PROF. DR. RAMON MABILLARD LL.M.

ORDENTLICHER PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT FREIBURG I.UE.

Besitzesschutz bei Hausbesetzungen

Gutachten zur Motion FELLER
(15.3531)

Lehrstuhl für Verfahren (ZPO/SchKG) und Grundlagen des Rechts
Avenue Beauregard 13 – Büro 3.415 – CH-1700 Freiburg – Schweiz
Tel +41 26 300 81 31 – Fax +41 26 300 96 93 – ramon.mabillard@unifr.ch

Inhaltsverzeichnis

Allgemeiner Teil ... 8

I. Gegenstand ... 8

A. Parlamentarischer Vorstoss ... 8

B. Vorarbeiten ... 11

II. Reformbedarf ... 14

III. Thesen im Überblick ... 16

IV. Weiteres Vorgehen ... 18

Besonderer Teil ... 19

I. Ausgangslage ... 19

A. Terminologische Vorbemerkungen ... 19

1. Hausbesetzung ... 19

2. Selbsthilfe ... 21

B. Grundrechtlicher Besitzesschutz ... 23

1. Allgemein ... 23

2. Grundrechte ... 24

a) Allgemein ... 24

b) Eigentumsgarantie ... 25

c) Schutz der Privatsphäre ... 27

d) Vereinigungsfreiheit ... 28

3. Schutzpflichten ... 30

a) Allgemein ... 30

b) Formen ... 34

c) Voraussetzungen ... 37

d) Folgen ... 41

e) Insbesondere 1. Zusatzprotokoll EMRK ... 41

f) Fazit Schutzpflichten ... 42

4. Fazit grundrechtlicher Besitzesschutz ... 43

C. Faktischer Besitzesschutz ... 44

1. Allgemein ... 44
2. Besitzeswehr ... 49
3. Besitzeskehr ... 50
4. Allgemeine Selbsthilfe ... 53
5. Insbesondere Frist ... 54
a) Allgemein ... 54
b) Besitzeswehr ... 55
c) Besitzeskehr ... 56
d) Einwilligung ... 59
e) Fazit Frist ... 61
6. Insbesondere Behördenschutz ... 62
a) Allgemein ... 62
b) Selbsthilfe ... 65
c) Interventionspflicht ... 68
aa) Allgemein ... 68
bb) Polizeigut ... 72
cc) Voraussetzungen ... 75
dd) Fazit Interventionspflicht ... 83
d) Fazit Behördenschutz ... 83
7. Fazit faktischer Besitzesschutz ... 84
D. Zivilrechtlicher Besitzesschutz ... 86
1. Besitzesschutzklagen ... 86
a) Allgemein ... 86
b) Besitzesentzugsklage ... 88
c) Besitzesstörungsklage ... 90
2. Possessorischer und petitorischer Besitzesschutz ... 93
3. Fazit zivilrechtlicher Besitzesschutz ... 96
E. Zivilprozessualer Besitzesschutz ... 97
1. Allgemein ... 97

2. Ordentliches und vereinfachtes Verfahren 102
3. Beschleunigter Rechtschutz 104
a) Allgemein 104
b) Rechtschutz in klaren Fällen 107
c) Vorsorgliche Massnahmen 111
aa) Allgemein 111
bb) Voraussetzungen 114
cc) Massnahmen 123
dd) Prosekution 127
ee) Verhältnis zur vorsorglichen Gegenmassnahme 132
ff) Fazit vorsorgliche Massnahmen 133
d) Fazit beschleunigter Rechtschutz 135
4. Gerichtliches Verbot 138
5. Fazit zivilprozessualer Besitzesschutz 144
F. Strafrechtlicher Besitzesschutz 147
1. Allgemein 147
2. Materielles Strafrecht 148
3. Strafprozessrecht 151
4. Fazit strafrechtlicher Besitzesschutz 155
G. Kantone 156
1. Allgemein 156
2. Genf 158
a) Allgemein 158
b) Gesetzliche Grundlagen 159
c) Praxis 161
aa) Gerichte 161
bb) Polizeibehörden 162
d) Fazit Genf 166
3. Waadt 166

a) Allgemein ... 166
b) Gesetzliche Grundlagen ... 167
c) Praxis ... 168
aa) Gerichte ... 168
bb) Polizeibehörden ... 169
cc) Verbände ... 174
d) Fazit Waadt ... 175
4. Bern ... 175
a) Allgemein ... 175
b) Gesetzliche Grundlagen ... 176
c) Praxis ... 177
aa) Gerichte ... 177
bb) Polizeibehörden ... 179
cc) Verbände ... 182
d) Fazit Bern ... 183
5. Zürich ... 183
a) Allgemein ... 183
b) Gesetzliche Grundlagen ... 185
c) Praxis ... 186
aa) Gerichte ... 186
bb) Polizeibehörden ... 188
cc) Verbände ... 192
d) Fazit Zürich ... 193
6. Basel-Stadt ... 194
a) Allgemein ... 194
b) Gesetzliche Grundlagen ... 194
c) Praxis ... 196
aa) Gerichte ... 196
bb) Polizeibehörden ... 197

d) Verbände 201
e) Fazit Basel-Stadt 201
7. Fazit Kantone 202
II. Lösungsansätze 204
A. Vorschläge 204
1. Allgemeines 204
2. ZGB 206
a) Selbsthilfefrist 206
b) Amtshilfepflicht 208
3. ZPO 210
B. Nicht weiter verfolgte Vorschläge 213
1. ZGB 213
a) Stundenfrist 213
b) Legaldefinition 214
c) Ratifikation 214
d) Partikularprozessrecht 215
e) Polizeilicher Besitzesschutz 216
f) Aufhebung des Besitzesschutzes 216
2. ZPO 217
a) Summarverfahren 217
b) Unbestimmte Gegenpartei 218
c) Vorsorgliche Massnahme 219
3. StPO 221
C. Weiter zu vertiefende Fragen 221
Literaturverzeichnis 223
Anhang 1: Sammlung der Entscheide des Bundesgerichts
Anhang 2: Sammlung der Entscheide der kantonalen Obergerichte
Anhang 3: Kantonale Merkblätter zum Umgang mit Hausbesetzungen
Anhang 4: Politische Vorstösse in den Kantonsparlamenten

Anhang 5: Schreiben an Gerichts- und Polizeibehörden sowie Hauseigentümerverbände inklusive Fragekatalog

Anhang 6: Stellungnahme des Tribunal civil Genève

Anhang 6a: Stellungnahme Direction de la Police Genève

Anhang 7: Stellungnahme des Tribunal d'arrondissement de Lausanne (civile et pénal)

Anhang 8: Stellungnahme des Cours de droit administratif et public du Tribunal cantonal

Anhang 9: Stellungnahme des Regionalgerichts Bern-Mittelland (Zivilabteilung)

Anhang 10: Stellungnahme des Regionalgerichts Bern-Mittelland (Strafabteilung)

Anhang 11: Stellungnahme des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern

Anhang 12: Stellungnahme der Kantonspolizei Bern

Anhang 13: Stellungnahme des Bezirksgerichts Zürich (Abteilung Zivil- und Strafrecht)

Anhang 14: Stellungnahme des Bezirksgerichts Winterthur (Abteilung Zivil- und Strafrecht)

Anhang 15: Stellungnahme des Verwaltungsgerichts Zürich

Anhang 16: Stellungnahme der Stadtpolizei Zürich

Anhang 17: Stellungnahme des Zivilgerichts Basel-Stadt

Anhang 18: Stellungnahme des Strafgerichts Basel-Stadt

Anhang 19: Stellungnahme des Verwaltungsgerichts Basel-Stadt

Anhang 20: Stellungnahme des Hauseigentümerverbands Bern

Anhang 21: Stellungnahme des Hauseigentümerverbands Zürich

Anhang 22: Stellungnahme der Fédération romande immobilière

Anhang 23: Ausgewählte Medienmitteilungen

ALLGEMEINER TEIL

I. Gegenstand

A. Parlamentarischer Vorstoss

Mit Annahme der **Motion FELLER** (15.3531) vom 9. Juni 2015 hat das Parlament den Bundesrat beauftragt, die Bedingungen zu lockern, unter denen sich Eigentümerinnen und Eigentümer von unrechtmässig besetzten Liegenschaften gemäss Art. 926 des Zivilgesetzbuches (ZGB) ihres Eigentums wieder bemächtigen dürfen, insbesondere die Fristen. Mit Eingabe vom 9. Juni 2015 hat Herr Nationalrat Feller dem Nationalrat folgenden Motionstext zur Annahme vorgelegt:

> «Der Bundesrat wird beauftragt, die Bedingungen zu lockern, unter denen sich Eigentümerinnen und Eigentümer von unrechtmässig besetzten Liegenschaften gemäss Artikel 926 des Zivilgesetzbuches (ZGB) ihres Eigentums wieder bemächtigen dürfen, insbesondere die Fristen.»[1]

Diese Eingabe wurde wie folgt begründet:

> «Die Frage der unrechtmässigen Besetzung von Liegenschaften durch Hausbesetzerinnen und -besetzer sorgt in den Medien regelmässig für Schlagzeilen. Dieses Phänomen der Hausbesetzung ist mit der Eigentumsgarantie nicht zu vereinbaren und droht, Verständnislosigkeit und gar Unbehagen in der Bevölkerung auszulösen.
>
> Das ZGB bietet den Eigentümerinnen und Eigentümern in dieser Situation nur ungenügende Mittel zur Abwehr.
>
> Artikel 927 ZGB räumt ihnen die Möglichkeit zur Klage aus Besitzesentziehung ein, die eine Rückgabe der Sache und Schadenersatz zum Ziel hat. Doch diese Klage folgt den üblichen Verfahrensregeln und impliziert somit, dass die richterlichen Behörden über eine gewisse Zeit für die Entscheidung verfügen. Diese Rechtsklage ist relativ kompliziert und verunmöglicht ein rasches Ergebnis.
>
> Artikel 926 ZGB ermächtigt alle, deren Besitz durch verbotene Eigenmacht gestört wird, sich der unrechtmässig besetzten Liegenschaft wieder zu bemächtigen, ob direkt oder über die Polizei, ohne eine Klage aus Besitzesentziehung erheben zu müssen und einen gerichtlichen Entscheid in der Sache abzuwarten. Das Problem ist aber, dass die Eigentümerin oder der Eigentü-

---

[1] FELLER OLIVIER, Nationalrat, Motion (15.3531) vom 9. Juni 2015.

> mer gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sofort reagieren muss. Demnach ist schon bei der Ankunft der Hausbesetzerinnen und -besetzer in der Liegenschaft eine Reaktion erforderlich und nicht erst nach Kenntnisnahme der unrechtmässigen Hausbesetzung. Diese Bedingung der Unmittelbarkeit ist sehr schwierig zu erfüllen, da die Eigentümerin oder der Eigentümer die Hausbesetzerinnen und -besetzer umgehend informieren muss, dass sie nicht geduldet werden. Reagiert sie oder er nicht innerhalb einiger Stunden nach der unrechtmässigen Besetzung der Liegenschaft, so kann sie oder er das Recht, sich nach Artikel 926 ZGB der Liegenschaft wieder zu bemächtigen, nicht mehr geltend machen.
>
> Das Recht der Eigentümerin oder des Eigentümers einer unrechtmässig besetzten Liegenschaft, sich der Sache wieder zu bemächtigen, verliert durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtes praktisch jede Wirksamkeit. Dieser Umstand muss geändert werden. Es wäre zum Beispiel denkbar, die Reaktionszeit für die Eigentümerin oder den Eigentümer auf 48 oder 72 Stunden zu verlängern.»[2]

Der **Bundesrat** hat am 19. August 2015 hierzu wie folgt Stellung genommen und die Ablehnung der Motion beantragt:

> «Das Zivilgesetzbuch (ZGB) verleiht dem Besitzer das Recht zur «Abwehr von Angriffen» (Art. 926 ZGB, Randtitel). Das Abwehrrecht richtet sich insbesondere auf «Besitzeskehr» («*le droit de reprise*») nach Art. 926 Abs. 2 ZGB. Dieses Recht ist nicht bei jeder Störung fremden Besitzes durch verbotene Eigenmacht zulässig, sondern nur, wenn sie unter Gewaltanwendung oder heimlich erfolgt. Ausserdem besteht das Recht auf Besitzkehr in Bezug auf ein Grundstück nur insoweit, als der beeinträchtigte Besitzer «sofort» («*aussitôt*», «*immediatamente*») reagiert. Zur Auslegung des Begriffs «sofort» verweist die Rechtsprechung im Wesentlichen auf den Wortlaut der vorliegenden Norm. Dies etwa mit der Erwägung, «*que la victime de l'usurpation est en droit de reprendre possession de la chose par la force, étant précisé que cette faculté s'éteint si elle n'est pas exercée immédiatement (art. 926 al. 2 CC)*».[3] Der Bundesrat teilt die im Schrifttum geäusserten Auffassungen, wonach der Begriff «sofort» nicht zu wörtlich zu verstehen ist. Vielmehr beur-

---

[2] FELLER OLIVIER, Nationalrat, Motion (15.3531) vom 9. Juni 2015.

[3] Bundesrat, Stellungnahme vom 19. August 2015 zur Motion (15.3531) m.Vw.a. BGer 1P.109/2006 E. 5.1.

> teilen sich die zeitlichen Schranken, innerhalb deren Selbsthilfe - allenfalls nach einigen Tagen - zulässig ist, nach vernünftigem Ermessen;[4] statthaft ist eine Reaktion innert kurzer Zeit.[5] Auch ist die gewaltsame Wiedererlangung zulässig, wenn sie ohne Verzug nach der Entziehung bzw. nachdem sie dem Besitzer bekanntwurde oder bekanntwerden konnte, vorgenommen wird.[6]
>
> Die Motion ist somit abzulehnen, weil Artikel 926 ZGB, gemäss herrschender Lehre ausgelegt, die nötige Flexibilität für das Abwehrrecht des beeinträchtigten Besitzers bietet und eine explizite Erwähnung von Fristen den Umständen des Einzelfalls nicht immer gerecht würde.»[7]

Der **Nationalrat** hat die Motion am 3. Mai 2017 mit 128 zu 57 Stimmen bei 1 Enthaltung angenommen.[8]

Die **Kommission für Rechtsfragen des Ständerates** hat an ihrer Sitzung vom 14. August 2017 die Motion vorberaten und dem Ständerat mit 8 zu 4 Stimmen bei 1 Enthaltung die Motion zur Annahme empfohlen. Eine Minderheit beantragte, die Motion abzulehnen. Folgendes hat die vorberatende Kommission erwogen:[9]

> «Die Kommission hält fest, dass die Situation für Eigentümerinnen und Eigentümer sowie Besitzerinnen und Besitzer einer unrechtmässig besetzten Liegenschaft sehr unbefriedigend ist, wenn sie den Rechtsweg gemäss Artikel 927 ZGB bestreiten müssen. Sie hält es deshalb für angezeigt, deren Position im Rahmen des Rechts zur Abwehr von Angriffen gemäss Artikel 926 ZGB zu stärken. Die Kommission erachtet es als sinnvoll, im Gesetz zu klären, was in

---

[4] Bundesrat, Stellungnahme vom 19. August 2015 zur Motion (15.3531) m.Vw.a. WIELAND, ZK-Art. 926 ZGB N 4a.

[5] Bundesrat, Stellungnahme vom 19. August 2015 zur Motion (15.3531) m.Vw.a. ERNST, BSK-Art. 926 ZGB N 6.

[6] Bundesrat, Stellungnahme vom 19. August 2015 zur Motion (15.3531) m.Vw.a. STARK/LINDEMANN, BK-Art. 926 ZGB N 16.

[7] Bundesrat, Stellungnahme vom 19. August 2015 zur Motion (15.3531).

[8] Nationalrat, AB 2017 N 666 f.

[9] Ständerat, Motion (15.3531), Nationalrat (FELLER), Bericht der Kommission für Rechtsfragen vom 14. August 2017.

Artikel 926 Absatz 2 ZGB mit dem unbestimmten Rechtsbegriff "sofort" gemeint ist; dies insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass der Begriff "sofort" in Artikel 926 Absatz 2 ZGB sowohl für bewegliche wie auch für unbewegliche Sachen verwendet wird, obwohl aus praktischen Gründen von unterschiedlichen Fristen bei der Wiedererlangung des Besitzes (Besitzeskehr) bei Fahrnis und Grundstücken ausgegangen werden muss. Aus diesen Gründen beantragt die Kommission die Annahme der Motion.

Eine Minderheit der Kommission erachtet es nicht als zielführend, im ZGB starre Fristen einzuführen, und sieht die Lösungsansätze bei unrechtmässig besetzten Liegenschaften im kantonalen Polizeirecht. Sie beantragt, die Motion abzulehnen.»[10]

Der **Ständerat** hat die Motion am 11. September 2017 mit 31 zu 13 Stimmen bei 0 Enthaltung angenommen.[11]

B. Vorarbeiten

Im November/Dezember 2017 beauftragte das **Bundesamt für Justiz** den Gutachter mit der Erstellung eines Gutachtens, um den Reformbedarf des Besitzesschutzes in Bezug auf Hausbesetzungen abzuklären. Im Vordergrund stand dabei eine Bestandsaufnahme insbesondere für die Kantone Bern, Basel-Stadt, Genf, Waadt und Zürich. Aufgezeigt werden soll, wie bei Hausbesetzungen nach geltendem Recht praktisch vorgegangen wird und welche Probleme sich dabei stellen.

In einem ersten Schritt hat der Gutachter – soweit diese über die allgemein zugänglichen Publikationsorgane erschlossen werden konnte – eine umfassende **Bestandsaufnahme** der Rechtsprechung im Zusammenhang mit Hausbesetzungen in den Bereichen Zivil-, Straf- und Verwaltungsrecht der letzten Jahre vorgenommen. Insbesondere Entscheide des Bundesgerichts[12] und der kantonalen Obergerichte[13] wurden analysiert. Weiter wurde die einschlägige Literatur[14] konsultiert

---

[10] Ständerat, Motion (15.3531), Nationalrat (FELLER), Bericht der Kommission für Rechtsfragen vom 14. August 2017.

[11] Ständerat, AB 2017 S 549 ff.

[12] Siehe Anhang 1.

[13] Siehe Anhang 2.

[14] Siehe hiernach Literaturverzeichnis.

und die von mit Hausbesetzungen befassten Behörden verfassten Merkblätter zum Umgang mit Hausbesetzungen[15] untersucht. Weiter wurden aktuelle Entwicklungen der politischen Vorstösse in den Kantonsparlamenten[16] berücksichtigt, um die gegenwärtig auf politischer Ebene debattierten Fragestellungen zu erfassen.

Daraufhin wurden verschiedene Gerichts- und Polizeibehörden sowie ausgewählte Hauseigentümerverbände der vorgenannten Kantone direkt kontaktiert und ihnen jeweils ein **Fragekatalog**[17] zugestellt. Die beim Gutachter verdankenswerterweise eingegangenen Antworten haben weitere wertvolle Hinweise zur Analyse der Ausgangslage geliefert.

Folgende **Behörden** wurden angeschrieben:

- Tribunal civil Genève[18]
- Tribunal pénal Genève[19]
- Tribunal administratif de première instance Genève[20]
- Police de Genève[21]
- Tribunal d'arrondissement de Lausanne (civile et pénal) [22]
- Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal[23]
- Police de Lausanne[24]

---

[15] Siehe Anhang 3.

[16] Siehe Anhang 4.

[17] Siehe Anhang 5.

[18] Siehe Stellungnahme in Anhang 6.

[19] Keine Stellungnahme erhalten.

[20] Keine Stellungnahme erhalten.

[21] Siehe Stellungnahme in Anhang 6a.

[22] Siehe Stellungnahme in Anhang 7.

[23] Siehe Stellungnahme in Anhang 8.

[24] Keine Stellungnahme erhalten.

- Regionalgericht Bern-Mittelland (Zivilabteilung)[25]
- Regionalgericht Bern-Mittelland (Strafabteilung)[26]
- Verwaltungsgericht des Kantons Bern[27]
- Kantonspolizei Bern[28]
- Bezirksgericht Zürich (Abteilung Zivil- und Strafrecht)[29]
- Bezirksgericht Winterthur (Abteilung Zivil- und Strafrecht)[30]
- Verwaltungsgericht Zürich[31]
- Stadtpolizei Zürich[32]
- Stadtpolizei Winterthur[33]
- Zivilgericht Basel-Stadt[34]
- Strafgericht Basel-Stadt[35]
- Verwaltungsgericht Basel-Stadt[36]

---

[25] Siehe Stellungnahme in Anhang 9.

[26] Siehe Stellungnahme in Anhang 10.

[27] Siehe Stellungnahme in Anhang 11.

[28] Siehe Stellungnahme in Anhang 12.

[29] Siehe Stellungnahme in Anhang 13.

[30] Siehe Stellungnahme in Anhang 14.

[31] Siehe Stellungnahme in Anhang 15.

[32] Siehe Stellungnahme in Anhang 16.

[33] Keine Stellungnahme erhalten.

[34] Siehe Stellungnahme in Anhang 17.

[35] Siehe Stellungnahme in Anhang 18.

[36] Siehe Stellungnahme in Anhang 19.

- Kantonspolizei Basel-Stadt[37]

Schliesslich wurden auch die kantonalen **Hauseigentümerverbände** der Kantone Basel-Stadt,[38] Bern,[39] Genf,[40] Waadt[41] und Zürich[42] sowie die Fédération romande immobilière[43] kontaktiert und ihnen ebenfalls ein entsprechender Fragebogen[44] zugestellt.

II. Reformbedarf

Die geführten parlamentarischen Debatten sowie die Stellungnahme des Bundesrats zur Motion FELLER vom 9. Juni 2015 zeigen, dass **umstritten** ist, inwiefern ein Bedarf besteht, Art. 926 ZGB zwecks Verbesserung der Abwehr von Hausbesetzungen anzupassen.

Gemäss dem Motionär und der **Mehrheit der Parlamentskammern** verliert das Recht des Eigentümers, sich der unrechtmässig besetzten Liegenschaft gemäss Art. 926 ZGB wieder zu bemächtigen, durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung praktisch jede Wirksamkeit, weil gemäss dieser Rechtsprechung sofort bei Ankunft der Hausbesetzer in der Liegenschaft und nicht erst nach Kenntnisnahme der unrechtmässigen Hausbesetzung reagiert werden muss. Bereits das Ausbleiben einer solchen Reaktion innerhalb einiger Stunden nach der unrechtmässigen Besetzung führt zur Verwirkung des Rechts, sich gemäss Art. 926 ZGB der Liegenschaft wieder zu bemächtigen.[45] Gemäss Mehrheit der vorberatenden Kommission des

---

[37] Keine Stellungnahme erhalten.

[38] Keine Stellungnahme erhalten.

[39] Siehe Stellungnahme in Anhang 20.

[40] Keine Stellungnahme erhalten.

[41] Keine Stellungnahme erhalten.

[42] Siehe Stellungnahme in Anhang 21.

[43] Siehe Stellungnahme in Anhang 22.

[44] Siehe Anhang 5.

[45] FELLER OLIVIER, Nationalrat, Motion (15.3531) vom 9. Juni 2015; Nationalrat, AB 2017 N 666 f., Votum FELLER.

Ständerates sind die betroffenen Eigentümer schutzbedürftig, weil der Begriff «sofort» in Art. 926 Abs. 2 ZGB sowohl nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts als auch der Lehre klärungsbedürftig bleibt. Insbesondere ist nicht klar, welches der genaue Moment der Fristauslösung ist (Besitzentzug oder Kenntnisnahme vom Besitzentzug).[46] Auch von der Kommissionsminderheit wird eingeräumt, dass das Bundesgericht Art. 926 ZGB wohl etwas streng handhabt.[47] Entsprechend soll dieser Umstand geändert werden, indem zum Beispiel die Reaktionszeit für die Eigentümerin oder den Eigentümer ausdrücklich auf 48 oder 72 Stunden festgelegt wird.[48]

Demgegenüber lehnt der **Bundesrat** die Motion ab, weil Art. 926 ZGB, gemäss herrschender Lehre ausgelegt, die nötige Flexibilität für das Abwehrrecht bietet und eine explizite Erwähnung von Fristen den Umständen des Einzelfalls nicht immer gerecht würde. Gemäss gegenwärtigem Gesetzeswortlaut besteht das Recht auf Besitzkehr für Grundstücke insofern, als der beeinträchtigte Besitzer «sofort» reagiert, wobei sich die Auslegung des Begriffs «sofort» nicht aus der Rechtsprechung ergibt.[49] Insbesondere ergibt sich aufgrund der Rechtsprechung auch nicht, dass der Begriff im Sinne einiger Stunden zu verstehen ist.[50] Ebenso bleibt eine Besitz-

---

[46] Ständerat, AB 2017 S 549 ff., Votum Abate (Kommissionpräsident); Nationalrat, AB 2017 N 666 f., Votum FELLER: «*... il se trouve que la doctrine n'est pas unanime. Les auteurs anciens semblent accorder [...] un délai pouvant se compter en jours. [...] En revanche, les auteurs récents [...] considèrent [...] que le propriétaire doit agir dans les heures qui suivent la prise de possession de l'immeuble. Le Tribunal fédéral s'inspire de la doctrine ...*».

[47] Ständerat, AB 2017 S 549 ff., Votum CRAMER: «*Aujourd'hui, le Tribunal fédéral interprète l'article 926 du Code civil d'une façon qui est peut-être un peu trop rigoureuse*».

[48] FELLER OLIVIER, Nationalrat, Motion (15.3531) vom 9. Juni 2015; Nationalrat, AB 2017 N 666 f., Votum FELLER; Ständerat, AB 2017 S 549 ff.; Votum ENGLER: «Die Zielsetzung ist, das Eigentumsrecht stärker zu schützen und höhere Rechtssicherheit zu schaffen, indem ein unbestimmter Rechtsbegriff geklärt wird».

[49] Bundesrat, Stellungnahme vom 19. August 2015 zur Motion (15.3531) m.Vw.a. BGer 1P.109/2006 E. 5.1, wonach «*... la victime de l'usurpation est en droit de reprendre possession de la chose par la force, étant précisé que cette faculté s'éteint si elle n'est pas exercée immédiatement (art. 926 al. 2 CC)*»; Nationalrat, AB 2017 N 666 f., Votum SOMMARUGA.

[50] Ständerat, AB 2017 S 549 ff., Votum SOMMARUGA: « Nun muss ich Ihnen sagen, [...] dass es die vom Motionär bemängelte Rechtsprechung des Bundesgerichtes nicht gibt. Es tut mir leid, dass ich das hier

kehr nach dem Schrifttum zulässig, wenn sie ohne Verzug vorgenommen wird, nachdem die Entziehung dem Besitzer bekannt wurde oder bekannt werden konnte.[51] Gerade weil die Bestimmung dem Gericht einen Ermessenspielraum einräumt,[52] konnte sie sich nach Ansicht der Minderheit der ständerätlichen Kommission auch unter sehr schwierigen Umständen bewähren.[53]

Immerhin besteht insofern **Einigkeit**, als aus allen Voten deutlich hervorgeht, dass Hausbesetzungen ernst zu nehmen sind.[54] Sodann geht aus den verschiedenen Voten hervor, dass Art. 927 ZGB zwar eine Klagemöglichkeit aus Besitzesentziehung eröffnet, um die Rückgabe der Sache und Schadenersatz zu erreichen. Da die Hauseigentümer hier allerdings auf den Zivilweg verwiesen werden, so wird mehrheitlich moniert, erheischt diese Vorgehensweise nicht nur eine gewisse Zeit, sondern ist sie «relativ kompliziert und verunmöglicht ein rasches Ergebnis».[55] Es erscheint daher fraglich, in welchem Zustand «... die Eigentümer ihr Gebäude dann antreffen...»[56] bzw. ob dieser Verfahrensweg einen geeigneten Rechtsschutz vermittelt.

III. Thesen im Überblick

1. Die **Besitzeswehr** (Art. 926 Abs. 1 ZGB) und die **Besitzeskehr** (Art. 926 Abs. 2 ZGB) ermächtigen zur faktischen Selbsthilfe des Hausbesitzers (i.d.R.

---

auch nochmals sagen muss, aber das Bundesgericht hat nicht gesagt, "sofort" bedeute "einige Stunden", wie dies die Motion behauptet».

[51] Bundesrat, Stellungnahme vom 19. August 2015 zur Motion (15.3531) m.Vw.a. STARK/LINDEMANN, BK-Art. 926 ZGB N 16.

[52] Ständerat, AB 2017 S 549 ff., Votum CRAMER: «*... on comprend bien que l'application de cette disposition implique nécessairement de donner un pouvoir d'appréciation au juge*».

[53] Ständerat, AB 2017 S 549 ff., Votum CRAMER: «*Cette disposition a pu jusqu'ici être appliquée de façon totalement satisfaisante même dans des situations très difficiles»; Votum Somaruga: «Erstens muss ich daran erinnern, dass es Artikel 926 ZGB seit 1911 gibt; es gibt eigentlich keine Probleme*».

[54] So auch Ständerat, AB 2017 S 549 ff., Votum SOMMARUGA; Nationalrat, AB 2017 N 666 f., Votum SOMMARUGA.

[55] FELLER OLIVIER, Nationalrat, Motion (15.3531) vom 9. Juni 2015; Nationalrat, AB 2017 N 666 f., Votum FELLER.

[56] Ständerat, AB 2017 S 549 ff., Votum ENGLER.

Hauseigentümer)[57] gegenüber den Hausbesetzern, die den Besitz stören oder diesen entziehen.[58]

2. Die gesetzlich eingeräumte Selbsthilfe gemäss Besitzesschutz des Hausbesitzers bzw. des Hauseigentümers gegenüber den Hausbesetzern (Art. 926 Abs. 3 ZGB) steht im Einklang mit der **allgemeinen Selbsthilfe** (Art. 52 Abs. 3 OR). Demnach hat die Selbsthilfe auszubleiben, wo nach den gegebenen Umständen amtliche Hilfe rechtzeitig erlangt werden kann.[59]

3. Der Hausbesitzer (i.d.R. Hauseigentümer) hat gestützt auf Art. 26 i.V.m. Art. 35 Abs. 3 BV grundsätzlich einen von der Eigentumsgarantie ableitbaren Anspruch auf angemessene behördliche (**polizeiliche**) **Unterstützung** bei der Besitzeswehr und Besitzeskehr sowie der Sicherstellung seiner Liegenschaft. Wo diese Unterstützung nicht innert nützlicher Frist erreicht werden kann, darf der Hausbesitzer (i.d.R. Hauseigentümer) sich *de lege lata* gegen die Besitzesstörung solange zur Wehr setzen, als diese andauert, und sich unmittelbar nach der Entziehung der Liegenschaft dieser durch Vertreibung wieder bemächtigen.[60]

4. Die polizeilichen Behörden sind aufgrund der einschlägigen Polizeigesetze im Rahmen des Subsidiaritäts- und Opportunitätsprinzips sowie der Schweizerischen Strafprozessordnung bei Vorliegen der einschlägigen Strafanzeigen bzw. -anträge (z.B. Art. 181 oder Art. 186 StGB) nicht nur berechtigt, sondern grundsätzlich auch **verpflichtet**, die besetzte Liegenschaft zu räumen und sicherzustellen. Dies gilt sowohl, wenn das allgemeine Polizeigut der öffentlichen Ruhe und Ordnung gefährdet ist, als auch aufgrund entsprechender gesetzlicher Grundlage bei rein privaten Streitigkeiten.[61]

5. Die Besitzesschutzklagen (Art. 927 f. i.V.m. Art. 937 Abs. 2 ZGB) gemäss **Schweizerischem Zivilgesetzbuch** gewähren den Hauseigentümern bzw.

---

[57] Im vorliegenden Gutachten wird vorwiegend die männliche, aber auch die weibliche Geschlechtsform verwendet; die jeweilige Geschlechtsform schliesst das andere Geschlecht mit ein.

[58] Siehe hiernach BT, I. C.

[59] Siehe hiernach BT, I. C. 6. b).

[60] Siehe hiernach BT, I. B. 3.; BT, I. C. 5./6.

[61] Siehe hiernach BT, I. C. 6. c).

Hausbesitzern aufgrund der schwer ermittelbaren Passivlegitimation einen wenig effektiven Schutz vor Hausbesetzungen.[62]

6. Der Rechtschutz in klaren Fällen (Art. 257 ZPO) sowie die vorsorglichen Massnahmen (Art. 261 ff. ZPO) gemäss **Schweizerischer Zivilprozessordnung** gewähren den Hauseigentümern bzw. Hausbesitzern aufgrund der notwendig zu bezeichnenden Gegenpartei, der grundsätzlichen Beschränkung auf den Urkundenbeweis sowie bei vorsorglichen Massnahmen aufgrund der Prosekutionspflicht einen unsicheren Schutz vor Hausbesetzungen.[63]

7. Das gerichtliche Verbot (Art. 258 ff. ZPO) gemäss **Schweizerischer Zivilprozessordnung** gewährt den Hauseigentümern bzw. Hausbesitzern aufgrund der die Vollstreckung aussetzenden Einsprache einen relativ späten Schutz gegen Hausbesetzungen.[64]

IV. Weiteres Vorgehen

1. Es ist weiter vertieft zu prüfen, inwiefern **Art. 926 ZGB** *de lege ferenda* zu ergänzen ist.

   a. Art. 926 **Abs. 1** ZGB könnte dahin geändert werden, dass «der Besitzer sich verbotener *und andauernder* Eigenmacht mit Gewalt erwehren kann».[65]

   b. Art. 926 **Abs. 2** ZGB könnte dahin geändert werden, dass der Besitzer sich, wenn ihm die Sache durch Gewalt oder heimlich entzogen wird, «*innert angemessener Frist seit Kenntnisnahme davon* des Grundstückes durch Vertreibung des Täters wieder bemächtigen ...» darf.[66]

   c. Art. 926 **Abs. 3** ZPO könnte *in fine* damit ergänzt werden, dass «... ; *wo es die Verhältnisse erfordern, gewähren die zuständigen Behörden dem Besitzer rechtzeitig amtliche Hilfe*».[67]

---

[62] Siehe hiernach BT, I. D.

[63] Siehe hiernach BT, I. E. 3./4.

[64] Siehe hiernach BT, I. E. 3./4.

[65] Siehe hiernach BT, II. A. 2.

[66] Siehe hiernach BT, II. A. 2.

[67] Siehe hiernach BT, II. A. 2.

2. Es ist weiter vertieft zu prüfen, inwiefern der Besitzesschutz *de lege ferenda* mittels Anpassungen der Zivilprozessordnung effektiver gestaltet werden kann. Danach könnte **Art. 258 Abs. 2 ZPO** insofern ergänzt werden, als «*das Gericht die vorzeitige Vollstreckung bewilligen kann. Nötigenfalls ordnet es sichernde Massnahmen oder die Leistung einer Sicherheit an*».[68]

BESONDERER TEIL

I. Ausgangslage

A. Terminologische Vorbemerkungen

1. Hausbesetzung

Dem Begriff der Hausbesetzung fällt nicht zuletzt für die Subsumtion unter die einschlägigen Bestimmungen des Besitzesschutzes eine massgebende Bedeutung zu. Je nachdem, ob die Hausbesetzung als Besitzesstörung oder als Besitzesentzug qualifiziert, bestimmt sich die Frist zur Besitzeswehr nach Art. 926 Abs. 1 ZGB und diejenige zur Besitzeskehr nach Art. 926 Abs. 2 ZGB unterschiedlich.[69] Aber abgesehen von dieser dogmatischen Nuancierung ist der Begriff der Hausbesetzung je nach **politischer Position** unterschiedlich geprägt. So dienen – nach einem in der Lehre angenommenen Eigenverständnis der Hausbesetzer – Hausbesetzungen dazu, «... Wohnraum für die Allgemeinheit zu erhalten.» Um Luxusmodernisierung und entsprechende Mietzinserhöhungen zu verhindern sollen die Liegenschaften von den Besetzern selbst in Stand gestellt und unterhalten werden. Die durch die Wohnungsnot verursachte direkte persönliche Betroffenheit soll dabei die Hausbesetzung rechtfertigen.[70]

Aus **rechtlich dogmatischer Sicht** nimmt sich indes der Begriff der Hausbesetzung etwas nüchterner aus. Sie stellt eine unter Umständen gewaltsame Inbesitznahme einer Liegenschaft durch die Hausbesetzer dar, wobei diese hierfür weder eine gesetzliche noch eine vertragliche Anspruchsgrundlage geltend machen kön-

---

[68] Siehe hiernach BT, II. A. 3.

[69] Siehe hiernach BT, I. C. 5.

[70] BGE 133 III 593 E. 4.1; WIDMER, Jusletter vom 17. März 2008, Rz. 10; vgl. auch OTTIMOFIORE, S. 272 ff.; zum Lebensentwurf der Hausbesetzerszene vgl. STAHEL, Sicherheit & Recht 2018, S. 3 ff.

nen. Sie verfügen mithin über keinen gültigen Besitzesgrund und verletzen auch das Eigentumsrecht des Hauseigentümers.[71]

Keine Hausbesetzung, die für den Besitzesschutz relevant wäre, ist allerdings gegeben, wenn der Hausbesitzer bzw. der Hauseigentümer, obschon er der ursprünglichen Inbesitznahme seiner Liegenschaft nicht ausdrücklich zugestimmt hat, nach dem Vertrauensprinzip eine vertragliche Bindung hat entstehen lassen. Stillschweigende Willenserklärungen oder konkludentes Verhalten der Parteien können einen gültigen Besitzesgrund schaffen, der einer Besitzeswehr oder Besitzeskehr entgegen gehalten werden kann.[72] Dabei kämen grundsätzlich ein Mietverhältnis oder eine Leihe in Frage.[73] Allerdings ist sogleich anzumerken, dass sowohl aufgrund der nur bedingt gegebenen Bereitschaft der Hausbesetzer, Miete zu bezahlen, das Vertragsverhältnis der Miete[74] als auch aufgrund des Fehlens der typischen Übergabehandlung dasjenige der Leihe[75] kaum je konkludent begründet werden können.[76] Dies hat erst recht zu gelten, wenn der Hausbesitzer bzw. Hauseigentümer (zwar erfolglos) versucht hat, die Hausbesetzer auszuschaffen.[77]

---

[71] WIDMER, Jusletter vom 17. März 2008, Rz. 11 m.Vw.a. EGGER ROCHAT, Rz. 13, 15; STRASSER, AJP 1993, S. 929; OTTIMOFIORE, S. 272.

[72] Siehe hiernach BT, I. C. 5. d); WIDMER, Jusletter vom 17. März 2008, Rz. 12; BGE 133 III 593 E. 4.1; EGGER ROCHAT, Rz. 94 f.

[73] BÜCHI/GEHRING, Jusletter vom 10. Februar 2014, Rz. 1 ff., 18 ff.; WIDMER, Jusletter vom 17. März 2008, Rz. 13; EGGER ROCHAT, Rz. 103 ff.; OTTIMOFIORE, S. 272.

[74] Vgl. Art. 253 OR; vgl. auch BGE 133 III 593 E. 4.1, wo auch die vom Hausbesitzer bzw. Hauseigentümer geduldeten Unterhaltsarbeiten unbeachtlich geblieben sind.

[75] Vgl. Art. 305 OR.

[76] WIDMER, Jusletter vom 17. März 2008, Rz. 14; EGGER ROCHAT, Rz. 109 f.; vgl. aber AppGer BS vom 7. Dezember 1984, E. 3, BJM 1985, S. 249 ff., SJZ 1985, S. 290 f., wo die Frage des faktischen Vertragsverhältnisses – wenn auch im Ergebnis offengelassen – m.Vw.a. BGE 63 II 368 E. 2 behandelt wurde; vgl. BGE 63 II 368 E. 2, wonach der ehemalige Vermieter, der nach erfolgter Vertragsauflösung den früheren Mieter vorübergehend noch in den Mieträumen duldet, ein rechtsschutzwürdiges Interesse daran hat, dass seine Rechtsstellung gegenüber dem vertraglichen Zustand nicht verschlechtert wird; für die Dauer dieser Duldung durch den Vermieter und erst recht des eigenmächtigen Verbleibens des Mieters hat dieser dem Vermieter weiterhin den vereinbarten Mietzins als Entschädigung zu entrichten, denn es ist unbillig, jenen, der gegen seinen Willen eine Sache zur Verfügung stellen muss,

2. Selbsthilfe

Da der vorliegend zur Debatte stehende Besitzesschutz gemäss Art. 926 ZGB eine besondere Ausgestaltung der Selbsthilfe darstellt, ist auch dieser Begriff vorweg einer allgemeinen Betrachtung zu unterziehen. Dabei lässt sich in der Selbsthilfe ein **rechtliches Grundprinzip** erkennen, womit «... eine Ausnahme von der Regelanordnung des Gesetzes ...» statuiert wird. Folglich ermächtigt dieses Grundprinzip ein bestimmtes Rechtsubjekt, dessen Ansprüche oder einen bestimmten Anspruch mittels erlaubter Eigenmacht, mithin der Anwendung eigener Gewalt sicherzustellen. Der Selbsthilfeberechtigte ist also nicht zur Anrufung der Gerichte angehalten, wie dies regelkonform für die zwangsweise Rechtdurchsetzung vorgesehen ist, sondern das staatliche Gewaltmonopol wird durchbrochen.[78]

Da dies die öffentliche Ordnung sowie die Sicherheit, mithin den Rechtsfrieden gefährdet, ist die entsprechende Ermächtigung der Rechtsubjekte möglichst klar zu begrenzen.[79] Entsprechend setzt nach den allgemeinen Grundsätzen des Notwehr-, Notstands- und Selbsthilferechts[80] die Ermächtigung zur Selbsthilfe einen gegenwärtigen Angriff auf ein geschütztes Rechtsgut und eine angemessene, will heissen eine erforderliche, geeignete und dem überwiegenden Interesse dienende Verteidigung des Berechtigten voraus.[81] Damit wird die Selbsthilfe in aller Regel auf den **Zeitpunkt** eines gegenwärtigen Rechtsgutangriffs beschränkt.[82] Ist der rechtswidrige Angriff indes nicht mehr gegenwärtig, mithin bereits abgeschlossen, so ist der Zeitpunkt für die Selbsthilfe, wie z.B. die Notwehr oder der Notstand, verstrichen

---

schlechter zu stellen als einen Vermieter; insbesondere ist es stossend, ihm an Stelle einer eigentlichen Mietzinsforderung lediglich eine Schadenersatzforderung einzuräumen und ihm damit einen allenfalls nur schwer zu erbringenden Schadensbeweis zu überbinden.

[77] Vgl. BGE 133 III 593 E. 4.2.

[78] TSCHENTSCHER, S. 207 ff.; BGer vom 8. Mai 1991 E. 3a, SJ 1991, S. 602 ff.

[79] TSCHENTSCHER, S. 207 ff.

[80] BREITSCHMID, ZBl 84/1983 S. 289 ff, S. 296 f., wonach die strafrechtlichen Grundsätze zum Notwehr- und Notstandshandeln auch im Privatrecht Anwendung finden; vgl. auch LANDMANN, S. 30 ff., 39 ff.

[81] LANDMANN, *passim*; STRATENWERTH, § 10 N 49 ff.

[82] Vgl. Art. 52 Abs. 1 OR, aber auch Art. 926 Abs. 1 ZGB.

und fällt die Ermächtigung entsprechend dem allgemeinen Grundsatz der Selbsthilfe dahin. Nur, wenn das Recht ausdrücklich wie in Art. 926 Abs. 2 ZGB über den Zeitpunkt des gegenwärtigen Angriffs hinaus Raum für Eigenmacht zur Wiederherstellung des Zustands vor dem rechtswidrigen Angriff zulässt, kann auch ein Verhalten als Selbsthilfe gelten, das ohne entsprechende Bestimmung als Selbsthilfeexzess zu qualifizieren wäre. Obschon grundsätzlich ein Exzess, wird die Besitzeskehr damit, aufgrund der expliziten Anordnung von Art. 926 Abs. 2 ZGB, zur positivrechtlich statuierten Selbsthilfe.[83]

Diese *prima facie* als dogmatische Spitzfindigkeit anmutende Einschätzung gewinnt an entscheidender Bedeutsamkeit, wenn es darum geht, das Verhältnis der verschiedenen Gesetzesbestimmungen, die zur Selbsthilfe ermächtigen, zu bestimmen. Dies gilt insbesondere für das Verhältnis zwischen der Besitzeskehr gemäss Art. 926 Abs. 2 ZGB, der Besitzeswehr gemäss Art. 926 Abs. 1 ZGB und dem **allgemeinen Selbsthilferecht** gemäss Art. 52 Abs. 3 OR. Namentlich erhellt vor diesem Hintergrund, dass unter Umständen allgemeine Selbsthilfe noch möglich bleibt, wo «... der Besitzesschutz rechtlich nicht mehr möglich ist». Zwar ist die Besitzeskehr gemäss Art. 926 Abs. 2 ZGB in zeitlicher Hinsicht anders als die Besitzeswehr gemäss Art. 926 Abs. 1 ZGB und die allgemeine Selbsthilfe gemäss Art. 52 Abs. 3 OR über den Angriff hinaus, wenn auch *de lege lata* sofort danach, möglich, doch rechtfertigt die allgemeine Selbsthilfe in sachlicher Hinsicht, wo eine Besitzeskehr nicht mehr möglich ist, den eigenmächtigen Schutz subjektiver Rechte. Entsprechend sind Eingriffe in fremde Rechtsgüter zur Durchsetzung eines subjektiven Rechts solange gerechtfertigt, als sonst deren Durchsetzung bzw. Vollstreckung vereitelt würde.[84]

TSCHENTSCHER verdeutlicht dies an einem Beispiel, welches auf die vorliegende Thematik leicht angepasst, den vorangehenden Gedanken veranschaulicht: Wenn die Hauseigentümerin, nachdem ihr die Liegenschaft durch eine Hausbesetzung entzogen wurde, zunächst nicht sofort reagiert und die Hausbesetzung erst einige Tage später erkennt, dann darf sie die Hausbesetzer nicht ohne weiteres vertreiben, denn die Täter haben ihr den Besitz bereits entzogen, ohne dass sie diese sofort vertrieben hätte. Der Besitzesschutz, insbesondere die Besitzeskehr ist darum ausgeschlossen. Immerhin ist die Eigentümerin nach wie vor Eigentümerin der Liegenschaft, denn Eigentum an der Sache (das dingliche Recht) kann durch eine Hausbe-

---

[83] TSCHENTSCHER, S. 207 ff.; HOMBERGER, ZK-Art. 926 ZGB N 24.

[84] TSCHENTSCHER, S. 209 f.

setzung nicht verloren gehen (Art. 658 ZGB). Um sich aber auf ihr Eigentum zu berufen, muss die Eigentümerin die neuen Besitzer, gleich ob sie ursprüngliche oder nachträgliche Hausbesetzer sind, zur Rede stellen und die Sache, wenn sie nicht freiwillig herausgegeben wird, mit der Eigentumsklage herausverlangen. Da im Hintergrund eine Straftat (Hausfriedensbruch, Art. 186 StGB, oder Nötigung, Art. 181 StGB) steht, nicht nur das eigene Vermögensinteresse, kann die Eigentümerin sich für die Feststellung von Personalien und die Sicherstellung des Tatobjekts um polizeiliche Hilfe bemühen. Was aber, wenn das nicht (rechtzeitig) möglich ist? Dann gibt ihr das allgemeine Selbsthilferecht ausnahmsweise die Befugnis, selbst aktiv zu werden: Die Eigentümerin darf also die Liegenschaft sicherstellen.[85]

B. Grundrechtlicher Besitzesschutz

1. Allgemein

Bereits in der Begründung zur Motion FELLER wird postuliert, das Phänomen der Hausbesetzung sei mit der Eigentumsgarantie nicht zu vereinbaren.[86] Es vermag daher nicht zu erstaunen, wenn ein Gutachten, das zur Abklärung allfälliger Anpassungen des Besitzesschutzrechts (Art. 926 ff. ZGB) in Auftrag gegeben wurde, zuerst mit Betrachtungen zu den Grundrechten beginnt. Wird zudem die bislang aufgrund von Hausbesetzungen ergangene Rechtsprechung berücksichtigt, so kommt man nicht umhin festzustellen, dass sich die Gerichte, wenn nicht gar hauptsächlich, so doch schwergewichtig mit Grundrechtsproblematiken auseinanderzusetzen hatten.[87] Insbesondere die Frage, inwiefern die Polizei aufgrund einer grundrechtlich begründeten Schutzpflicht angehalten werden kann, den privaten Hausbesitzer bzw. Hauseigentümer vor den ebenfalls privaten Hausbesetzern zu schützen, nimmt einen breiten Raum in der gerichtlich geführten Diskussion ein.[88] Die Suche

---

[85] Angepasstes Beispiel gemäss TSCHENTSCHER, S. 210; vgl. bereits WIELAND, ZK-Art. 926 ZGB N 4a; STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 101, BK-Art. 926 ZGB N 17 m.Vw.a. GUTZEIT, § 858 BGB N 15; *contra* OSTERTAG, BK-Art. 926 ZGB N 37.

[86] Motion FELLER (15.3531) vom 9. Juni 2015.

[87] Für eine separate Aufstellung der Bundesgerichtsentscheide nach Rechtsgebieten siehe Anhang 1.

[88] BGE 119 Ia 28 (BGer 1P.465/1991 und 1P.183/1992, ZBl 1993, S. 378 ff.); BGer 1C_121/2012; BGer 1C_453/2008; BGer 1P.109/2006; BGer 1P.723/2005; BGer 1P.175/2002; BGer vom 8. Mai 1991 *re* M. *et al.* ./. M. *et al.*, SJ 1991, S. 602 ff.; 1P.624/1989, SJ 1991 S. 602 ff.; BGer vom 21. November 1990 *re* S.I. Rue Philippe-Plantamour-Léman ./. A. *et al.*, SJ 1991, S. 607 ff.; BGer vom 21. Mai 1990 *re* Hoirs

nach einer angemessenen Frist, in welcher der betroffene Hausbesitzer bzw. Hauseigentümer, sich durch Selbsthilfe des gestörten oder entzogenen Hausbesitzes wieder bemächtigen kann, steht daher in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Klärung der Frage, inwiefern eine private Person insbesondere aufgrund der staatlich gewährten Eigentumsgarantie Interventionsansprüche gegenüber den Behörden, vornehmlich der Polizei hat, um sich gegen Störungen anderer Privatpersonen zur Wehr zu setzen und allenfalls den Entzug ihrer faktischen Herrschaft über die betroffene Liegenschaft rückgängig zu machen.[89]

2. Grundrechte

a) Allgemein

Das Phänomen der Hausbesetzung kann verschiedene Grundrechte auf den Plan rufen. So ist es sicherlich naheliegend, dass sich der Hausbesitzer bzw. der Hauseigentümer zunächst auf seine Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 BV[90] beruft. Möglich und zuweilen in der Rechtsprechung und Lehre erwogen wird aber auch die Implikation anderer Grundrechte, namentlich der Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV)[91], die allgemeinen Verfahrensgarantien (Art. 29 ff. BV),[92] das Rechtsgleich-

---

M. et Commune de Martigny, SJ 1990, S. 605 ff.; BGer vom 23. Oktober 1980 *re* K., SJ 1981, S. 114 ff.; siehe auch hiernach BT, I. B. 3.; BT, I. C. 6. c).

[89] Siehe hiernach BT, I. B. 3.; BT, I. C. 6. c).

[90] Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101) vom 18. April 1999 (Stand: 1.1.2018); 2. Titel: Grundrechte, Bürgerrechte und Sozialziele; 1. Kapitel: Grundrechte; Art. 26 BV, Eigentumsgarantie, [1]Das Eigentum ist gewährleistet. [2]Enteignungen und Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, werden voll entschädigt.

[91] Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101) vom 18. April 1999 (Stand: 1.1.2018); 2. Titel: Grundrechte, Bürgerrechte und Sozialrechte, 1. Kapitel: Grundrechte; Art. 13 BV, Schutz der Privatsphäre, [1] Jede Person hat Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihres Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs. [2] Jede Person hat Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten. [3] Niemand darf gezwungen werden, einer Vereinigung beizutreten oder anzugehören.

[92] Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101) vom 18. April 1999 (Stand: 1.1.2018); 2. Titel: Grundrechte, Bürgerrechte und Sozialrechte, 1. Kapitel: Grundrechte; Art. 29 BV, Allgemeine Verfahrensgarantien; [1] Jede Person hat in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert

heitsgebot (Art. 8 BV)[93] und das Willkürverbot (Art. 9 BV)[94] oder gar die Vereinigungsfreiheit (Art. 23 BV)[95] und andere politische Grundrechte wie das Initiativrecht (Art. 136 ff. BV).

b) Eigentumsgarantie

Da Art. 26 BV von einem autonomen, mithin nicht einem vom Zivilrecht vorgegebenen Eigentumsbegriff ausgeht,[96] erfasst dieser neben bestimmten vermögenswerten Rechtspositionen des öffentlichen Rechts, namentlich den wohlerworbenen

---

angemessener Frist. [2] Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör. [3] Jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand. Art. 29a BV, Rechtsweggarantie; Jede Person hat bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Bund und Kantone können durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen. Art. 30 BV, Gerichtliche Verfahren; [1] Jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, hat Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Ausnahmegerichte sind untersagt. [2] Jede Person, gegen die eine Zivilklage erhoben wird, hat Anspruch darauf, dass die Sache vom Gericht des Wohnsitzes beurteilt wird. Das Gesetz kann einen anderen Gerichtsstand vorsehen. [3] Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung sind öffentlich. Das Gesetz kann Ausnahmen vorsehen.

[93] Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101) vom 18. April 1999 (Stand: 1.1.2018); 1. Titel: Allgemeine Bestimmungen; Art. 8 Abs. 1 BV, Rechtsgleichheit; [1] Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich; EGLI, Sicherheit & Recht 2018, S. 44 f.

[94] Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101) vom 18. April 1999 (Stand: 1.1.2018); 1. Titel: Allgemeine Bestimmungen; Art. 9 BV, Schutz vor Willkür und Wahrung von Treu und Glauben; Jede Person hat Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden.

[95] Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101) vom 18. April 1999 (Stand: 1.1.2018); 2. Titel: Grundrechte, Bürgerrechte und Sozialrechte, 1. Kapitel: Grundrechte; Art. 23 BV, Vereinigungsfreiheit; [1] Die Vereinigungsfreiheit ist gewährleistet. [2] Jede Person hat das Recht, Vereinigungen zu bilden, Vereinigungen beizutreten oder anzugehören und sich an den Tätigkeiten von Vereinigungen zu beteiligen. [3] Niemand darf gezwungen werden, einer Vereinigung beizutreten oder anzugehören.

[96] BIAGGINI, OFK-Art. 26 BV N 12.

Rechten,[97] dem Eigentum im sachenrechtlichen Sinn,[98] den Tieren,[99] auch weitere vermögenswerte Rechtspositionen des Privatrechts,[100] wie insbesondere den **Besitz**[101].

Mit Blick auf die nachfolgende Diskussion einer von Art. 26 i.V.m. Art. 35 Abs. 3 BV abzuleitenden Schutzpflicht des Staats bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach auch gewisse **faktische Interessen** in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie fallen.[102] Auch wenn diese Rechtsprechung zunächst das Recht der Anstösser betrifft, sich gegenüber der Aufhebung oder Einschränkung des Gemeingebrauchs einer öffentlichen Sache auf die Eigentumsgarantie zu berufen, wurde damit in allgemeiner Weise dem Umstand Rechnung getragen, «... dass sich der Schutzbereich der Eigentumsgarantie nicht nur auf die unmittelbar aus dem Eigentum fliessenden rechtlichen Befugnisse, sondern auch auf gewisse faktische Voraussetzungen zur Ausübung dieser Befugnisse erstreckt. Das Interesse an deren Erhaltung ist insoweit nicht bloss faktischer Natur, sondern auch rechtlich geschützt».[103] Entsprechend wird für die Bestimmung des Schutzbereichs der Eigentumsgarantie in der Lehre postuliert, auf «... die Schwere der Beeinträchtigung der Ausübung des Eigentums und je nach

---

[97] BIAGGINI, OFK-Art. 26 BV N 12 f.; VALLENDER/HETTICH, St. Galler-Kommentar-Art. 26 BV N 15 ff.

[98] ZGB 641 ff.; BGE 118 Ia 305; BGE 113 Ia 368; BIAGGINI, OFK-Art. 26 BV N 12; VALLENDER/HETTICH, St. Galler-Kommentar-Art. 26 BV N 15 ff. m.Vw.a. HANGARTNER, S. 157; LEISNER, Eigentum, 112, m.H. auf BVerfGE 61, 82 [8.7.1982] - Sasbach, 108 f.

[99] BIAGGINI, OFK- Art. 26 BV N 12, der bemerkt, dass diese gemäss Art. 641a ZGB nicht als «Sache»gelten.

[100] BGE 128 I 295, 311; BIAGGINI, OFK-Art. 26 BV N 12.

[101] BGE 128 I 327, 337; BGE 120 Ia 120 E. 1b; BGer 1C_160/2011 E. 3.1; BIAGGINI, OFK-Art. 26 BV N 12; VALLENDER/HETTICH, St. Galler-Kommentar-Art. 26 BV N 15 ff., 20.

[102] BGE 126 I 213 E. 1b/bb; BGer 1P.134/2000 E. 2d; BGE 131 I 12 E. 1.3; BGer 2C_1076/2012, 2C_1088/2012 E. 9.2.; VALLENDER/HETTICH, St. Galler-Kommentar-Art. 26 BV N 15 ff. m.Vw.a. MÜLLER GEORG, Art. 22ter BV, Rz. 5 f. m.w.H.

[103] BGE 126 I 213 E. 1b/bb zitiert bei VALLENDER/HETTICH, St. Galler-Kommentar-Art. 26 BV N 15 ff.

Fallgestaltung auf die Wahrscheinlichkeit der Realisierung der Interessen ...» abzustellen.[104]

Als **Träger** der Eigentumsgarantie kommen dabei alle natürlichen sowie juristischen Personen des Privatrechts in Frage, wobei die Nationalität sowie grundsätzlich auch der Wohnsitz dieser Personen irrelevant sind.[105]

c) Schutz der Privatsphäre

Dient die besetzte Liegenschaft dem Hausbesitzer bzw. dem Hauseigentümer als **Privat- oder Familienwohnung**, so kann er zusätzlich zur Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 BV den Schutz seiner Privatsphäre bzw. seiner Wohnung gemäss Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK anrufen, da sein Privat- und Familienleben dadurch beschlagen wird. Dabei wird auch hier der verfassungsrechtliche Begriff des Wohnsitzes bzw. der Wohnung autonom, also unabhängig vom zivilrechtlichen Begriff gemäss Art. 23 ZGB bestimmt. Entsprechend spielt es keine Rolle, ob er Eigentümer, Mieter oder anderweitiger Besitzer der Wohnung ist.[106] Geschützt wird auch nicht nur ein Haus oder eine eigentliche Wohnung, sondern jedwelche auch nur vorübergehende Unterkunft, wie ein Hotelzimmer, solange sich darin das Privat- und Familienleben entfalten kann.[107] Der Schutz der Privatsphäre bzw. der Wohnung entsteht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts «*... dès le moment où il résulte des circonstances que cet espace relève de la sphère privée de son occupant et constitue son centre de vie*».[108] Dies kann unter Umständen auch beruflich oder gewerblich genutzte Räumlichkeiten mit einschliessen.[109]

---

[104] VALLENDER/HETTICH, St. Galler-Kommentar-Art. 26 BV N 15 ff. m.Vw.a. BIAGGINI, OFK-Art. 26 BV N 15; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 2048.

[105] VALLENDER/HETTICH, St. Galler-Kommentar-Art. 26 BV N 26 m.Vw.a. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Rz. 823 MÜLLER GEORG, Art. 22ter BV, Rz. 21; BGE 128 I 295 E. 6a; HANGARTNER, S. 157.

[106] BREITENMOSER/SCHWEIZER, St. Galler-Kommentar-Art. 13 N 59 m.Vw.a. EGMR Velosa Barreto c. Portugal, 18072/91 [1995]; Iatridis c. Grèce [GC], 31107/96 [1999], Ziff. 65.

[107] MARTENET, S. 74; EGGER ROCHAT, Rz. 1003.

[108] BGer 2P.272/2006 E. 5.1; MARTENET, S. 74.

[109] BGer 2P.272/2006 E. 5.1; MARTENET, S. 74 f.

Umgekehrt wird aus dem so umschriebenen Schutzbereich der Privatsphäre jedoch auch gefolgert, dass Art. 13 BV den Hausbesitzer bzw. Hauseigentümer nicht schützt, der die Liegenschaft weder zu privaten noch beruflichen Zwecken im Sinne von Art. 13 BV nutzt. Insbesondere der Eigentümer einer besetzten **Renditeliegenschaft** soll sich nicht auf Art. 13 BV berufen können. Er muss sich auf die zivil- und verfassungsrechtlichen Normen des Besitzes- bzw. des Eigentumsschutzes verlassen.[110]

Schliesslich sei noch *pro memoria* angemerkt, dass in der Lehre **umstritten** ist, inwiefern auch der nicht rechtmässig erworbene Besitz einer Wohnung der Hausbesetzer in den Schutzbereich von Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK fällt.[111] Aber selbst, wenn dies bejaht würde, wäre damit – wie von der Lehre zu Recht hervorgehoben wird – den Hausbesetzern nicht ein absolutes Schutzrecht eingeräumt. Vielmehr wäre dies als – ohnehin geltender – verfassungsmässiger Anspruch auf verhältnismässiges behördliches Handeln zu verstehen.[112]

d) Vereinigungsfreiheit

Wie bereits angedeutet,[113] hatte sich das Bundesgericht und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Zusammenhang mit Hausbesetzungen in der Schweiz auch mit der Vereinigungsfreiheit gemäss Art. 23 BV bzw. Art. 11 EMRK zu befassen. Obschon diese Entscheide bis *dato* Aufsehen erregen,[114] ist die Vereinigungsfreiheit für die hier zu untersuchende Optimierung des Besitzesschutzes gegenüber Hausbesetzern von **untergeordneter Bedeutung**, wenn nicht gar völlig zu vernachlässigen.

---

[110] MARTENET, S. 74 ff.

[111] BREITENMOSER/SCHWEIZER, St. Galler-Kommentar-Art. 13 N 59 m.Vw.a. bejahend MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, S. 188; ablehnend BIAGGINI, OFK-Art. 13 BV N 9; BREITENMOSER, Privatsphäre, S. 271, 275; WILDHABER/BREITENMOSER, Int. Komm. EMRK, Art. 8 N 469 f.; MARTENET, S. 74 ff.

[112] MARTENET, S. 74 ff.

[113] Siehe hiervor BT, I. B. 2. a).

[114] Vgl. z.B. SCHUBARTH, Anwaltsrevue 2013, S. 366 ff., 370.

Im Jahr 2007 hatte sich das **Bundesgericht** mit dem Verbot des Vereins «Rhino» mit Sitz in Genf zu befassen.[115] Das Schweizer Gericht bestätigte am 10. Mai 2007 das Verbot dieses Vereins, weil die Vereinsstatuten zur Erfüllung des Vereinszwecks, die Rechte von Hausbesetzern wahrzunehmen und zu schützen, Hausbesetzungen ausdrücklich als «... ein legitimes Mittel zur Bekämpfung von Spekulationen auf dem Immobilienmarkt ...» erklärten.[116]

2011 hatte sich sodann der **Europäische Gerichtshof für Menschenrechte** mit der Streitsache zu befassen, nachdem ihm eine Beschwerde wegen Verletzung von Art. 11 EMRK unterbreitet wurde.[117] Anders als die Schweizer Gerichte erblickte der Gerichtshof am 11. Oktober 2011 im Verbot des Vereins eine unverhältnismässige Massnahme, die Art. 11 EMRK verletzt.[118] Obschon auch in diesem Urteil festgehalten wurde, dass Vereinigungen zu rechtswidrigen oder staatsgefährdenden Zwecken aufgelöst werden dürfen, betonte der Gerichtshof, dass diese Massnahme – wie jeder Eingriff in Menschen- und Grundrechte – ebenfalls einem öffentlichen Interesse entsprechen und notwendig sein muss. Nachdem aber die Genfer Behörden den Verein «Rhino» bereits während vieler Jahre duldeten, hätten sie mildere Mittel als die Auflösung des Vereins ergreifen müssen, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen.[119] Zudem bemerkte der Gerichtshof – wohl etwas spitz – die Auflösung des Vereins ändere nichts an den illegalen Hausbesetzungen und sei für den Erhalt der öffentlichen Ordnung nicht nötig.[120]

Es mag Zufall sein oder nicht, aber ist allemal auffällig, dass der vorgenannte Rechtsstreit zumindest zeitlich ziemlich nahtlos an eine andere bis vor Bundesgericht ausgetragene Streitigkeit zwischen dem Verein «Rhino» und den Genfer Behörden anschliesst. So bestätigte das Bundesgericht kurz zuvor am 28. Februar 2007 die Rechtswidrigkeit und damit Ungültigkeit der Genfer **Volksinitiative** «*Pour la réalisation du projet RHINO en Ville de Genève*».[121] Gemäss dieser

---

[115] BGE 133 III 593.

[116] FANG-BÄR/WEISS, Sicherheit & Recht 2017, S. 30 ff., S. 31 f.; vgl. auch AEBI-MÜLLER, ZBJV 144/2008 S. 491 ff., 498 ff.; JAKOB/DARDEL/UHL, S. 17 f.

[117] EGMR Urteil Nr. 48848/07 vom 11. Oktober 2011 (Association Rhino ./. Schweiz).

[118] FANG-BÄR/WEISS, Sicherheit & Recht 2017, S. 30 ff., S. 31 f.; JAKOB/DARDEL/UHL, S. 17 f.

[119] HAEFLIGER/SCHÜRMANN, 7. Versammlungs- und Vereinigungsfreieheit, S. 28; RIETIKER, AJP 2012 S. 539 ff., 564 f.

[120] RIETIKER, AJP 2012 S. 539 ff., 564 f. m.Vw.a. EGMR Urteil Nr. 44158/98 vom 17. Februar 2004 (Gorzelik *et al.* ./. Polen) und EGMR Urteil Nr. 43469/09 vom (./. Schweiz).

[121] BGer 1P.451/2006.

Initiative hätte ein Kantonsgesetz erlassen werden sollen, wonach es dem öffentlichen Interesse entspräche, mitunter dem Verein «Rhino» ein Baurecht an bestimmten bereits besetzten Parzellen des Grundbuchs der Stadt Genf zu gewähren.[122]

3. Schutzpflichten

a) Allgemein

Nachdem die Grundrechte erkannt sind, die bei einer Hausbesetzung vom Hausbesitzer bzw. vom Hauseigentümer grundsätzlich angerufen werden können, stellt sich die Frage, **welchen Nutzen** bzw. welche Wirkung der von einer Hausbesetzung betroffene Hausbesitzer hiervon ableiten kann. Damit ist eine Bibliotheken füllende Thematik angesprochen, die hier ausführlich zu behandeln weit über die Kapazitäten des Gutachters, aber wohl auch den Nutzen für die vorliegende Begutachtung ginge. Es sei daher versucht mit Blick auf die hier vornehmlich interessierenden Schutzpflichten das Wesentliche herzuleiten.

Wer nach dem Nutzen der Grundrechte fragt, spricht in erster Linie die in Art. 35 BV[123] vorgegebenen Formen der **Verwirklichung der Grundrechte** in der schweizerischen Rechtsordnung an.[124] An dieser Stelle soll hier diesbezüglich nur

---

[122] HANGARTNER, AJP 2007, S. 902 ff.

[123] Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101) vom 18. April 1999 (Stand: 1.1.2018); 2. Titel: Grundrechte, Bürgerrechte und Sozialrechte, 1. Kapitel: Grundrechte; Art. 35 BV, Verwirklichung der Grundrechte; [1] Die Grundrechte müssen in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen. [2] Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen. [3] Die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden.

[124] Demnach ist zwischen einem objektiv-institutionellen und einem subjektiv-normativen Gehalt oder einer entsprechenden Dimension der Grundrechte zu unterscheiden. Während sich aus der objektiv-institutionellen Dimension der Grundrechte vorwiegend der Auftrag an den Gesetzgeber, die Gerichte und die Verwaltungsbehörden ergibt, durch ihre Tätigkeit den Grundrechten in der ganzen Rechtsordnung Geltung zu verschaffen, spricht die subjektiv-normative Dimension die von den Grundrechten ableitbaren Rechtsansprüche der einzelnen Rechtssubjekte an. Die zuweilen weiter erkannte flankierende Dimension der Grundrechte, welche vorwiegend darin besteht, dass staatlichen Behörden die (Grund-)Rechtsumsetzung organisieren und in Verfahren bereitstellen müssen, soll hier in der objektiv-institutionellen Komponente aufgehen. Beide hier hervorgehobenen Dimensionen der Grundrechte lassen sich wiederum unterteilen. So lässt sich letztlich in der objektiv-institutionellen Dimension je nach Herangehensweise eine konstitutive und eine funktionale Komponente erkennen

zusammenfassend festgehalten werden: (1) Die Grundrechte haben aufgrund von Art. 35 Abs. 1 BV als Verfassungsprinzip in der ganzen Rechtsordnung zu gelten. Obschon diese Prinzipien grundsätzlich keine individualrechtlich durchsetzbaren Ansprüche begründen, sind sämtliche Staatsinstanzen, also Legislative, Exekutive und Judikative jeweils auf Bundes-, Kantons- und Gemeindeebene, daran gebunden.[125] (2) Aufgrund von Art. 35 Abs. 2 BV spielt es grundsätzlich keine Rolle, ob es sich um eine Amts- oder Privatperson handelt oder ob es sich um eine privat- oder öffentlichrechtlich begründete Organisationsform handelt. Sobald staatliche Aufgaben von einer Person oder Organisation wahrgenommen werden, sind diese Funktionsträger durch die Grundrechte verpflichtet. Dabei vermitteln die Grundrechte in aller Regel individualrechtlich durchsetzbare Abwehransprüche gegenüber staatlichen Funktionsträgern.[126] (3) Vorausgesetzt die Grundrechte eignen sich dazu, haben die staatlichen Funktionsträger dafür zu sorgen, dass diese auch unter Privaten wirksam werden. Dieser Verfassungsauftrag ist von den staatlichen Funktionsträgern im Rahmen der Gesetzgebung und der Gesetzesauslegung bzw. Gesetzesanwendung umzusetzen und vermittelt, wo dies nicht zur verfassungsmässigen Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten führt, zu individualrechtlich durchsetzbaren Schutzansprüchen der Privaten.[127]

(1) Da die verfassungsmässig verbürgte Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 Abs. 1 BV[128] geradezu programmatisch formuliert ist, verbietet es sich grundsätzlich unter dem Aspekt der Rechtsicherheit, davon für den Einzelnen direkt konkrete Verhaltenspflichten der staatlichen Behörden oder gar Dritter abzuleiten.[129] Vielmehr, wie

---

und lassen sich aus der subjektiv-normativen Dimension je nachdem Abwehr-, Leistungs- und Schutzansprüche ableiten. Diese dogmatische sicherlich erkenntnisreiche Gliederung der Grundrechtsdimensionen liesse sich aufgrund der unterschiedlichen anzutreffenden Theorien beliebig vertiefen, müsste sich allerdings auch irgendwann den Vorwurf der Scholastik gefallen lassen.

[125] Siehe hiernach BT, I. B. 3. a) (1).

[126] Siehe hiernach BT, I. B. 3. a) (2).

[127] Siehe hiernach BT, I. B. 3. a) (3).

[128] Anders verhält es für den in Art. 26 Abs. 2 BV begründeten Entschädigungsanspruch, der vorliegend nicht weiter zu vertiefen ist; vgl hierzu BGE 105 Ia 330 E. 3d; BGE 92 I 503, 509; VALLENDER/HETTICH, St. Galler-Kommentar-Art. 26 BV N 15 ff.; BIAGGINI, OFK Art. 26 BV N 6, 14 m.w.Hw.

[129] PULVER, AJP 2005 S. 413 f.

auch aus Art. 26 i.V.m. Art. 35 Abs. 1 BV einsehbar wird, bildet die Eigentumsgarantie ein «unabdingbares Element der Rechtsordnung», deren Geltung das Recht geradezu legitimiert. Ihr kommt insofern eine «**konstitutive Funktion**» zu,[130] die sich in jeder einschlägigen Normierung zu entfalten hat.[131] Entsprechend haben der Staat und dessen Behörden «... die für Erwerb, Ausübung und Veräusserung vermögenswerter Rechte erforderliche rechtliche „Infrastruktur", [einschliesslich der] Zivilgerichte, bereitzustellen».[132]

(2) Nach einer klassischen Auffassung, die heute ihren Ausdruck in Art. 35 Abs. 2 BV findet, hält auch die Eigentumsgarantie zunächst einmal ein **Abwehrrecht** im Sinne eines Freiheitsrechts gegenüber dem Staat bereit, um die Rechtsubjekte vor dem mit staatlicher Willkür verbundenen Machtmissbrauch zu schützen. Sie richtet sich folglich gegen den Staat und verpflichten dessen Behörden. Sie findet keine Anwendung im Verhältnis zwischen Privaten, da diese, solange sie keine staatlichen Aufgaben wahrnehmen, nicht an die Grundrechte gebunden sind.[133] Wie SCHEFER allgemein bemerkt, haben die Grundrechte «[in] dieser abwehrrechtlichen Dimension [...] mittlerweile eine relativ ausdifferenzierte und weithin anerkannte Strukturierung erhalten».[134] Dies gilt in besonderem Masse auch für die Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 BV, welche – abgesehen von Art. 26 Abs. 2 BV – primär ein Abwehrrecht gegenüber dem Staat vermittelt.[135]

---

[130] SCHEFER, AJP 2002 S. 1131 ff., 1133 f. m.Vw.a. MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 15 ff.; SALADIN, Grundrechte im Wandel, S. 292 ff. und LII ff.; RHINOW, S. 427 ff., 430 ff.

[131] SCHEFER, AJP 2002 S. 1131 ff., 1133 f.; SCHEFER, Kerngehalte, S. 246 f.; MÜLLER, Verfassungsrecht, § 39 N 29; MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 15 ff., 45 ff.; KÄLIN/KIENER, S. 4 ff., 32 ff.; MARTENET, S. 71 ff.; LIENHARD, recht 2002, S. 125 ff., 127 f. m.Vw.a. BOTSCHAFT BV, BBl 1997 I 126, S. 191 f.

[132] BIAGGINI, OFK-Art. 26 BV N 6; MÜLLER GEORG, ZSR 1981 II, 53; vgl. auch MÜLLER, Verfassungsrecht, § 39 N 36 ff.

[133] PULVER, AJP 2005 S. 413; SCHEFER, AJP 2002 S. 1131 ff., 1134 f.

[134] SCHEFER, AJP 2002 S. 1131 ff., 1133 f. m.Vw.a. WEBER-DÜRLER, S. 131 ff.; MÜLLER, Verfassungsrecht, § 39 N 40 ff.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Rz. 160 ff.

[135] BGE 105 Ia 330 E. 3d; BGE 92 I 503, 509; VALLENDER/HETTICH, St. Galler-Kommentar-Art. 26 BV N 15 ff.; BIAGGINI, Eigentumsgarantie, Rz. 10; BIAGGINI, OFK-Art. 26 BV N 6, 14 m.w.Hw.

(3) Aufgrund von Art. 35 Abs. 3 BV erhellt allerdings, dass aus dem Gesagten nicht abgeleitet werden kann, die Eigentumsgarantie wäre «... in den **Verhältnissen zwischen Privaten** unbeachtlich ...».[136] Vielmehr hat der Staat insbesondere aufgrund der konstitutiven Funktion der Eigentumsgarantie auch in diesen Verhältnissen nicht nur flankierend dafür zu sorgen, dass die Rechtsubjekte vor der Verletzung dieses Grundrechts durch Dritte mittels angemessener Massnahmen geschützt werden.[137] Nur so entfaltet auch die Eigentumsgarantie in der ganzen Rechtsordnung ihre Wirkung.[138] Entsprechend bestimmt Art. 35 Abs. 3 BV, dass die Grundrechte in der rechtlichen Regelung der Verhältnisse zwischen Privaten soweit geeignet zu berücksichtigen sind.[139] Damit ist der Staat – wie auch von der Lehre[140] und der Praxis[141] anerkannt – bei Übergriffen Dritter zum Handeln verpflichtet.[142] Ihm obliegen unter bestimmten Umständen also grundrechtliche Schutzpflichten.[143] Obgleich damit der Staat Adressat der Grundrechte bleibt, wirken die

---

[136] PULVER, AJP 2005 S. 414 ff.; MARTENET, S. 71 ff.

[137] BGE 126 II 300 E. 5b; SCHEFER, AJP 2002 S. 1131 ff., 1134 f.; SCHEFER, Kerngehalte, S. 255 ff., 258 ff., 276 ff.; PULVER, AJP 2005 S. 413; LIENHARD, recht 2002, S. 125 ff., 127 f.

[138] Vgl. MÜLLER, Verfassungsrecht, § 39 N 29.

[139] MÜLLER, Verfassungsrecht, § 39 N 36 ff.; SCHEFER, AJP 2002, S. 1131 ff., 1134 f. m.Vw.a. BGE vom 8.6.2001, ZBl 2001, 656 ff.; PULVER, AJP 2005 S. 414 ff.

[140] SCHEFER MARKUS, AJP 2002, S. 1131 ff., 1133 f.; SCHEFER, Kerngehalte, S. 235 ff.; MÜLLER, Verfassungsrecht, § 39 N 36 ff.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Rz. 126 ff.; KÄLIN, S. 183 ff.; AUBERT / MAHON, Comm. Const-Art. 35 Cst., N 13; TSCHANNEN, S. 126 ff.; EGLI, S. 71 ff., 283 ff.; WIEDERKEHR, S. 156 ff.; BGE 126 II 300, 314; PULVER, AJP 2005 S. 414 ff.

[141] BGE 119 Ia 28 E. 2 f.; BGE 126 II 300 E. 5; Aufarbeitung der Rechtsprechung bei EGLI, S. 171 ff.; SCHEFER, Kerngehalte, S. 247 f.; zitiert bei SCHEFER, AJP 2002, S. 1131 ff., 1133 f.; vgl. auch BOTSCHAFT BV, BBl 1997 I 126, S. 192.

[142] SCHEFER, AJP 2002 S. 1131 ff., 1134 f. m.Vw.a. BGE vom 8.6.2001, ZBl 2001, 656 ff.; PULVER, AJP 2005 S. 414 ff.; EGLI, S. 32; MARTENET, S. 71 ff. m.Vw.a. AKANDJI-KOMBE, S. 7; BESSON, ZSR 2003, S. 49 ff.

[143] BGE 126 II 300 E. 5a; BGE 119 Ia 28 E. 2; SCHEFER, AJP 2002, S. 1131 ff., 1133 f. m.Vw.a. MÜLLER, Verfassungsrecht, § 39 N 35; MARTENET, S. 71 ff. m.Vw.a. HOTTELIER, SZIR 1997, S. 156; EGGER ROCHAT, Rz. 976 f.; LIENHARD, recht 2002, S. 125 ff., 127 f. m.Vw.a. ISENSEE, S. 33 ff.

Grundrechte damit auch mittelbar zwischen den Privaten, indem sie einen für die Behörden verbindlichen Auftrag enthalten, «... die Individuen durch geeignete Massnahmen vor Grundrechtsverletzungen durch Drittpersonen zu schützen».[144] In diesem Sinn entfaltet auch die Eigentumsgarantie[145] zwar keine direkte Wirkung zwischen Privaten,[146] doch begründet sie – wie vom Bundesgericht anerkannt – grundrechtliche Schutzpflichten.[147] Denn die Eigentumsgarantie bezweckt als Freiheitsrecht konstitutiv-institutionell betrachtet den Schutz bestimmter Rechtsgüter und Rechtspositionen, [148] wie namentlich den Besitz.[149]

b) Formen

Mit Blick auf den grundrechtlichen Besitzesschutz kommt der soeben angesprochenen Verpflichtung der staatlichen Behörden zum Ergreifen schützender Massnahmen eine nicht zu unterschätzende Rolle zu. Insbesondere auch der faktische Besitzesschutz gemäss Art. 926 ZGB, der die behördliche Hilfe vorbehält,[150] lässt sich

---

[144] PULVER, AJP 2005 S. 414 ff.; EGLI, S. 32; MARTENET, S. 71 ff.; LIENHARD, recht 2002, S. 125 ff., 127 f. m.Vw.a. ROBBERS, S. 121; SCHEFER, AJP 2002 S. 1131 ff., 1136 ff.

[145] Dieselben Überlegungen können mit Blick auf den Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK angestellt werden; vgl. hierzu MARTENET, S. 71 ff.

[146] BGE 111 II 330, 337 f. (Stockwerkeigentümer); BIAGGINI, OFK-Art. 26 BV N 6.

[147] BGE 119 Ia 28 E. 2 f. i.S. Hausbesetzung; MÜLLER/SCHEFER, Rechtsprechung, S. 113 f. und XII; vgl. auch KassGer ZH, ZBl 1987 S. 545 E. 2 S. 546 betreffend Ausrückungspflicht zum polizeilichen Schutz des Privateigentums; SCHEFER, AJP 2002 S. 1131 ff., 1134 f.; VALLENDER/HETTICH, St. Galler-Kommentar-Art. 26 BV N 15 ff.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Rz. 815; WALDMANN, Eigentum, S. 656; DUBEY, Rz. 87; LIENHARD, recht 2002, S. 125 ff., 127 f.; vgl. auch EGMR Urteil Nr. 9310/81 vom 21. Februar 1990 (Powell and Rayner ./. Vereinigtes Königreich); EGMR Urteil Nr. 24699/94 vom 28. Juni 2001 (Verein gegen Tierfabriken ./. Schweiz); vgl. auch SCHEFER, Kerngehalte, S. 247 f., 251 m.w.Hw.; vgl. auch zu Art. 1 Zusatzprotokoll Nr. 1 zur EMRK; EGMR Urteil Nr. 66610/09 vom 29. Januar 2013, Ziff. 39 (Zolotas ./. Greece); CONSEIL DE L'EUROPE, Manuel, S. 73 ff.

[148] Vgl. hierzu WALDMANN, BSK-Art. 35 BV N 62 m.Vw.a. SCHWEIZER, St. Galler-Kommentar-Art. 35 BV N 57.

[149] Siehe hiervor BT, I. B. 2. b).

[150] Siehe hiernach BT, I. C. 6. b).

letztlich nur klar und rechtsicher umreissen, wenn die aus Art. 26 BV abgeleiteten Schutzpflichten genügend bestimmt sind. Dementsprechend soll in der Folge auf die verschiedenen **Bindungsformen** eingegangen werden, die solche Schutzpflichten annehmen können.[151] Grundsätzlich können grundrechtliche Schutzpflichten dabei in drei Bindungsformen unterteilt werden: (1) eine gesetzgeberische, (2) eine auslegungstechnische und (3) eine individualrechtliche. [152]

(1) So ist zunächst der **Gesetzgeber** verpflichtet, «... durch entsprechende Rechtsnormen den Schutz der Grundrechte in privaten Rechtsbeziehungen sicherzustellen»,[153] wie z.B. Art. 926 f. ZGB. Denn obschon dies von den einzelnen Privaten nicht durchgesetzt oder durch Auslegung der Gerichte verwirklicht werden kann,[154] bilden Gesetze nach wie vor das geeignetste Mittel, die Grundrechte in individualrechtliche Anspruchsgrundlagen zu übersetzen.[155] Damit dies realistisch wird, hat der Gesetzgeber hierfür auch die nötigen Institutionen und Verfahren bereitzustellen,[156] wie z.B. in Art. 219 ff. ZPO. Bei all dem ist der Gesetzgeber auch im Bereich von Art. 35 Abs. 3 BV an Art. 35 Abs. 1 BV gebunden. Er ist unabhängig davon, ob es sich um den Erlass von Privatrecht oder öffentlichem Recht handelt, in demselben Mass an die Grundrechte gebunden, weshalb der Staat hier umfassend an die grundrechtlichen Schutzpflichten gebunden ist.[157]

(2) Ebenso kommt der grundrechtskonformen Gesetzesauslegung bzw. **Rechtsanwendung** durch die staatlichen Behörden eine massgebende Bedeutung zur

---

[151] PULVER, AJP 2005 S. 414 ff.; SCHEFER, AJP 2002 S. 1131 ff., 1135, spricht in diesem Zusammenhang von «Bindungsmodus» bzw. «Bindungsmodi».

[152] SCHEFER, AJP 2002 S. 1131 ff., 1135, der auf den engen Bezug zur in der Lehre etablierten Unterscheidung zwischen flankierender, direkt justiziabler und programmatischer (-konstitutiver) Schicht hinweist, die auch Art. 35 BV zugrunde liegt.

[153] PULVER, AJP 2005 S. 414 ff.; BGE 114 Ia 413 E. 4a, 423 f.; BGer 2A.526/2001 E. 4.3; SCHEFER, AJP 2002 S. 1131 ff., 1135; BIAGGINI, Rechtsstaatliche Anforderungen, S. 162 f.

[154] SCHEFER, AJP 2002 S. 1131 ff., 1135.

[155] PULVER, AJP 2005 S. 414 ff.

