. die jeweilige Mieterschaft). Überdies bezieht sich die Vorlage ihrem Wortlaut nach nicht nur auf Hausbesetzungen, sondern auf sämtliche Störungen und Entziehungen des Grundstücksbesitzes. Es ist daher davon auszugehen, dass die Revision zahlreiche unerwünschte Nebenwirkungen mit sich bringen wird. Die vorgeschlagene Gesetzänderung lässt insgesamt vom Wortlaut her enorm viel Raum, um die vorgeschlagenen neuen Instrumente auch in anderen Konstellationen als bloss bei Hausbesetzungen zu verwenden. Der Gesetzestext schliesst beispielsweise auch eine Verwendung der Instrumente gegen Mieterinnen und Mieter, unliebsame Nachbarinnen und Nachbarn und zahlreiche weitere Personengruppen nicht aus. Insbesondere bleibt äusserst unklar, was bei gekündigten oder strittigen Mietverhältnissen gelten soll. Zumal ein Mietvertrag auch mündlich abgeschlossen werden kann,¹⁷ führt die Revision zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Es ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht in einem kürzlich ergangenen Leitentscheid eine Bestimmung zur Räumung von privaten Geländen als verfassungswidrig aufgehoben hat, die nicht klar festhielt, ob Fälle, bei welchen eine Erlaubnis zum Aufenthalt auf dem Grundstück von Anfang an fehlte, gleich zu behandeln sind, wie jene, bei welchen eine anfänglich vorliegende Erlaubnis nachträglich (mündlich) entzogen wurde.¹⁸

5. Einseitige Untersuchung

Im Hinblick auf die geplante Revision des ZGB und der ZPO liess das Bundesamt für Justiz (BJ) von Herrn Prof. Dr. Mabillard ein Gutachten zum Besitzerschutz bei Hausbesetzungen erstellen.¹⁹ Es fällt auf, dass zur Erstellung dieses Gutachtens lediglich einseitig Interessengruppen angehört wurden, bei welchen zu erwarten wäre, dass sie den Besitzerschutz grundsätzlich stärken wollen. Insbesondere stossend erscheint es, dass diverse Hauseigentümerverbände zur Stellungnahme eingeladen wurden, während weder Mieterinnen- und Mieterverbände noch Organisationen, welche sich gegen Wohnungsnot und steigende Mietpreise einsetzen, befragt wurden. Es wurden auch keine Hausbesetzerinnen und -besetzer, Bewohnerinnen und Bewohner von Zwischennutzungen oder Organisationen, welche Zwischennutzungen institutionell anbieten, angehört. Auch beispielsweise Vertreterinnen und Vertreter von Kulturzentrenten, welche heute legalisiert sind, aber ursprünglich besetzt waren, wurden nicht nach einer Stellungnahme gebeten. Die Meinungen von Anwältinnen und

¹⁷ MIETERINNEN- UND MIETERVERBAND, Ratgeber Mietrecht, <https://www.mieterverband.ch/mv/mietrecht-beratung/ratgeber-mietrecht/fallbeispiele/m-p/muendliche-zusage.html>.

¹⁸ Bundesgericht, Urteil 1C_181/2019 vom 29.4.2020, E. 14.2.2.

¹⁹ RAMON MABILLARD, Besitzerschutz bei Hausbesetzungen, Gutachten zur Motion Feller (15.35351).

Anwältinnen, welche Hausbesetzerinnen und -besetzer in rechtlichen Belangen vertreten, wurden ebenfalls nicht berücksichtigt. Das Gutachten ist daher grundsätzlich als einseitig zu kritisieren.

Es ist jedoch bemerkenswert, dass sich aus den Rückmeldungen der befragten Verbände, Gerichte und Behörden trotz der einseitigen Auswahl keineswegs ein Bild ergab, welches auf einen dringenden Revisionsbedarf schliessen lässt. Dies zeigt klar auf, dass kein Bedarf für eine Revision besteht.

II. Änderung des Zivilgesetzbuches

6. Novelle in Art. 926 Abs. 2 ZGB

Der neue Art. 926 Abs. 2 ZGB soll die Zulässigkeit der Selbsthilfe bei Beeinträchtigung des Besitzes ausweiten. Diese Selbsthilfe gehört zum Faustrecht und umfasst sowohl die Androhung als auch die Anwendung von Gewalt durch Private.²⁰ In einem Rechtsstaat mit staatlichem Gewaltmonopol ist ein derartiges Faustrecht ein Fremdkörper und dessen Zulässigkeit sollte dem Rechtsfrieden zuliebe auf ein Minimum beschränkt werden. Die vorgeschlagene Ausweitung der Zulässigkeit des Faustrechts ist daher abzulehnen. Ferner ist die vorgeschlagene Formulierung sehr offen und die Einhaltung der „Frist“ ist nahezu nicht überprüfbar.

Die vorgeschlagene Änderung von Art. 926 Abs. 2 ZGB ist daher abzulehnen. Weiter ist Folgendes zu bemerken:

Es ist leider zu erwarten, dass die Einführung des vorgeschlagenen Art. 926 Abs. 2 ZGB die Bildung von – ggf. auch gewerbsmässig tätiger – gewalttätiger Gruppen befördern wird, welche auf Geheiss der Hauseigentümerinnen und -eigentümern beziehungsweise -besitzerinnen und -besitzer Gebrauch des ausgeweiteten Faustrechts machen.

Ebenfalls zu bedenken ist, dass die Regelung insbesondere dem Schutz derjenigen Hauseigentümerinnen und -eigentümern dient, die in der Lage sind, solche Gruppen zu mobilisieren oder private Sicherheitsdienste mit der gewaltsamen Räumung der Liegenschaft zu beauftragen. Inwiefern beispielsweise eine alleinstehende ältere Hauseigentümerin von der Ausweitung des Faustrechts profitieren soll, bleibt demgegenüber unklar. Es sei denn, sie ist im Besitz einer Schusswaffe oder kann sich an die vorher erwähnten gewalttätigen Gruppen wenden – Szenarien die keinesfalls wünschenswert sind.

Polizistinnen und Polizisten werden sorgfältig ausgewählt, müssen über einen tadellosen Leumund verfügen, absolvieren eine mehrjährige Ausbildung, werden rechtlich geschult und kennen den Verhältnismässigkeitsgrundsatz sowie die Menschenrechte. Dennoch kommt es bekannterweise auch

²⁰ ERNST WOLFGANG, in: Geiser Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar ZGB II, 6. Auflage 2019, N. 2 zu Art. 926 ZGB.

seitens geschulter Polizistinnen und Polizisten bei nervenaufreibenden Einsätzen teilweise zu unverhältnismässiger Gewaltanwendung. Vor diesem Hintergrund muss davon ausgegangen werden, dass die Ausweitung der Zulässigkeit des Faustrechts zu zahlreichen äusserst unschönen Gewaltexzessen führen wird. Dies umso mehr, als die Ausübung des Faustrechtes gerade nicht an eine vorgängige Klärung der Rechtsverhältnisse und der Verhältnismässigkeit geknüpft wird.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Demokratischen Juristinnen und Juristen Schweiz die Ausweitung der Zulässigkeit des Faustrechts ablehnen.

7. Novelle in Art. 926 Abs. 3 ZGB

Auch die vorgeschlagene Formulierung für Art. 926 Abs. 3 ZGB ist sehr offen und steht damit im Widerspruch zur Rechtssicherheit. Wann die Hilfe „rechtzeitig“ und welche Hilfe „erforderlich“ ist, ist nicht klar. Überdies ist äusserst stossend, dass gemäss dem Erläuternden Bericht der vorgeschlagene Art. 926 Abs. 3 ZGB Klarheit schaffen und die Subsidiarität der Selbsthilfe gegenüber der amtlichen Hilfe gesetzlich festhalten soll,²¹ dies aber dennoch kein Eingang in den vorgeschlagenen Gesetzestext gefunden hat.

Überdies bleibt gänzlich unklar, in welchem Verfahren die in neuen Art. 926 Abs. 3 ZGB erwähnte amtliche Hilfe zu gewähren ist. Soweit der vorgeschlagene Zusatz zum bestehenden Art. 926 Abs. 3 ZGB darauf verweisen sollte, dass Kantone nach Massgabe ihres Polizeirechts vorzugehen haben, ist er redundant und überflüssig. Soweit er den Polizeikorps eine neue Kompetenz erteilen möchte (im Sinne einer gesetzlichen Grundlage), handelt es sich um einen unzulässigen Eingriff in die kantonale Polizeirechtskompetenz. Eine neuartige Kompetenz auf Bundesebene wäre grundsätzlich ausgeschlossen und verfassungswidrig.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Art. 926 Abs. 3 ZGB überflüssig ist und zu diversen Unklarheiten führt. Die vorgeschlagene Revision von Art. 926 Abs. 3 ZGB ist daher abzulehnen.

III. Änderung der Zivilprozessordnung

1. Ausgestaltung des Verfahrens

a) Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren

Die Vorlage sieht vor, dass es neu möglich sein soll, eine „Gerichtliche Verfügung“ zwecks Räumung einer Liegenschaft zu erwirken. Das vorgeschlagene Verfahren zur Erwirkung einer derartigen „Gerichtlichen Verfügung“ zeichnet sich durch drei Eigenheiten aus:

²¹ Erläuternder Bericht zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Besitzschutz bei verbotener Eigenmacht an Grundstücken) vom 2. September 2020, S. 21.

- Das Verfahren soll einseitig geführt werden. Die Person, gegen welche das Verfahren geführt wird, soll keine Möglichkeit haben, vor Erlass des Entscheides ihre Position darzulegen.
- Das Beweismass ist reduziert. Der Gesuchsteller soll die Störung oder Erziehung seines Grundstückes lediglich glaubhaft machen müssen, nicht jedoch beweisen.
- Das Gericht soll unverzüglich entscheiden und sogleich die erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen anordnen. Zur Erwirkung einer „Gerichtlichen Verfügung“ soll das summarische Verfahren zur Anwendung gelangen. Insgesamt zeichnet sich das vorgeschlagene Verfahren also durch eine neuartige Beschleunigung aus.

Dass der Entscheid ohne Anhörung der Gegenpartei erlassen werden soll, ist höchst problematisch und steht in unauflösbaren Widerspruch zum Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV) und Art. 53 ZPO sowie dem Recht auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist von fundamentaler Bedeutung²² und ein zentraler Grundpfeiler eines jeden Rechtsstaats. Das rechtliche Gehör gemäss Art. 29 BV steht jedermann zu.²³ Eine Berechtigung in der Sache ist nicht erforderlich.²⁴ Dementsprechend darf der Anspruch auf rechtliches Gehör keinesfalls bloss zur Schaffung eines Sonderrechts für Eigentümerinnen und -eigentümer von leerstehenden Häusern eingeschränkt werden.

Es ist darauf hinzuweisen, dass sich die vorgesehene „Gerichtliche Verfügung“ grundlegend von den in der ZPO bereits vorgesehenen Verfahrensarten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowie des gerichtlichen Verbots unterscheidet:

- Bei der freiwilligen Gerichtsbarkeit tritt das Gericht ähnlich einer Verwaltungsbehörde auf. Zu Eingriffen in Rechtspositionen nicht am Verfahren beteiligter Personen kommt es nicht. Überdies wird das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht (Art. 255 lit. b ZPO) – folglich hat das Gericht die Möglichkeit, die Vorbringen der gesuchstellenden Partei mittels eigener Untersuchungen zu überprüfen.
- Auch vom gerichtlichen Verbot unterscheidet sich das neu vorgesehene Instrument der „Gerichtlichen Verfügung“ grundlegend. Einer Person, welche ein gerichtliches Verbot verletzt, droht lediglich eine Ordnungsbusse. Demgegenüber hätte die Verletzung der vorgeschlagenen

²² WALDMANN BERNHARD, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar BV, 1. Auflage 2015, N. 40 zu Art. 29 BV.

²³ KARLEN PETER/HÄNNI JULIA, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar ZPO, 3. Auflage 2017, N. 4 zu Art. 29 BV.

²⁴ KARLEN PETER/HÄNNI JULIA, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar ZPO, 3. Auflage 2017, N. 4 zu Art. 29 BV.

„Gerichtlichen Verfügung“ für die betroffene Person den Verlust ihres Zuhauses zur Folge, wobei die Räumung mittels Gewaltanwendung durchgeführt wird. Die Folgen für die von der „Gerichtlichen Verfügung“ betroffenen Person sind also um ein vielfaches einschneidender, als die Folgen des gerichtlichen Verbots. Überdies ist hervorzuheben, dass das gerichtliche Verbot nicht in materielle Rechtskraft erwächst. Dies bedeutet, dass diejenige Person, welche das gerichtliche Verbot angeblich verletzt hat, im darauf folgenden Ordnungsbussenverfahren (Strafverfahren) das gerichtliche Verbot – auch nach Ablauf der Einsprachefrist – anfechten kann.²⁵ Bevor die betroffene Person also die Ordnungsbusse bezahlen muss und dadurch einen Nachteil erleidet, hat sie die Möglichkeit, die Rechtmässigkeit des gerichtlichen Verbots in einem formellen Verfahren umfassend überprüfen zu lassen. Ferner ist das gerichtliche Verbot generell-abstrakter Natur, während die „Gerichtliche Verfügung“ individuell-konkret sein soll. Somit unterscheiden sich die beiden Instrumente ganz grundsätzlich voneinander und die Anforderungen an den Rechtsschutz der beklagten Person bei der „Gerichtlichen Verfügung“ können nicht mit denjenigen beim gerichtlichen Verbot gleichgesetzt werden.

Die „Gerichtliche Verfügung“, die neu eingeführt werden soll, erweist sich folglich aufgrund ihrer Einseitigkeit und Ausgestaltung als Fremdkörper in der ZPO sowie in einem Rechtsstaat überhaupt. Insbesondere angesichts des Umstandes, dass eine Zwangsräumung aus einer Wohnung oder einem Haus existenzielle Auswirkungen hat, ist dies höchst problematisch. In diesem sensiblen Bereich muss der Rechtsschutz besonders umfassend gewährleistet sein.