[156] SCHEFER, AJP 2002 S. 1131 ff., 1135.

[157] SCHEFER, AJP 2002 S. 1131 ff., 1136 ff.

Verwirklichung der grundrechtlichen Schutzpflichten zu. Die Grundrechte sind bei der Rechtsanwendung nicht nur von den Gerichten, aber auch von den Verwaltungsbehörden zu berücksichtigen. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um privates oder öffentliches Recht handelt.[158] Entsprechend dieser bereits in der Normenhierachie angelegten Vorgabe sind Gesetzesbegriffe, wie der Begriff «sofort» in Art. 926 Abs. 2 ZGB, im Lichte dieser Maximen auszulegen und Gesetzeslücken gleich zu schliessen.[159] Dabei sind sämtliche Aspekte der betroffenen Grundrechte zu berücksichtigen, weshalb auch hier eine volle Grundrechtsbindung des Staates gegeben ist.[160]

(3) Schliesslich kann die grundrechtliche Schutzpflicht eine **individualrechtliche** Bindungsform annehmen. So hat das Bundesgericht nicht nur eine Schutzpflicht des Staates, wonach die Polizeibehörden unter Umständen gegen illegale Hausbesetzungen einschreiten müssen, anerkannt,[161] sondern sollen die betroffenen Hausbesitzer bzw. Hauseigentümer in schwerwiegenden Fällen sogar einen einklagbaren Anspruch auf schützende polizeiliche Abwehrmassnahmen erhalten.[162] Mit SCHEFER ausgedrückt, sollen folglich die aus «... dem Grundrecht direkt fliessenden In-

---

[158] SCHEFER, AJP 2002 S. 1131 ff., 1135; SALADIN, Verfassungserneuerung, 103. BGer 1A.162/1999 E. 3b; BGer 2A.526/2001 E. 4.3.

[159] PULVER, AJP 2005 S. 414 ff.; EGLI, S. 193, 326 ff.; GÖKSU, SJZ 2002, S. 89 ff.; MÜLLER, recht 2000, S. 119 ff., 122 ff.; SCHEFER, AJP 2002 S. 1131 ff., 1135.

[160] SCHEFER, AJP 2002 S. 1131 ff., 1136 ff. m.Vw.a. das anschauliche Beispiel in BGE 109 II 8 E. 2 f.

[161] BGE 119 Ia 28 E. 2 f.; MÜLLER/SCHEFER, Rechtsprechung, S. 113 f. und XII; vgl. auch KassGer ZH, ZBl 1987 S. 545 E. 2 S. 546 btreffend Ausrückungspflicht zum polizeilichen Schutz des Privateigentums; SCHEFER, AJP 2002 S. 1131 ff., 1134 f.; VALLENDER/HETTICH, St. Galler-Kommentar-Art. 26 BV N 15 ff.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Rz. 815; WALDMANN, Eigentum, S. 656; DUBEY, Rz. 87; LIENHARD, recht 2002, S. 125 ff., 127 f.; vgl. auch EGMR Urteil Nr. 9310/81 vom 21. Februar 1990 (Powell and Rayner ./. Vereinigtes Königreich); EGMR Urteil Nr. 24699/94 vom 28. Juni 2001 (Verein gegen Tierfabriken ./. Schweiz); vgl. auch SCHEFER, Kerngehalte, S. 247 f., 251 m.w.Hw.; vgl. auch zu Art. 1 Zusatzprotokoll Nr. 1 zur EMRK; EGMR Urteil Nr. 66610/09 vom 29. Januar 2013, Ziff. 39 (Zolotas ./. Greece); CONSEIL DE L'EUROPE, Manuel, S. 73 ff.

[162] BGE 119 Ia 28, 31; MÜLLER, Verfassungsrechte, § 39 N 50 f.; RIVA/MÜLLER-TSCHUMI, S. 770; BIAGGINI, OFK-Art. 26 BV N 6; SUTTER, Sicherheit & Recht 3/2009 S. 175 ff., 178 f.; siehe genauer hiernach BT, I. B. 3. c); BT, I. C. 6. c).

dividualrechte zur Geltung ...» gelangen, «[wo] der einfach-gesetzliche Schutz nicht jenes Niveau erreicht, das von den Grundrechten gefordert wird».[163] Dabei ist für den hier interessierenden Rechtsschutz gemäss Art. 926 ZGB, der ausserhalb des Vertragsrechts liegt, in Erinnerung zu rufen, dass die ausservertraglichen Beziehungen der Privaten durch den Gesetzgeber, also den Staat inhaltlich vorgegeben sind. Die Privatautonomie, welche im vertraglichen Rechtsbereich die Grundrechtsbindung legitimerweise begrenzt, ist demzufolge hier beschränkt. So können die Privaten lediglich darüber entscheiden, ob sie ihren ausservertraglichen Anspruch durchsetzen wollen und gegebenenfalls mit welchen Rechtsmitteln einschliesslich der ausnahmsweise gewährten Selbsthilfe.[164] Folglich kommt – wie SCHEFER zutreffend festhält – dem Staat auch hier «... eine umfassende grundrechtliche Schutzpflicht zu, die insbesondere auch im Rahmen der Rechtsanwendung von Bedeutung ist».[165] Es ist also namentlich auch hier eine volle Grundrechtsbindung anzunehmen und die Grundrechte sind, wo mittels Gesetzgebung und Auslegung keine zielführende Lösung erreicht wird, unmittelbar als Individualrecht anwendbar.[166]

c) Voraussetzungen

Die Annahme einer umfassenden Bindungsintensität der grundrechtlichen Schutzpflicht, insbesondere auch als Individualrecht gegenüber dem Staat, bedeutet allerdings nach allgemein anerkannten Grundsätzen nicht, dass staatliche Behörden diese in jedem Fall wahrnehmen müssen. Anlehnend an PULVER muss daher festgehalten werden, dass nicht jede beliebige, durch den Staat nicht verhinderte Einschränkung oder Gefährdung des Hauseigentums bzw. des Hausbesitzes durch Hausbesetzer eine Verletzung einer staatlichen Schutzpflicht darstellt. Gleich wie

---

[163] SCHEFER, AJP 2002 S. 1131 ff., 1135.

[164] SCHEFER, AJP 2002 S. 1131 ff., 1136 ff., der für den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz folgendes hier abgeänderte Beispiel nennt: «Der zivilrechtliche [Eigentums- bzw. Besitzesschutz] enthält verschiedene rechtliche Instrumente, mit denen gegen eine angebliche Verletzung [des Eigentums oder Störung bzw. Entzug des Besitzes] durch einen Privaten vorgegangen werden kann. Der Betroffene kann selber bestimmen, ob er diese in Anspruch nehmen will, und auf welche er sich dabei konzentrieren möchte. Der materielle Schutz, den sie ihm dem Dritten gegenüber aber gewährleisten, wird vom Gesetz umschrieben.»

[165] SCHEFER, AJP 2002 S. 1131 ff., 1136 ff. m.Vw.a. BGE 112 Ib 334 E. 2c,; BGE 111 II 149 E. 4c.

[166] SCHEFER, AJP 2002 S. 1131 ff., 1136 ff.

das Abwehrrecht gilt auch die Schutzpflicht für das Eigentum nicht absolut.[167] Eine Verletzung der grundrechtlichen Schutzpflicht ist nur unter gewissen Voraussetzungen anzunehmen, die sich aufgrund einer von der Rechtsprechung und Lehre vorgegebenen **Prüfungsstruktur** ergibt. So haben EGLI, LIENHARD und angelehnt daran PULVER gestützt auf die vom Europäischen Gerichtshof für Menschrechte etablierte «Parallelität zwischen der Prüfung direkter staatlicher Eingriffe und der Nichterfüllung staatlicher Schutzpflichten» folgende anschauliche Prüfungsstruktur entwickelt:[168]

(1) Als erstes muss eine **Beeinträchtigung oder Gefährdung** eines Grundrechtes vorliegen, wobei eine relevante Gefährdung nur anzunehmen ist, wenn eine «ernstzunehmende Wahrscheinlichkeit» besteht, dass sie realisiert oder die Auswirkungen bei deren Realisierung besonders schwer wiegen.[169] Dabei ist grundsätzlich unbestritten, dass die Weigerung der Polizei den Eigentümer einer Liegenschaft, die von Demonstranten besetzt wird, zu schützen, die Eigentumsgarantie beeinträchtigt.[170]

(2) Sodann ist zu prüfen, ob der Staat überhaupt **geeignete Schutzmassnahmen** ergreifen kann, mithin ob staatliche Massnahmen die Grundrechtsverletzung bzw. -gefährdung verhindern können.[171]

(3) Weiter ist eine **Interessenabwägung** vorzunehmen. Zu berücksichtigen sind dabei die grundrechtlich geschützten Interessen des Betroffenen (z.B. Hausbesitzer bzw. Hauseigentümer)[172], aber auch diejenigen der Dritten (z.B. Hausbesetzer)[173]

---

[167] VALLENDER/HETTICH, St. Galler-Kommentar-Art. 26 BV N 15 ff. m.Vw.a. BGE 126 II 300 E. 5b, m.w.Hw.; PULVER, AJP 2005 S. 416 f.; SUTTER, Sicherheit & Recht 3/2009 S. 175 ff., 178 f.

[168] EGLI, S. 283 ff.; LIENHARD, recht 2002, S. 125 ff., 128; PULVER, AJP 2005 S. 416 f.

[169] PULVER, AJP 2005 S. 416 f. m.Vw.a. BVerGer BRD Urteil 49, S. 89; EGLI, S. 298 ff.

[170] BGE 119 Ia 28 ff., ZBl 1993, S. 378 ff.; MÜLLER/SCHEFER, Rechtsprechung, S. 113 f.; MÜLLER, Verfassungsrecht, § 39 N 50 f.; MARTENET, S. 70 f.

[171] PULVER, AJP 2005 S. 416 f.

[172] Siehe hiervor BT, I. B. 2.

[173] Siehe hiervor BT, I. B. 2. c); VALLENDER/HETTICH, St. Galler-Kommentar-Art. 26 BV N 15 ff. m.Vw.a. BGE 126 II 300 E. 5b, m.w.Hw.

und nicht zuletzt die öffentlichen Interessen[174]. All diese Interessen sind im Kontext des Einzelfalls gegeneinander abzuwägen, wobei die Schwere des Grundrechtseingriffs sowie die Bedeutung der betroffenen Grundrechte besonders zu gewichten sind.[175] Dies wurde insbesondere vom Bundesgericht im Rahmen eines Streitfalls betreffend eine Hausbesetzung bzw. die Räumung der besetzten Liegenschaft festgehalten.[176] Das Bundesgericht auferlegt sich hier eine gewisse Zurückhaltung, wenn es in einem anderen Fall ausführt: «Auch bei Annahme einer grundrechtlichen Schutzpflicht ist deshalb eine Abwägung zwischen den beteiligten Interessen erforderlich [...]. Dies ist in erster Linie Sache der einschlägigen Gesetzgebung, welche durch Festlegung der unzulässigen bzw. zulässigen Tätigkeiten die Grenze zwischen einer unerlaubten Gefährdung und einem hinzunehmenden Restrisiko definiert».[177] Hier muss jedoch wiederum angemerkt werden, dass die Grundrechte aufgrund ihrer konstitutiven Funktion nicht dem Gesetzgeber zur Bestimmung deren Gehalts überlassen sind.[178]

(4) Schliesslich ist im Sinne der **Verhältnismässigkeit** der Ermessensspielraum der Behörden zu prüfen. Obschon angesichts der begrenzten (finanziellen) Möglichkeiten den staatlichen Behörden ein weiter Ermessensspielraum zu belassen ist, muss ein effektiver und realer Grundrechtsschutz gewährt werden.[179] Das staatliche Eingreifen muss folglich im Lichte der betroffenen Grundrechte einerseits erforderlich und andererseits zumutbar sein. Entsprechend erachtete das Bundesgericht das Eingreifen der staatlichen Behörden gegen eine Hausbesetzung angesichts des öffentlichen Interesses an der Vermeidung von Unruhen für nicht erforderlich.[180]

---

[174] Vgl. BGE 119 Ia 28; EGMR Urteil Nr. 36022/97 vom 8. Juli 2003 (Hatton *et. al.* ./. Vereinigtes Königreich); PULVER, AJP 2005 S. 416 f.

[175] PULVER, AJP 2005 S. 416 f.

[176] BGer 1P.109/2006 E. 4 f.; MARTENET, S. 71 ff.

[177] SUTTER, Sicherheit & Recht 3/2009 S. 175 ff., 178 f. m.Vw.a. BGE 126 II 300 E. 5b.

[178] SUTTER, Sicherheit & Recht 3/2009 S. 175 ff., 178 f.; vgl. für die Eigentumsgarantie VALLENDER/HETTICH, St. Galler-Kommentar-Art. 26 BV N 13.

[179] BGer 1P.109/2006 E. 4.1; MARTENET, S. 70 ff.; PULVER, AJP 2005 S. 416 f.; EGLI, S. 311 ff., 320 ff.; LIENHARD, recht 2002, S. 128; EGMR Urteil Nr. 6289/73 vom 9. Oktober 1979 (Airey ./. Irland).

[180] BGE 119 Ia 28; PULVER, AJP 2005 S. 416 f.

Insbesondere ist die (grundrecht-)schutzsuchende Person dort, wo der gesetzgebende Staat die entsprechenden Verfahren und Institutionen bereitgestellt hat, zunächst auf diese verwiesen. Wie VALLENDER und HETTICH gestützt auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts festhalten, ist ein Hauseigentümer «... primär gehalten, seine Rechte auf zivilrechtlichem Wege zu verwirklichen (etwa Art. 641 Abs. 2; Art. 926 ff. ZGB); erst subsidiär kommt eine allfällige staatliche Interventionspflicht zum Tragen».[181] Allerdings setzt dies – wie hierzu MARTENET sogleich anfügt – voraus, dass für den Hausbesitzer bzw. den Hauseigentümer auch eine «reale und effektive» Möglichkeit besteht, das Zivilgericht anzurufen, dort seine Rechte geltend zu machen und die Vollstreckung dessen Urteils zu erhalten.[182] Gerade bei andauernden Hausbesetzungen dürfte dies schwierig sein, wird der Hausbesitzer bzw. der Hauseigentümer doch aufgrund wechselnder Hausbesetzer zunächst Mühe haben, die passivlegitimierten Personen zu ermitteln und einen allfälligen Ausweisungsentscheid gegen neue Hausbesetzer zu vollstrecken. Dennoch wird in der Lehre vertreten und vom Bundesgericht angedeutet, dass diese Schwierigkeiten den Hauseigentümer bzw. den Hausbesitzer nicht davon dispensieren, vorweg die Räumung der Liegenschaft auf dem Zivilweg zu erlangen.[183] Immerhin wird ihm in

---

[181] BGer 1P.109/2006 E. 4; BGer 1P.175/2002 E. 3.1; VALLENDER/HETTICH, St. Galler-Kommentar-Art. 26 BV N 15 ff.; vgl. auch SCHEFER, AJP 2002 S. 1131 ff., 1136 ff.; MARTENET, S. 70 ff.

[182] MARTENET, S. 71 ff.

[183] BGer 1P.109/2006 E. 4.2. m.Vw.a. EGGER ROCHAT, Rz. 935 ff., welche die Möglichkeit der Vollstreckung des Ausweisungsentscheids gegenüber nicht am Zivilverfahren beteiligten weitern Hausbesetzern sieht, weil diese über keinen rechtlichen Anspruch verfügen, obschon Art. 511 CPC VD jedem Drittbesitzer gestattete, die Sistierung der Vollstreckung zu verlangen; MARTENET, S. 71 ff., gemäss dem BGer 1P.109/2006 E. 4.2. erkennen lässt, dass der Ausweisungsentscheid auch gegenüber nicht am Zivilverfahren beteiligten Hausbesetzern zu vollstrecken ist; vgl. hierzu auch § 305 Abs. 1 ZH ZPO, der allerdings nur dem Dritten, der nicht Gewahrsam an der Sache hat, ein Einspracherecht gegen die Vollstreckung der Ausweisung einräumte (KassGer ZH vom 22. Dezember 2001, E. 3. c) cc), mp 2002, S. 117 ff. m.Vw.a. ZR 86 Nr. 64 E. 3b f.; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 305 ZPO ZH N 2; SIEGRIST, S. 71; HAUBENSAK, S. 90); für das geltende Zivilprozessrecht siehe Art. 338, Art. 343 Abs. 2, Art. 346 ZPO; KELLERHALS, BK-Art. 338 ZPO N 5, Art. 343 ZPO N 90 ff., Art. 346 ZPO N 3 f., wonach das Vollstreckungsgesuch abzuweisen ist und der Hausbesitzer seinen Anspruch in einem neuen Erkenntnisverfahren gegenüber dem weiteren Hausbesetzer durchzusetzen hat, wenn dieser Gewahrsam an der Liegenschaft hat und ein besseres Recht daran geltend macht; aber weder das Vollstreckungsgesuch abzuweisen ist, noch das Vollstreckungsverfahren zu sistieren ist, wenn der weitere Hausbesetzer nur

der Lehre zugestanden – sofern er in guten Treuen handelt – dass der Hausbesitzer bzw. der Hauseigentümer sich nach erfolglosem Bemühen um einen Entscheid der Zivilgerichte an die Polizei wenden kann. Diesfalls könne er sich auf die grundrechtliche Schutzpflicht berufen, solange sich die Verhältnisse seit den ergangenen Zivilgerichtsentscheiden nicht wesentlich verändert haben. Ohne den Versuch, sich auf dem Zivilweg Abhilfe zu verschaffen, kann er sich indes nicht auf die grundrechtliche Schutzpflicht berufen und folglich auch kein Schutzanspruch gegenüber der Polizei geltend machen.[184]

d) Folgen

Die Verletzung einer grundrechtlichen Schutzpflicht, die sich aus Art. 26 BV ableiten lässt, kann grundsätzlich verschiedene Rechtsfolgen nach sich ziehen. So ist von der Aufhebung und Nichtanwendung einer Norm oder eines Entscheides über die Feststellung der Verletzung, richterliche Ersatzregeln, positive Anordnungen bis zur finanziellen Entschädigung alles möglich. Jedoch eigenen sich nicht alle diese Rechtsfolgen, den verfassungskonformen Zustand wiederherzustellen.[185] Vielfach führt bereits eine grundrechtskonforme Anwendung bestehender Normen zur Gewährung staatlicher Schutzpflichten.[186] Wo dieses Mittel nicht genügt, um einen verfassungskonformen Zustand herzustellen, sind auf dem Rechtsmittelweg Massnahmen und Entscheide in der Sache anzuordnen.[187]

e) Insbesondere 1. Zusatzprotokoll EMRK

Bereits in ihrem Entscheid vom 28. Juni 1995 im Fall Robert Massey gegen die Schweiz hat die Europäische Kommission für Menschenrechte angedeutet, dass die Hausbesetzung, welche unter dem Gesichtspunkt von Art. 6 Abs. 1 EMRK keine

---

Gewahrsam an der Liegenschaft hat, ohne ein besseres Recht zu beanspruchen; diesfalls ist das ursprüngliche Vollstreckungsverfahren nötigenfalls unter Anwendung von Zwang auch gegenüber diesem fortzuführen; siehe auch LÜTHI, S. 182 f.

[184] MARTENET, S. 71 ff. EGGER ROCHAT, Rz. 1001 ff.

[185] PULVER, AJP 2005 S. 417 f.

[186] PULVER, AJP 2005 S. 417 f. m.Vw.a. BGE 129 III 35.

[187] BGE 119 Ia 28 E. 2 f.; PULVER, AJP 2005 S. 417 f. m.Vw.a. CAMPRUBI, S. 171 ff. ; RÜTSCHE, S. 115 ff.; MARTENET, S. 70 f., der bei Verweigerung der Umsetzung einer Zivilgerichtlichen Vollstreckungsurteils von einer Rechtsverweigerung (Art. 29 Abs. 1 BV) bzw. einer Verletzung des Willkürverbots (Art. 9 BV) ausgeht; vgl. auch EGGER ROCHAT, Rz. 978, 1001 ff.

ernsthafte und reale Beeinträchtigung des Eigentumsrechts darstellt, im Lichte von Art. 1 des ersten Zusatzprotokolls zur EMRK wohl anders zu beurteilen wäre. Nur, habe die Schweiz dieses Zusatzprotokoll nicht ratifiziert.[188] Tatsächlich hat die Schweiz dieses Protokoll bis *dato* nicht ratifiziert,[189] was angesichts der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, die für diesbezügliche Schutzpflichten über die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 26 BV hinausgeht,[190] für die vorliegende Problematik wohl zu hinterfragen wäre. Der Gerichtshof leitete von Art. 1 des ersten Zusatzprotokolls zur EMRK verschiedene Schutzpflichten ab, doch hat auch er bislang kein Urteil erlassen, was ein Mitgliedstaat dazu verpflichten würde, den von einer Hausbesetzung betroffenen Hauseigentümern bzw. Hausbesitzern Schutz zu gewähren. Vielmehr war es wiederum die Kommission, welche 1988 auf eine Beschwerde wegen unterlassener Räumung einer besetzten Liegenschaft nicht eingetreten ist, weil die Beschwerdeführerin zuvor nicht die Möglichkeiten ausgeschöpft hatte, die ihr das niederländische Zivil- bzw. Zivilprozessrecht hierzu bot.[191]

f) Fazit Schutzpflichten

Der Verfassungsauftrag insbesondere von Art. 35 Abs. 3 BV, wonach geeignete Grundrechte auch unter Privaten durchgesetzt werden sollen, ist primär im Rahmen der **Gesetzgebung und Rechtsanwendung** umzusetzen und vermittelt, wo dies nicht zur verfassungsmässigen Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten führt, nur subsidiär zu individualrechtlichen Schutzanspruch.[192]

In diesem Sinn entfaltet die Eigentumsgarantie zwar keine direkte Wirkung zwischen Privaten, doch begründet sie, wo mittels Gesetzgebung und Rechtsanwendung keine zielführende Lösung erreicht werden kann, ein **Individualrecht** der

---

[188] VERWALTUNGSPRAXIS DER BUNDESBEHÖRDEN, 106. Décision de la Commission europénne des droits de l'homme, déclarant irrecevable la rquête No. 23190/93, Robert Massey c/ Suisse, S. 882 ff.

[189] MARTENET, S. 71 ff.; SUTTER P, Sicherheit & Recht 3/2009 S. 175 ff., 178 f.

[190] SUTTER, Sicherheit & Recht 3/2009 S. 175 ff., 178 f.

[191] EKMR Entscheid Nr. 12049/86 vom 14. Juli 1988 (Von der Linden ./. Niederlande); MARTENET, S. 71 ff.

[192] Siehe hiervor BT, I. B. 3. a).

Privaten gegenüber den Behörden. Weil die Behörden auch in diesem Verhältnis einer vollen Grundrechtsbindung unterliegen, findet sie unmittelbar Anwendung.[193]

Dieses Individualrecht gilt allerdings **nicht absolut**. Nicht jede verhinderte Einschränkung des Hausbesitzes durch Hausbesetzer stellt folglich *per se* eine Verletzung der staatlichen Schutzpflicht dar. Vielmehr ist eine solche nur unter der Voraussetzung (1) einer ernsthaften Grundrechtsgefährdung, (2) der Disponibilität geeigneter Schutzmassnahmen, (3) der Abwägung der Interessen des Hausbesitzers, der Hausbesetzer und der Öffentlichkeit sowie (4) der Verhältnismässigkeit anzunehmen.[194]

Letztere Voraussetzung bedingt, dass der Hausbesitzer zuvor zumindest in guten Treuen versucht hat, seine Rechte auf zivilrechtlichem Weg zu verwirklichen. Eine staatliche Interventionspflicht kommt erst **subsidiär** zum Tragen. Dies gilt ungeachtet der Schwierigkeiten, die ein Hausbesitzer aufgrund wechselnder Hausbesetzer bei der Ermittlung der passivlegitimierten Personen erfahren kann.[195]

4. Fazit grundrechtlicher Besitzesschutz

Hausbesetzungen können **mehrere Grundrechte** tangieren, namentlich den Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV), die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV), allgemeine Verfahrensgarantien (Art. 29 ff. BV), das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 BV) und das Willkürverbot (Art. 9 BV) oder gar die Vereinigungsfreiheit (Art. 23 BV) und andere politische Grundrechte wie das Initiativrecht (Art. 136 ff. BV).[196]

Obschon die **Eigentumsgarantie** gemäss Art. 26 BV von einem autonomen, mithin nicht einem vom Zivilrecht vorgegebenen Eigentumsbegriff ausgeht, erfasst dieser auch vermögenswerte Rechtspositionen des Privatrechts, wie insbesondere den Besitz.[197]

Der Hausbesitzer kann auch den **Schutz der Privatsphäre** gemäss Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK anrufen, sofern sein Privat- und Familienleben durch die Haus-

---

[193] Siehe hiervor BT, I. B. 3. b).

[194] Siehe hiervor BT, I. B. 3. c).

[195] Siehe hiervor BT, I. B. 3. c) (4).

[196] Siehe hiervor BT, I. B. 2. a).

[197] Siehe hiervor BT, I. B. 2. b).

besetzung beschlagen wird. Dies gilt allerdings nicht für den Eigentümer einer besetzten Renditeliegenschaft. Er muss sich auf die zivil- und verfassungsrechtlichen Normen des Besitzes- bzw. des Eigentumsschutzes verlassen. Umstritten ist, inwiefern sich auch die Hausbesetzer auf Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK berufen können.[198]

Die Grundrechte sind primär im Rahmen der Gesetzgebung und Rechtsanwendung umzusetzen und vermitteln nur subsidiär **individualrechtliche Schutzansprüche**. Dieses Individualrecht gilt allerdings nicht absolut, sondern steht unter der Voraussetzung (1) einer ernsthaften Grundrechtsgefährdung, (2) der Disponibilität geeigneter Schutzmassnahmen, (3) der Abwägung der Interessen des Hausbesitzers, der Hausbesetzer und der Öffentlichkeit sowie (4) der Verhältnismässigkeit, was insbesondere den Versuch in guten Treuen erfordert, Besitzesschutzrechte zunächst auf dem Zivilweg zu verwirklichen.[199]

C. Faktischer Besitzesschutz

1. Allgemein

Wie bereits angesprochen[200] ermächtigt das Schweizer Recht an verschiedener Stelle die Rechtsubjekte zur Selbsthilfe, so insbesondere in **Art. 926 i.V.m. Art. 937 Abs. 2 ZGB**,[201] die den Besitzesschutz für Liegenschaften bzw. Grundstücke regeln.[202] Entsprechend kann der Hausbesitzer mittels Selbsthilfe Angriffe auf seinen Besitz abwehren (Art. 926 Abs. 1 ZGB) oder den verlorenen Besitz der Liegenschaft bzw. des Grundstücks wiedererlangen (Art. 926 Abs. 2 ZGB), bevor er hierzu um

---

[198] Siehe hiervor BT, I. B. 2. c).

[199] Siehe hiervor BT, I. B. 3.

[200] Siehe hiervor BT, I. A. 2.

[201] Schweizerisches Zivilgesetzbuch (SR 210) vom 10. Dezember 1907 (Stand: 1.1.2018), Art. 926,[1] Jeder Besitzer darf sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren. [2] Er darf sich, wenn ihm die Sache durch Gewalt oder heimlich entzogen wird, sofort des Grundstückes durch Vertreibung des Täters wieder bemächtigen und die bewegliche Sache dem auf frischer Tat betroffenen und unmittelbar verfolgten Täter wieder abnehmen. [3] Er hat sich dabei jeder nach den Umständen nicht gerechtfertigten Gewalt zu enthalten; Art. Art. 937, [2] Wer jedoch über das Grundstück die tatsächliche Gewalt hat, kann wegen eigenmächtiger Entziehung oder Störung des Besitzes Klage erheben.

[202] BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 926 ZGB N 3.

staatliche bzw. gerichtliche Hilfe nachsucht.[203] Da ein solcher Besitzesschutz ausserhalb der rechtstaatlichen Verfahren[204] vom Hausbesitzer zu suchen ist, stellt er einen selbsthilfeweisen oder – wie hier bevorzugt – eine Ermächtigung zum faktischen Besitzesschutz dar. Weil dieser als Selbsthilfe angelegte Besitzesschutz des Zivilgesetzbuchs nur unter Anwendung angemessener Gewalt zulässig ist (Art. 926 Abs. 3 ZGB), kann er zudem nicht ohne die Grundlage eines allgemeinen Selbsthilferechts gedacht werden.[205] Dieses wird für privatrechtliche Belange[206] in Art. 52 Abs. 3 OR festgehalten.[207]

Der so umrissene faktische Besitzesschutz ist ein Element des **possessorischen Besitzesschutzes**,[208] der im Wesentlichen, wie von STARK und LINDEMANN ausgeführt, vom Begriff der «verbotenen Eigenmacht» bestimmt wird.[209] Hinzu kommen

---

[203] ERNST, BSK-Art. 926 ZGB N 1; DOMEJ, KUKO-Art. 926 ZGB N 17 ff.; STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 2a.

[204] ERNST, BSK-Art. 926 ZGB N 2 f. m.Vw.a. BGer, SJ 1988, S. 69, 71; DOMEJ, KUKO-Art. 926 ZGB N 17, wonach Art. 926 kein Klagerecht vermittelt; jedoch in den Grenzen des rechtstaatlich Vertretbaren, vgl. hierzu hiernach

[205] Siehe hiervor BT, I. A. 2.; hiernach BT, I. C. 6. b).

[206] Zur Notwehr und zum Notstand bzw. dem System der Rechtfertigungsgründe gemäss Strafrecht vgl. Art. 14 ff. StGB (Schweizerisches Strafgesetzbuch [SR 311.0] vom 21. Dezember 1937 [Stand: 1.3.2018]); SEELMANN, BSK-Vorbem zu Art. 14 StGB N 1 ff.

[207] Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220) vom 30. März 1911 (Stand: 1.4.2017); Art. 52 Abs. 3 OR: «[3] 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».

[208] Zum petitorischen Besitzesschutz, der vorliegend nicht vertieft analysiert wird, siehe hiernach BT, I. D. 2.

[209] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 1-5, 15 ff.; vgl. auch BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 926 ZGB N 1 m.Vw.a. Art. 919 ZGB N 1 für dessen Bedeutung als Publizitätsmittel; DOMEJ, KUKO-Art. 926 ZGB N 1; vgl. zum Begriff der Eigenmacht BGer 4A_197/2017 E. 3.2.2.

– als zweites Element des possessorischen Besitzesschutzes – die sogenannten Besitzesschutzklagen wegen Entziehung bzw. Störung des Besitzes, die sich für Liegenschaften bzw. Grundstücke aus Art. 927 f. ZGB wiederum i.V.m. Art. 937 Abs. 2 ZGB ergeben.[210]

Damit kann dem possessorischen Besitzesschutz auch in der Form des faktischen Besitzesschutzes nur die Funktion zukommen, eigenmächtige Änderungen der Besitzverhältnisse (und nicht Rechtsverhältnisse) zu verhindern oder zu korrigieren.[211] Es gilt – wie BERGER-STEINER und SCHMID in Erinnerung rufen – der Grundsatz «*quieta non movere*», wobei materiellrechtliche Fragen grundsätzlich ausser Betracht bleiben sollten.[212] Diese Funktion wird heute vorwiegend als **Friedensfunktion** des Besitzesschutzes erkannt.[213] Damit kommt in anschaulicher Weise zum Ausdruck, dass der Besitzesschutz insbesondere auch gemäss Art. 926 ZGB nicht nur privaten Interessen des Hausbesitzers, sondern auch öffentlichen Interes-

---

[210] Hierzu siehe hiernach BT, I. D.; vgl. auch wiederum STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 1 m.Vw.a. BGE 85 IV 224 ff, 234.

[211] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 1, 2a m.Vw.a. BGE 85 IV 224 ff, 234; ERNST, BSK-Art. 926 ZGB N 1; BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 926 ZGB N 1; DOMEJ, KUKO-Art. 926 ZGB N 1; vgl. für die Besitzeswehr gegenüber dem materiell Berechtigten BGE 135 III 633 E. 3 (vorbehalten bleibt jedoch Art. 927 Abs. 2 ZGB).

[212] Abgesehen von Art. 927 Abs. 2 ZGB; BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 926 ZGB N 1, 4, 9; SUTTER-SOMM, Schweizerisches Privatrecht, Rz. 1309; zur Problematik der strengen Trennung zwischen possessorischem und petitorischem Besitzesschutz siehe hiernach BT, I. D. 2.; BT, I. E. 1./3.

[213] *Pro*: BGer 4A_197/2017 E. 3.1; BGer vom 8. Mai 1991 E. 3a, SJ 1991, S. 602 ff.; DOMEJ, KUKO-Art. 926 ZGB N 1; HOMBERGER, ZK-Art. 926 ZGB N 2; STEINAUER, Rz. 313 f.; STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 2 m.Vw.a. KOZIOL/WELSER/KLETECKA, Rz. 872; WOLFF/RAISER, S. 52; WESTERMANN HARM/EICKMANN/GURSKY, § 20 N. 1; SOERGEL/STADLER, Vorbem. zu §§ 854 ff. BGB N 2, § 858 BGB N 1; GIERKE JULIUS V., S. 22/23; EICHLER, § 1 N 2; PLANIOL/RIPERT/PICARD, Rz. 206; JOOST, Müncher Kommentar zum BGB, Vorbem. zu §§ 854 ff. BGB N 15; MÜLLER-ERZBACH, AcP 1936, S. 15; ähnlich bereits SAVIGNY, *passim*; vgl. auch EGGER ROCHAT, Rz. 179 ff.; *contra* dargestellt bei STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 2, 3, JHERING, S. 5 ff. und BRODMANN, Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Vorbem. zum Besitz N 6: GÜLLER, S. 49 ff.; mit der Kontinuitätstheorie HECK, S. 13 f.; vgl. auch RUSCH, Jusletter vom 28. Januar 2008; siehe auch hiervor BT, I. A. 1.; BT, I. B. 1., hiernach BT, I. C. 6. c).

sen der Allgemeinheit dient.[214] Diese Ansicht teilt denn auch das Bundesgericht grundsätzlich, wenn es feststellt, dass Besitzesentziehung bzw. -störung auch eine Verletzung der öffentlichen Ordnung darstellen.[215] Der Besitzesschutz ergänzt somit nicht mehr den Eigentumsschutz des Hauseigentümers,[216] der heute anderweitig gewährleistet wird, sondern findet seine Aufgabe vorwiegend im Schutz vor Eigenmacht anderer,[217] insbesondere auch gegenüber Hausbesetzern.

Für die Effektivität eines solchen Schutzes ist es grundsätzlich unerheblich, inwiefern die Hausbesetzer urteilsfähig waren, sie absichtlich oder fahrlässig gehandelt haben oder sich sonstwie über den Sachverhalt oder gar ihre Rechte geirrt haben.[218] Vielmehr beschränken sich die **Voraussetzungen** des Besitzesschutzes auf folgende drei Punkte: (1) Die Störung muss eigenmächtig sein, also eine widerrechtliche Besitzesverletzung durch einen Menschen darstellen.[219] Folglich dürfen Besitzesstörer, wie Hausbesetzer, ihrerseits nicht Selbsthilfe anwenden, da die Selbsthilfe des Hausbesitzers rechtmässig ist.[220] (2) Der von der Eigenmacht betroffene Hauseigentümer, Hausbewohner oder dergleichen besitzt die Sache, hat mithin die

---

[214] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 2b, die m.Vw.a. ZR 48 Nr. 141 bemerken, dass eine Besitzesverletzung meistens keine Störung der öffentlichen Ordnung darstellt.

[215] BGer 1P.109/2006 E. 5.1 m.Vw.a. 1P.624/1989, SJ 1991 S. 602 E. 3a.

[216] So noch im römischen Recht; vgl. hierzu JHERING, S. 45; zitiert bei STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 4.

[217] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 4, 104; m.Vw.a. HABLÜTZEL, S. 48.

[218] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 5 m.Hw.a. anders im österreichischen Recht KODEK, § 339 ABGB N 95 ff.; SCHEY, N. § 339 ABGB N 2c; GSCHNITZER, S. 22 f.; vgl. aber DOMEJ, KUKO-Art. 926 ZGB N 21, die treffend anmerkt, dass das Verschulden bei der Güterabwägung zu berücksichtigen sei.

[219] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 5 m.Vw.a. HOMBERGER, ZK-Art. 926 ZGB N 13, 23; EHRENZWEIG, S. 87 f.; WOLFF/RAISER, S. 55; GUTZEIT, § 858 BGB N 5; BRODMANN, Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 858 BGB N 1b; DÜRING, S.107 f.; OSTERTAG, BK-Art. 926 ZGB N 16, hat den Besitzesschutz gegenüber einer Beeinträchtigung durch Tiere ohne Einschränkung bejaht; ebenso BREHM, BK-Art. 52 OR N 7; LANDMANN, S. 31; BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 926 ZGB N 2 f.

[220] ERNST, BSK-Art. 926 ZGB N 2 f.

faktische Herrschaft darüber,[221] wobei es – abgesehen von den Hausbesetzern selbst – nicht darauf ankommt, ob er die Liegenschaft bzw. das Grundstück rechtmässig besitzt.[222] (3) Wird im Besitzesschutz gemäss Art. 926 i.V.m. Art. 937 Abs. 2 ZGB wie vorliegend eine Ermächtigung zur Selbsthilfe, also die Rechtfertigung der Gewaltanwendung gesehen,[223] so ist zudem im Sinne einer weiteren (negativen) Voraussetzung gemäss Art. 926 Abs. 3 ZGB zu fordern, dass sich der betroffene Hausbesitzer der Gewalt zu enthalten hat, die nach den Umständen nicht gerechtfertigt ist. Dabei ist eine objektivierte *ex ante* Betrachtung massgebend, wonach die faktischen Verhältnisse so zu beurteilen sind, wie sie der Hausbesitzer im Zeitpunkt der Selbsthilfe erkannte oder hätte erkennen müssen.[224] Die Sanktionslosigkeit des faktischen Besitzesschutzes setzt somit im Sinne einer Verhältnismässigkeit sowie einer Güterabwägung voraus, dass die Schutzmassnahme ergriffen wird, welche die angreifenden Hausbesetzer am wenigsten in ihren Rechtspositionen beeinträchtigt.[225] Daher ist, wie vom Bundesgericht im Jahr 2001 entschieden, auch beim Besitzesschutz, wo dies anders als in Art. 52 Abs. 3 OR nicht ausdrücklich genannt ist, nicht zur Selbsthilfe ermächtigt, «... wer Gewalt anwendet, obschon obrigkeitliche Hilfe rechtzeitig eingreifen könnte».[226] Sind diese allgemeinen Voraussetzungen erfüllt, stehen dem Hausbesitzer abhängig von der Qualität der Hausbesetzung (Stö-

---

[221] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 2a; 6; BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 926 ZGB N 3.

[222] ERNST, BSK-Art. 926 ZGB N 2 f., der darauf hinweist, dass sich auch der Dieb, der sich gegen den Eigentümer der gestohlenen Sache oder gegen einen Dritten mit Gewalt wehrt, auf Art. 926 berufen kann, ausser sofort nach dem Diebstahl.

[223] Siehe hiervor BT, I. A. 2.; vgl. auch DOMEJ, KUKO-Art. 926 ZGB N 4, 20; STARK/LINDEMANN, BK-Art. 926 ZGB N 2, 6 f.

[224] ERNST, BSK-Art. 926 ZGB N 7 m.Vw.a. BGer 6s.5/2004 E. 2; BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 926 ZGB N 15; DOMEJ, KUKO-Art. 926 ZGB N 21.

[225] ERNST, BSK-Art. 926 ZGB N 7 m.Vw.a. BGer 6S.5/2004 E. 2; DOMEJ, KUKO-Art. 926 ZGB N 21; BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 926 ZGB N 15 m.Vw.a. BGE 128 IV 250 E. 3.2; STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 22.

[226] BGer 4P.148/2001 E. 3b m.Vw.a. STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 7; BGE 128 IV 250 E. 3.2 m.Vw.a. BGE 85 IV 4; STEINAUER, Rz. 335 f.; vgl. auch ERNST, BSK-Art. 926 ZGB N 7; siehe auch hiernach BT, I. C. 6. b).

rung oder Entzug) und vom Zeitpunkt seiner Gegenmassnahmen (während oder sofort danach) die Besitzeswehr (Art. 926 Abs. 1 ZGB)[227], die Besitzeskehr (Art. 926 Abs. 2 ZGB)[228] oder gar die allgemeine Selbsthilfe[229] zur Verfügung.

2. Besitzeswehr

Gemäss Art. 926 Abs. 1 ZGB darf sich jeder Besitzer, auch der Hausbesitzer verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren. Damit kommt die Besitzeswehr als «Defensivmittel» bei (1) versuchter, (2) angefangener Besitzesentziehung und (3) bei anderen **Besitzesstörungen** zur Anwendung, wobei eine Hausbesetzung unterschiedliche Formen annehmen kann.[230] Der Hausbesitzer wehrt einen gegenwärtigen Angriff gegen die Liegenschaft bzw. das Grundstück ab, das ihm nicht bereits entzogen wurde. Vorausgesetzt ist also, dass er immer noch zumindest zum Teil Besitz an der Liegenschaft bzw. dem Grundstück, d.h. faktische Herrschaft darüber hat.[231] Ebenso setzt die Besitzesstörung voraus, dass ihr weder der Hausbesitzer zugestimmt hat,[232] sie noch aufgrund anderweitigen Rechts statthaft ist.[233] Damit eine Beeinträchtigung des Besitzes als verboten eigenmächtig gilt und als Besitzesstörung im Sinne von Art. 926 Abs. 1 ZGB qualifiziert, muss sie über «eine vernünftige und notwendige Konsequenz des menschlichen Zusammenlebens» hinausgehen,

---

[227] Siehe hiernach BT, I. C. 2.

[228] Siehe hiernach BT, I. C. 3.

[229] Siehe hiervor BT, I. A. 2.; hiernach BT, I. C. 4.

[230] Siehe sogleich BT, I. C. 2./3.

[231] ARNET/EITEL, CHK-Art. 926 ZGB N 1; ERNST, BSK-Art. 926 ZGB N 4 ff.; BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 926 ZGB N 11, 13 m.Vw.a. Art. 927 ZGB N 1; DOMEJ, KUKO-Art. 926 ZGB N 18, die darauf hinweist, dass ein allein drohender Angriff nicht genügt und allenfalls mit vorsorglichen Massnahmen abzuwehren ist; vgl. auch STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 19 ff. m.w.H. u. Bsp.; EGGER ROCHAT, Rz. 192 ff.

[232] Zur Einwilligung siehe hiernach BT, I. C. 5. d).

[233] BGer 4A_197/2017 E. 3.2.2; ARNET/EITEL, CHK-Art. 926 ZGB N 2 m.Vw.a. BGE 135 III 633; ERNST, BSK-Art. 926 ZGB N 4 ff.; BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 926 ZGB N 8 ff.; DOMEJ, KUKO-Art. 926 ZGB N 4; STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 21, 41 ff.; SUTTER-SOMM, Schweizerisches Privatrecht, Rz. 1311, 1314 f.

mithin widerrechtlich sein.[234] Die Anwendung von Gewalt – anders als unter Art. 926 Abs. 2 ZGB – ist hierbei nicht vorausgesetzt.[235] Ebensowenig wird ein schuldhaftes Verhalten verlangt, weshalb die Besitzesstörung auch von einem Urteilsunfähigen oder gar gutgläubig erfolgen kann.[236]

Als Schutz- bzw. **Abwehrmassnahme** ist grundsätzlich jede Handlung zulässig, die für die Beseitigung der Störung erforderlich ist,[237] wobei nicht vorausgesetzt ist, dass die Beeinträchtigung alleine schon dadurch beseitigt würde. Massnahmen, welche die Hausbesetzung bereits erschweren oder auf ein Mindestmass beschränken sind ebenso gerechtfertigt.[238] Ein Klagerecht vermittelt Art. 926 Abs. 1 ZGB allerdings dem Hausbesitzer nicht.[239]

3. Besitzeskehr

Nach Art. 926 Abs. 2 ZGB darf sich der Hausbesitzer ebenfalls im Sinne einer «Gegenoffensive», wenn ihm die Liegenschaft bzw. das Grundstück durch Gewalt oder heimlich entzogen wurde, sofort dieses durch Vertreibung der Hausbesetzer wieder bemächtigen.[240] Damit geht das durch den Besitzesschutz geschaffene Selbsthilferecht über die Abwehr eines gegenwärtigen Angriffs hinaus und ermöglicht dem verdrängten Besitzer, die vollzogene umfassende Hausbesetzung, mithin den **Be-**

---

[234] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 13; BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 926 ZGB N 8.

[235] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 12; BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 926 ZGB N 8 m.Vw.a. BGE 60 II 483 E. 6.

[236] BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art, Art. 926 ZGB N 8 m.Vw.a. BGE 40 II 329 E. 3; STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 35 ff. m.w.Hw.

[237] BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 926 ZGB N 13; ARNET/EITEL, CHK-Art. 926 ZGB N 2; STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 9 m.w.H.

[238] ERNST, BSK-Art. 926 ZGB N 4 ff.

[239] ERNST, BSK-Art. 926 ZGB N 2 f. m.Vw.a. BGer, SJ 1988, S. 69, 71; DOMEJ, KUKO-Art. 926 ZGB N 17, wonach Art. 926 kein Klagerecht vermittelt; jedoch in den Grenzen des rechtstaatlich Vertretbaren, vgl. hierzu hiernach BT, I. C. 4.

[240] ERNST, BSK-Art. 926 ZGB N 6; DOMEJ, KUKO-Art. 926 ZGB N 19; EGGER ROCHAT, Rz. 246; STEINAUER, Rz. 336.

sitzesentzug rückgängig zu machen.[241] Gerade bei Besetzungen von Liegenschaften bzw. Grundstücken lassen sich die Besitzesstörung (Art. 926 Abs. 1 ZGB) und die Besitzesentziehung (Art. 926 Abs. 2 ZGB) nicht immer klar voneinander abgrenzen, weil hier, wie von BERGER-STEINER und SCHMID allgemein bemerken, «... praktisch nur eine teilweise Entziehung infrage kommt».[242] Nur für den Fall, der bei Hausbesetzungen nicht weiter zu beachten ist, wo ein Störer beispielsweise über die Grenze baut, begründet er für sich selbst Besitz und ist folglich auch der Entzug des Besitzes an der Liegenschaft anzunehmen.[243] Diese Auffassung wird mitunter auch dadurch erhärtet, als der über die Mietdauer in der Mietswohnung verbleibende Mieter den Wohnungsbesitz nicht entzieht und der Vermieter diesfalls lediglich petitorischen Besitzesschutz geniesst,[244] womit der faktische Besitzesschutz gegenüber dem hausbesetzenden Mieter nicht gegeben ist.

Da die Selbsthilfe im Rahmen von Art. 926 Abs. 2 ZGB nicht als eigentliches Notwehrrecht qualifiziert,[245] werden an die Besitzeskehr zusätzliche **Voraussetzungen** geknüpft. Demzufolge muss der Besitzesentzug, also die Hausbesetzung, wie vom Gesetz ausdrücklich festgehalten, gewaltsam oder heimlich erfolgt sein[246] und

---

[241] ARNET/EITEL, CHK-Art. 926 ZGB N 4; STARK/LINDEMANN, BK-Art. 926 ZGB N 11; ERNST, BSK-Art. 926 ZGB N 4 ff. m.Vw.a. OGer ZH, ZR 1985, S. 235 f.; BGer, SJ 1991, S. 605; HOMBERGER, ZK-Art. 926 ZGB N 25; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 91 N 5; BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 926 ZGB N 11, 14 m.Vw.a. Art. 928 ZGB N 1; Art. 929 ZGB N 2; BGer 6S.5/2004, E. 2.; vgl. auch EGGER ROCHAT, Rz. 206 ff.

[242] BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 926 ZGB N 11; STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 15 f.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 227 lit. b; STEINAUER, Rz. 324 f.; HOMBERGER, ZK-Art. 926 ZGB N 24.

[243] BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 926 ZGB N 11 m.Vw.a. STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 15 f.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 227 lit. b; STEINAUER, Rz. 324 f; vgl. auch das Beispiel einer besetzten und dennoch weiter betriebenen Fabrik bei EGGER ROCHAT, Rz. 246 FN 412.

[244] BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 926 ZGB N 11 m.Vw.a. STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 60 f. m.w.H.; BGer 5P.122/2004 E. 2.1; SPRECHER, BSK-Art. 262 ZPO N 32.

[245] Siehe hiervor BT, I. A. 2.

[246] BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 926 ZGB N 14, Art. 929 ZGB N 2; ERNST, BSK-Art. 926 ZGB N 4 ff. m.Vw.a. OGer ZH, ZR 1985, S. 235 f.; BGer, SJ 1991, S. 605; HOMBERGER, ZK-Art. 926 ZGB N 25;

hat der Besitzer einer Liegenschaft bzw. eines Grundstücks «sofort» zu reagieren.[247] Allerdings ist eine Gewaltanwendung nicht nur dann anzunehmen, wenn ein physischer Eingriff ähnlich einem Kampf um den Besitz stattfindet. Gewalt im Sinne der Besitzkehr liegt bereits dann vor, wenn die Hausbesetzer Hindernisse beseitigen, um sich der Liegenschaft bzw. des Grundstücks zu bemächtigen.[248] Fehlt es allerdings an einer entsprechenden Gewaltanwendung oder der Heimlichkeit des Besitzesentzugs, ist der Besitzer auf den klageweisen Besitzesschutz verwiesen.[249]

Obgleich das Gesetz ausdrücklich nur die Vertreibung der Besitzesentzieher nennt, ist der Hausbesitzer gegenüber den Hausbesetzern nicht auf diese **Wiederbeschaffungsmassnahme** beschränkt. Er kann alles unternehmen, was nach den Umständen erforderlich ist, um die Liegenschaft bzw. das Grundstück faktisch wieder unter seine Herrschaft zu bringen. Insbesondere kann er Schlösser aufbrechen und gegebenenfalls Zäune oder andere Verbarrikadierungen abreissen.[250] Er kann dabei gewaltsam vorgehen, muss aber nicht.[251] Wie bereits einleitend festgehal-

---

TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 91 N 5; DOMEJ, KUKO-Art. 926 ZGB N 19; EGGER ROCHAT, Rz. 214.

[247] Für die zeitliche Voraussetzung, «sofort» zu handeln, siehe hiernach BT, I. C. 5. c).

[248] BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 926 ZGB N 14 m.Vw.a. STARK/LINDEMANN, BK-Art. 926 ZGB N 13.

[249] Siehe hiernach BT, I. D.; DOMEJ, KUKO-Art. 926 ZGB N 19; STARK/LINDEMANN, BK-Art. 926 ZGB N 12 ff. m.w.Hw.

[250] ARNET/EITEL, CHK-Art. 926 ZGB N 5; STARK/LINDEMANN, BK-Art. 926 ZGB N 16 m.w.Hw.; ERNST, BSK-Art. 926 ZGB N 4 ff. m.Vw.a. OGer ZH, ZR 1985, S. 235 f.; BGer, SJ 1991, S. 605; HOMBERGER, ZK-Art. 926 ZGB N 25; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 91 N 5; BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 926 ZGB N 14; DOMEJ, KUKO-Art. 926 ZGB N 19.

[251] ERNST, BSK-Art. 926 ZGB N 4 ff. m.Vw.a. OGer ZH, ZR 1985, S. 235 f.; BGer, SJ 1991, S. 605; HOMBERGER, ZK-Art. 926 ZGB N 25; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 91 N 5.

ten,[252] vermittelt ihm Art. 926 Abs. 2 ZGB (gleich wie Abs. 1) hierzu jedoch kein zivilrechtliches Klagerecht.[253]

4. Allgemeine Selbsthilfe

Der Besitzesschutz gemäss Art. 926 ZGB kann in seinen beiden Erscheinungsformen der Besitzeswehr (Abs. 1) und der Besitzeskehr (Abs. 2) auch bei Hausbesetzungen entweder in einem **Konkurrenzverhältnis** zur Notwehr gemäss Art. 52 Abs. 1 OR oder zur allgemeinen Selbsthilfe gemäss Art. 52 Abs. 3 OR stehen.[254]

Obgleich in **Art. 926 Abs. 1 ZGB** ein besonderes Notwehrrecht insbesondere des Hausbesitzers zu erkennen ist, das grundsätzlich als *lex specialis* dem Notwehrrecht gemäss Art. 52 Abs. 1 OR vorgeht und Art. 926 Abs. 1 ZGB keine gewaltsame Eigenmacht voraussetzt, wird von der herrschenden Lehre kein praktischer Unterschied zwischen den beiden Bestimmungen gesehen.[255] Der Hausbesitzer wird sich daher für die zur Verteidigung seiner Liegenschaft bzw. seines Grundstücks gegenüber Hausbesetzern geübte Notwehr immer auf Art. 926 Abs. 1 ZGB berufen können.

Ebenso soll nach wohl herrschender Auffassung **Art. 926 Abs. 2 ZGB** als *lex specialis* Art. 52 Abs. 3 OR vorgehen.[256] Dabei ist allerdings mit STARK und LINDEMANN

---

[252] Siehe hiervor BT, I. C. 3.

[253] ERNST, BSK-Art. 926 ZGB N 2 f. m.Vw.a. BGer, SJ 1988, S. 69, 71; DOMEJ, KUKO-Art. 926 ZGB N 17, wonach Art. 926 kein Klagerecht vermittelt; jedoch in den Grenzen des rechtstaatlich Vertretbaren, vgl. hierzu hiernach BT, I. C. 4.

[254] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 101, Art. 926 ZGB N 8, 17; vgl. auch EGGER ROCHAT, Rz. 242 ff.

[255] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 101, Art. 926 ZGB N 8; BREHM, BK-Art. 52 OR N 7 m.Vw.a. LANDMANN, S. 31, wonach allerdings Art. 926 Abs. 1 ZGB im Gegensatz zu Art. 52 Abs. 1 OR auch gegenüber Tieren Anwendung findet; HOMBERGER, ZK-Art. 926 ZGB N 23; OSER/SCHÖNENBERGER, ZK-Art. 52 OR N 12; *contra* OSTERTAG, BK-Art. 926 ZGB N 30; vgl. auch EGGER ROCHAT, Rz. 245; BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 926 ZGB N 13; ARNET/EITEL, CHK-Art. 926 ZGB N 2.

[256] BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 926 ZGB N 14; BREHM, BK-Art. 52 OR N 61; STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 101, Art. 926 ZGB N 17; vgl. auch EGGER ROCHAT, Rz. 247.

sogleich zu differenzieren: So geht die Besitzeskehr gemäss Art. 926 Abs. 2 ZGB zunächst weniger weit als das allgemeine Selbsthilferecht gemäss Art. 52 Abs. 3 OR, da der Hausbesitzer hierzu nur ermächtigt ist, sofern die Liegenschaft bzw. das Grundstück gewaltsam oder heimlich entzogen wurde und er sofort nach der vollendeten Hausbesetzung handelt.[257] Umgekehrt ginge die Besitzeskehr weiter, wenn entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung angenommen würde, dass der Hausbesitzer hierfür rechtzeitig zu erlangende amtliche Hilfe nicht abwarten müsse und er diese nicht nur zur Verhinderung der Vereitelung seines Anspruchs oder der wesentlichen Erschwerung dessen Geltendmachung anrufen könnte.[258] Entsprechend kann sich der Hausbesitzer, der nicht sofort gegen die Hausbesetzung einschreitet, zwar nicht auf Art. 926 Abs. 2 ZGB berufen, wohl kann er aber unter Umständen von seinem allgemeinen Selbsthilferecht gemäss Art. 52 Abs. 3 OR Gebrauch machen.[259]

5. Insbesondere Frist

a) Allgemein

Ein Kernanliegen der **Motion Feller**[260] ist insbesondere die Lockerung der Frist, innert der sich von Hausbesetzungen betroffene Besitzer gemäss Art. 926 ZGB ihrer Liegenschaft bzw. ihres Grundstücks wieder bemächtigen dürfen. Hierzu wurden in den parlamentarischen Beratungen unterschiedliche Positionen eingenommen. Während der Motionär und ihm folgend die Räte davon ausgingen, der Hausbesit-

---

[257] Zum Begriff «sofort» siehe hiernach BT, I. C. 5. c).

[258] BGer 4P.148/2001 E. 3b (allerdings m.Vw.a. STARK/LINDEMANN, BK-Art. 926 ZGB N 7); LANDMANN, S. 31; MEIER, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, S. 13, die auch für Art. 926 Abs. 2 ZGB fordern, dass staatliche Hilfe nicht oder nicht rechtzeitig erlangt werden kann; ERNST, BSK-Art. 926 ZGB N 7; *contra* STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 101, Art. 926 ZGB N 17, 23; ARNET/EITEL, CHK-Art. 926 ZGB N 4, 6; BREHM, BK-Art. 52 OR N 61 m.Vw.a. OGer ZH, ZR 1985, S. 235 f.; HOMBERGER, ZK-Art. 926 ZGB N 26 m.Vw.a. SJZ 39, S. 201; offen gelassen bei BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 926 ZGB N 16 m.Vw.a. BGer 6S.5/2004 E. 2.2; BGE 250 IV 250 E. 3.2, wo die Frage nicht mehr geklärt wurde, siehe aber BGer 4P.148/2001 E. 3b; vgl. TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 91 N 5.; hierzu siehe hiernach BT, I. C. 6. b).

[259] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB 101, Art. 926 ZGB N 17 m.Vw.a. GUTZEIT, § 858 BGB N 15; *contra* OSTERTAG, BK-Art. 926 ZGB N 37.

[260] Siehe hiervor AT, I. A.

zer müsse bei Ankunft der Hausbesetzer, nicht erst bei Kenntnisnahme, innerhalb weniger Stunden reagieren, ansonsten er dieses Selbsthilferecht verliere,[261] vertrat der Bundesrat, gestützt auf WIELAND, der Begriff «sofort» sei nicht zu wörtlich zu verstehen, die Frist beurteile sich nach vernünftigem Ermessen, allenfalls einige Tage[262] und gestützt auf ERNST, eine Reaktion innert kurzer Zeit sei statthaft.[263]

Entsprechend ist vorliegend dem unbestimmten Rechtsbegriff «sofort» – «*aussitôt*» – «*immediatemente*» besondere Aufmerksamkeit gewidmet. Dabei wird allerdings nicht nur die Frist für die Besitzeskehr nach Art. 926 Abs. 2 ZGB erwogen, sondern auch das fristrelevante Verhältnis zur Besitzeswehr gemäss Art. 926 Abs. 1 ZGB beleuchtet. Denn wie bereits angedeutet,[264] können Hausbesetzungen unter Umständen auch den Tatbestand der Besitzesstörung erfüllen, die eine andere Frist für diese notwehrgerichtete Selbsthilfe vorsieht.

b) Besitzeswehr

Abwehrhandlungen gegen eine Besitzesstörung gemäss Art. 926 Abs. 1 ZGB sind nach allgemeiner Ansicht zulässig, «... **solange die Störung** oder der Entziehungsversuch dauert».[265] Folglich können die verschiedenen Arten der Besitzesstörung,[266] insbesondere der versuchte Besitzesentzug «... nur in engem zeitlichem Zusammenhang damit abgewehrt werden». Solange die Besitzesstörung andauert, kann die Ursache dieser Störung allerdings abgewendet werden. Damit kann grundsätzlich längere Zeit zwischen dem Beginn der Störung und deren Beseitigung vergehen, wenn nicht Umstände vorliegen, die auf eine Einwilligung[267] des Hausbe-

---

[261] Siehe hiervor AT, I. A.

[262] Stellungnahme Bundesrat vom 19. August 2015 m.Vw.a. WIELAND, ZK-Art. 926 ZGB N 4a.

[263] ERNST, BSK-Art. 926 ZGB N 6.

[264] Siehe hiervor BT, I. C. 2./3.

[265] ARNET/EITEL, CHK-Art. 926 ZGB N 2 m.Vw.a. STARK/LINDEMANN, BK-Art. 926 ZGB N 9 f; BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 926 ZGB N 13 m.Vw.a. ERNST, BSK-Art. 926 ZGB N 5.

[266] Siehe hiervor BT, I. C. 2.

[267] Siehe hiernach BT, I. C. 5. d).

sitzers hinweisen.[268] Hieraus ergibt sich, dass der Hausbesitzer, der sich gegen Hausbesetzer wehren will, die ihm die faktische Herrschaft über seine Liegenschaft bzw. sein Grundstück nicht ganz entzogen haben, weil zwar eine Besitzesstörung vorliegt, jedoch erst der Tatbestand des versuchten Besitzesentzugs erfüllt ist, nicht – wie in Art. 926 Abs. 2 ZGB vorgesehen – sofort einschreiten muss. Er kann sich wehren, solange die Besitzesstörung andauert und unter Umständen nicht davon auszugehen ist, er habe eingewilligt.[269]

c) Besitzeskehr

Ist ein Besitzesentzug gemäss Art. 926 Abs. 2 ZGB erfüllt, so kann eine Besitzeskehr – wie bereits gesehen –[270] nur unter bestimmten Voraussetzungen erfolgen. Hierzu gehört namentlich auch, dass der Besitzer einer Liegenschaft bzw. eines Grundstücks «**sofort**» reagiert.[271]

Aus dieser Bestimmung geht zunächst hervor, dass die Besitzeskehr in einem späteren Zeitpunkt als die Besitzeswehr gemäss Art. 926 Abs. 1 ZGB stattfinden kann. Dabei wird einerseits vertreten, die Besitzeskehr hat «sofort nach Vollendung des Besitzesentzugs» stattzufinden.[272] Andererseits ist auch zu lesen, dass dies bedeutet, der Besitzer hat sofort, nachdem ihm der Besitzesentzug bekannt wurde oder bekannt werden konnte, zu reagieren.[273] Zum Begriff «sofort» selbst wird dann in der **Lehre** ausgeführt, es ist «ohne Verzug» zu reagieren[274] oder es hat eine Reak-

---

[268] ERNST, BSK-Art. 926 ZGB N 5 m.Vw.a. STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 10; BGE 118 IV 292; BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 926 ZGB N 13.

[269] Zur Einwilligung siehe hiernach BT, I. C. 5. d).

[270] Zu den anderen Voraussetzungen siehe hiervor BT, I. C. 3.

[271] BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 926 ZGB N 14, Art. 929 ZGB N 2; ARNET/EITEL, CHK-Art. 926 ZGB N 4.

[272] ARNET/EITEL, CHK-Art. 926 ZGB N 4.

[273] STARK/LINDEMANN, BK-Art. 926 ZGB N 16; OSTERTAG, BK-Art. 926 ZGB N 36.

[274] BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 926 ZGB N 14, Art. 929 ZGB N 2; ebenso STARK/LINDEMANN, BK-Art. 926 ZGB N 16; bereits OSTERTAG, BK-Art. 926 ZGB N 36.

tion «innert kurzer Zeit» zu erfolgen.[275] Teilweise wird auch betont, dass der Berechtigte auf die Klage von Art. 927 ZGB verwiesen bleibt, sofern er die Besitzeskehr nicht «unmittelbar» nach dem Besitzesentzug vornimmt.[276] In der älteren Lehre wird zudem auch ausgeführt, der Begriff «sofort» sei nicht zu wörtlich zu verstehen. Vielmehr soll die Frist nach vernünftigem gerichtlichem Ermessen beurteilt werden und kann daher auch allenfalls einige Tage betragen.[277] Ebenso wird darauf hingewiesen, dass mit der zeitlichen Schranke der enge Zusammenhang zwischen Angriff und Gegenangriff betont werden soll. Erst, wo so viel Zeit verstrichen ist, dass die Rücknahme als selbständiger Angriff erscheint, ist diese nicht mehr vom Selbsthilferecht gedeckt.[278] Die verschiedenen Erklärungsversuche verdeutlichen bereits, was die sogleich skizzierte Praxis *intra verba legis* zu deuten hat. Der Begriff «sofort», so genau er umgangssprachlich wirken mag, ist rechtlich besehen kein deskriptiver Begriff. Vielmehr handelt es sich dabei um einen unbestimmten Rechts- oder gar einen Ermessensbegriff, der die nähere inhaltliche Konkretisierung den Gerichten überlässt.[279]

Wird nun die insbesondere auch im Zusammenhang mit Hausbesetzungen ergangene **Rechtsprechung** analysiert, ergibt sich folgendes Bild: In seinem Entscheid vom 23. Oktober 1980 hielt das Bundesgericht fest, dass das Recht zur Besitzeskehr erlischt, sofern es nicht «*immédiatement*» ausgeübt wird.[280] Beinahe elf Jahre später präzisierte das Bundesgericht mit seinem Entscheid vom 8. Mai 1991 unter Verweis auf den vorgenannten Entscheid vom 23. Oktober 1980, dass die Ermächtigung zur Besitzeskehr erlischt «*... si le possesseur cesse d'agir et s'accommode,*

---

[275] ERNST, BSK-Art. 926 ZGB N 6, der m.Vw.a. OGer ZH, ZR 1985, S. 235 f.; BGer, SJ 1991, S. 605 E. 3b die Frage aufwirft, ob sich das OGer ZH sich in SJZ 1967, 243 zu Recht auf Selbsthilfe berufen hat; vgl. auch HOMBERGER, ZK-Art. 926 ZGB N 25; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 91 N 5.

[276] ARNET/EITEL, CHK-Art. 926 ZGB N 4; DOMEJ, KUKO-Art. 926 ZGB N 19; bereits HOMBERGER, ZK-Art. 926 ZGB N 25.

[277] WIELAND, ZK-Art. 926 ZGB N 4a.

[278] HOMBERGER, ZK-Art. 926 ZGB N 25.

[279] Siehe sogleich BT, I. C. 5. c); HAUSHEER/JAUN, SHK-Art. 1 ZGB N 83; 87 ff.

[280] BGer vom 23. Oktober 1980 E. 6c, SJ 1981, S. 114 ff., 121.

même provisoirement, de la situation».[281] Diese Rechtsprechung wurde sodann im Entscheid 1P.109/2006 bestätigt, indem das Bundesgericht wiederholte, dass das Besitzeskehrrecht erlischt, sofern es nicht «*immédiatement*» ausgeübt wird,[282] und wo der Hausbesitzer «*... s'est en quelque sorte accommodée provisoirement de la situation, renonçant à l'usage immédiat de son droit de reprise*».[283] Das Gericht hat vorliegend erkannt, dass Verhandlungen zwischen dem Hausbesitzer und den Hausbesetzern «*... l'ont conduit à admettre que ceux-ci s'étaient accommodés de la situation, ne fût-ce que provisoirement, et qu'ils avaient renoncé à l'usage immédiat de leur droit de reprise au sens de l'art. 926 al. 2 CC*».[284] Zusammenfassend bestimmt also die bundesgerichtliche Rechtsprechung, dass der Hausbesitzer (1) unmittelbar nach der Hausbesetzung Anstalten zur Wiedererlangung seiner Liegenschaft bzw. seines Grundstücks treffen muss und (2) dieses Recht erlischt, sobald er seine diesbezüglichen Handlungen einstellt und sich auch nur provisorisch mit der Situation abfindet.[285]

Die Rechtsprechung scheint damit in der Tat strenger als die Lehre zu sein. Während nach einem Teil der Lehre zumindest dem Hauseigentümer auch in zeitlicher Hinsicht ein gewisses Ermessen zur Ausübung der Besitzeskehr verbleibt, die gegebenenfalls auch dem Umstand Rechnung trägt, dass der Hausbesitzer nicht unmittelbar von der Hausbesetzung Kenntnis erlangt, setzt die Rechtsprechung eine unmittelbare und andauernde Rückbeschaffung durch den Hausbesitzer voraus. Zwar kann der vom Bundesgericht verwendete Begriff «unmittelbar» - wie bereits von HOMBERGER erkannt – durchaus so verstanden werden, dass mit dem Begriff «sofort» nicht weniger, aber auch nicht mehr als ein enger Zusammenhang zwischen Angriff und Gegenangriff vorausgesetzt wird. Es soll nicht so viel Zeit verstreichen, dass die Rücknahme als selbständiger Angriff erscheint.[286] Doch bleibt dies eine In-

---

[281] BGer vom 8. Mai 1991 E. 3b, SJ 1991, S. 602 ff, 605; deutsche Übersetzung ZBl 1991, S. 552 ff., 555 («... wenn der Besitzer die Abwehr einstellt und er sich, wenn auch nur provisorisch, mit der Situation abfindet»).

[282] BGer 1P.109/2006 E. 5.1.

[283] BGer 1P.109/2006 E. 5.2, allerdings für eine Dauer von über 15 Jahren.

[284] BGer 1P.109/2006 E. 5.2.

[285] BGer 1P.109/2006 E. 5.; BGer vom 8. Mai 1991 E. 3b, SJ 1991, S. 602 ff, 605.

[286] HOMBERGER, ZK-Art. 926 ZGB N 25.

terpretation der Rechtsprechung, die kaum geeignet ist, die vom Gesetzgeber angestrebte Rechtsicherheit zu erlangen. Kommt hinzu, dass die enge Auslegung des Selbsthilferechts von Art. 926 Abs. 2 ZGB durch die Rechtsprechung aufgrund des gegenwärtigen Gesetzeswortlauts kaum zu kritisieren ist. Vielmehr ist sie vor dem Hintergrund der **positivrechtlichen Ausnahme**, welche die Besitzeskehr darstellt, geradezu zwingend. Denn die über einen gegenwärtigen Angriff hinaus eingeräumte Besitzeskehr steht im Widerspruch zu den Grundsätzen des allgemeinen Notwehrrechts, wonach nur die Abwehr gegenwärtiger Angriffe gerechtfertigt ist. Entsprechend können die Gerichte das Selbsthilferecht hier auch nur insofern erweitern, als ihnen der Gesetzgeber die nötige gesetzliche Grundlage verschafft.

d) Einwilligung

Insbesondere die vorgenannte Rechtsprechung des Bundesgerichts,[287] wonach sich der Hausbesitzer auch nicht nur provisorisch mit der Situation abgefunden haben darf, wirft die Anschlussfrage auf, welche Bedeutung einer Einwilligung in die Hausbesetzung für die Bestimmung der Frist zur Besitzeskehr gemäss Art. 926 Abs. 2 ZGB (aber auch der Besitzeswehr gemäss Art. 926 Abs. 1 ZGB) zukommt. Das auch nur provisorische **Abfinden mit der Situation** kann vor dem Hintergrund der vorausgesetzten verbotenen (heimlichen oder gewaltsamen) Eigenmacht der Hausbesetzer nicht anders gelesen werden, als dass der Hausbesitzer nicht in die besitzstörende bzw. -entziehende Hausbesetzung eingewilligt haben darf.[288] Folglich muss der Hausbesitzer nicht nur unmittelbar nach der Hausbesetzung reagieren, sondern darf er seine Besitzeskehrmassnahmen auch nicht unter Umständen einstellen, die ihm als Einwilligung in den Besitzesentzug ausgelegt werden könnten.

Dabei kann die Einwilligung des Besitzers in die Besitzesstörung bzw. den Besitzesentzug,[289] die für das Entstehen und Weiterbestehen der Selbsthilferechte gemäss

---

[287] Siehe hiervor BT, I. C. 5. c).

[288] Für Art. 927 Abs. 1 i.V.m. Art. 937 Abs. 2 ZGB vgl. auch BGer 4A_197/2017 E. 3.2.2.

[289] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 26, 32 m.Vw.a. ZR 28 Nr. 5, wonach ein Dritter nicht und der gegenwärtige Besitzer einwilligen kann; für den unselbständigen Besitzer und die Mitbesitzer vgl. STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 33 f. m.w.Hw.; ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 16; BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 926 ZGB N 10 m.Vw.a. BGE 40 II 329 E. 2; für juristische Personen vgl. STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 40 m.w.Hw., insbesondre ZR 13 Nr. 12.

Art. 926 ZGB massgeblich ist, obschon sie keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung darstellt,[290] **ausdrücklich oder stillschweigend**[291] erfolgen. Sie muss aber in jedem Fall «... auf den Eingriff selbst gerichtet sein».[292] So wurde in der Rechtsprechung eine stillschweigende Einwilligung angenommen, als der Hausbesitzer eine Hausbesetzung während Jahren duldete.[293] Auch wird vertreten, dass sich «... aus dem Fehlen der Reaktion des Besitzers auf die ersten Besitzverletzungen ...» eine Einwilligung ableiten lasse.[294] Das Unterlassen des körperlichen Widerstands und insbesondere des Anrufens von Polizeischutz soll indes – nach mehrheitlich vertretener Auffassung – nicht für eine stillschweigende Einwilligung genügen.[295]

Kommt hinzu, dass die Einwilligung nach herrschender Auffassung jederzeit widerrufen werden kann und die Besitzesstörung bzw. der Besitzesentzug nach **Wider-**

---

[290] Zur Qualifikation als Willenserklärung gemäss Besitzesrecht, zur Erforderlichkeit der Urteilsfähig-, nicht aber der Handlungsfähigkeit, zur Irrelevanz von Irrtum und Täuschung, aber Relevanz von Furchterregung vgl. STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 28 ff., 39 m.w.Hw.; ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 14; BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 926 ZGB N 10; ARNET/EITEL, CHK-Art. 927 ZGB N 2 m.Vw.a. BGE 50 III 141 E. 1; SUTTER-SOMM, Schweizerisches Privatrecht, Rz. 1312; DOMEJ, KUKO-Art. 926 ZGB N 4; HINDERLING, Schweizerisches Privatrecht, S. 449 f.; HOMBERGER, ZK-Art. 926 ZGB N 11.

[291] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 26, wonach die Einwilligung aber nicht anzunehmen ist, wenn der Besitzer überhaupt keinen – also auch nicht einen stillschweigenden – Willen kundgetan hat.

[292] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 26; ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 13; BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 926 ZGB N 10; ARNET/EITEL, CHK-Art. 927 ZGB N 2; DOMEJ, KUKO-Art. 926 ZGB N 4.

[293] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 27, 35 m.Vw.a. ZBJV 88, S. 217, wo jahrelang das Mitbewohnen der Familie geduldet wurde.

[294] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 13.

[295] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 27, 35; ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 13; HOMBERGER, ZK-Art. 926 ZGB N 11; vgl. zum deutschen Recht auch JOOST, Müncher Kommentar zum BGB, § 858 BGB N 7.

ruf eigenmächtig wird.[296] Wo allerdings ein Widerruf der Einwilligung weder ausgesprochen wird, noch aufgrund der Umstände angenommen werden kann, mithin also im Zweifelsfall, wird gemeinhin das Fortdauern der Einwilligung sogar über den Tod des einwilligenden Besitzers hinaus angenommen.[297] Diese Ansicht wird in der Lehre lediglich für den Fall relativiert, in dem die faktische Herrschaft an einer Sache infolge Einwilligung einer zum Eingriff berechtigten Person übertragen wurde. Hier wird neuer eigener Besitz begründet, dem der Widerruf der Einwilligung nicht entgegengehalten werden kann.[298]

e) Fazit Frist

Ein Kernanliegen der **Motion FELLER** ist insbesondere die Lockerung der Frist, innert der sich Besitzer gemäss Art. 926 ZGB ihrer Liegenschaft wieder bemächtigen dürfen. Der unbestimmte Rechtsbegriff «sofort» – «*aussitôt*» – «*immediatemente*» ist allerdings nicht nur für die Besitzeskehr nach Art. 926 Abs. 2 ZGB, sondern auch für die Besitzeswehr gemäss Art. 926 Abs. 1 ZGB zu beleuchten, da Hausbesetzungen unter Umständen auch den Tatbestand der Besitzesstörung erfüllen können.[299]

Abwehrhandlungen gemäss Art. 926 Abs. 1 ZGB bleiben zulässig, **solange** der Entziehungsversuch dauert. Damit kann die Ursache dieser Störung abgewendet werden, solange die Besitzesstörung andauert. Vorausgesetzt der Hausbesitzer hat nicht eingewilligt, kann er sich gegen Hausbesetzer, die ihm die faktische Herrschaft über seine Liegenschaft nicht ganz entzogen haben, solange wehren, als die Besitzesstörung andauert.[300]

---

[296] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 31; ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 15; BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 926 ZGB N 10; für das deutsche Recht SOERGEL/STADLER, § 858 BGB N 10; WOLFF/RAISER, S. 55 FN 14.

[297] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 31; ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 15.

[298] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 26, 31a m.Vw.a. ZOBL, S. 316 f.; VON TUHR/PETER, S. 419.

[299] Siehe hiervor BT, I. C. 5. a).

[300] Siehe hiervor BT, I. C. 5. b).

Ist ein Besitzesentzug gemäss Art. 926 Abs. 2 ZGB erfüllt, so kann eine Besitzeskehr nur «**sofort**» erfolgen. Dabei handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der vom Bundesgericht dahin präzisiert wurde, dass (1) der Hausbesitzer unmittelbar nach der Hausbesetzung Anstalten zur Wiedererlangung seiner Liegenschaft treffen muss und (2) das Besitzeskehrrecht erlischt, sobald die Handlungen zur Wiederlangung eingestellt wurden und sich der Hausbesitzer auch nur provisorisch mit der Situation abgefunden hat.[301]

Folglich darf der Hausbesitzer seine Besitzeskehrmassnahmen nicht unter Umständen einstellen, die ihm als **Einwilligung** ausgelegt werden könnten. Dabei kann die Einwilligung ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen, muss sich aber auf den Eingriff selbst richten. Ein Dulden der Hausbesetzung während Jahren stellt daher eine konkludente Einwilligung dar, nicht aber das Unterlassen des Anrufens von Polizeischutz. Zwar kann die Einwilligung jederzeit widerrufen werden, doch wird im Zweifelsfall – was wohl auch den Rechtsmissbrauch mit einschliesst – ihr Fortdauern angenommen.[302]

Diese **enge Auslegung** erklärt sich aufgrund des Umstands, dass die Besitzeskehr – abweichend vom allgemeinen Notwehrrecht – keinen gegenwärtigen Angriff erfordert, weshalb sie ohne entsprechende gesetzliche Grundlage wohl nicht erweitert werden kann.[303]

6. Insbesondere Behördenschutz

a) Allgemein

Wie gesehen verschafft der Besitzesschutz gemäss Art. 926 ZGB als Selbsthilferecht naturgemäss kein Klagerecht.[304] Das bedeutet allerdings nicht – wie die gegenwärtig geführte Diskussion und die Rechtsprechung des Bundesgerichts zeigen – dass die Frage der behördlichen Unterstützung bei der **Ausübung des Selbsthilferechts** vom Tisch wäre. Obgleich zumindest rechtstheoretisch ein Widerspruch,[305] wird immer wieder die Frage aufgeworfen, inwiefern der betroffene Hausbesitzer

---

[301] Siehe hiervor BT, I. C. 5. c).

[302] Siehe hiervor BT, I. C. 5. d).

[303] Siehe hiervor BT, I. C. 5. c).

[304] Siehe hiervor BT, I. C. 2./3.

[305] Siehe hiervor BT, I. A. 2.; hiernach BT, I. C. 6. a) (1); BT, I. C. 6. b).

für sein Selbsthilferecht gemäss Art. 926 ZGB auf behördliche Unterstützung zurückgreifen kann, ja sogar einen (öffentlichrechtlichen) Anspruch auf eine entsprechende Unterstützung hat.[306] Denn die zivilrechtlich erfasste Besitzesstörung und Besitzesentziehung beschlagen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung[307] auch die öffentliche Ordnung.[308] Dies erhellt insbesondere auch vor dem Hintergrund der heute allgemeinen anerkannten Friedensfunktion des Besitzesschutzes.[309]

Zwar können – wie das Bundesgericht auch schon mehrfach bestätigt hat[310] – die kantonalen Behörden dem Hausbesitzer hierzu aufgrund der Regeln zur Aufrechterhaltung der **öffentlichen Ordnung** beistehen und ist es grundsätzlich Sache des kantonalen öffentlichen Rechts zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen solche Hilfe gewährt wird. Doch liegen genau hier die Rechtsunsicherheit schaffenden Probleme:

(1) Zunächst liegt strikte betrachtet keine Selbsthilfe mehr vor, wenn behördliche Hilfe in Anspruch genommen wird. Wo die polizeilichen Behörden aufgrund der Verletzung der öffentlichen Ordnung unterstützend eingreifen, wird das staatliche **Gewaltmonopol** nicht mehr durchbrochen, wie dies für die Selbsthilfe typisch ist.[311] Der Hausbesitzer rekurriert einfach nicht mehr im Zivilverfahren an die Zivilbehörden, mithin die Zivilgerichte, sondern im Verwaltungsverfahren an die Amtsbehörden, insbesondere die Polizei. Wertungskohärent dürfte es jedoch für die Zulässigkeit der (zivilrechtlichen) Selbsthilfe keine Rolle spielen, ob der Sukkurs der Polizei oder der Zivilgerichte Abhilfe schaffen kann. Die Selbsthilfe sollte immer ausgeschlossen sein, wenn irgendwelche behördliche Hilfe effektiv zur Verfügung

---

[306] Siehe hiervor BT, I. B. 3.

[307] BGE 116 Ia 28; BGer 1P.109/2006 m.w.Hw.

[308] Ständerat, AB 2017 S 549 ff., Votum SOMMARUGA.

[309] Siehe hiervor BT, I. C. 1.

[310] BGE 119 Ia 28 E. 2; BGer 1P.109/2006 E. 3.2; BGer 1P.723/2005 E. 4.3; BGer 1P.624/1989 E. 3a (SJ 1991, S. 602 ff.; ZBl 1991, S. 552 ff.); BGer vom 23. Oktober 1980 E. 2, SJ 1981, S. 114 ff.

[311] Siehe hiervor BT, I. A. 2.; hiernach BT, I. C. 6. b); BREITSCHMID, ZBl 84/1983 S. 289 ff., 296 m.Vw.a. LANDMANN, *passim*, spricht von einer Symmetrie zwischen Selbsthilf und Polizeischutz; vgl. auch BGer vom 8. Mai 1991 E. 3a, SJ 1991, S. 602 ff.

steht.[312] Gerade das ist unter geltendem Recht nicht klar. Zuweilen entsteht eine komplexe für den Rechtsanwendungssuchenden intransparent anmutende Gemengelage zwischen Selbsthilfe ohne (insbesondere Art. 52 Abs. 3 OR)[313] und solcher mit behördlicher Unterstützung (Art. 926 Abs. 3 ZGB).[314] Dies führt zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit.

(2) Dann ist aber auch für die amtliche bzw. **polizeiliche Unterstützung** im Bereich des Zivilrechts und insbesondere der Selbsthilfe vieles offen. Zwar sind die zuständigen Polizeibehörden gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichtes verpflichtet,[315] einen Gerichtsentscheid, der die Hausbesetzer zum Verlassen der Liegenschaft verurteilt, zu vollstrecken, ohne dies von weiteren Bedingung abhängig zu machen. Andernfalls würden sie, das Recht verweigern bzw. das rechtliche Gehör oder grundrechtliche Schutzpflichten verletzten und letztlich in Willkür verfallen.[316] Aber wie verhält es sich, wenn kein Gerichtsentscheid vorliegt? Müssen die kantonalen Polizeibehörden aufgrund ihrer Gesetze handeln?[317]

Diese Fragen sind sicherlich zunächst im Rahmen der kantonalen Gesetzgebung anzugehen und entziehen sich vorliegend insofern einer weiteren Begutachtung.[318] So sind die Kantone auf ihrem Territorium originär für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zuständig und verfügen diesbezüglich über die Rechtssetzungskompetenz.[319] Allerdings ist sogleich auch darauf hinzuweisen, dass sowohl Kantons- als auch Bundesbehörden in ihrer Rechtsanwendung an das

---

[312] Siehe hiernach BT, I. C. 6. b).

[313] Siehe hiervor BT, I. C. 4.

[314] Siehe hiervor BT, I. C. 3.

[315] BGE 119 Ia 28 E. 3a (BGer 1P.465/1991, 1P.183/1992, ZBl 1993, S. 378 ff.); BGer vom 21. November 1990 E. 2, ZBl 1991, S. 218 ff.

[316] MARTENET, S. 71; EGGER ROCHAT, Rz. 978, 1001 ff.

[317] Siehe hiernach BT, I. G. für die Kantone Genf, Waadt, Basel-Stadt, Bern und Zürich

[318] Für die gesetzliche Grundlage der Kantone siehe hiernach BT, I. G.

[319] ZÜND/ERRASS, Sicherheit & Recht 3/2012 S. 162 ff., 166 ff. m.Vw.a. BGE 117 Ia 202 E. 5; BIAGGINI, OFK-Art. 43 BV N 3, Art. 57 BV N 5; LINSI, LeGes 2006, S. 10 ff.; LINSI, LeGes 2008, S. 465 ff.; MOHLER, S. 71 ff.

Bundesrecht gebunden sind und klares Bundesrecht auch im Bereich föderalistischer Kompetenzaufteilung zur Rechtsicherheit beitragen kann.[320] Entsprechend sind die aufgeworfenen Fragen entlang der Grundsätze rechtstaatlichen Handelns,[321] der Subsidiarität[322] und des Willkürverbots[323] sowie den allgemeinen Verfahrensgarantien[324] und den einschlägigen Grundrechten[325] zu beurteilen.

b) Selbsthilfe

Wie bereits wiederholt angesprochen,[326] ist Selbsthilfe und damit die Durchbrechung des staatlichen Gewaltmonopols bereits begriffslogisch ausgeschlossen, wo der Staat aufgrund seines Gewaltmonopols rechtzeitig Abhilfe leisten kann. Dabei kann es – wiederum grundsätzlich betrachtet – keine Rolle spielen, ob die staatliche Hilfe in Form eines Zivil-, Straf- oder Polizeiverfahrens gewährt wird. Letzteres scheint insbesondere Art. 52 Abs. 3 OR klären zu wollen, wenn hier generell von «amtlicher Hilfe» gesprochen wird.[327] Da nun aber der Verweis auf die rechtzeitig

---

[320] Vgl. Art. 46 BV; HÄFELIN/MÜLLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 945; WALDMANN BERNHARD/BORTER EMANUEL, Art. 46 BV N 5 ff., 16 ff.

[321] Art. 5 BV, Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns: [1] Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht. [2] Staatliches Handeln muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. [3] Staatliche Organe und Private handeln nach Treu und Glauben. [4] Bund und Kantone beachten das Völkerrecht; vgl. WALDMANN BERNHARD/BORTER EMANUEL, Art. 46 BV N 19 ff.

[322] Art. 5a BV, Subsidiarität: Bei der Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben ist der Grundsatz der Subsidiarität zu beachten.

[323] Siehe hiervor BT, I. B. 2.

[324] Art. 29 BV, Allgemein Verfahrensgarantien: [1] Jede Person hat in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. [2] Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör. [3] Jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand.

[325] Siehe hiervor BT, I. B. 2.

[326] Siehe hiervor BT, I. A. 2.; BT, I. C. 5. c); BT, I. C. 6. a).

[327] BREITSCHMID, ZBl 84/1983 S. 289 ff., 296.

zu erlangende amtliche Hilfe insbesondere in Art. 926 Abs. 3 ZGB fehlt, gilt die Frage, ob Selbsthilfe ebenfalls zulässig ist, wo rechtzeitig amtliche Hilfe eingeholt werden könnte, als in der Lehre **umstritten**.[328] Die dadurch entstehende Unsicherheit wird noch dadurch erhöht, dass das Bundesgericht die Frage zuweilen offengelassen hat. Bei näherer Betrachtung ergibt sich indes ein anderes Bild:

Sogar in der älteren **Lehre**, die gegenüber einer Parallelität, also einer echten Konkurrenz, zwischen Selbsthilfe und amtlicher Hilfe im Besitzesschutz offener eingestellt zu sein scheint, wird darauf hingewiesen, dass der Besitzer sich dort selbst helfen darf, wo die Polizei «nicht gerade zur Hand» ist.[329] Demnach wird der Besitzesschutz gemäss Art. 926 ZGB – anders als die Selbsthilfe gemäss Art. 52 Abs. 3 OR – nicht schon widerrechtlich, weil die Möglichkeit der Anrufung amtlicher Hilfe bestand.[330] Doch wird als Ergebnis einer Verhältnismässigkeitsprüfung unterstrichen, dass wohl jede Gewalt verboten ist, «... wenn ausreichend obrigkeitliche Hilfe zur Stelle ist, weil damit der Besitz geschützt ist».[331] Wo also «keinerlei Gefahr im Verzug» ist, muss folglich die Möglichkeit der Anrufung amtlicher Hilfe für die Beurteilung der Grenzen zulässiger Gewalt berücksichtigt werden.[332] Im Ergebnis bedeutet dies nichts anderes – wie es ERNST für die jüngere Lehre formuliert – dass auch derjenige die Grenzen der erlaubten Selbsthilfe überschreitet, der Gewalt an-

---

[328] BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 926 ZGB N 16 m.Vw.a. BGer 6S.5/2004 E. 2.2 m.w.Hw.; BGE 128 IV 250 E. 3.2; ablehnend BGer 4P.148/2001 E. 3b; vgl. auch ausführlich BREITSCHMID, ZBl 84/1983 S. 289 ff., 296 m.Vw.a. Art. 641 Abs. 2, Art. 701 und Art. 926 Abs. 1 und 2 ZGB sowie Art. 52 und Art. 57 OR; LANDMANN, *passim*; KIRCHHOF, NJW 1978, S. 969 ff.

[329] WIELAND, ZK-Art. 926 ZGB N 4a, allerdings mit einem Beispiel das wohl eine Selbsthilfe gemäss Art. 52 Abs. 3 OR darstellt.

[330] HOMBERGER, ZK-Art. 926 ZGB N 26 m.Vw.a. OSTERTAG, BK-Art. 926 ZGB N 29; ebenso heute STARK/LINDEMANN, BK-Art. 926 ZGB N 17, 23 m.Vw.a. HOMBERGER ARTHUR, a.a.O.; SJZ 39, S. 201, die darin einen Gegensatz zur Selbsthilfe gemäss Art. 52 Abs. 3 OR sehen.

[331] HOMBERGER, ZK-Art. 926 ZGB N 26 m.Vw.a. OSTERTAG, BK-Art. 926 ZGB N 29.

[332] OSTERTAG, BK-Art. 926 ZGB N 29; ebenso heute ARNET/EITEL, CHK-Art. 926 ZGB N 4, 6, wonach die Erreichbarkeit amtlicher Hilfe auch bei Art. 926 Abs. 3 ZGB relevant sein kann; STARK/LINDEMANN, BK-Art. 926 ZGB N 23 m.Vw.a. BGE 128 IV 250 ff., 254 E. 3.2; STEINAUER, Rz. 333a; PORTMANN, S. 147 ff.; SUTTER-SOMM, Schweizerisches Privatrecht, Rz. 1331.

wendet, «... obschon obrigkeitliche Hilfe rechtzeitig eingreifen könnte».[333] Ob die Handlungen des sich schützenden Besitzers im Zeitpunkt der Selbsthilfe gerechtfertigt sind, soll sich dabei aus der Sicht beurteilen, die der Besitzer zu diesem Zeitpunkt hatte bzw. haben konnte.[334] Wenn auch etwas deutlicher, so doch dementsprechend halten LANDMANN, MEIER und BREITSCHMID fest, dass die Verfügbarkeit amtlicher Hilfe die Selbsthilfe ausschliessen, mithin keine echte Konkurrenz besteht.[335]

Insbesondere BREITSCHMID erklärt anschaulich, dass die Zulässigkeit gerechtfertigter Selbsthilfe ausdrücklich (Art. 52 Abs. 3 OR) oder implizit (Art. 926 Abs. 3 ZGB) an die Unerreichbarkeit oder Wirkungslosigkeit der Rechtssicherung im ordentlichen (prozessualen) Vorgehen anknüpft. Dabei lässt sich auch die polizeiliche Unterstützung als **amtliche Hilfe** qualifizieren.[336] Wird nämlich die Zuständigkeit der Polizei im Grundsatz anerkannt, so ist folgerichtig auch ihr Einsatz zur Sicherung der Rechtsdurchsetzung als amtliche Hilfe zu werten. Obgleich die polizeiliche Kognition und deren Massnahmen verglichen mit den zivilgerichtlichen weniger weit gehen, «... muss ihr doch wegen der Möglichkeit der objektiveren Prüfung des Sachverhalts und der angemesseneren Reaktion gegenüber der privaten Selbsthilfe der Vorzug gegeben werden».[337]

Diesem Ergebnis entspricht auch der Bundesgerichtsentscheid 4P.148/2001 vom 25. Oktober 2001, wonach nicht nur die Selbsthilfe gemäss Art. 52 Abs. 3 OR voraussetzt, «... dass nach den gegebenen Umständen amtliche Hilfe nicht rechtzeitig erlangt und nur durch Selbsthilfe eine Vereitelung des Anspruchs oder eine wesentliche Erschwerung seiner Geltendmachung verhindert werden konnte», sondern dasselbe auch für die Selbsthilfe des Besitzesschutzes gilt, «...weil Art. 926 Abs. 3

---

[333] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 7.

[334] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 7 m.Vw.a. BGer 6S.5/2004 E. 2.

[335] LANDMANN, S. 90; MEIER, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, S. 13; BREITSCHMID, ZBl 84/1983 S. 289 ff., 296 m.Vw.a. KIRCHHOF, NJW 1978, S. 969 ff.

[336] Explizit BREITSCHMID, ZBl 84/1983 S. 289 ff., 296; BREHM, BK-Art. 52 OR N 66, der von einstweiligem Rechtsschutz oder sofortigen polizeilichen Massnahmen spricht; implizit BGer 4P.148/2001 (Polizei und Gemeinderichter); BGer 6S.5/2004 (Polizei); BGer 1P.175/2002 E. 3.1 (Polizei, allerdings subsidiär zum Zivilgericht); BGer vom 8. Mai 1991 E. 3a, SJ 1991, S. 602 ff. (Polizei).

[337] BREITSCHMID, ZBl 84/1983 S. 289 ff., 296.

ZGB jede nach den Umständen nicht gerechtfertigte Gewalt verbietet».[338] Der etwas später ergangene Entscheid des Bundesgerichts 128 IV 250 vom 9. Oktober 2002 bestätigt diese **Rechtsprechung** und geht sogar etwas weiter, wenn darin ausgeführt wird, dass gemäss Art. 926 Abs. 3 ZGB unter Umständen die Anrufung behördlicher Unterstützung auch dann angezeigt ist, wenn die Selbsthilfe mangels sofort verfügbarer behördlicher Unterstützung grundsätzlich zulässig wäre.[339] Wenn das Bundesgericht in seinem Entscheid 6S.5/2004 vom 21. Mai 2004 die Frage offengelassen hat, so nur deshalb, weil sie sich nach Ansicht des ehrwürdigen Gerichts nicht gestellt hat, da *in casu* mit dem unbefugten Verweilen auf dem Bauernhof die Störung bereits andauerte und jede amtliche Hilfe zu spät gekommen wäre. Wie das Gericht zutreffend bestätigt, befürworten sämtliche Autoren die Selbsthilfe im Sinne von Art. 926 ZGB für den Fall, dass amtliche Hilfe nicht mehr rechtzeitig möglich ist.[340] Auch dieser Entscheid bestätigt folglich– ohne die vorangehenden Entscheide zu relativieren – die Anwendung des allgemeinen Grundsatzes der Selbsthilfe für den Besitzesschutz: Wo die amtliche Hilfe nicht rechtzeitig erlangt werden kann, ist verhältnismässige Selbsthilfe zulässig.

c) Interventionspflicht

aa) Allgemein

Wie soeben gesehen,[341] verdrängt der Behördenschutz, wo er rechtzeitig erreicht werden kann, die Selbsthilfe gemäss Art. 926 ZGB und ergänzt so bestenfalls den für die Hausbesitzer verfügbaren Schutz. Der Übergang von der Besitzeswehr ge-

---

[338] BGer 4P.148/2001 E. 3b m.Vw.a. STARK/LINDEMANN, BK-Art. 926 ZGB N 7; vgl. bereits BGer vom 8. Mai 1991 E. 3a, SJ 1991, S. 602 ff. m.Vw.a. STARK/LINDEMANN, a.a.O., Art. 926 ZGB N 17, 23.

[339] BGE 128 IV 250 E. 3.2. m.Vw.a. BGE 85 IV 4; STEINAUER, Rz. 335 f.; STARK/LINDEMANN, BK-Art. 926 ZGB N 23: «*L'art. 926 CC [...] ne confère [...] pas au possesseur le droit général d'user de violence. Elle ne lui permet d'agir que dans la mesure nécessaire pour protéger la possession contre des troubles (art. 926 al. 3 CC [...]). Si la possibilité d'obtenir l'intervention de l'autorité n'exclut pas la légitime défense, le recours à l'autorité peut être commandé par les circonstances, par exemple lorsqu'il n'y a aucun danger [...]. En l'espèce, le recourant aurait dû agir par la voie judiciaire*».

[340] BGer 6S.5/2004 E. 2.2 m.Vw.a. OSTERTAG, BK-Art. 926 ZGB N 29; HOMBERGER, ZK-Art. 926 ZGB N 26; STARK/LINDEMANN, BK-Art. 926 ZGB N 17, 23; LANDMANN, S. 90; MEIER, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, S. 13.

[341] Siehe hiervor BT, I. C. 6. b).

mäss Art. 926 Abs. 1 ZGB über die Besitzeskehr von Art. 926 Abs. 2 ZGB bis hin zum (grundrechtlichen) Anspruch auf Räumung der besetzten Liegenschaft durch die Polizei ist allerdings fliessend. Insbesondere aufgrund des für die Polizei massgebenden Opportunitätsprinzips,[342] das sowohl für den Schutz der öffentlichen Ordnung[343] als auch den Privatrechtsschutz[344] zu berücksichtigen ist, sowie der unterschiedlichen kantonalen Gesetzesgrundlagen,[345] welche die polizeilichen Behörden zum Schutz privater Rechte vorwiegend ermächtigen und nicht verpflichten,[346] ergibt sich eine von vielzähligen Einzelfallentscheiden geprägte Rechtslage, welche die Rechtzeitigkeit des Behördenschutzes überwiegend als ungewiss erscheinen lassen.[347] Weil unmittelbar damit verknüpft, ist auch die Rechtslage für den Besitzesschutz entsprechend labil. Die von BREITSCHMID bereits im Jahr 1983 angestrebte «**sinnvolle Ergänzung** der gleichgerichteten Behelfe», wonach einerseits die Polizei, den schutzsuchenden Hausbesitzer nicht auf sein Selbsthilferecht verweist, wenn die Voraussetzungen für polizeiliche Massnahmen gegen eine Hausbesetzung erfüllt sind, und andererseits der Hausbesitzer keine Selbsthilfe ausübt, wenn polizeiliche Massnahmen zu einem angemesseneren Schutz führen,[348] ist nur sehr bedingt Realität geworden.[349] Die Gründe hierfür sind mitunter auch faktischer Na-

---

[342] Siehe hiernach BT, I. C. 6. c) cc).

[343] Siehe hiernach BT, I. C. 6. c) bb).

[344] Siehe hiernach BT, I. C. 6. c) aa)/cc).

[345] Siehe hiernach BT, I. G.

[346] Vgl. ZÜND/ERRASS, Sicherheit & Recht 3/2012 S. 162 ff., 168 f., wonach die private Gefahrenabwehr im Sinne von Art. 926 ZGB nicht als Polizeiaufgabe gelten kann.

[347] Immerhin KassGer ZH, ZBl 1987 S. 545 E. 2 S. 546, wonach die Polizei bei einer Gefährdungsmeldung verpflichtet ist, auch zum Schutz des Privateigentums auszurücken.

[348] BREITSCHMID, ZBl 84/1983 S. 289 ff., 296, wonach die strafrechtlichen Grundsätze auch bei privatrechtlicher Notwehr und Notstand anwendbar bleiben.

[349] Vgl. FELLER OLIVIER, Nationalrat, Motion (15.3531) vom 9. Juni 2015; LABOUCHÈRE CATHERINE, Grossrätin des Kantons Waadt, Interpellation 14_lNT_262; BOLAY GUY-PHILIPPE, Grossrat des Kantons Waadt, Interpellation 13_lNT_106; FEHR DÜSEL NINA/BOURGEOIS MARC/SCHECK ROLAND, Kantonsräte Zürich, Motion (298/2016) vom 26. September 2016; MICHAEL BURKHARD/PATRICK WYSS,

Stadtrat Bern, Postulat vom 2. März 2017 (2017.SR.000046); SERAINA PATZEN/LEA BILL/CHRISTA AMMANN/TABEA RAI/TAMARA FUNCIELLO, Stadrat Bern, Motion vom 9. März 2017 (2017.SR.000070); HOFER SALOME ET AL., Grossrätin des Kantons Basel-Stadt, Anzug vom 15. Mai 2017 (17.5192.01); HOFER SALOME, Grossrätin des Kantons Basel-Stadt, Interpellation vom 15. Mai 2013 (13.5187.02); STÄHLI, Sicherheit & Recht 2018, S. 8 ff.; vgl. auch HILZINGER CHRISTIAN, Neue Hausbesetzung – geduldet, Telebasel (https://telebasel.ch/2017/05/12/neue-hausbesetzung-geduldet/ [abgerufen am 3.5.2018]) vom 12. Mai 2017; MEIER OLIVIA, Kantonspolizei beendet Hausbesetzung an der Gärtnerstrasse – zwei Personen festgenommen, BZ Basel (https://www.bzbasel.ch/basel/basel-stadt/kantonspolizei-beendet-hausbesetzung-an-der-gaertnerstrasse- zwei-personen-festgenommen-131976817 [abgerufen am 3.5.2018]) vom 6. Dezember 2017; BECK RENATO, Unerwünschte Quartieroase, TagesWoche (https://tageswoche.ch/gesellschaft/unerwuenschte-quartieroase/ [abgerufen am 3.5.2018]) vom 7. April 2017; VON MOOS DAVID, Luzerner Stadtverwaltung stellt Hausbesetzern ein Ultimatum, Luzerner Zeitung, (http://www.luzernerzeitung.ch/nachrichten/zentralschweiz/luzern/stadtverwaltung-reagiert-auf-hausbesetzung;art92,1232165 [abgerufen am 3.5.2018]) vom 11. April 2018; Benedetti Marc, Luzerner Hausbesetzer sind weiter gezogen, Luzerner Zeitung (http://www.luzernerzeitung.ch/nachrichten/zentralschweiz/luzern/luzerner-hausbesetzer-sind-weiter-gezogen;art92,1230174 [abgerufen am 3.5.2018]) vom 8. April 2018; UNTERNÄHRER PASCAL, Hausbesetzer im Zürcher Kreis 4 lassen Ultimatum verstreichen, Tages-Anzeiger (https://www.tagesanzeiger.ch/zuerich/stadt/haus-bleibt-besetzt-neue-frist-angesetzt/story/29368256 [abgerufen am 3.5.2018]) vom 11. Januar 2018; SIEGRIST PATRICE, Ungebetene Gäste im Heilsarmee-Gebäude in Zürich, Tages-Anzeiger (https://www.tagesanzeiger.ch/zuerich/stadt/ungebetene-gaeste-im-heilsarmeegebaeude-in-zuerich/story/20218833 [abgerufen am 3.5.2018]) vom 24. November 2017; 20Minuten, Polizei verhaftet 14 junge Hausbesetzer, 20Minuten Zürich, (http://www.20min.ch/schweiz/zuerich/story/Zentrum-fuer-chinesische-Medizin-wird-besetzt-13399213 [abgerufen am 3.5.2018]) vom 12. Februar 2018; KERSTEIN FANNY/STEINEMANN ROGER, Mehr Macht für Zürcher Hausbesitzer bei Besetzungen?, SRF Regionaljournal Zürich Schaffhausen (https://www.srf.ch/news/regional/zuerich-schaffhausen/mehr-macht-fuer-zuercher-hausbesitzer-bei-besetzungen [abgerufen am 3.5.2018]) vom 12. September 2017; Familie Hotzenplotz, Besetzung an der Hotzestrasse 30 in Zürich, barrikade.info (https://barrikade.info/Besetzung-an-der-Hotzestrasse-30-in-Zurich-526 [abgerufen am 3.5.2018]) vom 7. November 2017; HARAI ANTOINE, A Genève, les irréductibles squatters conchois, Le Temps (https://www.letemps.ch/suisse/geneve-irreductibles-squatters-conchois [abgerufen am 3.5.2018]) vom 18. Juni 2017; HARARI ANTOINE, Gnève orpheline de ses squats, Le Temps (https://www.letemps.ch/suisse/geneve-orpheline-squats [abgerufen am 3.5.2018]) vom 22. Juli 2017; PINEIRO MARIA, Porte blindée contre squatters à la Coulou, 20minutes Genève (http://www.20min.ch/ro/news/geneve/story/Porte-blindee-contre-squatters-a-la-Coulou-26272671 [abgerufen am 3.5.2018]) vom 28. April 2018; ANTHOFF LAURENT/MENDICINO CINDY, Lausanne part en tournée à la rencontre de «ses» suatters, 24heures (https://www.24heures.ch/vaud-regions/lausanne-region/La-Ville-part-en-tournee-a-la-rencontre-de-ses-squatters/story/24391919 [abgerufen am 3.5.2018]) vom 8. September 2017; LC,

tur. So verfügt die Polizei weder über die nötigen (finanziellen) Mittel noch kann sie unmöglich überall sofort zur Stelle sein.[350] Sie wird sich daher neben dem Schutz der Polizeigüter auf den von der Rechtsordnung an sie herangetragenen Privatrechtsschutz beschränken müssen.[351] Umgekehrt ist es aber auch angezeigt – sei es auf dem Wege der Rechtsprechung oder der Gesetzgebung – eine Rechtslage zu schaffen, die nicht zuletzt auch den Besitzesschutz gemäss Art. 926 ZGB stabilisiert und dadurch Rechtsicherheit schafft. Es gilt also im Folgenden aufgrund der gegenwärtigen Rechtslage zu erkennen, wann die polizeilichen Behörden zum Schutz insbesondere der Hauseigentümer bzw. der Hausbesitzer verpflichtet sind und wie die Abgrenzung *in praxi* vorgenommen wird, wo die Polizei über ein entsprechendes Ermessen verfügt.

Les squats actuels dans la région, lausannecites.ch (https://www.lausannecites.ch/lactualite/eclairage/les-squats-actuels-dans-la-region# [abgerufen am 3.5.2018]); ALBRECHT CHRISTOPH, Hausbesetzer sind im ehemaligen «Erzbierscho» vorerst geduldet, BZ Berner Zeitung (https://www.bernerzeitung.ch/region/bern/hausbesetzer-sind-im-ehemaligen-erzbierschof-vorerst-geduldet/story/23247698 [abgerufen am 3.5.2018]) vom 8. Januar 2018; ZWASLAWSKI VALERIE, Die Besetzerszene blüht, NZZ (https://www.nzz.ch/schweiz/besetzte-liegenschaft-in-bern-polizei-stoesst-auf-widerstand-bei-hausraeumung-ld.147030 [abgerufen am 3.5.2018]) vom 22. Februar 2017; SPITALERI ANTONIO *et al.* (P.D.?), Bern BE – Hausbesetzer attackieren Polizisten mit Feuerwerk und Abfallkübeln, polizeiticker.ch (http://www.polizeiticker.ch/news/artikel/bern-be-hausbesetzer-attackieren-polizisten-mit-feuerwerk-und-abfallkuebeln-94959/ [abgerufen am 3.5.2018]) vom 22. Februar 2017; SCHÖNMANN FLORINE, Hausbesetzer-Demo verläuft friedlich, BZ Berner Zeitung (https://www.bernerzeitung.ch/region/bern/hausbesetzerdemo-verlaeuft-friedlich/story/25603242 [abgerufen am 3.5.2018]) vom 17. Februar 2018; Anhang X

[350] BREITSCHMID, ZBl 84/1983 S. 289 ff., 296.

[351] Dazu stehen ihr die in den massgebenden Gesetzen (zu den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt, Bern, Genf, Waadt, Zürich siehe hiernach BT, I. G. 2. b); BT, I. G. 3. b); BT, I. G. 4. b); BT, I. G. 5. b); BT, I. G. 6. b)) vorgesehenen Standardmassnahmen zur Verfügung, die sie direkt mit Zwang oder unter Androhung von solcher anordnen kann; zu nennen sind insbesondere die Anhaltung und Identitätsfeststellung, die erkennungsdienstlichen Massnahmen, die Wegweisung und Fernhaltung, der polizeiliche Gewahrsam, die Durchsuchung von Personen, Sachen und Räumen sowie die Sicherstellung; vgl. hierzu ZÜND/ERRASS, Sicherheit & Recht 3/2012 S. 162 ff., 166 ff. m.Vw.a. KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 23 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 509 ff., 514 f.; RAUBER, S. 69 f., 71 ff.; GAMMA, S. 38 ff., 40 f.

bb) Polizeigut

Nach dem allgemeinen **Polizeimandat** sind Gefährdungen und Störungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit[352] abzuwehren bzw. zu beseitigen.[353] Dies bedeutet Zweierlei: Einerseits garantiert der Polizeiauftrag die zwingenden Regeln des geordneten Zusammenlebens sowie die Achtung der objektiven Rechtsordnung, der Rechtsgüter der Einzelnen, einschliesslich des Eigentums, und der staatlichen Institutionen.[354] Andererseits ist die so funktionell verstandene Polizei eine von den Polizeibehörden wahrzunehmende Staatsaufgabe, die ihre Grundlage in der Verfassung und den davon abgeleiteten Gesetzen findet.[355] Entsprechend findet sie sowohl in der Rechtssetzung als auch in der Rechtsanwendung, aber vorwiegend im polizeilichen Realakt ihren Ausdruck[356] und erfüllt unterschiedlichste Einzelaufgaben, wovon die Gefahrenabwehr und Störungsbeseitigung nur eine unter vielen ist.[357]

---

[352] Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 2431, wo zudem auch noch Gesundheit und Sittlichkeit sowie Treu und Glauben im Geschäftsverkehr genannt werden.

[353] BREITSCHMID, ZBl 84/1983 S. 289 ff.; ZÜND/ERRASS, Sicherheit & Recht 3/2012 S. 162 ff., 166 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 2431.

[354] BGE 100 II 112; BGer vom 23. Oktober 1980 E. 6a, SJ 1981, S. 114 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 2433.

[355] HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 2431; ZÜND/ERRASS, Sicherheit & Recht 3/2012 S. 162 ff., 166 ff. m.Vw.a. ZÜND/ERRASS, ZBJV 2011, S. 264 m.w.Hw.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 11 N 5; LOBSIGER, S. 175 f.; vgl. auch FOLKE SCHUPPERT, S. 306 ff.; LA TORRE, S. 9 ff.; MÖLLERS, S. 272 ff.; GUSY, Rz. 71; PIEROTH, S. 55; SALADIN, Wozu noch Staaten?, S. 38 ff.

[356] HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 2431; ZÜND/ERRASS, Sicherheit & Recht 3/2012 S. 167.

[357] Für eine weitere Aufzählung der einzelnen Polizeiaufgaben siehe ZÜND/ERRASS, Sicherheit & Recht 3/2012 S. 162 ff., 166 ff. m.Vw.a. RAUBER, S. 45 ff.; GAMMA, S. 36 ff.; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 21 ff.; DENNINGER, S. 184 ff.

Der Schutz der **öffentlichen Ordnung** bleibt aber bei allen unterschiedlichen Einzelaufgaben die zentrale Mission der Polizei.[358] Wo diese unmittelbar gefährdet oder schwer gestört wird, hat die Polizei nicht nur mit Blick auf den Schutz der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie und allenfalls davon abgeleiteten Schutzpflichten einzuschreiten,[359] sondern auch aufgrund ihres Verfassungsauftrags, die öffentliche Ordnung zu erhalten.[360] Das Bundesgericht hat denn auch im Zusammenhang mit Hausbesetzungen immer wieder festgehalten, dass diese nicht nur die privaten Rechte des Hausbesitzers bzw. des Hauseigentümers, sondern auch die öffentliche Ordnung beschlagen. So hat das Bundesgericht bereits in seinem Entscheid vom 23. Oktober 1980 zum Besitzesschutz ausgeführt, dass die öffentliche Ordnung nicht nur gestört ist, «*... lorsque par menaces, violences ou autres moyens de contrainte, un citoyen est chassé de son domicile ou empêché d'y rentrer*», sondern auch solange bedroht bleibt «*... que la victime de l'usurpation est en droit de reprendre possession de la chose par la force*».[361] Am 8. Mai 1991 bestätigte das Bundesgericht diese Rechtsprechung, indem es ausdrücklich anerkannte, dass der Besitzesentzug und die Besitzesstörung gemäss Art. 926 ZGB «*... portent atteinte non seulement aux intérêts du possesseur troublé ou évincé, mais aussi à l'ordre public*».[362] Dabei hebt das Gericht insbesondere hervor, dass der Schutz der öffentlichen Ordnung der Grund ist, weshalb das Bundeszivilrecht in Art. 926-929 ZGB einen possessorischen Besitzesschutz gewährt und verweist hierzu namentlich auf die von STARK und LINDEMANN erkannte Friedensfunktion des Besitzesschut-

---

[358] Vom Kern polizeilicher Tätigkeit sprechen ZÜND/ERRASS, Sicherheit & Recht 3/2012 S. 167; von Oberbegriff sprechen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 2433, STÄHLI, Sicherheit & Recht 2018, S. 10.

[359] Art. 35 Abs. 2 i.V.m. Art. 26 BV; WALDMANN, BSK-Art. 35 BV N 48 m.Vw.a. BGE 132 I 256 E. 43 ff.; BGE 119 Ia 28 E. 2; WALDMANN, a.a.O., Art. 26 BV N 28 m.Vw.a. BELSER/WALDMANN, Kap. 2 Rz. 12; BIAGGINI, Handbuch, § 112 Rz. 25; RIVA/MÜLLER-TSCHUMI, § 48 Rz. 15.

[360] Vgl. Art. 35 Abs. 1 BV.

[361] BGer vom 23. Oktober 1980 *re* K. E. 6c, SJ 1981, S. 114 ff.; zum Verhältnis zur Einwilligung in die Besitzesstörung als Ausschluss der Selbsthilfe siehe hiervor BT, I. C. 5. d).

[362] BGer vom 8. Mai 1991 *re* M. *et al.* ./. M. *et al.* E. 3a, SJ 1991, S. 602 ff., ZBl 1991, S. 552 ff. .

zes.[363] In dieselbe Richtung weist auch der Entscheid vom 11. Februar 1993, auf den noch zurückzukommen ist,[364] wonach die effektive Möglichkeit Eigentumsrechte einschliesslich des Besitzes wahrzunehmen «*... est une composante de l'ordre public*».[365] Folglich lässt sich nicht nur aufgrund der Lehre,[366] sondern auch der höchstrichterlichen Rechtsprechung feststellen, dass die faktischen Besitzverhältnisse unter geltendem Recht Teil der öffentlichen Ordnung sind.

Daran ändert auch nichts, dass die **private Gefahrenabwehr**, wie das Hausrecht nach Art. 186 StGB[367] und insbesondere die Jedermannsrechte[368]des Besitzesschutzes gemäss Art. 926 ZGB oder der Notwehr, des Notstands und der allgemeinen Selbsthilfe gemäss Art. 52 OR, nicht als Teil des Polizeimandats zu betrachten sind.[369] Wie ZÜND und ERRASS zutreffend festhalten, handelt es sich dabei um Ausnahmeregelungen, die «... für dem Bürger aufgezwungene Rechtsbrüche geschaffen [wurden und] nicht als Handlungsgrundlage für den Normalfall [polizeilichen] Tätigwerdens».[370] Die Selbsthilfe, *in concreto* der selbsthilfeweise bzw. faktische Besitzesschutz, soweit er nicht durch die rechtzeitige (polizei-)behördliche Unterstüt-

---

[363] BGer vom 8. Mai 1991 *re* M. *et al.* ./. M. *et al.* E. 3a, SJ 1991, S. 602 ff., ZBl 1991, S. 552 ff. m.Vw.a. STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 2 ff.; siehe hiervor BT, I. C. 1.

[364] Siehe hiernach BT, I. C. 6. c) cc).

[365] BGE 119 Ia 28 E. 2; BGer vom 11. Februar 1993, 1P.465/1991, 1P.183/1992 E. 2, ZBl 1993, S. 378 ff. m.Vw.a. bereits BGE 97 I 230 E. d für die Glaubens- und Gewissensfreiheit; BGE 12, S. 109 für die Versammlungs- und Meinungsäusserungsfreiheit; TRACHSEL, S. 146 ff., 155 *in medio*; MÜLLER, Kommentar, Rz. 78.

[366] Siehe hiervor BT, I. B. 3.

[367] ZÜND/ERRASS, Sicherheit & Recht 3/2012 S. 162 ff., 168 m.Vw.a. Art. 62f RVOG (SR 172.010); Art. 69 ParlG (SR 171.10); LINSI CHRISTIAN, LeGes 2006, S. 22 ff.; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 33 f.; GUSY, Rz. 76.

[368] ZÜND/ERRASS, Sicherheit & Recht 3/2012 S. 162 ff., 168 m.Vw.a. MOHLER, S. 419 N 1300.

[369] ZÜND/ERRASS, Sicherheit & Recht 3/2012 S. 162 ff., 168 f.

[370] Zwar mit Bezug auf Sicherheitsfirmen vgl. ZÜND/ERRASS, Sicherheit & Recht 3/2012 S. 162 ff., 168 f. m.Vw.a. PIEROTH/SCHLINK/KNIESEL, S. 97; HOFFMANN-RIEM, S. 1095 ff., 1110 ff.; MOHLER, S. 444 FN 2443; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 37 ff.

zung ausgeschlossen ist,[371] stellt keine «originäre polizeiliche Massnahme» dar. Dies hat aufgrund der Natur der Selbsthilfe[372] selbst dann zu gelten, wenn die Polizei gemäss gegenwärtiger Rechtsprechung gestützt auf die polizeiliche Generalklausel bzw. den Grundauftrag oder eine spezifischere Bestimmung des anwendbaren Polizeirechts zur Unterstützung berechtigt bzw. verpflichtet sein kann.[373]

cc) Voraussetzungen

Weitaus schwieriger zu beantworten ist dann allerdings die Frage, inwiefern die Polizeibehörden gemäss gegenwärtigem Recht aufgrund einer Störung der öffentlichen Ordnung auch eine **Interventionspflicht** trifft, die Besitzesstörung zu beseitigen bzw. den Besitz bei Entzug desselben wiederherzustellen. Damit sind die bereits hiervor ausführlich diskutierten Voraussetzungen für die Schutzpflicht angesprochen, die sich nicht nur in Form von Gesetzgebung und Rechtsanwendung bzw. Gesetzesauslegung, sondern auch in Form eines Individualanspruchs von Art. 26 BV ableiten lässt.[374]

Vom **Bundesgericht** wurde diese Frage bislang insbesondere auch für Hausbesetzungen nur fragmentarisch beantwortet: Am 29. November 1979 erklärte das Bundesgericht in BGE 105 Ia 330 noch ziemlich apodiktisch, dass ein Eigentümer von der Eigentumsgarantie «... als Bestandesgarantie und Freiheitsrecht, das den Bürger vor Eingriffen des Staates in seine Rechtssphäre schützt, ...» keine Leistungsansprüche gegenüber dem Staat ableiten kann.[375] Umgekehrt hielt es dann in seinem Entscheid vom 21. November 1990 – allerdings für die Vollstreckung eines rechtskräftigen Räumungsbefehls – fest, dass diese von der Polizei nicht wegen befürchteter Störungen der öffentlichen Ordnung verweigert werden darf. Die Verweigerung der Polizei, einen rechtskräftigen Entscheid gemäss Art. 927 ZGB nach angeordne-

---

[371] Siehe hiervor BT, I. C. 6. b).

[372] Siehe hiervor BT, I. A. 2.

[373] BREITSCHMID, ZBl 84/1983 S. 289 ff. m.Vw.a. § 58 PolG ZH; vgl. auch STÄHLI, Sicherheit & Recht 2018, S. 8 ff.

[374] Siehe hiervor BT, I. B. 3.

[375] BGE 105 Ia 330 E. 3d S. 337 f. mit Hinweisen auf BGE 83 I 149 und BGE 61 I 231; diese Rechtsprechung bezog sich allerdings auf die Erschliessungsleistungen und Dienste öffentlicher Anstalten, welche die Voraussetzung für die Ausübung der Baufreiheit bilden.

ter Vollstreckung umzusetzen, stellt eine formelle Rechtsverweigerung dar und verletzt die Eigentumsgarantie sowie den Grundsatz der Gewaltenteilung.[376]

In seinem Entscheid 1P.624/1989 vom 8. Mai 1991 hält das höchstschweizerische Gericht sodann fest, dass die kantonalen Behörden gestützt auf die polizeiliche Generalklausel bzw. den Grundauftrag, d.h. «*... en l'absence de dispositions spécifiques,* [...] *sur la base des règles concernant le maintien de l'ordre public ...*» eingreifen bzw. «*...venir à l'aide du possesseur ...*» können.[377] Darüberhinaus – so die weiteren Ausführungen des Gerichts – bleibt es **Sache des kantonalen Rechts** zu bestimmen, ob dem Hausbesitzer polizeiliche Hilfe gewährt werden kann und von welcher Behörde diese anzuordnen ist. [378] Wie aus einem späteren Entscheid erhellt, können die einschlägigen Gesetze dabei selbst eine Abwägung der involvierten Interessen vorgeben, indem sie festlegen, welche Verhaltensweisen unzulässig sind, weil sie eine unerlaubte Gefährdung darstellen.[379] Folglich ergibt sich die Tragweite der grundrechtlichen Schutzpflicht zunächst aufgrund der richtigen Anwendung der einschlägigen Gesetze.[380] Wo das kantonale Recht keine entsprechend konkrete Vorgaben enthält, weil es beispielsweise nur eine polizeiliche Generalklausel oder einen Grundauftrag bereithält, können die kantonalen Polizeibehörden dem Besitzer auch aufgrund dieser Regeln zur Aufrechterhaltung der öf-

---

[376] BGer vom 21. November 1990 *re* S.I. Rue Philippe-Plantamour-Léman ./. A. *et al.*, SJ 1991, S. 607 ff., ZBl 1991, S. 218 ff.

[377] BGer vom 8. Mai 1991 *re* M. *et al.* ./. M. *et al.* E. 3a, SJ 1991, S. 602 ff., ZBl 1991, S. 552 ff. m.Vw.a. STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 2 ff.

[378] BGer 1P.624/1989 E. 3a, M. *et al.* ./. M. *et al.* vom 8. Mai 1991, SJ 1991, S. 601 ff., ZBl 1991, S. 552 ff., S. 554 f., wonach Art. 926 Abs. 2 ZGB den Besitzer einer Liegenschaft ermächtige, jeden Angreifer, der durch Gewalt oder heimlich darin eingedrungen ist, sofort daraus zu vertreiben; es sich dabei um ein Selbsthilferecht handelt, welches grundsätzlich weder der Mithilfe noch der Zustimmung der Behörde bedarf; diese jedoch, obwohl das Gesetz dies nicht ausspricht, ohne Bundesrecht zum Nachteil des Eindringlings zu verletzen, dem Besitzer Hilfe leisten und ihrerseits durch ihre Beamten zur Ausweisung schreiten kann.

[379] BGE 126 II 300 E. 5b m.w.Hw. zum Umweltschutzrecht.

[380] BGE 126 II 300 E. 5c S. 315 mit Hinweisen; vgl. zur entsprechenden Bindnungsform der Schutzpflicht hiervor

fentlichen Ordnung, wie Art. 41 Abs. 1 lit. c GOG GE, zu Hilfe kommen.[381] Ein absoluter Schutz ist aber weder durch Gesetze oder Behördenentscheide zu erreichen, würde dies doch auch Rechte Dritter beschneiden, die ebenfalls verfassungsrechtlichen Schutz geniessen.[382] Immerhin erschliesst sich aus dieser Rechtsprechung, dass die polizeiliche Generalklausel bzw. den Grundauftrag – vorausgesetzt sie bzw. er gelangt zur Anwendung – bereits eine Polizeiintervention legitimieren kann.[383]

Am 11. Februar 1993 befasste sich das Bundesgericht schliesslich in BGE 119 Ia 28 eingehend mit der Frage der Interventionspflicht. Obschon es nicht grundsätzlich ausschloss, dass der Hausbesitzer aufgrund von Art. 26 BV, befugt ist, die zwangsweise Ausschaffung von Hausbesetzern von der Polizei einzufordern, weil die Hausbesetzung «... in der Tat eine flagrante Verletzung seines Eigentumsrechts ...» darstellt, liess es die Frage letztlich *in casu* offen. Dennoch enthält der Entscheid mehrere bundesrechtliche Präzisierungen zu einer **grundsätzlichen Interventionspflicht** der kantonalen Polizei: (1) Auch für den von der Eigentumsgarantie erfassten Besitz[384] wird eine grundsätzliche Schutzpflicht gegenüber Dritten anerkannt, weil «... *selon les conceptions* [...] *sur le rôle et la portée des droits fondamentaux, ce devoir d'intervention existe en principe de façon générale, en rapport avec* [...] *le droit de propriété* ...».[385] (2) Diese Schutzpflicht fällt auch der Polizei

---

[381] BGer 1P.624/1989 E. 3a, M. *et al.* ./. M. *et al.* vom 8. Mai 1991, SJ 1991, S. 601 ff., ZBl 1991, S. 552 ff., S. 554 f., wonach Art. 926 Abs. 2 ZGB den Besitzer einer Liegenschaft ermächtige, jeden Angreifer, der durch Gewalt oder heimlich darin eingedrungen ist, sofort daraus zu vertreiben; es sich dabei um ein Selbsthilferecht handelt, welches grundsätzlich weder der Mithilfe noch der Zustimmung der Behörde bedarf; diese jedoch, obwohl das Gesetz dies nicht ausspricht, ohne Bundesrecht zum Nachteil des Eindringlings zu verletzen, dem Besitzer Hilfe leisten und ihrerseits durch ihre Beamten zur Ausweisung schreiten kann; vgl. auch mit Bezug auf § 58 PolG ZH BREITSCHMID, ZBl 84/1983 S. 289 ff., 291 ff. m.Vw.a. BOBST MAX, SJZ 1951, S. 292 ff.

[382] BGE 126 II 300 E. 5b m.w.Hw. zum Umweltschutzrecht.

[383] Bereits BREITSCHMID, ZBl 84/1983 S. 289 ff., 291 ff., wonach mit Art. 52 Abs. 3 OR, Art. 59 Abs. 2 OR, Art. 274 OR und Art. 283 Abs. 2 SchKG auch andere Anhaltspunkte im positiven Recht zu finden sind, die polizeilichen Handlungsraum eröffnen, m.Vw.a. SCHWARZENBACH-HANHART, S. 166; FRIAUF, S. 182; DÜRR, S. 66 f.

[384] Siehe hiervor BT, I. B. 2. b).

[385] BGE 119 Ia 28 E. 2; BGer vom 11. Februar 1993, 1P.465/1991, 1P.183/1992 E. 2, ZBl 1993, S. 378 ff. m.Vw.a. bereits BGE 97 I 230 E. d für die Glaubens- und Gewissensfreiheit; BGE 12, S. 109 für die

zu, wenn festgehalten wird, dass *«... la police [...] doit agir lorsqu'une personne est entravée ou menacée dans l'exercice d'un droit fondamental ...*».[386] (3) Der Interventionsanspruch des Hauseigentümers bzw. des Hausbesitzers gegenüber der Polizei zwecks Ausschaffung der Hausbesetzer kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden (wörtlich: «*Le Tribunal fédéral ne saurait donc exclure d'emblée que, sur la base de l'art.* [26] *Cst., le recourant ait le droit d'exiger l'expulsion forcée des squatters...*»).[387] (4) Hausbesetzungen stellen eine krasse Beeinträchtigung des Hauseigentums bzw. des Hausbesitzes dar (wörtlich: *«... en effet, leur comportement est une atteinte flagrante à son droit de propriété*»).[388] (5) Der Interventionsanpruch besteht weder unbedingt noch absolut (wörtlich: «*... ne serait pas absolue ou inconditionnelle ...»).*[389] (6) Der Grundrechtseingriff muss schwerwie-

---

Versammlungs- und Meinungsäusserungsfreiheit; TRACHSEL, S. 146 ff., 155 *in medio*; MÜLLER, Kommentar, Rz. 78.

[386] BGE 119 Ia 28 E. 2; BGer vom 11. Februar 1993, 1P.465/1991, 1P.183/1992 E. 2, ZBl 1993, S. 378 ff. m.Vw.a. bereits BGE 97 I 230 E. d für die Glaubens- und Gewissensfreiheit; BGE 12, S. 109 für die Versammlungs- und Meinungsäusserungsfreiheit; TRACHSEL, S. 146 ff., 155 *in medio*; MÜLLER, Kommentar, Rz. 78; vgl. zu einer allfälligen Antragspflicht BREITSCHMID, ZBl 84/1983 S. 289 ff., 291 ff.

[387] BGE 119 Ia 28 E. 2; BGer vom 11. Februar 1993, 1P.465/1991, 1P.183/1992 E. 2, ZBl 1993, S. 378 ff. m.Vw.a. bereits BGE 97 I 230 E. d für die Glaubens- und Gewissensfreiheit; BGE 12, S. 109 für die Versammlungs- und Meinungsäusserungsfreiheit; TRACHSEL, S. 146 ff., 155 *in medio*; MÜLLER, Kommentar, Rz. 78; folgend VALLENDER/HETTICH, St. Galler-Kommentar-Art. 26 BV N 15 ff.; MARTENET, S. 71 ff.; MÜLLER/SCHEFER, Rechtsprechung, S. 113 f. und XII; vgl. auch KassGer ZH, ZBl 1987 S. 545 E. 2 S. 546 btreffend Ausdrückungspflicht zum polizeilichen Schutz des Privateigentums; SCHEFER, AJP 2002 S. 1131 ff., 1134 f.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Rz. 815; WALDMANN, Eigentum, S. 656; DUBEY, Rz. 87; LIENHARD, recht 2002, S. 125 ff., 127 f.; vgl. auch EGMR Urteil Nr. 9310/81 vom 21. Februar 1990 (Powell and Rayner ./. Vereinigtes Königreich); EGMR Urteil Nr. 24699/94 vom 28. Juni 2001 (Verein gegen Tierfabriken ./. Schweiz); vgl. auch SCHEFER, Kerngehalte, S. 247 f., 251 m.w.Hw.; vgl. auch zu Art. 1 Zustatzprotokoll Nr. 1 zur EMRK; EGMR Urteil Nr. 66610/09 vom 29. Januar 2013, Ziff. 39 (Zolotas ./. Greece); CONSEIL DE L'EUROPE, Manuel, S. 73 ff.

[388] BGE 119 Ia 28 E. 2; BGer vom 11. Februar 1993, 1P.465/1991, 1P.183/1992 E. 2, ZBl 1993, S. 378 ff. m.Vw.a. bereits BGE 97 I 230 E. d für die Glaubens- und Gewissensfreiehti; BGE 12, S. 109 für die Versammlungs- und Meinungsäusserungsfreiheit; TRACHSEL, S. 146 ff., 155 *in medio*; MÜLLER, Kommentar, Rz. 78.

[389] BGE 119 Ia 28 E. 2; vgl. auch BGE 126 II 300 E. 5a m.w.Hw. zum Umweltschutzrecht.

gend sein, weil der Einzelne «*...n'est pas fondé à réclamer une intervention de la force publique pour la sauvegarde de n'importe lequel de ses droits fondamentaux,* [...] *il faut qu'un "droit qualifié" soit compromis*».[390] (7) Die Interventionspflicht bemisst sich – unabhängig vom betroffenen Grundrecht – nach dem Opportunitätsprinzip und hängt in jedem Fall von der «*... gravité de l'atteinte et de l'ensemble des circonstances dans lesquelles la police est appelée à agir...*» ab.[391] Dies gilt insbesondere, wenn die Intervention «*... nécessite des moyens importants ou lorsqu'elle pourrait être la cause de nouvelles perturbations de l'ordre public ...*».[392] (8) Der Polizei und den ihr vorgesetzten Behörden muss «*... un large pouvoir d'appréciation ...*» zugestanden werden.[393]

Die *in concreto* vom Bundesgericht vorgetragene Prüfung einer Interventionspflicht, die – wie bereits gesagt – *in casu* zu einer Verneinung der Interventionspflicht geführt hat, lässt aufbauend auf die Erkenntnisse zu den grundrechtlichen Schutzpflichten[394] und den vorangehenden Bemerkungen zur allgemeinen Interventionspflicht ein exemplarisches Prüfungsraster für die Voraussetzungen einer **konkreten Interventionspflicht** erkennen: (1) schwere Störung (wörtlich: «*... en effet, leur comportement est une atteinte flagrante à son droit de propriété*»),[395] (2) verfügbare Interventionsmöglichkeiten (wörtlich: «*Dans le canton de Genève, il existe un seul corps de police qui est placé sous l'autorité du Département de justice et police ...*»),[396] (3) gesetzliche Grundlage, wonach «*..., le*

---

[390] BGE 119 Ia 28 E. 2 m.Vw.a. MÜLLER, Kommentar, Rz. 78 für das Recht auf Leben, die persönliche Freiheit und die Meinungsfreiheit); BREITSCHMID, ZBl 84/1983, 293 Ziff. 8.

[391] BGE 119 Ia 28 E. 2; vgl. bereits BREITSCHMID, ZBl 84/1983 S. 289 ff., 291 ff.

[392] BGE 119 Ia 28 E. 2; vgl. auch BGE 126 II 300 E. 5a m.w.Hw. zum Umweltrecht.

[393] BGE 119 Ia 28 E. 2.

[394] Siehe hiervor BT, I. B. 3.

[395] BGE 119 Ia 28 E. 2; BGer vom 11. Februar 1993, 1P.465/1991, 1P.183/1992 E. 2, ZBl 1993, S. 378 ff. m.Vw.a. bereits BGE 97 I 230 E. d für die Glaubens- und Gewissensfreiheit; BGE 12, S. 109 für die Versammlungs- und Meinungsäusserungsfreiheit; TRACHSEL, S. 146 ff., 155 *in medio*; MÜLLER, Kommentar, Rz. 78; vgl. auch BREITSCHMID, ZBl 84/1983 S. 289 ff., 291 ff., wonach sowohl die Natur des bedrohten Rechtsgut als auch die Natur der Bedrohung selbst zu berücksichtigen sind.

[396] BGE 119 Ia 28 E. 2 m.Vw.a. Art. 1 und Art. 3 Abs. 1 LPol GE (26. Oktober 1957).

Procureur général ordonne l'intervention de la police en vertu de son devoir de veiller en général à tout ce qui peut concerner l'ordre public ...»),[397] (4) Verhältnismässigkeit (wörtlich: «... *que le principe de la proportionnalité devait être pris en considération* ...»)[398] und (5) Interessenabwägung, wonach «... *en situation de crise aiguë dans le domaine du logement, l'usage de la force tendant simplement à maintenir des logements vides pourrait provoquer des troubles graves* ...»,[399] und der privaten Interessen der Hausbesetzer, wonach «... *les occupations d'immeubles* [...] *n'ont pas été seulement destinées à satisfaire des besoins ou désirs personnels de leurs auteurs* ...»,[400] und derjenigen des Hausbesitzers, obschon «... *les intérêts privés n'étaient pas seuls déterminants* [...] *tant que le propriétaire ne voulait pas utiliser le bâtiment ni entreprendre des travaux conformes à la législation applicable*».[401]

Die so umrissene konkrete Interventionspflicht der Polizeibehörden scheint das Bundesgericht dann auch in seinem Entscheid 1P.175/2002 vom 10. Mai 2002 zu bestätigen. Allerdings – was vor dem Hintergrund der hiervor zusammengefassten[402] klaren *obiter dicta* des BGE 119 Ia 28 erstaunen mag – betont das Bundesgericht beinahe zehn Jahre später, dass «... *ce dernier* [*i.e.* BGE 119 Ia 28] *n'a pas tranché le point de savoir si la garantie de la propriété permettait d'exiger une prestation positive de l'Etat sous la forme d'une évacuation forcée des squatters* ...». Da ein von Art. 26 BV abgeleiteter Schutzanspruch ohnehin kein absoluter und unbedingter ist, meint das Bundesgericht die Frage auch hier offen lassen zu können, um dann aber *in concreto* aufgrund einer **Interessenabwägung und der Verhältnismässigkeit** zu entscheiden, ob die Polizei unverzüglich eingreifen

---

[397] BGE 119 Ia 28 E. 2 m.Vw.a. Art. 41 Abs. 1 lit. c GOG GE; BGer 1P.624/1989 vom 8. Mai 1991 *re* M. *et. al.* ./. M. *et al.* E. 3a; SJ 1991, S. 604; ZBl 1991, S. 555; vgl. auch BREITSCHMID, ZBl 84/1983 S. 289 ff., 291 ff.

[398] BGE 119 Ia 28 E. 2.

[399] BGE 119 Ia 28 E. 2.

[400] BGE 119 Ia 28 E. 2.

[401] BGE 119 Ia 28 E. 2.

[402] Siehe hiervor BT, I. C. 6. c) cc).

muss.[403] Obgleich dem Ergebnis dieser Argumentation zugestimmt werden kann, so bleibt sie doch zumindest etwas irritierend: Wie kann die Existenz eines Anspruchs offenbleiben, weil er kein absoluter ist? – Um ein absoluter oder ein verhältnismässiger zu sein, muss er überhaupt einer sein. Hier werden offensichtlich die Existenz und die Qualität des Anspruchs bzw. der Staatspflicht argumentativ vermischt. – Wie bereits in BGE 119 Ia 28 festgehalten, kann auch dieser Entscheid nur dahin gelesen werden, dass sich grundsätzlich auch von der Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 BV staatliche Schutzpflichten ableiten lassen. Ob diese jedoch im Einzelfall in Anspruch genommen werden können, hängt von einer Interessenabwägung und der Verhältnismässigkeit ab.

Etwas mehr als nur eine zögerliche Bestätigung erfährt BGE 119 Ia 28 dann nochmals vier Jahre später im Entscheid 1P.109/2006 vom 22. Juni 2006,[404] obschon auch hier die Schutzpflicht *in casu* verneint wurde. Zunächst betont das Bundesgericht wiederum, dass es bislang die Frage offengelassen hat, ob von der Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 BV eine Schutzpflicht im Sinne einer Interventionspflicht abgeleitet werden kann,[405] um daran anschliessend zu erklären, dass eine solche Pflicht ohnehin keine absolute und unbedingte ist.[406] Dann aber weist es darauf hin, dass mit Blick auf die Polizeiintervention letztlich das **Opportunitäts- und Subsidiaritätsprinzip** massgebend bleiben, wenn die Verpflichtung der Polizei aufgrund der in BGE 119 Ia 28 erwähnten Voraussetzungen «*... à l'opportunité de l'intervention ...*» unterstellt ist.[407] Wird zudem berücksichtigt, dass bei einem

---

[403] BGer 1P.175/2002 E. 3.2 m.Vw.a. BGE 119 Ia 28.

[404] BGer 1P.109/2006 E. 4.1 m.Vw.a. BGer vom 23. Oktober 1980 E. 6c, SJ 1981 S. 114; BGer 1P.175/2002 E. 3.1; vgl. auch BGE 119 Ia 28 E. 2.

[405] BGer 1P.109/2006 E. 4.1 m.Vw.a. BGE 119 Ia 28 E. 2; BGer 1P.175/2002 E. 3.2: «*Le Tribunal fédéral a reconnu un tel devoir d'intervention pour protéger la liberté de conscience et de croyance (ATF 97 I 221 consid. 4d p. 230) ou la liberté de réunion et d'expression (ATF 12 p. 93 consid. 5 p. 108 s.), mais il ne l'a pas étendu à tous les droits fondamentaux. Il a en particulier laissé la question indécise s'agissant de la garantie de la propriété ...*».

[406] BGer 1P.109/2006 E. 4.1: «*Au demeurant, un éventuel devoir d'intervention de l'Etat, requis par un citoyen atteint dans l'un de ses droits fondamentaux, ne saurait exister de façon absolue ou inconditionnelle*».

[407] BGer 1P.109/2006 E. 4.1 m.Vw.a. BGE 119 Ia 28 E. 2; vgl. auch BREITSCHMID, ZBl 84/1983 S. 289 ff., 291 ff., wonach die Subsidiarität vorliegend für den Polizeischutz nicht nur eine organisatorische

Rechtstreit zwischen Privaten grundsätzlich das Zivilgericht zuständig ist, rechtfertigt sich eine Polizeiintervention nur, wenn «*... la valeur des intérêts en jeu et la gravité de l'atteinte qui leur est portée nécessitent une intervention immédiate, impossible à obtenir en temps utile par la voie civile ...*».[408] Weiter schreibt das Bundesgericht: «*Dans ces conditions, les recourantes ne sauraient être suivies lorsqu'elles affirment qu'une évacuation est impossible au terme d'une procédure civile; à tout le moins, elles ne l'ont pas établi. Ne serait-ce que pour cette raison, l'art. 26 Cst. n'imposait pas à l'Etat d'intervenir pour évacuer les squatters dans le cas d'espèce*».[409] Dieser Gerichtsentscheid zeigt in anschaulicher Weise, mit welchem Problem sich der Hausbesitzer, der zwischen polizeilichem und zivilrechtlichem Besitzesschutz zu wählen hat, konfrontiert ist. Es stehen einander – wie dies bereits BREITSCHMID erkannt hat – Institutionen der Exekutive und Judikative gegenüber, was nach einer «überzeugenderen Abgrenzung der konkurrierenden Instanzen» verlangt.[410] Denn dem polizeilichen Besitzesschutz kann nur solange ein Vorrang gegenüber den Zivilgerichten zukommen, als das polizeiliche Handeln den allgemeinen Grundsätzen der Verhältnismässigkeit, der Opportunität sowie der Ausrichtung auf die Störer entspricht. Dabei steht – wie vom Bundesgericht erkannt – das Opportunitätsprinzip im Vordergrund.[411] Entsprechend verfügen die Polizeibehörden über einen weiten Ermessensspielraum und lässt sich die Pflicht zur Polizeiintervention nicht alleine aufgrund einer qualifizierten Beeinträchtigung oder Gefährdung des Rechts und einer objektiven Abwägung der involvierten Interessen ableiten, sondern sind auch tatsächliche Begebenheiten sowie die begrenzten Polizeikapazitäten zu berücksichtigen.[412] Dabei bleiben aber der Polizei in orga-

---

innerpolizeiliche, sondern eine prinzipielle ist, die aus dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Gewaltenteilung folgt.

[408] BGer 1P.109/2006 E. 4.1 m.Vw.a. BGer vom 23. Oktober 1980 *re* K. E. 6c, SJ 1981, S. 114 ff., 122; BGer 1P.175/2002 E. 3.1; vgl. auch BGE 119 Ia 28 E. 2.

[409] BGer 1P.109/2006 E. 4.2.

[410] BREITSCHMID, ZBl 84/1983 S. 289 ff., 291 ff.

[411] Ebenso BREITSCHMID, ZBl 84/1983 S. 289 ff., 291 ff.

[412] HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2445 ff. m.Vw.a. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 477 f.; BREITSCHMID, ZBl 84/1983 S. 289 ff., 291 ff., wonach bei der Prüfung der Opportunität keine allzu strengen Massstäbe angelegt werden dürfen, die zu einer Beeinträchtigung der Rechtssicherheit führen könnten, doch muss der Polizei die Möglichkeit belassen sein, querulatorische, schikanöse oder sonstwie

nisatorischer (Vorrang der Gerichte), qualitativer (bessere Eignung der Polizeiintervention) und inhaltlicher Hinsicht (Schutz der Möglichkeit zur Rechtsdurchsetzung) enge Grenzen gesetzt.[413]

dd) Fazit Interventionspflicht

Im Ergebnis lässt sich aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts also folgendes Bild zeichnen: Hausbesetzungen stellen eine krasse Beeinträchtigung des Besitzes dar und stören immer auch das Polizeigut der öffentlichen Ordnung, solange sich der Hausbesitzer mit der Situation nicht abgefunden hat. Obschon der Hausbesitzer grundsätzlich einen Interventionsanspruch gegenüber den Polizeibehörden hat, besteht ein solcher im **Einzelfall** nicht absolut und unbedingt. In einklagbarer Weise sind die Polizeibehörden aufgrund entsprechender gesetzlicher Grundlage nur bei Hausbesetzungen, von denen sie Kenntnis haben und gegen die in Abwägung der gegebenen Interessen verhältnismässige polizeiliche, nicht aber rechtzeitig zivilgerichtliche oder andere staatliche Massnahmen möglich sind, zum Eingreifen verpflichtet.[414]

d) Fazit Behördenschutz

Wie das Bundesgericht bestätigt hat, können die kantonalen Behörden dem Hausbesitzer für sein Selbsthilferecht gemäss Art. 926 ZGB aufgrund der Regeln zur Aufrechterhaltung der **öffentlichen Ordnung** beistehen, wobei grundsätzlich das kantonale Recht die Voraussetzungen solcher Hilfe bestimmt. Allerdings sind auch die Kantonsbehörden an das Bundesrecht gebunden, weshalb auch diese die Grundsätze des rechtstaatlichen Handelns, der Subsidiarität und des Willkürver-

---

offensichtlich unberechtigte Anliegen nicht zu verfolgen, m.Vw.a. LANDMANN, S. 29; GÖTZ, S. 70 f.; BOBST MAX, SJZ 1951, S. 292 ff., S. 293; DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 168 Ziff. 4 f.; vgl. auch OGer ZH, ZBl 1985, S. 220 ff. betreffend Bewilligung einer Demonstration und Schaden eines Café-Besitzers.

413 BREITSCHMID, ZBl 84/1983 S. 289 ff., 291 ff.

414 Siehe hiervor BT, I. C. 6. c) aa)-cc); Ebenso WALDMANN, BSK-Art. 35 BV N 51; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, S. 603; RIVA/MÜLLER-TSCHUMI, S. 770; BIAGGINI, OFK-Art. 26 N 6; SUTTER, Sicherheit & Recht 2009 S. 175 ff., 178 f.; alle gestützt auf BGE 119 Ia 28 E. 2; BGer 1P.109/2006 E. 4.1; vgl. auch BREITSCHMID, ZBl 84/1983 S. 289 ff., 291 ff., wonach der polizeiliche Privatrechtschutz im allgemeinen einen für die bloss provisorische Ordnung des Streitfalls genügenden Willkürschutz bieten kann.

bots sowie die allgemeinen Verfahrensgarantien und die einschlägigen Grundrechte einhalten müssen.[415]

Die Verfügbarkeit der amtlichen Hilfe schliesst sowohl nach Lehre als auch Rechtsprechung die **Selbsthilfe** aus. Wo also aufgrund einer *ex ante* Betrachtung keinerlei Gefahr im Verzug ist, muss amtliche Hilfe beigezogen werden. Wer dennoch Gewalt anwendet, überschreitet die Grenzen der erlaubten Selbsthilfe. Gemäss Art. 926 Abs. 3 ist unter Umständen die Anrufung amtlicher Hilfe auch dann angezeigt, wenn die Selbsthilfe mangels sofort verfügbarer amtlicher Hilfe grundsätzlich möglich wäre. Als amtliche Hilfe gilt auch die polizeiliche Unterstützung.[416]

Solange sich der Hausbesitzer mit der Hausbesetzung nicht abgefunden hat, stellt diese eine krasse Beeinträchtigung des Besitzes dar und stört immer auch die öffentliche Ordnung. Damit hat der Hausbesitzer grundsätzlich einen **Interventionsanspruch** gegenüber den Polizeibehörden, doch ist dieser nicht absolut. Zum Eingriff verpflichtet ist die Polizei nur aufgrund (1) entsprechender gesetzlicher Grundlage (2) für Hausbesetzungen, von denen sie Kenntnis hat und gegen die (3) in Abwägung der gegebenen Interessen (4) verhältnismässige polizeiliche, nicht aber rechtzeitig zivilgerichtliche oder andere staatliche Massnahmen (5) möglich sind.[417]

7. Fazit faktischer Besitzesschutz

Der Hausbesitzer kann unter Umständen mittels Selbsthilfe Angriffe auf seinen Besitz abwehren (Art. 926 Abs. 1 ZGB) oder den verlorenen Besitz der Liegenschaft bzw. des Grundstücks wiedererlangen (Art. 926 Abs. 2 ZGB), bevor er hierzu um staatliche bzw. gerichtliche Hilfe nachsucht. Dem so gewährten faktischen Besitzesschutz kommt als Teil des possessorischen Besitzesschutzes eine **Friedensfunktion** zu, die nicht mehr dem Eigentumsschutz des Hauseigentümers, sondern dem Schutz vor Eigenmacht anderer wie z.B. Hausbesetzern dient. Ein solcher Schutz setzt grundsätzlich nur (1) die Widerrechtlichkeit der Besitzesverletzung, (2) die faktische Herrschaft des Verletzten über die Sache und (3) die Verhältnismässigkeit der Schutzmassnahmen voraus.[418]

---

[415] Siehe hiervor BT, I. C. 6. a).

[416] Siehe hiervor BT, I. C. 6. b).

[417] Siehe hiervor BT, I. C. 6. c).

[418] Siehe hiervor BT, I. C. 1.

Gemäss Art. 926 Abs. 1 ZGB steht die Besitzeswehr als «Defensivmittel» zur Abwehr gegenwärtiger **Besitzesstörungen** zur Verfügung, die über eine vernünftige und notwendige Konsequenz des menschlichen Zusammenlebens hinausgehen, wobei weder Gewaltanwendung noch schuldhaftes Verhalten vorausgesetzt ist. Als Abwehrmassnahme ist jede verhältnismässige auf die Beseitigung der Störung gerichtete Handlung zulässig. Entsprechend sind auch Massnahmen zur Erschwerung oder Eingrenzung der Hausbesetzung zulässig. Ein Klagerecht vermittelt Art. 926 Abs. 1 ZGB allerdings dem Hausbesitzer nicht.[419]

Gemäss Art. 926 Abs. 2 steht die Besitzeskehr als «Gegenoffensive» zur Verfügung, wenn die Sache, vorliegend die Liegenschaft, entzogen wurde. Hier darf sich der Besitzer der Liegenschaft wieder bemächtigen. Da dies nicht mehr als Notwehr qualifiziert, setzt dieses Selbsthilferecht zusätzlich voraus, dass der **Besitzesentzug** gewaltsam oder heimlich erfolgt und der Besitzer «sofort» reagiert. Gewalt liegt bereits dann vor, wenn Hindernisse beseitigt werden, um sich der Liegenschaft zu bemächtigen. Sind diese zusätzlichen Voraussetzungen erfüllt, kann der Besitzer alles unternehmen, was nach den Umständen erforderlich ist, um die faktische Herrschaft an der Liegenschaft wieder zu erlangen, wobei ihm jedoch auch hier kein zivilrechtliches Klagerecht verschafft wird.[420]

Nach vorherrschender Auffassung geht Art. 926 Abs. 2 ZGB als *lex specialis* der **allgemeinen Selbsthilfe** von Art. 52 Abs. 3 OR vor. Allerdings sollte sich der Hausbesitzer, der nicht sofort gegen die Hausbesetzung einschreitet, bei einer differenzierten Betrachtungsweise unter Umständen auf Art. 52 Abs. 3 OR berufen können, obschon er sich nicht mehr auf Art. 926 Abs. 2 ZGB abstützen kann.[421]

Gemäss Art. 926 Abs. 1 ZGB kann sich der Hausbesitzer gegen Hausbesetzer, die ihm die faktische Herrschaft über seine Liegenschaft nicht ganz entzogen haben, solange wehren, als die Besitzesstörung andauert und er nicht in die Störung eingewilligt hat.[422] Gemäss Art. 926 Abs. 2 ZGB hat die Besitzeskehr «**sofort**» zu erfolgen. Dies ist aufgrund der Rechtsprechung gegeben, wenn (1) der Hausbesitzer unmittelbar nach der Hausbesetzung Anstalten zur Wiedererlangung seiner Lie-

---

[419] Siehe hiervor BT, I. C. 2.

[420] Siehe hiervor BT, I. C. 3.

[421] Siehe hiervor BT, I. C. 4.

[422] Siehe hiervor BT, I. C. 5. b).

genschaft trifft und (2) er diese nicht einstellt, sich also nicht auch nur provisorisch mit der Situation abfindet.[423] Sobald er seine Besitzeskehrmassnahmen unter Umständen einstellt, die ihm als ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung ausgelegt werden können, erlischt sein Besitzeskehrrecht. Mehrjähriges Dulden der Hausbesetzung stellt daher eine konkludente Einwilligung dar, nicht aber das Unterlassen, die Polizei herbeizurufen.[424]

Die Selbsthilfe gemäss Art. 926 ZGB bleibt zudem nur solange zulässig, als amtliche Hilfe – *ex ante* betrachtet – nicht rechtzeitig verfügbar ist.[425] Dabei kann die kantonale Polizei dem Hausbesitzer für seine Selbsthilfe gestützt auf den allgemeinen Polizeiauftrag nach Massgabe des kantonalen Rechts sowie bundesrechtlicher Grundsätze beistehen.[426] Da Hausbesetzungen, zu denen der Hausbesitzer nicht eingewilligt hat, eine krasse Beeinträchtigung des Besitzes darstellen, womit immer auch die öffentliche Ordnung gestört wird, ist die **Polizei verpflichtet**, gestützt auf (1) den allgemeinen Polizeiauftrag oder eine entsprechende gesetzliche Grundlage (2) für Hausbesetzungen, von denen sie Kenntnis hat und gegen die (3) in Abwägung der gegebenen Interessen (4) verhältnismässige polizeiliche, nicht aber rechtzeitig zivilgerichtliche oder andere staatliche Massnahmen (5) faktisch möglich sind, zu intervenieren.[427]

D. Zivilrechtlicher Besitzesschutz

1. Besitzesschutzklagen

a) Allgemein

Der possessorische Schutz von Liegenschaften bzw. Grundstücken ist – wie bereits angemerkt[428] – nicht nur faktisch über die Selbsthilfe gemäss Art. 926 ZGB im

---

[423] Siehe hiervor BT, I. C. 5. c).

[424] Siehe hiervor BT, I. C. 5. d).

[425] Siehe hiervor BT, I. C. 6. b).

[426] Siehe hiervor BT, I. C. 6. a).

[427] Siehe hiervor BT, I. C. 6. c).

[428] Siehe hiervor BT, I. C. 1.

schweizerischen Zivilrecht angelegt, sondern aufgrund von Art. 937 Abs. 2 ZGB[429] auch über die Besitzesentzugsklage gemäss Art. 927 ZGB[430] und die Besitzesstörungsklage gemäss Art. 928 ZGB[431]. Abgesehen von Art. 927 Abs. 2 ZGB handelt es sich auch hierbei grundsätzlich um einen ausschliesslich **possessorischen Besitzesschutz**, was zu einer erheblichen Beschleunigung des jeweiligen Verfahrens beitragen soll.[432] Entsprechend, so wird in der Lehre bemerkt – würden die Besitzesschutzklagen häufig der Eigentumsfreiheitsklage gemäss Art. 641 ZGB vorgezogen.[433] Zudem komme ihnen eine «... nicht zu unterschätzende ausserprozessuale, lebensregelnde Wirksamkeit ...» zu.[434]

Dennoch hat dieser Besitzesschutz namentlich für Liegenschaften bzw. Grundstücke seit Einführung des **eidgenössischen Grundbuchs** an Bedeutung verlo-

---

[429] ERNST, BSK-Art. 937 ZGB N 7; STARK/LINDEMANN, BK-Art. 937 ZGB N 31 f.; DOMEJ, KUKO-Art. 937 ZGB N 5; BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 937 ZGB N 7; ARNET/EITEL, CHK-Art. 937 ZGB N 3.

[430] Schweizerisches Zivilgesetzbuch (SR 210) vom 10. Dezember 1907 (Stand: 1.1.2018); Vierter Teil: Das Sachenrecht, Dritte Abteilung: Besitz und Grundbuch, Vierundzwanzigster Titel: Der Besitz; Klage aus Besitzesentziehung, Art. 927 ZGB, [1]Wer einem andern eine Sache durch verbotene Eigenmacht entzogen hat, ist verpflichtet, sie zurückzugeben, auch wenn er ein besseres Recht auf die Sache behauptet. [2]Wenn der Beklagte sofort sein besseres Recht nachweist und auf Grund desselben dem Kläger die Sache wieder abverlangen könnte, so kann er die Rückgabe verweigern. [3]Die Klage geht auf Rückgabe der Sache und Schadenersatz.

[431] Schweizerisches Zivilgesetzbuch (SR 210) vom 10. Dezember 1907 (Stand: 1.1.2018); Vierter Teil: Das Sachenrecht, Dritte Abteilung: Besitz und Grundbuch, Vierundzwanzigster Titel: Der Besitz; Klage aus Besitzesstörung, Art. 928 ZGB, [1]Wird der Besitz durch verbotene Eigenmacht gestört, so kann der Besitzer gegen den Störenden Klage erheben, auch wenn dieser ein Recht zu haben behauptet. [2]Die Klage geht auf Beseitigung der Störung, Unterlassung fernerer Störung und Schadenersatz.

[432] So STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 103 m.Vw.a. HABLÜTZEL, S. 56; zur Abgrenzung zum petitorischen Besitzesschutz siehe hiernach BT, I. D. 2.

[433] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 103 m.Vw.a. MEIER-HAYOZ, BK-Art. 641 ZGB N 89, 126, die darauf hinweisen, dass bei den Besitzesschutzklagen auch der Nachweis der Aktivlegitimation vergleichsweise leichter zu erbringen ist.

[434] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 105 m.Vw.a SOERGEL/STADLER, § 858 BGB N 13 ff., für das deutsche Recht.

ren.[435] Er bleibt allerdings bis *dato* – wenn auch in sehr begrenztem Masse – für die nicht im Grundbuch eingetragenen persönlich Berechtigten, wie den Mieter und Pächter sowohl für den Besitzesschutz an der Liegenschaft bzw. dem Grundstück selbst als auch desjenigen an den Grunddienstbarkeiten und Grundlasten, die dem Grundstück zustehen, bedeutsam.[436]

b) Besitzesentzugsklage

Die Besitzesentzugsklage ist auf die Rückgabe der Sache bzw. die **Wiedereinräumung des Besitzes** gerichtet.[437] Aktivlegitimiert ist damit der bisherige Besitzer,[438] dem bei Gutheissung der Klage der Besitz wieder eingeräumt wird, wie er vor Entzug der Sache bestanden hat. Daher kann der ursprüngliche mittelbare Besitzer nur auf Wiederverschaffung an den ursprünglichen unmittelbaren Besitzer und der entsprechende Mitbesitzer nur auf Einräumung des Mitbesitzes klagen.[439] Passivlegitimiert ist demgegenüber die Person, welche die Sachherrschaft unrechtmässig vereitelt hat.[440]

---

[435] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 35; STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 103 m.Vw.a. N 81 für die Ausdehnung der tatsächlichen Ausübung über das bisher Geübte hinaus; insbesondere für die Besitzesentzugsklage gemäss Art. 927 ZGB ARNET/EITEL, CHK-Art. 927 ZGB N 1 m.Vw.a. Art. 927 ZGB N 2; BGE 138 III 137 E 5.2.1 (ausgeschlossen bei Bucheffekten); STARK/LINDEMANN, BK-Art. 927 ZGB N 1.

[436] Vgl. Art. 919 Abs. 2 ZGB; STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 103 m.Vw.a. HOMBERGER, ZK-Art. 927 ZGB N 3; HABLÜTZEL, S. 60; ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 35, wonach der Besitzesschutz dem Mieter und dem Pächter hier eine direkte Klage gegen den Täter des Eingriffs an die Hand gibt und sie sind nicht darauf angewiesen sind, vom Vermieter bzw. Verpächter gestützt auf den Vertrag geeignete Massnahmen zu verlangen; mit Bezug auf Immissionen vgl. STARK/LINDEMANN, BK-Art. 928 ZGB N 36; vgl. aber zutreffend DOMEJ, KUKO-Art. 926 ZGB N 1 m.w.Hw., wonach Art. 679 ZGB gemäss h.L. auch einem bloss obligatorisch berechtigten Besitzer die Aktivlegitimation zur negatorsichen Klage einräumt.

[437] BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 927 ZGB N 1; ARNET/EITEL, CHK-Art. 927 ZGB N 1.

[438] ERNST, BSK-Art. 927 ZGB N 1.

[439] BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 927 ZGB N 1.

[440] ERNST, BSK-Art. 927 ZGB N 1,

Wie es deren Bezeichnung bereits vorwegnimmt, setzt die Klage gemäss Art. 927 ZGB den **Besitzesentzug** voraus. Ein solcher ist nach einhelliger Auffassung allerdings nur dann gegeben, wenn dem ursprünglichen Besitzer die Sachherrschaft in keiner Weise mehr gegeben ist. Die bloss vorübergehende Vereitelung der Ausübung faktischer Herrschaft über die Liegenschaft stellt folglich keinen Entzug dar. Nur, wenn die vorübergehende Störung des Besitzes mangels Abwehrmassnahmen definitiv wird, weil z.B. das Gebäude mit einem dem bisherigen Besitzer nicht zur Verfügung stehenden Schlüssel abgeschlossen wird, liegt auch ein vorliegend relevanter Besitzesentzug vor.[441] Damit wird es insbesondere bei Liegenschaften bzw. Grundstücken zur schwierigen Abgrenzungsfrage, ob ein definitiver Besitzesentzug oder eine -störung vorliegt.[442] Immerhin genügt auch bereits ein teilweiser Entzug der Liegenschaft bzw. des Grundstücks, um einen Entzug im Sinne des Art. 927 ZGB anzunehmen.[443] Ebenso ist nicht vorausgesetzt, dass der Besitzesentzieher selbst Besitz an der Sache erlangt.[444]

Zudem wird für eine Klage gemäss Art. 927 ZGB vorausgesetzt, dass der Besitzesentzieher «**verbotene Eigenmacht**» anwendet.[445] Dabei ist es im Gegensatz zur Selbsthilfe gemäss Art. 926 Abs. 2 ZGB irrelevant, ob die Sache «durch Gewalt oder heimlich» entzogen wurde.[446] Eigenmächtig ist der Besitzesentzug bereits dann, wenn er weder durch die Einwilligung des Besitzers noch durch das Gesetz gerecht-

---

[441] ERNST, BSK-Art. 927 ZGB N 2 m. Vw.a. OGer LU, SJZ 1975, S. 79 f.; ARNET/EITEL, CHK-Art. 927 ZGB N 2 m.Vw.a. Art. 926 ZGB N 2; Art. 921 ZGB.

[442] ARNET/EITEL, CHK-Art. 927 ZGB N 2 m.Vw.a. STARK/LINDEMANN, BK-Art. 927 ZGB N 13; siehe bereits für den faktischen Besitzesschutz hiervor BT, I. C. 2./3.

[443] ERNST, BSK-Art. 927 ZGB N 2; BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 927 ZGB N 1 m.Vw.a. Art. 926 ZGB N 11; vgl. BGE 73 II 27, 35 für die Zerstörung einer Anlage als Entzug des Besitzes hinsichtlich einer Grunddienstbarkeit; vgl. ebenfalls hiervor BT, I. C. 2./3.

[444] ERNST, BSK-Art. 927 ZGB N 2, 8 ff., der zu Recht darauf hinweist, dass diesfalls eine Klage gegen den Entzieher auf Wiedereinräumung des Besitzes rein faktisch aussichtslos ist und sich der ursprüngliche Besitzer mit Schadenersatz begnügen muss.

[445] ARNET/EITEL, CHK-Art. 927 ZGB N 2 m.Vw.a. Art. 926 ZGB N 2; ERNST, BSK-Art. 927 ZGB N 2 m.Vw.a. AppHof BE, ZBJV 1968, S. 75; CJC GE, SJ 1984, S. 529, für die fehlende verbotene Eigenmacht des Mieters; siehe hiervor BT, I. C. 1.-3.

[446] ARNET/EITEL, CHK-Art. 927 ZGB N 2 m.Vw.a. STARK/LINDEMANN, BK-Art. 927 ZGB N 13.

fertigt ist.[447] Zudem fehlt es sowohl an der verbotenen Eigenmacht als auch am Besitzesentzug, wenn eine Sache irrtümlich einem Nichtberechtigten übergeben wurde oder die Berechtigung des über die Mietdauer in einer Wohnung verbleibenden Mieters bzw. die Rückgabe der Mietwohnung in Frage steht.[448] Diesbezügliche Streitigkeiten bilden – wie bereits ausgeführt – Gegenstand des petitorischen Besitzesschutzes.[449]

Gemäss Art. 927 Abs. 2 ZGB hat schliesslich auch die negative Voraussetzung des fehlenden **besseren Rechts** des Besitzesentziehers erfüllt zu sein, damit der ursprüngliche Besitzer mit seiner Klage durchdringt.[450]

c) Besitzesstörungsklage

Wird die Sachherrschaft lediglich beeinträchtigt, nicht aber entzogen, kann der Besitzer gegen diese Störung gemäss Art. 928 ZGB mit einer Beseitigungsklage, einer Unterlassungsklage oder einer Schadenersatzklage vorgehen. Auch diese Klagen sind grundsätzlich auf die **Wiederherstellung** des ursprünglichen (ungestörten) Besitzes gerichtet,[451] wobei sie *in praxi* eine besondere Bedeutung für Grundstücke erlangt haben.[452] Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage haben einen negatorischen Charakter,[453] da sie dazu dienen bestehende Störungen bzw. zukünftige Störungen zu verhindern. Passivlegitimiert sind in der Folge der Besitzesstörer oder

---

[447] BGer 4A_197/2017 E. 3.2.2; STEINAUER, Rz. 326, 343; siehe auch hiervor BT, C. 5. d).

[448] ARNET/EITEL, CHK-Art. 927 ZGB N 2 m.Vw.a. STARK/LINDEMANN, BK-Art. 927 ZGB N 16; ERNST, BSK-Art. 927 ZGB N 2 m.Vw.a. Art. 922 ZGB N 32; AppHof BE, ZBJV 1968, S. 75; CJC GE, SJ 1984, S. 529.

[449] Siehe hiervor BT, I. C. 1., hiernach BT, I. D. 2.

[450] ARNET/EITEL, CHK-Art. 927 ZGB N 5; STARK/LINDEMANN, BK-Art. 927 ZGB N 18 ff.; ERNST, BSK-Art. 927 ZGB N 6 f.; DOMEJ, KUKO-Art. 927 ZGB N 4 f.

[451] ERNST, BSK-Art. 928 ZGB N 1; BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 928 ZGB N 1; ARNET/EITEL, CHK-Art. 928 ZGB N 4.

[452] ARNET/EITEL, CHK-Art. 928 ZGB N 1 m.Vw.a. Art. 927 ZGB N 1; STARK/LINDEMANN, BK-Art. 928 ZGB N 1; zur Besitzesstörung bei Gesamtbesitz s BGE 5A_8/2010.

[453] ARNET/EITEL, CHK-Art. 928 ZGB N 4 m.Vw.a. STARK/LINDEMANN, BK-Art. 928 ZGB N 8, wonach die Ansprüche auch nicht selbständig abtretbar sind.

sein Gesamtrechtsnachfolger.[454] Die Schadenersatzklage demgegenüber hat reparatorischen Charakter.[455] Bleibt es bei einer einmaligen nicht fortgesetzten Störung kommt nur sie zur Anwendung.[456]

Als **Besitzesstörung** im Sinne der vorliegenden Bestimmung gilt einerseits jede Beeinträchtigung der Sachherrschaft des Besitzers, die im Gegensatz zu Art. 927 ZGB nicht zum Entzug der Sachherrschaft führt.[457] Entsprechend liegt oft schon eine relevante Störung vor, ohne dass dem Besitzesstörer selbst eine Sachherrschaft zukommt oder dem Besitzer durch die Störung ein Schaden entsteht.[458] Andererseits ist eine gemäss Art. 928 ZGB relevante Besitzesstörung nur dann gegeben, wenn sie – ohne dass dies vom Gesetz ausdrücklich genannt würde – übermässig ist.[459] Denn gleich wie der Eigentümer gemäss Art. 684 ZGB muss auch der Besitzer zumutbare Beeinträchtigung hinnehmen.[460] Wann eine übermässige Störung vorliegt, ergibt sich aus den für die Besitzesausübung massgebenden Gesetzesbestimmungen.[461] So kann es nicht darauf ankommen, dass zuvor weniger auf ein Grund-

---

[454] ARNET/EITEL, CHK-Art. 928 ZGB N 4 m.Vw.a. s Art. 927 ZGB N 3; STARK/LINDEMANN, BK-Art. 928 ZGB N 10 ff., wonach je nachdem nur der Pächter oder nur der Eigentümer eines Nachbargrundstücks oder alle beide gelten, aber auch ein Arbeit- oder ein Auftraggeber den Besitz stören können.

[455] ARNET/EITEL, CHK-Art. 928 ZGB N 4 m.Vw.a. STARK/LINDEMANN, BK-Art. 928 ZGB N 8, wonach der Anspruch selbständig abtretbar ist.

[456] ARNET/EITEL, CHK-Art. 928 ZGB N 4 m.Vw.a. STARK/LINDEMANN, BK-Art. 928 ZGB N 25.

[457] BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 928 ZGB N 1 m.Vw.a. Art. 926 N 9, 11; ERNST, BSK-Art. 928 ZGB N 2 ff.; ARNET/EITEL, CHK-Art. 928 ZGB N 2 m.Vw.a. STARK/LINDEMANN, BK-Art. 928 ZGB N 19; siehe hiervor BT, I. C. 2./3.; BT, I. D. 1. b).

[458] ERNST, BSK-Art. 928 ZGB N 2 ff. m.Vw.a. BGE 95 II 397, 401; 104 II 166, 167, 170.

[459] ERNST, BSK-Art. 928 ZGB N 2 ff. m.Vw.a. Vor Art. 926–929 N 9; ARNET/EITEL, CHK-Art. 928 ZGB N 2 m.Vw.a. STARK/LINDEMANN, BK-Art. 928 ZGB N 19.

[460] ARNET/EITEL, CHK-Art. 928 ZGB N 2 m.Vw.a. STARK/LINDEMANN, BK-Art. 928 ZGB N 21; ERNST, BSK-Art. 928 ZGB N 2 ff. m.Vw.a. HOMBERGER, ZK-Art. 928 ZGB N 14; JustizKomm BE, ZBJV 1968, S. 225; BGE 85 II 275, 280.