Die Missachtung grundlegender Verfahrensrechte durch die Nicht-Gewährung des rechtlichen Gehörs im neu vorgesehenen Verfahren wird durch das reduzierte Beweismass sowie die schnelle Verfahrenserledigung zusätzlich verschärft. Der Gesuchsteller wird dadurch geradezu übermächtig. Eine Zwangsräumung gestützt auf ein derartiges Verfahren stellt klarerweise eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK dar.

An der grundsätzlichen Problematik dieses neuen Verfahrens ändert auch die Einsprachemöglichkeit nichts. Diese führt zu einer Parteirollenumkehr und zwingt die beklagte Person – die unter Umständen vollumfänglich im Recht ist –, innert einer äusserst kurzen Frist gegen eine „Gerichtliche Verfügung“ vorzugehen, von welcher sie möglicherweise noch nicht einmal Kenntnis hat.

Das neu vorgesehene Verfahren würde es der gesuchstellenden Person ermöglichen, nach Belieben Räumungen von Grundstücken in ihrem Besitz zu erwirken. Es geht aus der Vorlage nicht deutlich hervor, in welchem Verfahrensstadium die im Erläuternden Bericht mehrfach als grundlegend

²⁵ TENCHIO LUCA/TENCHIO KRISTINA, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar ZPO, 3. Auflage 2017, N. 2 zu Art. 258 ZPO.

vorausgesetzten Prinzipien der Verhältnismässigkeit, Subsidiarität und Opportunität überprüft werden sollen. Wie im Erläuternden Bericht festgehalten, stellt ein Entscheid über eine Räumung eines besetzten Hauses ein Balanceakt dar, bei welchem die tatsächlichen Begebenheiten, die begrenzten Kapazitäten und Mittel der Polizei sowie rechtliche, sicherheitstechnische und politische Aspekte zu berücksichtigen sind.²⁶ Zu welchem Zeitpunkt in dem neu vorgesehenen Verfahren eine umfassende Prüfung und Abwägung all dieser Faktoren vorgenommen werden kann, geht aus der Gesetzesvorlage nicht klar hervor. Dies ist äusserst stossend.

b) Keine Klärung der Sach- und Rechtslage

Bei Räumungen gestützt auf eine „Gerichtliche Verfügung“ bestünde stets die Gefahr, dass die Räumung im Widerspruch zur tatsächlichen Berechtigung am Grundstück steht. Nach Abschluss eines Verfahrens, wie es in den neuen Art. 260a ff. ZPO vorgesehen ist, kann keineswegs davon ausgegangen werden, dass die Rechtsverhältnisse überprüft worden sind und die Sach- und Rechtslage feststeht. Ferner bietet das neue Verfahren auch keine Gewähr dafür, dass die Liegenschaft nach einer Räumung nicht erneut besetzt wird und weitere Räumungen notwendig werden – sich die vorangehenden Räumungen mithin als unnötig erweisen.

In diesem Zusammenhang ist wiederum auf die im Kanton Waadt gängige Praxis hinzuweisen, wonach Räumungen in der Regel nur bei Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides vorgenommen werden. Diese Praxis dient der Vermeidung unrechtmässiger oder unnötiger Räumungen durch die Polizei. Eine „Gerichtliche Verfügung“ bietet aber nicht genügend Gewissheit über die Sach- und Rechtslage, um unrechtmässige oder unnötige Räumungen zu verhindern. Daher dürften die Behörden des Kantons Waadt weiterhin auf einen rechtskräftigen Entscheid bestehen, der in einem „richtigen“ Verfahren, mit der Gelegenheit zur Stellungnahme aller Beteiligten, ergangen ist.

c) Fehlendes Schlichtungsverfahren

Die Vorlage sieht für die „Gerichtliche Verfügung“ das summarische Verfahren vor, womit das Schlichtungsverfahren entfällt (Art. 198 ZPO). Dies ist bedauerlich, zumal diverse im Rahmen der Erstellung des Gutachtens eingeholte Stellungnahmen von Behörden, Gerichten und Polizeikorps festhalten, dass äusserst gute Erfahrungen mit einvernehmlichen Lösungen gemacht wurden.

2. Erhebliches Missbrauchspotential

Die Vorlage sieht vor, dass ein Grundstückbesitzer, der seinen Besitz durch Urkunden belegen und eine rechtswidrige Störung glaubhaft machen kann, unverzüglich ein Gerichtsurteil inklusive Anordnung von

²⁶ Erläuternder Bericht zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Besitzschutz bei verbotener Eigenmacht an Grundstücken) vom 2. September 2020, S. 30.

Vollstreckungsmassnahmen erwirken kann. Daraufhin soll eine Tafel am Grundstück angebracht werden und die angeblich störende Person hat ab Anbringung der Tafel zehn Tage Zeit, Einsprache zu erheben. Derartig einseitige Verfahren sind, wie bereits dargelegt, aus rechtsstaatlicher Sicht äusserst problematisch. Darüber hinaus öffnen sie in Kombination mit dem reduzierten Beweismass Tür und Tor für rechtsmissbräuchliche Vorhaben. Die vorgesehene schnelle Verfahrenserledigung verunmöglicht zudem weitergehende Abklärungen, was die Problematik zusätzlich verschärft.

Denkbare Missbrauchskonstellationen (unvollständig):

Wenn ein Hauseigentümer seine Mieterin loswerden will und er keine Lust hat, sich an die mietrechtlichen Bestimmungen zu halten, kann er folgendermassen vorgehen: Er wartet, bis die Mieterin in die Ferien fährt und verlangt vom Gericht gestützt auf den neuen Art. 260a ZPO eine „Gerichtliche Verfügung“. Seinen Besitz (namentlich seinen mittelbaren Besitz) kann er als Eigentümer durch einen Grundbuchauszug belegen. Die Störung beziehungsweise Entziehung muss er lediglich glaubhaft machen. Das heisst, er kann eine Geschichte erzählen und den Mietvertrag dabei einfach nicht erwähnen. Zumal die Mieterin nicht Teil des Verfahrens ist, kann auch sie nicht auf den Mietvertrag hinweisen. Das Gericht hat unverzüglich zu entscheiden und heisst das Gesuch des Hauseigentümers gut – die Tafel wird angebracht. Die Einsprachefrist verstreicht, weil die Mieterin in den Ferien ist. Ihre Wohnung wird geräumt.

Ebenfalls denkbar ist der Missbrauch des neuen Verfahrens bei ehelichen Streitigkeiten. Angenommen der Ehemann ist Eigentümer eines Einfamilienhauses. Nach der Trennung lebt seine Ehefrau mit den Kindern im Haus. Seine Eigentümerstellung kann er problemlos mit einem Grundbuchauszug belegen. Es wird wiederum ein Verfahren durchgeführt, an welchem nur er Teil hat und der Gegenpartei keine Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wird.

Denkbar ist aber auch, dass Mieterinnen oder Mieter – als unmittelbare Besitzer einer Liegenschaft – das Verfahren missbrauchen, beispielsweise auch gegen von der Hauseigentümerin oder dem Hauseigentümerin geschickte Handwerkerinnen oder Handwerker, von welchen sie sich gestört fühlen.

In Mehrfamilienhäusern bieten sich noch mehr Missbrauchsmöglichkeiten: Etwa kann der Besitzer (beispielsweise Mieter) der einen Wohnung, eine Störung durch regelmässige Besuche in einer anderen Wohnung glaubhaft machen und so eine gerichtliche Verfügung erwirken.

Ein erhöhtes Missbrauchspotenzial besteht auch gegenüber Pächtern von landwirtschaftlichen Grundstücken, zumal landwirtschaftliche Grundstücke häufig sehr weitläufig sind und daher die Gefahr, dass die angebrachte Tafel übersehen wird, sehr gross ist. Übersieht der Pächter die Tafel, bietet das Verfahren der „Gerichtlichen Verfügung“ dem Verpächter die Möglichkeit, den Pächter nach nur zehn Tagen zwangsweise vom Grundstück zu räumen und ihm damit seine gesamte Existenz zu nehmen.

Insgesamt ist jedenfalls festzuhalten, dass die Einführung einer neuen Verfahrensart zahlreiche unerwünschte Nebenwirkungen mit sich bringen kann, welche vorliegend offensichtlich zu wenig bedacht wurden. Die Vorlage scheint diesbezüglich äusserst undurchdacht und wird mehr Schaden als Nutzen mit sich bringen.

3. Unklarheiten

Darüber hinaus erweisen sich die neu vorgesehenen Art. 260a ff. ZPO als äusserst unklar formuliert. Zahlreiche ganz grundlegende Fragen werden in der Vorlage offengelassen. Weder der Gesetzgeber noch die Rechtunterworfenen können wissen, was auf sie zukommen wird. Beispielsweise die Frage, wie schnell der Grundstückbesitzer oder die Grundstückbesitzerin nach der Störung oder Entziehung an das Gericht gelangen muss, bleibt offen und auch der Ablauf des Einspracheverfahrens ist nicht geregelt. Somit erweist sich die Vorlage als in grundlegenden Punkten mangelhaft.

4. Einführung eines Partikularprozessrechts unnötig und übertrieben

Es ist festzuhalten, dass die der Vorlage zugrunde liegende Annahme, es sei in der Praxis bei Hausbesetzungen schwierig zu wissen, gegen wen geklagt werden müsse, so nicht zutrifft. Zahlreiche Kantone verfügen über eine gesetzliche Grundlage, welche es den Polizeikörpern erlaubt, die entsprechende Identitätsfeststellung durchzuführen. Es gibt auch zahlreiche Gerichtsentscheide, welche zeigen, dass es eben sehr wohl möglich war, gegen bestimmte Personen zu klagen.

Es ist darauf aufmerksam zu machen, dass die im Gutachten von Herrn Prof. Dr. Mabillard abgedruckte Stellungnahme des Bezirksgerichts Winterthur vom 12. Januar 2018 diesbezüglich irreführend ist. Das Bezirksgericht Winterthur schreibt in der Stellungnahme sinngemäss, es habe bei der Besetzung einer unbebauten Liegenschaft Probleme mit der Passivlegitimation sowie der Zustellung gegeben.²⁷ Wie dem Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich in dieser Sache entnommen werden kann, kannte das Bezirksgericht Winterthur die Namen und Zustelladressen der Besetzerinnen und Besetzer zwar, unterliess es aber trotzdem, eine gesetzeskonforme Zustellung vorzunehmen.²⁸ Dieses Vorgehen des Bezirksgerichts Winterthur ist klar unzulässig und führte dazu, dass das Obergericht die Nichtigkeit des Urteils des Bezirksgerichts Winterthur feststellen musste.²⁹ Die vom Bezirksgericht Winterthur erwähnten „Zustellprobleme“ rühren allein von der fehlerhaften Anwendung der Verfahrensvorschriften durch das Gericht selber. Gestützt auf die Stellungnahme des Bezirksgerichts Winterthur kann folglich keineswegs angenommen werden, es bestehe aufgrund von Zustellproblemen Bedarf, das Gesetz zu

²⁷ Bezirksgericht Winterthur, Stellungnahme vom 12. Januar 2018, in: RAMON MABILLARD, *Besitzschutz bei Hausbesetzungen*, Gutachten zur Motion Feller (15.35351), Anhang 14, S. 615.

²⁸ Obergericht des Kantons Zürich, Urteil LF150056-O vom 20. Juni 2016, E. 4.a.

²⁹ Obergericht des Kantons Zürich, Urteil LF150056-O vom 20. Juni 2016, E. 7.d und E. 8.

revidieren. Dieses Beispiel zeigt ferner, dass die Kenntnis der Namen und Adressen der Hausbesitzerinnen und Hausbesitzer in der Praxis häufig kein Problem darstellt.

Die Demokratischen Juristinnen und Juristen Schweiz setzen sich seit über vierzig Jahren für den Ausbau des Rechtsschutzes von Benachteiligten in Recht und Politik ein. Es gibt diverse Bevölkerungsgruppen, die stark marginalisiert sind und deren Rechtsschutz dringend ausgebaut werden muss – auch, aber nicht nur, im Zivilverfahrensrecht. Allerdings müssen wir festhalten, dass „die von Hausbesetzungen betroffenen“, namentlich diejenigen Hauseigentümerinnen und Hauseigentümer, die nicht darauf angewiesen sind, in ihrer Liegenschaft zu wohnen oder diese zu vermieten, uns in all diesen Jahren nie als besonders schutzbedürftig aufgefallen sind. Schon gar nicht in einem derart ausgeprägten Mass, als dass es sich rechtfertigen würde, für sie eine neue Verfahrensart in der ZPO zu schaffen. Die Schaffung eines Partikularprozessrechts einzig für diese kleine Gruppe unter den Hauseigentümerinnen und Hauseigentümern ist daher abzulehnen.

IV. Schlussbemerkung

Insgesamt ist festzuhalten, dass kein Revisionsbedarf besteht und die geplante Revision mit der demokratischen und rechtsstaatlichen Grundhaltung der Demokratischen Juristinnen und Juristen Schweiz unvereinbar ist. Mit der Bitte um Kenntnisnahme und Berücksichtigung dieser Ausführungen verbleiben wir

mit freundlichen Grüßen



Selina Sigerist
Vorstandsmitglied
DJS JDS GDS



Manuela Hugentobler
Geschäftsleiterin
DJS JDS GDS



egba@bj.admin.ch

Département fédéral de Justice et Police
(DFJP)

A l'att. de Madame Karin Keller-Sutter,
Conseillère fédérale

Genève, le 18 décembre 2020
ZE/3157- FER N°40-2020

Modification du code civil (Protection contre les atteintes à la possession d'un immeuble)

Madame la Conseillère fédérale,

Permettez-nous de vous transmettre nos considérations au sujet de l'objet susmentionné.

1. Remarques générales

Le projet de révision fait suite à la motion 15.3531 du Conseiller national Olivier Feller «Renforcer les moyens de défense contre les squatteurs en assouplissant les conditions d'application du code civil», qui demandait que le délai dans lequel le possesseur doit agir pour exercer son droit de reprise soit porté à 48h ou 72h. L'auteur de la motion relevait que le droit de reprise prévu à l'article 926 CC ne pouvait pas être exercé dès lors qu'il posait une condition d'immédiateté très difficile à remplir. En effet, le possesseur doit agir «aussitôt», soit dès l'arrivée des squatteurs, et non dès la connaissance de leur arrivée.