[461] ERNST, BSK-Art. 928 ZGB N 2 ff. m.Vw.a. HOMBERGER, ZK-Art. 928 ZGB N 14; JustizKomm BE, ZBJV 1968, S. 225; BGE 85 II 275, 280.

stück eingewirkt wurde,[462] umgekehrt ist aber gerade bei Grunddienstbarkeiten auf die tatsächliche Ausübung der Dienstbarkeit abzustellen[463] und bemisst sich die Besitzesstörung bei Stockwerkeigentum aufgrund der im Sonderrecht stehenden Gebäudeteile und genügt eine blosse Reglementsverletzung nicht.[464] Soll eine Störung beseitigt werden, so setzt dies zudem voraus, dass die Störung andauert. Hierbei wird allerdings oft nicht die Störung selbst, sondern die Störungsursache zu beseitigen sein.[465] Soll die Störung dagegen unterlassen werden, so setzt dies andererseits voraus, dass die Störung bereits erfolgt oder in Zukunft ernstlich zu befürchten ist.[466]

Wie in Art. 927 ZGB ist auch in Art. 928 ZGB lediglich «**verbotene Eigenmacht**»[467] des Besitzesstörers vorausgesetzt. Diesbezüglich ist allerdings zu berücksichtigen, dass der Besitzesstörungsklage eine rein possessorische Funktion zukommt, weshalb es gemäss Art. 928 ZGB – anders als bei der Besitzesentzugsklage gemäss Art. 927 ZGB – auf das bessere Recht des Besitzesstörer nicht ankommen kann.[468] Entsprechend sollte die Frage, ob verbotene Eigenmacht vorliegt,

---

[462] ERNST, BSK-Art. 928 ZGB N 2 ff. m.Vw.a. OGer LU, SJZ 1969, S. 318.

[463] ERNST, BSK-Art. 928 ZGB N 2 ff. m.Vw.a. BGer 5A_59/2010 E. 2.1; BGer 5A_944/2012 E. 4; LIVER, ZK-Art. 737 ZGB N 139; BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 928 ZGB N 2 m.Vw.a. BGer 5A_944/2012 E. 4.

[464] ERNST, BSK-Art. 928 ZGB N 2 ff. m.Vw.a. BGer 5A_640/2012 E. 4; SCHMID, , BN 2014, S. 307 ff.

[465] ARNET/EITEL, CHK-Art. 928 ZGB N 5 m.Vw.a. BGE 88 II 252 E 4; STARK/LINDEMANN, BK-Art. 928 ZGB N 41, wonach es sich meistens um eine Anlage handelt, so dass diese zu beseitigen bzw. die Funktionen, welche die Störung bewirken, zu modifizieren sind; vgl. auch BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 928 ZGB N 3, 5.

[466] ARNET/EITEL, CHK-Art. 928 ZGB N 6 m.Vw.a. STARK/LINDEMANN, BK-Art. 928 ZGB N 43; BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 928 ZGB N 4 m.Vw.a. BGE 66 I 228 E. 2; OGer LU, ZBJV 1960, S. 198; HINDERLING, Schweizerisches Privatrecht, S. 456, Art. 679 ZGB N 10 FN 37 für die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit einer Störung.

[467] ARNET/EITEL, CHK-Art. 928 ZGB N 2 m.Vw.a. s Art. 926 ZGB N 2; siehe hiervor BT, I. D. 1. b).

[468] BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 928 ZGB N 2; ARNET/EITEL, CHK-Art. 928 ZGB N 2 m.Vw.a. STARK/LINDEMANN, BK-Art. 928 ZGB N 2.

nach den faktischen Verhältnissen beurteilt werden.[469] Dennoch lässt sich wohl auch der Besitzesschutz gemäss Art. 928 ZGB nicht ganz losgelöst von Rechtsfragen beurteilen, wo die Besitzesstörung aufgrund öffentlichrechtlicher Vorschriften erfolgt oder anhand der massgebenden Normen zu entscheiden ist, inwiefern die Besitzesstörung übermässig ist oder eine Einwilligung bzw. ein anderer Rechtfertigungsgrund vorliegt.[470]

2. Possessorischer und petitorischer Besitzesschutz

Der vom schweizerischen Zivilgesetzbuch vorgesehene possessorische Besitzesschutz wird für Liegenschaften bzw. Grundstücke durch die Eigentums- bzw. Eigentumsfreiheitsklage gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB[471], die Klage aus dem Grundbucheintrag gemäss Art. 937 Abs. 1 ZGB[472] sowie die hier nur der Vollständigkeit wegen genannten Rechtsbehelfe gemäss Art. 679 ZGB, Art. 684 ZGB und Art. 975 ZGB, die allesamt dem **Rechtsschutz** bzw. dem petitorischen Besitzesschutz zuzuordnen sind, ergänzt. Sie werden an dieser Stelle nicht weiter erörtert und es wird lediglich festgehalten, dass sie dem im Grundbuch eingetragenen Hauseigentümer bzw. dem

---

[469] BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 928 ZGB N 2 m.Vw.a. BGer 5A_944/2012 E. 4 für Grunddienstbarkeiten.

[470] BERGER-STEINER/SCHMID, OFK-Art. 928 ZGB N 2 m.Vw.a. Art. 926 ZGB N 8 f.; BGE 135 III 633; STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 35 ff., Art. 928 ZGB N 4, m.w.H.; ARNET/EITEL, CHK-Art. 928 ZGB N 2 m.Vw.a. Art. 919 ZGB N 7; Art. 927 ZGB N 5; BGE 135 III 633 E 3.1, wonach sich insbesondere die Frage der übermässigen Immission nach Art. 684 ZGB nicht strikte trennen lässt; BGer 5A_59/2010 E 2.1, wonach es aber bei Grunddienstbarkeiten nicht auf deren Inhalt ankommt, sondern auf deren bisherige Ausübung; ERNST, BSK-Art. 928 ZGB N 2 ff., der zu Recht darauf hinweist, dass allfällige öffentlichrechtliche Erlaubnisnormen nicht Art. 26 BV zuwiderlaufen dürfen, m.Vw.a. BGE 135 III 633; SCHMID RÜEGG, BR 2010, S. 62; BGer 5A_828/2010 E. 3.

[471] Schweizerisches Zivilgesetzbuch (SR 210) vom 10. Dezember 1907 (Stand: 1.1.2018); Vierter Teil: Das Sachenrecht, Erste Abteilung: Das Eigentum, Achzehnter Titel: Allgemeine Bestimmungen; A. Inhalt des Eigentums I. Im Allgemeinen, Art. 641 ZGB, [2]Er hat das Recht, sie von jedem, der sie ihm vorenthält, herauszuverlangen und jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren.

[472] Schweizerisches Zivilgesetzbuch (SR 210) vom 10. Dezember 1907 (Stand: 1.1.2018); Vierter Teil: Das Sachenrecht, Dritte Abteilung: Besitz und Grundbuch, Vierundzwanzigster Titel: Der Besitz; C. Bedeutung, II. Rechtschutz, 5. Vermutung bei Grundstücken Art. 937 ZGB, [1] Hinsichtlich der in das Grundbuch aufgenommenen Grundstücke besteht eine Vermutung des Rechtes und eine Klage aus dem Besitze nur für denjenigen, der eingetragen ist.

anderweitig legitimierten Hausbesitzer unter Umständen einen Abwehranspruch gegenüber Hausbesetzern vermitteln.

Stattdessen soll hier insbesondere auf die Frage nach dem **Verhältnis zwischen Possessorium und Petitorium** eingegangen werden. *Prima facie* stellt sich diese Frage nur für die Klagen des Hausbesitzers aus Art. 937 Abs. 2 i.V.m. Art. 927 f. ZGB und nicht für dessen Selbsthilfe gemäss Art. 926 ZGB.[473] Dennoch ist sie bei näherer Betrachtung indirekt auch für die Selbsthilfe relevant. Denn dem Verhältnis zum Petitorium kommt angesichts der Abhängigkeit der Selbsthilfe von der rechtzeitig erlangten Amtshilfe[474] sowie des Anspruchs auf Amtshilfe vom rechtzeitig zu erlangenden zivilrechtlichen Besitzesschutz[475] doch eine gewisse Bedeutung zu.

Vom Gesetzgeber des schweizerischen Zivilrechts angedacht war zunächst – mit Ausnahme von Art. 927 Abs. 2 ZGB – eine **strikte Trennung** zwischen Possessorium und Petitorium. Demnach sollte der Besitz an Liegenschaften bzw. Grundstücken grundsätzlich «... ohne Hereinziehung der Frage nach dem Rechte zur Beeinträchtigung des Besitzes gerichtlichen Schutz gegen verbotene Eigenmacht geniessen»[476] und können sich die Einreden der beklagten Hausbesetzer nicht auf das Recht zur Störung oder Entziehung des Besitzes erstrecken.[477] Das Possessorium soll den Entscheid über den Anspruch auf Besitz nicht vorwegnehmen und der Be-

---

[473] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 91 m.Vw.a. LANDMANN, S. 31.

[474] Siehe hiervor BT, I. C. 6.

[475] Sieher hiervor BT, I. C. 6. c) cc).

[476] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 61, 92, wonach der durch den Wasserablauf des Grundstücknachbarn gestörte Eigentümer sofortige Beseitigung der Störung verlangen können soll, ohne das Resultat eines Prozesses über die Gültigkeit eines das Recht zur Wasserableitung begründenden Vertrages abwarten zu müssen, m.Vw.a. WEBER, S. 91 ff., 95 ff., zur uneinheitlichen Handhabung in der Gerichtspraxis

[477] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 92 m.Vw.a. N 35 ff. für den Beweis der Einwilligung des Besitzers in die Störung und Entziehung und dadurch ausgeschlossener Eigenmacht, N 41 ff. für die nicht petitorische Natur der Frage, ob die Eigenmacht verboten gewesen sei; BRODMANN, Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 863 BGB N 1.

sitzesschutzentscheid darf sich auf keine aus dem Anspruch auf Besitz ableitbaren Gründe stützen.[478]

Diese «strenge Trennung» zwischen possessorischem und petitorischem Besitzesschutz lässt sich allerdings – wie bereits angedeutet – **nicht konsequent** aufrechterhalten.[479] So weicht bereits Art. 927 Abs. 2 ZGB diese Trennung auf, wenn er für die Besitzesentzugsklage dem Beklagten die Einrede eines liquiden besseren Rechts gestattet. Entsprechend ist bereits von Gesetzes wegen nur noch bei nicht sofort beweisbarem besseren Recht der possessorische vom petitorischen Besitzesschutz zu trennen.[480] Kommt hinzu, dass bei verschiedenen Ausgangslagen, die im Rahmen einer Besitzesstörungsklage gemäss Art. 928 ZGB zu beurteilen sind, diese Trennung anerkanntermassen nicht möglich ist.[481] So hat bereits ZOBL vorgeführt, dass aufgrund des Tatbestandselements der verbotenen Eigenmacht petitorische Elemente beim possessorischen Besitzesschutz zu berücksichtigen sind.[482] Damit ist bereits aufgrund der Praxis *de lege lata* das gesetzgeberische Ziel des possessorischen Besitzesschutzes, wie er im materiellen Recht angedacht ist, nämlich einen provisorischen Besitzesschutz in kurzer Zeit zu erlangen, zumindest in Frage zu stellen.[483] Für den Schutz vor Hausbesetzungen bedeutet dies, dass der Hausbesitzer sich bereits im Rahmen der Besitzesschutzklagen *de lege lata* wahrscheinlich nicht unter der Rubrik von Art. 927 Abs. 2 ZGB, wohl aber im Rahmen der geforderten verbotenen Eigenmacht der Hausbesetzer mit materiellrechtlichen Einwendungen – wie derjenigen der Einwilligung[484] – auseinanderzusetzen hat, welche die

---

[478] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 93, wonach der im Besitzstreit Obsiegende wegen dieses Obsiegens allein keinerlei Vermutung des Rechtes für sich hat, m.Vw.a. SJZ 62, S. 161; BGE 135 III 633 E. 4.1; STEINAUER, Rz. 315; *contra* SJZ 1989, S. 248 f.

[479] Siehe hiervor BT, I. D. 1. b)/c).

[480] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 94.

[481] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 42 ff, 45, 94b.

[482] Siehe hiervor ZOBL, S. 316 f.; kritisch STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 94a, wonach gegen diese Auffassung spricht, dass die entsprechende Regelung in Art. 927 Abs. 2 ZGB auf einer im Gesetz ausdrücklich erwähnten Ausnahme beruht, die in Art. 928 ZGB nicht wiederholt wird.

[483] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 94b.

[484] Siehe hiervor BT, I. C. 5. d).

Effektivität dieses Schutzes bereits auf dieser Ebene als fragwürdig erscheinen lassen.[485]

3. Fazit zivilrechtlicher Besitzesschutz

Neben dem faktischen Besitzesschutz ergibt sich der zweite Teil des possessorischen Besitzesschutzes für Liegenschaften aufgrund von Art. 937 Abs. 2 ZGB aus den **Besitzesschutzklagen** gemäss Art. 927 f. ZGB. Diese Klagen sind heute vornehmlich für die nicht im Grundbuch eingetragenen persönlich an der Liegenschaft Berechtigten für den Schutz ihres Liegenschaftsbesitzes bedeutsam.[486]

Die **Besitzesentzugsklage** gemäss Art. 927 ZGB ist auf die Wiedereinräumung des ursprünglichen Besitzes gerichtet und ist gegen die Person zu erheben, welche die Sachherrschaft dem Besitzer verboten eigenmächtig, d.h. unrechtmässig entzogen hat. Dies setzt voraus, dass der ursprüngliche Besitzer in keiner Weise mehr Sachherrschaft hat, wobei bereits auch ein teilweiser Entzug der Liegenschaft genügt. Im Gegensatz zur Selbsthilfe gemäss Art. 926 Abs. 2 ZGB muss die Sache weder gewaltsam noch heimlich entzogen worden sein. Es genügt Eigenmacht, also das Fehlen einer Einwilligung oder eines anderweitigen Rechtfertigungsgrunds sowie eines besseren Rechts gemäss Art. 927 Abs. 2 ZGB.[487]

Die **Besitzesstörungsklage** gemäss Art. 928 ZGB kann als Beseitigungs-, Unterlassungs- oder Schadenersatzklage erhoben werden, wenn die Sachherrschaft zwar nicht entzogen, aber beeinträchtigt wird. Als Besitzesstörung gilt nur eine andauernde oder ernsthaft zu befürchtende übermässige Beeinträchtigung der Sachherrschaft des Besitzers, wobei sich die Übermässigkeit aus den für die Besitzesausübung massgebenden Gesetzesbestimmungen ergibt. Wie die Besitzesentzugsklage setzt auch die Besitzesstörungsklage lediglich verbotene Eigenmacht voraus. Allerdings enthält Art. 928 ZGB keinen Art. 927 Abs. 2 ZGB vergleichbaren Vorbehalt

---

[485] Vgl hiervor zur Problematik der Einwilligung; für die Porblematik rechtsgeschäftlicher Beziehungen zwischen dem Hauseigentümer und den Hausbesetzern AppGer BS, SJZ 1985, S. 290 f.; KUT, CHK-Art. 1 OR N 65; BÜCHI/GEHRING, Jusletter vom 10. Februar 2014, Rz. 1 ff.; BAUMANN, Jusletter vom 25. November 2013, Rz. 30 ff.

[486] Siehe hiervor BT, I. D. 1. a).

[487] Siehe hiervor BT, I. D. 1. b).

des besseren Rechts. Dennoch lässt sich auch die Besitzesstörungsklage nicht losgelöst von Rechtsfragen beurteilen.[488]

Die Frage der Trennung zwischen **Possessorium und Petitorium** ist nicht nur direkt für die Besitzesschutzklagen gemäss Art. 927 f. ZGB relevant, sondern auch indirekt für die Selbsthilfe gemäss Art. 926 ZGB. Obschon vom Gesetzgeber als strenge Trennung zwischen possessorischem und petitorischem Besitzesschutz angedacht, ist diese nicht konsequent umzusetzen. Dies gilt nicht nur aufgrund der von Art. 927 Abs. 2 ZGB selbst statuierten Ausnahme, sondern bereits aufgrund der tatbestandsmässig für den possessorischen Schutz geforderten «verbotenen Eigenmacht», also der Widerrechtlichkeit. Denn diese kommt ohne Erwägung zumindest materiellrechtlicher Einwendungen, wie derjenigen der Einwilligung nicht aus.[489]

E. Zivilprozessualer Besitzesschutz

1. Allgemein

Während der faktische Besitzesschutz gemäss Art. 926 ZGB naturgemäss ausserhalb eines Zivilprozesses zur Beseitigung der störenden Hausbesetzung oder zur Wiedererlangung des Hausbesitzes ermächtigt,[490] sind insbesondere die Besitzesschutzansprüche von Art. 927 f. i.V.m. Art. 937 Abs. 2 ZGB auf dem **Zivilverfahrensweg** zu beurteilen und gegebenenfalls zu vollstrecken.[491] Damit stellen sich für den Hausbesitzer bzw. den Hauseigentümer wie beim behördlichen Besitzesschutz, der auf dem Verwaltungsverfahrensweg durchzusetzen ist,[492] auch für die Verwirklichung des zivilrechtlichen Besitzesschutzanspruchs heikle verfahrensrechtliche Fragen.[493] Dieser zivilprozessuale Besitzesschutz hat auch mittelbare Auswirkungen

---

[488] Siehe hiervor BT, I. D. 1. c).

[489] Siehe hiervor BT, I. D. 2.

[490] ERNST, BSK-Art. 926 ZGB N 2 f. m.Vw.a. BGer, SJ 1988, S. 69, 71; DOMEJ, KUKO-Art. 926 ZGB N 17, wonach Art. 926 kein Klagerecht vermittel; siehe auch hiervor BT, I. C. 2./3.

[491] SCHÖBI, S. 1055 ff., 1057 ff., der auf den engen Zusammenhang zwischen dem materiellen Besitzesschutz gemäss Art. 927 ff. ZGB und dem Prozessrecht hinweist.

[492] Siehe hiervor BT, I. C. 6.

[493] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 35a f. m.Vw.a. MEIER, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, S. 43, der von einem atypischen Summarverfahren spricht.

auf die Selbsthilfe gemäss Art. 926 ZGB, da diese nicht nur zur Polizeihilfe,[494] aber auch zum zivilrechtlichen bzw. zivilprozessualen Besitzesschutz subsidiär ist.[495]

Wer sich nun die Frage stellt, wie sich der Besitzesschutz für den Hausbesitzer bzw. Hauseigentümer zivilprozessual verwirklichen lässt, muss *de lege lata* zunächst verinnerlichen, dass Art. 927 f. i.V.m. Art. 937 Abs. 2 ZGB dem von einer eigenmächtigen Hausbesetzung betroffenen Hausbesitzer **zivilrechtliche Schutzansprüche** vermittelt. Das materielle Recht beschränkt den Besitzesschutz gerade nicht auf die zivilprozessuale Ermächtigung, die Besitzeslage bloss vorläufig zu besichern.[496] Dennoch kann der possessorische Besitzesschutz von Art. 927 f. i.V.m. Art. 937 Abs. 2 ZGB angesichts der auf Besitz gerichteten Rechtsansprüche, die im Rahmen des petitorischen Besitzesschutz den possessorischen Besitzesschutz verdrängen, letztlich immer nur eine provisorische Funktion wahrnehmen.[497] Dieser provisorische – wie es STARK und LINDEMANN ausdrücken – «... auf das Tatsächliche gerichtete Charakter des Besitzesschutzes ...» tritt anschaulich hervor, wenn im Besitzesrecht, anders als im Schadenersatzrecht die Einwilligung lediglich die Urteils- und nicht die Handlungsfähigkeit des Besitzers voraussetzt.[498] So ist zwar

---

[494] Siehe hiervor BT, I. C. 6. b).

[495] Siehe hiervor BT, I. C. 6. c) cc).

[496] BGer 4A_197/2017 E. 3; ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 35a f. m.Vw.a. MEIER, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, S. 43, der von einem atypischen Summarverfahren spricht; anders z.B. Art. 961 ZGB, wonach das Gericht eine vorläufige Eintragung vormerken lassen kann.

[497] BGer 4A_197/2017 E. 3.1; BGer 5A_98/2010 E. 4.1.2; BGer 5P.509/2006 E. 1.3; BGE 113 II 243 E. 1b, allerdings mit Bezug auf Art. 48 aOG (heute Art. 90 ff. BGG) m.Vw.a. VOYAME, ZSR 196, S. 168 f.; WURZBURGER, S. 195 Rz. 265; STAEHELIN, ZSR 1975, S. 24; HINDERLING, Schweizerisches Privatrecht, S. 457/458; GULDENER, S. 542; MEIER, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, S. 116 f.; SUTTER-SOMM, Schweizerisches Privatrecht, Rz. 1309; STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 1 ff., 91 ff., 111; BGer 5P.220/2000 E. 2b; BGE 84 II 141 E. 3, wonach allerdings der Entscheid über den Besitzschutz insofern endgültiger Natur ist, als definitiv über den bundesrechtlichen Anspruch auf Erhaltung oder Wiederherstellung des tatsächlichen Zustands befunden wird; STEINAUER, Rz. 313 ff., 359a; HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 129; kritisch LIVER, ZBJV 1970, S. 67 f.; KUMMER, ZBJV 1970, S. 130 f., wonach es sich um einen Entscheid über einen bundesrechtlichen Anspruch handelt, der jeder andere solcher Ansprüche einem Endentscheid zugänglich ist.

[498] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 28 m.Vw.a. HINDERLING, Schweizerisches Privatrecht, S. 450; HOMBERGER, ZK-Art. 926 ZGB N 11; WESTERMANN HARM/EICKMANN/GURSKY, § 21

aufgrund einer Einwilligung eines urteilsfähigen, aber handlungsunfähigen Besitzers der Besitzesschutz zu versagen, doch kann trotzdem Schadenersatz geschuldet sein.[499] Entsprechend wurde der possessorische Besitzesschutz von vielen kantonalen Zivilprozessordnungen dem summarischen oder Befehlsverfahren oft auch unter Ausschluss des ordentlichen Verfahrens zugewiesen.[500]

In der Schweizerischen Zivilprozessordnung, insbesondere in Art. 249 lit. d ZPO ist indes keine vergleichbare Zuweisung in das Summarverfahren zu finden.[501] Vielmehr lassen die Materialen vermuten, dass dem possessorischen Besitzesschutz im Gesetzgebungsverfahren zur immer noch jungen vereinheitlichten Schweizerischen Zivilprozessordnung kein grosses Gewicht beigemessen wurde.[502] Wie in der Literatur bemerkt, erwähnt die BOTSCHAFT ZPO beinahe beiläufig, der Besitzesschutz könne als vorsorgliche Massnahme erlassen werden.[503] Demnach stehen dem Hausbesitzer, der gegen die eigenmächtige Besetzung seines Hauses gestützt auf

---

N. 4; GUTZEIT, § 858 BGB N 18; SOERGEL/STADLER, § 858 N 9; BRODMANN, Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 858 BGB N 1a; JOOST, Müncher Kommentar zum BGB, § 858 BGB N 7; WOLFF/RAISER, S. 55; vgl. auch SUTTER-SOMM, Schweizerisches Privatrecht, Rz. 1312.

[499] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 29 m.Vw.a. BECKER, BK-Art. 41 OR N 47; VON TUHR/PETER, S. 419; OFTINGER/STARK, § 16 FN 352; OSER/SCHÖNENBERGER, ZK-Art. 41 OR N 22; DESCHENAUX/TERCIER, § 6 N 33; VON TUHR/PETER, S. 468; BREHM, BK-Art. 44 OR 6.

[500] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 35a f., wonach allerdings die Schadenersatzansprüche gemäss Art. 927 Abs. 3 und Art. 928 Abs. 2 oft davon ausgenommen waren, m.Vw.a. MEIER, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, S. 43, 118, der von einem atypischen Summarverfahren spricht; GULDENER, S. 588 f. Rz. 36, 38; HABLÜTZEL, S. 104; STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 106 ff. m.Vw.a. BGE 94 II 348 E. 2.; allerdings für das ordentliche Verfahren im Kanton GE, vgl. SJ 1993, S. 236.

[501] SCHÖBI, S. 1055 ff., 1057 ff.; STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 106-109 m.Vw.a. SUTTER-SOMM, Schweizerisches Privatrecht, Rz. 1346; ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926–929 N. 36; ERNST, recht 2011, S. 101 ff., 102.

[502] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 35a f. m.Vw.a. SUTTER-SOMM, Schweizerisches Privatrecht, Rz. 1333 ff., 1346 ff.; ERNST, recht 2011, S. 101 ff.

[503] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 35a f. m.Vw.a. BOTSCHAFT ZPO, BBl 2006, S. 7221, 7355, die bei Anordnung einer Sachleistung das Beispiel der Wiedererlangung widerrechtlich entzogenen oder vorenthaltenen Besitzes nennt.

Art. 927 f. i.V.m. Art. 937 Abs. 2 ZGB vorgehen will, grundsätzlich **sämtliche Verfahrensarten** der Schweizerischen Zivilprozessordnung offen.[504] Sicherlich kommt dabei dem Rechtschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO, der für den possessorischen Besitzesschutz eine den ehemaligen kantonalen Besitzesschutzverfahren vergleichbare Verfahrensart zur Verfügung stellt, eine erhöhte Bedeutung zu. Dasselbe gilt wohl aber auch für die vorsorglichen Massnahmen gemäss Art. 261 ff. ZPO, die den Besitzesschutz – so teilweise die Wahrnehmung – immer mehr verdrängen.[505] Wie dem auch sei, es verbleibt die Möglichkeit, ein beliebiges Verfahren zu wählen, was dem Kläger letztlich auch ein erhebliches Risiko aufbürdet.[506] Entsprechend vermag es nicht zu erstaunen, wenn aufgrund dieser Ausgangslage die Verwirklichung des possessorischen Besitzesschutzes im Zivilprozess immer noch als «... in erheblichem Umfang klärungsbedürftig» eingeschätzt wird.[507]

Dies beginnt damit, dass einerseits das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung den Besitzesschutz gemäss Art. 927 f. ZGB als **vorsorglichen Rechtsschutz** einstuft[508] und andererseits auch in der Lehre immer wieder auf die Gemeinsamkeiten des (materiellen) Besitzesschutzes mit dem (prozessualen) vorsorglichen Rechtschutz hingewiesen wird.[509] Obschon es demnach – wie es SCHÖBI formuliert – «... einige gute Gründe ...» gegeben hätte, zu prüfen, inwiefern der Besitzes- und der vorsorgliche Rechtsschutz koordiniert werden können, scheint diese

---

[504] ERNST, recht 2011, S. 101 ff., 102; ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 35a f.; STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 106-109 m.Vw.a. SUTTER-SOMM, Schweizerisches Privatrecht, Rz. 1346; SCHÖBI, S. 1055 ff., 1057 ff.

[505] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 104, 107 m.Vw.a WOLFF/RAISER, S. 53; HECK, S. 52 f.; LIVER, ZK-Art. 737 ZGB N 126, 168; MEIER, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, S. 213 ff.; HABLÜTZEL, S. 118 ff.

[506] SCHÖBI, S. 1055 ff., 1057 ff.; siehe hiernach BT, I. E. 3. b); BT, I. E. 3. c) bb)/dd).

[507] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 35a f. m.Vw.a. SUTTER-SOMM, Schweizerisches Privatrecht, Rz. 1333 ff., 1346 ff.; ERNST, recht 2011, S. 101 ff.

[508] Zuletzt BGer 4A_187/2017 E. 2; SCHÖBI, S. 1055 ff., 1057 ff. m.Vw.a. BGE 94 II 348 E. 2.

[509] SCHÖBI, S. 1055 ff., 1057 ff.; MEIER, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, S. 115; BOHNET, § 39 N 17, § 54 N 15; aber auch STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 104 ff.; HABLÜTZEL, S. 118 ff.; SUTTER-SOMM, Schweizerisches Privatrecht, Rz. 1309.

Frage im Gesetzgebungsverfahren zur Schweizerischen Zivilprozessordnung eher ausgespart worden zu sein.[510] Entsprechend erfährt der Besitzesschutz bis heute eine materiellrechtliche Regelung, die erst auf zivilprozessualer Grundlage umgesetzt wird, wie z.B. mit dem gerichtlichen Verbot der Art. 258 ff. ZPO.[511] Demgegenüber wird in der Lehre seit längerem von MEIER propagiert, der possessorische Besitzesschutz der Art. 927 f. ZGB solle im vorsorglichen Rechtschutz aufgehen.[512] Im possessorischen Besitzesschutz, der unter dem Vorbehalt des Entscheids über das Petitorium steht, könne zu wenig auf den Ausgang des Prozesses über das Petitorium abgestellt werden. Entsprechend würden die Rechtsinteressen der Parteien im Entscheid übers Possessorium ungenügend oder gar nicht berücksichtigt. Komme hinzu, dass Entscheide über das Possessorium in einem allfällig folgenden Verfahren übers Petitorium verhältnismässig schwer umzustossen seien.[513] Dagegen wenden STARK und LINDEMANN jedoch ein, diese Ausrichtung des possessorischen Besitzesschutzes als vorsorglicher Rechtschutz auf den Prozess übers Petitorium sei zu sehr prozessualem Denken verpflichtet und würde das Gleichgewicht zwischen Sachen- und Obligationenrecht empfindlich stören. Insbesondere die von MEIER geforderte Prognose übers Petitorium im possessorischen Verfahren sei problematisch. So werde eigenmächtiges Verhalten dem Einhalt der Rechtsordnung vorgezogen, wenn der Mieter, den der Vermieter nicht einziehen lässt, sich mit verbotener Eigenmacht Zugang zur gemieteten Wohnung verschafft.[514] Dieser Einwand überzeugt allerdings alleine schon deshalb nicht, weil ein Mieter, der aufgrund des Mietvertrags einen obligatorischen Anspruch auf Besitzesverschaffung hat, damit regelmässig auch die Einwilligung zum Einzug am vertraglich bestimmten Termin hat. Obschon mit der Einwilligung grundsätzlich keine Sachherrschaft und infolgedessen auch

---

[510] SCHÖBI, S. 1055 ff., 1057 ff. m.Vw.a. Leitlinien für eine Vereinheitlichung des schweizerischen Zivilprozessrechts vom 31. Mai 1999, Diskussionsgrundlage für die 1. Sitzung der Expertenkommission vom 14. 6. 1999 (Leitlinie 7) und 9. Sitzung vom 18./19. Oktober 2000, wo das Anliegen wiederholt wurde (Prot. S. 868).

[511] SCHÖBI, S. 1055 ff., 1057 ff. m.Vw.a. BGE 141 III 195.

[512] MEIER, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, S. 304 ff.

[513] MEIER, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, S. 304 ff.

[514] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 105a m.Vw.a MEIER, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, S. 304 ff.; vgl. aber STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 60, wonach die Mieterausweisung immer eine Frage des petitorischen Besitzesschutz darstellt.

kein Besitz übertragen werden kann,[515] begründet die Einwilligung in die faktische Herrschaft des zum Besitz berechtigten Mieters ausnahmsweise dessen Besitz, wofür die Einwilligung nicht widerrufen werden kann.[516] Kommt hinzu, wie auch dieses Beispiel zeigt, dass dem Petitorium mit der geforderten Eigenmacht bzw. der ausbleibenden Einwilligung oder Rechtfertigung oder gar dem besseren Recht von Art. 927 Abs. 2 ZGB auch *de lege lata* für das Possessorium Rechnung zu tragen ist.[517] Entsprechend werden insbesondere auch Mieterausweisungen – also der umgekehrte Fall – nicht als Angelegenheit des possessorischen, sondern des petitorischen Besitzesschutz behandelt.[518] Die klare Trennung der Beurteilung faktischer Herrschaftsverhältnisse einerseits und Rechtsverhältnisse andererseits lässt sich auch unter geltendem Recht nicht erreichen, womit letztlich im funktional als vorsorglicher Rechtschutz verstandenen Besitzesschutz ein Verfügungsanspruch relevant bleibt. Dass dieser Anspruch aufgrund der Besitzverhältnisse vermutet wird und der Besitzesentzieher bzw. -störer die Einwilligung oder einen anderen Rechtfertigungsgrund zu beweisen hat, entspricht dabei der dinglichen Natur des letztlich mitbeurteilten Anspruchs an der Sache bzw. Liegenschaft.

2. Ordentliches und vereinfachtes Verfahren

Bleiben dem Hausbesitzer sämtliche Verfahrensarten offen,[519] kann der Besitzesschutz **grundsätzlich auch** im ordentlichen Verfahren gemäss Art. 219 ff. ZPO oder bei einem Streitwert bis CHF 30 000.– im vereinfachten Verfahren gemäss Art. 243 ff. ZPO erreicht werden.[520] Dass damit eine Vorgehensweise zur Verfügung

---

[515] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB 26, 31a.

[516] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB 26, 31a m.Vw.a. ZOBL, S. 316 f.; VON TUHR/PETER, S. 419; siehe hiervor BT, I. C. 5. d).

[517] Siehe hiervor BT, I. D. 2.; a.M. wohl SCHÖBI, S. 1055 ff., 1060 ff., wonach im Fall einer Besitzesschutzklage eine Diskussion über die bessere Berechtigung entfällt und es genügt, dass der Hausbesitzer umgehend auf die Besetzung seiner Liegenschaft reagiert.

[518] SPRECHER, BSK-Art. 262 ZPO N 32; ebenso selbst STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 60.

[519] SCHÖBI, S. 1055 ff., 1057 ff.; siehe hiervor BT, I. E. 1.

[520] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 49 ff., 56, 58 *in fine*; STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB 106-109 m.Vw.a. SUTTER-SOMM, Schweizerisches Privatrecht, Rz. 1347; ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926–929 N 42; KILLIAS, Art. 219 ZPO N 10 und Art. 243 ZPO N 13.

steht, die nicht als rasch und einfach bezeichnet werden kann, ergibt sich allerdings bereits daraus, dass sowohl für das ordentliche als auch das vereinfachte Verfahren vorweg ein Schlichtungsverfahren gemäss Art. 202 ff. ZPO durchzuführen ist.[521] Ein Besitzesschutzverfahren in Form eines summarischen Verfahrens wird daher oft angezeigt bleiben, ist aber nicht zwingend.[522]

Demgegenüber vermag der im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren angestrebte Besitzesschutz dort angezeigt sein, wo die **Rechtslage** zu komplex oder der **Sachverhalt** zu wenig liquide ist, um ein summarisches Verfahren gemäss Art. 257 ZPO beschreiten zu können. Dies kann insbesondere auch dann der Fall sein, wenn weitere notwendige Beweismittel gemäss Art. 254 Abs. 2 ZPO nicht zu erreichen sind und sich das Summarverfahren auf einen Urkundenprozess beschränkt. Aus ähnlichen Gründen kann es zu schwer sein, im Rahmen des vorsorglichen Rechtschutzes gemäss Art. 261 ff. ZPO die Eigenmacht glaubhaft zu machen. Und schliesslich wird in der Lehre – eher fragwürdig – das Argument angebracht, der Besitzesschutz im vorsorglichen Rechtschutz führe «... nicht zu einer rechtskräftigen Erkenntnis hinsichtlich [der] Besitzesposition ...».[523]

Aber auch ein im ordentlichen bzw. im vereinfachten Verfahren errungener Besitzesschutz bleibt in seiner **Funktion vorsorglicher Rechtschutz**.[524] Dies gelangt nicht zuletzt in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Ausdruck, wonach der possessorische Besitzesschutz unter dem Vorbehalt des Entscheids über den petitorischen Besitzesschutzes ergeht[525] und dessen Kognition im Rahmen einer allfälligen Beschwerde in Zivilsachen gegen einen im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren ergangenen Entscheid i.S. Besitzesschutz gemäss Art. 927 f. ZGB gleich

---

[521] SCHÖBI, S. 1055 ff., 1057 ff.

[522] SCHÖBI, S. 1055 ff., 1057 ff. m.Vw.a. ERNST, recht 2011, S. 105 ff.; SUTTER-SOMM, Schweizerisches Privatrecht, Rz. 1346 ff.

[523] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 49 ff., 56, 58 *in fine*; vgl. auch SCHÖBI, S. 1055 ff., 1060 ff., wonach im Fall einer Besitzesschutzklage eine Diskussion über die bessere Berechtigung entfällt und es genügt, dass der Hausbesitzer umgehend auf die Besetzung seiner Liegenschaft reagiert.

[524] Siehe hiervor BT, I. E. 1.

[525] BGer 4A_197/2017 E. 3.1; BGer 5P.220/2000 E. 2b; BGE 113 II 243 E. 1b.

eingeschränkt bleibt, wie die Überprüfung der Anordnungen des vorsorglichen Rechtschutzes.[526]

3. Beschleunigter Rechtschutz

a) Allgemein

Ist das Opfer verbotener Eigenmacht – was beim Hausbesitzer einer besetzten Liegenschaft anzunehmen ist – bestrebt, möglichst schnell einen rechtskräftigen Ausweisungsentscheid zu erhalten, so stehen ihm dazu grundsätzlich **zwei Möglichkeiten** des beschleunigten Rechtsschutzes zur Verfügung: der Rechtsschutz in klaren Fällen und die vorsorgliche Massnahme.[527]

Dass eines dieser beschleunigten Rechtschutzverfahren das andere ausschliesst ergibt sich – wie bereits dargelegt[528] – weder aus einer entsprechenden Bestimmung der Schweizerischen Zivilprozessordnung, noch lässt sich dies zugunsten des Rechtsschutzes in klaren Fällen von der für vorsorgliche Massnahmen geforderten Verhältnismässigkeit ableiten. Aus der «Notwendigkeit als Teilgehalt der Verhältnismässigkeit» ergibt sich **keine Subsidiarität** der vorsorglichen Massnahmen gegenüber anderen Rechtsbehelfen.[529] Sie begründet lediglich eine zeitliche und sachliche Beschränkung der vorsorglichen Massnahme in dem Sinn, als Massnahmen nicht weiter gehen dürfen, wie dies zur Wahrung der materiellrechtlichen Ansprüche, für die vorsorglicher Rechtsschutz gesucht wird, erforderlich ist.[530] Wenn also für die Notwendigkeit der vorsorglichen Massnahme in der Lehre auf den Einzelfall verwiesen wird, ist das nur mit Blick auf den zu schützenden Anspruch zu verstehen, nicht aber auf den Ausschluss anderer Rechtsbehelfe.[531] Damit kann

---

[526] Zuletzt BGer 4A_197/2017 E. 2 m.Vw.a. BGE 133 III 638 E. 2; ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 49 ff., 56, 58 *in fine*.

[527] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 49 ff. m.Vw.a. HOHL, Procédure civile, Rz. 1707; SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2007, Rz. 921.

[528] Siehe hiervor BT, I. E. 1.

[529] SPRECHER, BSK-Art. 261 ZPO N 112b m.Vw.a. OGer ZH vom 3. März 2015, LF150002, E. 5.3; OGer ZH vom 14. April 2015, LF15003; ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 49 ff.

[530] ZÜRCHER, ZPO-Kommentar-Art. 261 ZPO N 11; SPRECHER, BSK-Art. 261 ZPO N 112 m.Vw.a. BGer 4A_103/2008 E. 9.

[531] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 45, 49 ff.; siehe hiernach BT, I. E. 3. c) cc).

grundsätzlich nicht nur zwischen den beiden Rechtsbehelfen gewählt werden, sondern auch parallel zum Verfahren gemäss Art. 257 ZPO ein Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahme gestellt werden. [532]

Dennoch kann es prozesstaktische Gründe geben, weshalb der eine Rechtsbehelf dem anderen vorzuziehen ist. Zwar nutzt die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme auf Ausweisung der Hausbesetzer dem Hausbesitzer «... bei äusserlicher Betrachtung in der gleichen Weise wie die Gutheissung seines Anspruchs im summarischen Verfahren zum Schutz klaren Rechts»,[533] doch bestehen bei Lichte betrachtet wesentliche Unterschiede: (1) So muss der Hausbesitzer den Sachverhalt der Hausbesetzung, mithin der Besitzesstörung bzw. des Besitzesentzugs durch verbotene Eigenmacht durch die Hausbesetzer im Massnahmeverfahren nur glaubhaft machen.[534] Wogegen er diesen im Verfahren um Rechtschutz in klaren Fällen voll zu beweisen hat.[535] (2) Umgekehrt erreicht der Hausbesitzer im Verfahren für Rechtsschutz in klaren Fällen, sofern sein Gesuch gutgeheissen wird, einen rechtskräftigen Endentscheid über den materiellrechtlichen Besitzesschutzanspruch von Art. 927 f. ZGB.[536] Dagegen schützt der allenfalls gutheissende Massnahmeentscheid diesen Anspruch nur vorsorglich – wie es ERNST ausdrückt – als möglichen Anspruch. Dies führt zuweilen auch zu einer (vorsorglichen) **faktischen Befriedigung** des Hausbesitzers, steht aber unter dem Vorbehalt des Prosekutionsentscheids, was sich indes bereits mit dem Zweck des Besitzesschutzes von Art. 927 f. ZGB deckt.[537] Aus prozessualer Sicht wird die faktische Besitzeslage jedoch nur dort definitiv entschieden,[538] wo ausnahmsweise auf die Prosekution verzichtet werden

---

[532] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 37 f., 43 ff. m.Vw.a. HOHL, Procédure civile, Rz. 1703, 1707.

[533] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 46, 49 ff.

[534] Siehe hiernach BT, I. E. 3. c) bb).

[535] Siehe hiernach BT, I. E. 3. b).

[536] Siehe hiernach BT, I. E. 3. b).

[537] Siehe hiernach BT, I. E. 3. c) cc)/dd).

[538] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 46, 49 ff., der darin keinen rechtskräftigen Enscheid über Besitzschutzanspruch sieht und auf das Verstreichen der Frist von Art. 929 Abs. 2 ZGB abstellt.

kann.[539] Soweit es dem Gesuchsteller – wie beim Besitzer einer besetzten Liegenschaft vornehmlich anzunehmen ist – primär um die Bereinigung der faktischen Besitzeslage geht und er aufgrund der Rechtslage unbekümmert in Kauf nehmen kann, dass die «nur» vorsorgliche Bereinigung unter dem Vorbehalt einer allfälligen Prosekution steht, ist damit bereits viel erreicht.[540] Ist der Hausbesitzer allerdings auf eine rechtliche Klärung des Besitzesschutzes angewiesen, weil etwa von den Hausbesetzern eine Einwilligung glaubhaft gemacht wird,[541] so bleibt ihm nichts anderes übrig, als entweder auf den Rechtsschutz in klaren Fällen oder gar auf das ordentliche bzw. vereinfachte Verfahren zurückzugreifen.[542] (3) Nochmals anders verhält es sich, wo der Hausbesitzer nicht um possessorischen, sondern um petitorischen (Besitzes-)Schutz ersucht.[543] Hier erhält er gegebenenfalls vorsorglichen Schutz seines Petitorium, den er mit einer petitorischen Klage prosekuieren muss.[544] Die vorsorgliche Massnahme betreffend das Petitorium bewirkt aber auch, dass das Possessorium – welches zwar Gegenstand der vorsorglichen Massnahme ist, nicht jedoch selbst prosekuiert werden muss – bereits definitiv entscheiden wurde.[545]

---

[539] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 46, 49 ff.

[540] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 49 ff., der darauf hinweist, dass hier kein rechtskräftiger Endentscheid für den Besitzesschutzanspruch vorliegt.

[541] Vgl. BGE 135 III 633 E. 3, wo es allerdings um den Ausschluss der verbotenen Eigenmacht aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung ging; ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 49 ff.

[542] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 49 ff. m.Hw.a. den bloss obligatorisch berechtigten unselbständigen Besitzer, der für eine Klärung der hinzunehmenden Immissionen auf den Besitzesschutz angewiesen ist.

[543] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f. m.Vw.a. BGer 5A_658/2009 E. 4; HOHL, Procédure civile, Rz. 1704; siehe hiernach BT, I. E. 3. c) aa).

[544] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f.; zur Kombination des posssessorischen Besitzesschutzes gemäss Art. 927 f. ZGB mit vorsorglichen Massnahmen zum Petitorium als weitere Variante siehe hiernach BT, I. E. 3. c) aa).

[545] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f. m.Vw.a JENT-SORENSEN, KUKO-Art. 248 ZPO N 21, wonach hieraus allerdings nicht zu schliessen ist, dass ein Massnahmeverfahren ausgeschlossen ist.

Vor diesem – doch recht anspruchsvollen – Hintergrund wird deshalb in der Lehre **empfohlen**, ein Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen, verbunden mit einem Gesuch um eine entsprechende vorsorgliche Massnahme, zu stellen und eventualiter – sollten die Voraussetzungen des Rechtschutzes in klaren Fällen nicht gegeben sein – ein Gesuch um dieselben vorsorglichen Massnahmen mit Ansetzung einer Frist zur Prosekution mittels Klage im ordentlichen bzw. vereinfachten Verfahren.[546]

b) Rechtschutz in klaren Fällen

Ist der Sachverhalt liquide, mithin unbestritten oder sofort beweisbar, und die Rechtslage für den possessorischen Rechtschutz klar, kann der Besitzesschutz auch mittels Rechtschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO[547] gesucht werden. Dabei handelt es sich gemäss Art. 248 lit. b ZPO um ein **summarisches Verfahren**.[548] Auch entfällt gemäss Art. 198 lit. a ZPO das Schlichtungsverfahren und gelangt das Verfahren zum Rechtschutz in klaren Fällen unabhängig vom Streitwert zur Anwendung.[549] Entsprechend kann es als beschleunigtes Verfahren gelten, das auch dem Wesen des Besitzesschutzes entspricht.[550] Im Falle der Gutheissung des Gesuchs führt es zu einem in der Sache rechtskräftigen Entscheid, der aufgrund ent-

---

[546] HOHL, Procédure civile, Rz. 1703, 1707; SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2007, Rz. 921; ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 49 ff.

[547] Schweizerische Zivilprozessordnung (SR 272) vom 19. Dezember 2008 (Stand: 1.1.2018), 2. Teil: Besondere Bestimmungen: 5. Titel: Summarisches Verfahren, 3. Kapitel: Rechtsschutz in klaren Fällen, Art. 257 ZPO; [1] Das Gericht gewährt Rechtsschutz im summarischen Verfahren, wenn: a. der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar ist; und b. die Rechtslage klar ist. [2] Ausgeschlossen ist dieser Rechtsschutz, wenn die Angelegenheit dem Offizialgrundsatz unterliegt. [3] Kann dieser Rechtsschutz nicht gewährt werden, so tritt das Gericht auf das Gesuch nicht ein.

[548] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 106-109 m.Vw.a. Art. 248 lit. b und 257 ZPO; SUTTER-SOMM, Schweizerisches Privatrecht, N. 1347; ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926–929 N. 37 ff; ERNST, recht 2011, S. 101 ff., 102 f.; SCHÖBI, S. 1055 ff., 1057 ff. m.Vw.a. BGer 5A_710/2013; BGer 5A_19/2015 für die Voraussetzungen des klaren Falls.

[549] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 37 f. m.Vw.a. JENT-SORENSEN, KUKO-Art. 257 ZPO N 5.

[550] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 37 f. m.Vw.a. Art. 929 ZGB; Art. 252 ff. ZPO; JENT-SORENSEN, KUKO-Art. 257 ZPO N 5.

sprechender Anträge auch direkte Vollstreckungsanordnungen beinhalten kann,[551] weshalb es auch unter diesem Aspekt für die Besitzesschutzansprüche – wie allgemein anerkannt – gut geeignet ist und den alten bewährten Befehlsverfahren der Kantone sehr nahe kommt.[552]

Damit dieser Rechtschutz gewährt werden kann, ist **Zweierlei vorausgesetzt**: Gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO muss zunächst (1) der Sachverhalt der Besitzesstörung bzw. der -entziehung «... unbestritten oder sofort beweisbar ...» und dann (2) die Rechtslage klar sein.

(1) Als **Sachverhalt** hat (i) der Besitz des Gesuchstellers und (ii) dessen Entziehung oder Störung durch verbotene Eigenmacht des Gesuchsgegners zu gelten. Der so umrissene Sachverhalt ist wie im ordentlichen bzw. im vereinfachten Verfahren voll zu beweisen, ergeht doch auch hier «... ein definitiver Entscheid über den rechtshängig gemachten Besitzesschutzanspruch ...».[553] Da es sich allerdings vorliegend um ein summarisches Verfahren handelt, gilt grundsätzlich die Beschränkung auf den Urkundenbeweis gemäss Art. 254 Abs. 1 ZPO. Folglich sind andere Beweismittel gemäss Art. 254 Abs. 2 ZPO nur zulässig, wenn sie (i) das Verfahren nicht wesentlich verzögern (lit. a), (ii) es der Verfahrenszweck erfordert (lit. b) oder (iii) das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat (lit. c).[554] Obschon in der Lehre und Rechtsprechung verschiedene Ansätze zur Handhabe der Beweismittelerleichterung von Art. 254 Abs. 2 ZPO entwickelt wurden,[555] bleibt der Hausbesitzer unter geltendem Recht grundsätzlich auf den Urkundenbeweis zu-

---

[551] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 37 f. m.Vw.a. JENT-SORENSEN, KUKO-Art. 257 ZPO N 16, Art. 248 ZPO N 13: analoge Anwendung des Art. 236 Abs. 3 ZPO; vgl. auch Art. 343 Abs. 3 ZPO; vgl. KOFMEL EHRENZELLER, KUKO-Art. 343 ZPO N 17.

[552] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 37 f. m.Vw.a. HOHL, Procédure civile, N 1701; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 21 N 55; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, § 52 N 260

[553] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 37 f. m.Vw.a. HOHL, Procédure civile, Rz. 1702; vgl. BGE 135 III 633 E. 4

[554] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 37 f. m.Vw.a. JENT-SORENSEN, KUKO-Art. 257 ZPO N 12; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 21 N 54; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, § 11 N 261.

[555] Vgl. JENT-SORENSEN, KUKO-Art. 254 ZPO N 3 ff; GÜNGERICH, BK-Art. 254 ZPO N 3 ff.; Mazan, BSK-Art. 254 ZPO N 5 f.

rückgeworfen, der ihm insbesondere bei Hausbesetzungen wenig hilft.[556] Entsprechend trägt letztlich der Hausbesitzer das Risiko des Nichteintretensentscheids gemäss Art. 257 Abs. 3 ZPO, wenn er nicht über die liquiden Beweismittel verfügt.

(2) Bei Besitzesschutzansprüchen könnte aufgrund der ausgesprochen faktischen Begründung des Anspruchs angenommen werden, dass die Klarheit des Rechts derjenigen des Sachverhalts folgt. Dem ist aber – wie ERNST es ausdrückt – keineswegs zwangsläufig so.[557] Die **Rechtslage** ist gemäss ständiger Praxis des Bundesgerichts nur klar, wenn «... über die Bedeutung einer Rechtsvorschrift kein begründeter Zweifel bestehen kann».[558] Dabei muss sich mindestens nach bewährter Lehre und Rechtsprechung ein «eindeutiges» Rechtsverständnis etabliert haben.[559] Entsprechend ist klares Recht umso mehr ausgeschlossen, je mehr der Gerichtsentscheid in dessen Ermessen liegt.[560] Wird etwa die Einrede des Rechtsmissbrauchs vom Gesuchsgegner erhoben, was eine Würdigung der gesamten Umstände erfordert, die in einen Billigkeitsentscheid des Gerichts mündet, ist die Regelklarheit von vornherein ausgeschlossen. Nicht nur lässt das Summarverfahren eine solche Würdigung nicht zu, sondern widerspricht der Einzelfallentscheid *per definitionem* einer klaren generell-abstrakten Regelung.[561] Umgekehrt wird in der Lehre vertreten, sollte der Besitzesschutzanspruch nicht bereits deshalb unklar sein, weil die Gesuchsge-

---

[556] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 37 f., wonach dies allenfalls anders zu beurteilen wäre, wenn der Besitzesschutz von Gesetzes wegen, mithin gemäss Art. 249 ff. ZPO in das summarische Verfahren verwiesen würde.

[557] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 37 f. m.Vw.a. BGE 135 III 633, wonach die Rechtslage etwa nicht klar ist, wenn das Unterlassen von Gleitschirmüberflügen als Besitzesstörung verlangt wird, der Störer sich indes auf ein kommunales Bau- und Zonenreglement beruft und der Besitzer wiederum dessen Unwirksamkeit geltend macht.

[558] BGer 5A_471/2012 E. 5.1 m.Vw.a. BGE 118 II 302 E. 3; zitiert bei ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 37 f.

[559] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 37 f. m.Vw.a. BGer 5A_471/2012 E. 5.1 [§ 222 Ziff. 2 ZPO ZH]; vgl. FASEL, S. 102 ff.

[560] BGer 5A_471/2012 E. 5.1 m.Vw.a. BGE 128 III 123 E. 2.1.2.

[561] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 37 f. m.Vw.a. BGer 5A_471/2012, E. 5.1 [§ 222 Ziff. 2 ZPO ZH] m.w.Hw.

genpartei die Einrede von Art. 927 Abs. 2 ZGB erhebt.[562] Dem ist sicherlich beizupflichten, doch kann sich nicht erst das einredeweise geltend gemachte bessere Recht als komplex erweisen, sondern bereits die vom Gesuchsteller zu beweisende verbotene Eigenmacht, wenn die Gegenpartei eine Einwilligung oder andere Rechtfertigungsgründe vorbringt. Oft wird hier die Rechtslage nicht die erforderliche Eindeutigkeit aufweisen, so dass auf das Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen nicht einzutreten ist.[563]

Ist mangels klarer Sach- oder Rechtslage auf das Rechtschutzgesuch gemäss Art. 257 ZPO nicht einzutreten, so entfaltet dieser **Nichteintretensentscheid** zwar nur hinsichtlich dieser Prozessvoraussetzungen, nicht aber in der Sache selbst Rechtskraftwirkung. Folglich kann der Hausbesitzer ohne Fristbindung zu einem späteren Zeitpunkt durchaus erfolgreich den ordentlichen bzw. den vereinfachten Prozessweg beschreiten.[564] Doch verliert er dadurch insbesondere die Vorteile des beschleunigten Rechtschutzes. Immerhin bleibt ihm die Monatsfrist von Art. 63 Abs. 2 ZPO gewahrt, was insbesondere angesichts der Frist von Art. 929 Abs. 2 ZGB relevant sein kann. Demnach bleibt die Rechtshängigkeit auf den Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs um Rechtschutz gemäss Art. 257 ZPO bestehen, sofern der Hausbesitzer innert eines Monats seit Nichteintretensentscheid[565] die Klage auf Besitzesschutz gemäss Art. 927 f. i.V.m. Art. 937 Abs. 2 ZGB bei der zuständigen Stelle einreicht.[566] Denn Art. 63 Abs. 2 ZPO wurde insbesondere für Fälle geschaf-

---

[562] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 37 f. m.Vw.a. JENT-SORENSEN, KUKO-Art. 252 ZPO N 6, wonach die Erhebung der Einwendung nach Art. 927 Abs. 2 zuzulassen ist, da sogar die Widerklage im summarischen Verfahren zugelassen wird; a.M. SCHÖBI, S. 1055 ff., 1057 ff., dann aber S. 1060 ff., wonach im Fall einer Besitzesschutzklage eine Diskussion über die bessere Berechtigung entfällt und es genügt, dass der Hausbesitzer umgehend auf die Besetzung seiner Liegenschaft reagiert.

[563] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 37 f. m.Vw.a. Art. 257 Abs. 3 ZPO.

[564] SCHÖBI, S. 1055 ff., 1057 ff. m.Vw.a. SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, Kommentar ZPO-Art. 257 ZPO N 31; ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 37 f. m.Vw.a. JENT-SORENSEN, KUKO-Art. 257 ZPO N 14 m.w.Hw.

[565] Zum Streit über den Beginn der Monatsfrist vgl. ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 37 f. m.Vw.a. INFANGER, BSK-Art. 63 ZPO N 2: Eintritt der Rechtskraft des Nichteintretensentscheids; BERTI, KUKO-Art. 63 ZPO N 12: Zustellung des Nichteintretensentscheids.

[566] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 37 f. m.Vw.a. BOTSCHAFT ZPO, BBl 2006, S. 7221, 7277.

fen, wo Gesuche im summarischen Verfahren eingereicht werden, obschon ein einlässliches Verfahren anwendbar ist.[567]

c) Vorsorgliche Massnahmen

aa) Allgemein

Um Besitzesschutz gemäss Art. 927 f. ZGB kann auch im Massnahmeverfahren gemäss Art. 261 ff. ZPO[568] nachgesucht werden.[569] Dabei – so die Ansicht von SCHÖBI

---

[567] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 37 f. m.Vw.a. INFANGER, BSK-Art. 63 ZPO N 2, 15; a.A. speziell für das summarische Verfahren zum Schutz klaren Rechts: SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, Kommentar ZPO-Art. 257 ZPO N 32; diese Autoren raten, gleichzeitig mit dem Gesuch um Schutz klaren Rechts eine Klage im ordentlichen Prozess einzureichen, diese indes zu sistieren; diese Möglichkeit wird wiederum bestritten von JENT-SORENSEN, KUKO-Art. 252 ZPO N 4.

[568] Schweizerische Zivilprozessordnung (SR 272) vom 19. Dezember 2008 (Stand: 1.1.2018), 2. Teil: Besondere Bestimmungen: 5. Titel: Summarisches Verfahren, 5. Kapitel: Vorsorgliche Massnahmen und Schutzschrift, 1. Abschnitt: Vorsorgliche Massnahmen, Art. 261 ZPO, Grundsatz, [1] Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass: a. ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist; und b. ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. [2] Leistet die Gegenpartei angemessene Sicherheit, so kann das Gericht von vorsorglichen Massnahmen absehen. Art. 262 ZPO, Inhalt, Eine vorsorgliche Massnahme kann jede gerichtliche Anordnung sein, die geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden, insbesondere: a. ein Verbot; b. eine Anordnung zur Beseitigung eines rechtswidrigen Zustands; c. eine Anweisung an eine Registerbehörde oder eine dritte Person; d. eine Sachleistung; e. die Leistung einer Geldzahlung in den vom Gesetz bestimmten Fällen. Art. 263 ZPO, Massnahmen vor Rechtshängigkeit, Ist die Klage in der Hauptsache noch nicht rechtshängig, so setzt das Gericht der gesuchstellenden Partei eine Frist zur Einreichung der Klage, mit der Androhung, die angeordnete Massnahme falle bei ungenutztem Ablauf der Frist ohne Weiteres dahin. Art. 264 ZPO, Sicherheitsleistung und Schadenersatz, [1] Ist ein Schaden für die Gegenpartei zu befürchten, so kann das Gericht die Anordnung vorsorglicher Massnahmen von der Leistung einer Sicherheit durch die gesuchstellende Partei abhängig machen. [2] Die gesuchstellende Partei haftet für den aus einer ungerechtfertigten vorsorglichen Massnahme erwachsenen Schaden. Beweist sie jedoch, dass sie ihr Gesuch in guten Treuen gestellt hat, so kann das Gericht die Ersatzpflicht herabsetzen oder gänzlich von ihr entbinden. [3] Eine geleistete Sicherheit ist freizugeben, wenn feststeht, dass keine Schadenersatzklage erhoben wird; bei Ungewissheit setzt das Gericht eine Frist zur Klage. Art. 265 ZPO, Superprovisorische Massnahmen, [1] Bei besonderer Dringlichkeit, insbesondere bei Vereitelungsgefahr, kann das Gericht die vorsorgliche Massnahme sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei anordnen. [2] Mit der Anordnung lädt das Gericht die Parteien zu einer Verhandlung vor,

– profitiert der gesuchstellende Hausbesitzer «... gleichsam in doppelter Weise». So wird über die vorsorglichen Massnahmen zunächst im **summarischen Verfahren** entschieden[570] und bleibt dann die Frage des besseren Rechts im Besitzesschutzstreit grundsätzlich ausgeklammert.[571] Entsprechend wurde die Möglichkeit des Besitzesschutzes mittels Anordnung vorsorglicher Massnahmen bereits im Gesetzgebungsverfahren zur Schweizerischen Zivilprozessordnung mit dem Beispiel der Wiedererlangung widerrechtlich entzogenen oder vorenthaltenen Besitzes explizit erwähnt.[572] Allerdings wurde der Besitzesschutz gemäss Art. 927 f. ZGB dann vom Gesetz selbst weder dem Massnahme- bzw. noch dem Summarverfahren zugewiesen. Folglich kann – wie bereits ausgeführt[573] – die Anordnung des Besitzesschutzes als vorsorgliche Massnahme erfolgen, muss aber nicht. Wird jedoch das Massnahmeverfahren vom Hausbesitzer gewählt, so kommen die «... gewöhnlichen

---

die unverzüglich stattzufinden hat, oder setzt der Gegenpartei eine Frist zur schriftlichen Stellungnahme. Nach Anhörung der Gegenpartei entscheidet das Gericht unverzüglich über das Gesuch. 3 Das Gericht kann die gesuchstellende Partei von Amtes wegen zu einer vorgängigen Sicherheitsleistung verpflichten. Art. 267 ZPO, Vollstreckung, Das Gericht, das die vorsorgliche Massnahme anordnet, trifft auch die erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen. Art. 268 ZPO, Änderung und Aufhebung, 1 Haben sich die Umstände geändert oder erweisen sich vorsorgliche Massnahmen nachträglich als ungerechtfertigt, so können sie geändert oder aufgehoben werden. 2 Mit Rechtskraft des Entscheides in der Hauptsache fallen die Massnahmen von Gesetzes wegen dahin. Das Gericht kann die Weitergeltung anordnen, wenn es der Vollstreckung dient oder das Gesetz dies vorsieht.

569 SCHÖBI, S. 1055 ff., 1057 ff. m.Vw.a. SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, Kommentar ZPO-Art. 257 ZPO N 31, wonach der Gesuchsteller für den Besitzesschutz gemäss Art. 927 f. ZGB die Wahl zwischen dem Erlass einer vorsorglichen Massnahme und dem Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen hat; STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 107; GÜNGERICH, BK-Art. 261 ZPO N 4; ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f. m.Vw.a. BOTSCHAFT ZPO, BBl 2006, S. 7221, 7355.

570 SCHÖBI, S. 1055 ff., 1057 ff.; STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 107 m.Vw.a. Art. 248 lit. d ZPO; GÜNGERICH, BK-Art. 261 ZPO N 4; ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f. m.Vw.a. s. Art. 248 ff. ZPO.

571 SCHÖBI, S. 1055 ff., 1057 ff.

572 ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f. m.Vw.a. BOTSCHAFT ZPO, BBl 2006, S. 7221, 7355.

573 Siehe hiervor BT, I. E. 3. a); vgl. auch SCHÖBI, S. 1055 ff., 1060 ff.

Regeln über das Massnahmeverfahren zur Anwendung».[574] Demnach kann das Massnahmeverfahren vor oder nach Rechtshängigkeit des Hauptverfahrens eingeleitet werden und verbietet insbesondere das Hauptverfahren zum Besitzschutz gemäss Art. 927 f. i.V.m. Art. 937 Abs. 2 ZGB nicht, vorsorgliche Massnahmen anzuordnen.[575] Umgekehrt muss einer allfälligen Prosekutionsklage nach Anordnung vorsorglicher Massnahmen kein Schlichtungsversuch vorangehen.[576]

Da – wie bereits eingangs erwähnt[577] – Art. 927 f. i.V.m. Art. 937 Abs. 2 ZGB dem von einer eigenmächtigen Hausbesetzung betroffenen Hausbesitzer zivilrechtliche Schutzansprüche vermitteln, sind es zunächst diese **possessorischen Ansprüche** und «... nicht das allenfalls bestehende bessere («petitorische») Recht zum Besitz», die vorsorglichen Rechtschutz erfahren, wenn mit Blick auf die Beurteilung des Besitzesschutzanspruchs im Hauptverfahren diesbezüglich vorläufiger Schutz im Massnahmeverfahren gesucht wird. Mit anderen Worten: Das «korrespondierende» Hauptverfahren ist das ordentliche oder vereinfachte Verfahren, «... das mit einer Leistungsklage auf Erfüllung der in Art. 927 f. [i.V.m. Art. 937 Abs. 2] ZGB bestimmten Ansprüche rechtshängig gemacht wird ...».[578]

Dies bedeutet allerdings nicht, dass es nicht auch möglich bleibt, um vorsorgliche Massnahmen zu ersuchen, die dem Schutz der **petitorischen Ansprüche** dienen.[579] Wie vom Bundesgericht jüngst gestützt auf BOHNET festgehalten, sind Kla-

---

[574] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f.; SCHÖBI, S. 1055 ff., 1060 ff.

[575] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f. m.Vw.a. KOFMEL EHRENZELLER, KUKO-Art. 263 ZPO N 3.

[576] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f. m.Vw.a. Art. 198 lit. h ZPO; zur Prosekution siehe hiernach BT, I. E. 3. c) dd).

[577] Siehe hiervor BT, I. E. 1.

[578] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f.; ebenso STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 107 m.Vw.a. ERNST, recht 2011, S. 101 ff., 110; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, Kommentar ZPO-Art. 257 ZPO N 39, wonach in diesem Verfahren nicht über den Besitz entschieden, sondern nur ein Zustand provisorisch geschützt wird; fraglich bei SCHÖBI, S. 1055 ff., 1060 ff., wonach der Grundeigentümer, der den Erlass einer vorläufigen Massnahme anstrebt, seine bessere Berechtigung am Grundstück glaubhaft machen muss.

[579] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f. m.Vw.a. BGer 23.6.2009, 5A_123/2009 (Dienstbarkeit als besseres Recht).

gen gemäss Art. 927 f. ZGB, sofern deren Voraussetzungen erfüllt sind, zuzulassen «*... à l'occasion du procès au fond en revendication comme une mesure provisionnelle sui generis*». Eventualiter können dann auch noch vorsorgliche Massnahmen beantragt werden «*... avant introduction de l'action pétitoire, en se prévalant des* [Art. 641 Abs. 2 ZGB und Art. 261 ff. ZPO]».[580] Wird um vorsorgliche Massnahmen für das Petitorium vor Rechtshängigkeit des petitorischen Hauptverfahrens ersucht,[581] so wird einerseits dem Gesuchsteller diesfalls eine Frist zur Prosekution mittels petitorischer Klage (nicht possessorischer Klage) angesetzt.[582] Andererseits wird jedoch mit den entsprechenden (petitorischen) Massnahmen auch in Kauf genommen, dass für das Possessorium bereits definitiver Rechtsschutz gewährt wird.[583]

bb) Voraussetzungen

Gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO setzen vorsorgliche Massnahmen voraus, dass der gesuchstellende Hausbesitzer (1) einen Massnahmeanspruch (lit. a) und (2) einen Massnahmegrund (lit. b) **glaubhaft** macht.[584] Dabei gelten die dem Massnahmeanspruch und dem Massnahmegrund zugrundeliegende Tatsachen dann als glaubhaft gemacht, «... wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben ...» könnten.[585] Gemäss Art. 264 Abs. 1 ZPO kann der Erlass einer vorsorglichen Massnahme zudem von der Leistung einer Sicherheit durch die gesuchstellen-

---

[580] BGer 4A_197/2017 E. 1.2 m.Vw.a. BOHNET, § 39 N 17, § 54 N 15; bereits schon SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, Rz. 921; HOHL, Procédure civile, Rz. 1707; ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 49 ff.

[581] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f. m.Vw.a. BGer 5A_658/2009 E. 4; HOHL, Procédure civile, Rz. 1704.

[582] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f.

[583] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f. m.Vw.a JENT-SORENSEN, KUKO-Art. 248 ZPO N 21, wonach hieraus allerdings nicht zu schliessen ist, dass ein Massnahmeverfahren ausgeschlossen ist.

[584] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 106-109 m.Vw.a. ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926–929 N 44; SCHÖBI, S. 1055 ff., 1060 ff.

[585] BGE 132 III 715 E. 3.1; BGE 130 III 321 E. 3.3; vgl. auch SPRECHER, BSK-Art. 261 ZPO N 52 m.w.Hw.

de Partei abhängig gemacht werden,[586] womit letztlich auch eines verschiedener Institute zu erkennen ist, welches die Schweizerische Zivilprozessordnung bereit hält, um der nicht explizit genannten (3) Voraussetzung, der Verhältnismässigkeit, Ausdruck zu verleihen.[587]

(1) Für den Besitzesschutz ergibt sich der zunächst für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen vorausgesetzte **Massnahmeanspruch** aus den von Art. 927 f. i.V.m. Art. 937 Abs. 2 ZGB abgeleiteten subjektiven Rechten, den materiellen Besitzesschutzansprüchen. Diese Ansprüche müssen aufgrund des Verhaltens der Gesuchsgegner bereits verletzt sein oder eine solche Verletzung ist zumindest zu befürchten. Folglich hat der gesuchstellende Hausbesitzer unter diesem Titel als Sachverhaltselemente nicht nur (1) den Besitz am Haus, sondern auch (2) die effektive oder zu befürchtende Entziehung bzw. Störung dieses Besitzes durch die Gesuchsgegner bzw. die Hausbesetzer glaubhaft darzulegen.[588]

Keine Verletzung des Massnahmeanspruchs und dogmatisch besehen kein eigentlicher materieller Anspruch liegt vor, wenn der Gesuchsgegner einen **Rechtfertigungsgrund** für sich in Anspruch nehmen kann.[589] Gerade beim Besitzesschutz

---

[586] SPRECHER, BSK-Art. 261 ZPO N 10, 13, der allerdings zu Recht darauf hinweist, dass es sich dabei nicht um eine Voraussetzung für die vorsorgliche Massnahme selbst handelt; KOFMEL EHRENZELLER, KUKO-Art. 261 ZPO N 11; GÜNGERICH, BK-Art. 264 ZPO N 1.

[587] Vgl. Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO, wonach der drohende Nachteil nicht leicht wiedergutzumachen sein muss; Art. 261 Abs. 2 ZPO, wonach das Gericht bei angemessener Sicherheit von vorsorglichen Massnahmen absehen kann; Art. 262 Abs. 1 ZPO, wonach die gerichtliche Anordnung geeignet sein muss, den drohenden Nachteil abzuwenden; Art. 264 Abs. 1 ZPO, wonach die Anordnung vorsorgliche Massnahme von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden kann, sofern die Gegenseite einen Schaden zu befürchten hat; Art. 265 Abs. 1 ZPO, wonach eine superprovisorische Massnahme besondere Dringlichkeit erfordert.

[588] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f. m.Vw.a. Art. 927 f. ZGB i.V.m. Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO; STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 108; SPRECHER, BSK-Art. 261 ZPO N 55 m.Vw.a. OGer GR vom 14. Oktober 2014, ZK1 14 108 E. 4d; vgl. auch SCHÖBI, S. 1055 ff., 1060 ff.

[589] SPRECHER, BSK-Art. 261 ZPO N 22 m.Vw.a. BGE 97 II 97 E. 4, zum Rechtfertigungsgrund eines höherwertigen Informationsinteresses der Öffentlichkeit gegenüber dem Schutz der Privatsphäre; GÜNGERICH, BK-Art. 261 ZPO N 40 m.Vw.a. insbesondere auf die Einwilligung; HUBER, Kommentar ZPO-Art. 261 ZPO N 19.

gemäss Art. 927 f. i.V.m. Art. 937 Abs. 2 ZGB, der einerseits verbotene Eigenmacht voraussetzt[590] und andererseits mit Art. 927 Abs. 2 ZGB zumindest für die Besitzesentzugsklage – im Sinne einer Ausnahme *contra principium* – die Einrede des besseren Rechts zulässt,[591] ergibt sich dies bereits aus der anspruchsbegründenden Norm des materiellen Rechts selbst. Folglich fehlt dem gesuchstellenden Besitzer in einem solchen Fall – zu denken ist etwa an seine Einwilligung[592] – das für die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme erforderliche Rechtschutzinteresse.[593] Der Rechtfertigungsgrund, damit er im Rahmen des provisorischen Rechtschutzes berücksichtigt wird, muss jedoch offenkundig,[594] mithin «... deutlich ersichtlich und als im Vergleich mit dem Rechtsschutzinteresse der gesuchstellenden Partei höherwertig einzustufen sein».[595] Er darf nicht leichthin angenommen werden, insbesondere nicht, wenn ein absolut geschütztes Rechtsgut betroffen ist,[596] wie vorliegend das Eigentum bzw. der possessorische Besitzesschutzanspruch.

Ein Massnahmeanspruch liegt nicht mehr vor, wenn der betreffende Anspruch des Gesuchstellers verwirkt ist. Entsprechend kann bei **Verwirkung** des Massnahmeanspruchs auch keine vorsorgliche Massnahme mehr angeordnet werden. Beim Besitzesschutz gemäss Art. 927 f. ZGB ist dies zunächst möglich,[597] wenn er gemäss Art. 929 Abs. 1 ZGB nicht sofort nach Kenntnisnahme des Besitzesentzugs bzw. dessen Störung die Rückerstattung bzw. die Beseitigung verlangt oder dann, wenn der Besitzer gemäss Art. 929 Abs. 2 ZGB nicht innert eines Jahres seit Entzug oder

---

[590] Siehe hiervor BT, I. D. 1. a)-c).

[591] Siehe hiervor BT, I. D. 1. b); BT, I. D. 2.

[592] Siehe hiervor BT, I. C. 5. d); BT, I. D. 1. a)-c).

[593] SPRECHER, BSK-Art. 261 ZPO N 22.

[594] GÜNGERICH, BK-Art. 261 ZPO N 40; HUBER, Kommentar ZPO-Art. 261 ZPO N 19.

[595] SPRECHER, BSK-Art. 261 ZPO N 22 m.Vw.a. HUBER, Kommentar ZPO-Art. 261 ZPO N 18.

[596] SPRECHER, BSK-Art. 261 ZPO N 22 m.Vw.a. HUBER, Kommentar ZPO-Art. 261 ZPO N 19, wonach bei drohenden Persönlichkeitsverletzungen das Rechtsschutzinteresse der gesuchstellenden Partei an der Wahrung ihrer Privatsphäre in der Regel als überwiegend anzusehen ist.

[597] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f., Art. 929 ZGB N 6.

Störung seines Besitzes klagt.[598] Inwiefern mit dem Gesuch um vorsorgliche Massnahme die Verwirkungsfrist von Art. 929 Abs. 2 ZGB gewahrt wird, lässt sich aufgrund der Rechtsprechung nicht beantworten, da sich diese nur zur Verjährung geäussert hat, was mit Blick auf den Bestand des Massnahmeanspruchs nicht dasselbe ist wie die Verwirkung.[599] Folglich kann grundsätzlich nicht viel eingewendet werden, wenn in der Lehre argumentiert wird, das Gesuch um eine vorsorgliche Massnahme sei nicht geeignet, die Verwirkung nach Art. 929 Abs. 2 ZGB zu verhindern, da es den Anspruch von Art. 927 f. ZGB nicht rechtshängig werden lasse.[600] Allerdings ist mit Blick auf den possessorischen Besitzesschutz in Rechnung zu stellen, dass insbesondere vorsorgliche Massnahmen zum Petitorium unter Umständen zu einem definitiven possessorischen Besitzesschutz führen können.[601] Inwiefern diesfalls noch geltend gemacht werden kann, dass die Verwirkungsfrist gemäss Art. 929 Abs. 2 ZGB nicht eingehalten wurde, scheint dann doch zumindest fragwürdig.

(2) Weiter setzen vorsorgliche Massnahmen als **Massnahmegrund** voraus, dass aufgrund der tatsächlichen oder zu befürchtenden Verletzung des Massnahmeanspruchs die Gefahr eines zumindest nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils droht,[602] mithin eine gewisse Dringlichkeit besteht.[603] Diese Dringlichkeit muss

---

[598] SPRECHER, BSK-Art. 262 ZPO N 32, wonach dann die vorsorgliche Massnahme zur Durchsetzung des Vindikationsanspruchs gemäss Art. 641 ZGB zur Verfügung steht; zur Frage, inwiefern die Frist von Art. 929 Abs. 2 ZGB *contra verba legis* als Verwirkungsfrist zu deuten ist vgl. SUTTER-SOMM, Schweizerisches Privatrecht, Rz. 1335; DOMEJ, KUKO-Art. 929 ZGB N 3; STARK/LINDEMANN, BK-Art. 929 ZGB N 10; ERNST, BSK-Art. 929 ZGB N 4.

[599] Für die Verjährung vgl. BGE 59 II 401 E. 6, wonach gegen die Verjährungsunterbrechung bei gleichlautenden Rechtsbegehren im Massnahme- und im Hauptverfahren nichts einzuwenden ist; für die Verwirkung offengelassen in BGE 110 II 387 E. 2c, da die Rechtsbegehren im Massnahme- und Hauptverfahren ohnehin nicht gleich lauteten.

[600] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f., Art. 929 ZGB N 6; vgl. auch SPRECHER, BSK-Art. 263 ZPO N 31; KOFMEL EHRENZELLER, KUKO-Art. 263 ZPO N 3, die darauf hinweist, dass dem Massnahmeentscheid für das Hauptverfahren keine Rechtskraftwirkung zukommt.

[601] Siehe hiervor BT, I. E. 3. a).

[602] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 106-109 m.Vw.a. ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926–929 N 44; SCHÖBI, S. 1055 ff., 1060 ff.

[603] Zum Begriff der Dringlichkeit vgl. BGer 4P.263/2004 E. 2; SPRECHER, BSK-Art. 261 ZPO N 39 ff.

hinsichtlich der Aufrechterhaltung bzw. Durchsetzung des Massnahmeanspruchs bestehen, weshalb zu prüfen ist, «... ob dem Gesuchsteller ein Nachteil daraus erwachsen würde, wenn er den Entscheid in der Hauptsache, in einem ordentlichen [oder vereinfachten] Verfahren betreffend seinen Anspruch aus Art. 927 f. ZGB, abwarten müsste».[604]

Gefordert ist somit zunächst eine tatsächliche oder rechtliche **Beeinträchtigung des Gesuchstellers**, welche diesen «wirtschaftlich oder immateriell» schädigt.[605] Obschon der Nachteil grundsätzlich nicht alleine schon mit dem Nachweis der drohenden Verletzung dargetan ist, ergibt sich bei Massnahmen, die der Besitzer gegen verbotene Eigenmacht – wie etwa eine Hausbesetzung – beantragt, die Beeinträchtigung ohne weiteres aus der Besitzesstörung selbst. Entsprechend muss hier der Nachteil auch nicht gesondert glaubhaft gemacht werden.[606] Entgegen der zuweilen in der Lehre vertretenen Ansicht muss dieser Nachteil allerdings nicht auch noch aufgrund einer Interessenabwägung schwerer wiegen als der Nachteil, der sich aufgrund der Anordnung vorsorglicher Massnahmen für den Gesuchsgegner bzw. den Massnahmebetroffenen ergibt.[607] Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid vom 9. Januar 2013 einer solchen Interessenabwägung eine klare Absage erteilt, als es festhielt «[*il*] *suffit que la partie requérante risque un préjudice difficilement réparable* [...]*; il n'est pas nécessaire que ce préjudice soit plus important ou plus vraisemblable que celui qu'encourrait la partie adverse au cas où les mesures requises*

---

[604] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f. m.Vw.a. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Rz. 11.192; SPRECHER, BSK-Art. 261 ZPO N 39 m.Vw.a. OGer ZH vom 10. Juni 2014, LY140014, E. 3.2.2.

[605] BGE 127 III 132 E. 3; BGer 5D_211/2011 E. 6.3; BGE 116 Ia 446 E. 2, wonach die vorsorgliche Massnahme die vorläufige Beurteilung und antizipierte Vollstreckung zum Zwecke der Sicherung des fälligen Anspruchs ermöglichen will und gegeben ist, wenn das Zuwarten bis zum Entscheid im ordentlichen Verfahren dem Kläger wirtschaftlichen oder immateriellen Schaden brächte; SPRECHER, BSK-Art. 261 ZPO N 29; GÜNGERICH, BK-Art. 261 ZPO N 34; a.M. KOFMEL EHRENZELLER, KUKO-Art. 261 ZPO N 8, die von Beeinträchtigung in der materiellen Rechtsstellung spricht, wohl mit Bezug auf Art. 93 BGG, vgl. hierzu BGer 5A_934/2014 E. 2.3; BGE 137 III 324 E. 1.1.

[606] SPRECHER, BSK-Art. 261 ZPO N 29 m.Vw.a. BJM 1987, S. 329.

[607] Vgl. hierzu MEIER, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, S. 229 ff.; KOFMEL EHRENZELLER, KUKO-Art. 261 ZPO N 9, die in diesem Zusammenhang (anders als vorliegend) von einer Nachteilprognose sprechen.

seraient ordonnées».[608] Ist ein Schaden des Gesuchsgegners zu befürchten, muss die Gegenseite mit entsprechenden Sicherheitsleistungen gemäss Art. 264 ZPO geschützt werden.[609] Wie SPRECHER zu Recht ausführt, ist die Interessenabwägung eine Frage der Verhältnismässigkeit, die vorwiegend im Rahmen der Ausgestaltung der Massnahme zu erörtern ist.[610] Dies hat auch für den vorsorglich beantragten Besitzesschutz gemäss Art. 927 f. ZGB zu gelten, ergibt sich doch bereits aufgrund der materiellen Bestimmung, dass «... eine Verletzung der Besitzeslage durch verbotene Eigenmacht als Allererstes ungeschehen gemacht werden soll».[611] Obschon das Bundesgericht am 6. September 20o1 – also vor Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung – entschied, dass bundesrechtliche Besitzesschutzklagen gemäss Art. 927 f. ZGB nicht durch die Auflage von Sicherheitsleistungen des kantonalen Prozessrechts erschwert werden dürfen, wohl aber eine Sicherheitsleistung für eine während des Hauptverfahrens zu erlassende vorsorgliche Massnahme verlangt werden darf,[612] dürfte diese Rechtsprechung für die bundesrechtliche Schweizerische Zivilprozessordnung nicht ohne weiteres zu übernehmen sein. Wie gezeigt, belässt das geltende Recht dem Gesuchsteller die Wahlmöglichkeit für den von ihm eingeschlagenen Prozessweg.[613] Dementsprechend können vorsorgliche Massnahmen von einer Sicherheitsleistung gemäss Art. 264 ZPO abhängig gemacht werden, nicht aber die Anordnung des Besitzesschutz gemäss Art. 927 f. ZGB im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren.[614]

Weiter muss der Nachteil gemäss Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO **drohen**. Hieraus ergibt sich einerseits, dass ein bereits eingetretener Nachteil den Anspruch auf vorsorgli-

---

[608] BGE 139 III 86 E. 5; zit. auch bei SPRECHER, BSK-Art. 261 ZPO N 32 m.Vw.a. BGE 106 II 66 E. 5b.

[609] BGE a.a.O.; vgl. auch SCHÖBI, S. 1055 ff., 1060 ff.

[610] SPRECHER, BSK-Art. 261 ZPO N 10, 32 m.Vw.a. Art. 262 ZPO N 47 ff.; ZÜRCHER, ZPO-Kommentar-Art. 261 ZPO N 29 ff., wonach das Bundesgericht die Verhältnismässigkeit als Voraussetzung der vorsorglichen Massnahme zu sehr betont.

[611] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f. m.Vw.a. KOFMEL EHRENZELLER, KUKO-Art. 261 ZPO N 9 m.w.Nw.; vertiefend MEIER, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, S. 229 ff.

[612] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f. m.Vw.a. BGer 5P.220/2000 E. 2b.

[613] Siehe hiervor BT, I. E. 1.; BT, I. E. 3. a); vgl. auch ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f.

[614] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f.

che Massnahmen hinfällig werden lässt, sofern er sich nicht aufgrund der Gefahr erneuter Anspruchsverletzung zu vergrössern droht.[615] Andererseits lässt sich von der Nachteilsdrohung auch ableiten, dass nicht jede subjektiv empfundene Gefahr bereits einen Massnahmegrund konstituiert. Vielmehr muss sich aufgrund einer objektiv abgestützten Nachteilprognose eine Dringlichkeit zur Gefahrenabwehr ergeben.[616] Diese so verstandene Dringlichkeit ist unter Berücksichtigung der gegebenen Umstände zu beurteilen, wozu bis zu einem gewissen Grad auch zeitliche Aspekte berücksichtigt werden können.[617] Alleine können diese indes nicht ausschlaggebend sein, da sich die Dringlichkeit als unbestimmter Rechtsbegriff – wie vom Bundesgericht am 1. Februar 2005 zutreffend ausgeführt – weniger nach abstrakten Kriterien bemisst als «*... au regard des circonstances ...*» und es dem Gericht obliegt «*... d'examiner de cas en cas si cette condition est réalisée ...*».[618] Obgleich damit der Anspruch auf vorsorgliche Massnahmen grundsätzlich nicht verfällt, kann das Zuwarten während mehrerer Monate seit Kenntnis der Gefahrenlage bedeuten «*... qu'une protection n'est pas nécessaire, voire constituer un abus de droit*».[619] Wer also durch Zuwarten Dringlichkeit schafft, handelt rechtsmiss-

---

[615] SPRECHER, BSK-Art. 261 ZPO N 28a, 39 m.Vw.a. BGer 4A_331/2008 E. 2.1.1; ZÜRCHER, ZPO-Kommentar-Art. 261 ZPO N 20; GÜNGERICH, BK-Art. 261 ZPO N 35 m.Vw.a. BGE 116 II 357 E. 2.