Avec la modification proposée, les conditions de la protection sont assouplies en ce que le délai pour exercer le droit de reprise commence à courir juste après que le possesseur, en ayant fait preuve de la diligence requise, a eu connaissance de l'usurpation.

Le projet dispose en outre que les autorités compétentes assurent en temps utile l'intervention requise par les circonstances et prévoit un nouvel outil de procédure, l'ordonnance de portée générale, permettant d'agir contre un cercle indéterminé de personnes.

La garantie de la propriété étant un droit fondamental, il est impératif que le possesseur puisse expulser facilement les personnes qui occupent illicitement son bâtiment.

En conséquence, nous sommes favorables à ce projet de révision.

2. Remarques particulières

- Article 926 alinéa 2

Il aurait été plus opportun de supprimer le mot « aussitôt », qui restreint encore trop fortement la possibilité d'agir et qui reste une notion indéterminée. Le possesseur devra déjà démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise. S'il devait trop tarder, il aura ainsi manqué de la diligence requise et serait déchu de son droit.

- Articles 260a et 260b CPC

Nous sommes absolument favorables à l'introduction de l'ordonnance de portée générale qui permet au possesseur d'agir sans être obligé de connaître l'identité des usurpateurs/squatteurs, dès lors que dans les faits, l'identité des squatteurs n'est pas connue.

Le nouvel article 260b CPC dispose toutefois que l'usurpateur touché par l'ordonnance pourra faire opposition dans un délai de 10 jours, sans motiver cette opposition, mais exigeant de divulguer son identité. Cette ordonnance ne rendra plus d'effet envers l'opposant (le squatteur) et le possesseur devra alors agir en justice en introduisant une demande contradictoire à l'encontre de l'usurpateur. Cette procédure pourrait être longue et coûteuse.

Cette contestation de l'ordonnance nous apparaît trop aisée et il conviendrait à nos yeux de prévoir une procédure simplifiée et rapide pour le possesseur en cas de contestation de l'ordonnance. A défaut, elle risque d'être sans effet.

3. Conclusions

Nous soutenons donc ce projet de révision sous réserves des remarques ci-dessus. Il va dans le bon sens s'agissant de la protection de la possession et de la garantie de la propriété.



Blaise Matthey
Secrétaire général



Jacques Béné
Directeur Services généraux
et immobilier
FER Genève

La Fédération des Entreprises Romandes en bref

Fondée le 30 juillet 1947 à Morat, son siège est à Genève. Elle réunit six associations patronales interprofessionnelles cantonales (GE, FR, NE, JU, VS), représentant la quasi-totalité des cantons romands. La FER comprend plus de 45'000 membres.



FÉDÉRATION ROMANDE
IMMOBILIÈRE
ASSOCIATION ROMANDE
DES PROPRIÉTAIRES



rue du Midi 15
case postale 5607
1002 Lausanne

téléphone 021 341 41 42
téléfax 021 341 41 46

site internet <http://www.fri.ch>
E-mail mail@fri.ch

Madame la Conseillère fédérale
Karin Keller-Sutter
Cheffe du Département fédéral de
justice et police
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Lausanne, le 10 novembre 2020 OF/cd

Procédure de consultation relative à une modification du Code civil en vue de renforcer la protection contre les atteintes à la possession d'un immeuble

Madame la Conseillère fédérale,

Vous avez consulté la Fédération romande immobilière (FRI) concernant l'objet cité en titre, ce dont nous vous remercions vivement.

1. Considérations générales

La question de l'occupation illicite d'immeubles par des squatters fait régulièrement la une des médias. Au cours des dernières années, par exemple, le canton de Vaud a connu plusieurs situations de maisons occupées illégalement, notamment dans la région de Nyon et à Lavaux. Les bâtiments concernés faisaient l'objet de demandes d'autorisations en vue d'être transformés ou étaient destinés à la démolition. Les squatters ont alors revendiqué leur droit à s'y établir, installant même des boîtes aux lettres pour attester de leur domicile, laissant les propriétaires au dépourvu.

Le phénomène du squat est incompatible avec la garantie de la propriété et tend à créer un sentiment d'incompréhension, voire de malaise, au sein de la population.

Le conseiller national Olivier Feller a déposé au Conseil national, en juin 2015, une motion demandant au Conseil fédéral de prendre les mesures nécessaires pour que les propriétaires d'immeubles occupés illégalement puissent exercer le droit de reprise prévu à l'article 926, alinéa 2, du Code civil à des conditions moins restrictives notamment concernant les délais à respecter. Le Conseil national puis le Conseil des Etats ont accepté cette motion en 2017. Le projet mis en consultation par le Conseil fédéral répond à la demande contenue dans cette motion.

2. Principaux éléments du projet proposé par le Conseil fédéral

Le Message mis en consultation par le Conseil fédéral relève que l'obtention de l'évacuation d'un immeuble occupé constitue un énorme défi pour les propriétaires. Il existe des problèmes notamment en ce qui concerne la notification des jugements ou des décisions à des occupants dont il est quasiment impossible de connaître précisément l'identité. En outre, les cantons ont des pratiques diverses, plus ou moins restrictives. Les autorités de police du canton de Vaud, par exemple, ne semblent être disposées à évacuer un immeuble occupé que si une décision d'un tribunal les y invite.

Selon le Conseil fédéral, le problème principal qui se pose en lien avec le droit de reprise porte sur le moment à partir duquel le délai commence à courir. En d'autres termes, il s'agit de clarifier pendant combien de temps le propriétaire peut attendre avant d'intervenir pour récupérer son bien. Le Conseil fédéral propose ainsi de compléter l'article 926, alinéa 2, du Code civil en précisant que le propriétaire doit agir « après avoir eu connaissance de l'usurpation en ayant fait preuve de la diligence requise ». Autrement dit, le début du délai de réaction pour exercer le droit de reprise correspond au moment où le propriétaire a eu connaissance de l'usurpation ou aurait dû en avoir connaissance en ayant fait preuve de la diligence requise. Le moment où le possesseur a connaissance de l'usurpation, qui déclenche le délai, doit être apprécié de manière objective. Il appartiendra aux tribunaux de déterminer, sur la base des circonstances des cas particuliers, dans quel délai le possesseur pouvait et donc devait avoir connaissance de l'usurpation en faisant preuve de la diligence requise par les circonstances.

Le Conseil fédéral propose également de préciser, à l'article 926, alinéa 3, du Code civil que les autorités compétentes assurent au propriétaire en temps utile l'intervention requise par les circonstances.

En revanche, le Conseil fédéral considère qu'il serait contre-productif d'inscrire à l'article 926, alinéa 2, du Code civil un délai fixe de réaction de 48 ou de 72 heures. En effet, une certaine souplesse s'impose pour tenir compte de chaque cas d'espèce, comme en témoigne par exemple la situation qui prévaut en Espagne (page 25 du Message).

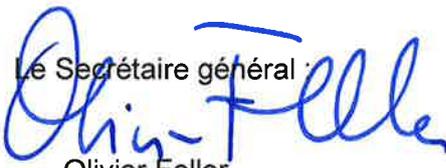
Par ailleurs, le Conseil fédéral propose de modifier le Code de procédure civile afin de le rendre plus favorable aux propriétaires. Ainsi, il propose de créer un nouvel instrument, l'ordonnance judiciaire, qui pourra être demandée au juge en cas d'occupation illicite mais aussi pour tout acte de trouble ou d'usurpation d'un immeuble. La nouveauté essentielle réside dans le fait que le juge pourra ordonner la suppression de l'occupation illicite en s'adressant à un cercle indéterminé de personnes. Ainsi, les propriétaires n'auront plus à endurer des désagréments procéduraux liés au fait qu'il est quasiment impossible de déterminer qui sont les squatters notamment parce qu'ils changent régulièrement.

3. Appréciation de la FRI

- I. La FRI tient à souligner la qualité et la densité du travail politique et juridique qui a été accompli par le Conseil fédéral et l'administration en vue de la mise en consultation de ce projet.
- II. S'agissant de l'article 926, alinéa 2, du Code civil, la FRI est favorable à l'approche préconisée par le Conseil fédéral.

- III. La FRI demande toutefois que l'adverbe « aussitôt » soit biffé. En vertu de la réglementation proposée par le Conseil fédéral, le propriétaire devra démontrer qu'il a fait preuve de diligence, et le juge devra apprécier chaque cas d'espèce en fonction des circonstances. Il paraît exagéré de maintenir, en plus, l'adverbe « aussitôt », lequel crée davantage d'incertitudes qu'il ne résout de problèmes pratiques. Nous proposons dès lors que la nouvelle teneur de l'article 926, alinéa 2, du Code civil soit la suivante : « Lorsque la chose lui a été enlevée par violence ou clandestinement, il peut la reprendre dès qu'il a eu connaissance de l'usurpation en ayant fait preuve de la diligence requise en expulsant l'usurpateur s'il s'agit d'un immeuble et, s'il s'agit d'une chose mobilière, en l'arrachant au spoliateur surpris en flagrant délit ou arrêté dans sa fuite ».
- IV. S'agissant de l'adjonction prévue à l'article 926, alinéa 3, du Code civil, la FRI soutient la proposition du Conseil fédéral.
- V. Cela étant, dans le Message du Conseil fédéral, il est précisé, à la page 28, que le recours à la force est injustifié si l'intervention des autorités peut être obtenue à temps. En d'autres termes, là où toute intervention des autorités serait arrivée trop tard, le recours proportionné à la force est licite. Nous partons de l'idée que ces règles s'appliquent également dans le cas où, comme dans le canton de Vaud, les autorités de police n'évacuent un immeuble occupé que si une décision d'un tribunal les y invite. Autrement dit, dans le cas où la pratique des autorités de police est très restrictive, le recours à la force doit être considéré comme licite.
- VI. La FRI soutient les modifications du Code de procédure civile proposées par le Conseil fédéral.

Tout en vous remerciant de l'attention portée aux lignes qui précèdent, nous vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, l'expression de notre haute considération.

Le Secrétaire général :

Olivier Feller

Envoyé également par courriel en format word et en format pdf à :

egba@bj.admin.ch



Schweizerischer Anwaltsverband
Fédération Suisse des Avocats
Federazione Svizzera degli Avvocati
Swiss Bar Association

Par courriel :
egba@bj.admin.ch
Office fédéral de la Justice
Office fédéral chargé du droit du
registre foncier et du droit
foncier
Bundesrain 20
3003 Berne

AN/RR/Im 312

Berne, le 22 décembre 2020

Prise de position de la Fédération Suisse des Avocats : Modification du code civil
(Protection contre les atteintes à la possession d'un immeuble)

Madame la Conseillère fédérale,
Mesdames, Messieurs,

Dans le délai fixé, la Fédération Suisse des Avocats (SAV-FSA) vous fait part dans sa prise de position, de ses observations et de son avis sur l'avant-projet de modification du code civil (Protection contre les atteintes à la possession d'un immeuble).

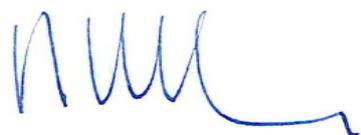
La Fédération Suisse des Avocats est d'avis que les modifications et précisions apportées par le projet à l'article 926 al. 2 et 3 CC de même que le nouvel article 260a CPC qui consacre l'ordonnance de portée générale sont opportuns et améliorent la protection de la possession immobilière. La modification du CPC permettra en particulier à celui dont la possession sur un immeuble est troublée ou usurpée de requérir du tribunal qu'il ordonne la cessation du trouble ou la restitution et cela à l'encontre d'un cercle indéterminé de personnes et donc même si celles-ci sont inconnues (squatters). Cette nouvelle institution fixe un délai de dix jours à compter de celui où l'avis est publié et placé sur l'immeuble pour s'opposer à l'ordonnance. Sur ce dernier point, la Fédération Suisse des Avocats relève toutefois qu'il sera souvent difficile de placarder un tel avis sur un immeuble squatté, en tout cas sans qu'il soit rapidement enlevé.

Nous vous remercions de l'attention que vous porterez aux présentes observations et vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, Mesdames, Messieurs, à notre haute considération.

Pour la FSA

Président FSA

Albert Nussbaumer

A handwritten signature in blue ink, consisting of several vertical strokes followed by a horizontal line that curves slightly to the right.

Secrétaire général FSA

René Rall

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized 'R' followed by a horizontal line that curves downwards and to the right.

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Frau Bundesrätin Karin Keller-Sutter
Bundeshaus West
3003 Bern

per E-Mail: egba@bj.admin.ch

Zürich, 8. Dezember 2020

Stellungnahme des HEV Schweiz zur Vernehmlassung der Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Besitzesschutz bei verbotener Eigenmacht an Grundstücken)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

I. Einleitende Bemerkung

Mit Ihrem Schreiben vom 2. September 2020 haben Sie das Vernehmlassungsverfahren zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Besitzesschutz bei verbotener Eigenmacht an Grundstücken) eröffnet. Der HEV Schweiz ist mit seinen rund 340'000 Mitgliedern der grösste Vertreter der Haus-, Grund- und Stockwerkeigentümer in der Schweiz. Da die Interessen unserer Mitglieder von der Änderung des ZGB und der ZPO betroffen sind, halten wir Folgendes fest.

II. Zur Vorlage

Vor allem in grösseren Städten sind Hausbesetzungen immer wieder ein Problem. Massive Kosten und Mehraufwand verbunden mit grossen Zeitverzögerungen beispielsweise für Bauprojekte sind die Folgen für die betroffenen Grundeigentümer. Hausbesetzungen verstossen auf krasse Weise gegen die Eigentumsgarantie. Nicht nachvollziehbar ist deshalb, weshalb weder das geltende Privatrecht noch das Strafrecht griffige Mittel für den Schutz des Eigentums zur Verfügung stellen und eine behördliche Intervention an derart hohe Anforderungen geknüpft wird (z.B. Vorliegen einer Strafanzeige wegen Hausfriedensbruch und Vorliegen einer rechtskräftigen Abbruch-/Baubewilligung oder eine in Aussicht stehende belegbare Neunutzung). Eine polizeiliche Räumung auf Vorrat wird beispielweise in Zürich abgelehnt, weil nach Auffassung der Behörden die Gefahr bestünde, dass mehr-

fach geräumt werden müsste. Das Gemeinwesen kommt somit seiner Pflicht, das Privateigentum zu schützen, nicht nach. Dies ist unhaltbar und stossend.

Zivilprozessual unter dem geltenden Recht gegen Hausbesetzer vorzugehen und innert nützlicher Frist einen Entscheid zu erwirken, ist mit vielen Risiken behaftet, kompliziert, nicht effektiv oder gar unmöglich, wenn die Hausbesetzer nicht namentlich bekannt sind und deshalb die Passivlegitimierten in den Klagen nicht benannt werden können. Den Betroffenen werden unnötig Steine in den Weg gelegt.

Mit der Motion Feller (15.3531) hat das Parlament den Bundesrat beauftragt, die Bedingungen, insbesondere die Fristen, zu lockern, unter denen sich Eigentümer von unrechtmässig besetzten Liegenschaften gemäss Artikel 926 des ZGB ihres Eigentums wieder bemächtigen dürfen. Die Umsetzung der Motion verlangt eine Teilrevision des ZGB und der ZPO.

Mit der vorliegenden Vorlage sollen die Bedingungen für die von einer Hausbesetzung Betroffenen, um sich ihres Eigentums oder Besitzes wieder zu bemächtigen, verbessert werden. Es wird vorgeschlagen, den Zeitpunkt des Beginns der Reaktionsfrist, innert welcher sich der Besitzer durch Vertreibung der Hausbesetzer des Grundstücks wieder bemächtigen darf, auf den Zeitpunkt festzulegen, in welchem der Besitzer von in Anwendung nach den Umständen zumutbarer Sorgfalt von der Besitzesentziehung Kenntnis erlangt hat beziehungsweise erlangen konnte. Die Verankerung einer fixen Frist (beispielsweise 24-72 Stunden), innert welcher die Betroffenen reagieren müssen, wurde nicht in die Vorlage übernommen. Damit soll dem Einzelfall Rechnung getragen werden können.

Zudem soll gesetzlich geklärt werden, dass auch die Selbsthilfe beim Besitzschutz voraussetzt, dass amtliche Hilfe nicht rechtzeitig erlangt werden kann. Zur Stärkung des Schutzes des Grundeigentums soll die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Gesetz verankert werden, wonach grundsätzlich eine Interventionspflicht der Behörden besteht, wenn es die Umstände erfordern.

In der ZPO soll der zivilprozessuale Besitzschutz effektiver gestaltet werden. Hierfür soll nebst dem gerichtlichen Verbot ein neuer Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit eingeführt werden, die gerichtliche Verfügung. Damit soll die Beseitigung einer Besitzesstörung sowie die Rückgabe des Besitzes gegenüber einem unbestimmten Personenkreis unter weniger strikten Beweisanforderungen angeordnet werden können. Auf diese Weise liessen sich die zivilprozessualen Nachteile für die von einer Hausbesetzung Betroffenen vermeiden, da diesen die Passivlegitimierten (Hausbesetzer) oft unbekannt sind und im summarischen Verfahren nur der strikte Urkundenbeweis geführt werden kann.

Im Folgenden wird auf die einzelnen Bestimmungen der Vorlage eingegangen.

1. Art. 926 Abs. 2 ZGB (Reaktionsfrist bei Besitzeskehr)

Gemäss Art. 926 ZGB (geltendes Recht) darf sich jeder Besitzer verbotener Eigenmacht erwehren (Abs. 1). Er darf sich, wenn ihm die Sache durch Gewalt oder heimlich entzogen wird, sofort des Grundstückes durch Vertreibung des Täters wieder bemächtigen (sog. Besitzkehr, Abs. 2). Das heisst, ohne vorher eine Klage einzureichen, darf der Besitzer die Hausbesetzer von seinem Grundstück vertreiben. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat beispielsweise der Grundeigentümer sofort zu reagieren, wenn er die Verfügungsgewalt über sein Eigentum wiedererlangen will. Das heisst, er muss bereits bei Ankunft der Hausbesetzer und nicht erst nach Kenntnisnahme von der Hausbesetzung gegen die Beset-

zer vorgehen. Praktisch lässt sich jedoch eine „sofortige“ Reaktion nur selten umsetzen, da Eigentümer erst später von einer Hausbesetzung erfahren oder Zeit benötigen, um beispielsweise eine private Sicherheitsfirma zur Unterstützung zu beauftragen. Erfolgt die Reaktion des Eigentümers nicht umgehend, darf der Eigentümer sein Grundstück nicht wieder in Besitz nehmen. Die gesetzliche Bestimmung zum Schutz des Eigentums wird dadurch zum «toten Buchstaben».

In der Lehre werden unterschiedliche Meinungen vertreten. Die ältere Lehre legt „sofort“ so aus, dass ein Besitzer unter Umständen nach einigen Tagen noch reagieren kann. „Sofort“ sei nicht wörtlich zu nehmen. In der Praxis ist jedoch für die Gerichte die bundesgerichtliche Rechtsprechung massgeblich und nicht die Meinung der Lehre. Gerichte stellen bei ihrer Entscheidung primär auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung ab, wonach umgehend zu reagieren ist. Zumal auch die jüngere Rechtslehre den geltenden Gesetzestext eng auslegt und demgemäss ein sofortiges Handeln voraussetzt (PORTMANN¹, STEINAUER², SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP³ und SUTTER-SOMM⁴). Art. 926 ZGB muss in der Praxis effektiv anwendbar sein. Hierfür ist das Gesetz so anzupassen, dass den Betroffenen eine realistische Frist für seine Reaktion zur Verfügung steht. Somit besteht bei dieser Bestimmung Revisionsbedarf, was mit dem Vorentwurf anerkannt wurde.

Der Vorentwurf schlägt vor, dass jener Zeitpunkt für den Beginn der Reaktionsfrist massgebend sein soll, innert welcher sich der Besitzer durch Vertreibung des Grundstücks wieder bemächtigen darf, in welchem der Besitzer von in Anwendung nach den Umständen zumutbarer Sorgfalt von der Besitzesentziehung Kenntnis erlangt hat beziehungsweise erlangen konnte. Ins Gesetz soll hingegen nicht ein fixer Zeitraum aufgenommen werden. Gemäss erläuterndem Bericht muss den Gerichten auch künftig ein Ermessensspielraum zukommen, damit den Umständen im Einzelfall angemessen Rechnung getragen werden kann. Starre und kurze Reaktionsfristen losgelöst von allen möglichen Begleitumständen können eine effektive Selbsthilfe gar erschweren und sich für alle Beteiligten, insbesondere auch die Grundeigentümer, als kontraproduktiv erweisen. Diese Begründung ist schlüssig und nachvollziehbar. Der Motionär hat in seiner Begründung zur Motion lediglich als Beispiel angeführt, dass es denkbar wäre, die Reaktionszeit für die Eigentümerin oder den Eigentümer auf 48 oder 72 Stunden zu verlängern. Nicht verständlich ist jedoch, warum am Wort „sofort“ festgehalten werden soll. Dies führt nicht zu einer klareren gesetzlichen Regelung. Eine eindeutige Gesetzesredaktion ist mit dieser Änderung anzustreben. Wir schlagen deshalb folgende Ergänzung vor.

Forderung HEV Schweiz:

Art. 626 Abs. 2 ZGB ist wie folgt anzupassen: „Wird ihm die Sache durch Gewalt oder heimlich entzogen, so darf er sich des Grundstückes **innert angemessener Frist** ~~sofort~~, nachdem er in Anwendung der zumutbaren Sorgfalt davon Kenntnis erlangt hat, durch Vertreibung des Täters wieder bemächtigen und die bewegliche Sache dem auf frischer Tat ertappten und unmittelbar verfolgten Täter wieder abnehmen.“

¹ PORTMANN, Der Besitzerschutz des schweizerischen Zivilgesetzbuchs, Diss. Zürich 1996, S. 160, S. 166.

² STEINAUER, Les droits réels, Tome I, 5. Auflage, Bern 2012, N. 337.

³ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 4. Auflage, Zürich 2012, N. 228.

⁴ SUTTER-SOMM, Eigentum und Besitz, Schweizerisches Privatrecht, 2. Auflage, Basel 2014, N 1328 in fine.

2. Art. 926 Abs. 3 ZGB (Interventionspflicht der Behörden)

Art. 926 Abs. 3 ZGB soll um folgenden Satz (kursiv) ergänzt werden: „Er hat sich dabei jeder nach den Umständen nicht gerechtfertigten Gewalt zu enthalten; *die zuständigen Behörden gewähren ihm rechtzeitig die nach den Umständen erforderliche amtliche Hilfe.*“

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung soll damit Eingang ins Gesetz finden: Die Selbsthilfe beim Besitzschutz setzt voraus, dass amtliche Hilfe nicht rechtzeitig erlangt werden konnte. Das Bundesgericht begründet dies damit, dass Art. 926 Abs. 3 ZGB jede nicht gerechtfertigte Gewalt verbietet. Damit soll das in der Lehre umstrittene Nebeneinander der Selbsthilfe gemäss Artikel 926 ZGB und jener gemäss Artikel 52 Absatz 3 OR (Haftung bei Notwehr, Notstand und Selbsthilfe) geklärt werden. Art. 52 Abs. 3 OR lautet wie folgt: „Wer zum Zwecke der Sicherung eines berechtigten Anspruches sich selbst Schutz verschafft, ist dann nicht ersatzpflichtig, wenn nach den gegebenen Umständen amtliche Hilfe nicht rechtzeitig erlangt und nur durch Selbsthilfe eine Vereitelung des Anspruches oder eine wesentliche Erschwerung seiner Geltendmachung verhindert werden konnte.“ Bei der nun vorgeschlagenen Ergänzung von Art. 926 Abs. 3 ZGB geht nicht klar aus dem Gesetz hervor, dass die Selbsthilfe nur zulässig ist, wenn nicht rechtzeitig amtliche Hilfe erlangt werden kann. Es wird eben gerade nicht, wie im erläuternden Bericht S. 30, beschrieben, ein Anwendungsfall der ungerechtfertigten Gewalt genannt. Einzig die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur grundsätzlichen Interventionspflicht der Polizei wird kodifiziert. Mit der vorliegenden Änderung muss Klarheit sowohl für die Betroffenen bzw. die Gesetzesadressaten geschaffen werden.

Bei der neu im Gesetz verankerten Rechtsprechung zur Interventionspflicht der Polizei soll gemäss erläuterndem Bericht lediglich die Präzisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips für den Besitzschutz im Bundesrecht aufgrund der kantonalen Gesetzgebungskompetenz beim Polizeirecht festgehalten werden. Zur Stärkung des Schutzes des Grundeigentums sieht der Vorentwurf vor, dass, wenn es die Umstände erfordern, grundsätzlich eine, wenn auch nicht absolute Interventionspflicht der Behörden besteht. Der Ermessensspielraum der Polizei soll bestehen bleiben. Der HEV Schweiz begrüsst, dass die grundsätzliche Interventionspflicht der Polizei im Gesetz verankert werden soll. Dies wird jedoch keine Auswirkungen auf die in den Kantonen unterschiedlich gehandhabte Praxis der Polizei bei Hausbesetzungen zeigen. Sie bleibt nach wie vor bestehen. Faktisch erfolgt mit dieser Änderung keine Stärkung des Schutzes des Grundeigentums. Dort, wo eine sehr strenge Praxis der Polizei bei Hausbesetzungen vorherrscht, muss die Selbsthilfe beim Besitzschutz möglich und zulässig sein. Deshalb schlägt der HEV Schweiz folgende Ergänzungen vor:

Forderung HEV Schweiz

Ergänzung von Art. 926 Abs. 3 ZGB wie folgt:

Er hat sich dabei jeder nach den Umständen nicht gerechtfertigten Gewalt zu enthalten; die zuständigen Behörden gewähren ihm rechtzeitig die nach den Umständen erforderliche amtliche Hilfe. **Erfolgt die amtliche Hilfe nicht rechtzeitig oder ist diese nicht innert nützlicher Frist absehbar, kann er sich des Grundstücks selbst wieder bemächtigen.**

3. Art. 248 lit. c ZPO

Will sich ein Betroffener gegen eine Hausbesetzung auf zivilprozessualen Weg wehren, ist dies im geltenden Recht äusserst schwierig. Der Prozess ist sehr kompliziert, nicht effektiv und mit einem ungewissen Ausgang verbunden, was ein erhebliches Prozessrisiko für den Betroffenen mit sich bringt. Oder eine Klage ist von Anfang an unmöglich, weil die Passivlegitimierten nicht aufgeführt werden können, weil sie unbekannt sind. Es lässt sich, falls eine

Klage eingereicht werden kann, kein Ergebnis, beispielsweise einen Ausweisungstitel, innert nützlicher Frist erstreiten. Dies liegt daran, dass keine spezielle Umsetzung der materiell-rechtlichen Regelungen zum Besitzschutz in der ZPO stattgefunden hat. Kein Verfahren ist auf diese zugeschnitten. Die prozessualen Schwierigkeiten werden im erläuternden Bericht, S. 11 ff., klar aufgezeigt. Ein Hauptproblem besteht darin, dass dem Betroffenen die Hausbesetzer nicht bekannt sind und damit die Passivlegitimierten nicht benannt werden können. Zudem ist im summarischen Verfahren der Beweis mittels Urkunden zu führen. Dieser ist für die verbotene Eigenmacht äusserst schwierig, wenn nicht gar unmöglich, zu erbringen. Änderungen für einen effektiven Rechtsschutz tun somit Not. Der Vorentwurf will das Verfahren für Betroffene verbessern und die Durchsetzung des Anspruchs erleichtern. Dabei soll gemäss erläuterndem Bericht eine Präventivwirkung erreicht werden. Einerseits sollen Betroffene weniger private Gewalt ausüben und andererseits sollen Hausbesetzer wissen, dass mit griffigen rechtlichen Mitteln eine rasche polizeiliche Räumung erwirkt werden kann. Hierfür wird vorgeschlagen, punktuelle Anpassungen der ZPO vorzunehmen: Die bereits bestehenden Massnahmen des gerichtlichen Verbots (Art. 258 ff. ZPO) sollen um ein neues Institut, der gerichtlichen Verfügung, erweitert werden. Sie soll nicht nur bei Hausbesetzungen Anwendung finden, sondern bei jeder Besitzesstörung oder Entziehung eines Grundstücks. Eigentum und Besitz sollen insgesamt gestärkt werden. Von einer Speziallösung nur für Grundeigentümer wurde abgesehen, weil diese Rechte auch Mietern und Pächtern offenstehen sollen im Sinne einer integralen Lösung. Gegen diesen Ansatz spricht grundsätzlich nichts. Dem HEV Schweiz ist jedoch aktuell kein Fall in der Praxis bekannt, wo ein Mieter oder Pächter von einer Hausbesetzung oder irgendeiner Form einer Besitzesstörung des Grundstücks betroffen wäre. Der erläuternde Bericht macht hierzu keine Ausführungen, weder für eine Besitzesstörung oder Entziehung eines Grundstücks, ausser der Hausbesetzung, noch wo ein Mieter/Pächter davon betroffen wäre. Der HEV Schweiz gibt zu bedenken, dass es sich vorliegend um eine rein hypothetische und sehr unwahrscheinliche Betrachtung des Problems handelt. Es ist deshalb nicht nachvollziehbar, weshalb eine Lösung nur für Grundeigentümer verworfen wurde.