[616] TREIS, SHK-Art. 261 ZPO N 10 ff.; SPRECHER, BSK-Art. 261 ZPO N 40, der bei der Glaubhaftmachung des drohenden Nachteils von einer Hautsacheprognose spricht (N 38); zur Nachteilprognose für den Massnahmegrund und die Hauptprognose für den Massnahmeanspruch vgl. BGer 4A_367/2008 E. 4; ZÜRCHER, ZPO-Kommentar-Art. 261 ZPO N 13.

[617] BGer 4P.263/2004 E. 2.2, wonach «*... toute mesure provisionnelle implique, dans un certain sens, qu'il y ait urgence*»; TREIS, SHK-Art. 261 ZPO N 12 m.Vw.a. RÜETSCHI, sic! 2002, S. 416 ff.; a.M. KOFMEL EHRENZELLER, KUKO-Art. 261 ZPO N 7, welche alleine auf die zeitliche Dringlichkeit abzustellen scheint.

[618] BGer 4P.263/2004 E. 2.2 m.Vw.a. BGer 4P.224/1990 E. 4c, SJ 1991, S. 113; HOHL, Procédure civile II, Rz. 2808, 2810 f.

[619] BGer 4P.263/2004 E. 2.2 m.Vw.a. POUDRET/HALDY/TAPPY, Art. 101 ZPO VD N 2 m.w.Hw.; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 326 ZPO BE N 2b m.Vw.a. BGer 4P.224/1990 E. 4c, SJ 1991, S. 113.

bräuchlich und verliert sein Rechtschutzinteresse.[620] Dies gilt grundsätzlich auch mit Blick auf den Besitzesschutz gemäss Art. 927 f. i.V.m. Art. 937 Abs. 2 ZGB. Allerdings ist hier die Dringlichkeit solange gegeben, als die Besitzesentziehung bzw. andauernde -störung weiterhin unerwünschte Folgen hat. Solange dies der Fall ist kann das Zuwarten des Hausbesitzers, sein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen zu stellen, nur unter Art. 929 ZGB zu Verjährungs- bzw. Verwirkungsfolgen führen.[621]

Der drohende Nachteil muss sodann **nicht leicht wieder gutzumachen** sein, was die Dringlichkeit der Massnahme neben der Drohung des Nachteils mitbestimmt. Er muss – wie bereits vorweggenommen[622] – nicht durch den Entscheid im Hauptverfahren beseitigt werden können. Dies setzt folglich voraus, dass in einer sogenannten Hauptsacheprognose zu beurteilen ist, (1) ob der drohende Nachteil im Hauptverfahren überhaupt abgewendet werden kann und (2) inwiefern die Rechtsbegehren des Hauptverfahrens erfolgsversprechend sind.[623] Bei Sachenrechten und insbesondere beim durch verbotene Eigenmacht entzogenen Besitz, verhält es sich nun anerkanntermassen so, dass der drohende Nachteil naturgemäss im Hauptverfahren – unabhängig vom jeweiligen Rechtsbegehren im Hauptverfahren – überhaupt nicht mehr gutgemacht werden kann. Denn bis zum Entscheid in der Hauptsache kann z.B. der Hausbesitzer ohne entsprechenden Schutz seine faktische Herrschaft über die besetzte Liegenschaft nicht mehr oder nicht ungestört ausüben. Das Rad der Zeit kann auch durch den für ihn günstigen Hauptentscheid nicht mehr zurückgedreht werden.[624] Er hat seinen Rechtsgenuss *in natura* verloren. Ihn auf einen allfälligen sekundären Leistungsanspruch wie den Schadenersatzanspruch zu verweisen, ist mit dem Zweck der vorsorglichen Massnahmen ge-

---

[620] Vgl. 5P.342/2000 E. 3; SPRECHER, BSK-Art. 261 ZPO N 45, der zu Recht in Frage stellt, ob die unter den kantonalen Verfahrensordnungen entwickelten verschiedenen «Verwirkungsfristen» unter Schweizerischen Zivilprozessordnung noch gelten können.

[621] SPRECHER, BSK-Art. 261 ZPO N 47 m.Vw.a. ZBJV 1983, S. 366; siehe hiervor BT, I. D.

[622] Siehe hiervor BT, I. E. 3. a); BT, I. E. 3. c) aa).

[623] SPRECHER, BSK-Art. 261 ZPO N 38; COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, S. 1161; GULDENER, S. 574.

[624] SPRECHER, BSK-Art. 261 ZPO N 34 m.Vw.a. GASSER/RICKLI, KUKO-Art. 261 ZPO N 4; ZÜRCHER, ZPO-Kommentar-Art. 261 ZPO N 26.

rade nicht vereinbar.[625] Entsprechend genügt es, wenn der gesuchstellende Hausbesitzer auch für den Massnahmegrund glaubhaft macht, dass ihm der Besitzesschutzanspruch gegenüber den Hausbesetzern zusteht.[626]

(3) Obschon dies in Art. 261 ZPO nicht ausdrücklich erwähnt wird, sich aber aus Art. 262 Abs. 1 ZPO ergibt, der von geeigneten Massnahmen spricht, müssen vorsorgliche Massnahmen schliesslich auch **verhältnismässig** sein. Dabei kommt – wie der Gesetzestext erahnen lässt – der Verhältnismässigkeit sowohl als Voraussetzung für die vorsorgliche Massnahme[627] als auch deren Inhalt Bedeutung zu.[628] Da die Rechtslage noch nicht abschliessend beurteilt ist, muss im Rahmen vorsorglicher Massnahmen davon ausgegangen werden, dass in die Rechtsstellung des Gesuchsgegners und allenfalls auch Dritter – zwar nur provisorisch, aber doch immerhin – eingegriffen wird. Das Gericht hat dabei bereits gestützt auf Art. 5 Abs. 2 BV im Sinne einer Voraussetzung des Eingriffs verhältnismässig vorzugehen, was von der Rechtsprechung insbesondere auch für vorsorgliche Massnahmen berücksichtigt wird.[629] Entsprechend fordert das Bundesgericht eine Abwägung der Vor- und Nachteile einer anbegehrten Massnahme und erhöht diese Anforderung graduell, wenn nicht nur ein bisheriger Zustand sicherzustellen ist, sondern bereits eine vorläufige Vollstreckung anbegehrt wird.[630] Für den Besitzesschutz, mit dem ein bisheriger Zustand, nämlich der ungestörte Besitzesgenuss an der besetzten Liegenschaft, sicherzustellen ist, sind entsprechend weniger hohe Anforderungen an die Interessenabwägung zu stellen. Zwar muss auch hier die Massnahme erforderlich und geeignet sein, weshalb auch die Möglichkeit anderer Abwehrmittel als die

---

[625] BGE 114 II 368 E. 2a; BGE 108 II 228 E. 2b f.; BOTSCHAFT ZPO, BBl 2006, S. 7354; GÜNGERICH, BK-Art. 261 ZPO N 37; SPRECHER, BSK-Art. 261 ZPO N 34.

[626] BGE 100 Ia 22 E. 4; SPRECHER, BSK-Art. 261 ZPO N 54.

[627] SPRECHER, BSK-Art. 261 ZPO N 10 m.Vw.a. HUBER, Kommentar ZPO-Art. 261 ZPO N 23; SCHAI, Rz. 216, 220.

[628] SPRECHER, BSK-Art. 262 N 47 ff.

[629] SPRECHER, BSK-Art. 261 ZPO N 10 m.Vw.a. GASSER/RICKLI, KUKO-Art. 261 N 5; HUBER, Kommentar ZPO-Art. 261 N 23; ZÜRCHER, ZPO-Kommentar-Art. 261 ZPO N 1, 28.

[630] BGE 125 II 613 E. 7a; BGE 119 V 503 E. 3; BGE 108 II 228 E. 2c, wo allerdings die Interessenabwägung mit Blick auf die Unersetzbarkeit des drohenden Nachteils vorgenommen wurde; SPRECHER, BSK-Art. 261 ZPO N 10, 36 m.Vw.a. ZR 2012 Nr. 67.

vorsorgliche Massnahme zu erwägen sind,[631] doch verbietet gerade die Verhältnismässigkeit, vorsorgliche Massnahmen generell auszuschliessen, wo andere Schutzbehelfe zur Verfügung stehen. Stattdessen hat das Gericht eine für den Einzelfall sinnvolle Anordnung zu treffen.[632]

cc) Massnahmen

Solange die Massnahme geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden, kann das Gericht gemäss Art. 262 ZPO jede Anordnung treffen, wobei das Gericht dem Gesuchsteller nicht den Inhalt des materiellen Schutzanspruchs gewähren muss.[633] Für den Besitzesschutz kommen somit insbesondere Sicherungs- und Leistungsmassnahmen in Frage,[634] wobei für Hausbesetzungen **vornehmlich Leistungsmassnahmen** in Betracht zu ziehen sind. So kann beispielweise (1) gemäss Art. 262 lit. a ZPO um ein Verbot der weiteren Hausbesetzung, mithin der hierdurch verursachten weiteren Besitzesstörung i.S.v. Art. 928 Abs. 2 ZGB, oder (2) gemäss Art. 262 lit. b ZPO um eine Ausweisung der Hausbesetzer, also der Beseitigung der Besitzesstörung i.S.v. Art. 928 Abs. 2 ZGB, oder gar (3) gemäss Art. 262 lit. d ZPO um die Räumung der Liegenschaft, verstanden als Rückgabe der Sache i.S.v. Art. 927 Abs. 1 ZGB, ersucht werden.[635] Aber auch Sicherungsmassnahmen, welche die

---

631 SPRECHER, BSK-Art. 261 ZPO N 29 m.Vw.a. ZR 2016 Nr. 24; KGer ZG vom 20. März 2015, E. 5; OGer ZH vom 10. Juni 2015, E. 4.4.3; ZR 2012 Nr. 56; SJZ 1983, 62 Nr. 9.

632 GÜNGERICH, BK-Art. 261 ZPO N 39; ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 49 ff.; siehe hiervor BT, I. E. 3. a); siehe aber hiernach BT, I. E. 3. c) cc).

633 ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f. m.Vw.a. KOFMEL EHRENZELLER, KUKO-Art. 262 ZPO N 7.

634 STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 109 m.Vw.a. GÜNGERICH, BK-Art. 261 ZPO N 9, Art. 262 ZPO N 6.

635 STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 109 m.Vw.a. SUTTER-SOMM, Schweizerisches Privatrecht, Rz. 1349; ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926–929 ZGB N 43 f., 45; ERNST, recht 2011, S. 101 ff., 106 f., die im Sinne einer Sicherungsmassnahme auch die Hinterlegung der Sache bei Gericht als Sachleistung gemäss Art. 262 lit. d ZPO nennen, was bei Grunstücken offensichtlich als Möglichkeit ausscheidet; vgl. für weitere Beispiel SPRECHER, BSK-Art. 262 ZPO N 32 ff.

Vollstreckung der Besitzesschutzansprüche aus Art. 927 f. ZGB gewährleisten, bleiben grundsätzlich möglich.[636]

Als Leistungsmassnahmen bewirken diese bereits die vorläufige Erfüllung des Hauptsachenanspruchs,[637] was mit Blick auf das von Art. 927 f. ZGB geschützte Possessorium zur Folge hat, dass nicht mehr vorsorglicher, sondern bereits **definitiver Rechtsschutz** gewährt wird.[638] Damit werden diese vorsorglichen Massnahmen – um es mit BERTI auszudrücken[639] – zu eigentlichen Befriedigungsmassnahmen. Daraus allerdings zu schliessen, dass ein Massnahmeverfahren nicht möglich wäre, ist aufgrund der entwickelten Lehre und Rechtsprechung zu den vorsorglichen Massnahmen nicht mehr angezeigt.[640] Zwar wurde ursprünglich aufgrund des gemilderten Beweismasses die Meinung vertreten, die Sicherung der Zwangsvollstreckung dürfe nicht zur vorzeitigen Vollstreckung geraten,[641] doch werden heute nicht nur vom Bundesrecht ausdrücklich vorgegebene Leistungsmassnahmen anerkannt,[642] solange sie drohenden Schaden zu vermeiden dienen.[643] Allerdings hält das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung fest, «[*trattandosi*] *di provvedimenti particolarmente incisivi per la parte destinataria di una simile decisio-*

---

[636] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 109 m.Vw.a. GÜNGERICH, BK-Art. 261 ZPO N 9, Art. 262 ZPO N 6.

[637] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 109 m.Vw.a. GÜNGERICH, BK-Art. 261 ZPO N 9, Art. 262 ZPO N 7.

[638] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f. m.Vw.a. JENT-SORENSEN, KUKO-Art. 248 ZPO N 21.

[639] BERTI, ZSR 1997, S. 173 ff., 179 f.

[640] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f. m.Vw.a. KOFMEL EHRENZELLER, KUKO-Art. 262 ZPO N 7.

[641] SPRECHER, BSK-Art. 262 ZPO N 4 m.Vw.a. vgl. ZR 1981 Nr. 43; ZR 1980 Nr. 115; BGE 63 II 67; ZR 1948 Nr. 79; ZR 1942 Nr. 131; ZR 1928 Nr. 193.

[642] SPRECHER, BSK-Art. 262 ZPO N 4 m.Vw.a. vgl. z. B. im Immaterialgüterecht Art. 62 URG; MEIER, Vorentwurf, S. 77, 79; MEIER, Rechtsschutz, S. 151 ff.

[643] BGE 133 III 360 E. 9.2.1; BGE 131 III 473 E. 2.3; ZR 2014 Nr. 107; SPRECHER, BSK-Art. 262 ZPO N 4.

ne, è necessario esaminare con particolare rigore le condizioni che ne permettono l'adozione».[644]

Diese Zurückhaltung gründet in der allgemeinen Auffassung, dass solche Massnahmen einen «... schwerwiegenden Eingriff in die Rechte ...» des Gesuchsgegners darstellen und eine entsprechend sorgfältige **Interessenabwägung** voraussetzen.[645] Sie sollen lediglich in Ausnahmefällen gewährt werden und sind, vornehmlich wenn sie die Rechtslage des Gesuchstellers besonders schwer treffen und nicht rückgängig gemacht werden können, an «erhöhte Anforderungen» zu knüpfen.[646] Zuweilen wird dabei der Rechtsprechung entnommen, der zu schützende Anspruch müsse derart begründet sein, dass «... die Gegenpartei fast keine Erfolgschance im Hauptprozess ...» zu haben scheint[647] bzw. die betroffenen Interessen seien gegeneinander abzuwägen.[648]

Grundsätzlich gilt aber auch für die Leistungsmassnahme, dass diese weder in zeitlicher noch in sachlicher Hinsicht weiter gehen darf, als es für den Schutz des glaubhaft gemachten Massnahmeanspruchs erforderlich ist.[649] Damit muss insbe-

---

[644] BGE 133 III 360 E. 9.2.1; BGE 131 III 473 E. 2.3: «*Des exigences beaucoup plus élevées sont posées pour les mesures d'exécution anticipée provisoires, qui portent une atteinte particulièrement grave à la situation juridique de l'intimé et qui ne peuvent être admises que de façon restrictive* [...]. *C'est en particulier le cas lorsque la décision sur la mesure requise est susceptible d'avoir un effet définitif, parce que le litige n'a plus d'intérêt au-delà du stade des mesures provisionnelles* ...» m.Vw.a. VOGEL/SPÜHLER, S. 351 Rz. 200, S. 354 Rz. 208; HOHL, Procédure civile, Rz. 2868 ff.

[645] 4A_367/2008 E. 4.3; SPRECHER, BSK-Art. 262 ZPO N 8, 47 m.Vw.a. ZR 1986 Nr. 38, der sich gegen eine Abstufung der anzuwendenden Sorgfalt abhängig vom Massnahmentyp ausspricht.

[646] BGE 138 III 378 E. 6.4; 131 III 473 E. 2.3; BGer 5P.254/2002 E. 2.6; SPRECHER, BSK-Art. 262 ZPO N 8, 49; ZÜRCHER, ZPO-Kommentar-Art. 261 ZPO N 28; GÜNGERICH, BK-Art. 262 ZPO N 4.

[647] BGE 133 III 360 E. 9.2.1; SPRECHER, BSK-Art. 262 ZPO N 8.

[648] BGer 4A_367/2008 E. 4.2; BGer 4A_611/2011 E. 4; KOFMEL EHRENZELLER, KUKO-Art. 262 ZPO N 9; MEIER, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, S. 229 ff.; SPRECHER, BSK-Art. 261 ZPO N 33; Art. 262 ZPO N 8; vgl. auch ZÜRCHER, ZPO-Kommentar-Art. 261 ZPO N 28, wonach das Bundesgericht in seiner Praxis auf die Vermeidung von Missverhältnissen der betroffenen Rechtsgüter achtet.

[649] SPRECHER, BSK-Art. 262 ZPO N 47; GÜNGERICH, BK-Art. 262 ZPO N 2.

sondere der konkrete Inhalt der Massnahme **verhältnismässig** sein,[650] was einen erheblichen Ermessenspielraum des Gerichts voraussetzt und die Dispositionsfreiheit des Gesuchstellers einschränkt.[651] Folglich kann das Gericht dem durch verbotene Eigenmacht beeinträchtigen Hausbesitzer weniger zusprechen als ihm nach Art. 927 f. ZGB gesetzlich zustünde und ihn für die volle Verwirklichung seines materiellen Anspruchs auf das ordentliche bzw. vereinfachte Verfahren oder das Verfahren zum Rechtschutz in klaren Fällen verweisen.[652] Namentlich muss das Gericht auf die mildeste Massnahme von mehreren geeigneten erkennen.[653] Denn eine vorsorgliche Massnahme ist nur solange zu rechtfertigen, als dem Gesuchsteller zur Erreichung seines Ziels nicht auch noch andere Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen,[654] deren rechtliche Natur weniger invasiv ist.[655] Darin liegt kein Widerspruch zum bereits Ausgeführten, wonach der Besitzesschutz sowohl über den Rechtschutz in klaren Fällen als auch über vorsorgliche Massnahmen angestrebt werden kann.[656] Auch verdrängt z.B. ein mögliches Schlichtungsgesuch nicht bereits die vorsorgliche Massnahme,[657] doch kann über diese im Sinne der Verhältnismässigkeit des Massnahmeninhalts – im Gegensatz zur Massnahmevoraussetzung – nicht mehr angeordnet werden, als mit dem Schlichtungsgesuch erreicht würde, wenn letzteres das mildeste geeignete Mittel des angestrebten Rechtsschutzes darstellt. Nur in diesem Sinn – wenn überhaupt davon gesprochen werden kann – kommt

---

[650] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f. m.Vw.a. HUBER, Kommentar ZPO-Art. 261 ZPO N 23.

[651] GÜNGERICH, BK-Art. 262 ZPO N 51 f.

[652] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f.

[653] SPRECHER, BSK-Art. 262 ZPO N 50 m.Vw.a. SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, § 52 N 301; GÜNGERICH, BK-Art. 262 ZPO N 2.

[654] SPRECHER, BSK-Art. 262 ZPO N 49 m.Vw.a. BJM 1965, S. 185 ff., 188 f.

[655] SPRECHER, BSK-Art. 262 ZPO N 49 m.Vw.a. ALDER, S. 130; DAVID, S. 184 f.; JERMANN, DesG-Komm.-Art. 38 DesG N 33; ZÜRCHER, Diss 1998, S. 256.

[656] Siehe hiervor BT, I. E. 3. a); BT I. E. 3. c) bb).

[657] SPRECHER, BSK-Art. 261 ZPO N 13, Art. 262 ZPO N 49 m.Vw.a. OGer ZH, 3. März 2015, LF150002, E. 5.3.

vorsorglichen Massnahmeneine eine gewisse inhaltliche Subsidiarität zu. Nur wo die vorsorgliche Massnahme das einzig gesetzliche Mittel ist, das zur (vorläufigen) Verwirklichung der materiellen Besitzschutzansprüche führt, sind die Gerichte gehalten, dem Gesuchsteller den Inhalt der Ansprüche gemäss Art. 927 f. ZGB voll zu gewähren.[658] Das dem grundsätzlich nicht so ist, ergibt sich aber gerade aufgrund der gegenwärtigen Gesetzeslage, wonach für den Besitzesschutz neben den vorsorglichen Massnahmen auch der Rechtschutz in klaren Fällen oder das ordentliche bzw. vereinfachte Verfahren zur Verfügung stehen.[659] Dennoch kann – was zutreffend bemerkt wird – nicht die generelle Möglichkeit anderer Rechtsbehelfe ausschlaggebend sein, sondern muss aufgrund einer Einzelfallprüfung erstellt sein, dass der Hausbesitzer unter den gegebenen Umständen seinen Besitz an der besetzten Liegenschaft nur über vorsorgliche Massnahmen geschützt erhält.[660]

dd) Prosekution

Die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme – grundsätzlich auch einer vorsorglichen Leistungsmassnahme – steht unter dem Vorbehalt der Bestätigung im Hauptverfahren, das bereits anhängig gemacht sein kann oder erst infolge der Massnahme gemäss Art. 263 ZPO anhängig zu machen ist. Wenn also an verschiedener Stelle ausgeführt wird, dass vorsorgliche Massnahmen keine «volle» materielle **Rechtskraftwirkung** entfalten,[661] dann ist dies im Sinne eines Vorbehalts des Hauptentscheids gemäss Art. 268 Abs. 2 ZPO oder der Abänderung der Massnahmen infolge veränderter Umstände gemäss Art. 268 Abs. 1 ZPO zu verstehen.[662]

---

[658] Wohl ablehnend ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f. m.Vw.a. BGer 5P.220/2000 E. 2b, wobei es in diesem Fall um die Frage ging, ob kantonales Prozessrecht eine Sicherheitsleistung als weitere Voraussetzungen für eine Besitzesschutzklage gemäss Art. 927 ZGB vorsehen durfte, was aufgrund der gegenwärtigen Rechtslage, mithin der bundesrechtlichen Schweizerischen Zivilprozessordnung, wie bereits dargelegt, in Frage zu stellen ist; siehe hiervor BT, I. E. 3. c) bb) (2).

[659] Siehe hiervor BT, I. E. 3. a); BT, I. E. 3. C) bb).

[660] Vgl. ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f.

[661] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 107 m.Vw.a. ERNST, recht 2011, S. 101 ff., 110; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, Kommentar ZPO-Art. 257 ZPO N 39.

[662] SPRECHER, BSK-Art. 268 ZPO N 3 ff.; KOFMEL EHRENZELLER, KUKO-Art. 268 ZPO N 1; GÜNGERICH, BK-Art. 268 ZPO N 1 ff.; ZÜRCHER, ZPO-Kommentar-Art. 268 ZPO N 1 ff.; HUBER, Kommentar ZPO-

Nota bene gilt nach herrschender Rechtsprechung dasselbe auch für den Endentscheid des possessorischen Besitzesschutzes, der unter dem Vorbehalt des Entscheids über den petitorischen Besitzesschutzes ergeht.[663] Folglich muss der Hauseigentümer, will er Gewissheit über sein (Abwehr-)Recht gegenüber den Hausbesetzern erhalten, immer auch den petitorischen Schutz, wie er von Art. 641 Abs. 2 ZGB gewährt wird, nachsuchen. Im Falle des Besitzesschutzes gemäss Art. 927 f. ZGB, ist dies von Gesetzes wegen allerdings nicht vorgesehen. Eine Prosekution im Sinne des petitorischen Schutz ist also bereits *de lege lata* nicht zwingend.

Anders sieht Art. 263 ZPO für vorsorgliche Massnahmen grundsätzlich vor, dass dem Gesuchsteller eine **Prosekutionsfrist** zur Einreichung der Klage im Hauptverfahren zu setzen ist, sofern diese nicht bereits vor Anordnung der vorsorglichen Massnahme rechtshängig ist.[664] Dabei sieht das Gesetz auch für den possessorischen Besitzesschutz keine Ausnahme von der Fristansetzung vor, weshalb von der Prosekution grundsätzlich auch hier nur Abstand genommen werden kann, wenn «... diese völlig nutzlos wäre und damit gegen Treu und Glauben verstossen würde (Art. 52 ZPO)».[665] So hat das Bundesgericht bereits vor Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung wiederholt hervorgehoben, dass eine Ausnahme von der Prosekution nur gilt, wo «... die Änderung der durch die einstweilige Anordnung geschaffenen Lage [*sic!, recte* wohl: die durch die einstweilige Anordnung geschaffene Lage] eine nicht rückgängig zu machende antizipierte Vollstreckung bewirkt und der Gegenpartei nur noch die Möglichkeit verbleibt, Schadenersatz zu fordern».[666] Dementsprechend ist auch bei vorsorglichen Massnahmen zum Besit-

---

Art. 268 N 4 ff., 12 ff.; vgl. auch grundsätzlich GULDENER, S. 581; BERTI, ZSR 1997, S. 229, der in diesem Zusammenhang von Bestandeskraft spricht.

663 BGer 4A_197/2017 E. 3.1; BGer 5P.220/2000 E. 2b; BGE 113 II 243 E. 1b.

664 SPRECHER, BSK-Art. 263 ZPO N 1 ff., 5 ff.; KOFMEL EHRENZELLER, KUKO-Art. 263 ZPO N 4 ff.; GÜNGERICH, BK-Art. 263 ZPO N 2 ff.; ZÜRCHER, ZPO-Kommentar-Art. 263 ZPO N 1 ff.; HUBER, Kommentar ZPO-Art. 263 N 18 ff.; SCHÖBI, S. 1055 ff., 1060 ff.

665 ZÜRCHER, ZPO-Kommentar-Art. 263 ZPO N 3, wonach solche Fälle aber selten sein dürften, m.Vw.a. BGer 4P.201/2004 E. 4.2 zu Art. 147 Abs. 2 ZPO GR, wonach vorsorgliche Massnahmen auf Antrag oder von Amtes wegen mit der Ansetzung einer Klagefrist zu verbinden sind, wenn die Interessenlage es erfordert.

666 BGer 4P.201/2004 E. 4.2 m.Vw.a. BGE 88 I 11 E. 6 S. 16; BGer 4P.189/1991 E. 3b/aa, KUMMER, Grundriss, S. 274; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 330 ZPO BE N. 1a; a.M. HUBER,

zesschutz gemäss Art. 927 f. ZGB i.V.m. Art. 263 ZPO grundsätzlich eine Frist zur Prosekuierung des possessorischen (nicht aber des petitorischen) Anspruchs zu setzen.[667] Denn – wie ERNST betont – «[auch] für die Besitzesschutzklagen gilt, dass erst das Urteil im Prosequierungsprozess feststellt, ob mit der vorsorglichen Massnahme ein wirklich bestehender Anspruch aus Art. 927 f. ZGB geschützt worden ist».[668]

Demgegenüber enthielt der Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung die Möglichkeit, **ausnahmsweise** auf die Fristansetzung für die Prosekution immaterialgüter- und wettbewerbsrechtlicher Ansprüche zu verzichten[669] und wurde in der Vernehmlassung darauf hingewiesen, dass eine Prosekution nicht immer verhältnismässig oder sinnvoll ist, insbesondere dann, wenn die vorsorgliche Massnahme «... eine antizipierte Vollstreckung bewirkt, die nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, weshalb dann die Gegenpartei nur noch Schadenersatz fordern kann».[670] In dieselbe Richtung wird in der Lehre argumentiert.[671] Gestützt auf die in der soeben angesprochenen Vernehmlassung geäusserte Ansicht, «... dem Gericht sei ein entsprechendes Ermessen einzuräumen, so dass es von der Ansetzung einer Frist absehen könne ...» wird postuliert, das Gericht sei – obgleich Art. 263 ZPO Ausnahmen nicht explizit nennt – berechtigt, nicht aber verpflichtet, eine Prosektionsfrist anzusetzen.[672] Entsprechend soll – übereinstimmend mit der hier-

---

Kommentar ZPO-Art. 263 ZPO N 23, wonach der Gesuchsgegner hierdurch in die zum Vergleich des Widerklägers schlechtere Stellung des Klägers gedrängt wird.

667 ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f. m.Vw.a. S SPRECHER, BSK-Art. 263 ZPO N 16 *in fine*.

668 ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f. m.Vw.a. SPRECHER, BSK-Art. 263 ZPO N 9.

669 Art. 277 VE ZPO; vgl. auch ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f.

670 VERNEHMLASSUNG ZPO, Zusammenstellung der Vernehmlassungen, Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2004, S. 682 f., 690 f.; auch bei SPRECHER, BSK-Art. 263 ZPO N 15 m.Vw.a. Art. 332 Abs. 2 aZPO BE.

671 SPRECHER, BSK-Art. 263 ZPO N 16; ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f.

672 SPRECHER, BSK-Art. 263 ZPO N 15 m.Vw.a. VERNEHMLASSUNG ZPO, Zusammenstellung der Vernehmlassungen, Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2004, S. 682 f., 690 f.; Art. 332 Abs. 2 aZPO BE.

vor genannten Rechtsprechung – von der Fristansetzung abgesehen werden, «... wenn sie sinnlos oder unnötig ist oder gegen Treu und Glauben verstossen würde».[673]

Indes anders als in der Rechtsprechung soll dies nicht nur bei Nichteintreten, Abweisung oder Rückzug des Gesuchs um vorsorgliche Massnahme sowie bei bloss noch möglichem Schadenersatzanspruch indiziert sein, sondern insbesondere wenn – wie beim Besitzesschutz und beim Vindikationsprozess – «... die Klägerrolle nach der gegebenen Situation ausnahmsweise der Gegenpartei überlassen werden darf ...».[674] Wird nämlich berücksichtigt, dass der Streit um das bessere Recht nur materiellrechtlich und nicht verfahrensrechtlich in einem Verhältnis zum **possessorischen Besitzesschutz** steht,[675] der bereits durch die vorsorgliche Massnahme realisiert wird, so ergibt sich, dass die Prosekution des Besitzesschutz gemäss Art. 927 f. ZGB i.V.m. Art. 262 ff. ZPO «... weder notwendig noch überhaupt möglich ...» ist. Die Beseitigung der Besitzesstörung bzw. die Wiedererlangung des Besitzes mittels Massnahmeentscheid führt hinsichtlich des funktional als vorsorglichen Rechtschutz gedachten possessorischen Rechtschutzes bereits zu einem definitiven Entscheid.[676] Das Rad der Zeit kann auch hier durch den – allerdings für die Hausbesetzer – günstigen Hauptentscheid nicht zurückgedreht werden.[677]. Die von der Räumung betroffenen Hausbesetzer haben einen allfälligen Rechtsgenuss *in natura*

---

[673] SPRECHER, BSK-Art. 263 ZPO N 16 m.Vw.a. Art. 52 ZPO; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 330 ZPO BE N 1.a/b; BGer 5A_278/2013; HGer ZH, 18. März 2014, HE130195; HGer ZH 25. April 2013, HE130006.

[674] SPRECHER, BSK-Art. 263 ZPO N 16 m.Vw.a. Art. 212 ZPO SG, wonach die Klägerrolle der gesuchstellenden Partei zumutbar sein muss; KILLER, § 305 ZPO AG N 1b, wo es um Aufrechterhaltung eines tatsächlichen Zustands geht, weil der Gegenpartei zuzumuten ist, dass sie ihrerseits den Prozess um ihr behauptetes besseres Recht anhebt; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, ZPO SG, Art. 212 ZPO SG N 1.b; STACH, S. 148 f.; vgl. auch GÜNGERICH, BK-Art. 263 ZPO N 21; a.M. HUBER, Kommentar ZPO-Art. 263 ZPO N 23; wohl auch ZÜRCHER, ZPO-Kommentar-Art. 263 ZPO N 3.

[675] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f. m.Vw.a. SPRECHER, BSK-Art. 263 ZPO N 16 *in fine*.

[676] SPRECHER, BSK-Art. 263 ZPO N 16 m.Vw.a. BGE 113 II 243; 94 II 348; GUTMANN, S. 7; siehe hiervor BT, I. E. 3. c) aa).

[677] Siehe hiervor BT, I. E. 3. c) bb) (2) *in fine* m.Vw.a. SPRECHER, BSK-Art. 261 ZPO N 34 m.Vw.a. GASSER/RICKLI, KUKO-Art. 261 ZPO N 4; ZÜRCHER, ZPO-Kommentar-Art. 261 ZPO N 26.

verloren. Anders wie bei der Anordnung der vorsorglichen Massnahme können diese nur noch auf einen allfälligen sekundären Leistungsanspruch wie den Schadenersatzanspruch verwiesen werden, was in Art. 264 Abs. 2 ZPO ausdrücklich vorgesehen ist.

So überzeugend diese Argumente auch scheinen mögen, der Gesetzgeber hat aufgrund der Vernehmlassungsergebnisse nicht nur bewusst auf eine Ausnahme gemäss Art. 277 Abs. 2 VE-ZPO für die Prosekution immaterialgüter- und wettbewerbsrechtlicher (Einziehungs-)Ansprüche verzichtet, sondern ganz allgemein am Grundsatz der Prosekution festgehalten.[678] Somit wurde das Interesse der Gesuchsgegner an einer abschliessenden Beurteilung in einem umfassenden Verfahren – vor allem auch vor dem Hintergrund des möglichen Rechtschutzes in klaren Fällen – höher gewichtet, als das Interesse an einem definitiven Rechtschutz aufgrund blossen Glaubhaftmachens.[679] Für den possessorischen Besitzesschutz auf dem Wege des Massnahmeverfahrens bedeutet dies *de lege lata*, dass auch hier eine Prosekutionsfrist anzusetzen ist und dem Schutzsuchenden damit ein umständliches **dreistufiges Verfahren**: (1) Massnahmeverfahren für Possessorium, (2) Prosekution des Possessorium und (3) Verfahren für das Petitorium zugemutet wird. Zu Recht wird deshalb für viele Fälle in Frage gestellt, worin das Interesse des Gesuchsgegners liegt, «... vor einem allfälligen Petitorium noch eine definitive Erkenntnis hinsichtlich des Bestehens oder Nichtbestehens des bereits im Massnahmeverfahren befriedigten [possessorischen] Besitzschutzanspruchs herbeizuführen».[680] Die bereits auf Ebene des materiellen Rechts problematische Trennung zwischen Possessorium und Petitorium[681] erfährt dadurch vor allem im Massnahmeverfahren gemäss Art. 262 ff. ZPO eine Steigerung.

---

[678] HUBER, Kommentar ZPO-Art. 263 N 2; ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f.; vgl. auch BEGLEITBERICHT VE ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission, Bern 2003, S. 132, wo vom unbedingten Grundsatz, vorsorgliche Massnahmen zu prosekuieren, gesprochen wird.

[679] Vgl. auch ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f. m.Vw.a. TREIS, SHK-Art. 263 ZPO N 1.

[680] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f.; SPRECHER, BSK-Art. 263 ZPO N 16; GÜNGERICH, BK-Art. 263 ZPO N 21.

[681] Siehe hiervor BT, I. D. 2.

ee) Verhältnis zur vorsorglichen Gegenmassnahme

Die soeben angesprochene Problematik[682] vergrössert sich zusehends, wenn der Möglichkeit Rechnung getragen wird, dass auch die **Gegenpartei** in einem Massnahmeverfahren zum possessorischen Besitzesschutzanspruch ihrerseits aufgrund ihres behaupteten besseren Rechts ein Massnahmegesuch zum petitorischen Besitzesschutz einleiten kann.[683] Damit stehen sich – wie SCHÖBI bemerkt – im Ergebnis zwei Parteien gegenüber: Der Hauseigentümer bzw. Hausbesitzer, der sich auf seinen Besitzesschutz gemäss Art. 927 f. oder Art. 641 Abs. 2 ZGB beruft «... und die Ausweisung der Hausbesetzer verlangt ...», und die Hausbesetzer, die den Erlass einer vorsorglichen Massnahme suchen, «... die es ihnen erlaubt, auf dem Grundstück zu verbleiben». Dabei können die Hausbesetzer ihren vermeintlichen Anspruch sogar gemäss Art. 224 ZPO widerklageweise einbringen, sofern – wie hier besprochen – auch der Besitzesschutz im summarischen Verfahren gesucht wird und sie das Verfahren nicht wesentlich verzögert.[684]

Inwiefern die Gerichte diesfalls der materiellrechtlichen Wertung, wonach bei den gegebenen Voraussetzungen von Art. 927 f. ZGB «... die provisorische Regelung der Besitzverhältnisse zwingend zugunsten des bisherigen Besitzers erfolgen muss»,[685] Nachachtung verschaffen können, ist alleine schon aufgrund der prozessual kaum zu bewältigenden **Koordination** der beiden Verfahren[686] mehr als fragwürdig. Grundsätzlich scheint das Gericht frei zu sein, welches Gesuch es zuerst an die Hand nimmt. Es kann auch – im Sinne eines pragmatischen Vorgehens – die beiden Verfahren gemäss Art. 124 Abs. 1 ZPO vereinen «... und zugunsten jener Partei entscheiden, deren Anspruch ihm aufgrund einer summarischen Prüfung der

---

[682] Siehe hiervor BT, I. E. 3. c) dd).

[683] SCHÖBI, S. 1055 ff., 1060 ff., wonach die Hausbesetzer dem Grundeigentümer allerdings Rechtsmissbrauch gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB vorwerfen und gestützt darauf vom Gericht den Erlass einer vorsorglichen Massnahme verlangen können, unabhängig davon, welchen Prozessweg der Grundeigentümer gewählt hat.

[684] SCHÖBI, S. 1055 ff., 1060 ff. m.Vw.a. BOTSCHAFT ZPO, BBl 2006, S. 7350.

[685] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 43 f.

[686] Zu denken ist insbesondere an die Anordnung von superprovisorischen Massnahmen gemäss Art. 265 ZPO, aber auch die unterschiedlichen Gerichtsstände, welche sich aufgrund von Art. 13 ZPO ergeben können, sind hier zu erwähnen.

Rechts- und Sachlage plausibler erscheint». Ob ihm dies im Fall von Hausbesetzern «relativ leicht» fallen wird, ist angesichts der Ausgangslage *de lege lata* wohl eher offen.[687]

ff) Fazit vorsorgliche Massnahmen

Für den Besitzesschutz gemäss Art. 927 f. ZGB steht auch das Massnahmeverfahren gemäss Art. 261 ff. ZPO zur Verfügung. Wählt der Hausbesitzer das Massnahmeverfahren, so gelangen dessen allgemeine Regeln zur Anwendung. Folglich wird in diesem Verfahren zunächst der **possessorische Anspruch** und nicht das petitorische Recht zum Besitz geschützt. Dies schliesst indes nicht aus, dass vorsorgliche Massnahmen für das Petitorium, z.B. Art. 641 Abs. 2 ZGB, anbegehrt werden, die sogar mit dem Besitzesschutz gemäss Art. 927 f. ZGB als vorsorgliche Massnahme *sui generis* im Prosekutionsprozess kombiniert werden können. Sobald aber vorsorgliche Massnahmen betreffend Petitorium angeordnet werden, gewähren diese definitiven Rechtsschutz für das Possessorium.[688]

Vorsorgliche Massnahmen setzen das **Glaubhaftmachen** (1) eines Massnahmeanspruchs und (2) eines Massnahmegrunds sowie (3) deren Verhältnismässigkeit, voraus:[689]

(1) Für den Besitzesschutz ergibt sich der **Massnahmeanspruch** aus Art. 927 f. i.V.m. Art. 937 Abs. 2 ZGB, weshalb der gesuchstellende Hausbesitzer nicht nur (i) den Besitz am Haus, sondern auch (ii) die effektive oder zu befürchtende Besitzesbeeinträchtigung durch die Hausbesetzer darzulegen hat. Dem Hausbesitzer fehlt das erforderliche Rechtschutzinteresse bei offenkundigem Vorliegen seiner Einwilligung in die Hausbesetzung. Dies gilt ebenso, wenn der Massnahmeanspruch mithin gemäss Art. 929 ZGB verwirkt ist, weil nicht sofort nach Kenntnisnahme der Hausbesetzung reagiert oder nicht innert Jahresfrist geklagt wurde.[690]

(2) Als **Massnahmegrund** ist die tatsächliche oder zu befürchtende Verletzung des Massnahmeanspruchs vorausgesetzt, woraus die Gefahr eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils droht. Bei Massnahmen gegen verbotene Hausbe-

---

[687] SCHÖBI, S. 1055 ff., 1060 ff.

[688] Siehe hiervor BT, I. E. 3. c) aa).

[689] Siehe hiervor BT, I. E. 3. c) bb).

[690] Siehe hiervor BT, I. E. 3. c) bb) (1).

setzungen ergibt sich der Nachteil ohne weiteres aus der Besitzesbeeinträchtigung, weshalb der Nachteil nicht gesondert glaubhaft zu machen ist. Auch droht der Nachteil und die Gefahrenabwehr ist dringlich, solange die Besitzesbeeinträchtigung unerwünschte Folgen hat. Und schliesslich kann dieser Nachteil naturgemäss im Hauptverfahren nicht mehr gutgemacht werden, weshalb der Hausbesitzer auch für den Massnahmegrund lediglich glaubhaft machen muss, der Besitzesschutzanspruch stehe ihm gegenüber den Hausbesetzern zu.[691]

(3) Der **Verhältnismässigkeit** spielt sowohl als Voraussetzung für vorsorgliche Massnahmen als auch für deren Inhalt eine Rolle. Als Voraussetzung fordert sie gemäss Rechtsprechung eine Abwägung der Vor- und Nachteile einer anbegehrten Massnahme. Da mit dem Besitzesschutz der bisherige Zustand des ungestörten Besitzesgenusses sicherzustellen ist, sind entsprechend weniger hohe Anforderungen an die Interessenabwägung zu stellen und verbietet gerade die Verhältnismässigkeit, vorsorgliche Massnahmen generell auszuschliessen, wo andere Schutzbehelfe zur Verfügung stehen.[692]

Für den Besitzesschutz gegen Hausbesetzungen kommen vornehmlich Leistungsmassnahmen in Betracht. Diese führen für den Besitzesschutzanspruch von Art. 927 f. ZGB im Ergebnis allerdings zu einem definitiven Rechtschutz und werden zu eigentlichen **Befriedigungsmassnahmen**. Solche Massnahmen stellen einen schweren Eingriff in die (Verfahrens-)Rechte der Gesuchsgegner dar, weshalb eine sorgfältige Interessenabwägung vorausgesetzt wird. Damit fällt dem Gericht für den konkreten Inhalt der Massnahme ein erheblicher Ermessenspielraum zu und kann es dem beeinträchtigen Hausbesitzer weniger zusprechen als ihm nach Art. 927 f. ZGB zustünde. Denn eine Massnahme ist nur solange gerechtfertigt, als es das mildeste geeignete Mittel des angestrebten Rechtschutzes darstellt. Wo allerdings die Massnahme aufgrund der Umstände des Einzelfalls das einzige Mittel ist, das zur (vorläufigen) Verwirklichung der materiellen Besitzschutzansprüche führt, sind die Gerichte gehalten, dem Gesuchsteller den Inhalt der Ansprüche gemäss Art. 927 f. ZGB voll zu gewähren.[693]

Vorsorgliche Massnahmen sind auch für den Besitzesschutz grundsätzlich zu prosekuieren, sofern ein Hauptverfahren nicht bereits vor deren Anordnung rechts-

---

[691] Siehe hiervor BT, I. E. 3. c) bb) (2).

[692] Siehe hiervor BT, I. E. 3. c) bb) (3).

[693] Siehe hiervor BT, I. E. 3. c) cc).

hängig ist. Von einer **Prosekution** kann aufgrund der Rechtsprechung nur abgesehen werden, wenn diese völlig nutzlos ist und damit gegen Treu und Glauben verstosst, mithin die vorsorgliche Massnahme eine nicht rückgängig zu machende antizipierte Vollstreckung bewirkt und der Gegenpartei nur noch die Möglichkeit des Schadenersatzes bleibt. Entsprechend wird in der Lehre postuliert, das Gericht sei aufgrund von Art. 263 ZPO berechtigt, nicht aber verpflichtet, eine Prosektionsfrist anzusetzen. Dabei soll auf eine Prosekution auch verzichtet werden können, wo die Klägerrolle ausnahmsweise der Gegenpartei überlassen werden darf, weil die Prosekution – wie beim Besitzesschutz gemäss Art. 927 f. ZGB – weder notwendig noch möglich ist. Der für den Hausbesitzer positive Massnahmeentscheid führt zu einem definitiven Entscheid über seinen possessorischen Besitzesschutz, weshalb nur noch den Hausbesetzern gegebenenfalls Schadenersatzansprüche verbleiben. Der Gesetzgeber hat dessen ungeachtet jedoch allgemein am Grundsatz der Prosekution festgehalten und das Interesse an einer Beurteilung in einem umfassenden Verfahren höher gewichtet als das Interesse an einem definitiven Rechtschutz aufgrund blossen Glaubhaftmachens. Daher muss der schutzsuchende Hausbesitzer *de lege lata* ein dreistufiges Verfahren gewärtigen: (1) Massnahmeverfahren für Possessorium, (2) Prosekution des Possessorium und (3) Verfahren für das Petitorium. Worin allerdings das Interesse liegt, vor einem allfälligen Petitorium noch eine definitive Erkenntnis hinsichtlich des bereits im Massnahmeverfahren befriedigten possessorischen Besitzesschutzanspruchs erstreiten zu müssen, bleibt sein Geheimnis.[694]

d) Fazit beschleunigter Rechtschutz

Soll – was bei Hausbesetzungen anzunehmen ist – möglichst schnell eine Räumung der besetzten Liegenschaft erreicht werden, so stehen dem Hausbesitzer der Rechtschutz in klaren Fällen und die vorsorgliche Massnahme zur Verfügung. Hierbei kann er nicht nur zwischen den beiden Verfahren wählen, sondern diese auch parallel anstrengen. Bei dieser **Wahlmöglichkeit** hat er folgende Unterschiede zu berücksichtigen: (1) Der Sachverhalt der Hausbesetzung ist im Massnahmeverfahren nur glaubhaft zu machen, wogegen dieser im Rechtschutz in klaren Fällen voll zu beweisen ist. (2) Umgekehrt verschafft der Rechtschutz in klaren Fällen einen rechtskräftigen Endentscheid zunächst über den Besitzesschutzanspruch gemäss Art. 927 f. ZGB, während der Massnahmeentscheid diesen Anspruch prozessual nur vorsorglich schützt. Der Massnahmeentscheid führt nur zu einer faktischen Befrie-

---

[694] Siehe hiervor BT, I. E. 3. c) dd).

digung des Hausbesitzers. Soweit primär die faktische Bereinigung der Besitzeslage gesucht wird, genügt dies. Wo eine rechtliche Klärung angezeigt ist, weil z.B. eine Einwilligung glaubhaft eingewendet wird, muss entweder auf den Rechtschutz in klaren Fällen oder gar auf das ordentliche bzw. vereinfachte Verfahren zurückgegriffen werden. (3) Wo vorsorglicher petitorischer Besitzesschutz erreicht wird, muss zwar dieser mittels petitorischer Klage prosekuiert werden, doch ist das Possessorium bereits definitiv entschieden. Vor diesem Hintergrund wird empfohlen, ein Gesuch um Besitzesschutz in klaren Fällen, verbunden mit einem Gesuch um eine petitorische vorsorgliche Massnahme, zu stellen und eventualiter ein Gesuch um dieselbe Massnahme mit Ansetzung einer Prosektionsfrist.[695]

Ist der Sachverhalt liquide und die Rechtslage klar, kann der Besitzesschutz im Summarverfahren des **Rechtschutzes in klaren Fällen** gemäss Art. 257 ZPO erreicht werden. Dessen Gutheissung führt zu einem rechtskräftigen Endentscheid, der auch direkte Vollstreckungsanordnungen beinhalten kann.[696]

(1) Der **Sachverhalt** ist liquide, wenn (i) der Besitz des Hausbesitzers und (ii) dessen Beeinträchtigung durch verbotene Eigenmacht der Hausbesetzer voll bewiesen sind, wobei dies aufgrund Art. 254 Abs. 1 ZPO grundsätzlich mittels Urkunden zu erfolgen hat. Ungeachtet der Beweismittelerleichterung gemäss Art. 254 Abs. 2 ZPO bleibt der Hausbesitzer damit grundsätzlich auf den Urkundenbeweis zurückgeworfen, der insbesondere bei Hausbesetzungen wenig hilft.[697]

(2) Die **Rechtslage** gilt nur als klar, wenn über die Bedeutung einer Rechtsvorschrift kein begründeter Zweifel bestehen kann. Dies ist *ab initio* ausgeschlossen, wenn die Einrede des Rechtsmissbrauchs von den Hausbesetzern erhoben wird, weil dies zu einem Billigkeitsentscheid führt. Dem ist aber nicht zwingend so, wenn die Einrede gemäss Art. 927 Abs. 2 ZGB erhoben wird. Doch ist daran zu erinnern, dass nicht erst die Einrede des besseren Rechts, sondern bereits die vom Gesuchsteller zu beweisende verbotene Eigenmacht die Rechtslage erschweren, weshalb die erforderliche Klarheit oft fehlen wird.[698]

---

[695] Siehe hiervor BT, I. E. 3. a).

[696] Siehe BT, I. E. 3. b).

[697] Siehe BT, I. E. 3. b) (1).

[698] Siehe BT, I. E. 3. b) (2).

Ist mangels klarer Sach- oder Rechtslage auf das Rechtschutzgesuch nicht einzutreten, so entfaltet dieser **Nichteintretensentscheid** zwar nur hinsichtlich dieser Prozessvoraussetzungen, nicht aber in der Sache selbst Rechtskraftwirkung.[699]

Strebt der Hausbesitzer **vorsorgliche Massnahmen** an, so hat er (1) einen Massnahmeanspruch und (2) einen Massnahmegrund sowie (3) die Verhältnismässigkeit der Massnahmen glaubhaft zu machen.[700]

(1) Solange keine offenkundige Einwilligung vorliegt und der Hausbesitzer seinen Besitzesschutzanspruch nicht aufgrund von Art. 929 ZGB verwirkt hat, ergibt sich der **Massnahmeanspruch** aus Art. 927 f. i.V.m. Art. 937 Abs. 2 ZGB.[701]

(2) Als **Massnahmegrund** des Besitzesschutzes gilt die Besitzesbeeinträchtigung, die naturgemäss im Hauptverfahren nicht wiedergutgemacht werden kann und eine Gefahrenabwehr dringlich macht, solange sie unerwünschte Folgen hat.[702] Die Voraussetzungen gelten als erwiesen, wenn (i) der Hausbesitz und (ii) die effektive bzw. befürchtete Besitzesbeeinträchtigung durch die Hausbesetzer dargelegt sind.

(3) Da aufgrund des angestrebten Besitzesschutzes der bisherige Zustand sicherzustellen versucht wird, sind nicht sehr hohe Anforderungen an die **Verhältnismässigkeit** und die Interessenabwägung zu stellen.[703]

Die gestützt auf Art. 927 f. ZGB gewährten vorsorglichen Massnahmen sind **Befriedigungsmassnahmen**, die im Ergebnis zu einem definitiven Rechtschutz führen. Das Gericht verfügt über ein erhebliches Ermessen zur inhaltlichen Ausgestaltung der Massnahmen, wobei es das mildeste geeignete Mittel des angestrebten Rechtschutzes zu wählen hat. Nur wo aufgrund der konkreten Umstände die Massnahmen das einzige Mittel zur (vorläufigen) Verwirklichung des materiellen Besitzesschutzes darstellen, muss das Gericht die Ansprüche gemäss Art. 927 f. ZGB voll gewähren.[704]

---

[699] Siehe BT, I. E. 3. b).

[700] Siehe hiervor BT, I. E. 3. c) bb).

[701] Siehe hiervor BT, I. E. 3. c) bb) (1).

[702] Siehe hiervor BT, I. E. 3. c) bb) (2).

[703] Siehe hiervor BT, I. E. 3. c) bb) (3).

[704] Siehe hiervor BT, I. E. 3. c) cc).

Von einer **Prosekution** der vorsorglichen Massnahmen kann nur abgesehen werden, wenn diese völlig nutzlos ist und damit gegen Treu und Glauben verstösst, mithin die vorsorgliche Massnahme eine nicht rückgängig zu machende antizipierte Vollstreckung bewirkt und der Gegenpartei nur noch die Möglichkeit des Schadenersatzes bleibt. Entsprechend wird in der Lehre postuliert, dass auf eine Prosekution des vorsorglichen Besitzesschutzes zu verzichten ist, weil die Massnahme den possessorischen Besitzesschutz definitiv entscheidet und ohnehin nur noch Schadenersatz verlangt werden kann. *De lege lata* wurde indes am Grundsatz der Prosekution festgehalten. Der schutzsuchende Hausbesitzer hat daher unter Umständen (1) ein Massnahmeverfahren für das Possessorium, (2) eine Prosekution des Possessorium und (3) ein Verfahren für das Petitorium zu führen. Offen bleibt, worin das Interesse an einer (prozessual) definitiven Erkenntnis des possessorischen Besitzesschutzes liegt, nachdem er im Massnahmeverfahren bereits unwiederbringlich gewährt wurde.[705]

4. Gerichtliches Verbot

Schliesslich eröffnen die Art. 258 ff. ZPO[706] als weitere Möglichkeit,[707] ein gerichtliches Verbot zu beantragen und damit einen allgemeinen prozessualen Besitzes-

---

[705] Siehe hiervor BT, I. E. 3. c) dd).

[706] Schweizerische Zivilprozessordnung (SR 272) vom 19. Dezember 2008 (Stand: 1.1.2018), 2. Teil: Besondere Bestimmungen: 5. Titel: Summarisches Verfahren, 4. Kapitel: Gerichtliches Verbot, Art. 258 ZPO, Grundsatz, [1]Wer an einem Grundstück dinglich berechtigt ist, kann beim Gericht beantragen, dass jede Besitzesstörung zu unterlassen ist und eine Widerhandlung auf Antrag mit einer Busse bis zu 2000 Franken bestraft wird. Das Verbot kann befristet oder unbefristet sein. [2]Die gesuchstellende Person hat ihr dingliches Recht mit Urkunden zu beweisen und eine bestehende oder drohende Störung glaubhaft zu machen. Art. 259 ZPO, Bekanntmachung, Das Verbot ist öffentlich bekannt zu machen und auf dem Grundstück an gut sichtbarer Stelle anzubringen. Art. 260 ZPO, Einsprache, [1]Wer das Verbot nicht anerkennen will, hat innert 30 Tagen seit dessen Bekanntmachung und Anbringung auf dem Grundstück beim Gericht Einsprache zu erheben. Die Einsprache bedarf keiner Begründung. [2]Die Einsprache macht das Verbot gegenüber der einsprechenden Person unwirk- sam. Zur Durchsetzung des Verbotes ist beim Gericht Klage einzureichen.

[707] SCHÖBI, S. 1055 ff., 1057 ff., der darauf hinweist, dass dies nichts an «... einem fragwürdigen Nebeneinander von Besitzesschutz und einstweiligem Rechtsschutz ...» ändert; ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 48, wonach keine Bedenken bestehen, dass der Besitzer parallel zu einem zur Verfolgung seiner Besitzesschutzansprüche geeigneten Verfahren auch noch ein gerichtliches Verbot

schutz zu erreichen.[708] Mittels eines solchen Verbots kann die befristete oder unbefristete **Unterlassung** jeder Besitzesstörung angeordnet werden.[709] So können insbesondere das Betreten des Grundstücks, die Durchfahrt oder das Parkieren auf dem Grundstück verboten werden.[710] Allerdings wird in der Lehre zutreffend darauf hingewiesen, dass das Verbot dennoch eine gewisse Bestimmtheit erlangen muss und nicht einfach «jede Störung» verboten werden kann.[711] Dies hat nicht alleine schon aufgrund des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots zu gelten, sondern auch aufgrund der zivilprozessual mit Blick auf die Vollstreckbarkeit zu fordernde genügende Bestimmtheit der Rechtsbegehren.[712] Immerhin bleibt es aber dem Gericht vorbehalten, den genauen Wortlaut des Verbots festzulegen.[713]

Das Verbot der Besitzesstörung kann mit der **Strafandrohung** im Widerhandlungsfall verknüpft werden, wonach eine Busse bis zu CHF 2'000 ausgesprochen

---

beantragt; TENCHIO/TENCHIO, BSK-Art. 258 ZPO N 1 m.Vw.a. STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB 115; MEIER, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, S. 120.

[708] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 48 m.Vw.a. Art. 258 ff. ZPO; STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 115 m.Vw.a. BGer 6B_880/2013, E. 3 betreffend Legitimation der Miteigentümer; JENT-SORENSEN, KUKO-Art. 258–260 ZPO N 1 m.Vw.a. BGE 94 II 348 E. 1 f.; GASSER/RICKLI, KUKO-Art. 258 ZPO N 1.

[709] Zur erforderlichen Intensität der Besitzesstörung vgl. ERNST, BSK-Art. 928 ZGB N 2; REY, BSK-Art. 984 ZGB N 8 ff.; JENT-SORENSEN, KUKO-Art. 258–260 ZPO N 3 m.Vw.a. OGer ZH, ZR 2013 Nr. 5; TENCHIO/TENCHIO, BSK-Art. 258 ZPO N 4, 7 m.Vw.a. ZR 1998 Nr. 45.

[710] BGE 141 III 195; STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 115 m.Vw.a. GÜNGERICH, BK-Art. 260 ZPO N 12 ff.; ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 48 m.Vw.a. Art. 258 ff. ZPO; SCHÖBI, S. 1055 ff., 1057 ff. m.Vw.a. Art. 258 ff. ZPO.

[711] JENT-SORENSEN, KUKO-Art. 258–260 ZPO N 4; TENCHIO/TENCHIO, BSK-Art. 258 ZPO N 4; a.M. BOTSCHAFT ZPO, BBl 2006, S. 7353; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 21 N 60; SCHWANDER, ZPO-Kommentar-Art. 258 ZPO N 5.

[712] TENCHIO/TENCHIO, BSK-Art. 258 ZPO N 4; MABILLARD, S. 13 f.

[713] TENCHIO/TENCHIO, BSK-Art. 258 ZPO N 6.

werden kann.[714] Obschon der Besitz seinen strafrechtlichen Schutz durch verschiedene Tatbestände des Schweizerischen Strafgesetzbuchs oder das kantonale Übertretungsstrafrecht erfährt,[715] können aufgrund des gerichtlichen Verbots der Schweizerischen Zivilprozessordnung somit auch geringfügigere Formen des Entzugs oder der Störung des Besitzes unter Strafe gestellt werden.[716] Entsprechend wird der Besitzesschutz durch ein gerichtliches Verbot gemäss Art. 258 ff. ZPO auch als Teil des «strafrechtlichen Besitzesschutz» verstanden.[717] Diese Form des Besitzesschutzes war – neben allenfalls verwaltungsrechtlich vorgesehenen Verboten zwecks Besitzesschutzes – bereits vor Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung mehreren Kantonen bekannt.[718] Trotz der sogleich zu erwähnenden Einsprachemöglichkeit gemäss Art. 260 ZPO[719] ist das Strafgericht nach überwiegender Auffassung an das zivilgerichtliche Verbot nicht gebunden und kann die Rechtmässigkeit eines solchen Verbots solange frei überprüfen, bis es in einem kontradiktorischen Zivilverfahren bestätigt wurde.[720]

Gemäss Wortlaut von Art. 258 Abs. 1 ZPO kann eine am Grundstück **dinglich berechtigte Person** das Gesuch um gerichtliches Verbot stellen. Damit sind neben

---

[714] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 115 m.Vw.a. GÜNGERICH, BK-Art. 258 ZPO N 1, 3, 20; JENT-SORENSEN, KUKO-Art. 258–260 ZPO N 5, wonach andere Strafen als eine Busse unzulässig wären; TENCHIO/TENCHIO, BSK-Art. 258 ZPO N 21 ff.

[715] Siehe hiernach BT, I. F. 2.

[716] BGE 138 IV 13 E. 3; BGE 94 II 348 E. 2; SCHÖBI, S. 1055 ff., 1057 ff.; STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 115; TENCHIO/TENCHIO, BSK-Art. 258 ZPO N 1; KOSLAR, SHK-Art. 258 ZPO N 3, die von einer Doppelnatur des Art. 258 ZPO sprechen.

[717] Ähnlich STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 115 m.Vw.a. BGE 94 II 348 E. 2; zum strafrechtlichen Besitzesschutz siehe hiernach BT, I. F.

[718] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 115 m.Vw.a. Art. 118 EG ZGB BE.

[719] Siehe hiernach BT, I. E. 4.

[720] BGer 6B_116/2011 E. 3.3; JENT-SORENSEN, KUKO-Art. 258–260 ZPO N 10; GASSER/RICKLI, KUKO-Art. 260 ZPO N 4; GÖKSU, Kommentar ZPO-Art. 258 ZPO N 9 f.; TENCHIO/TENCHIO, BSK-Art. 258 ZPO N 2, Art. 260 ZPO N 1; GÜNGERICH, BK-Art. 260 ZPO N 11.

dem Eigentümer auch die Inhaber beschränkter dinglicher Rechte,[721] wohl aber auch realobligatorisch Berechtigte, wie Inhaber vorgemerkter Rechte[722] sachlegitimiert. Der blosse Besitzer, mithin der oft unmittelbare Hausbesitzer wird indes keinen Anspruch auf Besitzesschutz durch ein gerichtliches Verbot erheben können.[723]

Gerichtliche Verbote gemäss Art. 258 ff. ZPO sollen –*per quasi definitionem* – an die **Allgemeinheit** gerichtet sein. Sie müssen in allgemeiner Form, mithin als generell-konkrete Verfügungen gegen jedermann ausgesprochen werden.[724] Dies ergibt sich denn auch aus dem Gesetzgebungsverfahren, wo noch im Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vorgesehen war, dass ein gerichtliches Verbot auch gegen spezifisch bezeichnete Personen verhängt werden könne, dann aber aufgrund bemerkenswerter Kritik in der Vernehmlassung wiederum davon abgesehen wurde.[725] Dementsprechend ist das gerichtliche Verbot gegen bestimmte

---

[721] BGE 141 III 195; ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 48 m.Vw.a. JENT-SORENSEN, KUKO-Art. 258–260 ZPO N 2; SCHÖBI, S. 1055 ff., 1057 ff. m.Vw.a. Art. 258 ff. ZPO; STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 115 m.Vw.a. BGer 6B_880/2013, E. 3 betreffend Legitimation der Miteigentümer; JENT-SORENSEN, KUKO-Art. 258–260 ZPO N 2, wonach grundpfandberechtigte Personen aufgrund des ihnen zustehenden Wertrechts nicht legitimiert sind; GÖKSU, Kommentar ZPO-Art. 258 ZPO N 7 ff.; TENCHIO/TENCHIO, BSK-Art. 258 ZPO N 13 ff.

[722] A.M. GÜNGERICH, BK-Art. 258 ZPO N 4, allerdings generell für obligatorisch Berechtigte mit den Beispielen Mieter und Pächter.

[723] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 48.

[724] BGE 141 III 195 E. 2.2; ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 48; SCHÖBI, S. 1055 ff., 1057 ff. m.Vw.a. Art. 258 ff. ZPO; STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 115; JENT-SORENSEN, KUKO-Art. 258–260 ZPO N 3; GÖKSU, Kommentar ZPO-Art. 258 ZPO N 20; TENCHIO/TENCHIO, BSK-Art. 258 ZPO N 2 f.

[725] Art. 271 ff. VE ZPO; BEGLEITBERICHT VE ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission, Bern 2003, S. 130; VERNEHMLASSUNG ZPO, Zusammenstellung der Vernehmlassungen, Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2004, S. 679 ff.; BOTSCHAFT ZPO, BBl 2006, S. 7352; MEIER, Vorentwurf, S. 81 f.; ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 48 m.Vw.a. MÜLLER, Besitzschutz in Europa, S. 88 m.w.Hw.

Personen, wie einen namentlich bekannten Störer, nicht im Verfahren gemäss Art. 258 ff. ZPO zu erwirken, sondern «... in einem kontradiktorischen Verfahren ...».[726]

Folglich können in diesem «**nicht-kontradiktorisches Verfahren**» konkrete Besitzesschutzansprüche gemäss Art. 927 f. ZGB auch nicht verwirklicht werden.[727] Vielmehr handelt es sich um ein besonderes Verbotsverfahren, welches dem allgemeinen Schutz des Besitzes «... an einer bestimmten Liegenschaft mit der Androhung der Bestrafung im Falle der Widerhandlung» dient.[728] Entsprechend ist das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuzuordnen, wofür der Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 255 lit. b ZPO gilt[729] und der Gesuchsteller seine Berechtigung mittels Urkunde nachzuweisen sowie die Besitzesstörung durch einen unbekannten Personenkreis, der aus mehr als einer (unbekannten) Person besteht, im Summarverfahren glaubhaft zu machen hat.[730] Damit ist allerdings der allfällig dem Gesuchsteller zustehende materielle Besitzesschutzanspruch auch nicht Gegenstand dieses Verfahrens, weshalb es bis zur Klageerhebung gemäss Art. 260 Abs. 2 ZPO weder Rechtshängigkeit noch Rechtskraft hinsichtlich dieses Anspruchs bewirken kann. Ebensowenig vermag das Verbotsverfahren gemäss Art. 258 ff. ZPO bis zu diesem Zeitpunkt die Verwirkungsfrist von Art. 929 Abs. 2 ZGB zu wahren.[731]

---

[726] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 115 m.Vw.a. GÜNGERICH, BK-Art. 258 ZPO N 5; ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 48; JENT-SORENSEN, KUKO-Art. 258–260 ZPO N 3 m.Vw.a. OGer ZH, ZR 2010 Nr. 46 E. 4.2; GASSER/RICKLI, KUKO-Art. 258 ZPO N 3.

[727] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 48 m.Vw.a. BOTSCHAFT ZPO, BBl 2006, S. 7221, 7352; OGer ZH, ZR 2010 Nr. 46; JENT-SORENSEN, KUKO-Art. 258–260 ZPO N 3; nach manchen kant. Prozessrechten verhielt es sich anders, s. z.B. der Fall von BGE 94 II 348 zum vergleichbaren Verbotsverfahren der ZPO AG.

[728] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 115 m.Vw.a. BGE 94 II 348 E. 2.

[729] JENT-SORENSEN, KUKO-Art. 258–260 ZPO N 6; GASSER/RICKLI, KUKO-Art. 258 ZPO N 2; TENCHIO/TENCHIO, BSK-Art. 258 ZPO N 2, 4, 8, 12.

[730] JENT-SORENSEN, KUKO-Art. 258–260 ZPO N 3, 6 m.Vw.a. OGer ZH, ZR 2013 Nr.5; GÖKSU, Kommentar ZPO-Art. 258 ZPO N 16 f TENCHIO/TENCHIO, BSK-Art. 258 ZPO N 10 ff., 18 ff.

[731] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 48; TENCHIO/TENCHIO, BSK-Art. 258 ZPO N 2, Art. 260 ZPO N 1 m.Vw.a. BGer 6B_814/2015 E. 1.4.3; BGE 141 III 195 E. 2.2.

Ist das gerichtliche Verbot gemäss Art. 258 ZPO vom Zivilgericht ausgesprochen worden, so muss es **publiziert** werden.[732] Gemäss Art. 259 ZPO hat dies einerseits durch öffentlich Bekanntgabe – will heissen - «... durch Publikation in einem Amtsblatt» und andererseits durch Anbringen einer Verbotstafel «an gut sichtbarer Stelle» auf dem Grundstück zu erfolgen.[733]

Innert dreissig Tagen seit Publikation des Verbots gemäss Art. 258 f. ZPO können Personen, die das Verbot nicht anerkennen wollen, gemäss Art. 260 Abs. 1 ZPO **Einsprache** beim anordnenden Gericht erheben, ohne diese begründen zu müssen.[734] Zur Einsprache ist im Ergebnis jedermann berechtigt, weil eine besondere Betroffenheit durch das Verbot mangels Begründung der Einsprache nicht überprüft werden kann.[735] Gemäss Art. 260 Abs. 2 ZPO bedeutet eine solche Einsprache unmittelbar, dass dem Verbot gegenüber der einsprechenden Person keine Wirkung zukommt. Mittelbar hat die Einsprache zur Folge, dass der Gesuchsteller, will er am Verbot auch gegenüber der einsprechenden Person festhalten, Klage gegen diese erheben muss.[736] Nach Ablauf der Einsprachefrist müssen die Personen, welche das Verbot nicht anerkennen wollen, eine Klage auf Aberkennung des Verbots einreichen oder dieses in einem allfälligen Strafverfahren bestreiten.[737]

---

[732] ERNST, BSK-Vorbem. Art. 926-929 ZGB N 48 m.Vw.a. Art. 258 ff. ZPO; JENT-SORENSEN, KUKO-Art. 258–260 ZPO N 7; GÖKSU, Kommentar ZPO-Art. 259 ZPO N 3; GASSER/RICKLI, KUKO-Art. 259 ZPO; TENCHIO/TENCHIO, BSK-Art. 259 ZPO N 1 ff.

[733] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 115 m.Vw.a. GÜNGERICH, BK-Art. 260 ZPO N 2 ff.

[734] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 115; GÜNGERICH, BK-Art. 260 ZPO N 2 ff.; JENT-SORENSEN, KUKO-Art. 258–260 ZPO N 8 ff.; GASSER/RICKLI, KUKO-Art. 260 ZPO 2; SCHWANDER, ZPO-Kommentar-Art. 260 ZPO N 2; TENCHIO/TENCHIO, BSK-Art. 260 ZPO N 2 ff.

[735] TENCHIO/TENCHIO, BSK-Art. 260 ZPO N 3; GÜNGERICH, BK-Art. 260 ZPO N 2; KOSLAR, SHK-Art. 260 ZPO N 4.

[736] GÜNGERICH, BK-Art. 260 ZPO N 2 ff.; JENT-SORENSEN, KUKO-Art. 258–260 ZPO N 8 ff.; GASSER/RICKLI, KUKO-Art. 260 ZPO 2; SCHWANDER, ZPO-Kommentar-Art. 260 ZPO N 2; TENCHIO/TENCHIO, BSK-Art. 260 ZPO N 5 ff.

[737] TENCHIO/TENCHIO, BSK-Art. 260 ZPO N 9 ff.; GÜNGERICH, BK-Art. 260 ZPO N 4.

5. Fazit zivilprozessualer Besitzesschutz

Die materiellen Besitzesschutzansprüche sind auf dem Zivilverfahrensweg zu beurteilen und gegebenenfalls zu vollstrecken, wobei Art. 927 f. i.V.m. Art. 937 Abs. 2 ZGB dem von einer eigenmächtigen Hausbesetzung betroffenen Hausbesitzer selbständige zivilrechtliche Schutzansprüche vermitteln. Dennoch ist dieser possessorische Besitzesschutz angesichts der auf Besitz gerichteten Rechtsansprüche, die jenen verdrängen, letztlich immer nur provisorischer Besitzesschutz. Gemäss Schweizerischer Zivilprozessordnung stehen dem Hausbesitzer, der gegen die eigenmächtige Besetzung seines Hauses gestützt auf Art. 927 f. i.V.m. Art. 937 Abs. 2 ZGB vorgehen will, **sämtliche Verfahrensarten** offen. Damit erfährt der Besitzesschutz bis heute eine materiellrechtliche Regelung, die sich erst auf zivilprozessualer Grundlage konkretisiert umsetzen lässt. Demgegenüber wird in der Lehre gefordert, der possessorische Besitzesschutz der Art. 927 f. ZGB solle im vorsorglichen Rechtschutz gemäss Art. 261 ff. ZPO aufgehen. Eine strikte Trennung zwischen Possessorium und Petitorium lässt sich unter geltendem Recht nicht erreichen, womit letztlich im funktional als vorsorglicher Rechtschutz verstandenen possessorischen Besitzesschutz ein Verfügungsanspruch relevant bleibt.[738]

Bleiben dem Hausbesitzer sämtliche Verfahrensarten offen, kann der Besitzesschutz grundsätzlich auch im **ordentlichen bzw. vereinfachten Verfahren** erreicht werden. Diese bleiben, obschon nicht rasch zu erreichen, dort angezeigt, wo die Rechtslage komplex oder der Sachverhalt nicht liquide ist, mithin ein summarisches Verfahren gemäss Art. 257 ZPO oder gemäss Art. 261 ff. ZPO ausgeschlossen ist. Der somit erreichte Besitzesschutz bleibt in seiner Funktion aber – wie aus dem Vorbehalt des petitorischen Besitzesschutzes erhellt – ein vorsorglicher Rechtschutz.[739]

Soll ein **beschleunigter Rechtschutz** erreicht werden, so stehen der Rechtschutz in klaren Fällen und die vorsorgliche Massnahme zur Verfügung. Hierbei können beide Verfahren frei gewählt werden und sind sie sogar parallel einsetzbar, was – werden auch noch die Möglichkeiten des possessorischen und petitorischen Besitzesschutzes berücksichtigt – eine Vielzahl von Kombinationsmöglichkeiten ergibt. Es wird daher empfohlen, ein Gesuch um Besitzesschutz in klaren Fällen, verbunden mit einem Gesuch um eine petitorische vorsorgliche Massnahme, zu stellen

---

[738] Siehe hiervor BT, I. E. 1.

[739] Siehe hiervor BT, I. E. 2.

und eventualiter ein Gesuch um dieselbe Massnahme mit Ansetzung einer Prosektionsfrist.[740]

Ist der Sachverhalt liquide und die Rechtslage klar, kann der Besitzesschutz im Summarverfahren des **Rechtschutzes in klaren Fällen** gemäss Art. 257 ZPO erreicht werden.[741] (1) Der Sachverhalt ist ungeachtet der Beweismittelerleichterung gemäss Art. 254 Abs. 2 ZPO vom Hausbesitzer grundsätzlich mit Urkunden zu beweisen, was insbesondere bei Hausbesetzungen wenig hilft.[742] (2) Die Rechtslage wird nicht erst bei Einrede des besseren Rechts, sondern bereits aufgrund der zu beweisenden verbotenen Eigenmacht oft nicht die erforderliche Klarheit erreichen.[743] Immerhin entfaltet der hierauf folgende Nichteintretensentscheid in der Sache selbst keine Rechtskraftwirkung.[744]

Vorsorgliche Massnahmen setzen (1) einen glaubhaften Massnahmeanspruch und (2) einen ebensolchen Massnahmegrund sowie (3) die Verhältnismässigkeit der Massnahmen voraus.[745] (1) Ein Massnahmeanspruch gemäss Art. 927 f. i.V.m. Art. 937 Abs. 2 ZGB ist gegeben, solange keine offenkundige Einwilligung vorliegt und der Hausbesitzer seinen Besitzesschutzanspruch nicht aufgrund von Art. 929 ZGB verwirkt hat.[746] (2) Liegt eine Besitzesbeeinträchtigung vor, die naturgemäss im Hauptverfahren nicht wiedergutgemacht werden kann und eine Gefahrenabwehr dringlich macht, so ist der Massnahmegrund gegeben, solange die Beeinträchtigung unerwünschte Folgen hat.[747] Entsprechend genügt es für vorsorgliche Massnahmen zum possessorischen Besitzessschutz, wenn (i) der Hausbesitz und (ii) die effektive bzw. befürchtete Besitzesbeeinträchtigung durch die Hausbesetzer dargelegt sind. (3) An die Verhältnismässigkeit und die Interessenabwägung sind nicht

---

[740] Siehe hiervor BT, I. E. 3. a).

[741] Siehe BT, I. E. 3. b).

[742] Siehe BT, I. E. 3. b) (1).

[743] Siehe BT, I. E. 3. b) (2).

[744] Siehe BT, I. E. 3. b).

[745] Siehe hiervor BT, I. E. 3. c) bb).

[746] Siehe hiervor BT, I. E. 3. c) bb) (1).

[747] Siehe hiervor BT, I. E. 3. c) bb) (2).

hohe Anforderungen zu stellen, da mit dem Besitzesschutz lediglich der bisherige Zustand sicherzustellen versucht wird.[748] Werden gestützt auf Art. 927 f. ZGB i.V.m. Art. 262 ZPO vorsorgliche Massnahmen gewährt, führen sie im Ergebnis zu einem definitiven (possessorischen) Rechtschutz. Allerdings ist das Gericht nur verpflichtet, die Ansprüche gemäss Art. 927 f. ZGB voll zu gewähren, wenn aufgrund der konkreten Umstände die (Befriedigungs-)Massnahmen das einzige Mittel zur (vorläufigen) Verwirklichung des materiellen Besitzschutzes darstellt.[749] Auch für diese Massnahme kann von einer Prosekution nur abgesehen werden, wenn diese völlig nutzlos ist und gegen Treu und Glauben verstösst, mithin nicht rückgängig gemacht werden kann und der Gegenpartei grundsätzlich nur noch Schadenersatzansprüche verbleiben. Obschon von der Lehre im vorsorglichen Besitzesschutz eine solche Konstellation gesehen wird, weil die Massnahme den possessorischen Besitzesschutz definitiv entscheidet, wurde vom Gesetzgeber am Grundsatz der Prosekution festgehalten. Damit ist grundsätzlich (1) ein Massnahmeverfahren für das Possessorium, (2) eine Prosekution des Possessorium und (3) ein Verfahren für das Petitorium zu führen. Worin indes das Interesse an einem Endentscheid des possessorischen Besitzesschutzes liegt, nachdem dieser im Massnahmeverfahren bereits unwiederbringlich gewährt wurde, bleibt offen.[750]

Schliesslich besteht auch die Möglichkeit des **gerichtlichen Verbots**. Damit kann die Unterlassung jeder Besitzesstörung angeordnet werden, solange das Verbot eine gewisse Bestimmtheit erreicht. Das Verbot der Besitzesstörung kann mit der Strafandrohung im Widerhandlungsfall verknüpft werden, wonach eine Busse bis zu CHF 2'000 ausgesprochen wird. Grundsätzlich können nur dinglich berechtigte Personen ein Gesuch um gerichtliches Verbot stellen, nicht aber der Besitzer. Das Verbot muss sich an die Allgemeinheit richten und kann nicht gegen spezifisch bezeichnete Personen verhängt werden. Entsprechend können individuell-konkrete Besitzesschutzansprüche gemäss Art. 927 f. ZGB in diesem Verfahren nicht verwirklicht werden. Immerhin kann jedermann ohne Begründung innert 30 Tagen seit Publikation gegen das Verbot Einsprache erheben. Damit ist das Verbot gegenüber dem Einsprecher unwirksam und muss das Verbot ihm gegenüber mit einer Anerkennungsklage geschützt werden. Nach Einsprachefrist indes muss dem Ver-

---

[748] Siehe hiervor BT, I. E. 3. c) bb) (3).

[749] Siehe hiervor BT, I. E. 3. c) cc).

[750] Siehe hiervor BT, I. E. 3. c) dd).

bot mit einer Aberkennungsklage oder in einem allfälligen Strafverfahren begegnet werden.[751]

F. Strafrechtlicher Besitzesschutz

1. Allgemein

Das Strafrecht selbst sieht naturgemäss – wird einmal von der zuweilen auch angezweifelten Präventivwirkung abgesehen[752] – keinen eigenständigen Besitzesschutz vor, sondern lediglich die Sanktionierung bestimmter Besitzesstörungen und Besitzesentzüge.[753] Allerdings – wie auch aufgrund der unterschiedlichen kantonalen Praktiken einsehbar[754] – kann insbesondere das Strafprozessrecht verschiedene Instrumente zur Verfügung stellen, die es insbesondere den Strafverfolgungsbehörden, namentlich der Polizei erlauben auch gegen andauernde Hausbesetzungen vorzugehen.[755] Wie die verschiedenen Diskussionen, so etwa diejenige um die geschützten Rechtsgüter,[756] die Rechtfertigungsgründe[757] oder den Strafantrag bei Dauerdelikten[758] zeigen, lässt sich die persekutive Anlage des materiellen und formellen Strafrechts allerdings im untersuchten Bereich nur schwer für präventive Bedürfnisse nutzen.[759] Es vermag daher auch nicht zu erstaunen, wenn der «strafrechtliche Besitzesschutz» – wie bereits dargestellt – für die schweizerische

---

[751] Siehe hiervor BT, I. E. 4.

[752] STRATENWERTH, § 2 N 15 ff. m.w.Hw.

[753] STRATENWERTH, § 3 N 14 ff., § 7 N 2 ff. m.w.Hw.; für Hausbesetzungen vgl. WEDER, Sicherheit & Recht 2018, S. 20 f.

[754] Siehe hiernach BT, I. G.

[755] Siehe hiernach BT, I. F. 3.

[756] NIGGLI, ZStrR 1993, S. 236 ff., 258, STRASSER, AJP 1993, S. 929 ff.; WEDER, Sicherheit & Recht 2018, S. 15 f.

[757] OGer ZH vom 3. Mai 2016, SB160021-O/U/cw, E. 5.4; WEDER, Sicherheit & Recht 2018, S. 17 f.; EGLI, Sicherheit & Recht 2018, S. 42 ff.

[758] RIEDO, AJP 2002, S. 2019 ff.; WEDER, Sicherheit & Recht 2018, S. 17.

[759] WEDER, Sicherheit & Recht 2018, S. 2o f.; EGLI, Sicherheit & Recht 2018, S. 44 f.

Rechtsordnung Eingang in das Zivilprozessrecht gefunden hat und dort mit dem gerichtlichen Verbot gemäss Art. 258 ff. ZPO einer ausführlichen Regelung zugeführt wurde, die zumindest in gewissem Masse einem Bedürfnis nach Prävention Rechnung trägt und gleichzeitig den Grundstein für eine Strafverfolgung «minderer» Besitzesstörungen und -entzüge legt.[760] In der Folge wird daher auf eine eingehende Darstellung des durch das Strafgesetzbuch oder die Strafprozessordnung vorgegebenen Besitzesschutzes verzichtet und nur auf einige für Hausbesetzungen ausgewählte Berührungspunkte hingewiesen.

2. Materielles Strafrecht

Im Rahmen der Rechtsprechung, die sich aufgrund unterschiedlicher Hausbesetzungen auch zum Strafrecht ergeben hat,[761] stehen vornehmlich Delikte gegen die Freiheit und nicht **Delikte gegen das Vermögen** zur Diskussion, was bereits andeutet, dass sich mit dem Strafrecht die Liegenschaft als Vermögensbestandteil des Hausbesitzers gegen Hausbesetzungen nur beschränkt schützen lässt. Die Tatbestände der unrechtmässigen Aneignung gemäss Art. 137 StGB oder der Sachentziehung gemäss Art. 141 StGB scheiden bei Hausbestzungen von vornherein aus, weil sie nur den Gewahrsam an beweglichen Sachen schützen.[762] Damit bleiben von den Vermögensdelikten nur noch der Tatbestand der Sachbeschädigung gemäss Art. 144 StGB, der Eigentums-, Gebrauchs- und Nutzungsrechte an Immobilien schützt,[763] wohl aber – von Vandalismus abgesehen – oft gerade nicht von den

---

[760] Siehe hiervor BT, I. E. 4.

[761] BGE 128 IV 81 E. 4; BGE 118 IV 167 E. 1 ff.; BGer 6B_510/2011 E. 1 ff.; BGer 6B_924/2016 E. 1 ff.; 6S.314/1991, SJZ 1993, S. 45 f.; vgl. aber auch BGer 6S.5/2004 E. 1 ff., der sich mit Tätlichkeiten gemäss Art. 126 StGB und einfachen Körperverletzungen gemäss Art. 123 StGB im Rahmen der Selbsthilfe gemäss Art. 926 ZGB zu befassen hatte.

[762] BGE 100 IV 155 E. 2 für Begminderalien; BGE 72 IV 53 E. 1 für Abweiden von Gras; OGer SO, SJZ 1953, S. 199, für Abzapfen von Birkensaft; NIGGLI/RIEDO, BSK-Vorbem. Art. 137 StGB N 41 Art. 137 StGB N 15, 33 ff. m.Vw.a. WIEGAND, BSK-Vorbem. Art. 641 ZGB N 21 ff.; SCHWANDER, BSK-Art. 713 ZGB N 3 ff.; WEISSENBERGER, BSK-Art. 141 StGB N 3 f.; STRATENWERTH/WOHLERS, SHK-Art. 137 StGB N 2 f.; zum strafrechtlichen Sachenbegriff vgl. BGE 116 IV 143 E. 2b.

[763] BGE 120 IV 319 E. 2a; WEISSENBERGER, BSK-Art. 144 StGB N 2 m.Vw.a. NIGGLI, S. 197 f.; STRATENWERTH/WOHLERS, SHK-Art. 144 StGB N 1; WEDER, Sicherheit & Recht 2018, S. 15.