Mit Art. 248 lit. c ZPO soll die gerichtliche Verfügung dem summarischen Verfahren unterstellt werden. Damit liesse sich ein rascher Entscheid erreichen, was der HEV Schweiz unterstützt.

4. Art. 260a und b ZPO (Gerichtliche Verfügung)

Art. 260a ZPO sieht neu folgende Regelung vor: Bei Besitzesstörung oder Entziehung eines Grundstücks durch verbotene Eigenmacht soll neu bei Gericht beantragt werden können, dass dieses gegenüber unbekanntem Personen die Beseitigung der Störung oder die Rückgabe verfügt. Der Besitz ist mit Urkunden zu beweisen. Die rechtswidrige Störung oder Entziehung hingegen ist nur glaubhaft zu machen. Das Gericht entscheidet unverzüglich und trifft die erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen (Anordnung einer Räumung des besetzten Grundstücks). Die Hausbesetzer werden in diesem Verfahren nicht angehört. Die Einsprachefrist für die Besetzer beträgt seit Bekanntmachung der Verfügung und Anbringung auf dem Grundstück zehn Tage (Art. 260b ZPO). Im Übrigen sollen Art. 259 und 260 ZPO sinngemäss gelten.

Mit Art. 260a ZPO soll die Anordnung einer Beseitigung einer Besitzesstörung oder Rückgabe des Besitzes mittels gerichtlicher Verfügung neu gegenüber einem unbestimmten Personenkreis angeordnet werden können. Dies reduziert einen der prozessualen Nachteile für Betroffene. Im Gegenzug muss aber den Hausbesetzern resp. von der Verfügung Betroffenen gebührend Rechnung getragen werden. Im Gegensatz zur dreissigtägigen Einsprache-

frist beim gerichtlichen Verbot ist diese mit zehn Tagen wesentlich kürzer bemessen. Bei der Einsprache hat der Hausbesetzer seinen Namen preiszugeben. Die fristgerechte Einsprache hat nur gegenüber der Einsprache erhebenden Person die Unwirksamkeit der Verfügung zur Folge. Die Einsprache muss in Anwendung von Art. 260 Abs. 1 ZPO nicht begründet werden. Den Grundeigentümer trifft dann eine Prosequierungspflicht. Er kann den kontradiktorischen Verfahrensweg beschreiten, um einen Ausweisungstitel gegen diesen namentlich bekannten Hausbesetzer zu erwirken. Schwierig abzuschätzen ist, ob Hausbesetzer von ihrem Einspracherecht in der Praxis Gebrauch machen würden oder ihre Anonymität höher gewichten. Diese Ungewissheit vermag das Prozessrisiko des Betroffenen nicht zu minimieren. Der HEV Schweiz begrüsst den Ansatz, dass mit der neuen gerichtlichen Verfügung den Grundeigentümern ein Instrument an die Hand gegeben werden soll, womit sich auf einfache und rasche Weise eine Anordnung einer Beseitigung einer Besitzesstörung oder Rückgabe des Besitzes erreichen liesse. Ob in der Praxis dieses Instrument jedoch tatsächlich die gewünschte Lösung bringt, muss stark bezweifelt werden. Zu gross ist die Ungewissheit, wie viele Einsprachen von den Hausbesetzern ergehen werden. Hausbesetzer sind oft sehr gut informiert und organisiert. Denkbar wäre, dass die Hausbesetzer als einfache Gesellschaft einen Anwalt mandatieren, der für diese Einsprache erhebt. Damit wäre mit einer einzigen Einsprache die gerichtliche Verfügung gegenüber der einfachen Gesellschaft unwirksam. Aber die Hausbesetzer wären dazu gezwungen, ihre Namen bekannt zu geben. Die vorgenannte Präventivwirkung, wonach Hausbesetzer wissen, dass mit griffigen rechtlichen Mitteln eine rasche polizeiliche Räumung erwirkt werden kann, lässt sich mit diesem neuen prozessualen Instrument nicht erreichen. Ein tatsächlich griffiges Mittel zur Abschreckung der Hausbesetzer wird bedauerlicherweise nicht geschaffen. Immerhin führt dieses Verfahren dazu, dass den Betroffenen die Passivlegitimierten bekannt sind. Somit wäre zumindest ein kontradiktorisches Verfahren gegen die Einsprechenden möglich. Dies ist jedoch wiederum mit Zeit und Kosten für die Betroffenen verbunden. Es bestehen somit begründete Zweifel, ob sich in der Praxis die problematische und stossende Rechtslage mit dem neuen Instrument der gerichtlichen Verfügung für die Betroffenen tatsächlich verbessern liesse.

Die gerichtliche Verfügung ist nebst der öffentlichen Bekanntmachung (z.B. Amtsblatt) auf dem Grundstück an einer gut sichtbaren Stelle anzubringen mittels eines Anschlags oder einer Tafel. Für diese Bekanntmachung sind aber nicht etwas die Behörden zuständig. In Analogie zu Art. 259 ZPO ist hierfür der Betroffene (Gesuchsteller) selbst zuständig und auch beweispflichtig. Mit diesem Vorschlag wird die Realität schlicht verkannt. Als Gesuchsteller sich Zutritt zum besetzten Grundstück zu verschaffen, ist in vielen Fällen schwierig bis gar unmöglich, sei es aufgrund von Barrikaden oder allfälliger Gewaltbereitschaft der Hausbesetzer. Dies ist unzumutbar für die Betroffenen, insbesondere dann, wenn es sich um betagte Grundeigentümer handelt. Um dieser besonderen Situation Rechnung zu tragen, ist in diesem Fall die Polizei mit dem Anbringen der gerichtlichen Verfügung zu betrauen.

Forderung HEV Schweiz:

Art. 260b ZPO ist wie folgt anzupassen:

„Die Einsprachefrist beträgt zehn Tage seit Bekanntmachung der Verfügung und Anbringung auf dem Grundstück **durch die amtliche Behörde**; im Übrigen gelten die Artikel 259 und 260 sinngemäss.“

III. Fazit

Der HEV Schweiz begrüsst, dass der Vorentwurf die Situation der Betroffenen verbessern will und damit insbesondere Art. 926 Abs. 2 ZBG nicht zum toten Buchstaben verkommen lässt. Die Änderungen der ZPO sind ein Schritt in die richtige Richtung, vermögen einen Teil der bisherigen zivilprozessualen Nachteile zu beheben, aber die vorgeschlagene Lösung trägt der Praxis und den besonderen Umständen bei einer Hausbesetzung nicht genügend Rechnung. Sie ist im Sinne der obgenannten Anträge zu verbessern.

Sehr geehrte Frau Bundesrätin, sehr geehrte Damen und Herren, wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Hauseigentümerverband Schweiz



NR Hans Egloff
Präsident HEV Schweiz



MLaw Annekäthi Krebs
Rechtskonsulentin



Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren
Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police
Conferenza delle direttrici e dei direttori dei dipartimenti cantonali di giustizia e polizia

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
Bundeshaus West
3003 Bern

Per Mail:
egba@bj.admin.ch

Bern, 23.12.2020
13.01/hof

Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Besitzschutz bei verbotener Eigenmacht an Grundstücken); Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Der Vorstand der KKJPD bedankt sich für die Möglichkeit zur Stellungnahme im Rahmen der laufenden Vernehmlassung. Gerne lassen wir uns dazu wie folgt vernehmen:

Der Vorstand der KKJPD begrüsst die vorgesehenen Änderungen des ZGB sowie der ZPO betreffend Besitzschutz bei verbotener Eigenmacht an Grundstücken. Wir begrüssen, dass mit der Anpassung der Zivilprozessordnung die zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung und Rechtspflege klarer und effizienter gemacht wird. Mit den vorgeschlagenen Anpassungen wird der zivilrechtliche Rechtsschutz zugunsten der von einer Besetzung betroffenen Hauseigentümer verbessert.

Konkrete Auswirkung auf die Arbeit der Polizei hat dabei insbesondere die Änderung von Art. 926 Abs. 3 ZGB, weshalb der Vorstand der KKJPD darauf speziell eingeht:

Gemäss Vorentwurf soll Art. 926 Abs. 3 ZGB mit der Passage '*die zuständigen Behörden gewähren ihm [dem Besitzer] rechtzeitig die nach den Umständen erforderliche amtliche Hilfe*' ergänzt werden. Diese Regelung dient gemäss erläuterndem Bericht des Bundesamtes für Justiz vom 2. September 2020 dazu, dass in den Fällen, in welchen keine Gefahr im Verzug ist, die Besitzerin oder der Besitzer die amtliche Hilfe beiziehen muss, wobei es sich dabei um ein Zivil-, Straf- oder Polizeiverfahren handeln kann. Wenn jedoch eine amtliche Hilfe zu spät kommen würde, dann darf die Besitzerin oder der Besitzer verhältnismässige Selbsthilfe anwenden. Wird im Rahmen der Selbsthilfe Gewalt angewendet, obwohl amtliche Hilfe verfügbar wäre, so wird die Grenze der erlaubten Selbsthilfe überschritten. Diese Regelung entspricht der geltenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung, doch wird nun neu der Grundsatz gesetzlich festgehalten, dass die Selbsthilfe nur subsidiär erfolgen darf, wenn eine amtliche Hilfe nicht rechtzeitig erlangt werden kann (cf. erläuternder Bericht S. 30).

Aufgabe der Polizei (oder einer anderen Behörde) ist es somit, der Besitzerin oder dem Besitzer Hilfe zu leisten. Der erläuternde Bericht des Bundesamtes für Justiz vom 2. September 2020 hält jedoch fest, dass dieser Anspruch nicht absolut gilt. Eine Intervention der Polizei benötigt eine gesetzliche Grundlage zum Schutz privater Rechte und die Polizei muss von der Besitzesstörung Kenntnis haben. Weiter müssen gegen die Störung verhältnismässige polizeiliche Massnahmen möglich sein. Es

besteht kein Anspruch auf amtliche Hilfe der Polizei, wenn keine Gefahr im Verzug ist und zivilgerichtliche oder andere staatliche Massnahmen rechtzeitig verfügbar sind. Weiter hält der erläuternde Bericht des Bundesamtes für Justiz vom 2. September 2020 ausdrücklich fest, dass der Polizei bei der Beseitigung von Besitzesstörungen ein weiter Ermessensspielraum zukommt und bei der Frage, ob eine Interventionspflicht besteht, auch die tatsächlichen Begebenheiten und die begrenzten Kapazitäten und Mittel der Polizei zu berücksichtigen sind (cf. Erläuternder Bericht, S. 30). Mit der vorgesehenen Änderung von Art. 926 Abs. 3 ZGB wird somit lediglich die bundesgerichtliche Rechtsprechung gesetzlich verankert. Diese Regelung wird von Vorstand der KKJPD begrüsst.

Im Übrigen haben wir keine Bemerkungen zum Entwurf und danken für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse



Roger Schneeberger
Generalsekretär KKJPD

Von: info@alevemine.com

An: egba@bj.admin.ch

Genf, den 6.10.2020

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

Guten Tag

Vielen Dank für die Gelegenheit, auf diese Vernehmlassung eine Rückmeldung geben zu dürfen.

Da, während oder auch nach der heutigen Pandemie, ganz zu schweigen davon, dass schon davor wirtschaftliche Aussichten nicht exzellent waren, mittelfristig eine wesentliche Wahrscheinlichkeit besteht, dass vermehrt Individuen insolvent werden, stellt eine allfällige Implementation der Vorlage ein soziales Krisenrisiko dar: sowohl Mietern wie Vermietern jeder Marktkraft sind gefährdet.

Es mag wenig intuitiv tönen, dass Mieterverbände und Hauseigentümerverbände sich diesbetreffend im gleichen Boot befinden.

Fazit ist in einer relevanten lokalen oder landesweiten Wirtschafts- und/oder Immobilienkrisenlage,

1. dass es textuell bestimmt werden soll, dass diese Regelung, die eine Hürde zur Expulsion aufhebt, weder gegen Mieter, die insolvent werden,
2. noch gegen Hauseigentümer, die Hypotheken nicht mehr bezahlen können oder Immobilien als Kollateral für einen Kredit, den sie nicht mehr alimentieren können, geopfert haben, und dadurch den Besitz ihrer Immobilien verloren haben, angewendet werden darf, und
3. dass bei Einführung dieser Regelung ein ressourcenreiches Wohnungsbeschaffungsprogramm schon am Laufen sein muss, um die dadurch potentiell obdachlos werdenden Individuen zu unterbringen, mit genügender Kapazität, um alle beeinträchtigte Parteien zu beliefern (somit auch das Squattingrisiko zu minimieren).