Hausbesetzern erfüllt sein wird,[764] und derjenige der unrechtmässigen Entziehung von Energie gemäss Art. 142 StGB, womit der unrechtmässige Entzug von Energie einer Anlage, die zur Verwertung von Naturkräften dienen, geahndet wird.[765]

Bei den Delikten gegen die Freiheit steht vornehmlich der Tatbestand des **Hausfriedensbruchs** gemäss Art. 186 StGB[766] im Fokus,[767] wobei je nach Konstellation auch der Tatbestand der Nötigung gemäss Art. 181 StGB[768] zu erwägen ist.[769] Die

---

[764] Vgl. BGE 128 IV 250, wo es um die Verstopfung der Leitung eines Nachbargrundstücks geht; OGer ZH, SJZ 1967, S. 243, wo es um das Abnehmen des Nummernschilds bei einem falsch parkierten Auto sowie die Rechtfertigung des Eingriffs gemäss Art. 14 StGB i.V.m. Art. 926 ZGB geht; vgl. auch AppGer BS vom 23. August 2016, HB.2016.42, E. 3, 5.2, wo neben dem Vorwurf der Sachbeschädigung gemäss Art. 144 StGB auch der Vorwurf des Landfriedensbruchs gemäss Art. 260 StGB sowie der einfachen Körpgerverletzung gemäss Art. 123 StGB erhoben wurde.

[765] WEISSENBERGER, BSK-Art. 144 StGB N 7 m.Vw.a. NIGGLI/RIEDO, BSK-Vorbem. Art. 137 StGB N 27 ff.; STRATENWERTH/WOHLERS, SHK-Art. 142 StGB N 1; WEDER, Sicherheit & Recht 2018, S. 15; vgl. auch OGer ZH vom 23. Juli 2012, UE120134-O/U/mp, E. 5.1 ff., wo die Staatsanwaltschaft eine Nichtanhandnahme verfügt hat.

[766] Schweizerisches Strafgesetzbuch (SR 311.0) vom 21. Dezember 1937 (Stand: 1.3.2018); Zweites Buch: Besondere Bestimmungen, Vierter Titel: Verbrechen und Vergehen gegen die Freiheit, Art. 186 StGB, Hausfriedensbruch, Wer gegen den Willen des Berechtigten in ein Haus, in eine Wohnung, in einen abgeschlossenen Raum eines Hauses oder in einen unmittelbar zu einem Hause gehörenden umfriedeten Platz, Hof oder Garten oder in einen Werkplatz unrechtmässig eindringt oder, trotz der Aufforderung eines Berechtigten, sich zu entfernen, darin verweilt, wird, auf Antrag, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

[767] BGE 128 IV 81 E. 4; BGE 118 IV 167 E. 1 ff.; BGer 6B_510/2011 E. 1 ff.; BGer 6B_924/2016 E. 1 ff.; 6S.314/1991, SJZ 1993, S. 45 f.; OGer ZH vom 29. Juni 2016, SB150472-O/U/cw, E. 3.2.2; OGer ZH vom 3. Mai 2016, SB160021-O/U/cw, E. 5; AppGer BS vom 7. Juni 2016, SB.2014.126, E. 3.5; vgl. aber auch BGer 6S.5/2004 E. 1 ff., der sich mit Tätlichkeiten gemäss Art. 126 StGB und einfachen Körperverletzungen gemäss Art. 123 StGB im Rahmen der Selbsthilfe gemäss Art. 926 ZGB zu befassen hatte; vgl. auch WEDER, Sicherheit & Recht 2018, S. 15; STÄHLI, Sicherheit & Recht 2018, S. 9.

[768] Schweizerisches Strafgesetzbuch (SR 311.0) vom 21. Dezember 1937 (Stand: 1.3.2018); Zweites Buch: Besondere Bestimmungen, Vierter Titel: Verbrechen und Vergehen gegen die Freiheit, Art. 181 StGB, Nötigung, Wer jemanden durch Gewalt oder Androhung ernstlicher Nachteile oder durch andere Beschränkung seiner Handlungsfreiheit nötigt, etwas zu tun, zu unterlassen oder zu dulden, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

Bedeutung des Hausfriedensbruchs in diesem Zusammenhang lässt sich vornehmlich dadurch erklären, dass der Besitz – anders als das Vermögen – eine faktische Herrschaftsbeziehung des (legitimen) Besitzers gegenüber dem den Besitz usurpierenden Angreifer bezeichnet. Damit ist insbesondere das von Art. 186 StGB geschützte Hausrecht des Hausbesitzers angepeilt, das diesem die freie Willensbetätigung in seinem Haus sichert, namentlich den Entscheid, wer sich in seinem Haus bzw. auf seinem Land aufhalten darf.[770] Entsprechend ist Träger des Hausrechts – ähnlich dem zivilrechtlichen Besitzer[771] – wer die Verfügungsgewalt über die Räume bzw. das Land hat, «... gleichgültig, ob jene auf einem dinglichen oder obligatorischen oder auf einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis beruht».[772] Wenn also das Bundesgericht für eine Hausbesetzung ausführt, dass es nicht darum geht «*... de déterminer si le ou les auteurs de l'infraction réprimée par cette disposition bénéficient ou non d'un droit préférable résultant d'une meilleure possession que celle de l'ayant droit, ni de tenir compte de la manière dont l'ayant droit utilise les lieux, puisqu'il est fondamentalement libre d'y vivre, de les louer en tout ou partie, voire de les laisser vides en vue d'une démolition ou d'une transformation ulté-*

---

[769] BGer 6S.77/2003 E. 1 ff., wo ein Grundstückeigentümer gestützt auf ein gerichtliches Verbot Falschpakierer aufforderte CHF 30 auf sein Konto zu überweisen, ansonsten er diese verzeigen würde; OGer ZH vom 7. Juni 2013, SB 130055-O/U/cs, E. 3.2.3, wonach gewisse Fälle von Hausfriedensbruch eine andere Beschränkung der Handlungsfreiheit im Sinne von Art. 181 StGB darstellen; so wenn einer Forderung durch eine eigentliche Hausbesetzung Nachdruck verliehen wird, oder auch nur ein Besucher sich auf entsprechende Aufforderung hin kategorisch weigert bewohnte Räume zu verlassen, bis der Bewohner dem an ihn gerichteten Ansinnen nachgekommen ist; DONATSCH, S. 410; SCHÖBI, S. 1057; RUSCH/KLAUS, Jusletter vom 28. September 2015; zu weiteren möglichen Delikten wie strafbare Handlungen gegen die öffentliche Gewalt gemäss Art. 285 ff. StGB siehe hiernach BT, I. G., sie werden hier nicht näher erörtert.

[770] DELNON/RÜDY, BSK-Art. 186 StGB N 5 ff., 12 ff.; STRATENWERTH/WOHLERS, SHK-Art. 186 StGB N 1; DONATSCH, OFK-Art. 186 StGB N 1 f.; für Hausbesetzungen inbesondere siehe WEDER, Sicherheit & Recht 2018, S. 15 f.

[771] A.M. DONATSCH, OFK-Art. 186 StGB N 2 m.Vw.a. BGE 118 IV 167 E. 3.

[772] BGE 103 IV 162 E. 1; BGE 90 IV 74 E. 1; BGE 87 IV 120 E. 1; BGE 83 IV 154 E. 1; DELNON/RÜDY, BSK-Art. 186 StGB N 5.

rieure»,[773] anerkennt es das Hausrecht des Hausbesitzers, das den Hausbesetzern strafbegründend entgegen gehalten werden kann.

In diesem Sinne bestätigt auch WEDER, dass **Hausbesetzungen** regelmässig den Tatbestand von Art. 186 StGB erfüllen, sofern gemäss den beiden Tatbestandsvarianten des Hausfriedensbruchs in objektiver und subjektiver Hinsicht ein unrechtmässiges Handeln gegen den tatsächlichen Willen des Hausbesitzers vorliegt.[774] Politische Gründe einer Hausbesetzung, namentlich die Wohnungsnot, Wohnungsknappheit, überhöhte Mieten, Fehlentwicklungen im Wohnungsbau *etc*., vermögen diese dabei ebensowenig zu rechtfertigen wie der individuelle Notstand der akuten Obdachlosigkeit.[775]

3. Strafprozessrecht

Wer den Tatbestand des Hausfriedensbruchs erfüllt, wird gemäss Art. 186 StGB nur aufgrund eines Antrags gemäss Art. 30 ff. StGB mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.[776] Da es sich beim Hausfriedensbruch allerdings auch um ein Dauerdelikt handeln kann, erfasst der **Strafantrag** – ist er einmal gestellt – gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch erst nach der Stellung des Strafantrags an der Hausbesetzung beteiligte Personen.[777] Das Antragsrecht steht

---

[773] BGE 118 IV 167 E. 3.

[774] Zu den beiden Tatbestandsvarianten siehe DELNON/RÜDY, BSK-Art. 186 StGB N 22 ff.; DONATSCH, OFK-Art. 186 StGB N 11, 15; WEDER, Sicherheit & Recht 2018, S. 17.

[775] BGE 118 IV 167 E. 3; WEDER, Sicherheit & Recht 2018, S. 21, siehe ausführlich S. 17 ff. zur Subsumtion der Besetzung leerstehender Gebäude unter Art. 186 StGB; zum individuellen Notstand vgl. auch EGLI, Sicherheit & Recht 2018, S. 44 m.Vw.a. OGer ZH vom 3. Mai 2016, SB 160021-O/cw E. 5.4, wonach auch bei bestehen einer Notlage aus Art. 12 BV kein Anspruch auf Hausbesetzung hergeleitet werden kann; DONATSCH, OFK-Art. 186 StGB N 13.

[776] DELNON/RÜDY, BSK-Art. 186 StGB N 41; STRATENWERTH/WOHLERS, SHK-Art. 186 StGB N 11; DONATSCH, OFK-Art. 186 StGB N 20; generell zum Strafantrag vgl. RIEDO, BSK-Vorbem. Art. 30 StGB N 1 ff., Art. 30 StGB N 1 ff.

[777] BGE 128 IV 81 E. 2; DONATSCH, OFK-Art. 186 StGB N 20; DELNON/RÜDY, BSK-Art. 186 StGB N 41; JENNY, ZBJV 2004, S. 718 f.; kritische Anmerkungen bei RIEDO, AJP 2002, S. 2019 ff.; RIEDO, BSK-Art. 30 StGB N 101 m.Vw.a. BICHOVSKY, Commentaire Romand-Art. 31 StGB N 18; KGer JU vom 24. März 2010, ACC 1/2010 E. 3.2.1, wonach eine zeitliche Beschränkung des Strafantrags unzulässig ist, wenn

dem Inhaber des Hausrechts zu, mithin dem Träger des unmittelbaren Rechtsguts, also dem Inhaber der Verfügungsgewalt über die Liegenschaft.[778]

Demnach kommt es wegen Hausfriedensbruchs infolge Hausbesetzung grundsätzlich nur gestützt auf einen Strafantrag des Hausbesitzers zur **Strafverfolgung**. Liegt aber ein solcher vor, so konstituiert dieser einen Anfangsverdacht, der die Strafverfolgungsbehörden[779] aufgrund des Legalitätsprinzips gemäss Art. 7 Abs. 1 StPO verpflichtet, ein Strafverfahren einzuleiten.[780] Dieses ist zwar unabhängig vom geschädigten Hausbesitzer durchzuführen, doch kann er als geschädigte Person gemäss Art. 118 StPO aufgrund des Strafantrags als Privatkläger sowohl im Straf- als auch im Zivilpunkt am Strafverfahren teilnehmen.[781] Nur ausnahmsweise ist die Strafverfolgung des Hausfriedensbruchs infolge Hausbesetzung ohne Strafantrag möglich, nämlich dann, wenn unaufschiebbare sichernde Massnahmen durchgeführt werden müssen, bevor ein Strafantrag gestellt wurde. Unter diesen Voraussetzungen können die Strafverfolgungsbehörden bereits Massnahmen ergreifen, ohne welche die Ermittlung des Sachverhalts, mithin die materielle Wahrheit gemäss Art. 6 Abs. 1 StPO, ernsthaft gefährdet wäre, müsste das Vorliegen eines gültigen Strafantrags abgewartet werden.[782] Dabei haben sie sich dem Verhältnismässigkeitsprinzip und dem Umstand entsprechend, dass die Strafprozessvoraussetzung des Strafantrags nicht vorliegt, auf das Nötigste zu beschränken, was

---

der Grundsatz der Unteilbarkeit des Strafantrags gemäss Art. 32 StGB verletzt wird; offen bei ; WEDER, Sicherheit & Recht 2018, S. 20 m.Vw.a. DONATSCH/TAG, S. 421.

[778] BGE 87 IV 12o E. 1; DELNON/RÜDY, BSK-Art. 186 StGB N 41; STRATENWERTH/WOHLERS, SHK-Art. 186 StGB N 11; DONATSCH, OFK-Art. 186 StGB N 20; siehe hiervor BT, I. F. 2.

[779] Wozu gemäss Art. 15 ff. StPO die (Kriminal-)Polizei und Staatsanwaltschaft sowie Übertretungsstrafbehörden zählen.

[780] WEDER, Sicherheit & Recht 2018, S. 19 m.Vw.a. LANDSHUT/BOSSHARD, ZK-Art. 299 StPO N 26; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar-Art. 299 StPO N 3; RIEDO/FIOLKA, BSK-Art. 7 StPO N 1 ff., 136; STÄHLI, Sicherheit & Recht 2018, S. 9; vgl. aber OGer ZH vom 23. Juli 2012, UE120134-O/U/mp, E. 5.1 ff.

[781] MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, BSK-Art. 115 StPO N 18 ff., 94 ff., Art. 118 StPO N 2, 6.

[782] STÄHLI, Sicherheit & Recht 2018, S. 9; WEDER, Sicherheit & Recht 2018, S. 20 m.Vw.a. LANDSHUT/BOSSHARD, ZK-Art. 303 StPO N 1; S SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar-Art. 6 StPO N 1, Art. 303 StPO N 2; RIEDO/FIOLKA, BSK-Art. 6 StPO N 1 ff.; RIEDO/FALKNER, BSK-Art. 303 StPO N 17 ff.

wohl bei Hausfriedensbruch infolge Hausbesetzung lediglich eine polizeiliche Vorführung gemäss Art. 207 ff. StPO[783] oder gar nur eine polizeiliche Anhaltung gemäss Art. 215 f. StPO zwecks Identifizierung der Hausbesetzer als zulässig erscheinen lässt.

Sobald indes ein Strafantrag vorliegt, müssen die Strafverfolgungsbehörden die verschiedenen **Instrumente** der Strafverfolgung anwenden. So müssen sie insbesondere – wie bereits von WEDER genannt – die gemäss Art. 139 ff. StPO zur Verfügung gestellten Beweiserhebungsmöglichkeiten nutzen sowie die allenfalls erforderlichen Zwangsmassnahmen gemäss Art. 196 ff. StPO anordnen bzw. anordnen lassen.[784] Bei der Ahndung des Hausfriedensbruchs infolge Hausbesetzung werden dabei wohl vornehmlich die Einvernahme beschuldigter Personen gemäss Art. 157 ff. StPO oder von Zeugen gemäss Art. 162 ff. StPO und Auskunftspersonen gemäss Art. 178 ff. StPO, allenfalls die vorläufige Festnahme von Beschuldigten gemäss Art. 217 ff. StPO oder gar die Untersuchungshaft gemäss Art. 220 ff. StPO[785] genutzt werden. Aber auch die Hausdurchsuchung gemäss Art. 244 f. StPO und die Beschlagnahme gemäss Art. 263 ff. StPO bilden weitere Instrumente der Sachverhaltsermittlung.[786]

All diese Instrumente, obschon die daraus herrührenden Erkenntnisse vom Hausbesitzer, der sich als Privatkläger konstituiert hat, genutzt werden können,[787] erlau-

---

[783] Sofern der Strafantrag unmittelbar bevorsteht auch WEDER, Sicherheit & Recht 2018, S. 20; STÄHLI, Sicherheit & Recht 2018, S. 9.

[784] WEDER, Sicherheit & Recht 2018, S. 19; LANDSHUT/BOSSHARD, ZK-Art. 299 StPO N 26; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar-Art. 299 StPO N 3; RIEDO/FIOLKA, BSK-Art. 7 StPO N 1 ff., 136; STÄHLI, Sicherheit & Recht 2018, S. 9; vgl. aber OGer ZH vom 23. Juli 2012, UE120134-O/U/mp, E. 5.1 ff.

[785] Vgl. AppGer BS vom 23. August 2016, HB.2016.42, E. 3, 5.2, wo die Verlängerung der Untersuchungshaft abgelehnt wurde.

[786] WEDER, Sicherheit & Recht 2018, S. 20; vgl. auch STÄHLI, Sicherheit & Recht 2018, S. 9, mit Bezug auf Sicherheitsmassnahmen ohne Strafantrag; allgemein ZÜND/ERRASS, Sicherheit & Recht 3/2012 S. 162 ff., 166 ff.

[787] Vgl. Art. 107 StPO; VEST/HORBER, BSK-Art. 107 StPO N 7 ff.; KÜFFER, BSK-Art. 104 StPO N 14 ff.; DOLGE, BSK-Art. 123 StPO N 12 m.Vw.a. BOMMER, S. 62 f.; DONATSCH/SCHMID, § 192 StPO ZH N 47; RAPOLD, S. 29 f., 66; DOMENIG, S. 44, 50.

ben diesem nicht im Sinne eines präventiven strafrechtlichen Besitzesschutzes die **Räumung** der besetzten Liegenschaft bzw. des besetzten Grundstücks im Strafverfahren zu verlangen.[788] Weder kann er im Rahmen der Strafverfolgung die Räumung der besetzten Liegenschaft durch die (Kriminal-)Polizei, noch kann er diese – obschon grundsätzlich in der Lehre umstritten – als vorsorglichen Rechtschutz im Rahmen des Adhäsionsverfahrens verlangen.[789] Auch wenn – wie von DOLGE vertreten – vorsorgliche Massnahmen im Adhäsionsverfahren angeordnet werden könnten, so sind sie auch nach Ansicht dieser Autorin ausschliesslich in den Formen des Strafprozessrechts anzuordnen.[790] Entsprechend müssen sie einen unmittelbaren Zusammenhang mit der Straftat aufweisen und dürfen insbesondere strafprozessuale Zwangsmassnahmen – welche dem Zivilprozessrecht fremd sind – nicht ausschliesslich «... für den Zivilpunkt massgebliche Tatsachen betreffen».[791] Diese Voraussetzungen werden wohl nur vorsorgliche Beweisabnahmen gemäss Art. 313 StPO, Verfügungsbeschränkungen gemäss Art. 266 Abs. 3 StPO i.V.m. Art. 56 lit. a GBV und die Beschlagnahme von mutmasslichem Deliktsgut gemäss Art. 263 Abs. 1 lit. c und Art. 267 Abs. 2 StPO, welche auch zwecks Rückgabe an die berechtigte Person erfolgen kann, erfüllen.[792] Obgleich damit dingliche Rückerstattungsansprüche, wie sie sich aus Art. 641 und Art. 930 ff. ZGB ergeben, erfasst werden, kann dies letztlich nur für «mobiles» Deliktgut gelten, das bei klaren bzw. unbestrittenen Verhältnissen dem Berechtigten oft bereits im Untersuchungsverfahren ausgehändigt wird.[793] Aus Gründen der Verhältnismässigkeit kann dies aber nicht auf die Wiederherstellung der faktischen Herrschaft über Liegenschaften bzw. Grundstücke durch deren Räumung bezogen werden, ginge dies doch – ungeachtet

---

[788] WEDER, Sicherheit & Recht 2018, S. 20 f.; vgl. auch EGLI, Sicherheit & Recht 2018, S. 44 f., die insbesondere auch auf das Gleichbehandlungsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV hinweist.

[789] *Pro*: DOLGE, BSK-Art. 122 StPO N 28; *contra*: BOMMER, S. 52; DROESE, HAVE 2011, S. 37 ff., 53; differenzierend: DONATSCH/SCHMID, § 192 StPO ZH N 47.

[790] DOLGE, BSK-Art. 122 StPO N 28, Art. 123 StPO N 12; DONATSCH/SCHMID, § 192 StPO ZH N 47.

[791] DOLGE, BSK-Art. 122 StPO N 28, 65 ff., Art. 123 StPO N 12; vgl. auch DONATSCH/SCHMID, § 192 StPO ZH N 18 ff.; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 38 N 12; BOMMER, S. 50; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar-Art. 122 StPO N 2.

[792] DOLGE, BSK-Art. 122 StPO N 28, Art. 123 StPO N 12; vgl. auch SCHMID /ACKERMANN, S. 21 ff.

[793] DOLGE, BSK-Art. 122 StPO N 67 m.Vw.a. Art. 267 StPO, Art. 70 Abs. 1 StGB.

der Möglichkeit eine Grundbuchsperre gemäss Art. 266 Abs. 3 StPO anzuordnen[794] – weit über die Tatverdachtsermittlung der Strafverfolgungsbehörden hinaus. Hier verbleibt lediglich die Möglichkeit, eine Siegelung der Liegenschaft analog Art. 264 Abs. 3 i.V.m. Art. 248 StPO zu verlangen.[795] Mehr als eine Erschwerung weiterer Hausbesetzungen infolge des andauernden Strafverfahrens wird daher oft nicht erreicht werden.[796]

4. Fazit strafrechtlicher Besitzesschutz

Zwar dient das Strafrecht grundsätzlich nur der **Sanktionierung** bestimmter Besitzesbeeinträchtigungen, doch kann insbesondere das Strafprozessrecht den Strafverfolgungsbehörden, wie der Polizei gewisse Instrumente gegen andauernde Hausbesetzungen zur Verfügung stellen. Wie verschiedene Diskussionen zeigen, lässt sich das Strafrecht allerdings nur schwer für präventive Bedürfnisse nutzen. Es wird daher vorliegend nur auf ausgewählte Bezugspunkte zu Hausbesetzungen hingewiesen.[797]

Für Hausbesetzungen stehen vornehmlich Delikte gegen die Freiheit und nicht Delikte gegen das Vermögen zur Diskussion. Von den Vermögensdelikten kommen nur die Sachbeschädigung (Art. 144 StGB) und die unrechtmässige Entziehung von Energie (Art. 142 StGB) in Betracht. Bei den Freiheitsdelikten ist vornehmlich der **Hausfriedensbruch** (Art. 186 StGB) zu erwägen, bezeichnet doch der Besitz eine faktische Herrschaftsbeziehung, die ähnlich dem von Art. 186 StGB geschützten Hausrecht auf die Verfügungsgewalt über die Liegenschaft abstellt. Entsprechend wird von der Rechtsprechung anerkannt, dass der Hausbesitzer sein Hausrecht den Hausbesetzern strafbegründend entgegnen kann, wobei politische Gründe, wie Wohnungsnot, Wohnungsknappheit, überhöhte Mieten, Fehlentwicklungen im

---

[794] Siehe hierzu BOMMER/GOLDSCHMID, BSK-Art. 266 StPO N 8 ff.

[795] BOMMER/GOLDSCHMID, BSK-Art. 266 StPO N 8 m.Vw.a. LEMBO/JULEN BERTHOD, Commentaire Romand-Art. 266 StPO N 7; HEIMGARTNER, S. 290 f.

[796] WEDER, Sicherheit & Recht 2018, S. 20 f., der auf die Pflicht der Staatsanwaltschaft und der (Kriminal-)Polizei hinweist, die strafprozessualen Massnahmen und Instrumentarien weiterhin anzuwenden.

[797] Siehe hiervor BT, I. F. 1.

Wohnungsbau *etc.*, sowie grundsätzlich der individuelle Notstand der Obdachlosigkeit keine Rechtfertigung begründen.[798]

Zur **Strafverfolgung** wegen Hausfriedensbruchs infolge Hausbesetzung kommt es grundsätzlich nur gestützt auf einen Strafantrag des Hausbesitzers. Liegt ein solcher vor, so sind die Strafverfolgungsbehörden verpflichtet, ein Strafverfahren einzuleiten. Der Hausbesitzer kann aufgrund des Strafantrags als Privatkläger am Strafverfahren teilnehmen. Nur ausnahmsweise ist die Strafverfolgung ohne Strafantrag möglich. Bei vorliegendem Strafantrag müssen die Strafverfolgungsbehörden die zur Verfügung gestellten Beweiserhebungsmöglichkeiten nutzen sowie die erforderlichen Zwangsmassnahmen anordnen. Für Hausbesetzungen kann dies von der Einvernahme beschuldigter Personen, Zeugen und Auskunftspersonen über die vorläufige Festnahme oder gar Untersuchungshaft bis hin zur Hausdurchsuchung und Beschlagnahme gehen. All diese Massnahmen führen indes – letztlich auch aus Gründen der Verhältnismässigkeit – nicht zu einem präventiven Besitzesschutzes des Strafrechts und begründen keinen Anspruch auf Räumung der besetzten Liegenschaft. Die Räumung der Liegenschaft ginge weit über die Tatverdachtsermittlung der Strafverfolgungsbehörden hinaus, weshalb durch das Strafverfahren schliesslich nicht mehr als eine Erschwerung der Hausbesetzung erreicht wird.[799]

G. Kantone

1. Allgemein

Der Besitzesschutz, wie er vor Inkrafttreten des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im **kantonalen Zivilrecht** geregelt wurde, wies beinahe paradigmatische Unterschiede auf. Während im Kanton Freiburg, wie überhaupt in der durch den französischen Code Civil geprägten Westschweiz, der Besitzesschutz zuweilen als Teil des Persönlichkeitsschutzes gesehen wurde, fand er in Ostschweizer Kantonen, wozu hier neben Graubünden auch Zürich und Schaffhausen gezählt werden, aber auch in den Kantonen um Bern eine eigenständige Ausprägung.[800] War ein Selbsthilferecht des Besitzers überhaupt vorgesehen – wie in den Kantonen Bern, Luzern, Aargau, Solothurn, Zürich und Schaffhausen – so war diese oft nur zulässig – wie

---

[798] Siehe hiervor BT, I. F. 2.

[799] Siehe hiervor BT, I. F. 3.

[800] STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 126 m.Vw.a. HUBER, S. 107 ff., 125 ff. zur Ausgestaltung des Besitzesschutzes im kantonalen Recht vor Inkrafttreten des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs; HABLÜTZEL, S. 37 ff.

z.B. in Zürich und Schaffhausen – wenn der Besitz gewaltsam oder infolge eines Delikts angegriffen wurde. Eine eigenmächtige Besitzesstörung oder ein ebensolcher Entzug des Besitzes alleine begründete dagegen keinen Selbsthilfeanspruch. Zudem behielten Kantone wie Solothurn oder Zürich wiederum die Selbsthilfe dem redlichen, mithin gutgläubigen Besitzer vor oder gewährten diese nur, sofern obrigkeitliche Hilfe nicht zur Hand war.[801] Besitzesschutzklagen mit possessorischer Wirkung wurden ihrerseits oft – wie namentlich in den Kantonen Bern, Luzern, Aargau, Wallis und Genf – nur gewährt, wenn die Störung oder der Entzug des Besitzes auf Gewalt, List oder Missbrauch einer Vergünstigung zurückzuführen war. Kommt hinzu, dass in Kantonen wie Waadt für Immobilien der Besitz während mindestens eines Jahres oder in Kantonen wie Wallis und Genf etwas weniger vorausgesetzt wurde. Andernfalls hatte sich der Besitzer auf die klageweise Anrufung seines Petitorium zu verlassen.[802]

Obschon dieser vielfältige kantonale Besitzesschutz mit Inkrafttreten der Art. 926 ff. ZGB schweizweit vereinheitlicht wurde und der Bundesgesetzgeber neben Art. 186 StGB als primärerer Adressat der hiervor dargestellten grundrechtlichen Schutzpflicht generelle Schutzmassnahmen ergriffen hat,[803] verbleiben den Behörden der kantonalen Rechtsanwendung und -durchsetzung erhebliche Gestaltungsspielräume. Ebenso besteht zwar im Bereich des von Bundesrechts wegen vorgegebenen grundrechtlichen, zivilrechtlichen und strafrechtlichen Besitzesschutzes – abgesehen von den entsprechenden Einführungsgesetzten und der ihnen vorbehaltenen Behördenorganisation – kein Raum für kantonale Gesetzgebung, doch bleibt auch hier die effektive Umsetzung des Besitzesschutzes, insbesondere der Schutz von Liegenschaften bzw. Grundstücken gegenüber Hausbesetzungen, in massgeblicher Weise weiterhin vom **kantonalen (Polizei-)Recht** abhängig. Gleich wie der Bundesgesetzgeber ist daher auch der kantonale Gesetzgeber primärer Adressat der grundrechtlichen Schutzpflichten,[804] weshalb insbesondere auch das kantonale Polizeirecht auf seine Eignung als generelle Schutzmassnahme hin zu untersuchen ist.

---

[801] Vgl. HUBER, S. 126 ff., zur Ausgestaltung der Selbsthilfe im kantonalen Besitzesrecht; siehe auch STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 126.

[802] Vgl. HUBER, S. 130 ff., zu den Besitzesschuztklagen nach kantonalen Recht; siehe auch STARK/LINDEMANN, BK-Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB N 126.

[803] Siehe hiervor BT, I. B. 3.; EGLI, Sicherheit & Recht 2018, S. 40 f.

[804] Siehe hiervor BT, I. B. 3.; BT, I. C. 6.

Wird in der Folge also auf **fünf ausgewählte Kantone** näher eingegangen, so geschieht dies im Bewusstsein, dass dies angesichts der föderalistischen Kompetenzverteilung mit der nötigen Umsicht zu geschehen hat, wohl aber das Bundesrecht auch einen für das kantonale Recht bedeutsamen Rahmen vorgibt.[805] Entsprechend soll jeweils der Handlungsrahmen, den die einschlägigen kantonalen Gesetze, insbesondere die Polizeigesetze mit Blick auf den Umgang mit Hausbesetzungen ergeben, und die von den Polizeibehörden entwickelte Praxis im Sinne individualer Schutzmassnahmen,[806] die sich zuweilen auch aus bereitgestellten Merkblättern erschliessen lässt, dargestellt werden.[807] Bei dieser Darstellung wird unter anderem auf die Antworten, welche die kantonalen Behörden freundlicherweise auf eine Umfrage[808] hin bereitgestellt haben, zurückgegriffen. Angefragt wurden neben den Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichten namentlich auch die Polizeibehörden und die lokalen Hauseigentümerverbände. Auf eine Umfrage bei Vereinigungen der Hausbesetzer wurde nicht so sehr aufgrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung,[809] sondern mangels nötiger Ermittlungskapazitäten verzichtet. Eine Zusammenstellung der Umfrageergebnisse findet sich in den Anhängen zu diesem Gutachten.[810]

2. Genf

a) Allgemein

Die Hausbesetzungen des Kantons Genf – vorwiegend in den 80-iger und 90-iger Jahren des letzten Jahrhunderts – hatten einen bemerkenswerten Anteil an der Entwicklung der **bundesgerichtlichen Rechtsprechung** zu den Hausbesetzungen. Entsprechend wurden nicht nur Urteile zum Besitzesschutz gemäss Art. 926 ff. ZGB,[811] sondern auch solche erlassen, die sich eingehend mit der Aufgabe der Polizeibehörden im Rahmen der Selbsthilfe gemäss Art. 926 ZGB sowie der Umsetzung

---

[805] Siehe hiervor BT, I. C. 6. c).

[806] Siehe hiervor BT, I. C. 6. c) cc); vgl. auch EGLI, Sicherheit & Recht 2018, S. 41 ff.

[807] Siehe hiernach Anhang 3; vgl. hierzu auch STÄHLI, Sicherheit & Recht 2018, S. 9.

[808] Siehe hiernach Anhang 5.

[809] Siehe hiervor BT, I. B. 2. d).

[810] Siehe hiernach Anhang 6-22.

[811] Siehe z.B. hiervor BT, I. C. 5. d).

eines Urteils gemäss Art. 927 ZGB befassen.[812] Dabei wurde insbesondere auch der Anspruch auf grundrechtlichen Schutz durch die Polizeibehörden und das Verhältnis zwischen dem zivilgerichtlichen und polizeirechtlichen Besitzesschutz beleuchtet. Die Ergebnisse dieser Rechtsprechung wurden in den vorangehenden Ausführungen berücksichtigt und jeweils mit entsprechendem Beleg angezeigt und haben die Praxis im Kanton Genf massgeblich beeinflusst.[813]

b) Gesetzliche Grundlagen

Was die gesetzlichen Grundlagen des Kantons Genf betrifft, kann zunächst festgehalten werden, dass sein **Einführungsgesetz ZGB** keine ergänzenden Bestimmungen zu Art. 926 ff. ZGB enthält.[814] Entsprechend findet sich keine kantonalrechtliche Ergänzung des bundeszivilrechtlich gewährten Besitzesschutzes.

Sodann ergibt sich aufgrund des Genfer **Polizeigesetzes**,[815] dass die Polizei gemäss Art. 1 Abs. 1 LPol GE «*... est au service de la population, dont elle reflète la diversité. Sa devise est: protéger et servir*». Ihre Aufgaben bestehen gemäss Art. 1 Abs. 3 LPol GE, entgegengesetzte Gesetzesbestimmungen vorbehalten, unter anderem darin, «*... l'ordre, la sécurité et la tranquillité publics*» zu sichern (lit. a) und «*... les décisions des autorités judiciaires et administratives*» zu vollstrecken (lit. d). In Ausübung dieser Aufgaben hat die Genfer Polizei gemäss Art. 45 LPol GE die Grundrechte, das Legalitäts- und das Verhältnismässigkeitsprinzip sowie das öffentliche Interesse zu berücksichtigen (Abs. 1)[816] und bei Störung oder unmittelbarer Gefährdung der öffentlichen Ordnung die notwendigen Massnahmen zu ergreifen (Abs. 2).[817] Gemäss Art. 47 LPol GE kann die Polizei von jeder Person, die sie in

---

[812] Siehe hiervor BT, I. C. 6. c) cc).

[813] Siehe hiervor BT, I. B./C. *passim*; République et Canton de Genève, Direction de la Police, Commandante de la Police, Antwortschreiben vom 22. Juni 2018; Anhang 6a.

[814] Loi d'application du code civile suisse et d'autres lois fédérales en matière civile (LaCC, RS GE E 1 05) vom 11. Oktober 1912 (Stand: 1.1.2013).

[815] Loi sur la police (LPol GE, RS GE F 1 05) vom 9. September 2014 (Stand: 1.5.2016).

[816] «*[1] La police exerce ses tâches dans le respect des droits fondamentaux et des principes de légalité, de proportionnalité et d'intérêt public*».

[817] «*[2] En cas de troubles ou pour écarter des dangers menaçant directement la sécurité et l'ordre publics, elle prend les mesures d'urgence indispensables*».

Ausübung ihrer Aufgaben antrifft, fordern «*... qu'elle justifie de son identité*» (Abs. 1) und diese nötigenfalls zur Identifizierung auf die Polizeiwache mitnehmen (Abs. 2),[818] wobei die Person unmittelbar nach Identifizierung die Polizeiwache verlassen darf (Abs. 3).[819] Die Genfer Polizei kann zudem gemäss Art. 53 Abs. 1 LPol GE Personen von einem Ort oder einer Umgebung entfernen und diesen den Zugang verbieten, wenn «*... elle-même ou un rassemblement de personnes auquel elle participe menace l'ordre ou la sécurité publics*» (lit. a) oder «*... elle-même ou un rassemblement de personnes auquel elle participe importune sérieusement des tiers*» (lit. b). Polizeiliche Zwangsmassnahmen, die gestützt auf Art. 198 Abs. 2 StPO vorgesehen sind, können gestützt auf Art. 54 LPol GE i.V.m. Art. 26 LaCP GE[820] grundsätzlich von jedem Polizisten vorgenommen werden (Abs. 1),[821] doch können nur der Polizeikommandant und die Polizeikommissäre die vorläufige Festnahme gemäss Art. 217 Abs. 2 StPO oder deren Verlängerung gemäss Art. 219 Abs. 5 StPO anordnen (Abs. 2).[822]

Die im Bundesgerichtentscheid 1P.109/2006 diskutierte Bestimmung des alten **Justizorganisationsgesetzes** des Kantons Genf,[823] namentlich Art. 43 Abs. 1 lit. c aLOJ GE, wonach «*... le procureur générale veille* [...] *en général à tout ce qui peut concerner l'ordre public*» sowie die Bestimmungen des Art. 45 aLOJ GE und

---

[818] «*[2] Si la personne n'est pas en mesure de justifier de son identité et qu'un contrôle supplémentaire se révèle nécessaire, elle peut être conduite dans les locaux de la police pour y être identifiée*».

[819] «*[3] L'identification doit être menée sans délai; une fois cette formalité accomplie, la personne quitte immédiatement les locaux de la police*».

[820] Loi d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale des Kantons Genf (LaCP GE, RS GE E 4 10) vom 27. August 2009 (Stand: 1.1.2011).

[821] «*[1] Tout policier est compétent pour ordonner ou exécuter les mesures de contrainte qui peuvent l'être par la police aux termes du droit fédéral (art. 198, al. 2, CPP)*».

[822] «*[2] Toutefois, seul le commandant de la police cantonale et les commissaires de police sont compétents pour: a) ordonner l'arrestation provisoire et la conduite au poste de police d'une personne soupçonnée, sur la base d'une enquête ou d'autres informations fiables, d'avoir commis un crime ou un délit (art. 217, al. 2, CPP); b) prolonger au-delà de 3 heures l'arrestation provisoire d'une personne appréhendée en flagrante contravention (art. 219, al. 5, CPP)*».

[823] Loi sur l'organisation judiciaire des Kantons Genf (aLOJ GE, RS GE E 2 05) vom 22. November 1941 (Stand: 1.1.1942).

des Art. 474 Abs. 1 aCPC GE, wonach er zuständig «... *en tant qu'autorité de l'exécution forcée d'un jugement civil* ...» ist, sind heute nicht mehr in Kraft.[824] Sie wurden durch die Bestimmungen des neuen Genfer Justizorganisationsgesetztes[825] sowie der einschlägigen Bestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung[826] und der anwendbaren kantonalen Gesetze[827] ersetzt.[828]

c) Praxis

aa) Gerichte

Vom **Tribunal civil de première instance de Genève** wurden auf Anfrage aus seiner jüngeren Rechtsprechung zwei Fälle zur Veranschaulichung des Besitzesschutzes bereitgestellt:

Im ersten Entscheid hatte sich das Gericht mit einer Erbengemeinschaft zu befassen, wovon ein Erbe ohne Zustimmung der anderen zunächst eine Wohnung und dann eine Liegenschaft, die jeweils zum Nachlass gehörten, bezog bzw. besetzte. Die Erbengemeinschaft liess durch deren Vertreter gestützt auf Art. 927 ZGB zunächst um superprovisorische Massnahmen ersuchen, wonach der **hausbesetzende Erbe** mit Hilfe eines Huissiers judiciaire und nötigenfalls unter Anwendung polizeilicher Gewalt auszuweisen sei. Das Superprovisorium wurde als vorsorgliche Massnahme bestätigt und über ein als Rechtschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO geführtes Hauptverfahren prosekuiert. Das Gesuch um Rechtschutz in klaren

---

824 Vgl. BGer 1P.109/2006 E. 4.2; siehe hiervor BT, I. C. 6. c) cc).

825 Loi sur l'organisation judiciaire des Kantons Genf (aLOJ GE, RS GE E 2 05) vom 26. September 2010 (Stand: 1.1.2011).

826 Vgl. Art. 343 Abs. 3 ZPO; vgl. KOFMEL EHRENZELLER, KUKO-Art. 343 ZPO N 17.

827 Art. 1 Abs. 3 lit. d LPol GE; vgl. auch Loi sur la profession d'huissier judiciare (LHJ GE, E 6 15) vom 19. März 2010 (Stand: 1.1.2011), Art. 1 Abs. 3 LHJ GE.

828 Entsprechend hält République et Canton de Genève, Direction de la Police, Commandante de la Police, Antwortschreiben vom 22. Juni 2018; Anhang 6a, fest, dass «[*actuellemen,*] *le Minstère public ne délivre plus d'ordre d'évacuation. Cela étant, pour pouvoir intervenir, les conditions suivantes doivent être réunies* :

- *le dépôt d'une plainte pénale par le propriétaire ou son représentant ;*
- *la validité de cette plainte pénale (flagrant délit constaté, délai respecté pour le dépôt de plainte, etc.*».

Fällen wurde vorliegend gutgeheissen, war doch mangels Stellungnahme des hausbesetzenden Erben auch nach Ansetzung einer Nachfrist weder der Sachverhalt bestritten, noch wurde die Rechtslage aufgrund von Einreden getrübt.[829]

Im zweiten Entscheid hatte das Gericht ebenfalls ein Gesuch um Rechtschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO zu beurteilen. Hier hatte die Gesuchstellerin zunächst eine Wohnung gemietet, die sie ihrem Freund, den sie später geheiratet hatte, zwecks Mitbewohnens zur Verfügung stellte. Nachdem sich die Eheleute auseinandergelebt hatten, kündigte die Gesuchstellerin die Wohnung und forderte ihren Ehemann auf, die Wohnung zu verlassen. Dieser weigerte sich und machte geltend, dass sie einerseits in seine Mitbenutzung der Wohnung eingewilligt habe und andererseits die Wohnung nunmehr als deren **Familienwohnung** gemäss Art. 169 ZGB geschützt sei. Das Gericht trat auf das Gesuch um Rechtschutz in klaren Fällen, das mit Art. 927 ZGB begründet wurde, nicht ein, weil die die Rechtslage aufgrund der Einreden des Ehemanns nicht genügend klar war. Vor diesem Hintergrund hatte das Gericht nicht zu beurteilen, inwiefern das Rechtsbegehren, wonach dem Ehemann «*... et à tout tiers ...*» zu befehlen sei, die besagte Wohnung unverzüglich zu räumen.[830]

Andere Gerichte haben sich nicht vernehmen lassen.[831]

bb) Polizeibehörden

Aus dem freundlicherweise eingegangenen Antwortschreiben der Kommandantin der Kantonspolizei Genf geht hervor, dass gegenwärtig kein privat oder kommerziell genutztes Grundstück besetzt ist, wogegen im 2005 noch 53 Liegenschaften und im 2008 noch 28 Liegenschaften besetzt waren. 2014 wurde – gemäss Auskunft der Polizeikommandantin – die letzte besetzte Liegenschaft geräumt. Seitdem wurden keine besetzten Liegenschaften mehr verzeichnet.[832] Dies kontrastiert leicht mit der

---

[829] Tribunal civil de première instance (20ème Chambre) GE, jugement du du 28 août 2013, JTPI/11083/2013; Anhang 6.

[830] Tribunal civil de première instance (18ème Chambre) GE, jugement du du 9 décembre 2014, JTPI/15800/14; Anhang 6.

[831] Siehe hiervor AT, I. B.

[832] République et Canton de Genève, Direction de la Police, Commandante de la Police, Antwortschreiben vom 22. Juni 2018; Anhang 6a.

allgemein zugänglichen Information,[833] wonach derzeit im Kanton Genf bzw. in der Stadt Genf eine bis **zwei Liegenschaften** im Jahresdurchschnitt besetzt sind.[834]

Wie bereits von STÄHLI festgestellt und auch aufgrund der hiervor skizzierten gesetzlichen Grundlagen erhellt, gibt es im Kanton Genf keine Gesetzesbestimmung, die den Schutz privater Rechte durch die Polizei ausdrücklich vorsieht. Vielmehr muss die Genfer Polizei ihren gegen eine Hausbesetzung geführten Einsatz auf den in Art. 1 Abs. 3 lit. a LPol GE verankerten **Grundauftrag** abstützten, wonach sie die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Ruhe sicherzustellen hat.[835]

Aufgrund der kantonalen Gesetze stehen der Polizei dabei als **Standardmassnahmen** das Instrumente der Identifikation der Hausbesetzer gemäss Art. 47 LPol GE sowie dasjenige der Wegweisung gemäss Art. 53 LPol GE zur Verfügung. Im Rahmen eines Strafverfahrens stehen der Genfer Polizei aufgrund von Art. 54 LPol GE i.V.m. Art. 26 LaCP GE sämtliche strafprozessualen Zwangsmassnahmen zur Verfügung, wobei die Anordnung der vorläufigen Festnahme sowie deren Verlängerung nur vom Polizeikommandanten und den Polizeikommissären angeordnet werden können. Entsprechend kann die Genfer Polizei zwecks Ermittlung in einem Strafverfahren eine Fahndung gemäss Art. 210 Abs. 2 Satz 2 StPO, eine Anhaltung gemäss Art. 215 StPO, eine vorläufige Festnahme gemäss Art. 217 StPO, eine nicht invasive DNA-Probenahme gemäss Art. 255 Abs. 2 StPO, eine erkennungsdienstliche Erfassung gemäss Art. 260 Abs. 2 StPO, eine Observation im Ermittlungsverfahren gemäss Art. 282 StPO, eine verdeckte Fahndung gemäss Art. 298a StPO vornehmen sowie bei Gefahr im Verzug als Ausfluss einer Notkompetenz insbesondere neben der hier wohl kaum anwendbaren Untersuchung gemäss Art. 241 Abs. 3 StPO eine Hausdurchsuchung gemäss Art. 244 i.V.m. 241 Abs. 3 StPO und eine Beschlagnahme gemäss Art. 263 Abs. 3 StPO. Bei all dem ist die Polizei an dieselben

---

[833] Sieher hiervor AT, I. B.

[834] STÄHLI, Sicherheit & Recht 2018, S. 12 m.Vw.a. AB 2017, S. 550, wonach noch Ende der 1970er Jahre Genf als europäische «*capitale incontestée des squatters*» bezeichnet wurde und aufgrund einer starken Immobilienspekulation zu dieser Zeit bis zu 3'000 Personen in besetzten Liegenschaften lebten.

[835] STÄHLI, Sicherheit & Recht 2018, S. 9; siehe hiervor BT, I. G. 2. b); vgl. auch République et Canton de Genève, Direction de la Police, Commandante de la Police, Antwortschreiben vom 22. Juni 2018; Anhang 6a.

Regeln gebunden, die für die Staatsanwaltschaft und die Gerichte für die Anordnung von Zwangsmassnahmen gelten.[836]

Ob damit eine **Räumung** von besetzten Liegenschaften – auch ausserhalb eines Strafverfahrens[837] – von der Genfer Polizei beansprucht werden kann, hängt damit massgeblich vom Einzelfall ab. Wie bereits hiervor dargestellt,[838] ergibt sich aufgrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung, dass Hausbesetzungen eine krasse Beeinträchtigung des Besitzes darstellen und immer auch das Polizeigut der öffentlichen Ordnung stören, solange sich der Hausbesitzer mit der Situation nicht abgefunden hat. Damit hat der Hausbesitzer grundsätzlich einen Schutzanspruch, der sich zunächst an den kantonalen Gesetzgeber richtet. Dieser ist infolgedessen generell angehalten, durch den Erlass entsprechender Normen den beanspruchten Schutz der öffentlichen Ordnung bzw. des Eigentums zu gewährleisten.[839] Dass dies – wie STÄHLI mit Bezug auf die Rechtslage im Kanton Genf ausführt – «... wenn immer möglich ...» durch spezialgesetzliche Positivierung geschehen soll, ist durchaus zutreffend.[840] Dort, wo der Gesetzgeber dies allerdings nicht oder nicht mit der erforderlichen Spezifizität getan hat – wie namentlich im Kanton Genf – ist davon nicht abzuleiten, dass eine polizeiliche Intervention gegen Hausbesetzungen ausbleiben muss. Vielmehr kann sich ein individueller Schutzanspruch, namentlich ein Interventionsanspruch im Rahmen der Anwendung des bestehenden Rechts, also des Art. 1 Abs. 3 lit. a LPol GE, ergeben.[841] Dieser Interventionsanspruch – wie

---

[836] Vgl. WEBER, BSK-Art. 198 StPO N 9 m.Vw.a. BGE 139 IV 128 E. 1.2; BGE 138 IV 153 E. 3; ebenso République et Canton de Genève, Direction de la Police, Commandante de la Police, Antwortschreiben vom 22. Juni 2018; Anhang 6a, wonach insbesondere die Instrumente der Identifikation der Hausbesetzer und – bei vorliegendem gültigem Strafantrag – deren Wegweisung bzw. die Räumung der Liegenschaft zur Anwendung gelangt.

[837] Zur Fragwürdigkeit der Räumung einer besetzten Liegenschaft in einem Strafverfahren aufgrund der verfügbaren strafprozessualen Zwangsmassnahmen siehe hiervor BT, I. F. 3; vgl. République et Canton de Genève, Direction de la Police, Commandante de la Police, Antwortschreiben vom 22. Juni 2018; Anhang 6a, wonach gegenwärtig immer, aber nur ein Strafantrag des Hauseigentümers bzw. dessen Vertreters vorausgesetzt wird.

[838] Siehe hiervor BT, I. C. 6. c) cc).

[839] Siehe hiervor BT, I. B. 3.

[840] STÄHLI, Sicherheit & Recht 2018, S.10.

[841] Siehe hiervor BT, I. C. 6. c) cc) m.Vw.a. die Rechtsprechung des Bundesgerichts; vgl. auch EGLI, Recht & Sicherheit 2018, S. 41; a.M. STÄHLI, Sicherheit & Recht 2018, S.10, wonach die Begründung

ebenfalls bereits ausgeführt[842] – besteht allerdings nicht absolut und unbedingt. Vielmehr sind die Polizeibehörden gestützt auf Art. 1 Abs. 3 lit. a LPol GE nur bei Hausbesetzungen, von denen sie Kenntnis haben und gegen die in Abwägung der gegebenen Interessen verhältnismässige polizeiliche, nicht aber rechtzeitig zivilgerichtliche oder andere staatliche Massnahmen möglich sind, zum Eingreifen verpflichtet.[843]

Offenkundig orientiert sich denn die Genfer Polizei bei ihrer Vorgehensweise gegen Hausbesetzungen auch an internen Richtlinien, die naturgemäss nicht öffentlich zugänglich sind und im Rahmen dieses Gutachtens auch nicht eingesehen werden konnten.[844] Sie befolgt jedoch – wie aus dem Antwortschreiben der Polizeikommandantin hervorgeht – eine konsequente **Praxis**.[845] Demnach genügt es zunächst, dass ein gültiger Strafantrag vorliegt. Liegt ein solcher vor, klärt die Polizei ab, welche Massnahmen im Rahmen ihres Ermessens ergriffen werden können. Gemäss STÄHLI führt sie dabei ein Gespräch mit dem betroffenen Hauseigentümer und fordert von diesem ein *Businessplan* für die Nutzung der betroffenen Liegenschaft, aus dem mit einer gewissen Sicherheit ersichtlich wird, dass weitere zukünftige Besetzungen verhindert werden können. Die konkreten Anforderungen an den Plan hängen dabei von den Umständen des Einzelfalls ab.[846] Gemäss Antwortschreiben der Polizeikommandantin – die den geforderten Businessplan nicht ausdrücklich erwähnt – ist allerdings seit 2012 lediglich ein gültiger Strafantrag vorausgesetzt. Da die Staatsanwaltschaft («*Ministère public*») seit 2012 keine Räu-

---

einer polizeilichen Hausräum mit der Wiederherstellung der öffentlichen Ordnung unzureichend wäre; solche Sozilanormen unerlägen einem ständigen gesellschaftlichen Wandel und sollten, wenn immer möglich, spezialgesetzlich positiviert werden, m.Vw.a. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 54 N 13.

[842] Siehe hiervor BT, I. C. 6. c) cc).

[843] Siehe hiervor BT, I. C. 6. c) dd); vgl. auch République et Canton de Genève, Direction de la Police, Commandante de la Police, Antwortschreiben vom 22. Juni 2018; Anhang 6a, die auf das Opportunitätsprinzip verweist.

[844] Siehe hiervor AT, I. B.

[845] STÄHLI, Sicherheit & Recht 2018, S. 11; République et Canton de Genève, Direction de la Police, Commandante de la Police, Antwortschreiben vom 22. Juni 2018; Anhang 6a.

[846] STÄHLI, Sicherheit & Recht 2018, S. 12.

mungsbefehle mehr erlässt, obliegt es seit diesem Zeitpunkt der Polizei den Strafanträgen die im Einzelfall angezeigten Massnahmen folgen zu lassen.[847]

d) Fazit Genf

Wie bereits einleitend festgehalten,[848] lassen sich bereits aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung massgebende Einsichten zum Umgang mit Hausbesetzungen im Kanton Genf gewinnen. Die aufgrund der Anfrage erhaltenen Rückmeldungen legen allerdings nahe, dass Hausbesetzungen im Kanton Genf sowohl hinsichtlich deren zivilrechtlicher[849] als auch polizeirechtlicher[850] Begegnung **keine nennenswerten Herausforderungen** mehr darstellen. Aufgrund der gesetzlichen Grundlagen des Kantons Genfs, insbesondere Art. 1 Abs. 3 lit. a LPol GE,[851] kann festgehalten werden, dass im Kanton Genf eine Intervention gegen Hausbesetzungen möglich ist, wobei diese – wie die einsehbare Praxis des Kantons zeigt – einen Strafbefehl voraussetzt und im Einzelfall zu beurteilen ist. Dabei legt die Genfer Polizei in einem ersten Schritt auch besonderes Gewicht auf die Kommunikation mit dem Hausbesitzer.[852]

3. Waadt

a) Allgemein

Im Kanton Waadt wird die Vorgehensweise gegen Hausbesetzungen derzeit aufgrund verschiedener **politischer Vorstösse** bis heute diskutiert. So hat der Grossrat GUY-PHILIPPE BOLAY dem Staatsrat eine Interpellation zukommen lassen, die der Staatsrat am 12. August 2013 beantwortet hat.[853] Diese Interpellation geht

---

[847] République et Canton de Genève, Direction de la Police, Commandante de la Police, Antwortschreiben vom 22. Juni 2018; Anhang 6a.

[848] Siehe hiervor BT, I. G. 2. a).

[849] Siehe hiervor BT, I. G. 2. c) aa).

[850] Siehe hiervor BT, I. G. 2. c) bb).

[851] Siehe hiervor BT, I. G. 2. b).

[852] Siehe hiervor BT, I. G. 2. c) bb); République et Canton de Genève, Direction de la Police, Commandante de la Police, Antwortschreiben vom 22. Juni 2018; Anhang 6a.

[853] BOLAY GUY-PHILIPPE, Grossrat des Kantons Waadt, Interpellation 13_lNT_106; Staatsrat des Kantons Waadt, Antwort vom 21. August 2013 auf die Interpellation 13_lNT_106, Anhang 4, 22.

auf die Besetzung eines Bauernhofs in der Gemeinde Bourg-en-Lavaux zurück und erkundigt sich namentlich darüber, welche Gesetzesbestimmungen einer unmittelbaren Intervention durch die Polizei entgegenstehen und ob es vorstellbar wäre, den Hausbesitzern auf einem anderen im Vergleich zum Zivilverfahren schnelleren Weg zur Hilfe zu kommen. Eine weitere Interpellation, die vom Staatsrat am 6. Mai 2015 beantwortet wurde, hat die Grossrätin CATHERINE LABOUCHÈRE eingereicht.[854] Diese geht auf verschiedene Hausbesetzungen in den Gemeinden Coppet, Founex, Commugny, Tannay und Nyon zurück. Auch hier wird der Staatsrat angefragt darzulegen, welches die Verfahren sind, womit die illegalen Hausbesetzer möglichst schnell ausgewiesen werden können und wie der Staatsrat die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie schützt.

b) Gesetzliche Grundlagen

Auch für den Kanton Waadt kann zunächst festgehalten werden, dass das **Einführungsgesetz ZGB** keine ergänzenden Bestimmungen zu Art. 926 ff. ZGB enthält.[855] Entsprechend erfährt auch hier der bundeszivilrechtlich gewährte Besitzesschutz keine kantonalrechtliche Ergänzung.

Sodann ergibt sich aufgrund des Waadtländer **Polizeigesetzes**[856] ein ähnliches Bild wie für den Kanton Genf. Gemäss Art. 1 Abs. 1 LPol VD hat die Waadtländer Kantonspolizei den Grundauftrag im Rahmen der Gesetze, «*... le maintien de la sécurité et de l'ordre publics*» zu gewährleisten. Dabei sind die Polizeibeamten berechtigt, «*... de se faire présenter les papiers d'identité de toute personne qu'ils interpellent dans l'intérêt de leur service*» (Art. 20 Abs. 1 LPol VD) und nötigenfalls die zu betreffende Person zwecks Abklärung der Identität auf die Polizeiwache zu führen (Art. 20 Abs. 2 LPol VD).[857] Weiter sieht Art. 22 LPol VD unter Vorbehalt der Bestimmungen der Schweizerischen Strafprozessordnung vor, dass die Polizeibeamten befugt sind, gegebenenfalls unter Anwendung von Gewalt, in ein Domizil einzudringen, um Hilfe zu leisten, die Ordnung wiederherzustellen und den Täter

---

[854] LABOUCHÈRE CATHERINE, Grossrätin des Kantons Waadt, Interpellation 14_lNT_262; Staatsrat des Kantons Waadt, Antwort vom 6. Mai 2015 auf die Interpellation 14_lNT_262, Anhang 4, 22.

[855] Code de droit privé judiciaire vaudois (CDPJ, RS VD 211.02) vom 12. Januar 2010 (Stand: 1.1.2013).

[856] Loi sur la police cantonale (LPol, RS VD 133.11) vom 17. November 1975 (Stand: 1.9.2016).

[857] «*² Si la personne n'est pas en mesure de justifier de son identité ou qu'un contrôle supplémentaire se révèle nécessaire à cet égard, elle peut être conduite dans un poste ou bureau de police pour y être identifiée*».

zu fassen, «... [*s'il*] *apparaît qu'il se commet dans un domicile un crime ou délit ou un désordre grave, ou si l'on appelle au secours de l'intérieur ...*».[858]

Das **Polizeiorganisationsgesetz**[859] des Kantons Waadt geht demgegenüber etwas weiter, wenn es in Art. 7 Abs. 2 LOPV VD den Grundauftrag der Polizei unter anderem dahin präzisiert, dass auch «*... la protection des personnes et des biens*» (lit. a) und bei Bedarf «*... l'exécution des décisions administratives et judiciaires*» (lit. g) sicherzustellen sowie Präventivmassnahmen zu ergreifen sind, «*... afin d'empêcher, dans la mesure du possible, la commission de tout acte punissable*» (lit. i).

c) Praxis

aa) Gerichte

Auf Anfrage hin hat das **Tribunal d'arrondissement de Lausanne** berichtet – ohne Anspruch auf eine statistische Auswertung zu erheben – dass die Anzahl der Verfahren, die einen Bezug zu Hausbesetzungen aufweisen «*extrêmement*» tief liegt. Figurativ gesprochen – so wird geschildert – liessen sie sich an einer Hand und ausnahmsweise an zwei Händen pro Jahr abzählen.

Gegenstand der **Zivilverfahren** ist die Ausweisung aller Personen, die Räumung aller Gegenstände und selten auch der in den besetzten Gebäuden gehaltenen Tiere. In aller Regel würden sich die Gesuchsteller auf den petitorischen oder possessorischen Besitzesschutz berufen, wobei es auch vorkam, dass infolge der Ausweisung Schadenersatz verlangt wurde. Den Gesuchstellern stehen dabei sämtliche Verfahrensarten zur Verfügung, wobei diese hauptsächlich vorsorgliche Massnahmen beantragen, welche oft ausreichen würden, um den Streit beizulegen. Seltener demgegenüber ist der Rechtschutz in klaren Fällen. Nach gegenwärtigem Kenntnisstand hat es keine ordentlichen Verfahren gegeben, die bis zu einem Endurteil hätten durchgeführt werden müssen, da die Vermittlung zwischen den Parteien *in praxi* bevorzugt werde und die Gebäude infolgedessen geräumt würden. Es ist allerdings auch vorgekommen, dass der Gesuchsteller gestützt auf einen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen, mit dem seinem Rechtsbegehren auf Räumung der Liegenschaft stattgegeben wurde, direkt die Räumung durch die Polizei erreicht hat. Ent-

---

[858] «*[1] S'il apparaît qu'il se commet dans un domicile un crime ou délit ou un désordre grave, ou si l'on appelle au secours de l'intérieur, les fonctionnaires de police sont en droit d'y pénétrer, au besoin par la force, pour porter secours, rétablir l'ordre et appréhender l'auteur*».

[859] Loi sur l'organisation policère vaudoise (LOPV, RS VD 133.05) vom 13. September 2011 (Stand: 1.3.2016).

sprechend diesen unterschiedlichen Vorgehensweisen variiere die Verfahrensdauer, doch würden die Verfahren – allgemein gesehen – verhältnismässig schnell abgewickelt. Die Schwierigkeit mit der sich der Gesuchsteller in diesen Verfahren konfrontiert sieht – so wird abschliessend hervorgehoben – ist zunächst die Identifikation der Hausbesetzer und dann vor allem die gehörige Zustellung der Verfahrensakte an diese.[860]

Noch weniger Fälle waren in einem **Strafverfahren** vor Gericht zu behandeln, was wohl nicht zuletzt auch darauf zurückzuführen ist, dass – sofern überhaupt gegeben – diese Fälle im Strafbefehlsverfahren durch die Staatsanwaltschaft erledigt werden. Nicht bekannt sind Privatklagen, mit denen auch die Zivilforderung adhäsionsweise geltend gemacht worden wäre. Selten ist es vorgekommen, dass ein Strafantrag wegen Hausfriedensbruch gestellt wurde und die Hausbesetzer auch für andere Straftaten zu verurteilen waren. Der Strafantrag wegen Hausfriedensbruchs wird in der Regel zurückgezogen, sobald die Liegenschaft von den Besetzern geräumt wird, was auch hier darauf zurückzuführen ist, dass die Vermittlung zwischen den beteiligten Parteien vorgezogen wird.[861]

Demgegenüber wurden gar keine Verfahren mit einem Bezug auf Hausbesetzungen vor dem **Tribunal administrative** bzw. der Cour de droit administratif et public (CDAP) geführt.[862]

bb) Polizeibehörden

Für den Kanton Waadt konnten keine Angaben zur Anzahl besetzter Liegenschaften im Jahresdurchschnitt erhältlich gemacht werden.[863] Aus den eingangs genannten Interpellationen der Jahre 2013 und 2015 ergibt sich – letztlich ohne sichere Aussagekraft – die Vermutung, dass es sich **wohl um zwei Liegenschaften** im Jahresdurchschnitt handelt.[864]

Die hiervor skizzierten gesetzlichen Grundlagen zeigen, dass der Kanton Waadt über **verschiedene Gesetzesgrundlagen** verfügt, die mit Blick auf einen Poli-

---

[860] Tribunal d'arrondissement de Lausanne, Antwortschreiben vom 5. Februar 2018; Anhang 7.

[861] Tribunal d'arrondissement de Lausanne, Antwortschreiben vom 5. Februar 2018; Anhang 7.

[862] Tribunal Cantonal du Canton de Vaud, Cour de droit administratif et public, Antwortschreiben vom 22. Dezember 2017; Anhang 8.

[863] Siehe hiervor AT, I. B.

[864] Siehe hiervor BT, I. G. 3. a).

zeieinsatz gegen Hausbesetzungen zu berücksichtigen sind.[865] Einerseits verfügt er mit Art. 7 Abs. 2 lit. a LOPV VD, wonach die Polizei den Schutz von Personen und Gütern sicherzustellen hat, über eine Bestimmung, die – weit verstanden – auch den Schutz privater Rechte erfassen könnte, ohne jedoch Voraussetzungen hierfür zu nennen. Andererseits kann die Waadtländer Polizei gegen Hausbesetzungen geführte Einsätze – gleich wie die Genfer Polizei – auch auf den in Art. 1 Abs. 1 LPol VD verankerten Grundauftrag abstützten, wonach die Sicherheit und öffentliche Ordnung aufrechtzuerhalten sind.[866]

Gemäss einschlägigem kantonalem Recht steht auch der Waadtländer Polizei als **Standardmassnahmen** das Instrument der Identifikation der Hausbesetzer gemäss Art. 20 LPol VD zur Verfügung. Zudem kann die Polizei gemäss Art. 22 LPol VD in ein Domizil eindringen und dort Hilfe leisten, die Ordnung wiederherstellen und den Täter fassen. Da insbesondere dieses Instrument unter Vorbehalt der Bestimmungen der Schweizerischen Strafprozessordnung steht, verfügt auch die Polizei des Kantons Waadt zwecks Ermittlung in einem Strafverfahren über die gemäss Art. 198 Abs. 1 lit. c StPO der Polizei zugewiesenen Massnahmemöglichkeiten.[867]

Gleich wie im Kanton Genf hängt aufgrund der gegebenen Gesetzeslage die Antwort auf die Frage, inwiefern die Waadtländer Polizei – auch ausserhalb eines Strafverfahrens[868] – zur **Räumung** von besetzten Liegenschaften beansprucht werden kann, massgeblich vom Einzelfall ab. Folglich hat auch hier zu gelten, dass Hausbesetzungen aufgrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung eine krasse Beeinträchtigung des Besitzes darstellen und immer auch das Polizeigut der öffentlichen Ordnung stören, solange sich der Hausbesitzer mit der Situation nicht abgefunden hat.[869] Der hiervon abgeleitete Schutzanspruch wurde vom waadtländischen Gesetzgeber bislang aber nur bedingt wahrgenommen. So sieht der Staatsrat in seinen Antworten auf die vorgenannten Interpellationen zunächst eine Gesetzesgrundlage,

---

[865] Siehe hiervor BT, I. G. 3. b).

[866] STÄHLI, Sicherheit & Recht 2018, S. 9.

[867] Vgl. WEBER, BSK-Art. 198 StPO N 9 m.Vw.a. BGE 139 IV 128 E. 1.2; BGE 138 IV 153 E. 3; siehe im Einzelnen hiervor BT, I. G. 2. c) bb).

[868] Zur Fragwürdigkeit der Räumung einer besetzten Liegenschaft in einem Strafverfahren aufgrund der verfügbaren strafprozessualen Zwangsmassnahmen siehe hiervor BT, I. F. 3.

[869] Siehe hiervor BT, I. B. 3.; BT, I. C. 6. c); ebenso die Ausführungen zum Kanton Genf hiervor BT, I. G. 2. c) bb).

welche die Polizei in genereller Weise zum Eingreifen verpflichtet in Art. 93 Abs. 2 LATC VD.[870] Gemäss dieser Bestimmung kann eine Gemeinde die Räumung der Liegenschaft anordnen, «*... lorsque le bâtiment est insalubre ou dangereux*». In diesem Fall stellt die Hausbesetzung eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit dar und rechtfertigt es sich infolgedessen, schnell eine Räumung vorzunehmen.[871] Darüberhinaus aber, so erklärt der Staatsrat gestützt auf die Ergebnisse einer Arbeitsgruppe, bestehend aus Vertretern der Kantonspolizei und der Staatsanwaltschaft,[872] erscheint «*... le cadre légal existant* [...] *être le seul apte à traiter cette problématique. Ainsi,* [...] *la création d'une base légale formelle, permettant l'expulsion immédiate des squatters par la police, se révélerait extrêmement délicate, étant donné que le cadre légal existant est lui-même déjà fort restrictif en la matière*».[873] Folglich ist der Hauseigentümer gemäss Art. 927 ZGB in der Waadt der einzige «*... à pouvoir agir auprès des autorités judiciaires compétentes, en vue d'obtenir une décision portant sur l'expulsion des occupants et de récupérer ainsi pleine possession de son bien*».[874] Wird also vom kantonalen Baurecht einmal abgesehen, so hat der Waadtländer Gesetzgeber – nach Ansicht des Waadtländer Staatsrats – keine Normen erlassen, die den von der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie ableitbaren Interventionsanspruch gegenüber der Polizei generell gewährleisten würden. Entsprechend kann sich auch in diesem Kanton ein individueller Schutzanspruch, namentlich ein Interventionsanspruch nur im Rahmen der Anwendung des bestehenden Rechts, also des Art. 1 Abs. 1 LPol VD und 7 Abs. 2 lit. a LOPV VD, ergeben.[875] Dies hat auch die waadtländische Regierung erkannt, wenn

---

[870] Loi vaudoise sur l'aménagement du territoire et les constructions (LATC, RS VD 700.11) vom 4. Dezember 1985 (Stand: 1.7.2016).

[871] Staatsrat des Kantons Waadt, Antwort vom 21. August 2013 auf die Interpellation 13_lNT_106, 2.2.4, S. 3 f., Anhang 4, 22.

[872] Staatsrat des Kantons Waadt, Antwort vom 21. August 2013 auf die Interpellation 13_lNT_106, 2.2.4, S. 3 f., Anhang 4, 22.

[873] Staatsrat des Kantons Waadt, Antwort vom 6. Mai 2015 auf die Interpellation 14_lNT_262, 1, S. 2, Anhang 4, 22.

[874] Staatsrat des Kantons Waadt, Antwort vom 6. Mai 2015 auf die Interpellation 14_lNT_262, 1, S. 2, Anhang 4, 22.

[875] Siehe hiervor BT, I. C. 6. c) cc) m.Vw.a. die Rechtsprechung des Bundesgerichts; vgl. auch EGLI, Recht & Sicherheit 2018, S. 41; a.M. STÄHLI, Sicherheit & Recht 2018, S.10, wonach die Begründung einer polizeilichen Hausräum mit der Wiederherstellung der öffentlichen Ordnung unzureichend wä-

sie ausführt, dass es keine Gesetzesgrundlage gibt, welche eine Polizeiintervention bei Hausbesetzungen ausschliesst, aber in Erinnerung ruft, dass die Polizei nur im Rahmen von Art. 22 LPol VD in besetzte Liegenschaften eindringen kann und aufgrund des polizeilichen Grundauftrags gemäss Art. 1 Abs. 1 LPol VD nur als *ultima ratio* eingegriffen werden kann «*... pour autant que l'ordre public soit fortement troublé*».[876] Dieser Interventionsanspruch – wie auch vom Staatsrat betont[877] – besteht allerdings nicht absolut und unbedingt.[878] Vielmehr sind auch die Waadtländer Polizeibehörden gestützt auf Art. 1 Abs. 1 LPol VD und 7 Abs. 2 lit. a LOPV VD nur bei Hausbesetzungen, von denen sie Kenntnis haben und gegen die in Abwägung der gegebenen Interessen verhältnismässige polizeiliche, nicht aber rechtzeitig zivilgerichtliche oder andere staatliche Massnahmen möglich sind, zum Eingreifen verpflichtet.[879] Dieser Einschätzung schliesst sich abschliessend auch der Waadtländer Staatsrat an, wenn er ausführt: «*Pour être conforme à l'ordre juridique suisse, suivant les règles prévalant au sein de notre ordre constitutionnel en matière de respect des droits fondamentaux, la mesure de police tendant à garantir le maintien de la propriété ne pourrait se justifier que si la valeur des intérêts en jeu et la gravité de l'atteinte portée nécessitaient une intervention immédiate et impossible à obtenir en temps utiles par la voie civile* [...]. *Il dépend de la gravité de l'atteinte ainsi que de l'ensemble des circonstances dans lesquelles l'Etat est appelé à agir par l'intermédiaire des forces de police*».[880]

Eine **Praxis** im Umgang mit der Räumung von besetzten Liegenschaften ist weder aus publizierten Merkblättern ersichtlich, noch wurde eine solche auf Anfrage hin bestätigt.[881] Ebenso hat der Staatsrat des Kantons Waadt auf Richtlinien und Wei-

---

re; solche Sozilanormen unerlägen einem ständigen gesellschaftlichen Wandel und sollten, wenn immer möglich, spezialgesetzlich positiviert werden, m.Vw.a. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 54 N 13.

[876] Staatsrat des Kantons Waadt, Antwort vom 21. August 2013 auf die Interpellation 13_lNT_106, 2.2.2, S. 3, Anhang 4, 22.

[877] Staatsrat des Kantons Waadt, Antwort vom 21. August 2013 auf die Interpellation 13_lNT_106, 2.2.2, S. 3, Anhang 4, 22.

[878] Siehe hiervor BT, I. C. 6. c) cc).

[879] Siehe hiervor BT, I. C. 6. c) dd).

[880] Staatsrat des Kantons Waadt, Antwort vom 6. Mai 2015 auf die Interpellation 14_lNT_262, 2, S. 3 f., Anhang 4, 22, m.Vw.a. BGE 119 la 28 E. 2.

[881] Siehe hiervor AT, I. B.

sungen in dieser Sache verzichtet.[882] Die Antworten des Staatsrats auf die verschiedenen Interpellationen lassen aber dennoch auch hier gewisse Erkenntnisse zu: (1) Zunächst räumt der Staatsrat ein, dass Art. 926 ZGB dem Hauseigentümer bzw. Hausbesitzer ein Selbsthilferecht gewährt, wozu er – sofern die Tatbestandselemente erfüllt sind – berechtigt ist «*... à faire usage de la force pour récupérer son bien, que ce soit directement ou par l'intermédiaire de la police, sans décision judiciaire sur le fonds*».[883] (2) Der Hauseigentümer bzw. der Hausbesitzer muss gestützt auf Art. 926 ZGB unverzüglich reagieren, «*... sans quoi son recours à la force devient illicite et son droit de reprise également*».[884] Hierbei wird der Begriff der Unverzüglichkeit («sofort») vom Waadtländer Staatsrat allerdings sehr strikt ausgelegt. Selbst wenn die Hausbesetzung «*... est découvert ultérieurement, soit même après un délai se comptant encore en heures, le recours à la force et l'intervention de la police peuvent être considérés comme illicites*». Entsprechend erachtet es der Staatsrat als unmöglich, das Selbsthilferecht gemäss Art. 926 Abs. 2 ZGB auszuüben, «*... si l'occupation illicite est déjà effective plus de quelques heures avant que le propriétaire n'intervienne ...*». Auch sei diesfalls die öffentliche Ordnung nicht mehr gestört.[885] (3) Sobald aber ein rechtskräftiger Entscheid einer Zivilbehörde «*... fondée sur les dispositions du Code civil suisse ...*» oder einer Verwaltungsbehörde «*... fondée sur l'article 93 alinéa 2 de la loi vaudoise sur l'a-*

---

[882] Staatsrat des Kantons Waadt, Antwort vom 6. Mai 2015 auf die Interpellation 14_lNT_262, 2, S. 3, Anhang 4, 22, wonach sich eine Arbeitsgruppe «*... s'est penché sur la possibilité qu'une directive, émise par le Conseil d'Etat, formalise cette procédure en indiquant comment la mettre en oeuvre concrètement, sur requête d'un propriétaire privé*», wobei sich nach Analyse der Rechtslage ergeben habe «*... que cette solution n'était pas envisageable en pratique faute de pouvoir garantir, dans chaque cas d'application, le respect des conditions prévues par I'article 926 CC, en particulier la condition d' immédiateté*».

[883] Staatsrat des Kantons Waadt, Antwort vom 6. Mai 2015 auf die Interpellation 14_lNT_262, 2, S. 2 f., Anhang 4, 22, m.Vw.a. BGer vom 8 mai 1991, SJ 1991, S. 602 ff.

[884] Staatsrat des Kantons Waadt, Antwort vom 6. Mai 2015 auf die Interpellation 14_lNT_262, 2, S. 3; Anhang 4, 22.

[885] Staatsrat des Kantons Waadt, Antwort vom 6. Mai 2015 auf die Interpellation 14_lNT_262, 2, S. 3 f., Anhang 4, 22, m.Vw.a. BGer vom 23. Oktober 1980, SJ 1981, S. 114, E. 6c, wobei der in diesem Entscheid zu beurteilende Zeitraum fünf Monate betrug (E. 6c: «... [*le procureur général*] *ne pouvait raisonablement considérer que l'ordre public* [...] *était encore troublé cinque mois plus tard*»); nicht relevant war, dass der stellvertretende Generalstaatsanwalt nach fünf Monaten noch eine Stunde zuwartete, bevor er das Gesuch der Ehefrau guthiess (Sachverhalt B).

ménagement du territoire et les constructions (LATC) ...» vorliegt, wird die Polizei die erforderlichen Massnahmen ergreifen, um die besetzte Liegenschaft aufgrund der Anweisung der jeweiligen Behörde zu räumen.[886] Es erstaunt daher nicht, wenn der Staatsrat – bei dieser Auslegung des Bundesrechts – seinen Handlungsspielraum als «*extrêmement limitée*» erachtet und es den Hauseigentümern bzw. Hausbesitzern überlässt «*... de prendre des mesures de sécurisation afin d'empêcher des tiers d'y pénétrer et d'y demeurer de façon illicite*». Schliesslich versichert er, «[*le*] *Conseil d'Etat continuera de sensibiliser les responsables. Ainsi, des contacts sont régulièrement pris par les services de police cantonaux et communaux avec les propriétaires pour les rendre attentifs à cette problématique. Il va renforcer cette communication en rappelant aux communes, par le biais des associations communales mais également des préfets, les moyens à leur disposition*».[887]

cc) Verbände

Aufgrund einer Anfrage hat die Fédération romande immobilière et l'Union suisse des professionnels de l'immobilier (FRI) ein kurzes Argumentarium zur Unterstützung der Motion FELLER eingereicht.[888] Weiter hat der Verband freundlicherweise das **Rechtsgutachten** von Prof. Dr. WERMELINGER zur Verfügung gestellt.[889] Gemäss diesem Gutachten wird *de lege ferenda* vorgeschlagen, einen neuen Art. 926 Abs. 2bis ZGB mit folgendem Wortlaut aufzunehmen:

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

---

[886] Staatsrat des Kantons Waadt, Antwort vom 6. Mai 2015 auf die Interpellation 14_INT_262, 3, S. 4 f., Anhang 4, 22.

[887] Staatsrat des Kantons Waadt, Antwort vom 6. Mai 2015 auf die Interpellation 14_INT_262, 5, S. 5, Anhang 4, 22.

[888] FRI, Argumentarium vom 4. September 2017 zu Handen verschiedener Ständeräte *re* FELLER OLIVIER, Nationalrat, Motion (15.3531) vom 9. Juni 2015, Anhang 22.

[889] WERMELINGER AMÉDÉO, Gutachten vom 11. Januar 2016 *re* Besitzeskehr gemäss Art. 926 Abs. 2 ZGB, Anhang 22.

d) Fazit Waadt

Das Thema Hausbesetzung scheint aufgrund medial wirksamer Vorfälle im Kanton Waadt eingehend politisch diskutiert zu werden. Demnach stellen nicht so sehr die Zivilverfahren eine gewisse Herausforderung dar, die abgesehen vom Problem der Zustellung der Verfahrensakte an die unbekannten Hausbesetzer – nach eigenen Angaben – verhältnismässig schnell abgewickelt werden.[890] Vielmehr ist es die polizeiliche Interventionspflicht ausserhalb eines Verfahrens, insbesondere infolge des Selbsthilferechts des Art. 926 Abs. 2 ZGB, die – vor allem politisch – Probleme zu bereiten scheint.[891] Zwar anerkennt der Waadtländer Staatsrat aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts, dass der polizeiliche Grundauftrag des Art. 1 Abs. 1 LPol VD eine Grundlage für die **polizeiliche Intervention im Rahmen der Selbsthilfe** gemäss Art. 926 Abs. 2 ZGB bereit hält, interpretiert aber insbesondere den Zeitraum, in dem die Selbsthilfe ausgeübt werden kann und in der Folge auch die Polizei zur Unterstützung berechtigt ist, mithin den Gesetzesbegriff «sofort» dermassen strikt, dass eine Selbsthilfe gemäss Art. 926 Abs. 2 ZGB – wiederum nach eigenen Angaben – unmöglich wird. Eine polizeiliche Räumung wird daher nur gestützt auf einen rechtskräftigen zivilrechtlichen bzw. verwaltungsrechtlichen Entscheid gewährt. In dieser Logik wird daher im Kanton Waadt nicht so sehr danach gesucht, wie die Anforderungen für einen Polizeieinsatz zwecks Räumung einer besetzten Liegenschaft konkretisiert werden können. Stattdessen wird das Problem hier in einer zu engen bzw. zu vagen bundesrechtlichen Vorgabe gesehen. Dies erklärt wohl auch, weshalb im Rahmen der Motion des waadtländischen Nationalrats FELLER beantragt wird, gerade den für die Selbsthilfe zur Verfügung stehenden Zeitraum in Art. 926 Abs. 2 ZGB zu präzisieren.

4. Bern

a) Allgemein

Auch im Kanton bzw. in der Stadt Bern bildet das Thema Hausbesetzungen bis *dato* Gegenstand **politischer Vorstösse**. So wurde insbesondere im Stadtrat der Gemeinde Bern zunächst am 2. März 2017 ein Postulat der Stadträte MICHAEL BURKHARD und PATRIK WYSS eingereicht, aufgrund dessen der Gemeinderat eine Annäherung an die «Zürcher Praxis» [892] prüfen soll,[893] wonach nicht schon allein ein Straf-

---

[890] Siehe hiervor BT, I. G. 3. c) aa).

[891] Siehe hiervor BT, I. G. 3. c) bb).

[892] Siehe hiernach BT, I. G. 5. c) bb).

antrag für die Räumung einer besetzten Liegenschaft genügt, sondern ebenfalls eine Baubewilligung vorliegen muss, damit die Polizei einschreitet. Gleich anschliessend wurde mit einer interfraktionellen Motion vom 9. März 2017 gefordert, dass auch in der Stadt Bern – wie in Zürich – erst polizeilich eingeschritten werden darf, wenn detailliert in der Motion aufgeführte Vorbedingungen erfüllt sind.[894] So soll eine rechtskräftige Abbruchbewilligung, eine ebensolche Baubewilligung einschliesslich Baufreigabe, Mietvertrag zur Neunutzung oder ein Nachweis der Sicherheitsgefährdung vorliegen – nicht mehr aber ein Strafantrag – bevor die Polizei die besetzte Liegenschaft räumt. Der Gemeinderat hat am 16. August 2017 die Motion beantwortet und dem Stadtrat den Antrag gestellt, diese als Richtlinie erheblich zu erklären.[895] Obschon die Motion, auch wenn sie für erheblich erklärt wird, aufgrund ihrer Richtlinienqualität für den Gemeinderat nicht bindend ist, zeigen die Vorstösse, wie in der Stadt Bern nach einer Konkretisierung der Anforderungen für einen Polizeieinsatz zwecks Räumung einer besetzten Liegenschaft gesucht wird.[896]

b) Gesetzliche Grundlagen

Gleich wie die Kantone Genf und Waadt enthält auch das **Einführungsgesetz ZGB** des Kantons Bern keine ergänzenden Bestimmungen zu Art. 926 ff. ZGB enthält.[897] Entsprechend findet sich auch hier keine kantonalrechtliche Ergänzung des bundeszivilrechtlich gewährten Besitzesschutzes.

Anders hingegen als bei den zuvor genannten Kantonen enthält das **Polizeigesetz** des Kantons Bern[898] neben dem Grundauftrag gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. a PolG BE, wonach die Polizei konkrete Gefahren der öffentlichen Ordnung und Sicherheit sowie für die Umwelt abwehrt und deren Störungen beseitigt, mit Art. 1 Abs. 2 PolG

---

[893] MICHAEL BURKHARD/PATRICK WYSS, Stadtrat Bern, Postulat vom 2. März 2017 (2017.SR.000046), Anhang 4.

[894] SERAINA PATZEN/LEA BILL/CHRISTA AMMANN/TABEA RAI/TAMARA FUNCIELLO, Stadrat Bern, Motion vom 9. März 2017 (2017.SR.000070), Anhang 4.

[895] Gemeinderat der Stadt Bern, Antwort vom 16. August 2017 auf die Motion vom 9. März 2017 (2017.SR.000070), Anhang 4.

[896] Vgl. auch STÄHLI, Sicherheit & Recht 2018, S. 8 f.

[897] Gesetz des Kantons Bern betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (EG ZGB, SR BE 211.1) vom 28. Mai 1911 (Stand: 1.1.2018).

[898] Polizeigesetz des Kantons Bern (PolG BE, SR BE 551.1) vom 8. Juni 1997 (Stand: 1.6.2016).