Interessant ist, dass Kreditgeber und finanziell starke Immobilienbesitzer, inklusive Besitzer einer grossen Anzahl an Immobilien, seien diese Individuen oder Organisationen, mittelfristig ebenfalls an der in der Vernehmlassung vorgeschlagenen Regelung verlieren, weil, wenn Mieter oder Käufer sich einmal in einer schwierigen Lage, wie ohne Wohnung dazustehen, befinden, ist es enorm schwieriger für diesen, wieder finanziell funktionell zu werden, als die gleiche Vermögen- oder Einkommensaufbau ab einer Lage zu erzielen, worin sie eine Wohnung haben. Das heisst es werden weniger taugliche Käufer oder Mieter geben. Parteien ohne ausreichende Geldmittel, um die entstehende finanzielle Ausfälle zu decken, werden Immobilienstücke verlieren müssen.

Gewinnen werden daran mit dem bestehenden Regelungsvorschlag ggf. möglicherweise hauptsächlich Liquidationshäuser und Besitzer gewisser Tranchen in manchen strukturierten Finanzprodukten, wenn nicht Parteien mit überflüssigen und relativ wertverlierenden Geldmitteln.

Mit besten Empfehlungen,

Alève Mine, Ing. ETH, Finanzdipl. SGMI



Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

Per Mail: egba@bj.admin.ch

Bern, 17. Dezember 2020

**Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Besitzschutz bei verbotener Eigenmacht an Grundstücken)
Vernehmlassung**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen bestens für die Gelegenheit, zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Besitzschutz bei verbotener Eigenmacht an Grundstücken) Stellung nehmen zu können. Der Schweizerische Städteverband vertritt die Städte, städtischen Gemeinden und Agglomerationen in der Schweiz und damit gut drei Viertel der Schweizer Bevölkerung. Für die Beurteilung der vorliegenden Gesetzesrevision durfte er zudem auf die fachliche Einschätzung der Konferenz der städtischen Sicherheitsdirektorinnen und -direktoren KSSD zählen.

Allgemeine Einschätzung

Grundsätzlich sind Gesetzesänderungen, welche Verbesserungen und Klärungen beim Besitzschutz und bei der Beseitigung von Besitzesstörungen bringen, aus Sicht der Städte zu begrüssen.

Gerade in grösseren Städten sind Hausbesetzungen ein bekanntes Phänomen, so wie es auch die Problematik der von den Grundstücksbesitzenden als unbefriedigend empfundenen Lage bei Besitzesstörungen ist. In den grösseren Städten hat sich indes eine gefestigte Praxis entwickelt, die auch den begrenzten polizeilichen Ressourcen Rechnung trägt: Die Räumung einer besetzten Liegenschaft muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig und insbesondere nachhaltig sein; diese Praxis ist vom Bundesgericht sanktioniert (BGE 119 Ia 28 ff.).

Die praktische Bedeutung von zivilrechtlichen und zivilprozessualen Bestimmungen im Umgang mit Hausbesetzungen ist in den Schweizer Städten unterschiedlich und auch abhängig von kantonalen Vorgaben. In der Stadt Zürich etwa sind sie in den letzten Jahren bei polizeilichen Räumungen nicht zur Anwendung gekommen; in der Stadt Bern sind sie von untergeordneter Bedeutung.



Neben rein privatrechtlichen und zivilprozessualen Aspekten gilt es im Zusammenhang mit Hausbesetzungen auch die öffentlichen Interessen wie beispielsweise die sozialpolitische Brisanz von leerstehendem Wohnraum bei herrschender Wohnungsnot in grösseren Städten zu berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund lehnen wir die Vorlage ab, auch wenn wir insgesamt davon ausgehen, dass die zur Vernehmlassung stehende Vorlage nichts am polizeilichen Vorgehen ändern wird.

Konkrete Anliegen

Art. 926 Abs. 2 E-ZGB

Die neue Festlegung des Beginns der Reaktionsfrist zur Ausübung der Besitzkehr sowie die redaktionell bedingten Anpassungen der Bestimmung werden keine Auswirkungen auf das polizeiliche Handeln haben.

Art. 926 Abs. 3 E-ZGB

Der neue Satzteil regelt, dass die oder der Besitzende keine Eigenmacht mehr ausüben darf, sobald amtliche Stellen in diese Angelegenheit involviert werden können. Konkret heisst das, dass Besitzende, die sich nicht mit einer Besetzung abfinden wollen, dazu verpflichtet sind, umgehend die Polizei zu alarmieren, sobald sie von der Hausbesetzung Kenntnis haben. Das (verhältnismässige) Selbsthilferecht ist nur solange zulässig, bis die Polizei auf Platz erscheint und sofern Gefahr im Verzug ist. Der Interventionsanspruch des Besitzenden gilt dabei aber nicht absolut. Nebst dem Verweis auf die Anwendbarkeit des Verhältnismässigkeits-, des Opportunitäts- und des Subsidiaritätsprinzips hält der erläuternde Bericht auf Seite 30 fest dass «(...) den Polizeibehörden bei der Beseitigung von Besitzesstörungen, wie beispielsweise der Räumung von Hausbesetzungen, ein weiter Ermessensspielraum zu(kommt)» und dass «(...) zur Bestimmung, ob eine Interventionspflicht besteht, (...) immer auch die tatsächlichen Begebenheiten sowie die begrenzten Kapazitäten und Mittel der Polizei zu berücksichtigen (sind).» Da diese Ausführungen inhaltlich mit der erwähnten bestehenden Praxis bei Hausbesetzungen korrespondieren, wird deren explizite Erwähnung begrüsst. Begrüsst wird im Weiteren die ebenfalls explizit im Bericht auf Seite 30 festgehaltene Erkenntnis, dass «(...) der Umgang der Polizei mit Hausbesetzungen einen Balanceakt dar(stellt), bei welchem rechtliche, sicherheitstechnische und politische Aspekte mit zu berücksichtigen sind.» Zusammenfassend ändert diese Bestimmung somit nichts an der bereits bestehenden polizeilichen Praxis.

Art. 260a E-ZPO

Diese Bestimmung soll dem Grundstücksbesitzenden die Möglichkeit einräumen, gegen die Hausbesetzenden ein zivilrechtliches Urteil zu erwirken, welches die Aufhebung der Besitzesstörungen verfügt. Das Urteil soll sich gegen unbestimmte Dritte richten, welche sich unrechtmässig auf dem Grundstück bzw. im Gebäude aufhalten. Nachdem dieses Urteil in Rechtskraft erwachsen ist, soll dieses so schnell als möglich vollstreckt werden.

Die terminologische Subsumtion der gerichtlichen (Besitzeschutz-)Verfügung unter die freiwillige Gerichtsbarkeit erscheint im Lichte des konkreten staatlichen Zwanges, der auf Ersuchen eines Grundstückbesitzenden ausgeübt wird, unpassend.



Das neu vorgesehene Verfahren könnte gemäss Art. 260a E-ZPO von den hausbesetzenden Personen relativ einfach ausgehebelt werden: Entweder wird mit der Besetzung zeitgleich eine Schutzschrift gemäss Art. 270 ZPO eingereicht, mit welcher die hausbesetzenden Personen namentlich gemeldet werden – gegebenenfalls mit Kopie an den Grundstücksbesitzenden, womit er sich nicht mehr gutgläubig auf den Standpunkt stellen könnte, er würde die Namen der hausbesetzenden Personen nicht kennen. Damit würde zwar ihre Identität offenbart, eine rasch sich abzeichnende Räumung im Rahmen des angedachten Verfahrens könnte somit aber auf absehbare Zeit verhindert werden (vgl. die Unkenntnis der Namen der hausbesetzenden Personen als formelle Voraussetzung zu einem Verfahren gemäss Art. 260a E-ZPO – vgl. Bericht S. 32). Angesichts der als nicht gering einzustufenden Strafunempfindlichkeit von hausbesetzenden Personen würden diese sich von einem Strafverfahren infolge Art. 186 StGB kaum abschrecken lassen. Es würde aber auch schon ausreichen, wenn erst im Gefolge der Publikation der (Besitzesschutz-)Verfügung von mehreren Einsprechenden das Verbot in Frage gestellt würde. Wenn beispielsweise eine Gruppe von fünf oder sechs Personen Einsprache erheben würde, könnte ein Grundstücksbesitzer schlecht gegenüber den übrigen hausbesetzenden Personen ein Verbot durchsetzen, da es ihm wohl bald einmal an der Übersicht mangeln würde zwischen denjenigen Personen, die Einsprache erhoben haben, und den anderen. Schliesslich sei noch zu ergänzen, dass zur Erzeugung eines maximalen Grades an Rechtsunsicherheit und zur Verschleierung der Verhältnisse weitere Personen zu einem späteren Zeitpunkt eine Feststellungsklage auf Unrechtmässigkeit des ausgesprochenen Verbotes einreichen könnten – womit sich nicht zuletzt im Rahmen einer Vollstreckung einer Räumung die vor Ort nicht immer einfach zu klärende Frage der aufschiebenden Wirkung respektive Vollstreckbarkeit – während eines laufenden Feststellungsklageverfahrens – stellen würde.

Scheitert dann das angedachte Verfahren auf Erlass einer gerichtlichen (Besitzesschutz-)Verfügung, stehen zur Besitzeswehr wieder die angestammten und durch die Praxis geschaffenen Mittel zur Verfügung. Womit wieder die kritisierte Praxis, insbesondere der Städte, zum Tragen käme. Diese in den Städten langjährig gefestigte Praxis hat aber im Vergleich zum angedachten Verfahren den Vorteil, dass diese, im Rahmen des polizeilichen Ermessens, auch den öffentlichen Interessen wie beispielsweise der sozialpolitischen Brisanz von Hausbesetzungen gerecht wird.

Art. 260b E-ZPO

Als nicht ganz unproblematisch, da je nach konkreter Situation nicht oder nur schwer durchführbar, erachten wir schliesslich die vorgesehene Bestimmung, wonach die gerichtliche Verfügung — analog einem gerichtlichen Verbot — nebst der Bekanntmachung im amtlichen Publikationsorgan zusätzlich auf dem Grundstück an «gut sichtbarer Stelle anzubringen» ist. Hier wäre es wünschenswert, wenn eine praktikable Alternative gefunden werden könnte.

Es ist im Weiteren darauf hinzuweisen, dass im Bericht auf Seite 21 zwar ausgeführt wird, dass mit Blick auf die Gesetzgebungskompetenzen beim Polizeirecht sowie aufgrund der Relativität der aus den Grundrechten abgeleiteten Schutzpflichten, im Ergebnis nur eine (bundes-)gesetzgeberische Präzisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips punkto Besitzesschutz in Frage komme, das Opportunitätsprinzip, das Subsidiaritätsprinzip respektive das polizeiliche Ermessen bleibe aber weiterhin anwendbar und sei Sache der Polizeibehörden. Die bundesrechtlich angedachte Lösung könnte dennoch als eine Beschneidung der kantonalen bzw. kommunalen Kompetenzen mit dem polizeilichen



Ermessensspielraum angesehen werden. Eine privatrechtliche Definition des Verhältnismässigkeitsprinzips vor dem Hintergrund des kantonalen Schutzes der Grundrechte wirkt ausserdem fragwürdig und gesucht. Der Kerngehalt der Grundrechte (Art. 36 Abs. 4 Bundesverfassung) wird durch eine (vorübergehende) Hausbesetzung mit der heute existierenden und bundesgerichtlich sanktionierten Praxis denn auch nicht ernstlich tangiert.

Es wird klar abgelehnt, dass eine besetzte Liegenschaft auch dann geräumt werden soll, wenn die Voraussetzungen für eine Räumung gemäss aktueller Praxis in den Städten nicht gegeben sind, da die Räumung dann nicht nachhaltig ist. Die Erfahrungen zeigen nämlich eine erhöhte Wahrscheinlichkeit für eine neuerliche Besetzung einer zuvor geräumten Liegenschaft, falls diese nach der Räumung weiterhin leer steht. Die Polizeiorganisationen haben mit Blick auf die begrenzten Mittel und Kapazitäten ein grosses Interesse, dass auch unter Anwendung von Art. 260a E-ZPO sichergestellt ist, dass es bei einer betroffenen Liegenschaft nicht zu einer mehrfachen oder gar seriellen Abfolge von Räumung und Wiederbesetzung kommen kann. Dies widerspricht dem öffentlichen Interesse. **Den kommunalen Behörden muss bei der Beseitigung von Besitzesstörungen weiterhin ein weiter Ermessensspielraum zukommen.**

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Städteverband

Präsident

Kurt Fluri, Nationalrat
Stadtpräsident Solothurn

Stv. Direktor

Martin Flügel

Kopie Schweizerischer Gemeindeverband



Frau Bundesrätin
Karin Keller-Sutter
Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Bundeshaus West
3003 Bern

Bern, 22. Dezember 2020

Vernehmlassung: Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Besitzschutz bei verbotener Eigenmacht an Grundstücken)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin,
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken für die Möglichkeit zur Stellungnahme zur Vernehmlassung über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Besitzschutz bei verbotener Eigenmacht an Grundstücken).

Der schweizerische Verband der Bürgergemeinden und Korporationen (SVBK) vertritt die Interessen der 15 Kantonalverbände, mit den rund 1650 öffentlich-rechtlichen Bürgergemeinden und Korporationen in der Schweiz. Die Bürgergemeinden und Korporationen sind als Liegenschaftsbesitzer direkt von der Vorlage betroffen.

Der SVBK begrüsst die vorgeschlagene ZGB-Revision. Obwohl Besetzungen in der Schweiz selten sind, unterstützen wir diese sinnvolle Regelung, welche die Eigentumsrechte und die Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 Bundesverfassung gewährleistet. Die bisherigen rechtlichen Grundlagen waren in der Praxis untauglich, da Hausbesetzer nicht innert nützlicher Frist verwiesen werden konnten, wenn beispielsweise die Identität der Besetzer unbekannt ist.

Zudem weisen wir darauf hin, dass die neu gewährte Selbsthilfe der Eigentümer nicht zur Gefahr werden. Diesbezüglich möchten wir ausdrücklich darauf hinweisen, dass der kantonale und städtische Vollzug durch die Polizei gewährleistet werden muss. Ebenfalls erwarten wir, dass allfällige polizeiliche Aufwendungen und Kosten voll zulasten der Besetzenden verrechnet und nicht auch die Liegenschaftsbesitzer abgewälzt werden.