BE eine Gesetzesnorm, die den Schutz privater Rechte durch die Berner Polizei ausdrücklich regelt. Demnach «... obliegt [der Schutz privater Rechte] den Polizeiorganen [...] nur, wenn deren Bestand glaubhaft gemacht wird, wenn gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist und wenn ohne polizeiliche Hilfe die Ausübung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde». Gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. e PolG BE leistet die Polizei zudem «... den Verwaltungs- und Justizbehörden Amts- und Vollzugshilfe, soweit die polizeiliche Mithilfe in der Gesetzgebung vorgesehen oder zur Durchsetzung der Rechtsordnung erforderlich ist». Bei diesen Aufgaben hat sich die Berner Polizei an die Grundsätze des polizeilichen Handelns zu halten. Hierzu führt Art. 21 PolG BE den Grundsatz der Gesetzmässigkeit auf, sieht Art. 22 PolG BE für unaufschiebbare Massnahmen eine polizeiliche Generalklausel vor und nennt Art. 23 PolG BE den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Als polizeiliche Massnahmen kann die Berner Kantonspolizei gemäss Art. 27 PolG BE – wie in Abs. 1 ausdrücklich festgehalten – auch zum Schutz privater Rechte «... eine Person anhalten, ihre Identität feststellen und abklären, ob nach ihr oder nach Fahrzeugen oder nach anderen Sachen, die sich in ihrem Gewahrsam befinden, gefahndet wird». Gemäss Art. 29 PolG BE kann sie auch Personen von einem Ort vorübergehend wegweisen oder fernhalten, wenn unter anderem «... der begründete Verdacht besteht, dass sie oder andere, die der gleichen Ansammlung zuzurechnen sind, die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden oder stören» (lit. b). Weiter sehen Art. 38 f. PolG BE – weitergehend als die vergleichbare Bestimmung des LPol VD – vor, dass zur Erfüllung polizeilicher Aufgaben private Grundstücke und Räumlichkeiten betreten und durchsucht werden können. Eine Dursuchung von Häusern, Wohnungen und Räumlichkeiten ohne Einwilligung der berechtigten Peron darf allerdings nur unter bestimmten Voraussetzungen erfolgen (Art. 39 Abs. 1 PolG BE), wie zur Abwehr einer gegenwärtigen erheblichen Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung (lit. a). Ohne Gefahr in Verzug ist allerdings ein schriftlicher Auftrag vom Regierungsstatthalter einzuholen (Abs. 2).

c) Praxis

aa) Gerichte

Die **Zivilabteilung** des Regionalgerichts Bern-Mittelland hat auf Anfrage am 25. Januar 2018 mitgeteilt, dass sich zwar aus den Geschäftskontrollen keine exakten Angaben ergeben, aber nach Rückfragen bei den mit Mietrecht, vorsorglichen Massnahmen und Rechtschutz in klaren Fällen befassten Kollegen folgende Erkennt-

nisse gewinnen lassen:[899] Seit Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung und der Schaffung des Regionalgerichts Bern-Mittelland, also 2011, gab es nur vereinzelte Fälle im Zusammenhang mit Hausbesetzungen. Zudem gab es ebenfalls wenige Fälle im Zusammenhang mit Besetzungen unbebauter Grundstücke. Im Zusammenhang mit Hausbesetzungen gab es sicher ein Verfahren, das mit einem teilweise gutheissenden Entscheid endete. Das entsprechende Gesuch wurde als Gesuch um vorsorgliche Massnahme behandelt und gestützt auf Art.261 ZPO i.V. mit Art. 641 ZGB geprüft. Im Erkenntnisentscheid wurde zugleich die Zwangsräumung als direkte Vollstreckung angeordnet. Vom Eingang des Gesuchs bis zum Erkenntnisentscheid dauerte das Verfahren rund einen Monat. Der Vollstreckungsauftrag wurde rund drei Wochen nach Eröffnung des Erkenntnisentscheids erteilt. Vermutlich gab es weitere Gesuche, auf die wegen ungenügender Bezeichnung der Gesuchsgegner nicht eingetreten werden konnte oder die aus diesem Grund zurückgezogen wurden. Das Regionalgericht hebt sodann hervor, dass es für die rechtssuchenden Hauseigentümer die grösste Schwierigkeit bei einem zivilprozessualen Vorgehen sein dürfte, die Personalien der Hausbesetzer in Erfahrung zu bringen.[900]

Auch gemäss Auskunft der **Strafabteilung** des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 6. März 2018 lässt sich die Zahl der Verfahren im Zusammenhang mit Hausbesetzungen nicht genau beziffern. Allerdings wird auch hier vermutet, dass es in den letzten fünf Jahren wohl insgesamt weniger als fünf Verfahren gab.[901] Angeklagt wurde insbesondere Hausfriedensbruch gemäss Art. 186 StGB und auch etwa Sachbeschädigung gemäss Art. 144 StGB. Es kam aber auch vor, dass sich Hausbesetzer wegen Landfriedensbruchs gemäss Art. 260 StGB oder Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte gemäss Art. 285 StGB zu verantworten hatten, weil sie sich beispielsweise an unbewilligten, gewalttätigen Demonstrationen beteiligten oder sich Kontrollen durch die Polizei widersetzten. Die Verfahrensdauer in zwei bekannten Fällen betrug zwischen drei bis vier Monaten. Sofern sich überhaupt eine Privatklägerschaft konstituierte, waren dies die Hauseigentümer oder, sofern es bei der Anhaltung Probleme gab, Polizeibeamte. Als Zivilansprüche wurde Schadenersatz und Genugtuung geltend gemacht, die vom Strafgericht jeweils adhäsi-

---

[899] Regionalgericht Bern-Mittelland, Zivilabteilung, Antwortschreiben vom 25. Januar 2018, Anhang 9.

[900] Regionalgericht Bern-Mittelland, Zivilabteilung, Antwortschreiben vom 25. Januar 2018, Anhang 9.

[901] Regionalgericht Bern-Mittelland, Strafabteilung, Antwortschreiben vom 6. März 2018, Anhang 10.

onsweise entschieden wurden. Dass ein Zivilkläger in solchen Verfahren auf den Zivilweg verwiesen worden wäre, ist nicht bekannt. Abschliessend hält die Strafabteilung fest, dass es aus ihrer Sicht keinen weiteren Reglungsbedarf gibt.[902]

Der Präsident des **Verwaltungsgerichts** hat mit Schreiben vom 15. Dezember 2017 mitgeteilt, dass das Verwaltungsgericht bisher keine Verfahren im Zusammenhang mit Hausbesetzungen zu behandeln hatte. Fragen des Besitzesschutzes würden von den Zivilgerichten behandelt.[903]

bb) Polizeibehörden

Die **Kantonspolizei Bern** hat freundlicherweise durch ihren Kommandant-Stellvertreter mit Schreiben vom 19. Januar 2018[904] berichten lassen, dass keine Angaben zur Anzahl derzeit besetzter Liegenschaften in der Stadt Bern gemacht werden können, da die Polizei nicht zwingend Kenntnis von der Besetzung einer Liegenschaft hat. Gestützt auf das polizeiliche Journal lässt sich aber berichten, dass in den Jahren 2013-2017 jährlich zwischen 10 und 16 Polizeieinsätze im Zusammenhang mit Hausbesetzungen geführt wurden.[905] Obschon grundsätzlich jede der Polizei gemeldete Hausbesetzung eine Polizeiaktion bzw. polizeiliche Massnahmen auslöst, kommt es nicht in jedem Fall zu einer polizeilichen Räumung der Liegenschaft. Die Massnahmen reichen von der Beratung der Hauseigentümer bzw. Hausbesitzer, über eine Fristsetzung durch die Polizei – sofern die gesetzlichen Grundlagen vorhanden sind – bis zur tatsächlichen Räumung der Objekte als letzte Massnahme. Der Polizeikommandant hält zudem fest, dass der grosse Teil der Besetzungen ohne Zwangsräumung beendet werden kann, die Hausbesetzer die Liegenschaft also selbständig verlassen oder entsprechende Zwischennutzungsverträge zwischen den Hausbesetzern und den Hauseigentümern abgeschlossen werden. Hierbei hilft die Zwischennutzungsstelle der Immobilienverwaltung der Stadt Bern, welche die Vermittlerrolle zwischen Hausbesetzern und Inhabern des Hausrechts

---

[902] Regionalgericht Bern-Mittelland, Strafabteilung, Antwortschreiben vom 6. März 2018, Anhang 10.

[903] Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Antwortschreiben vom 15. Dezember 2017, Anhang 11.

[904] Kantonspolizei Bern, Polizeikommando, Antwortschreiben vom 19. Januar 2018; Anhang 12.

[905] Kantonspolizei Bern, Polizeikommando, Antwortschreiben vom 19. Januar 2018, Anhang 12, wonach sich folgende Anzahl Besetzungen ergeben: 2013: n=10 / 2014: n=13 / 2015: n=16 / 2016: n=15 / 2017: n=14.

wahrnimmt. Entsprechend kann die Hausbesetzung erfahrungsgemäss von einigen wenigen Stunden bis hin zu mehreren Jahren dauern.[906]

Kommt es zu einer **Räumung**, so wird angestrebt, diese aus rein taktischen Überlegungen möglichst rasch, also innerhalb weniger Tage durchzuführen. Ebenso werden die Hausbesetzer der zuständigen Staatsanwaltschaft rapportiert. Da vorwiegend Antragsdelikte, wie Hausfriedensbruch gemäss Art. 186 StGB und Sachbeschädigung gemäss Art. 144 StGB, zur Strafverfolgung anstehen, werden die Hausbesetzer nur auf entsprechenden Strafantrag des Inhabers des Hausrechts hin angezeigt. In einigen Fällen kommen zudem weitere Straftatbestände wie Gewalt und Drohung gegen Beamte gemäss Art. 285 StGB, Gefährdung des Lebens gemäss Art. 129 StGB, Hinderung einer Amtshandlung gemäss Art. 286 StGB sowie möglicherweise Nötigung gemäss Art. 181 StGB zur Anwendung.[907]

Gemäss Praxis der Kantonspolizei Bern bildet die Grundlage für eine polizeiliche Räumung im **Strafverfahren** nebst dem Betretungsbeschluss daher immer auch ein entsprechender Strafantrag, vornehmlich wegen Hausfriedensbruchs gemäss Art. 186 StGB. Als Berechtigter im Sinne von Art. 186 StGB gilt derjenige, welcher die Verfügungsgewalt der betroffenen Räume bzw. des betroffenen Geländes (falls umfriedet) innehat. Somit ist nicht nur der Eigentümer, sondern auch ein Mieter zum Stellen des Strafantrages berechtigt. Auch juristische Personen können Berechtigte sein. Bestehen zudem konkrete Pläne des Hauseigentümers zur weiteren Nutzung eines beispielsweise unbewohnten Gebäudes, die aufgrund der Besetzung nicht realisiert werden können, wird der Eigentümer allenfalls in seiner Handlungsfreiheit eingeschränkt, weshalb die Hausbesetzer damit möglicherweise auch den Tatbestand der Nötigung gemäss Art. 181 StGB erfüllen. Liegt ein Strafantrag vor und halten sich die Hausbesetzer immer noch im betreffenden Gebäude auf, so werden gegebenenfalls die polizeilichen Ermittlungen zur Verfolgung der Straftat und zur Beweiserhebung gemäss Art. 306 Abs. 2 StPO eingeleitet sowie die entsprechenden strafprozessualen Zwangsmassnahmen ergriffen. Als Zwangsmassnahmen zieht die Kantonspolizei insbesondere die vorläufige Festnahme nach Art. 217 StPO sowie die Beschlagnahmung von allfälligen Gegenständen zu Beweis- und Sicherungszwecken nach Art. 263 ff. StPO in Betracht, wobei sie sich allerdings gemäss Art. 197 StPO an das Verhältnismässigkeitsprinzip hält und aufgrund der Umstände

---

[906] Kantonspolizei Bern, Polizeikommando, Antwortschreiben vom 19. Januar 2018, 1-4, 6, Anhang 12.

[907] Kantonspolizei Bern, Polizeikommando, Antwortschreiben vom 19. Januar 2018, 5, 7 f., Anhang 12.

des Einzelfalls entscheidet, ob die Durchführung einer Zwangsmassnahme erforderlich ist.[908]

Sofern keine strafprozessualen Zwangsmassnahmen vorgenommen werden dürfen, wird die **polizeiliche Räumung** gestützt auf das Polizeigesetz des Kantons Bern (Gefahrenabwehr) in Erwägung gezogen, weshalb unabhängig von den strafprozessualen Möglichkeiten ein ausdrücklicher Räumungsantrag für den tatsächlichen Beizug der Polizei verlangt wird. Damit ersucht der geschädigte Eigentümer explizit, dass die Liegenschaft polizeilich geräumt wird. Er ermächtigt die Polizei zudem ausdrücklich, die Liegenschaft sowie sämtliche dazugehörenden Räumlichkeiten nötigenfalls auch gewaltsam zu betreten. Weiter bringt er mit dieser Erklärung zum Ausdruck, dass er einverstanden ist, auf die Geltendmachung finanzieller Ansprüche gegen die Kantonspolizei Bern und den Kanton zu verzichten und bereit ist, mittels baulichen Massnahmen alles tatsächlich Zumutbare vorzukehren, um eine erneute Besetzung zu verhindern. Aber auch die polizeiliche Räumung setzt eine strafbare Handlung gemäss StGB voraus, für die nötigenfalls ein Strafantrag gemäss Art. 30 StGB gestellt wurde. Unter Umständen, wie im Falle einer gefährlichen Bausubstanz (z.B. bei Abbruchobjekten), findet eine polizeiliche Räumung aber auch gestützt auf Widerhandlungen gegen das Baupolizeirecht statt.[909]

Bis vor kurzem verlangte die Berner Kantonspolizei zudem vom Geschädigten, wenn immer möglich einen **zivilrechtlichen Räumungsbeschluss** gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. d ZPO. In der Praxis zeigte sich jedoch, dass diese Vorgehensweise für die Betroffenen sehr aufwändig ist und dieser Weg rechtlich grundsätzlich nicht durchführbar ist, weil im Zivilverfahren nur Klagen gegen bekannte Personen eingereicht werden können. Die allermeisten Besetzer sind jedoch bis zur eigentlichen Räumung für den Geschädigten namentlich nicht identifizierbar und treten, wenn überhaupt, mit Synonymen auf. Nach Ansicht der Berner Kantonspolizei hält der Gang zum Zivilgericht somit nicht Bestand. Kommt hinzu, dass ein Zivilverfahren recht lange dauert und die Besetzer sich auf eine mögliche polizeiliche Räumung bestens vorbereiten können. lm Weiteren sind Exmissionen, und das sind solche beim Vorliegen eines Räumungsauftrages des zuständigen Zivilgerichtes, grundsätzlich nur beim Vorliegen eines Mietverhältnisses vorgesehen. Auch dieses fehlt naturgemäss bei Besetzungen durchwegs. *De facto* stelle der zivilrechtliche Weg die Inhaber des Hausrechts und damit auch die Polizei vor nicht unerhebliche Schwierigkeiten bei der Durchführung solcher Zwangsräumungen, weshalb der Gang vor

---

[908] Kantonspolizei Bern, Polizeikommando, Antwortschreiben vom 19. Januar 2018, 8, Anhang 12.

[909] Kantonspolizei Bern, Polizeikommando, Antwortschreiben vom 19. Januar 2018, 8 f., Anhang 12.

das Zivilgericht von der Berner Kantonspolizei für eine polizeiliche Räumung nicht mehr vorausgesetzt wird. Allerdings – so führt der Polizeikommandant abschliessend aus – entspricht es auch nicht der Praxis der Berner Kantonspolizei, dass eine polizeiliche Räumung gestützt auf Art. 1 Abs. 2 PolG BE i.V.m. Art. 926 ZGB vorgenommen wird. Polizeiliche Räumungen werden in der Regel gestützt auf gerichtspolizeiliche Gründe durchgeführt.[910]

cc) Verbände

Der **Hauseigentümerverband** Bern und Umgebung berichtete auf Anfrage mit Schreiben vom 9. Januar 2018[911] über verschiedene Fälle von Hausbesetzungen, die in den letzten zwei Jahren im Grossraum Bern stattgefunden haben. So erfolgen Hausbesetzungen nach seiner Einschätzung phasenweise und wurden im Januar 2017 mit einem leerstehenden Mehrfamilienhaus beim Kocherpark sowie der leerstehenden alten Schreinerei auf dem ehemaligen VonRoll-Areal gleich zwei Liegenschaften besetzt. lm Dezember 2015 wurde das leerstehende Zieglerspital für ein Wochenende besetzt. Zudem wurde in den letzten zwei Jahren das leerstehende Verwaltungsgebäude des ehemaligen Tramdepots Burgernziel kurzzeitig besetzt und gegenwärtig ein Geschäftslokal im Liebefeld. Dabei verlief die Beendigung der Besetzungen unterschiedlich. So kam es einerseits zu Krawallen bei der polizeilichen Räumung und andererseits konnte eine Zwischennutzung oder wiederum ein geordneter Rückzug verhandelt werden. Da es sich bei den Hauseigentümern vornehmlich um juristische Personen handelt, wurde der Hauseigentümerverband nicht beigezogen. Aber auch dort, wo es sich um Privatpersonen handelt, wird nach Einschätzung des Hauseigentümerverbands auf die Hilfestellung der Zwischennutzungsstelle der Immobilienverwaltung der Stadt Bern oder direkt der Kantonspolizei Bern zurückgegriffen, die über eine grosse Erfahrung auf diesem Gebiet verfügen. Dennoch bietet auch der Verband für seine Mitglieder – ohne dass er konkrete Massnahmen ergreifen könnte – Unterstützung und Rechtsberatung an. Dabei wird immer auch nach Möglichkeiten gesucht, mittels Zwischennutzungen Leerstände zu vermeiden. Der Bericht des Hauseigentümerverbands Bern und Umgebung schliesst mit einer die Motion FELLER unterstützenden Bemerkung und einer Kritik

---

[910] Kantonspolizei Bern, Polizeikommando, Antwortschreiben vom 19. Januar 2018, 10 f., Anhang 12.

[911] Hauseigentümerverband Bern und Umgebung, Antwortschreiben vom 9. Januar 2018, Anhang 20.

an der «Zürcher Praxis», wonach Räumungen erst nach erteilter Baubewilligung möglich sein sollen.[912]

d) Fazit Bern

Wie insbesondere die Stellungnahme des Polizeikommando der **Kantonspolizei Bern** zeigt,[913] hat sich im Kanton Bern eine Praxis gefestigt, wonach polizeiliche Räumungen einen Straf- und einen Räumungsantrag voraussetzen, nicht aber die vorgängige Beschreitung des Zivilwegs. Sobald diese Voraussetzungen erfüllt sind, schreitet die Berner Polizei unter Anwendung des Verhältnismässigkeits- und Opportunitätsprinzips zur Räumung der besetzten Liegenschaft. Flankiert wird diese Praxis von einem mit der Zwischennutzungsstelle der Immobilienverwaltung der Stadt Bern institutionalisierten Präventions- und Vermittlungsangebot. Die politischen Vorstösse im Stadtrat der Gemeinde Bern, die auf eine Anpassung der Berner Praxis an das Zürcher Modell abzielen, wurden vom Gemeinderat als Richtlinien zur Annahme empfohlen, was allerdings dem Gemeinderat weiterhin einen grossen Spielraum und vor allem die Entscheidverantwortung belässt.[914] Der Übernahme der Zürcher Praxis wurde vom Gemeinderat, dem aufgrund der Schaffung der Einheitspolizei unter der Zuständigkeit des Kantons Bern ohnehin keine Kompetenz mehr in dieser Sache zusteht, eine Absage erteilt. Kommt hinzu – wie der Gemeinderat bemerkt – dass der Erlass von Richtlinien mit verbindlicher Wirkung für Dritte von Rechts wegen ausgeschlossen ist.[915]

5. Zürich

a) Allgemein

Hausbesetzungen bilden jüngst auch im Kanton Zürich Gegenstand politisch geführter Diskussionen. Entsprechend hatte sich der Regierungsrat des Kantons Zürich mit einer Motion der Kantonsräte NINA FEHR DÜSEL, MARC BOURGEOIS und ROLAND SCHECK zu befassen, wonach der Regierungsrat beauftragt wurde, eine Rechtsgrundlage vorzulegen, welche die zuständigen Behörden verpflichtet, Haus-

---

[912] Hauseigentümerverband Bern und Umgebung, Antwortschreiben vom 9. Januar 2018, Anhang 20; zur «Zürcher Praxis» siehe hiernach BT, I. G. 5. c) bb).

[913] Siehe hiervor BT, I. G. 4. c) bb).

[914] Siehe hiervor BT, I. G. 4. a).

[915] Gemeinderat der Stadt Bern, Antwort vom 16. August 2017 auf die Motion vom 9. März 2017 (2017.SR.000070), zu Punkt 2, Ahnag 4.

besetzungen innert 48 Stunden nach Anzeige zu räumen.[916] Der Regierungsrat hat sich anlässlich seiner Sitzung vom 26. Oktober 2016 mit dieser Motion befasst und beantragt, die Motion nicht dem Kantonsrat zu überweisen.[917] Da bei der Festlegung des polizeilichen Vorgehens strategische Überlegungen wichtig sind, erachtet der Regierungsrat strikte Zeitvorgaben als «... allgemein nicht sinnvoll ...». Die Vorgabe einer bestimmten Vorgehensweise – sei es in zeitlicher oder sachlicher Hinsicht – verhindert, dass genügend auf die Umstände des Einzelfalls eingegangen werden kann.[918] Der Regierungsrat erklärt dies allerdings «... vor dem Hintergrund ...», dass seiner Ansicht nach «... bei besetzten Liegenschaften, wo auch immer diese sich im Kanton Zürich befinden [...] ein Einschreiten seitens der Behörden bzw. der zuständigen Polizeiorgane erfolgt», sofern bei Hausbesetzungen Gesetzesverstösse festgestellt werden und die allenfalls erforderlichen Strafanträge vorliegen.[919]

Diese noch im 2016 geäusserte Haltung des Regierungsrats des Kantons Zürich steht – zumindest *prima facie* betrachtet – in einem gewissen Spannungsverhältnis zu der von der Zürcher Stadtpolizei in ihrem Merkblatt «Hausbesetzungen in der Stadt Zürich» publizierten Praxis,[920] die gemeinhin als «Zürcher Praxis» wahrgenommen wird. Demnach setzt die polizeiliche Räumung durch die Stadtpolizei Zürich neben einem gültigen Strafantrag entweder eine rechtskräftige Abbruchbewilligung, eine ebensolche Baubewilligung einschliesslich Baufreigabe und Belege der unverzüglichen Aufnahme der Abbruch- bzw. Bauarbeiten, einen Vertrag zur Nutzung der Liegenschaft nach deren Räumung oder eine Gefährdung der Sicherheit von Personen bzw. von denkmalgeschützten Bauteilen oder Einrichtungen vo-

---

[916] FEHR DÜSEL NINA/BOURGEOIS MARC/SCHECK ROLAND, Kantonsräte Zürich, Motion (298/2016) vom 26. September 2016, Anhang 4.

[917] Regierungsrat des Kantons Zürich, Antwort vom 26. Oktober 2016 auf die Motion vom 26. September 2016 (298/2016): Räumung von Hausbesetzungen.

[918] Regierungsrat des Kantons Zürich, Antwort vom 26. Oktober 2016 auf die Motion vom 26. September 2016 (298/2016): Räumung von Hausbesetzungen, Anhang 4.

[919] Regierungsrat des Kantons Zürich, Antwort vom 26. Oktober 2016 auf die Motion vom 26. September 2016 (298/2016): Räumung von Hausbesetzungen, Anhang 4.

[920] Stadt Zürich, Stadtpolizei, Merkblatt: Hausbesetzungen in der Stadt Zürich (www.stzh.ch; Stand: 26.9.2012) , Anhang 3.

raus.[921] Die Zürcher Stadtpolizei hebt in diesem Zusammenhang hervor, dass der polizeiliche Umgang mit Hausbesetzungen stets ein Balanceakt darstellt, der rechtliche und politische Aspekte mitberücksichtigen muss. So stellt die Thematik des knapp verfügbaren Wohnraumes und des damit verbundenen hohen Preisniveaus im Immobilienmarkt der Stadt Zürich seit Jahrzehnten einen zentralen Bestandteil des lokalen politischen und gesellschaftlichen Diskurses dar. Nebst den rechtlichen Grundlagen sind es vor allem die Vorgaben im entsprechenden Merkblatt, welche die polizeiliche Einsatzdoktrin definieren. Da dieses Merkblatt durch den Zürcher Stadtrat erlassen wurde, ist es indirekt demokratisch legitimiert. Unter Einbezug dieser Aspekte verfolgt die Stadtpolizei Zürich eine Praxis im Umgang mit Hausbesetzungen, die – wie sie selbst ausführt – zwar nicht in jedem Einzelfall den Interessen aller Beteiligten gerecht werden kann, aber sich in einer Gesamtschau bewährt.[922]

b) Gesetzliche Grundlagen

Zunächst gilt auch für den Kanton Zürich, dass sein **Einführungsgesetz ZGB** keine ergänzenden Bestimmungen zu Art. 926 ff. ZGB enthält.[923] Entsprechend findet sich auch hier keine kantonalrechtliche Ergänzung des bundeszivilrechtlich gewährten Besitzesschutzes.

Aufgrund von § 3 Abs. 1 des **Polizeigesetzes** des Kantons Zürich[924] besteht der Grundauftrag der Zürcher Polizei in der «... Aufrechterhaltung der der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ...», den sie «... durch Information, Beratung, sichtbare Präsenz und andere geeignete Massnahmen ...» wahrzunehmen hat. Hierzu zählen gemäss Abs. 2 der vorgenannten Bestimmung insbesondere auch Massnahmen zur Verhinderung und Erkennung von Straftaten (lit. a) sowie die Abwehr von unmittelbar drohenden Gefahren für Menschen, Tiere, Umwelt und Gegenstände sowie zur Beseitigung entsprechender Störungen (lit. c). Stellt sie dabei strafbare Handlungen fest, ermittelt sie nach Art. 306 f. StPO (§ 3 Abs. 3 PolG ZH). Weiter be-

---

[921] Stadt Zürich, Stadtpolizei, Merkblatt: Hausbesetzungen in der Stadt Zürich (www.stzh.ch; Stand: 26.9.2012), 3, Anhang 3.

[922] Stadt Zürich, Stadtpolizei, Antwortschreiben vom 25. Januar 2018, 11 m.Vw.a. Stadt Zürich, Stadtpolizei, Merkblatt: Hausbesetzungen in der Stadt Zürich (www.stzh.ch; Stand: 26.9.2012), 3; Anhang 3, 16.

[923] Gesetz des Kantons Zürich betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (EG ZGB, SG ZH 230) vom 2. April 1911 (Stand: 1.1.2018).

[924] Polizeigesetz des Kantons Zürich (PolG ZH, SR ZH 550.1) vom 23. April 2007 (Stand: 1.1.18).

stimmt § 6 PolG ZH, dass die Polizei «... den Justiz- und Verwaltungsbehörden Amts- und Vollzugshilfe [leistet], soweit die polizeiliche Mitwirkung durch die Rechtsordnung vorgesehen oder zu deren Durchsetzung erforderlich ist» und – hier von besonderem Interesse – § 7 PolG ZH, dass die Polizei «... ausnahmsweise vorsorgliche Massnahmen zum Schutz privater Rechte treffen [kann], wenn deren Bestand glaubhaft gemacht wird, gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig erlangt werden kann und ohne polizeiliche Hilfe die Ausübung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert würde». Vergleichbar der Regelung des Kantons Bern halten dann die §§ 8 ff. PolG ZH die Grundsätze der Gesetzmässigkeit sowie der Verhältnismässigkeit und eine polizeiliche Generalklausel bereit.[925] Aufgrund der letzteren können «... unmittelbar drohende oder eingetretene schwere Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ...» auch ohne spezifische gesetzliche Grundlage abgewehrt bzw. beseitigt werden. Als Standardmassnahmen sehen § 20 PolG ZH das Betreten privater Grundstücke, § 21 PloG ZH die Personenkontrolle und Identitätsfeststellung, § 33 PolG ZH die Wegweisung und Fernhaltung, § 37 PolG ZH die Durchsuchung von Räumen sowie § 41 PolG ZH die Fernhaltung und Wegschaffung von Tieren, Fahrzeugen und anderen Gegenständen, jeweils unter Voraussetzungen, die das Verhältnismässigkeitsprinzip konkretisieren, vor.

c) Praxis

aa) Gerichte

Auf Anfrage hat das Bezirksgericht Winterthur bestätigt, dass Hausbesetzungen das Gericht in den vergangenen fünf bis zehn Jahren nicht wesentlich beschäftigt haben. Immerhin konnte es für den Bereich des **Zivilrechts** über drei Fälle berichten.[926] Demgegenüber hat das Bezirksgericht Zürich aus Ressourcengründen auf eine Stellungnahme verzichtet.[927] Im ersten vom Bezirksgericht Winterthur berichteten Fall ging es um die Besetzung einer unbebauten Liegenschaft. Ein Verein besetzte mit diversen Wohnwagen eine städtische Liegenschaft beim Schützenweiher (die Mitglieder des Vereins haben sich für ein Leben auf Rädern entschieden und forderten vom Staat, dafür kostenlos Land zu erhalten). Da es sich nicht um ein Haus handelte, wurde von einer Strafverfolgung abgesehen. Zivilrechtlich demgegenüber wurde der Fall wie eine normale Ausweisung nach klarem Recht (Art. 257 ZPO) behandelt. Dabei bestand eine nennenswerte Schwierigkeit einerseits in der

---

[925] Siehe hiervor BT, I. G. 4. b).

[926] Bezirskgericht Winterthur, Antwortschreiben vom 12. Januar 2018, Anhang 14.

[927] Bezriksgericht Zürich, Antwortschreiben vom 18. Dezember 2017, Anhang 13.

Vielzahl der Besetzer und andererseits im Umstand, dass diese ständig wechselten. Entsprechend hatte die Klägerin Probleme darzulegen, welche Personen passivlegitimiert sind. Unter anderem stellte sich nicht nur die Frage, wer alles eingeklagt werden soll, sondern auch, was passiert, wenn sich im Prozess herausstellt, dass jemand nur Besucher war. Ebenso gab es Zustellprobleme, weshalb die Vorladungen und der Entscheid publiziert werden mussten. Bei den anderen Fällen handelte sich auch um Gesuche um Rechtschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO verbunden mit Anträgen zur direkten Vollstreckung. Dabei betraf der zweite Fall eine Tiefgarage, in der sich ein Obdachloser mehrere Tage auf einem Parkfeld mit seinem «Postiwägeli» und einem Schlafsack niederliess. Die Mieter des Parkplatzes wollten ihn gerichtlich wegweisen lassen, doch ist der Besetzter dann kurz nach Eingang des Rechtschutzgesuchs von selbst wieder abgezogen. Auch hier bestand das Hauptproblem darin, herauszufinden, an welche Adresse und wie überhaupt Zustellungen an diese Person möglich gewesen wären. Allerdings musste die Rechtsgrundlage zufolge Abzugs des Besetzers nicht weiter abgeklärt werden. Der dritte Fall betraf ein besetztes Haus mit mehreren Hausbesetzern. Die Eigentümer klagten gestützt auf Art. 641 ZGB gegen die ihnen bekannten Personen, die sich im Haus aufhielten. Es wurde ein Vollstreckungsbefehl erteilt, da nicht eingewendet wurde, dass sich noch weitere (nicht ins Recht gefasste Personen) im Haus befänden. Ob die Liegenschaft dann wirklich auch geräumt werden konnte, ist dem Bezirksgericht nicht bekannt.

Im Bereich des **Strafrechts** hat das Bezirksgericht Winterthur in den letzten zehn Jahren grundsätzlich keine Fälle mit Bezug zu Hausbesetzungen zu verzeichnen. Zwar gäbe es Fälle mit Beteiligten aus der Hausbesetzerszene, doch ging es in diesen Verfahren um andere Fragen, wie beispielsweise Drohung gemäss Art. 180 StGB oder Gewalt und Drohung gegen Polizeibeamte gemäss Art. 285 StGB. Da sich die Vorfälle ausserhalb der Liegenschaft auf der öffentlichen Strasse abspielten und die Eigentümerin der besetzten Liegenschaft negative Publizität vermeiden wollte, stellte diese bewusst keinen Strafantrag wegen Hausfriedensbruchs gemäss Art. 186 StPO.

Das **Verwaltungsgericht** des Kantons Zürich schliesslich musste bislang keine Verfahren im Zusammenhang mit Hausbesetzungen beurteilen.[928]

[928] Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, Antwortschreiben vom 19. Januar 2018, Anhang 15.

bb) Polizeibehörden

Für die **Stadtpolizei Zürich** hat der Chef Fachbereich Kooperation freundlicherweise Auskunft über das praktische Vorgehen der Stadtpolizei bei Hausbesetzungen gegeben. Seine Informationen beschränken sich auf den Zeitraum von 2013 bis Januar 2018, da die Stadtpolizei verpflichtet ist, administrative Daten nach fünf Jahren zu löschen.[929] Demnach sind gegenwärtig (Stand: 25.01.2018) in der Stadt Zürich 17 Liegenschaften besetzt, worunter eine Gewerbe- und 16 Wohnliegenschaften. In den vergangenen fünf Jahren waren jeweils 15 bis 25 Liegenschaften zeitgleich besetzt, wobei gesamthaft in den letzten fünf Jahren circa 150 Liegenschaften besetzt wurden. Die Besetzungen dauerten von wenigen Stunden bis zu acht Jahren, womit sich ein Durchschnitt von einigen Wochen bis wenige Monate ergibt, in dem die betroffenen Liegenschaften besetzt waren.[930] Im Zusammenhang mit Hausbesetzungen rückte die Stadtpolizei in den letzten fünf Jahren insgesamt circa 500 Mal vor Ort aus, wobei neben der Hausbesetzung selbst sowie der Räumung infolge Hausfriedensbruch gemäss Art. 186 StGB und Sachbeschädigung gemäss Art. 144 StGB eine ganze Reihe weiterer Ursachen bzw. Delikte den jeweiligen Polizeieinsatz in oder im Umfeld einer besetzten Liegenschaft erforderten. Hierzu zählen insbesondere auch Lärmklagen, die im erwähnten Zeitraum über 200 Polizeieinsätze generierten.[931]

Die von der Zürcher Stadtpolizei im Zusammenhang mit Hausbesetzungen eingeleiteten **Massnahmen** werden von dieser in vier Kategorien eingeteilt: (1) Prävention, (2) Legalisierung, (3) Strafverfolgung und (4) Räumung.[932]

(1) Zunächst ist die Stadtpolizei Zürich im Sinne einer **Prävention** bestrebt, möglichst frühzeitig Kenntnis über eine Liegenschaft zu erlangen, die über das Potential verfügt, besetzt zu werden. Sobald dies der Fall ist, wird die Eigentümerschaft der betreffenden Liegenschaft kontaktiert, um sie einerseits auf die bestehende Möglichkeit einer Besetzung zu sensibilisieren und andererseits in Erfahrung zu bringen, wie sie dazu steht. Bei ablehnender Haltung hinsichtlich einer allfälligen Besetzung beraten die zuständigen Fachspezialisten die Eigentümerschaft in Bezug auf mögliche Verhinderungsmassnahmen. Im Fokus steht dabei stets die Überführung des Objekts in eine temporäre Nutzung, wie Studentenwohnungen. Sollte eine

---

[929] Stadt Zürich, Stadtpolizei, Antwortschreiben vom 25. Januar 2018, Anhang 16.

[930] Stadt Zürich, Stadtpolizei, Antwortschreiben vom 25. Januar 2018, 1 ff., Anhang 16.

[931] Stadt Zürich, Stadtpolizei, Antwortschreiben vom 25. Januar 2018, 4, Anhang 16.

[932] Stadt Zürich, Stadtpolizei, Antwortschreiben vom 25. Januar 2018, 5, Anhang 16.

sogenannte Zwischennutzung nicht möglich oder nicht zweckmässig sein, so steht als Alternativmassnahme die Verminderung der Attraktivität der Liegenschaft für Besetzungen im Zentrum, indem beispielsweise sanitäre Einrichtungen entfernt werden.[933]

(2) Ist die Besetzung eines Objektes bereits erfolgt und steht die Eigentümerschaft einer (temporären) Duldung der Besetzung positiv gegenüber, so zielt die polizeiliche Beratung in Richtung **Legalisierung** der Besetzung. Der Besetzungszustand soll in einen legalen und geordneten Zustand auf Basis eines Gebrauchsleihevertrages überführt werden. Gerade bei Liegenschaften, die abgebrochen oder totalsaniert werden, jedoch eine Umsetzung konkreter baulicher Massnahmen zeitlich noch nicht absehbar ist, stellt dieses Vorgehen oftmals der pragmatischste Umgang mit der Situation dar.[934]

(3) Äussert die Eigentümerschaft einer besetzten Liegenschaft den Willen, die Besetzer strafrechtlich belangen zu wollen und liegt diese Absichtsäusserung in Form eines unterzeichneten Strafantrages vor, so leitet die Stadtpolizei eine **Strafverfolgung** ein. Hierzu vollzieht sie zunächst eine Personenkontrollaktion in der besetzten Liegenschaft, um auf diese Weise die Einleitung von Strafverfahren zu gewährleisten. Diese Massnahme dient ausschliesslich dem Zweck der Strafverfolgung und ist nicht mit einer Räumung gleichzusetzen, wobei auch diese Massnahme gegebenenfalls aus polizeitaktischen Überlegungen verzögert oder in Härtefällen ganz ausbleiben kann.[935]

(4) Damit die Stadtpolizei Zürich eine **Räumung** vollzieht, muss eine Reihe von Bedingungen erfüllt sein,[936] wobei von der Stadtpolizei – wie auch bei den vorgenannten Massnahmen – besonderer Wert auf eine enge Einbindung der Eigentümerschaft gelegt wird, woraus sich für diese gegebenenfalls auch Pflichten ergeben können.[937] Im Einzelnen handelt es sich um folgende Bedingungen:

---

[933] Stadt Zürich, Stadtpolizei, Antwortschreiben vom 25. Januar 2018, 5, Anhang 16.

[934] Stadt Zürich, Stadtpolizei, Antwortschreiben vom 25. Januar 2018, 5, Anhang 16.

[935] Stadt Zürich, Stadtpolizei, Antwortschreiben vom 25. Januar 2018, 5, Anhang 16.

[936] Stadt Zürich, Stadtpolizei, Antwortschreiben vom 25. Januar 2018, 5 m.Vw.a. Stadt Zürich, Stadtpolizei, Merkblatt: Hausbesetzungen in der Stadt Zürich (www.stzh.ch; Stand: 26.9.2012), 3, Anhang 3, 16.

[937] Stadt Zürich, Stadtpolizei, Antwortschreiben vom 25. Januar 2018, 8, Anhang 16.

(a) Grundvoraussetzung ist stets das Vorliegen eines **Strafantrages** gegen die Hausbesetzer.[938] Der Eigentümervertreter hat in schriftlicher Form seine Haltung in strafrechtlicher Hinsicht zu äussern, da sich das weitere polizeiliche Vorgehen danach richtet, ob ein Strafantrag, eine Kenntnisnahme betreffend Strafantrag oder ein Verzicht auf einen Strafantrag vorliegt.[939]

(b) Ferner muss eine der drei nachfolgenden **zusätzlichen Bedingungen** erfüllt sein, wobei immer auch die Anwesenheitspflicht vor Ort bei polizeilichen Interventionen oder die Pflicht zur Umsetzung von Objektsicherungsmassnahmen zwecks Verhinderung einer neuerlichen Besetzung gefordert wird.[940] Im Einzelnen handelt es sich um folgende Zusatzbedingungen:

(i) Eine je rechtskräftige **Abbruch- oder Baubewilligung** inkl. Baufreigabe muss belegt werden.

(ii) Die rechtmässige Nutzung der Liegenschaft für die Zeit nach deren Räumung kann durch **Vertrag** mit Drittpersonen belegt werden.

(iii) Die Besetzung gefährdet unmittelbar die **Sicherheit** von Personen oder denkmalgeschützten Bauteilen oder Einrichtungen.[941]

(c) Bei (i) und (ii) kommt als weitere Bedingung hinzu, dass die Voraussetzungen für eine **nachhaltig erfolgreiche Räumung** gegeben sein müssen. Bei (i) müssen beispielsweise unmittelbar nach einer polizeilichen Räumung die entsprechenden Bauarbeiten aufgenommen werden. Bei (ii) muss der unmittelbare Einzug von Nachnutzern oder die unmittelbare Aufnahme von entsprechenden Vorbereitungsarbeiten nachgewiesen werden. Einzig bei (iii) wird der Passus «nachhaltig erfolgreich» grosszügig ausgelegt, da nebst dem Privateigentum weitere Schutzgüter

---

[938] Stadt Zürich, Stadtpolizei, Antwortschreiben vom 25. Januar 2018, 5 m.Vw.a. Stadt Zürich, Stadtpolizei, Merkblatt: Hausbesetzungen in der Stadt Zürich (www.stzh.ch; Stand: 26.9.2012), 3, Anhang 3, 16.

[939] Stadt Zürich, Stadtpolizei, Antwortschreiben vom 25. Januar 2018, 8, Anhang 16.

[940] Stadt Zürich, Stadtpolizei, Antwortschreiben vom 25. Januar 2018, 8, Anhang 16.

[941] Stadt Zürich, Stadtpolizei, Antwortschreiben vom 25. Januar 2018, 5 m.Vw.a. Stadt Zürich, Stadtpolizei, Merkblatt: Hausbesetzungen in der Stadt Zürich (www.stzh.ch; Stand: 26.9.2012), 3, Anhang 3, 16.

konkret gefährdet sind und demzufolge eine Räumung nicht aufgeschoben werden kann.[942]

Die Stadtpolizei Zürich räumt zwar ein, dass einige dieser Pflichten nicht auf gesetzlicher Basis **eingefordert** werden können, weist aber gleichzeitig darauf hin, dass im Dialog mit der Eigentümerschaft die Gründe und die Zweckmässigkeit der jeweiligen Pflichteinforderung nachvollziehbar dargelegt werden können, was in den allermeisten Fällen zu einer hohen Akzeptanz führt.[943] Werden diese Bedingungen jedoch nicht erfüllt, wird ein Gesuch um polizeiliche Räumung der besetzten Liegenschaft abgewiesen. Abhängig von der konkreten Situation wird dem Hauseigentümer diesfalls zumeist eine temporäre Lösung im Sinne einer Zwischennutzung mittels Gebrauchsleihe empfohlen.[944]

Aber auch wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, behält sich die Stadtpolizei – wie sie betont – in «absoluten Ausnahmefällen» vor, aus **polizeitaktischen Überlegungen** die Räumung der besetzten Liegenschaft – wie auch andere Massnahmen – nicht unmittelbar durchzuführen. Wenn etwa die Polizei aufgrund einer Lagebeurteilung zur Erkenntnis gelangt, dass eine Intervention unmittelbar oder mittelbar zu einer schweren Störung der öffentlichen Sicherheit führen würde, so kann diese Massnahme aufgeschoben bzw. temporär ausgesetzt werden. In dieser Konstellation manifestiere sich der Grundsatz der Verhältnismässigkeit bzw. die Priorität der Gefahrenabwehr gemäss Polizeigesetz gegenüber dem strafprozessualen Verfolgungszwang.[945]

Ihre Ausführungen schliesst die Stadtpolizei Zürich mit der Bemerkung, dass die rechtlichen Grundlagen für ein adäquates polizeiliches Handeln gegeben seien und **kein weiterer Regelungsbedarf** bestehe. Gelegentliche nuancierte Anpassun-

---

[942] Stadt Zürich, Stadtpolizei, Antwortschreiben vom 25. Januar 2018, 5 m.Vw.a. Stadt Zürich, Stadtpolizei, Merkblatt: Hausbesetzungen in der Stadt Zürich (www.stzh.ch; Stand: 26.9.2012), 3, Anhang 3, 16.

[943] Stadt Zürich, Stadtpolizei, Antwortschreiben vom 25. Januar 2018, 8; Anhang 16.

[944] Stadt Zürich, Stadtpolizei, Antwortschreiben vom 25. Januar 2018, 10 m.Vw.a. Stadt Zürich, Stadtpolizei, Merkblatt: Hausbesetzungen in der Stadt Zürich (www.stzh.ch; Stand: 26.92012), 3, Anhang 3, 16.

[945] Stadt Zürich, Stadtpolizei, Antwortschreiben vom 25. Januar 2018, 10, Anhang 16.

gen der polizeilichen Einsatzdoktrin im Sinne einer kontinuierlichen Weiterentwicklung schliesse dies allerdings nicht aus.[946]

cc) Verbände

Der **Hauseigentümerverband Zürich** nennt auf Anfrage hin mehrere Hausbesetzungen, namentlich diejenige des Binz-, des Labitzke- und des Koch-Areals sowie des Gebäudes der Heilsarmee und schätzt, dass in der Stadt Zürich derzeit rund zwei Dutzend und in den letzten zehn Jahren mehrere Dutzend Liegenschaften unterschiedlicher Grösse besetzt seien bzw. waren.[947] Nach Ansicht des Hauseigentümerverbands dauern die Hausbesetzungen deshalb länger, weil die Voraussetzungen der «Zürcher Praxis»,[948] insbesondere die rechtskräftige Abbruch- oder Baubewilligung, im Zeitpunkt der Besetzung vielfach nicht gegeben sind. So dauerte die Besetzung des Binz-Areal rund sieben Jahre. Kommt hinzu – was vom Verband ausdrücklich kritisiert wird – dass die Erteilung einer Baubewilligung in einem baubehördlichen Verfahren erfolge, was abhängig vom Umfang des Bauprojekts auch politische Instanzen einschliesse. Im Ergebnis bestimmten deshalb kommunale Behörden, wie lange eine Besetzung effektiv dauere. Eigentümer von leerstehenden Liegenschaften müssten daher vorsorgen. Einige machen ihre Liegenschaften – unter bemerkenswertem Kostenaufwand – etwa durch Zerstörung der sanitären Anlagen und Fensterscheiben, Rückbau der Strom- und Wasserversorgung oder Flutung des Eingangsbereichs unbewohnbar und engagieren zudem Bewachungsfirmen. Andere beugen Besetzungen von leerstehenden Liegenschaften mit befristeten Miet- oder Gebrauchsleiheverträgen vor. Entsprechend sei der Eigentumsschutz gegenüber den Hausbesetzern nach Ansicht des Hauseigentümerverbands aufgrund der «Zürcher Praxis» nur ungenügend gewährleistet. Dem wäre anders, wenn eine unmittelbare vollständige Räumung der besetzten Liegenschaften durch die Polizei erfolgen würde, sobald eine Strafanzeige bzw. ein Strafantrag der Eigentümer vorlägen.

---

946 Stadt Zürich, Stadtpolizei, Antwortschreiben vom 25. Januar 2018, 11 f. m.Vw.a. Stadt Zürich, Stadtpolizei, Merkblatt: Hausbesetzungen in der Stadt Zürich (www.stzh.ch; Stand: 26.9.2012), 3, Anhang 3, 16.

947 Hauseigentümerverband Zürich, Antwortschreiben vom 26. Januar 2018; Anhang 21.

948 Siehe hiervor BT, I. G. 5. c) bb).

d) Fazit Zürich

Gleich wie der Kanton Bern[949] weist auch der Kanton Zürich eine **etablierte Praxis** im Umgang mit Hausbesetzungen auf. Die Zürcher Stadtpolizei setzt dabei mit dem Massnahmekonzept – Prävention, Legalisierung, Strafverfolgung und Räumung – eine mehrstufige Praxis um, die nicht nur auf Ahndung, aber auch auf Verhinderung von Hausbesetzungen aufbaut.[950] Insbesondere die Prävention, die Legalisierung und die Strafverfolgung scheinen dabei nicht problematisch. Wie aber aus der Stellungnahme des Regierungsrats zur vorgenannten Motion[951] und auch aus der Kritik des Hauseigentümerverbands Zürich[952] hervorgeht, ist die für polizeiliche Räumungen von der Stadtpolizei Zürich entwickelte Praxis nicht unumstritten. Namentlich die im Merkblatt der Zürcher Stadtpolizei neben einem Strafantrag geforderten Zusatzbedingungen werden kritisiert. Diese Kritik ist einerseits vor dem Hintergrund zu lesen, dass der Kanton Zürich bzw. die Stadt Zürich im Gegensatz zum Kanton Bern bzw. der Stadt Bern keine Einheitspolizei kennt. Weiter ist auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass das Merkblatt der Stadtpolizei Zürich vom Stadtrat gutgeheissen wurde. Schliesslich ist die Räumungspraxis – bei vertiefter Lektüre – auch von den Erwägungen des Bundesgerichts in seinem Entscheid 119 Ia 28 E. 2 abgedeckt.[953] Von Seiten der Gerichte wird zudem – wie in den Kantonen Waadt und Bern[954] – darauf hingewiesen, dass es aufgrund des regen Wechsels der Hausbesetzer Probleme mit der Feststellung der passivlegitimierten Personen gibt, aber auch mit der Zustellung der Prozessakte.[955]

---

[949] Siehe hiervor BT, I. G. 4. c) bb).

[950] Siehe hiervor BT, I. G. 5. c) bb).

[951] Siehe hiervor BT, I. G. 5. a).

[952] Siehe hiervor BT, I. G. 5. c) cc).

[953] Siehe hiervor BT, I. C. 6. c) cc).

[954] Siehe hiervor für den Kanton Waadt BT, I. G. 3. c) aa), für den Kanton Bern BT, I. G. 4. c) aa).

[955] Siehe hiervor BT, I. G. 5. c) bb).

6. Basel-Stadt

a) Allgemein

Im Kanton Basel-Stadt war der Umgang mit Hausbesetzungen zuletzt aufgrund eines Anzugs Thema der am 20. September 2017 im Grossen Rat geführten **politischen Diskussion**.[956] Mit diesem Anzug vom 15. Mai 2017 hätte der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt beauftragt werden sollen zu prüfen, wie die «Zürcher Praxis»[957] im Umgang mit Hausbesetzungen in Basel umgesetzt werden könnte. Der Anzug wurde allerdings noch in derselben Sitzung mit 44 gegen 47 Stimmen vom Grossen Rat als erledigt erklärt und nicht an den Regierungsrat überwiesen.[958] Zuvor hatte der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt auch schon Gelegenheit – anlässlich der Interpellation der Grossrätin SALOME HOFER vom 15. Mai 2013 – zum Thema Stellung zu nehmen.[959] Infolge der Besetzung eines Geländes im Hafenareal der Stadt Basel sowie des Schiessstands Allschwil, der zwar auf dem Gebiet des Kantons Basel-Landschaft liegt, aber im Eigentum der Immobilien Basel-Stadt ist, fragte die Grossrätin mit dieser Interpellation unter anderem nach, wie der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt die «Zürcher Praxis» einschätzt und ob er gedenke, diese Praxis auch in der Stadt Basel anzuwenden.

b) Gesetzliche Grundlagen

Anders als die anderen Kantone hält das **Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch** des Kantons Basel-Stadt[960] ausdrücklich in der 3. Abteilung (IV. Teil): Besitz und Grundbuch, unter dem 24. Titel: Der Besitz, fest, dass es

---

[956] HOFER SALOME ET AL., Grossrätin des Kantons Basel-Stadt, Anzug vom 15. Mai 2017 (17.5192.01); Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt, Stellungnahme vom 20. September 2017 zum Anzug (17.5192.01), Anhang 4.

[957] Siehe hiervor BT, I. G. 5. c) bb).

[958] Gosser Rat des Kantons Basel-Stadt, Protokoll 19.-23. Sitzung, Amtsjahr 2017/2018, Sitzung vom 20. September 2017, S. 729 ff., 732, Anhang 4.

[959] HOFER SALOME, Grossrätin des Kantons Basel-Stadt, Interpellation vom 15. Mai 2013 (13.5187.02); Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt, Antowrt vom 30. Mai 2013 auf die Interpellation (13.5187.02), Anhang 4.

[960] Gesetz des Kantons Basel-Stadt betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (EG ZGB, SG BS 211.100) vom 27. April 1911 (Stand: 1.7.2016).

keine Bestimmungen zum Besitz enthält. Damit finden die Art. 926 ff. ZGB auch in Basel-Stadt keine kantonalrechtliche Ergänzung.

Vergleichbar mit den Kantonen Bern und Zürich[961] enthält das basel-städtische **Polizeigesetz**[962] neben dem Grundauftrag gemäss § 2 Abs. 1 Ziff. 1 PolG BS, wonach die Kantonspolizei Massnahmen trifft, «... um unmittelbar drohende Gefährdungen oder eingetretene Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowie der Umwelt zu verhüten oder abzuwehren», in Abs. 2 derselben Bestimmung auch einen Auftrag zum Schutz privater Rechte. Demnach «... obliegt der Kantonspolizei [der Schutz privater Rechte] nur dann, wenn deren Bestand glaubhaft gemacht wird, wenn gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist und wenn ohne polizeiliche Hilfe die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte». Zudem zählen gemäss § 2 Abs. 1 Ziff. 4-6 PolG BS die Verhütung und Verfolgung von Straftaten (Ziff. 4), die Amts- und Vollzugshilfe (Ziff. 5)[963] zu den polizeilichen Aufgaben. Bei der Wahrnehmung ihrer Aufträge hat die Basler Kantonspolizei gemäss § 7 PolG BS rechtmässig vorzugehen, will heissen, die Prinzipien der Gesetzmässigkeit und der Verhältnismässigkeit zu beachten (Abs. 1),[964] wobei betont wird, dass, sofern «... zur Erreichung eines polizeilichen Zwecks mehrere geeignete Massnahmen zur Verfügung [stehen,] diejenige gewählt werden [muss], welche die Einzelnen und die Allgemeinheit voraussichtlich am wenigsten belastet» (Abs. 2). Als Massnahmen, die gegebenenfalls auch zwangsweise durchgesetzt werden können, stehen der Basler Polizei gemäss § 34 PolG BS die Personen- und Fahrzeugkontrolle, gemäss § 42 PolG BS die Wegweisung und Fernhaltung, gemäss § 50 PolG BS die Durchsuchung von Sachen sowie gemäss § 51 PolG BS das Betreten von Grundstücken und Durchsuchen von nicht öffentlichen Räumen zur Verfügung.

---

961 Siehe hiervor für den Kanton Bern BT, I. G. 4. b), für den Kanton Zürich BT, I. G. 5. b).

962 Gesetz betreffend die Kantonspolizei des Kantons Basel-Stadt (Polizeigesetz, PolG BS, SG 510.100) vom 13. November 1996 (Stand: 13. Dezember 2015).

963 Vgl. auch § 17 PolG BS.

964 Vgl. auch die polizeiliche Generalklausel in § 9 PolG BS.

c) Praxis

aa) Gerichte

Mit Schreiben vom 13. Dezember 2017 hat das **Zivilgericht** Basel-Stadt berichtet, dass in den letzten fünf Jahren keine Fälle zu beurteilen waren, die im Zusammenhang mit Hausbesetzungen standen.[965] Freundlicherweise wies es jedoch auf zwei Fälle des Appellationsgerichts Basel-Stadt hin, bei denen es sich allerdings um strafrechtliche Beschwerde- bzw. Berufungsfälle handelte, die keine zivilprozessualen Fragen aufwarfen.[966]

Das **Strafgericht** Basel-Stadt lies vernehmen, dass es sich in den letzten Jahren selten mit Hausbesetzungen zu befassen hatte, aber auch darauf hingewiesen, dass «Hausbesetzungs-Fälle» nicht statistisch erfasst werden.[967] Immerhin haben interne Nachforschungen ergeben, dass in den letzten zehn Jahren nur zwei Urteile, insbesondere aus den Jahren 2013 und 2014, im Zusammenhang mit Hausbesetzungen gefällt wurden. In beiden Fällen handelte es sich um die Prüfung des Tatbestands des Hausfriedensbruchs gemäss Art. 186 StGB. Während es im Fall aus dem Jahr 2013 in erster Instanz zu zwei Schuldsprüchen kam, wurden die Angeklagten im Fall aus dem Jahr 2014 mangels erstelltem Tatbestand vom Vorwurf des Hausfriedensbruchs freigesprochen. Im Fall aus dem Jahre 2013 wurde eine Person zudem im Berufungsverfahren freigesprochen (mangels Nachweis der Täterschaft). In beiden Fällen haben sich Privatkläger konstituiert, wobei im Fall aus dem Jahr 2014 kein Antrag auf Schadenersatz gestellt wurde. Die Schadenersatzforderung betreffend den Fall aus dem Jahr 2013 wurde jeweils zufolge mangelnder Substantiierung abgewiesen.[968]

Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt, das auch als kantonales **Verwaltungsgericht** fungiert, hat auf Anfrage mitgeteilt, dass das Verwaltungsgericht in den letzten zehn Jahren keine Entscheide in Zusammenhang mit Hausbesetzungen

---

[965] Zivilgericht Basel-Stadt, Antwortschreiben vom 13. Dezember 2017; Anhang 17.

[966] Vgl. AppGer BS, vom 23. August 2016, HB.2016.42; AppGer BS vom 7. Juli 2016, SB.2014.126; siehe hiervor BT, I. F. 2./3.

[967] Strafgericht Basel-Stadt, Antwortschreiben vom 18. Dezember 2017; Anhang 18.

[968] Strafgericht Basel-Stadt, Antwortschreiben vom 18. Dezember 2017; Anhang 18.

zu fällen hatte.[969] Anders verhält es sich – wie bereits soeben ausgeführt[970] – für das Appellationsgericht Basel-Stadt als Beschwerde- bzw. Berufungsinstanz in Strafsachen. Hier sind eine gutgeheissene Haftbeschwerde sowie ein Freispruch vom Vorwurf des Hausfriedensbruchs gemäss Art. 186 StGB in zweiter Instanz zu verzeichnen.[971]

bb) Polizeibehörden

Die Polizeibehörden des Kantons Basel-Stadt haben auf Anfrage hin keine Stellung genommen.[972] Allerdings hat einerseits die Kantonspolizei das Merkblatt «Hausbesetzungen im Kanton Basel-Stadt»[973] publiziert, welches Einsicht in die Basler Polizeipraxis zur Räumung von besetzten Liegenschaften gewährt. Andererseits lassen auch die Stellungnahmen des Regierungsrats zu den vorgenannten politischen Vorstössen weitere Erkenntnisse für die Basler Praxis zu.[974] Hieraus erhellt zunächst, dass die Verhältnisse in Basel-Stadt im Vergleich zur Stadt Zürich, die als stärker betroffen wahrgenommen wird,[975] als überschaubar und **Hausbesetzungen als**

---

[969] Appellationsgericht Basel-Stadt, Verwaltungsgericht, Antwortschreiben vom 18. Dezember 2017; Anhang 19.

[970] Siehe hiervor BT, I. G. 6. c) aa).

[971] Vgl. AppGer BS, vom 23. August 2016, HB.2016.42; AppGer BS vom 7. Juli 2016, SB.2014.126; siehe hiervor BT, I. F. 2./3.

[972] Siehe hiervor AT, I. B.

[973] Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Basel-Stadt, Kantonspolizei, Merkblatt: Hausbesetzungen im Kanton Basel-Stadt (http://www.polizei.bs.ch/was-tun/hausbesetzungen.html; Stand: April 2017), 3; Anhang 3.

[974] Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt, Stellungnahme vom 20. September 2017 zum Anzug (17.5192.01), Gosser Rat des Kantons Basel-Stadt, Protokoll 19.-23. Sitzung, Amtsjahr 2017/2018, Sitzung vom 20. September 2017, S. 73o f., Anhang 4; Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt, Antowrt vom 30. Mai 2013 auf die Interpellation (13.5187.02), Anhang 4.

[975] Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt, Antowrt vom 30. Mai 2013 auf die Interpellation (13.5187.02), zu Frage 1, Anhang 4.

selten gelten.[976] Ferner konnte – nach Ansicht des Regierungsrates – in Basel mit den Hausbesetzern in den letzten Jahren verhandelt werden, um jeweils einen möglichst geordneten Status zu erreichen.[977]

Hausbesetzungen bleiben aber – auch nach Einschätzung der Basler Kantonspolizei – grundsätzlich eine widerrechtliche Aneignung bzw. Nutzung von fremdem Eigentum[978] und erfüllen «... den Tatbestand von Art. 186 [StGB]». Da Hausfriedensbruch ein Antragsdelikt ist, setzt die Basler Polizei (1) einen **Strafantrag** voraus, damit sie geeignete Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands und allenfalls die Räumung der besetzen Liegenschaft prüft.[979]

Wo ein Strafantrag gestellt wird, nimmt die Kantonspolizei in der Folge eine **Einzelfallprüfung** vor. Dabei werden die Umstände des Einzelfalls sorgfältig unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnismässigkeit und der Nachhaltigkeit abgewogen.[980] Infolge dieser Grundsätze zeichnet sich die «Basler Praxis» primär durch Kommunikation und der Suche nach vernünftigen und «gut nachvollziehbaren» Lösungen aus. So werden etwa Immobilien des Kantons in der Regel zwischengenutzt, bis mit dem Umbau oder Abbruch begonnen werden kann.[981] Umgekehrt werden private Hauseigentümer bzw. Hausbesitzer auf neutrale Vermittlungs- und Beratungsstellen hingewiesen, die gegebenenfalls Unterstützung leisten

---

[976] Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt, Antowrt vom 30. Mai 2013 auf die Interpellation (13.5187.02), Anhang 4.

[977] Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt, Antowrt vom 30. Mai 2013 auf die Interpellation (13.5187.02), Anhang 4.

[978] Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt, Antowrt vom 30. Mai 2013 auf die Interpellation (13.5187.02), zu Frage 3, Anhang 4.

[979] Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Basel-Stadt, Kantonspolizei, Merkblatt: Hausbesetzungen im Kanton Basel-Stadt (http://www.polizei.bs.ch/was-tun/hausbesetzungen.html; Stand: April 2017), 3, Anhang 3.

[980] Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt, Antowrt vom 30. Mai 2013 auf die Interpellation (13.5187.02), Anhang 4.

[981] Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt, Antowrt vom 30. Mai 2013 auf die Interpellation (13.5187.02), insbesondere zu Frage 2, Anhang 4.

können, wenn Verhandlungen zwischen den Parteien nicht möglich sind oder zu keinem Ziel führen.[982]

Scheitern die Verhandlungen zwischen den Hausbesetzern und dem Hauseigentümer bzw. dem Hausbesitzer, wird die Räumung der besetzten Liegenschaft nach dem im Basler Merkblatt formulierten Ziel der Nachhaltigkeit durchgeführt. Die Räumung soll «... nicht nur für den Moment, sondern auf Dauer erfolgreich sein», weshalb als **Zusatzbedingungen** für eine polizeiliche Räumung – neben einem gültigen Strafantrag – einer der folgenden Sachverhalte gefordert wird:[983]

(2a) Die **Sicherung der Liegenschaft** ist gewährleistet, indem sie zeitnah nach der polizeilichen Räumung vom Eigentümer entweder baulich gesichert oder durch privates Sicherheitspersonal bewacht wird.[984]

(2b) Die Besetzung stellt eine unmittelbare **Gefährdung der Sicherheit** von Personen oder denkmalgeschützter Bauteile oder Einrichtungen dar.[985]

Ist neben dem Strafantrag eine der Zusatzbedingungen erfüllt, so wird den Hausbesetzern eine **Frist zum Verlassen** der Liegenschaft gesetzt. Da die Kantonspolizei nur zur Räumung schreitet, wenn die Liegenschaft nach Ablauf der festgesetzten

---

[982] Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Basel-Stadt, Kantonspolizei, Merkblatt: Hausbesetzungen im Kanton Basel-Stadt (http://www.polizei.bs.ch/was-tun/hausbesetzungen.html; Stand: April 2017), 3, Anhang 3, m.Vw.a. Staatliche Schlichtungsstelle für Mietstreitigkeiten, die IG Wohnen Soziale Wohnungsvermittlung und Kontaktstelle Wohnbegleitung sowie der Hauseigentümerverband Basel-Stadt.

[983] Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Basel-Stadt, Kantonspolizei, Merkblatt: Hausbesetzungen im Kanton Basel-Stadt (http://www.polizei.bs.ch/was-tun/hausbesetzungen.html; Stand: April 2017), 3, Anhang 3.

[984] Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Basel-Stadt, Kantonspolizei, Merkblatt: Hausbesetzungen im Kanton Basel-Stadt (http://www.polizei.bs.ch/was-tun/hausbesetzungen.html; Stand: April 2017), 3, Anhang 3.

[985] Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Basel-Stadt, Kantonspolizei, Merkblatt: Hausbesetzungen im Kanton Basel-Stadt (http://www.polizei.bs.ch/was-tun/hausbesetzungen.html; Stand: April 2017), 3, Anhang 3.

Frist von den Hausbesetzern nicht verlassen wird,[986] kann darin eine weitere (3) Zusatzbedingung gesehen werden.

Vor dem Hintergrund dieser Praxis betont denn der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt in seiner Stellungnahme anlässlich der Sitzung des Grossen Rats vom 20. September 2017, das Merkblatt zur «Basler Praxis» orientiere sich sehr an der «Zürcher Praxis».[987] So muss auch der Eigentümer einer Basler Liegenschaft einen Beitrag zu deren Sicherung leisten, um eine erneute Besetzung zu verhindern.[988] Im Gegensatz zur Stadtpolizei Zürich fordert die Kantonspolizei Basel aber nicht, dass im Zeitpunkt der polizeilichen Räumung eine Neunutzung bereits definiert sein muss. Dies würde – so die Einschätzung des Regierungsrats und der Kantonspolizei – das Eigentumsrecht zu stark verletzten.[989] Die Praxis, wie sie in Basel gelebt wird, habe sich für Basel-Stadt bewährt «... und kann im **Einzelfall** durchaus gleich wie in Zürich gehandhabt werden». Den Ansatz der Einzelfalllösung durch eine Standardpraxis zu ersetzen, wurde entsprechend auch vom Grossen Rat des Kantons Basel-Stadt abgelehnt.[990]

---

[986] Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Basel-Stadt, Kantonspolizei, Merkblatt: Hausbesetzungen im Kanton Basel-Stadt (http://www.polizei.bs.ch/was-tun/hausbesetzungen.html; Stand: April 2017), 3, Anhang 3.

[987] Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt, Stellungnahme vom 20. September 2017 zum Anzug (17.5192.01), Gosser Rat des Kantons Basel-Stadt, Protokoll 19.-23. Sitzung, Amtsjahr 2017/2018, Sitzung vom 20. September 2017, S. 731, Anhang 4; zur «Züricher Praxis» siehe hiervor BT, I. G. 5. c) bb).

[988] Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt, Stellungnahme vom 20. September 2017 zum Anzug (17.5192.01), Gosser Rat des Kantons Basel-Stadt, Protokoll 19.-23. Sitzung, Amtsjahr 2017/2018, Sitzung vom 20. September 2017, S. 731, Anhang 4.

[989] Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt, Stellungnahme vom 20. September 2017 zum Anzug (17.5192.01), Gosser Rat des Kantons Basel-Stadt, Protokoll 19.-23. Sitzung, Amtsjahr 2017/2018, Sitzung vom 20. September 2017, S. 731, Anhang 4.

[990] Gosser Rat des Kantons Basel-Stadt, Protokoll 19.-23. Sitzung, Amtsjahr 2017/2018, Sitzung vom 20. September 2017, S. 732; Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt, Antowrt vom 30. Mai 2013 auf die Interpellation (13.5187.02), insbesondere zu Frage 2, Anhang 4.

d) Verbände

Auch der Hauseigentümerverband Basel-Stadt wollte auf Anfrage hin nicht Stellung nehmen.[991] Immerhin ergibt sich aufgrund eines Artikels im Organ des Hauseigentümerverbands, dass sich dieser **gegen** die Übernahme der «**Züricher Praxis**»[992] für den Kanton Basel-Stadt ausspricht. Denn hiermit würde zu wenig schnell geräumt. Er verweist darauf, dass Hausbesetzungen illegal sind und eine Straftat darstellen, die nicht gerechtfertigt werden könne, weshalb der betroffene Hauseigentümer Anspruch darauf habe, dass die besetzte Liegenschaft schnell geräumt werde.[993]

e) Fazit Basel-Stadt

Auch im Kanton Basel-Stadt wurde eine Praxis zur Räumung von besetzten Liegenschaften begründet. Hierbei wird einerseits neben einem Strafantrag entweder die Sicherung der Liegenschaft unmittelbar nach Räumung oder die Gefährdung von Personen bzw. denkmalgeschützten Bauteilen gefordert. Andererseits zeichnet sich die «Basler Praxis» durch eine besondere Betonung der Kommunikation und Verständigung zwischen Hausbesetzern und Hauseigentümern aus. Wenn immer möglich, soll eine Zwischennutzung oder ein Auszug der Hausbesetzter nach einer bestimmten Frist verhandelt werden. Die Basler Kantonspolizei behält sich deshalb eine Einzelfallprüfung vor, die sich durch ein grosses Ermessen auszeichnet, das bis zur *de facto* Umsetzung der «Zürcher Praxis» gehen kann.[994] Vor dieser Ausgangslage erstaunt es daher nicht, wenn die Basler Gerichte sich kaum mit Fällen im Zusammenhang mit Hausbesetzungen zu befassen hatten.[995] Die lokalpolitische Diskussion in Basel dagegen lässt sich mit derjenigen in Bern vergleichen und kontras-

---

[991] Siehe hiervor AT, I. B.

[992] Siehe hiervor BT, I. G. 5. c) bb).

[993] ZAPPALÀ ANDREAS, Hauseigentümerverband Basel-Stadt, Der Hausbesitzer Basel-Stadt Nr. 10, Oktober 2017, S. 13 (http://www.hev-bs.ch/fileadmin/sektionen/hev-bs/zeitung/2017/17-10/Der%20Hausbesitzer%20Basel-Stadt%20Nr.%2010%20-%20Oktober%202017/files/assets/basic-html/page13.html [abgerufen am 6.6.2018]), Anhang 23.

[994] Siehe hiervor BT, I. G. 6. c) bb).

[995] Siehe hiervor BT, I. G. 6. c) aa).

tiert zu den Diskussionen in den Kantonen Waadt und Zürich, wo die Vorstösse in Richtung Stärkung des Hausbesitzerschutzes gehen.[996]

7. Fazit Kantone

Zunächst hat die Rückmeldung der Gerichte für fast alle Kantone ergeben, dass die Räumung der besetzten Liegenschaft im **Zivilverfahren** für den Hausbesitzer eine grosse Herausforderung darstellt. Obschon die Verfahren nach eigenen Einschätzungen von den Gerichten relativ schnell bewältigt werden können, gibt es insbesondere Probleme bei der Zustellung der Verfahrensakte an die einerseits unbekannten und andererseits stets wechselnden Hausbesetzer. Aber auch die Feststellung der passivlegitimierten Personen wird dadurch erheblich erschwert, was Auswirkungen bis hin zur Vollstreckung der Räumung haben kann.[997]

Für die **polizeiliche Räumung** von besetzten Liegenschaften haben sich in den fünf untersuchten Kantonen zuweilen ähnliche, aber bisweilen auch unterschiedliche Praktiken etabliert:

Wie sich insbesondere aus Art. 1 Abs. 3 lit. a LPol GE[998] sowie der reichhaltigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Kanton **Genf**[999] ergibt, ist eine Intervention gegen Hausbesetzungen grundsätzlich möglich, wobei diese einen Strafbefehl voraussetzt, ansonsten aber auf einer Einzelfallbeurteilung beruht. Dabei legt die Genfer Polizei besonderes Gewicht auf die Kommunikation mit dem Hausbesitzer sowie auf Massnahmen, um weitere Hausbesetzungen zu verhindern, die vom Hausbesitzer in einem *Businessplan* darzulegen sind.[1000]

Im Kanton **Waadt** ist die polizeiliche Interventionspflicht infolge des Selbsthilferechts des Art. 926 Abs. 2 ZGB offen.[1001] Zwar anerkennt der Waadtländer Staatsrat, dass Art. 1 Abs. 1 LPol VD eine Grundlage für die polizeiliche Intervention be-

---

[996] Siehe hiervor BT, I. G. 6. a).

[997] Siehe hiervor für den Kanton Waadt BT, I. G. 3. c) aa), für den Kanton Bern BT, I. G. 4. c) aa), für den Kanton Zürich BT, I. G. 5. c) bb).

[998] Siehe hiervor BT, I. G. 2. b).

[999] Siehe hiervor BT, I. G. 2. a).

[1000] Siehe hiervor BT, I. G. 2. c) bb).

[1001] Siehe hiervor BT, I. G. 3. c) bb).

reit hält, interpretiert aber den Gesetzesbegriff «sofort» dermassen strikt, dass nicht nur – wie vom Staatsrat selbst festgehalten – eine Selbsthilfe gemäss Art. 926 Abs. 2 ZGB unmöglich wird, sondern auch eine polizeiliche Räumung nur gestützt auf einen rechtskräftigen zivilrechtlichen bzw. verwaltungsrechtlichen Entscheid gewährt werden kann.[1002]

Im Kanton **Bern** besteht eine gefestigte Praxis, wonach polizeiliche Räumungen einen Straf- und einen Räumungsantrag voraussetzen, nicht aber die vorgängige Beschreitung des Zivilwegs. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, schreitet die Berner Polizei gemäss Verhältnismässigkeits- und Opportunitätsprinzip zur Räumung. Diese Massnahme wird von einem mit der Zwischennutzungsstelle der Immobilienverwaltung der Stadt Bern institutionalisierten Präventionsangebot flankiert.[1003]

Der Kanton **Zürich** bzw. die Stadt Zürich verfügt über eine etablierte Praxis im Umgang mit Hausbesetzungen. Mit dem Massnahmekonzept – Prävention, Legalisierung, Strafverfolgung und Räumung – besteht eine mehrstufige Praxis.[1004] Neben einem Strafantrag fordert die Zürcher Stadtpolizei aufgrund eines vom Stadtrat genehmigten Merkblatts als Zusatzbedingungen einer Räumung – vergleichbar mit den Erwägungen des Bundesgerichts in seinem Leitentscheid 119 Ia 28 E. 2, aber ohne gesetzliche Grundlage – eine jeweils rechtskräftige Abbruch- oder Baubewilligung einschliesslich der Baufreigabe oder den Beleg der rechtmässigen Nutzung nach der Räumung mittels abgeschlossenem Vertrag oder die Gefährdung der Sicherheit von Personen bzw. denkmalgeschützten Bauteilen. Insbesondere die Abbruch- oder Baubewilligung bzw. die vertraglich vereinbarte Nutzung nach Räumung müssen im Sinne der geforderten nachhaltig erfolgreichen Räumung zusätzlich durch den unmittelbar nach Räumung erfolgenden Baubeginn bzw. Einzug erhärtet sein. Andernfalls wird das Räumungsgesuch abgewiesen.[1005]

Die Praxis des Kantons **Basel-Stadt** setzt neben einem Strafantrag entweder die Sicherung der Liegenschaft unmittelbar nach Räumung oder die Gefährdung von Personen bzw. denkmalgeschützten Bauteilen voraus. Auf die Erhärtung der Sicherung durch die unmittelbare Anhandnahme nach der Räumung wird indes verzichtet. Demgegenüber wird die Vermittlung zwischen Hausbesetzern und Hauseigen-

---

[1002] Siehe hiervor BT, I. G. 3. c) bb).

[1003] Siehe hiervor BT, I. G. 4. c) bb).

[1004] Siehe hiervor BT, I. G. 5. c) bb).

[1005] Siehe hiervor BT, I. C. 6. c) cc).

tümern besonders gewichtet und behält sich die Polizei ein grosses Ermessen vor, wonach im Einzelfall der «Zürcher Praxis» entsprochen werden kann.[1006]

Damit lassen sich im Ergebnis **drei Gruppen** bilden: (1) In den Kantonen Genf und Bern wird für die Räumung einer besetzten Liegenschaft generell nur einen Strafantrag vorausgesetzt und eine nuanciert unterschiedlich geprägte Einzelfallprüfung vorbehalten. Dabei fällt namentlich für Bern auf, dass die vorgängige Beschreitung des Zivilwegs nicht verlangt wird. (2) Die Polizeibehörden der Stadt Zürich sowie des Kantons Basel-Stadt fordern neben dem Strafantrag unterschiedliche Zusatzbedingungen. Demnach fordert Basel-Stadt alternativ die Sicherung der Liegenschaft oder eine Personen- bzw. Objektgefährdung und Zürich eine rechtskräftige Baubewilligung, einen abgeschlossenen Nutzungsvertrag oder eine Personen- bzw. Objektgefährdung. Für Zürich ist bemerkenswert, dass zudem die Bauarbeiten bzw. die Nutzung unmittelbar nach der Räumung einsetzen muss. (3) Demgegenüber scheinen die Polizeibehörden des Kantons Waadt, nur gestützt auf einen rechtskräftigen Gerichts- oder Behördenentscheid die Räumung einer besetzten Liegenschaft vornehmen zu wollen.

II. Lösungsansätze

A. Vorschläge

1. Allgemeines

Ausgehend vom **Reformbedarf**, den das Parlament und ihm teilweise folgend der Bundesrat erkannt haben,[1007] lassen sich gestützt auf die Analyse der gegenwärtigen Gesetzeslage[1008] verschiedene Vorschläge erwägen. Dabei wird versucht, das von allen Seiten als ernsthaft eingeschätzte Problem der Hausbesetzungen möglichst ganzheitlich anzugehen. Allerdings ergeben sich für legislatorische Massnahmen auf Bundesebene insbesondere aus staatsrechtlichen Gründen auch Grenzen. Zwar vermittelt eine Gesamtschau der bundesstaatlichen Ebenen, vornehmlich des Bundes und der ausgewählten Kantone, eine breiter abgestützte Ausgangslage, doch stehen letztlich nur Änderungen des Zivil- und des Strafrechts sowie der entsprechenden Verfahrensrechte, die der Bundeskompetenz zugewiesen sind, zur Disposition. Auf das kantonale Polizei- und Verwaltungsrecht kann – wenn über-

---

[1006] Siehe hiervor BT, I. G. 6. c) bb).

[1007] Siehe hiervor AT, II.

[1008] Siehe hiervor BT, I.

haupt – nur mittelbar Einfluss genommen werden.[1009] Kommt hinzu, dass sich das Straf- und Strafprozessrecht, obschon die Bedeutung des Strafantrags für die verschiedenen Praktiken der untersuchten Kantone zur polizeilichen Räumung von besetzten Liegenschaften bemerkenswert ist,[1010] mit ihren Instituten und Instrumenten der Strafverfolgung nur sehr bedingt für den Besitzesschutz im Allgemeinen und den Schutz vor Hausbesetzungen im Besonderen verwenden lassen.[1011]

Entsprechend dem Auftrag der Motion FELLER wird daher zunächst erwogen, wie sich das Selbsthilferecht, namentlich gemäss Art. 926 Abs. 2 ZGB mit der gewünschten Klarheit regeln lässt.[1012] Dann wird aber auch für die prozessuale Umsetzung des possessorischen Besitzesschutzes gemäss Art. 927 f. ZGB geprüft, welche Änderungen der gesetzlichen Grundlagen, vornehmlich in der Zivilprozessordnung, zu einer effektiveren Umsetzung dieses Besitzesschutzes führen können.[1013] Die hier **vorgeschlagenen Gesetzesanpassungen** bleiben aber das Resultat der Erwägungen eines (einzelnen) Gutachters, sind also trotz redlichem Bemühen um eine möglichst umfassende Analyse der gegenwärtigen Gesetzeslage und der hierzu entwickelten Praktiken nicht Ergebnis einer breiteren (juristischen) Diskussion. Es werden daher auch die vorliegend verworfenen bzw. zurückgestellten Möglichkeiten gesetzlicher Anpassungen ausgewiesen.[1014] Sie können bei entsprechendem Gutdünken jederzeit wieder aufgenommen und vertieft werden.

Die nachfolgenden Änderungsvorschläge beruhen auf einem **dreistufigen Besitzesschutzkonzept**, das sich aufgrund der hiervor dargelegten Analyse ergibt und etwas verkürzt, aber griffig mit folgendem Moto zum Ausdruck gebracht werden können:

Gerichtshilfe > Amtshilfe > Selbsthilfe

[1009] Siehe hiervor BT, I. C. 6. a).

[1010] Siehe hiervor BT, I. G.

[1011] Siehe hiervor BT, I. F.

[1012] Siehe hiernach BT, II. A. 2.

[1013] Siehe hiernach BT, II. A. 3.

[1014] Siehe hiernach BT, II. B.

(1) Die Selbsthilfe gemäss Art. 926 ZGB hat – gleich wie die allgemeine Selbsthilfe gemäss Art. 52 Abs. 3 OR – auszubleiben, wo nach den gegebenen Umständen amtliche Hilfe rechtzeitig erlangt werden kann.[1015]

(2) Insbesondere die Polizeibehörden sind aufgrund der einschlägigen Polizeigesetze, des Subsidiaritäts- und Opportunitätsprinzips nur soweit verpflichtet, einzugreifen, als der Besitz nicht rechtzeitig durch Intervention einer anderen Behörde, namentlich der Zivilgerichte geschützt bzw. wiedererlangt werden kann.[1016]

(3) Die Zivilgerichte sind verpflichtet, den Besitzesschutz gestützt auf Art. 927 f. i.V.m. Art. 937 Abs. 2 ZGB zu prüfen[1017] und diesen materiellen Besitzesschutzanspruch gemäss den anwendbaren Vorschriften des Zivilprozessrechts zu erkennen und zu vollstrecken.[1018]

2. ZGB

a) Selbsthilfefrist

Das Hauptanliegen der Motion FELLER besteht in der **Lockerung der Frist von Art. 926 Abs. 2 ZGB**.[1019] Das Recht des Hausbesitzers, sich der unrechtmässig besetzten Liegenschaft wieder zu bemächtigen, verliere durch die Rechtsprechung praktisch jede Wirksamkeit, weil sofort bei Ankunft der Hausbesetzer reagiert werden müsse und eine solche Reaktion innerhalb weniger Stunden vorausgesetzt werde.

Obschon sich die Behauptung – die wohl letztlich auf eine Stellungnahme des Staatsrats des Kantons Waadt zurückgeht[1020] – die Selbsthilfe sei aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts innerhalb von wenigen Stunden auszuüben, nicht erhärten lässt, handelt es sich beim Begriff «sofort» – «*aussitôt*» – «*immediatemente*» um einen **unbestimmten Rechtsbegriff**. Wird nun davon abgesehen,

---

[1015] Siehe hiervor BT, I. C. 6. b).

[1016] Siehe hiernach BT, I. C. 6. c).

[1017] Siehe hiervor BT, I. D.

[1018] Siehe hiernach BT, I. E.

[1019] Siehe hiervor AT, I. A.; AT, II.; BT, I. C. 5.

[1020] Siehe hiervor BT, I. G. 3. c) bb) FN 896.

dass Hausbesetzungen unter Umständen auch den Tatbestand der Besitzesstörung gemäss Art. 926 Abs. 1 ZGB erfüllen können, wonach Abwehrhandlungen zulässig bleiben, solange der Entziehungsversuch andauert, so ist dieser Rechtsbegriff gemäss Willen des Gesetzgebers *de lege lata* von der Rechtsprechung im Einzelfall zu präzisieren. Die kontinuierliche Rechtsprechung des Bundesgerichts hat bis *dato* daraus zwei generelle Kriterien des «Richterrechts» entwickelt: (1) Unmittelbarkeit der Wiedererlangungshandlung und (2) kein Einstellen, auch nicht nur provisorisch dieser Handlungen.[1021] Entscheidend ist damit nicht nur die bereits im Parlament aufgeworfene Frage, ab wann die Frist zur Selbsthilfe gemäss Art. 926 Abs. 2 ZGB beginnt (Hausbesetzung selbst oder Kenntnisnahme davon), sondern vor allem wie lange diese Frist dauert. Für diesen zweiten Punkt stellt die Rechtsprechung nach wie vor auf die Umstände des Einzelfalls ab. Sobald das Einstellen der Wiedererlangungshandlung als Einwilligung des Hausbesitzers ausgelegt werden kann, verliert er sein Selbsthilferecht. Da diese auch konkludent abgegeben werden kann, ist dieses Selbsthilferecht verhältnismässig schnell verwirkt.[1022]

Wird berücksichtigt, dass die Besitzeskehr keinen gegenwärtigen Angriff erfordert und sich damit erheblich von einer Notwehr- bzw. Notstandsituation unterscheidet, ist diese enge Auslegung der Rechtsprechung geradezu angezeigt.[1023] Will der Gesetzgeber dieses Selbsthilferecht, das ohnehin schon über die dogmatisch vertretbare Notwehr hinausgeht, erweitern, so kann dies nur aufgrund einer entsprechenden **Gesetzesänderung** erfolgen. Angesichts der zu regelnden Ausnahmesituation sollte aber auch hierbei den Gerichten ein Ermessensspielraum erhalten bleiben. In Abwägung dieser beiden Elemente (Klärung des Begriffs «sofort» und ausnahmebedingter Ermessensspielraum) ist vertieft zu prüfen, inwiefern Art. 926 Abs. 1 und 2 ZGB *de lege ferenda* wie folgt ergänzt werden kann:

(1) Zunächst könnte **Art. 926 Abs. 1 ZGB** dahin geändert werden, dass «der Besitzer sich verbotener *und andauernder* Eigenmacht mit Gewalt erwehren kann».[1024] Mit diesem Einschub könnte zunächst geklärt werden, dass andauernde Hausbesetzungen immer als Anwendungsfall von Art. 926 Abs. 1 ZGB erfasst werden. Der Hausbesitzer könnte sich solange wehren, als die Hausbesetzung andau-

---

[1021] Siehe hiervor BT, I. C. 5. c).

[1022] Siehe hiervor BT, I. C. 5. d).

[1023] Siehe hiervor BT, I. A. 2; BT, I. C. 5. c).

[1024] Siehe hiervor BT, I. C. 2./3.

ert. Damit würde die Frage der sofortigen Besitzeskehr gemäss Art. 926 Abs. 2 ZGB zwar nicht gelöst, aber dennoch entschärft. Zudem stünde diese Lösung im Einklang mit den zur Einwilligung in die Besitzesstörung von der Lehre und der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen.