Der SVBK stellt zwei Anträge zur Vorlage:

1. Die Vorlage soll auch bei Übertretungen und illegalen Besetzungen von unbewohnten Liegenschaften (bspw. Waldhütten) zur Anwendung kommen.
2. Der SVBK fordert, dass der Besitzschutz gemäss Art. 926 Abs. 2 und 3 auch für illegale Besetzungen im Wald gilt.

Freundliche Grüsse

Verband der Schweiz. Bürgergemeinden und Korporationen

Georges Schmid
Präsident

Elias Maier
Geschäftsführer

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Bundeshaus West
3003 Bern
egba@bj.admin.ch

Bern, 9. Dezember 2020 sgv-KI/ds

Vernehmlassungsantwort: Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Besitzschutz bei verbotener Eigenmacht an Grundstücken)

Sehr geehrte Damen und Herren

Als grösste Dachorganisation der Schweizer Wirtschaft vertritt der Schweizerische Gewerbeverband sgv über 230 Verbände und gegen 500 000 KMU, was einem Anteil von 99.8 Prozent aller Unternehmen in unserem Land entspricht. Im Interesse der Schweizer KMU setzt sich der grösste Dachverband der Schweizer Wirtschaft für optimale wirtschaftliche und politische Rahmenbedingungen sowie für ein unternehmensfreundliches Umfeld ein.

Mit Schreiben vom 2. September 2020 lädt das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement EJPD ein, sich zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Besitzschutz bei verbotener Eigenmacht an Grundstücken) zu äussern. Der Schweizerische Gewerbeverband sgv dankt für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Anstoss für die vorliegende Gesetzesrevision gibt die Motion 15.3531 Feller Olivier «Bedingungen für die Anwendbarkeit von Artikel 926 ZGB lockern, um besser gegen Hausbesetzer vorgehen zu können». Die von einer Hausbesetzung Betroffenen können sich über das im Besitzschutz statuierte Selbsthilferecht ihres Eigentums oder Besitzes wieder bemächtigen. Die Vorlage zielt darauf ab, die Bedingungen zu verbessern, unter welchen sich die von einer Besitzesverletzung Betroffenen ihres Eigentums oder Besitzes wieder bemächtigen dürfen.

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv unterstützt die Vorlage.

Ist die Besitzesentziehung einer Liegenschaft einmal vollzogen, so kann nach heute geltendem Recht eine Besitzeskehr nach Artikel 926 Absatz 2 ZGB nur «sofort» erfolgen. Die Kernforderung der Motion 15.3531 liegt in der Lockerung dieser sofortigen Reaktionsfrist, innert welcher sich Hauseigentümerinnen und Hauseigentümer nach Artikel 926 Absatz 2 ZGB ihrer Liegenschaft wieder bemächtigen dürfen. Wird nicht «sofort» reagiert, werden die Hauseigentümerinnen und Hauseigentümer auf den Zivilweg verwiesen, der Zeit in Anspruch nimmt, relativ kompliziert ist und ein rasches Ergebnis verunmöglicht. Insbesondere die Stadt Basel, aber auch namentlich die Stadt Zürich haben in den letzten Jahren eine Praxis etabliert, die den Schutz des Eigentums aushöhlt, indem z. B. im Fall der Stadt Zürich

neben einem Strafantrag Zusatzbedingungen wie z. B. eine rechtskräftige Baubewilligung, ein abgeschlossener Nutzungsvertrag oder eine Personen- beziehungsweise Objektgefährdung gefordert werden. Die Situation der von einer Hausbesetzung betroffenen Personen muss deshalb verbessert werden.

Mit der Neuregelung soll der Beginn der Reaktionsfrist zur Ausübung der Besitzeskehr neu auf den Zeitpunkt festgelegt werden, 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 die Situation zugunsten der Besitzerinnen und Besitzer verbessert, da die heutige Regelung «sofort» viel zu unbestimmt ist.

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv schlägt vor, in Art. 926 ZGB eine noch präzisere Formulierung im Sinne «sobald jemand Kenntnis hat» vorzunehmen.

Auch das neue Instrument in Art. Art. 260a und 260 b der ZPO unterstützt der sgv. Wem der Besitz an einem Grundstück durch verbotene Eigenmacht gestört oder entzogen wurde, kann künftig beim Gericht beantragen, dass es gegenüber unbekanntenen Personen die Beseitigung der Störung oder die Rückgabe verfügt. Das Gericht entscheidet unverzüglich und trifft die erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen.

Wir danken für die Kenntnisnahme.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Gewerbeverband sgv



Hans-Ulrich Bigler
Direktor, e. Nationalrat



Dieter Kläy
Ressortleiter

Zürich, 23. Dezember 2020

Vernehmlassung «Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Besitzerschutz bei verbotener Eigenmacht an Grundstücken)»

Der Bundesrat hat am 2. September 2020 das EJPD beauftragt, zur «Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Besitzerschutz bei verbotener Eigenmacht an Grundstücken)» ein Vernehmlassungsverfahren durchzuführen. Der Schweizerische Verband der Immobilienwirtschaft (nachfolgend «SVIT Schweiz») nimmt zur Vorlage wie folgt Stellung.

Übersicht

Änderung	Inhalt	Erwägung
Art. 926 Abs. 2 ZGB («Selbsthilfefrist»)	Der im geltenden Recht statuierte unbestimmte, durch die Motion 15.3531 kritisierte Rechtsbegriff «sofort» als Reaktionszeit für das Selbsthilferecht im Besitzerschutz soll durch eine ebenso offene Formulierung mit Ermessensspielraum ergänzt werden.	Der Vorschlag des Bundesrats einer Konkretisierung wird vom SVIT Schweiz grundsätzlich befürwortet, auch wenn Unsicherheit darüber besteht, wie der Ermessensspielraum durch die Gerichte ausgefüllt wird. Der Begriff «sofort» ist durch «innert angemessener Frist» zu ersetzen. Alternativ ist die Festschreibung einer konkreten Frist («48 oder 72 Stunden») im Gesetz zu prüfen.
Art. 926 Abs. 3 ZGB («amtliche Hilfe»)	Die in der Rechtsprechung entwickelte Interventionspflicht der Polizei soll Eingang ins Gesetz finden.	Die Übernahme der Interventionspflicht ins Recht wird vom SVIT Schweiz begrüsst. Gleichzeitig fordert der Verband, dass der Spielraum der Kantone bei der Festlegung von Bedingungen eingeschränkt wird.
Art. 258 ff. ZPO («unbestimmter Personenkreis»)	Die Beseitigung einer Besitzesstörung sowie die Rückgabe des Besitzes mittels gerichtlicher Verfügung soll neu gegenüber einem unbestimmten Personenkreis angeordnet werden können.	Der Vorschlag des Bundesrats wird vom SVIT Schweiz vorbehaltlos unterstützt.

Zum Inhalt der Vorlage

Hausbesetzungen erfüllen nicht nur die Straftatbestände des Hausfriedensbruchs und der Sachbeschädigung. Sie sind auch ein frontaler Angriff auf das Grundeigentum und die Verfügungsmacht der Eigentümer. Es ist darum stossend, dass betroffenen Eigentümern beim Besitzschutz und der Inanspruchnahme amtlicher Hilfe unverhältnismässige Hindernisse in den Weg gelegt werden. Insbesondere die unverständlich kurzen Fristen verhindern regelmässig, dass Eigentümer zu ihrem Recht kommen – ganz abgesehen von der Vielzahl der verfahrensrechtlichen Unwägbarkeiten, kantonaler Auflagen, dem Prozessrisiko und dem ungewissen Ausgang eines Verfahrens. Die zahlreichen Hürden für die Eigentümer werden von Hausbesetzern denn auch geradezu als Einladung empfunden.

Der SVIT Schweiz unterstützt darum die Motion 15.3531 «Bedingungen für die Anwendbarkeit von Artikel 926 ZGB lockern, um besser gegen Hausbesetzer vorgehen zu können» von Nationalrat Olivier Feller und die darin formulierte Kritik an der praxisfremden Rechtsanwendung namentlich in Bezug auf die Fristen.

Der SVIT Schweiz stützt im Weiteren die Analyse der Ausgangslage im erläuternden Bericht. Namentlich wird damit aufgezeigt, dass es sich beim Besitzschutz bei verbotener Eigenmacht an Grundstücken um ein juristisch höchst komplexes Feld handelt. Mit den vorgeschlagenen und vertretbaren Änderungen in ZGB und ZPO – und unter Einbezug weiterer Konkretisierungen – würde eine spürbare Verbesserung der Rechtsstellung der Eigentümer erreicht.

Änderung Art. 926 Abs. 2 ZGB («Selbsthilfefrist»)

Hinsichtlich der Selbsthilfefrist deckt sich die Vorlage mit den Erwägungen im Gutachten von Prof. Dr. iur. Ramon Mabillard («Besitzschutz bei Hausbesetzungen / Gutachten zur Motion Feller (15.3531)» vom August 2018 im Auftrag des Bundesrats, Seite 208). Der Bundesrat schwächt dessen Vorschlag («innert angemessener Frist seit Kenntnisnahme») aber zugleich ab (Vorlage: «sofort, nachdem er [der Besitzer] in Anwendung der zumutbaren Sorgfalt davon Kenntnis erlangt hat»). Der SVIT Schweiz fordert, dass der Begriff «sofort» aus der Vorlage zu streichen und durch «innert angemessener Frist» zu ersetzen ist. Damit soll unterstrichen werden, dass dem Eigentümer eine gewisse Frist eingeräumt wird, um Vorkehrungen zu treffen und die Selbsthilfe zu organisieren.

In Abwägung der offenen Formulierung mit dem weiteren Ermessensspielraum – und unter Berücksichtigung der beantragten Änderung – gegenüber der Variante mit festen Zeitangaben gemäss Motion («48 oder 72 Stunden») tendiert der SVIT Schweiz zur offenen Formulierung. Es bleibt jedoch abzuwarten, wie dieser Ermessensspielraum durch die Gerichte ausgefüllt wird. Alternativ würde der Verband einer festen Zeitangabe im Gesetz zustimmen.

Änderung Art. 926 Abs. 3 ZGB («amtliche Hilfe»)

Mit der vorgeschlagenen Ergänzung in Art. 926 Abs. 3 ZGB soll die vom Bundesgericht zur Interventionspflicht der Polizei entwickelte Rechtsprechung Eingang ins Gesetz finden. Diese gesetzliche Verankerung der Interventionspflicht ist aus Sicht des SVIT Schweiz verhältnismässig und widerspricht dem Subsidiaritätsprinzip nicht. Die hauptsächlich betroffenen Kantone haben das Einschreiten der Polizei ohnehin an teils erhebliche Voraussetzungen geknüpft. Es ist darum zu prüfen, ob die Gestaltungsfreiheit im kantonalen Recht nicht stärker eingeschränkt werden müsste.

Art. 258 ff. ZPO («unbestimmter Personenkreis»)

Der SVIT Schweiz begrüsst, dass die Beseitigung einer Besitzesstörung sowie die Rückgabe des Besitzes mittels gerichtlicher Verfügung neu gegenüber einem unbestimmten Personenkreis angeordnet werden kann. Dies entspricht einem Bedürfnis der Praxis und stellt eine deutliche Erleichterung für die Eigentümer dar. Bedenken, wonach mit einem unbestimmten Adressatenkreis «eine Grundfeste des Zivilprozessrechts ins Wanken gebracht [würde], die angesichts rechtstaatlicher garantierter Verfahren unabdingbar ist» (Gutachten, Seite 218), können aus Sicht des Verbands zurückstehen, zumal der Bundesrat im Bericht darlegt, dass eine sinngemässe Anwendung der für das gerichtliche Verbot geltenden Grundsätze erreicht, dass den Verfahrensrechten der von der gerichtlichen Verfügung Betroffenen gebührend Rechnung getragen wird.

Zusammenfassung

Der SVIT Schweiz begrüsst die vorgeschlagenen Änderungen bzw. Ergänzungen von ZGB und ZPO, die der Bundesrat im Vernehmlassungsverfahren vorlegt. Er fordert, dass – in Abweichung von der Vorlage – eine angemessene Frist für die Selbsthilfe ab Kenntnisnahme angesetzt wird. Der Verband hätte sich zudem gewünscht, dass die Vorlage weitere Hindernisse aus dem Weg geräumt hätte, namentlich durch eine Beschränkung des Gestaltungsspielraums der Kantone bei der Gewährung amtlicher Hilfe.

Zum SVIT Schweiz

Als Berufs- und Fachverband der Immobilienwirtschaft vertritt der SVIT Schweiz rund 2'500 Unternehmen, die Dienstleistungen unter anderem für institutionelle, gewerbliche, öffentliche und private Immobilieneigentümer, Bauherren, Betreiber und Stockwerkeigentümergeinschaften erbringen. Zusammen vertreten wir rund 30'000 Berufsleute der Immobilienwirtschaft. Der Schweizerische Verband der Immobilienwirtschaft SVIT Schweiz ist in allen Landesregionen der Schweiz präsent und ist die nationale Vertretung des Immobiliendienstleistungssektors in politischen Belangen.

Kontakt

SVIT Schweiz

Dr. Ivo Cathomen

Stv. Geschäftsführer

Puls 5, Giessereistrasse 18

8005 Zürich

Tel. +41 44 434 78 88

ivo.cathomen@svit.ch

Per E-MailBundesamt für Justiz
Bundesrain 20
CH-3003 Bern

St. Gallen/Basel, den 21. Dezember 2020

**Vernehmlassung betr. Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches
(Besitzesschutz bei verbotener Eigenmacht)**Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Einladung zur Vernehmlassung in rubrizierter Angelegenheit.

Die Vorlage bezweckt, die Position von Grundstücksbesitzerinnen und Grundstücksbesitzern bei unrechtmässigen Hausbesetzungen zu verbessern. Hierfür soll mit der „gerichtlichen Verfügung“ ein neues zivilprozessuales Institut zur Durchsetzung der aus dem Besitz abgeleiteten Rechte geschaffen werden. Der politische Entscheidung, die Rechte der Besitzer zu stärken, wird seitens der SVR-ASM nicht kommentiert. Vielmehr beschränken wir uns auf einige kurze Bemerkungen betreffend die zivilprozessuale Durchsetzung vor den schweizerischen Gerichten, wie sie im Entwurf und dem erläuternden Bericht vorgesehen ist.

1. Allgemeine Bemerkungen (Art. 260a Abs. 1 ZPO)

Die SVR-ASM begrüsst den Ansatz, zwecks Beseitigung von Störungen oder der Anordnung von Rückgaben ein zusätzliches Institut zu schaffen. Damit wird der Besonderheit des possessorischen Besitzesschutzes angemessen Rechnung getragen. Gleichzeitig kann aufgrund der systematischen Einordnung beim sowie der Nähe zum gerichtlichen Verbot nach Art. 258 ZPO auf die bereits bestehende Gerichtspraxis zurückgegriffen werden.

Auch wenn sich die gerichtliche Verfügung ebenso wie das gerichtliche Verbot gegen der gesuchstellenden Partei unbekannte Personen richtet, ist immerhin anzumerken, dass der betroffene Personenkreis im Rahmen der gerichtlichen Verfügung im Gegensatz zu demjenigen des Verbots zumindest bestimmt bzw. bestimmbar ist. Gleichzeitig sind dem Gesuchsteller bekannte Personen wesentlich besser geschützt, da gegen solche nicht mittels freiwilliger Gerichtsbarkeit, sondern in einem kontradiktorisch geführten Verfahren vorzugehen wäre. Dieser Umstand birgt ein gewisses Missbrauchspotential, welchem im Rahmen der Ausgestaltung der zivilprozessualen Rechtsbehelfe bestmöglich entgegnet werden sollte. Hierfür wird auf die nachstehenden speziellen Bemerkungen verwiesen.

2. Spezielle Bemerkungen

ad Art. 260a Abs. 2 ZPO: Soweit vor Gericht eine Beseitigung der Störung oder die Rückgabe des Besitzes verlangt wird, hat die gesuchstellende Person die rechtswidrige Störung oder Entziehung durch ihr unbekannte Personen glaubhaft zu machen. Der erläuternde Bericht führt dazu aus, dass die Gerichte zwecks Vermeidung einer krass rechtsmissbräuchlichen Anrufung der gerichtlichen Verfügung (beispielsweise gegen abwesende unliebsame Mieterinnen und Mieter, Dienstbarkeitsberechtigte oder Personen aus der Nachbarschaft etc.) auch zu prüfen hätten, ob es sich bei den mutmasslich Unberechtigten tatsächlich um der gesuchstellenden Partei unbekannte Personen handelt (S. 33). In diesem Zusammenhang werden dem Gericht Aufgaben auferlegt, welche es kaum erfüllen kann und bezüglich der Pflicht zu eigenen Nachforschungen auch dem Charakter des summarischen Verfahrens widersprechen. Vielmehr muss das Gericht nach Ansicht der SVR-ASM dort, wo es Zweifel an den Darstellungen des Gesuchstellers hat, diesen auffordern, die der Glaubhaftmachung dienenden Belege selbst beizubringen bzw. nachzuliefern und dort, wo dies unterbleibt, das entsprechende Gesuch abweisen.

ad Art. 260a Abs. 3 ZPO: Gemäss dieser Bestimmung entscheidet das Gericht über das Gesuch unverzüglich und trifft gleichzeitig (von Amtes wegen) die erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen. Auch mit Blick auf den angestrebten Zweck ist nicht ersichtlich, weswegen hier der im Zivilrecht allgemein geltende Dispositionsgrundsatz durchbrochen wird. Nach Ansicht der SVR-ASM sollte die Anordnung von Vollstreckungsmassnahmen deshalb einen Antrag des Gesuchstellers erfordern und dem Gericht dann lediglich die Wahl der geeigneten Vollstreckungsmassnahme obliegen (vgl. diesbezüglich auch Art. 236 Abs. 3 ZPO). Die SVR-ASM regt daher an, den Wortlaut der Bestimmung wie folgt anzupassen: «*Das Gericht entscheidet unverzüglich und ordnet auf Antrag die erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen an*».

ad Art. 260b: Für den Fristenlauf betreffend die 10-tägige Einsprachefrist ist unter Hinweis auf Art. 259 ZPO die Bekanntmachung der Verfügung sowie die Anbringung auf dem Grundstück massgeblich. Gemäss dem erläuternden Bericht ist die gesuchstellende Person für die Bekanntmachung verantwortlich und im Streitfall auch beweispflichtig. Mit Blick auf das bereits angesprochene Missbrauchspotential erachtet es die SVR-ASM als überaus heikel, den Lauf von Rechtsmittelfristen von der Handlung von Privatpersonen abhängig zu machen. Entsprechend sollte gefordert werden, dass die gerichtliche Verfügung entweder durch das Gericht selbst oder durch eine amtliche Stelle auf dem betroffenen Grundstück bekannt gemacht wird. Damit ist auch gewährleistet, dass die Umsetzung der Bekanntmachung in allen Fällen jeweils vergleichbar gehandhabt wird. Die gesuchstellende Person sollte für die Bekanntmachung allerdings insofern verantwortlich bleiben, als sie die mit der Bekanntmachung verbundenen Kosten zu übernehmen bzw. entsprechend vorzuschüssen hat.

Wir hoffen, Ihnen mit den vorstehenden Überlegungen gedient zu haben. Abschliessend danken wir Ihnen nochmals für die Gelegenheit zur Vernehmlassung.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Im Namen des Vorstandes



Prof. Dr. Patrick Guidon
Präsident SVR-ASM



lic. iur. Patrik Müller-Arenja
Vorstandsmitglied SVR-ASM

Messerli Irina BJ

Von: Adrian Wuethrich <wuethrich@travailsuisse.ch>
Gesendet: Dienstag, 27. Oktober 2020 22:26
An: _BJ-EGBA
Betreff: Travail.Suisse 27.10.2020 STN VNL Änderung ZGB Besitzerschutz bei verbotener Eigenmacht an Grundstücken (Verzicht)

Kennzeichnung: Zur Nachverfolgung
Kennzeichnungsstatus: Erledigt

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Einladung an der Vernehmlassung für die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Besitzerschutz bei verbotener Eigenmacht an Grundstücken) teilzunehmen.

Wir verzichten jedoch auf eine Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Adrian Wüthrich

Travail.Suisse

Adrian Wüthrich
Präsident / alt Nationalrat
Postfach / 3001 Bern
031 370 21 11 / 079 287 04 93
www.travailsuisse.ch

Par courrier et courriel
Département fédéral de justice et police (DFJP)
Madame Karin **KELLER-SUTTER**
Conseillère fédérale
Palais fédéral ouest

3003 Berne

Paudex, le 20 novembre 2020
FD

Modification du code civil (protection contre les atteintes à la possession d'un immeuble) - mise en consultation

Madame la Conseillère fédérale,

Nous vous remercions de nous avoir consultés dans le cadre du dossier susmentionné et vous faisons part, dans le délai imparti, de notre prise de position.

A titre de rappel, l'USPI Suisse est l'organisation faîtière romande des professionnels de l'immobilier. Elle se compose des associations cantonales de l'économie immobilière implantées dans les six cantons romands. A ce titre, elle est le porte-parole de quelque 400 entreprises et de plusieurs milliers de professionnels de l'immobilier actifs dans les domaines du courtage, de la gérance, du développement et de l'expertise immobilière. Dès lors, les membres de notre organisation gèrent environ 80 % des immeubles sous gestion dans toute la Suisse romande pour des milliers de propriétaires et avec une incidence directe sur le logement de centaines de milliers de locataires.

1. Remarques générales

Le projet de révision fait suite à la motion 15.3531 du Conseiller national Olivier Feller « Renforcer les moyens de défense contre les squatters en assouplissant les conditions d'application de l'article 926 du code civil ». La motion visait à ce que le délai dans lequel le possesseur doit réagir pour exercer son droit de reprise soit porté dans la loi à 48 ou 72 heures.

Ce projet de révision poursuit une autre approche et s'inscrit dans le cadre d'un assouplissement des conditions de la protection de la possession. Le Conseil fédéral est d'avis que des délais de réaction courts appliqués sans égard aux circonstances compliquent l'exercice du droit de reprise et s'avèrent contre-productifs pour toutes les personnes impliquées, en particulier les propriétaires. Par ailleurs, le droit fédéral ne peut pas influencer directement sur le droit policier cantonal.

Les conditions assouplies dans ce projet visent à ce que le délai imparti pour exercer le droit de reprise au sens de l'art. 926 al. 2 CC commence à courir juste après que le possesseur, en ayant fait preuve de la diligence requise, a eu ou aurait pu avoir connaissance de l'usurpation, à préciser l'obligation d'intervenir de l'autorité en rapport

avec la protection de la possession, et à ce que le juge puisse prononcer une ordonnance judiciaire à l'encontre d'un cercle indéterminé de personnes pour obtenir la cessation du trouble à la possession ou la restitution de l'immeuble.

La garantie de la propriété est un droit fondamental qui est à la base d'un Etat de droit. Sans une telle garantie, l'économie privée ne peut pas se développer. Aussi, le possesseur doit pouvoir expulser facilement les personnes occupant illicitement son bâtiment.

Le droit actuel a montré ses faiblesses et trop souvent le propriétaire se trouve démuné et contraint de tolérer un état de fait illégal. En effet, souvent il n'a pas connaissance immédiatement du squat de son immeuble et ne connaît pas l'identité des squatters qui d'ailleurs peut changer fréquemment, ce qui l'oblige à devoir agir au moyen d'une action judiciaire qui est longue et coûteuse.

Le projet de révision va donc dans la bonne direction en assouplissant les conditions de protection de la possession, même s'il continue de restreindre le droit de reprise et que l'ordonnance judiciaire sera facilement contournable par le squatter dès lors qu'il lui suffira de s'y opposer, ce qui obligera le propriétaire à agir au tribunal afin de valider l'ordonnance judiciaire.

2. Remarques particulières

A. Article 926 al. 2 du code civil – droit de reprise

L'article actuel 926 al. 2 CC prévoit que le possesseur peut, lorsque la chose lui a été enlevée par violence ou clandestinement, la reprendre aussitôt, en expulsant l'usurpateur s'il s'agit d'un immeuble et, s'il s'agit d'une chose mobilière, en l'arrachant au spoliateur surpris en flagrant délit ou arrêté dans sa fuite (droit de reprise).

Si le propriétaire n'agit pas aussitôt, il perd son droit de reprise et doit agir par la voie judiciaire, ce qui peut s'avérer long et compliqué. En outre, le dies a quo n'est pas précisé dans le droit actuel et la question reste de savoir si le temps de réaction appropriée part dès le moment où l'usurpation a lieu ou dès le moment où le propriétaire a connaissance de l'usurpation.

Le projet de révision précise le dies a quo, de sorte que le possesseur pourra expulser l'usurpateur aussitôt après avoir eu connaissance de l'usurpation en ayant fait preuve de la diligence requise.

Cette précision est bienvenue, dès lors qu'elle empêchera que le propriétaire soit déchu de son droit de reprise alors qu'il n'avait pas connaissance de l'usurpation. En revanche, il est regrettable d'avoir maintenu la notion « aussitôt » qui restreint trop fortement la possibilité d'agir du possesseur. En outre, le possesseur doit déjà démontrer qu'il a fait preuve de diligence, notion qui sera laissée à l'appréciation du tribunal. Nous sommes donc d'avis que ce terme « aussitôt » doit être purement et simplement supprimé. Il appartiendra au possesseur, en fonction des circonstances du cas d'espèce, de démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise et s'il devait trop tarder pour agir, il aura manqué de diligence et perdra ainsi son droit de reprise.

Par conséquent, la teneur de l'article 926 al. 2 CC devrait être la suivante : « Lorsque la chose lui a été enlevée par violence ou clandestinement, il peut la reprendre, dès qu'il a eu connaissance de l'usurpation en ayant fait preuve de la diligence requise, en expulsant l'usurpateur s'il s'agit d'un immeuble et, s'il s'agit d'une chose mobilière, en l'arrachant au spoliateur surpris en flagrant délit ou arrêté dans sa fuite ».

Par ailleurs, la mise en œuvre de ce droit de reprise dépend dans une large mesure des pratiques cantonales en matière d'intervention de la police. En effet, le propriétaire ne va pas déloger lui-même les squatteurs, mais aura recours à la police, ce d'autant plus que son action doit rester proportionnée et que le projet de révision réserve expressément le recours préalable aux autorités compétentes. Dans le canton de Vaud, il est relevé, dans le rapport explicatif (p. 15), que les autorités de police vaudoises semblent n'être enclines à évacuer un immeuble occupé que si une décision d'un tribunal ou d'une autre autorité les y invite. Il y aura donc lieu que les pratiques évoluent sous peine de rendre sans effet ce projet de révision.

B. Article 260a et 260b du code de procédure civile – ordonnance de portée générale

Ce projet de révision introduit dans le CPC un nouvel outil, à savoir l'ordonnance de portée générale qui permettra au tribunal d'ordonner la cessation du trouble ou la restitution à l'encontre de personnes inconnues.

Le fait que le possesseur ne soit plus obligé de connaître l'identité des usurpateurs afin de saisir la justice est à saluer. Cependant, l'usurpateur dispose d'un délai de 10 jours pour s'y opposer à compter du jour où l'avis est publié et placé sur l'immeuble. L'opposition n'a pas besoin d'être motivée. En cas d'opposition, l'ordonnance devient caduque vis-à-vis de l'opposant et le possesseur lésé doit agir au fond, en procédure contradictoire, devant le tribunal.

Afin que cette nouvelle mesure soit usitée par les possesseurs et dès lors que la contestation de cette ordonnance est extrêmement aisée, il y a lieu de prévoir une procédure simplifiée et rapide pour le possesseur en cas d'opposition du squatter. A défaut, cette nouvelle mesure risque d'être sans effet.

3. Conclusions

Sous réserve de nos remarques ci-dessus, l'USPI Suisse soutient ce projet de révision. Il contribue à améliorer la protection de la possession et de fait, la garantie de la propriété, mais il devrait être précisé sur certains points afin de déployer pleinement ses effets.



En vous remerciant de l'attention que vous porterez à notre position, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre très haute considération.

**UNION SUISSE DES PROFESSIONNELS
DE L'IMMOBILIER**

Le secrétaire

Frédéric Dovat