(2) Weitergehend könnte **Art. 926 Abs. 2 ZGB** dahin geändert werden, dass der Besitzer sich, wenn ihm die Sache durch Gewalt oder heimlich entzogen wird, «*innert angemessener Frist seit Kenntnisnahme davon* des Grundstückes durch Vertreibung des Täters wieder bemächtigen ...» darf.[1025] Der Verweis auf die Kenntnisnahme würde zur Klärung des Fristbeginns beitragen und verdeutlichen was insbesondere mit Blick auf die Tatbestandsvariante des heimlichen Besitzesentzugs ohnehin gelten muss. Der Entzug kann abgewehrt werden, wenn er bekannt wird. Allerdings ist hier auch darauf zu verweisen, dass die Kenntnisnahme nicht subjektiv zu verstehen ist, sondern als objektivierter Rechtsbegriff von einer Kenntnisnahme nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung, mithin nach Treu und Glauben auszugehen ist. Dies würde auch verhindern, dass der zeitliche Anwendungsbereich der Besitzeskehr ungebührlich hinausgezögert werden kann.

b) Amtshilfepflicht

Aufgrund der gegenwärtigen Rechtsprechung können die kantonalen Polizeibehörden gestützt auf die Regeln zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung dem Besitzer und insbesondere dem Hausbesitzer beistehen, doch bleibt es grundsätzlich Sache des kantonalen Rechts die **Voraussetzungen amtlicher Hilfe** zu bestimmen.[1026] Diese Rechtsprechung ist nicht nur mit Blick auf die allgemeine Selbsthilfe wertungsinkohärent, sondern schafft auch erhebliche Rechtsunsicherheit für die Umsetzung eines effektiven Besitzesschutzes:

(1) Wie verschiedentlich in diesem Gutachten betont, liegt **keine Selbsthilfe mehr** vor, wenn behördliche Hilfe in Anspruch genommen wird. Unter geltendem Recht ist aber – auch bei Hausbesetzungen – Selbsthilfe ohne (insbesondere Art. 52 Abs. 3 OR)[1027] und solche mit behördlicher Unterstützung (Art. 926 Abs. 3 ZGB)

[1025] Siehe hiernach BT, I. C. 5.

[1026] Siehe hiervor BT, I. C. 6. a)/c), wo auch die Bedeutung des Begriffs der amtlichen Hilfe als Oberbegriff der Begriffe Polizei- und Gerichtshilfe erklärt wird.

[1027] Siehe hiervor BT, I. C. 4.

möglich.[1028] Wertungskohärent dürfte es aber für die Zulässigkeit der Selbsthilfe keine Rolle spielen, ob der Sukkurs der Polizei oder der Zivilgerichte Abhilfe schaffen kann. Die Selbsthilfe sollte immer ausgeschlossen sein, wenn irgendwelche behördliche Hilfe effektiv zur Verfügung steht.[1029]

(2) Dann ist aber für die **polizeiliche Unterstützung** – abgesehen vom Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids – offen, inwiefern die kantonalen Polizeibehörden aufgrund ihrer Gesetze handeln müssen.[1030] Zwar sind die Kantone hinsichtlich deren Rechtsetzungsbereiche souverän bzw. autonom, doch bleiben sie dabei an das Bundesrecht gebunden.[1031] Aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Interventionspflicht gestützt auf die Eigentumsgarantie ergibt sich, dass insbesondere Hausbesetzungen, solange sich der Hausbesitzer nicht damit abgefunden hat, eine krasse Beeinträchtigung des Besitzes darstellen und immer auch die öffentliche Ordnung stören. Damit hat der Hausbesitzer grundsätzlich einen Interventionsanspruch gegenüber den Polizeibehörden, doch ist dieser nicht absolut. Zum Eingriff verpflichtet ist die Polizei nur aufgrund (i) entsprechender gesetzlicher Grundlage[1032] (ii) für Hausbesetzungen, von denen sie Kenntnis hat und gegen die (iii) in Abwägung der gegebenen Interessen (iv) verhältnismässige polizeiliche, nicht aber rechtzeitig zivilgerichtliche oder andere staatliche Massnahmen (v) möglich sind.[1033]

Soll die Unsicherheit darüber beseitigt werden, inwiefern die Selbsthilfe gemäss Art. 926 Abs. 1 und 2 ZGB das nicht rechtzeitige Erlangen amtlicher Hilfe voraussetzt sowie das in der Lehre umstrittene Nebeneinander von Selbsthilfe gemäss Art. 926 ZGB und solcher gemäss Art. 52 Abs. 3 OR beseitigt werden, wie auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung ins Gesetz Eingang finden, wonach eine grundsätzlich – wenn auch keine absolute – Interventionspflicht der Polizei besteht, sofern

---

[1028] Siehe hiervor BT, I. C. 3.

[1029] Siehe hiervor BT, I. C. 6. b).

[1030] Siehe hiervor BT, I. G. 2. c) bb); BT, I. G. 3. c) bb); BT, I. G. 4. c) bb); BT, I. G. 5. c) bb); BT, I. G. 6. c) bb).

[1031] Siehe hiervor BT, I. C. 6. a).

[1032] Siehe hiervor BT, I. G. 2. b); BT, I. G. 3. b); BT, I. G. 4. b); BT, I. G. 5. b); BT, I. G. 6. b).

[1033] Siehe hiervor BT, I. C. 6. c).

der Besitzesschutz sich nicht rechtzeitig in einem Zivilverfahren realisieren lässt, so setzt auch dies eine **Gesetzesänderung** voraus. Allerdings ist auch hier zu berücksichtigen, dass einerseits mit Blick auf kantonale Gesetzgebungskompetenzen im Rahmen des Polizeirechts sowie der Relativität der Schutzpflichten, die sich von Grundrechten ableiten lassen, nur eine (bundes-)gesetzgeberische Präzisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips für den Besitzesschutz in Frage kommt.

In Erwägung dieser Rahmenbedingungen ist weiter vertieft zu prüfen, inwiefern **Art. 926 Abs. 3 ZGB** *de lege ferenda* mit einem Zusatz *in fine* zu ergänzen ist, wonach «...; *wo es die Verhältnisse erfordern, gewähren die zuständigen Behörden dem Besitzer rechtzeitig amtliche Hilfe*».[1034] Damit würde einerseits klar, dass auch die Selbsthilfe gemäss Art. 926 ZGB ausgeschlossen ist, wo amtliche Hilfe rechtzeitig beigebracht werden kann. Weiter wäre aber auch vorgeschrieben, dass die Behörden – seien es die Polizei oder andere staatlichen Behörden – intervenieren müssen, wo aufgrund der Verhältnisse des Einzelfalls nur sie rechtzeitig den Besitz schützen können. Diese Bestimmung liesse zudem auch genügend Raum für die Polizei in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips und insbesondere des Opportunitäts- und Subsidiaritätsprinzips nur dort einzuschreiten, wo andere Behörden keinen effektiven Schutz gewährleisten können.

3. ZPO

Von verschiedener Seite wurde im Rahmen der parlamentarischen Beratungen darauf hingewiesen, dass Art. 927 ZGB zwar eine Klagemöglichkeit für den Fall des Besitzesentzugs eröffne, um die Rückgabe der Sache und Schadenersatz zu verlangen, dieser Zivilverfahrensweg allerdings kompliziert sei und ein rasches Ergebnis verunmögliche. Für die implizit gesuchte **Erleichterung des Zivilverfahrenswegs** verwies der Bundesrat auf im Zivilprozessrecht zu verfolgende Lösungsansätze sowie auf hierzu eingeleitete Schritte, die gegebenenfalls zu ergänzen seien.[1035]

Diese Voten – wenn ihnen in ihrer Absolutheit auch nicht zu folgen ist – haben durchaus etwas für sich. Dabei sind es vornehmlich **zwei Elemente**, welche die klageweise Durchsetzung des possessorischen Besitzesschutz erschweren:

(1) Die kategorische Unterscheidung zwischen **possessorischem und petitorischem Besitzesschutz**, wie sie in Art. 927 ff. ZGB angelegt ist, lässt sich bereits für den possessorischen Besitzesschutz nicht halten. Nicht nur aufgrund des Vor-

---

[1034] Siehe hiervor BT, I. C. 6. c).

[1035] Siehe hiervor AT, I. A; AT, II.

behalts des besseren Rechts gemäss Art. 927 Abs. 2 ZGB, aber bereits aufgrund der für den possessorischen Besitzesschutz geforderten Eigenmacht sind auch im possessorischen Besitzesschutz petitorische Erwägungen zu berücksichtigen. Der Entscheid über den possessorischen Besitzesschutz gerät daher *in praxi* oft – wenn nicht überwiegend – auch zu einem Entscheid über das Recht am Besitz.[1036]

(2) Diese materiellrechtlich bereits befrachtete Ausgangslage wird in der prozessualen Umsetzung noch dadurch beschwert, dass mit Art. 927 f. ZGB sich im materiellen Recht – funktional betrachtet – eine prozessuale Anordnung befindet. Denn der Besitzesschutz gemäss Art. 927 f. ZGB, der stets unter dem Vorbehalt des Entscheids über den petitorischen Besitzesanspruch steht, bleibt eine **vorsorgliche Massnahme *sui generis***.[1037] Wenn nun die Zivilprozessordnung den materiellen Rechtsanspruch auf possessorischen Besitzessschutz keiner besonderen Verfahrensart zuweist, eröffnen sich dem klagenden Besitzer – was *per se* nicht zu kritisieren ist – eine Vielzahl von Verfahrensmöglichkeiten.[1038] Da aber keines der verfügbaren Verfahren auf den possessorischen Besitzesschutz als Rechtsanspruch angelegt ist, verbleibt nur die Kehrseite der Vielfalt: ein potenziertes Prozessrisiko.

Zur Reduktion dieser Problematik bieten sich von paradigmatischen Änderungen für die Unterscheidung zwischen possessorischem und petitorischem Besitzesschutz[1039] über die bedeutende Ausnahme von der Prosekution vorsorglicher Massnahmen für das Possessorium[1040] bis hin zu technisch subtilen Adjustierungen[1041] verschiedene **Gesetzesänderungen** an. Sie wurden vorliegend – wohl kaum abschliessend – angesprochen.[1042] Ein Problem, was mit wiederkehrender Regelmässigkeit von der Praxis hervorgehoben wurde,[1043] scheint dabei besonders dringlich

---

[1036] Siehe hiervor BT, I. D. 2.

[1037] Siehe hiervor BT, I. E. 3. c).

[1038] Siehe hiervor BT, I. E. 1.

[1039] Siehe hiervor BT, I. E. 3. c) aa); siehe hiernach BT, II. C.

[1040] Siehe hiervor BT, I. E. 3. c) dd); siehe hiernach BT. II. B. 2. c).

[1041] Siehe hiervor BT, I. E. 4.

[1042] Siehe hiervor BT, I. E.

[1043] Siehe hiervor BT, I. G. 3. c) aa); BT, I. G. 4. c) aa); BT, I. G. 5. c) aa).

zu sein: Wie lässt sich (vorsorglicher) Rechtschutz gegenüber unbekannten Personen oder einem sich stets verändernden Personenkreis, wie der Hausbesetzer, durchsetzen, ohne die auch diesen zustehenden Verfahrensgarantien zu verletzten? – Hierzu ist in der Schweizerischen Zivilprozessordnung nur das gerichtliche Verbot gemäss Art. 258 ff. ZPO angelegt.[1044] Nur mit diesem Verfahren kann sich der Hauseigentümer gegen unbestimmte Personen richten. Umgekehrt impliziert gerade dieses Verfahren eine bemerkenswerte Dauer, bis es durchgesetzt werden kann. Nicht nur eröffnet es eine Einsprachefrist von dreissig Tagen, in denen dem Verbot ohne Begründung jede Wirkung gegenüber dem Einsprecher genommen werden kann, sondern hat der Hauseigentümer bei erfolgter Einsprache seinen Besitzesschutz in einem ordentlichen bzw. vereinfachten Verfahren gegenüber dem Einsprecher erkennen und durchsetzen zu lassen.[1045]

In Erwägung dieser Ausgangslage ist daher vertieft zu prüfen, inwiefern der Besitzesschutz gegenüber einem unbestimmten Personenkreis *de lege ferenda* mittels Anpassungen des gerichtlichen Verbots gemäss Art. 258 ff. ZPO effektiver gestaltet werden kann. Demnach könnte **Art. 258 Abs. 2 ZPO** insofern ergänzt werden, als «*das Gericht die vorzeitige Vollstreckung* [des gerichtlichen Verbots] *bewilligen kann. Nötigenfalls ordnet es sichernde Massnahmen oder die Leistung einer Sicherheit an*».[1046] Mit dieser Gesetzesänderung würde zwar nicht dem Besitzer,[1047] aber dem dinglich Berechtigten ein Mittel an die Hand gegeben werden relativ rasch zu einem vollstreckbaren Vorentscheid zu gelangen. Ähnlich wie bei einer superprovisorischen Massnahme könnte das Gesuch um gerichtliches Verbot mit einem direkten Vollstreckungsbegehren gemäss Art. 337 Abs. 1 ZPO gestellt werden. Im Sinne der Verhältnismässigkeit und angelehnt an die gerichtliche Anordnung des Suspensiveffekts für eine Beschwerde gemäss Art. 325 Abs. 2 ZPO kann das Gericht von der gesuchstellenden Partei sichernde Massnahmen anordnen. Schliesslich werden auch die Verfahrensrechte der von der vorzeitigen Vollstreckung betroffenen Personen gewahrt, indem diese einerseits mittels Einsprache gemäss Art. 260 ZPO ein kontradiktorisches Verfahren einleiten können, womit das vorzeitig

---

[1044] Siehe hiervor BT, I. E. 4.

[1045] Siehe hiervor BT, I. E. 4.

[1046] Siehe hiernach BT, II. A. 3.

[1047] Weshalb auch nicht das Problem der Einhaltung der Verwirkungsfrist gemäss Art. 929 ZGB im Verfahren gemäss Art. 258 ff. ZPO gelöst wird; siehe hierzu hiervor BT, I. E. 4.

vollstreckbar erklärte gerichtliche Verbot überprüft werden kann. Andererseits können sie gemäss Art. 337 Abs. 2 ZPO die Einstellung der vorzeitigen Vollstreckung verlangen. Durch die vorzeitige Vollstreckung des gerichtlichen Verbots könnten damit die Prozessrollen im Gegensatz zu Art. 260 Abs. 2 ZPO den Verhältnissen entsprechend verändert werden. Nicht erfasst von dieser Regelung blieben aber nach wie vor die Besitzer, da der Besitz alleine nicht zum Gesuch um gerichtliches Verbot gemäss Art. 258 ff. ZPO legitimiert.[1048] Der Besitzer bliebe nach wie vor auf den possessorischen Besitzesschutz gemäss Art. 927 f. ZGB angewiesen, der bei entsprechender Dringlichkeit mittels vorsorglicher Massnahmen gesucht werden muss.[1049] Dennoch würde eine solche Bestimmung auch bei Hausbesetzungen helfen können, da *in praxi* vorwiegend dinglich berechtigte Hausbesitzer bzw. Hauseigentümer betroffen sind.

B. Nicht weiter verfolgte Vorschläge

1. ZGB

a) Stundenfrist

In der Motion FELLER wird als Beispiel, wie die Frist gemäss Art. 926 Abs. 2 ZGB gelockert werden könnte, die explizite gesetzliche Festlegung einer Reaktionszeit für den Besitzer von **48 oder 72 Stunden** erwogen.[1050] Ähnliches wird mit Blick auf die polizeiliche Intervention im Kanton Zürich diskutiert.[1051] Wie bereits die Bundesrätin anlässlich der parlamentarischen Beratungen zur Motion FELLER sowie der Regierungsrat des Kantons Zürich bemerkt haben, kann sich die Festlegung einer starren Frist für alle beteiligten Personen, insbesondere die Hausbesitzer als kontraproduktiv erweisen. Dem Besitzer würde – losgelöst von allen möglichen Begleitumständen – eine notwendigerweise kurze Reaktionszeit auferlegt, die wohl mehrheitlich die effektive Selbsthilfe erschwert. Es wird daher an dieser Stelle empfohlen, diesen Vorschlag nicht weiter zu vertiefen.

[1048] Siehe hiervor BT, I. E. 4.

[1049] Sie hiervor BT, I. E. 3. c).

[1050] Siehe hiervor AT, I. A.

[1051] Siehe hiervor BT, I. G. 5. a).

b) Legaldefinition

Angesichts der zuweilen schwierigen Abgrenzung zwischen Besitzesstörung und Besitzesentzug[1052] könnte auch erwogen werden, die Hausbesetzungen namentlich als Beispiele andauernder Besitzesstörungen in Art. **926 Abs. 1 ZGB** zu erwähnen. Damit würden die Hausbesitzer in den Genuss eines Selbsthilferechts kommen, dass solange ausgeübt werden kann, als die Hausbesetzung andauert. Entsprechend könnte Art. 926 Abs. 1 ZGB dahin geändert werden, dass «der Besitzer sich verbotener Eigenmacht, *insbesondere andauernder Hausbesetzungen* mit Gewalt erwehren kann». Von einer spezifischen *lex ad occupatores* ist indes abzusehen, da dies nicht nur als unverhältnismässig erscheint, sondern damit wiederum den Gerichten ein Ermessen genommen wird, das diesen erlaubt entsprechend dem Einzelfall die Besitzesbeeinträchtigung als Störung oder Entzug zu behandeln. Das Gesetz würde einen Tatbestand fingieren, der nicht der Realität entspricht, womit sich der Gesetzgeber – ohne Not – dem Vorwurf des realitätsfremden Legiferieren aussetzen würde. Mithin etwas, was wiederum im Rahmen der realistischen Auslegungsmethode von den Gerichten absehbar anzupassen, wenn nicht zu korrigieren wäre. Auch dieser Vorschlag soll daher an dieser Stelle nicht vertieft werden.

c) Ratifikation

Wie in einem Entscheid der Europäischen Kommission für Menschenrechte angedeutet, könnte Hausbesetzungen, welche unter dem Gesichtspunkt von Art. 6 Abs. 1 EMRK keine ernsthafte und reale Beeinträchtigung des Eigentumsrechts darstellen, wohl gestützt auf Art. 1 des ersten **Zusatzprotokolls zur EMRK** begegnet werden.[1053] Es könnte daher erwogen werden, inwiefern die Schweiz dieses Zusatzprotokoll ratifizieren soll. Obschon dies angesichts der Rechtsprechung zum Zusatzprotokoll für die vorliegende Problematik grundsätzlich zu hinterfragen ist, erscheint dies vorliegend aufgrund der vom Bundesgericht entwickelten Rechtsprechung zu den von Art. 26 BV ableitbaren Schutzpflichten nicht zwingend. Kommt hinzu, dass auch die Strassburger Rechtsprechung bislang die Ausschöpfung des Zivilwegs voraussetzt, bevor irgendwelche staatlichen Schutzpflichten angenom-

[1052] Siehe hiervor BT, I. C. 2./3.; BT, I. D. 1.

[1053] Siehe hiervor BT, I. B. 3. e).

men werden.[1054] Eine Vertiefung dieses Vorschlags wird daher an dieser Stelle bewusst offen gelassen.

d) Partikularprozessrecht

Gemäss dem Rechtsgutachten von Prof. Dr. WERMELINGER[1055] wird *de lege ferenda* vorgeschlagen, einen neuen **Art. 926 Abs. 2bis ZGB** aufzunehmen, wonach «*[l]orsqu'il se voit confronté à l'usurpation d'un immeuble à des fins d'habitation, le possesseur peut en expulser le ou les usurpateurs dans le jour ouvrable suivant le début de l'occupation illicite. Passé ce délai, l'autorité cantonale compétente prend toute mesure provisionnelle nécessaire à l'expulsion du ou des usurpateurs. En cas d'urgence particulière, elle peut prendre des mesures provisionnelles sans entendre les personnes parties à la procédure. En même temps, elle leur donne la possibilité de prendre position; elle prend ensuite une nouvelle décision*». Auch wenn *prima facie* nicht einsehbar ist, weshalb sich der Vorschlag nur auf Wohnliegenschaften bezieht, adressiert er doch die wesentlichen Problempunkte, die insbesondere bei Besitzesbeeinträchtigung durch Hausbesetzungen im Rahmen der Selbsthilfe gemäss Art. 926 ZGB entstehen können, nämlich die Reaktionszeit und die amtliche Hilfe.

Wenn der Vorschlag hier dennoch nicht zur weiteren Vertiefung vorgeschlagen wird, rührt dies daher, dass er zunächst mit einem Arbeitstag wieder eine fixe – von den Umständen des Einzelfalls losgelöste – Frist setzt, die sich insbesondere für den Besitzer als kontraproduktiv erweisen kann.[1056] Dann hält auch dieser Vorschlag eine *lex ad occupatores* bereit, was aus den hiervor genannten Gründen wenig opportun erscheint.[1057] Schliesslich steht der Vorschlag auch quer zum gesetzgeberischen Willen, die materiellrechtlichen Kodifikationen – wie das Schweizerische Zivilgesetzbuch – von verfahrensrechtlichen Bestimmungen zu befreien. Dieses **Superprovisorium *sui generis***, was mit Art. 926 Abs. 2bis ZGB vorgeschlagen wird, lässt sich bereits über Art. 261 ff. ZPO erreichen. Womit sich Fragen der Koordination dieser parallelen Vorschriften stellen.

[1054] Siehe hiervor BT, I. B. 3. e).

[1055] Siehe hiervor BT, I. G. 3. c) cc); WERMELINGER AMÉDÉO, Gutachten vom 11. Januar 2016 *re* Besitzeskehr gemäss Art. 926 Abs. 2 ZGB, Anhang 22.

[1056] Siehe hiervor BT, II. B. 1. a).

[1057] Siehe hiervor BT, II. B. 2. b).

e) Polizeilicher Besitzesschutz

In Anlehnung an die relativ neue Bestimmung des Art. 28b Abs. 4 ZGB könnte erwogen werden, den Kantonen und somit indirekt der kantonalen Polizei eine Interventionspflicht im Krisenfall aufzuerlegen und somit den possessorischen Besitzesschutz quasi ins kantonale Polizeirecht zu überführen. Entsprechend würde ein **Art. 926 Abs. 4 ZGB** mit folgendem Wortlaut eingefügt: «*Die Kantone bezeichnen eine Stelle, die im Krisenfall die sofortige Vertreibung der Täter vom Grundstück verfügen kann, und regeln das Verfahren*». Würde sich der Besitzesschutz ausschliesslich vom verfassungsmässigen Schutz der Privatsphäre bzw. der privaten Wohnung ableiten lassen[1058] oder wäre er – wie altrechtlich von gewissen Westschweizer Kantonen getan[1059] – als Ausfluss der Persönlichkeit zu verstehen, könnte hier zweifellos eine gewisse Wertungskohärenz gesehen werden. Allerdings ist der Schutz vor Gewalt und Drohung in der lebensgemeinschaftlichen Wohnung wohl nicht *per se* mit einer Hausbesetzung gleichzusetzen.[1060] Zudem wird mit solchen Lösungen immer wieder aufs Neue kantonales (letztlich) Zivilprozessrecht durch die Hintertüre wieder eingeführt, was offenkundig der schweizweiten Vereinheitlichung des Zivilverfahrensrechts Abbruch tut. Aus diesen Gründen wird auch dieser Vorschlag nicht zur Vertiefung empfohlen.

f) Aufhebung des Besitzesschutzes

Gestützt auf die von MEIER seit längerem propagierte Überführung des Besitzesschutzes gemäss Art. 927 ff. ZGB in den von der Schweizerischen Zivilprozessordnung vorgesehenen **vorsorglichen Rechtsschutz** gemäss Art. 261 ff. ZPO siehe sogleich.[1061]

[1058] Siehe hiervor BT, I. B. 2. c).

[1059] Siehe hiervor BT, I. G. 1.

[1060] Vgl. aber BGer vom 23. Oktober 1980, SJ 1981, S. 114 ff., wo der Ehemann die Ehefrau nicht mehr in die gemeinsame Wohnung liess; siehe hiervor BT, I. C. 5. c); BT, I. C. 6. c) bb); BT, I. G. 3. c) bb).

[1061] Siehe hiernach BT, II. B. 2. c).

2. ZPO

a) Summarverfahren

Insbesondere der possessorische Besitzesschutz gemäss Art. 927 f. ZGB könnte mittels Aufnahme in die Liste von **Art. 249 ZPO** dem summarischen Verfahren zugewiesen werden. Damit würde für den possessorischen Besitzesschutz zwar ein seinem vorsorglichen Charakter angemessenes Verfahren festgelegt,[1062] doch verlören die Besitzer im Ergebnis das ordentliche bzw. vereinfachte Verfahren, auf das sie letztlich bei komplexeren, nicht mittels Urkunden zu beweisenden Sachverhalten angewiesen bleiben.[1063]

Entsprechend müsste für den Besitzesschutz gemäss Art. 927 f. ZGB zumindest die Untersuchungsmaxime gemäss **Art. 255 ZPO** angeordnet werden und diese Bestimmung mit einem lit. c ergänzt werden, wonach das Gericht den Sachverhalt «*bei Anordnungen des Besitzesschutzes gemäss Art. 927 f. ZGB*» von Amtes wegen festzustellen hat. Damit würde für die Praxis aber wohl nur eine Scheinlösung geschaffen, da die Gerichte nicht aufgrund einer Plausibilitätsprüfung verbunden mit Behördenauskünften über den Besitzesschutz entscheiden können. Dies mag für die freiwillige Gerichtsbarkeit oder für Konkurs- und Nachlassgerichte funktionieren, wobei letztere aufgrund der Rechtsprechung nur konkurshindernde Tatsachen mittels Betreibungsregisterauszügen und der Plausibilitätsprüfung eines Sanierungsplans von Amtes wegen berücksichtigen müssen.[1064] Beim Besitzesschutz mit seinen mannigfachen Konstellationen werden die Gerichte hier absehbar regelmässig nicht leisten können, was ihnen der Gesetzgeber vorschreibt. Damit bleibt nur noch die Möglichkeit der Flexibilisierung des Beweismittelrechts von Art. 254 ZPO, die allerdings bereits in Abs. 2 der Bestimmung verankert ist.

Die Einschränkung auf das Summarverfahren gestaltet den Besitzesschutz nur dann effektiver, wenn angesichts seines **vorsorglichen Charakters** auch der Dringlichkeit des Schutzbedürfnisses angemessen Rechnung getragen wird. Wenn

---

[1062] Siehe hiervor BT, I. E. 3. a).

[1063] Siehe hiervor BT, I. E. 3.

[1064] Siehe aber hiervor BT, I. G. 2. c) bb) für die Praxis der Genfer Polizei, die auf einen Businessplan abstellt.

also ein Summarverfahren zu erwägen ist, dann dasjenige des vorsorglichen Rechtschutzes.[1065]

b) Unbestimmte Gegenpartei

Verschiedene Gerichte, die im Rahmen dieses Gutachtens angegangen wurden,[1066] aber auch gewisse Polizeibehörden, die nicht mehr auf das Beschreiten des Zivilwegs abwarten, bevor sie zur polizeilichen Räumung der besetzten Liegenschaft schreiten,[1067] haben darauf hingewiesen, dass es für die Hausbesitzer zur besonderen Herausforderung wird, die **passivlegitimierten Personen** namhaft zu machen und dann diesen die Prozessakte zuzustellen.

Entsprechend könnte beispielswiese **Art. 257 Abs. 1 ZPO** dahin erweitert werden, dass «das Gericht aufgrund eines Gesuches *gegen eine bestimmte oder bestimmbare Partei* Rechtschutz im summarischen Verfahren gewährt, wenn: …». Damit würden die geschilderten Probleme gewiss gemildert. Nur wäre der Preis hierfür zu hoch. Denn damit würde eine Grundfeste des Zivilprozessrechts ins Wanken gebracht, die angesichts rechtstaatlicher garantierter Verfahren unabdingbar ist: Entscheide sind nur im Rahmen ihrer materiellen Rechtskraft vollstreckbar, wobei sich diese Verbindlichkeit letztlich nur mit der rechtsgenüglichen Verfahrensbeteiligung und der damit verbundenen Gewährleistung des rechtlichen Gehörs begründen lässt.[1068] Zudem ist ein solch drastischer Eingriff in das Verfahrensrecht auch nicht erforderlich, wie bereits das Bundesgericht in einem Fall betreffend Hausbesetzungen bemerkt hat.[1069] Denn wie in der Lehre – auf die sich das Bundesgericht bezieht – ausgeführt wurde, können rechtskräftige Entscheide auch gegenüber Dritten durchgesetzt werden, sofern sich deren Einsprachen nicht glaubhaft auf ein besseres Recht abstützten lassen, wie dies bei den Hausbesetzern vorwiegend der Fall sein dürfte.[1070]

[1065] Siehe hiernach BT, II. B. 2. c).

[1066] Siehe hiervor BT, I. G. 3. c) aa); BT, I. G. 4. c) aa); BT, I. G. 5. c) aa).

[1067] Siehe hiervor BT, I. G. 4. c) bb).

[1068] Siehe vor allem OBERHAMMER, KUKO-Art. 236 ZPO N 28 ff.

[1069] Siehe BT, I. B. 3. c) (4).

[1070] Siehe hiervor BT, I. B. 3. c) (4) FN 189.

Damit bleibt letztlich nur noch die Problematik der Zustellung der Prozessakte bzw. des Entscheids an die Hausbesetzer. Diese lässt sich aber *de lege lata* bereits über eine öffentliche Bekanntmachung gemäss Art. 141 ZPO entschärfen. Eine gewisse zusätzliche Beförderung für den superprovisorischen Rechtschutz, wo es wohl nicht angezeigt ist, die entsprechende Bekanntmachung abzuwarten, könnte allenfalls mit einem Einschub nach dem 1. Satz des **Art. 265 Abs. 2 ZPO** erreicht werden, wonach «*das Gericht stattdessen die Massnahme öffentlich bekannt machen kann* [Satz 2] *und die betroffenen Parteien diesfalls innert der gerichtlich bekannt gegebenen Frist* schriftlich Stellung zu nehmen oder eine Verhandlung anzubegehren haben, die unverzüglich stattzufinden hat [Satz 3]». Art. 265 Abs. 2 Satz 2 ZPO wird als Satz 4 beibehalten. Nur auch hier wird durch diesen Einschub nicht viel mehr erreicht, als aufgrund der Rechtslage *de lege lata* bereits möglich ist. Durch die öffentliche Bekanntgabe des Superprovisorium, das ohnehin im nicht kontradiktorischen Verfahren erlassen wird, wird keine Zeit gewonnen und die öffentliche Bekanntgabe des Superprovisorium ist heute schon aufgrund von Art. 141 ZPO möglich. Die Gefahr der fehlenden Vollstreckbarkeit mangels Eröffnung ist angesichts der heute umgehend möglichen Publikation des Superprovisorium zu vernachlässigen.

c) Vorsorgliche Massnahme

Wie hiervor kritisch bemerkt,[1071] wird dem Schutzsuchenden *de lege lata* aufgrund der Prosekutionspflicht auch des possessorischen Besitzesschutzes ein **umständliches dreistufiges Verfahren** auferlegt: Er muss zunächst (1) ein Massnahmeverfahren für Possessorium, dann (2) eine Prosekution des Possessorium und schliesslich (3) ein Verfahren für das Petitorium gewärtigen. Worin das Interesse des Gesuchsgegners liegt, «... vor einem allfälligen Petitorium noch eine definitive Erkenntnis hinsichtlich des Bestehens oder Nichtbestehens des bereits im Massnahmeverfahren befriedigten [possessorischen] Besitzschutzanspruchs herbeizuführen» ist nicht einsehbar und die ohnehin schon problematische materiellrechtliche Trennung zwischen Possessorium und Petitorium[1072] wird hier nur noch verschärft.

[1071] Siehe hiervor BT, I. E. 3. c) dd).

[1072] Siehe hiervor BT, I. D. 2.

Anschliessend an die bereits gegebene Rechtsprechung, wonach unter Umständen auf eine **Prosekution verzichtet** werden kann,[1073] sollte dies *de lege ferenda* auch für den possessorischen Besitzesschutz möglich sein. Dieser wird aufgrund seines bereits in Art. 927 f. ZGB angelegten Charakters bereits durch die vorsorgliche Massnahme realisiert. Eine Prosekution ist «... weder notwendig noch überhaupt möglich ...», da sich das Rad der Zeit nicht zurückdrehen lässt. Vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber vor nicht allzu langer Zeit am Grundsatz der Prosekution festgehalten und das Interesse an einer umfassenden Beurteilung höher gewichtet hat, als dasjenige an einem definitiven Rechtschutz mittels Glaubhaftmachen, bleibt hierzu allerdings nur noch die Möglichkeit, den Besitzesschutz gemäss Art. 927 f. ZGB – entsprechend seinem Charakter[1074] – in den vorsorglichen Rechtsschutz gemäss Art. 261 ff. ZPO zu überführen. Da der possessorische Besitzesschutz ohnehin schon *de lege lata* nicht ohne petitorische Fragen zu beantworten möglich ist,[1075] würde der Rechtschutz bei einer Streichung der Art. 927 f. ZGB im Ergebnis nicht geschmälert. Er würde indes einen Paradigmenwechsel darstellen, der eine breitere Untersuchung bedingt. Denn obschon die vorsorglichen Massnahmen zunehmend den Besitzesschutz *in praxi* verdrängen,[1076] kommt ihm insbesondere für nicht im Grundbuch eingetragene Besitzer eine gewisse Bedeutung zu.[1077] Aus diesem Grund wird hier die Vertiefung lediglich des Vorschlags, auf eine Prosekution für den Besitzesschutz zu verzichten, nicht empfohlen. Dies gilt aber nicht – wie sogleich bemerkt – für die vertiefte Untersuchung des Verhältnisses zwischen possessorischem und petitorischem Besitzesschutz sowie die Überführung des ersteren in den vorsorglichen Rechtschutz der Schweizerischen Zivilprozessordnung.[1078]

[1073] Siehe hiervor BT, I. 3. c) dd).

[1074] Siehe hiervor BT, I. E. 1./3. c) aa).

[1075] Siehe hiervor BT, I. C. 2./3.; BT, I. D. 2.; BT, I. E. 3. c).

[1076] Siehe hiervor BT, I. E. 1.

[1077] Siehe hiervor BT, I. D. 1. a).

[1078] Siehe hiernach BT, II. C.

3. StPO

Schliesslich wäre es – rein theoretisch – vorstellbar, für die Starverfolgungsbehörden in einem Verfahren zur Ahndung etwa eines Hausfriedensbruchs gemäss Art. 186 StGB[1079] entsprechende Zwangsmassnahmen in der Strafprozessordnung vorzusehen und damit die Räumung einer besetzten Liegenschaft letztlich der Anordnung des Zwangsmassnahmegerichts anheim zu stellen. Dies ist jedoch aus verschiedenen Gründen abzulehnen. Zunächst würden die Strafverfolgungsbehörden und insbesondere die Strafgerichte mit einer primär zivilrechtlichen Angelegenheit betraut. Obschon dies unserer Rechtsordnung – wie sich aus dem Adhäsionsprozess ergibt[1080] – nicht völlig fremd ist, wird damit eine Kompetenz am falschen Ort bzw. bei den falschen Behörden begründet. Zudem eignet sich das Straf- und Strafprozessrecht – wie bereits dargelegt – nur sehr bedingt zur Gewährleistung des Besitzesschutzes.[1081]

C. Weiter zu vertiefende Fragen

Obschon vorliegend unter den nicht weiter verfolgten Vorschlägen aufgeführt,[1082] bietet die vorliegende Motion eine Gelegenheit den Besitzesschutz gemäss Art. 927 f. ZGB in seiner heutigen Form zu überdenken. Wie im Rahmen dieses Gutachtens an verschiedener Stelle ausgeführt,[1083] besteht auch *de lege lata* – entgegen der allgemeinen Auffassung – eine Verknüpfung zwischen **possessorischem und petitorischem Besitzesschutz**. Wird zudem berücksichtigt, dass der possessorische Besitzesschutz zwar als vorsorgliche Massnahme *sui generis* gedacht ist, weil er stets unter dem Vorbehalt des Entscheids übers Petitorium steht,[1084] dann aber einen eigenständigen Zivilrechtsanspruch begründet, weil er im Schweizerischen Zivilgesetzbuch angelegt ist,[1085] so entsteht dadurch eine Rechtslage, die dem Schutz-

---

[1079] Siehe hiervor BT, I. F. 2.

[1080] Siehe hiervor BT, I. F. 3.

[1081] Siehe hiervor BT, I. F. 1./4.

[1082] Siehe hiervor BT, II. B. 1. f); BT, II. B. 2. c).

[1083] Siehe hiervor BT, I. C. 2./3.; BT, I. D. 2.; BT, I. E. 3. c).

[1084] Siehe hiervor BT, I. E. 1./3. c) aa).

[1085] Siehe hiervor BT, I. E. 1./3. c) dd).

suchenden eine Vielzahl von Optionen bereithält, wovon keine zu einem Ergebnis in nutzbringender Zeit führt. Vielmehr geht der ursprünglich fürs Possessorium angedachte schnelle Schutz unter in einer endlos anmutenden Prozessschlaufe. Es empfiehlt sich daher – anknüpfend an die vorliegenden Ausführungen – das Verhältnis zwischen Possessorium und Petitorium weiter zu prüfen. Dabei werden insbesondere auch die vertraglich begründeten Besitzesverhältnisse mitzuberücksichtigen sein, die hier nicht weiter vertieft wurden. Eine solche Studie hätte den Fragen nachzugehen, inwiefern der possessorische Besitzesschutz in den vorsorglichen Rechtschutz der Schweizerischen Zivilprozessordnung überführt,[1086] die Abklärung bzw. der Schutz des Possessorium in die vorsorglichen Massnahmen zum Petitorium integriert[1087] und insbesondere auch verschiedene vorsorgliche Massnahmen, wie etwa diejenige des Besitzers mit derjenigen des sich berechtigt glaubenden Besitzesstörers, koordiniert werden könnten.[1088] Nur so wird letztlich die auch im Lichte der vorliegenden Motion gesuchte Balance zwischen Schutz des Eigentums und Gewährung eines fairen Verfahrens gehalten.

Freiburg i.Ue./Basel, den 20. August 2018

sig. Ramon Mabillard

[1086] Siehe hiervor BT, I. E. 1.

[1087] Siehe hiervor BT, I. E. 3. c), insbesondere dd).

[1088] Siehe hiervor BT, I. E. 3. c) ee).

LITERATURVERZEICHNIS

Die nachstehenden Werke werden, wenn nichts anderes angegeben ist, mit Nachnamen des Autors sowie mit Seitenzahl oder Randnote zitiert.

AEBI-MÜLLER REGINA E., Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2007, veröffentlicht im Band 133, Personenrecht und Erbrecht, in: ZBJV 144 (2008), S. 491 ff.

AKANDJI-KOMBE JEAN-FRANÇOIS, Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme, Strassburg 2006

ALDER DANIEL, Der einstweilige Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht, Bern 1993

ARNET RUTH/EITEL PAUL, CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB, Art. 926 ZGB, Zürich 2016

AUBERT JEAN-FRANÇOIS/ MAHON PASCAL, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999, Art. 35 Cst., Zürich 2003

AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, Bd. II, Bern 2000

BAUMANN MAJA, Mietrechtliche Stolpersteine bei der Umnutzung von Liegenschaften, Jusletter 25. November 2013

BECKER HERMANN, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Art. 41 OR, Bern 1945

BELSER EVA MARIA/WALDMANN BERNHARD, Grundrechte II: Die einzelnen Grundrechte, Zürich 2012

BERGER-STEINER ISABELLE/SCHMID DOMINIK, OFK – Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Art. 926 ZGB, Art. 927 ZGB, Art. 928 ZGB, Zürich 2016

BERTI STEPHEN V., Kurzkommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 63, Basel 2014

BERTI STEPHEN V., Vorsorgliche Massnahmen im schweizerischen Zivilprozessrecht, ZSR 1997, S. 173 ff.

BESSON SAMANTHA, Les obligations positives de protection des droits fondamentaux - Un essai en dogmatique comparative, ZSR 2003, S. 49 ff.

BIAGGINI GIOVANNI, OFK - Orell Füssli Kommentar, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Art. 26 BV, Art. 43 BV, Zürich 2017

BIAGGINI GIOVANNI, Eigentumsgarantie (§ 221), in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/2: Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein, Heidelberg 2007 (zit. BIAGGINI, Eigentumsgarantie)

BIAGGINI GIOVANNI, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. VII/2: Grundrechte in der Schweiz und Liechtenstein, Karlsruhe 2007 (zit. BIAGGINI, Handbuch)

BIAGGINI GIOVANNI, Rechtsstaatliche Anforderungen an die Auslagerung und an den ausgelagerten Vollzug staatlicher Aufgaben sowie Rechtsschutz, Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten: Rechtsformen und ihre Folgen, St. Gallen 2002 (zit. BIAGGINI, Rechtsstaatliche Anforderungen)

BICHOVSKY AUDE, Commentaire Romand, Code pénal I, Art. 1-110 CP, Art. 31 StGB, Basel 2009

BOBST MAX, Die Stellung der Polizei zu privatrechtlichen Begehren des Publikums, SJZ 1951, S. 292 ff.

BOHNET FRANÇOIS, Commentaire pratique Actions civiles, Conditions et conclusions, Basel 2014

BOMMER FELIX, Offensive Verletztenrechte im Strafprozess, Bern 2006

BOMMER FELIX/GOLDSCHMID PETER, Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jungendstrafprozessordnung, Art. 266 StPO, Basel, 2011

BREHM ROLAND, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, Art. 41-61 OR, Art. 44 OR, Art. 52 OR, Bern 2013

BREITENMOSER STEPHAN, Der Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 8 EMRK: das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und des Briefverkehrs, Basel/Frankfurt am Main 1986 (zit. BREITENMOSER, Privatsphäre)

BREITENMOSER STEPHAN/SCHWEIZER RAINER J., St. Galler-Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung, Art. 13 BV, Zürich 2014

BREITSCHMID PETER, Die Beanspruch der Polizei zur Sicherung privater Rechte, ZBl 84/1983 S. 289 ff.

BRODMANN ERICH, Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3/1, Vorbem. zum Besitz, Berlin 1928

BÜCHI RAFFAEL/GEHRING EVA, Erstreckung ausgeschlossen: Die Gebrauchsleihe als ideale Vertragsform für die Zwischennutzung von Liegenschaften, Jusletter 10. Februar 2014

CAMPRUBI MADELEINE, Kassation und positive Anordnungen bei der staatsrechtlichen Beschwerde, Zürich 1999

COCCHI BRUNO/TREZZINI FRANCESCO/BERNASCONI GIORGIO, Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero (CPC) del 19 dicembre 2008, Lugano 2011

DAVID LUCAS, Der Rechtsschutz im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht Bd. I/2, Basel/Frankfurt a.M. 1998

DELNON VERA/RÜDY BERNHARD, Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, Art. 186 StGB, Basel 2013

DENNINGER ERHARD, Polizeiaufgaben (D.), Handbuch des Polizeirechts, München 2012

DESCHENAUX HENRI/TERCIER PIERRE, La responsabilité civile, 2. A., Bern 1982

DOLGE ANNETTE, Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jungendstrafprozessordnung, Art. 122 StPO, Art. 123 StPO, Basel, 2011

DOMEJ TANJA, Kurzkommentar ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Art. 926 ZGB, Art. 927 ZGB, Art. 929 ZGB, Basel 2012

DOMENIG JÜRG, Die Adhäsionsklage im Bündner Strafprozess, Zürich 1990

DONATSCH ANDREAS, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, Zürich 2013

DONATSCH ANDREAS, OFK - Orell Füssli Kommentar, Kommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch und weitere einschlägige Erlasse mit Kommentar zu StGB, JStG, den Strafbestimmungen des SVG, BetmG und AuG, Art. 186 StGB, Zürich 2013

DONATSCH ANDREAS/SCHMID NIKLAUS, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich vom 4. Mai 1919, Zürich 2007

DONATSCH ANDREAS/TAG BRIGITTE, Strafrecht I – Verbrechenslehre, Zürich 2013

DREWS BILL/WACKE GERHARD/VOGEL KLAUS/MARTENS WOLFGANG, Gefahrenabwehr, Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder, Köln 1975

DROESE LORENZ, Die Zivilklage nach der schweizerischen Strafprozessordnung, HAVE 2011, S. 37 ff.

DUBEY JACQUES, Espace- Temps- Propriété, Définition et restriction de la propriété privée du sol à l'heure du développement durable et de l'aménagement du territoire, Zürich 2012

DÜRING EDURARD, Die Besitzesschutzklagen nach dem Schweizerischen Zivilgesetzbuche, Bern 1918

DÜRR ROLF ROBERT, Die polizeiliche Generalklausel, Zürich 1967

EHRENZWEIG ARMIN, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. 1; Das Sachenrecht, Wien 1957

EICHLER HERMANN, Institutionen des Sachenrechts, Bd. II/1, Eigentum und Besitz, Berlin 1957

EGGER ROCHAT GWENDOLINE, Les squatters et autres occupants sans droit d'un immeuble, Zürich 2002

EGLI PATRICIA, Drittwirkung von Grundrechten, Zürich 2001

EGLI PATRICIA, Hausbesetzungen: Ein Problemaufriss aus öffentlich-rechtlicher Sicht, Recht & Sicherheit 2018, S. 42 ff.

ERNST WOLFGANG, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Vorbem. Art. 926-929 ZGB, Art. 926 ZGB, Art. 927 ZGB, Art. 928 ZGB, Basel 2015

ERNST WOLFGANG, Possessorischer Besitzesschutz und eidgenössischer Zivilprozess, recht 2011, S. 101 ff.

FANG-BÄR ALEXANDER/WEISS MARCO, Das Verbot politischer Parteien unter besonderer Berücksichtigung verfahrensrechtlicher Aspekte, Sicherheit & Recht 2017, S. 30 ff.

FASEL URS, Sachenrecht – Entwicklungen 2013, Bern 2014

FRIAUF KARL-HEINRICH, Polizei- und Ordnungsrecht, Besonderes Verwaltungsrecht, Frankfurt a.M. 1979

FOLKE SCHUPPERT GUNNAR, Staatswissenschaft, Baden-Baden 2003

GAMMA MARCO, Möglichkeiten und Grenzen der Privatisierung polizeilicher Gefahrenabwehr, Bern 2000

GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE, Kurzkommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 258 ZPO, Art. 259 ZPO, Art. 260 ZPO, Art. 261 ZPO, Zürich 2014,

GIERKE JULIUS V., Bürgerliches Recht, Sachenrecht, Berlin 1925

GÖKSU TARKAN, Drittwirkung der Grundrechte im Bereich des Persönlichkeitsschutzes, SJZ 2002, S. 89 ff.

GÖKSU TARKAN, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Art. 258 ZPO, Art. 259 ZPO, Zürich 2016

GÖTZ VOLKMAR, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, Göttingen 1978

GSCHNITZER FRANZ, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Heidelberg 1966

GÜLLER WALTER, Unfreiwilliger Besitzverlust und gutgläubiger Fahrniserwerb, Zürich 1924

GÜNGERICH ANDREAS, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. II, Art. 150-352 ZPO, Art. 400-406 ZPO, Art. 254 ZPO, Art. 258 ZPO, Art. 260 ZPO, Art. 261 ZPO, Art. 262 ZPO, Art. 264 ZPO, Art. 264 ZPO, Art. 268 ZPO, Bern 2012

GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1964

GUSY CHRISTOPH, Polizei- und Ordnungsrecht, Tübingen 2011

GUTMANN CHRISTOPH, Die Haftung des Gesuchstellers für ungerechtfertigte vorsorgliche Massnahmen, Basel 2006

GUTZEIT MARTIN, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Staudinger BGB, Buch 3, Sachenrecht, Einleitung zum Sachenrecht, §§ 854-882 (Allgemeines Liegenschaftsrecht 1), § 858 BGB, München 2012

HABLÜTZEL EMIL, Verhältnis der Besitzesschutzklagen zum Rechtsschutz in ausserordentlichen prozessualen Verfahren, Zürich 1947

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich/St. Gallen 2008 (zit. HÄFELIN/MÜLLER/KELLER, Bundesstaatsrecht)

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht)

HAEFLIGER ARTHUR/SCHÜRMANN FRANK, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, KSR, Bern 2014

HANGARTNER YVO, Bundesgericht I. Öffentlichrechtliche Abteilung, 28.2.2007, Coopérative RHINO, M.K., G.T. und T.R. c. Grand Conseil du Canton de Genève, Staatsrechtliche Beschwerde (1P.451/2006), AJP 2007, S. 902 ff.

HANGARTNER YVO, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Band 2, Zürich 1980 – 1982

HAUBENSAK URS, Die Zwangsvollstreckung nach der zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1975

HAUSER ROBERT/SCHWERI EBERHARD/HARTMANN KARL, Schweizerisches Strafprozessrecht, Basel 2005

HAUSHEER HEINZ/JAUN MANUEL, SHK - Stämpflis Handkommentar, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1-10 ZGB, Art. 1 ZGB, Bern 2003

HECK PHILIPP, Grundriss des Sachenrechts, Aalen 1930

HEIMGARTNER STEFAN, Strafprozessuale Beschlagnahme – Wesen, Arten und Wirkungen, Zürich 2011

HINDERLING HANS, Schweizerisches Privatrecht, Sachenrecht, Besitz, Bd. V/1, Basel 1977 (zit. HINDERLING, Schweizerisches Privatrecht)

HOFFMANN-RIEM WOLFGANG, Übergang der Polizeigewalt auf Private, Offene Rechtswissenschaft, Ausgewählte Schriften und begleitende Analysen, Tübingen 2010

HOHL FABIENNE, Procédure civile, Bern 2010/2016 (zit. HOHL, Procédure civile)

HOHL FABIENNE, Procédure civile, tome II, Organisation judiciaire, compétence, procédures et voies de recours, Bern 2002 (zit. HOHL, Procédure civile II)

HOMBERGER ARTHUR, Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Besitz und Grundbuch, Art. 926 ZGB, Art. 927 ZGB, Art. 928 ZGB, Zürich 1938

HOTTELIER MICHEL, La garantie de la propriété en droit fédéral suisse – fondements, contenu et fonctions, SZIR 1997

HUBER EUGEN, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, III. Band, Basel 1889

HUBER LUCIUS, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Art. 261 ZPO, Art. 263 ZPO, Art. 268 ZPO) Zürich 2016

HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht, Zürich 2008

INFANGER DOMINIK, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 63 ZPO, Basel 2017

ISENSEE JOSEF, Das Grundrecht auf Sicherheit, Zu den staatlichen Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, Berlin/New York 1983

JAKOB DOMINIQUE/DARDEL DANIELA/UHL MATTHIAS, Verein – Stiftung – Trust, Entwicklungen 2012, Bern 2013

JENNY GUIDO, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2002 – (ohne Entscheide betreffend internationale Zusammenarbeit in Strafsachen) veröffentlicht im Band 128, ZBJV 2004, S. 718 ff.

JENT-SORENSEN INGRID, Kurzkommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 248 ZPO, Art. 252 ZPO, Art. 254 ZPO, Art. 257 ZPO, Art. 258 - 260 ZPO, Basel 2014

JERMANN ANDREAS, Designrecht, Kommentar zum BG über den Schutz von Design, Art. 38 DesG, Zürich 2003

JHERING RUDOLF V., Über den Grund des Besitzesschutzes – Eine Revision der Lehre vom Besitz, Jena 1869

JOOST DETLEV, Münchner Kommentar zum BGB, Besitz, Vorbem. zu §§ 854 ff., § 858, München 2013

KÄLIN WALTER, Grundrechte im Kulturkonflikt, Zürich 2000

KÄLIN WALTER/KIENER REGINA, Öffentliches Recht II, Grundrechte, Bern 2002

KÄLIN WALTER/LIENHARD ANDREAS/WYTTENBACH JUDITH, Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben, Basel 2007

KELLERHALS FRANZ, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. II, Art. 150-352 ZPO, Art. 400-406 ZPO, Art. 338 ZPO, Art. 343 ZPO, Art. 346 ZPO, Bern 2012

KILLER ALBERT, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, Aarau 1998

KILLIAS LAURENT, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. II, Art. 150-352 ZPO, Art. 400-406 ZPO, Art. 219 ZPO, Art. 243 ZPO, Bern 2012

KIRCHHOF PAUL, Polizeiliche Eingriffsbefugnisse und private Nothilfe, NJW 1978, S. 969 ff.

KODEK GEORG, Kommentar zum ABGB, Klang-Kommentar, §§ 285-352, Sachenrecht, München 2011

KOFMEL EHRENZELLER SABINE, Kurzkommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 261 ZPO, Art. 262 ZPO, Art. 263 ZPO, Art. 268 ZPO, Art. 343 ZPO, Basel 2014

KOSLAR FRANO, SHK - Stämpflis Handkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Art. 258 ZPO, Art. 260 ZPO, Bern 2010

KOZIOL HELMUT/WELSER RUDOLF/KLETECKA ANDREAS, Bürgerliches Recht, Bd. I, Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht, Wien 2014

KÜFFER HENRIETTE, Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 104 StPO, Basel, 2011

KUMMER MAX, Anmerkung zu BGE 93 II 348, ZBJV 1970

KUMMER MAX, Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 1984 (zit. KUMMER, Grundriss)

KUT AHMET, CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Art. 1 OR, Zürich 2016

LA TORRE MASSIMO, The Ancients' and the Moderns' Constitutionalism – Constitution, «State of Exception», and the Public Monopoly of Violence, Die Zukunft des staatlichen Gewaltmonopols, Baden-Baden 2011

LANDMANN VALENTIN, Notwehr, Notstand und Selbsthilfe im Privatrecht, Zürich 1975

LANDSHUT NATHAN/BOSSHARD THOMAS, Kommentar zu Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Art. 299 StPO, Art. 303 StPO, Zürich 2014

LEISNER WALTER, Schriften zu Eigentumsgrundrecht und Wirtschaftsverfassung 1970-1996, Berlin 1996

LEMBO SAVERIO/JULEN BERTHOD ANNE VALÉRIE, Commentaire Romand, Code de procédure pénal suisse, Art. 266 StPO, Basel 2011

LEUCH GEORG/MARBACH OMAR/KELLERHALS FRANZ/STERCHI MARTIN, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Bern 2000

LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999 (zit. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, ZPO SG)

LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010 (zit. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht)

LIENHARD ANDREAS, Innere Sicherheit und Grundrechte, recht 2002, S. 125 ff.

LINSI CHRISTIAN, Aktuelle Entwicklungen im Polizeirecht des Bundes, LeGes 2006, S. 10 ff.

LINSI CHRISTIAN, Verfassungsrechtliche Zuständigkeit des Bundes für den Erlass von Polizeirecht, LeGes 2008, S. 465 ff.

LIVER PETER, Anmerkung zu BGE 93 II 348, ZBJV 1970

LIVER PETER, Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV: Das Sachenrecht, Abt. 2: Die beschränkten dinglichen Rechte, Abt. 2a: Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, Bd. 1: Die Grunddienstbarkeiten, Art. 730-744 ZGB, Art. 737 ZGB, Zürich 1980

LOBSIGER ADRIAN, Grundaufgaben des modernen Rechtsstaates Teil I: Grundaufgaben der Verwaltung, Polizei und Justiz sowie des zivilen Staatsschutzes, Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, Teil 1 Allgemeiner Teil, Basel 2008

LÜTHI ANDREAS, Der Einbezug von Dritten in vorsorgliche Massnahmen und in die Zwangsvollstreckung nach kantonalem Recht, Zürich 1986

MABILLARD RAMON, Grundsätze zur Formulierung der Rechtsbegehren, Das Rechtsbegehren im Zivilverfahren: Theoretische Fragen, praktische Antworten, Bern 2016, S. 1 ff.

MARTENET VINCENT, La responsabilité de l'Etat en matière immobilière, La garantie de la propriété à l'aube du XXIe siècle, Expropriation, responsabilité de l'Etat, gestion des grands projets et protection du patrimoine, Zurich/Genève 2009

MAZAN STEPHAN, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 254 ZPO, Basel 2017

MAZZUCCHELLI GORAN/POSTIZZI MARIO, Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jungendstrafprozessordnung, Art. 115 StPO, Basel, 2011

MEIER ISAAK, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im Schweizerischen Privatrecht und Zivilverfahrensrecht, Zürich 1983 (zit. MEIER, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes)

MEIER ISAAK, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2003 (zit. MEIER, Vorentwurf)

MEIER-HAYOZ ARTHUR, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht. 1.Abteilung: Das Eigentum. I.Abschnitt: Systematischer Teil und allgemeine Bestimmungen, Artikel 641-654. Berner Kommentar. Band IV, Art. 641 ZGB, Bern 1959

FRANK RICHARD/STRÄULI HANS/MESSMER GEORG, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1997

MÖLLERS CHRISTOPH, Staat als Argument, München 2000

MOHLER MARKUS, Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Basel 2012

MÜLLER GEORG, in: Aubert et al., Komm. BV 1874, Art. 22ter

MÜLLER GEORG, Privateigentum heute, in: ZSR 100 (1981) II, S. 1 ff.

MÜLLER JÖRG PAUL, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechte, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001 (zit. MÜLLER, Verfassungsrecht)

MÜLLER JÖRG PAUL, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982 (zit. MÜLLER, Grundrechtstheorie)

MÜLLER JÖRG PAUL, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Einführung zu den Grundrechten, Basel 1987 (zit. MÜLLER, Kommentar)

MÜLLER JÖRG PAUL, Verfassung und Gesetz – Zur Aktualität von Art. 1 Abs. 2 ZGB, recht 2000, S. 119 ff.

MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, Bern 2008 (zit. MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte)

MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 1992-1996, Bern 1998 (zit. MÜLLER/SCHEFER, Rechtsprechung)

MÜLLER THERSE, Besitzschutz in Europa, Tübingen 2010 (zit. MÜLLER, Besitzschutz in Europa)

MÜLLER-ERZBACH RUDOLF, Das Recht des Besitzes, AcP 1936

NIGGLI MARCEL, Das Verhältnis von Eigentum, Vermögen und Schaden nach schweizerischen Strafgesetz dargelegt am Beispiel der Sachbeschädigung nach geltendem Recht und dem Entwurf 1991, Zürich 1992

NIGGLI MARCEL, *Ultima Ratio*?, ZStrR 1993, S. 236 ff.

NIGGLI MARCEL/RIEDO CHRISTOF, Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, Vorbem. Art. 137 StGB, Art. 137 StGB, Basel 2013

OBERHAMMER PAUL, Kurzkommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 236 ZPO, Basel 2014

OFTINGER KARL/STARK EMIL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Bd. II/1, Zürich 1989

OSER HUGO/SCHÖNENBERGER WILHELM, Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Art. 41 OR, Art. 52 OR, Zürich 1929

OSTERTAG FRITZ, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV: Das Sachenrecht, 3. Abteilung: Besitz und Grundbuch, Art. 926, Bern 1917

OTTIMOFIORE GIUSEPPA, Le droit de propriété, un droit fondamental entre inclusion et exclusion, Zürich 2012

PIEROTH BODO, Das staatliche Gewaltmonopol – ein Verfassungsrechtssatz?, Die Zukunft des staatlichen Gewaltmonopols, Baden-Baden 2011

PIEROTH BODO/SCHLINK BERNHARD/KNIESEL MICHAEL, Polizei- und Ordnungsrecht, München 2010

PLANIOL MARCEL/RIPERT GEORGES/PICARD MAURICE, Traité pratique de droit civil français, Bd. III, Paris 1957

PORTMANN RUEDI, Der Besitzesschutz des schweizerischen Zivilgesetzbuchs, mit Kurzdarstellung des Besitzschutzverfahrens nach der Zivilprozessordnung des Kantons Luzern-Zürich 1996

POUDRET JEAN-FRANÇOIS/HALDY JACQUES/TAPPY DENIS, Procédure civile vaudoise, Lausanne 2002

PULVER BERNHARD, Die Verbindlichkeit staatlicher Schutzpflichten – am Beispiel des Arbeitsrechts, AJP 2005 S. 413 ff.

RAPOLD WALTER, Der erstinstanzliche Zürcher Adhäsionsprozess, speziell in seinen Beziehungen zum Zivilprozess, Zürich 1958

RAUBER PHILIPP, Rechtliche Grundlagen der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben durch Private, Basel 2006

REY HEINZ, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 984 ZGB, Basel 2015

RHINOW RENÉ, Grundrechtstheorie, Grundrechtspolitik und Freiheitspolitik, Festschrift für Hans Huber, Bern 1981, S. 427 ff.

RIEDO CHRISTOF, Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1-110 StGB, Jugendstrafgesetz, Vor Art. 30 StGB N 1 ff., Art. 30 StGB, Basel 2013

RIEDO CHRISTOF, Entscheid des Kassationshofes vom 24.1.2002 in Sachen L. *c.* die Staatsanwaltschaft des Kantons Genf, (BGE 128 IV 81), AJP 2002, S. 2019 ff.;

RIEDO CHRISTOF/FALKNER ANASTASIA, Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jungendstrafprozessordnung, Art. 303 StPO, Basel, 2011

RIEDO CHRISTOF/FIOLKA GERHARD, Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jungendstrafprozessordnung, Art. 6 StPO, Art. 7 StPO, Basel, 2011

RIETIKER DANIEL, Kommentierte Chronik der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in Fällen gegen die Schweiz im Jahr 2011, AJP 2012 S. 539 ff.

RIVA ENRICO/MÜLLER-TSCHUMI THOMAS, Eigentumsgarantie, In: Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 765 ff.

ROBBERS GERHARD, Sicherheit als Menschenrecht, Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion, Baden-Baden 1987

RÜETSCHI DAVID, Die Verwirkung des Anspruchs auf vorsorglichen Rechtsschutz durch Zeitablauf, sic! 2002, S. 416 ff

RÜTSCHE BERNHARD, Rechtsfolgen von Grundrechtsverletzungen, Basel 2002

RUSCH ARNOLD, Gutgläubiger Fahrniserwerb als Anwendungsfall der Rechtsscheinlehre, Jusletter 28. Januar 2008

RUSCH ARNOLD/KLAUS PHILIPP, Der zugeparkte Parkplatz, Jusletter 28. September 2015

SALADIN PETER, Grundrechte im Wandel, Bern 1982

SALADIN PETER, Grundrechte und Privatrechtsordnung (1988), Die Kunst der Verfassungserneuerung, Basel 1998 (zit. SALADIN, Verfassungserneuerung)

SALADIN PETER, Wozu noch Staaten? Zu den Funktionen eines modernen demokratischen Rechtsstaats in einer zunehmend überstaatlichen Welt, Bern 1995 (zit. SALADIN, Wozu noch Staaten?)

SAVIGNY FRIEDRICH CARL V., Recht des Besitzes – Eine civilistische Abhandlung, Giessen 1803

SCHAI DAMIAN, Vorsorglicher Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Basel 2010

SCHEFER MARKUS, Die Kerngehalte von Grundrechten, Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Bern 2001 (zit. SCHEFER, Kerngehalte)

SCHEFER MARKUS, Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben, AJP 2002 S. 1131 ff.

SCHEY JOSEF, Kommentar zum AGBG, Klang-Kommentar, §§ 285-352, Sachenrecht, Wien 1933

SCHMID JÖRG, Die Unterlassungsklage zur Durchsetzung des Reglements beim Stockwerkeigentum, BN 2014, S. 307 ff.

SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Sachenrecht, Zürich 2017

SCHMID NIKLAUS/ACKERMANN JÜRG-BEAT, Widererlangung widerrechtlich entzogener Vermögenswerte mit Instrumenten des Straf-, Zivil-, Vollstreckungs- und internationalen Rechts, Zürich 1999

SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2018

SCHÖBI FELIX, Der Besitzesschutz und die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) – eine verpasste Gelegenheit, Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016

SCHUBARTH MARTIN, Gedanken über Freiheit und Unabhängigkeit, Anwaltsrevue 2013, S. 366 ff.

SCHWANDER IVO, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 713 ZGB, Basel 2015

SCHWANDER IVO, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Art. 258 ZPO, Art. 260 ZPO, Zürich 2016/St. Gallen

SCHWARZENBACH-HANHART HANS RUDOLF, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, Eine Einführung für Behördenmitglieder, Beamte und Studierende, Bern 1997

SCHWEIZER RAINER J., St. Galler-Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, Art. 35 BV, Zürich 2014

SEELMANN KURT, Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1-110 StGB, Jugendstrafgesetz, Vorbem. zu Art. 14 StGB Basel 2013

SIEGRIST KARL, Probleme aus dem Gebiete der Realexekution – Analoge Anwendung von Bestimmungen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts in der kantonalen Zwangsvollstreckung, Zürich 1958

SOERGEL HANS-THEODOR/STADLER ASTRID, BGB Bürgerliches Gesetzbuch, Sachenrecht 2/1, Stuttgart 2007

SPRECHER THOMAS, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 261 ZPO, Art. 262 ZPO, Art. 263 ZPO, Art. 268 ZPO, Basel 2017

SPÜHLER KARL/DOLGE ANNETTE/GEHRI MYRIAM A., Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, Bern 2010

STACH PATRICK, Vorsorgliche Massnahmen nach Bundesrecht und St. Gallischem Zivilprozessrecht, St. Gallen 1991

STAEHELIN ADRIAN, Die objektiven Voraussetzungen der Berufung an das Bundesgericht, ZSR 1975

STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, Zürich 2013

STÄHLI ARMIN, Hausbesetzungen aus polizeirechtlicher und -taktischer Sicht, Eine Bestandsaufnahme in Zürich, Basel, Bern und Genf, Sicherheit & Recht 2018, S. 8 ff.

STAHEL THOMAS, Hausbesetzen – ein anderer Lebensentwurf, Sicherheit & Recht 2018, S. 3 ff.

STARK EMIL/LINDEMANN BARBARA, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Der Besitz, Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB, Art. 926 ZGB, Art. 927 ZGB, Art. 928 ZGB, Art. 929 ZGB, Bern 2016

STEINAUER PAUL-HENRI, Les droits réels, Bd. I, Bern 2012

STRASSER FRANÇOIS-ROGER, Squatters et violation du domicile: réponses données à quelques idées reçues, AJP 1993

STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, Bern 2011

STRATENWERTH GÜNTER/WOHLERS WOLFGANG, SHK - Stämpflis Handkommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Bern 2013

SUTTER PATRICK, Die Haftung des Staates für Schäden aus Naturgefahren, Sicherheit & Recht 3/2009 S. 175 ff.

SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Privatrecht, Eigentum und Besitz, Bd. V/1, Basel 2014 (zit. SUTTER-SOMM, Schweizerisches Privatrecht)

SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2017 (zit. SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht)

SUTTER-SOMM THOMAS/LÖTSCHER CORDULA, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Art. 257 ZPO, Zürich 2016

TENCHIO LUCA/TENCHIO KRISTINA, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 258 ZPO, Art. 259 ZPO, Art. 260 ZPO, Basel 2017

TRACHSEL PETER, Über die Möglichkeiten justiziabler Leistungsforderung aus verfassungsmässigen Rechten der Bundesverfassung, Zürich 1980

TREIS MICHAEL, SHK - Stämpflis Handkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Art. 261 ZPO, Art. 263 ZPO, Bern 2010

TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2004

TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2014

TSCHENTSCHER AXEL, Grundprinzipien des Rechts, Einführung in die Rechtswissenschaft mit Beispielen aus dem schweizerischen Recht, Bern 2003

TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 2015

VALLENDER KLAUS A./HETTICH PETER, St. Galler-Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, Art. 26 BV, Zürich 2014

VEST HANS/HORBER SALOME, Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jungendstrafprozessordnung, Art. 107 StPO, Basel, 2011

VOGEL OSKAR/SPÜHLER KARL, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts in der Schweiz, Bern 2005

VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1974

VOYAME JOSEPH, Droit privé fédéral et procédure civile cantonale, ZSR 196, S. 168 ff.

WALDMANN BERNHARD, Basler Kommentar, Bundesverfassung, Art. 26 BV, Art. 35 BV, Basel 2015

WALDMANN BERNHARD, Eigentum und Eigentumsordnung, in: Rumo-Jungo/Pichonnaz/Hürlimann-Kaup/Fountoulakis (Hrsg.), Une empreinte sur le Code

civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Bern 2013, S. 653 ff. (zit. WALDMANN, Eigentum)

WALDMANN BERNHARD/BORTER EMANUEL, Basler Kommentar, Bundesverfassung, Art. 46 BV, Basel 2015

WEBER FRANZ, Die Besitzesschutzklagen, insbesondere ihre Abgrenzung von den petitorischen Klagen, Fribourg 1975

WEBER JONAS, Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jungendstrafprozessordnung, Art. 198 StPO, Basel, 2011

WEBER-DÜRLER BEATRICE, Grundrechtseingriffe, Die neue Bundesverfassung, Bern 2000

WEDER ULRICH, Häuserbesetzungen aus strafrechtlicher Sicht, Sicherheit & Recht 2018, S. 20 ff.

WEISSENBERGER PHILIPPE, Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, Art. 141 StGB, Art. 144 StGB, Basel 2013

WESTERMANN HARM PETER/EICKMANN DIETER/GURSKY KARL-HEINZ, Sachenrecht, Heidelberg 2011

WIDMER CARMEN LADINA, Auflösung eines Vereins mit widerrechtlichem Zweck, Anmerkung zu BGE 133 III 593, Jusletter 17. März 2008

WIEDERKEHR RENÉ, Die Kerngehaltsgarantie am Beispiel kantonaler Grundrechte, Bern 2000

WIEGAND WOLFGANG, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Vorbem. Art. 641 ZGB, Basel 2015

WIELAND CARL A, Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Art. 926 ZGB, Zürich 1909

WILDHABER LUZIUS/BREITENMOSER STEPHAN, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Art. 8 EMRK, Köln 1992

WOLFF MARTIN/RAISER LUDWIG, Sachenrecht, Tübingen 1921

WURZBURGER ALAIN, Les conditions objectives du recours en réforme au Tribunal fédéral, Lausanne 1964

ZOBL DIETER, Zum Verhältnis Besitzesschutz und Rechtsschutz, in: Rechtsschutz, Festschrift zum 70. Geburtstag von Guido von Castelberg, Zürich 1997, S. 303 ff.

ZÜND ANDREAS/ERRASS CHRISTOPH, Die polizeiliche Generalklausel, ZBJV 2011, S. 261 ff.

ZÜND ANDREAS/ERRASS CHRISTOPH, Privatisierung von Polizeiaufgaben, Sicherheit & Recht 3/2012 S. 162 ff.

ZÜRCHER JOHANN J., Der Einzelrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich: einstweiliger und definitiver Rechtsschutz für immaterialgüter- und wettbewerbsrechtliche Ansprüche im summarischen Verfahren, Zürich 1998 (zit. ZÜRCHER, Diss 1998)

ZÜRCHER JOHANN J., ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Art. 261 ZPO, Art. 263 ZPO, Art. 268 ZPO, Zürich/St. Gallen 2016

Anhang 1

Sammlung der Entscheide des Bundesgerichts

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

Zurück

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
1C_121/2012

Arrêt du 12 juillet 2012
Ire Cour de droit public

Composition
MM. les Juges Fonjallaz, Président,
Aemisegger et Merkli.
Greffière: Mme Mabillard.

Participants à la procédure
SI A._____ SA,
B._____ SA,
toutes les deux représentées par
Me Bénédict Fontanet et Me Malek Adjadj, avocats, Etude Fontanet & Associés,
recourantes,

contre

Etat de Genève,
représenté par Me Bertrand Reich, avocat.

Objet
Expropriation matérielle,

recours contre l'arrêt de la Cour de justice du canton
de Genève, Chambre administrative, du 10 janvier 2012.

Faits:

A.
Les trois bâtiments contigus sis en ville de X._____, Boulevard xxx et Boulevard yyy, sont actuellement la propriété des société B._____ SA et SI A._____ SA.
Le 9 novembre 1988, environ cinquante personnes se sont introduites dans des logements vides de ces immeubles, pour les occuper. Les représentants des propriétaires ont immédiatement déposé des plaintes pénales et réclamé l'intervention de la police. Le 10 novembre 1988, le Procureur général du canton de Genève a rendu trois ordonnances concernant chacun des bâtiments, invitant la force publique à en expulser tout individu qui s'y trouvait en flagrant délit d'occupation illicite. Le même jour, le Conseil d'Etat a décidé de ne pas mettre en oeuvre la force publique. Les propriétaires des immeubles ont recouru au Tribunal fédéral. Par un arrêt rendu le 8 mai 1991 (cause 1P.624/1989), la Ire Cour de droit public a admis le recours et invité le Conseil d'Etat à exécuter les ordonnances du Procureur général du 10 novembre 1988 (arrêt publié in SJ 1991 p. 602).
Les autorités cantonales n'ont pas donné suite à cet arrêt, en se fondant sur une pratique locale selon laquelle il était en principe renoncé à l'expulsion des occupants illicites (ou squatters) aussi longtemps que les propriétaires de l'immeuble occupé n'étaient pas au bénéfice d'une autorisation de construire ou de transformer. L'inexécution de l'arrêt précité n'a pas fait l'objet d'un recours au Conseil fédéral au sens de l'art. 39 al. 2 de l'ancienne loi fédérale d'organisation judiciaire ([RS 3 521; OJ], abrogée le 31 décembre 2006). En octobre 1996, le représentant des propriétaires a proposé à l'association regroupant les squatters (l'association C._____) d'entrer en négociation "pour l'achat de l'un ou des deux immeubles pour une coopérative d'habitation". Cette démarche n'a pas abouti. Donnant suite à une motion adoptée le 4 décembre 1997 par le Grand conseil du canton de Genève, le Conseil d'Etat a invité les propriétaires et les

squatters à entrer en négociation. Dans ce cadre, les propriétaires ont formulé diverses offres entre 1999 et 2000, proposant en substance la vente des immeubles aux squatters ou la conclusion d'un bail de longue durée. Ces négociations n'ont pas abouti. Par la suite, de nouvelles négociations ont été tentées, mais ont été abandonnées. Enfin, une dernière offre des propriétaires a été refusée par l'association C._____ en octobre 2001. A cette période, l'association a créé dans les immeubles deux établissements publics, soit un café-restaurant et une salle de spectacle, nommés "D._____" et "E._____". Elle a également fondé une crèche pour ses membres.

B.
Les propriétaires des immeubles litigieux ont sollicité une autorisation de construire, qui a été délivrée le 6 mai 2004. Divers occupants ont recouru contre cette décision jusqu'au Tribunal administratif du canton de Genève, qui a rejeté le recours par arrêt du 27 septembre 2005. Le 19 octobre 2005, le Procureur général du canton de Genève a ordonné l'évacuation des immeubles. Certains occupants illicites ont adressé au Tribunal fédéral un recours de droit public contre cette décision. Ce recours a été déclaré irrecevable et la cause a été transmise au Tribunal administratif (arrêt 1P.723/2005 du 16 novembre 2005). Cette autorité a admis le recours par arrêt du 17 janvier 2006. Elle a considéré en substance que les propriétaires des immeubles squattés devaient s'adresser en priorité au juge civil pour obtenir le respect de leurs droits et que l'ordre public n'était plus troublé par l'usurpation, de sorte que l'art. 43 al. 1 let. c de la loi cantonale sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ; RSG E 2 05) ne constituait pas une base légale adéquate pour l'intervention de la force publique. B._____ SA et SI A._____ SA ont recouru contre cet arrêt auprès du Tribunal fédéral, qui a rejeté le recours (arrêt 1P.109/2006 du 22 juin 2006, publié in SJ 2007 I p. 41).

C.
Par courrier du 14 mai 2007, le chef du Département des constructions et des technologies de l'information (ci-après: le département) a invité B._____ SA et SI A._____ SA à se déterminer sur le fait que l'autorisation de construire délivrée le 6 mai 2004 n'avait pas été exécutée. Les propriétaires ont répondu que les travaux ne pouvaient être réalisés sans une évacuation des immeubles, qu'ils essayaient en vain d'obtenir depuis des années. Le 24 mai 2007, le chef du département a ordonné aux propriétaires de procéder aux travaux nécessaires pour remédier à l'état de dégradation des immeubles et de " rétablir des conditions d'habitabilité et d'entretien acceptables "; l'ouverture du chantier devait intervenir dans un délai de quarante-cinq jours, sans quoi les travaux seraient exécutés d'office aux frais des propriétaires. B._____ SA et SI A._____ SA n'ont pu que répéter que les travaux ne pouvaient être réalisés sans que les immeubles ne soient évacués.
Le 11 juillet 2007, le chef du département a écrit à la cheffe de la police du canton de Genève pour solliciter l'assistance des agents de la force publique, en application de l'art. 54 al. 3 de la loi cantonale du 12 septembre 1985 sur la procédure administrative (LPA; RSG E 5 10). Les immeubles litigieux étant toujours occupés, le département ne pouvait pas faire réaliser les travaux nécessaires et demandait l'intervention de la police pour l'exécution de la décision du 24 mai 2007.
Le 23 juillet 2007, les squatters ont été évacués de force par la police. Le lendemain, divers occupants ont recouru contre cette évacuation auprès de la Commission cantonale de recours en matière de constructions, qui a déclaré leur recours irrecevable par décision du 15 octobre 2007. Les intéressés ont recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif, qui a rejeté leur recours par arrêt du 26 août 2008. Le 12 février 2009, le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable le recours dirigé contre cet arrêt (cause 1C_453/2008).

D.
Le 2 juillet 2008, B._____ SA et SI A._____ SA ont déposé une demande d'indemnisation pour expropriation matérielle à l'encontre de l'Etat de 14'192'284 fr. 75 auprès de la Commission cantonale de conciliation et d'estimation en matière d'expropriation, devenue depuis lors le Tribunal administratif de première instance. Indépendamment de la légitimité des actes de l'Etat (sursis à l'évacuation ordonnée par le Procureur général par l'instauration de la "pratique genevoise", blocage pendant près de cinq ans de l'autorisation complémentaire de construire en raison de la motion déposée devant le Grand Conseil invitant le Conseil d'Etat à rouvrir les négociations et à surseoir à l'évacuation, alors que les conditions étaient remplies selon la "pratique genevoise", etc.), l'atteinte portée à leur droit de propriété garanti par l'art. 26 Cst. justifiait l'octroi d'une indemnité pleine et entière. La demande d'indemnisation a été rejetée par décision du 22 novembre 2010.
Par arrêt du 10 janvier 2012, la Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève, laquelle a succédé au Tribunal administratif (ci-après: la Chambre administrative), a rejeté le recours de B._____ SA et SI A._____ SA contre la décision précitée. Elle a considéré en substance que l'atteinte au droit de propriété des sociétés intéressées n'était pas imputable à l'Etat de Genève. A aucun moment l'Etat n'avait constitué, pour les propriétaires, le dernier obstacle à la récupération de leurs biens.

E.
Agissant par la voie du recours en matière de droit public, B._____ SA et SI A._____ SA demandent au Tribunal fédéral d'annuler l'arrêt du 10 janvier 2012 de la Chambre administrative, subsidiairement de renvoyer la cause à cette autorité pour complément d'instruction. Les recourantes sollicitent en outre plusieurs actes d'instruction. Elles se plaignent d'une constatation incomplète des faits et d'une violation de leur droit d'être entendues ainsi que d'une violation de l'art. 26 Cst. Elles estiment pour l'essentiel que le refus constant et répété des autorités genevoises d'évacuer les squatters, couplé avec la "retenue" des autorisations de construire, a abouti à les priver de l'usage de leur immeubles jusqu'au 23 juillet 2007, date à laquelle les squatters ont été évacués, en l'absence de toute autre possibilité à leur disposition pour récupérer la possession de leurs immeubles.
La Chambre administrative s'en rapporte à justice quant à la recevabilité du recours et persiste dans les considérants et le dispositif de son arrêt. L'Etat de Genève conclut au rejet du recours. Les recourantes n'ont pas répliqué.

Considérant en droit:

1.
L'arrêt attaqué constitue une décision cantonale de dernière instance rendue en matière d'indemnisation pour expropriation matérielle au sens de l'art. 26 al. 2 Cst. Il peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public selon les art. 82 ss LTF. Les recourantes, qui sont actuellement propriétaires des immeubles sis au Boulevard xxx et au Boulevard yyy, dont elles prétendent qu'ils auraient fait l'objet d'une expropriation matérielle, disposent de la qualité pour recourir en vertu de l'art. 89 al. 1 LTF. Les autres conditions de recevabilité énoncées aux art. 82 ss LTF sont remplies, de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière.

2.
Les recourantes requièrent, à titre de mesures d'instruction, l'apport de la procédure A/4047/2005-DIV qui s'est déroulée devant le Tribunal administratif cantonal. Elles demandent aussi que l'Etat de Genève produise une liste complète de tous les dossiers et documents relatifs à l'occupation de leurs immeubles, de 1988 à 2008. Ceci fait, la faculté doit leur être octroyée de solliciter la production de documents et dossiers figurant sur cette liste, puis de compléter leur recours. Il n'y a pas lieu de donner suite à ces demandes, pour autant qu'elles soient pertinentes (cf. consid. 3 ci-dessous), le Tribunal fédéral s'estimant suffisamment renseigné pour statuer en l'état du dossier.

3.
Dans un grief d'ordre formel qu'il convient d'examiner en premier lieu, les recourantes se plaignent d'une violation de leur droit d'être entendues, laquelle aurait abouti à une constatation incomplète des faits.

3.1 Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Le recourant ne peut critiquer ceux-ci que s'ils ont été établis de façon manifestement inexacte - notion qui correspond à celle d'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (**ATF 134 V 53** consid. 4.3 p. 62) - ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 97 al. 1 LTF), ce qu'il lui appartient d'exposer et de démontrer de manière claire et circonstanciée. La correction du vice soulevé doit en outre être susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF).
Le droit d'être entendu garanti à l'art. 29 al. 2 Cst. comprend notamment celui de faire administrer les preuves pour autant que celles-ci soient requises dans les formes prévues par le droit cantonal et qu'elles apparaissent utiles à l'établissement des faits pertinents (**ATF 129 II 497** consid. 2.2 p. 504; **127 I 54** consid. 2b p. 56; **126 I 97** consid. 2b p. 102). L'autorité de décision peut donc se livrer à une appréciation anticipée de la pertinence du fait à prouver et de l'utilité du moyen de preuve offert et, sur cette base, refuser de l'administrer. Ce refus ne viole le droit d'être entendu que si l'appréciation à laquelle elle a ainsi procédé est entachée d'arbitraire (**ATF 131 I 153** consid. 3 p. 157 et les arrêts cités; sur la notion d'arbitraire, voir **ATF 132 I 13** consid. 5.1 p. 17).

3.2 En l'espèce, les juges cantonaux ont relevé que les quelque 1'500 pièces versées à la procédure permettaient de retracer avec précision les événements et de disposer de tous les éléments pertinents pour statuer sur un éventuel cas d'expropriation matérielle. Il n'y avait dès lors pas lieu d'ordonner la production de pièces supplémentaires.
Les recourantes font valoir que divers services seraient en possession de dossiers dont l'Etat tairait l'existence et chercherait à éviter la communication. Il s'agirait notamment des dossiers du service de sécurité civile pour déterminer la dangerosité de l'immeuble, du service cantonal des eaux (pour les contrôles périodiques réalisés pour la pollution des sols et les contrôles de citernes à mazout), du service des autorisations et des patentes (compte tenu des deux établissements ouverts au public sans autorisation) et du dossier de police, lequel relaterait l'interaction permanente de la police avec les squatters, qu'il s'agisse des questions de sécurité, d'hygiène, de trafic de drogue ou autres. En l'absence de ces dossiers, la Chambre administrative n'avait pu appréhender la multiplicité des rapports entre les autorités pénales et les squatters, ni mesurer l'assistance apportée par l'Etat à l'occupation des immeubles dont ils assuraient la sécurité et la survie économique en contrôlant les installations et en rendant possible l'exploitation des établissements publics qui s'y trouvaient.
Les recourantes n'expliquent toutefois pas en quoi le refus de la cour cantonale d'administrer ces offres de preuve serait constitutif d'arbitraire. En tout état de cause, il apparaît que les mesures d'instruction sollicitées n'étaient pas pertinentes. Les faits principaux susmentionnés ressortent en effet de l'arrêt attaqué; on ne voit pas en quoi des détails y relatifs auraient permis de mieux cerner les relations entre l'Etat de Genève et les squatters, ou d'appréhender différemment le déroulement des événements relatés avec minutie dans l'arrêt cantonal, et ainsi d'influer sur le sort de la cause. La Chambre administrative pouvait donc, sans violer le droit d'être entendues des recourantes, renoncer à requérir les dossiers susmentionnés, pour autant qu'ils existent. Leur édition n'aurait pas permis de compléter les constatations de fait déterminantes pour l'issue du litige. Les recourantes allèguent dès lors en vain que la cour cantonale s'est basée sur un état de fait incomplet. Le Tribunal fédéral est par conséquent lié par les faits retenus dans l'arrêt attaqué conformément à l'art. 105 al. 1 LTF.
Mal fondé, le recours doit être rejeté sur ce point.

4.
Au fond, les recourantes invoquent la garantie de la propriété régie par l'art. 26 Cst. Elles considèrent que la restriction à l'usage de la propriété qu'elles ont subie pendant l'occupation de leurs immeubles par les squatters est constitutive d'une expropriation matérielle.

4.1 Aux termes de l'art. 26 Cst., la propriété est garantie (al. 1). Une pleine indemnité est due en cas d'expropriation ou de restriction de la propriété qui équivaut à une expropriation (al. 2).
Selon la jurisprudence, il y a expropriation matérielle au sens de l'art. 26 al. 2 Cst. lorsque l'usage actuel d'une chose ou son usage futur prévisible est interdit ou restreint de manière particulièrement grave, de sorte que l'intéressé se trouve privé d'un attribut essentiel de son droit de propriété. Une atteinte de moindre importance peut aussi constituer une expropriation matérielle si elle frappe un ou plusieurs propriétaires d'une manière telle que, s'ils n'étaient pas

indemnisés, ils devraient supporter un sacrifice par trop considérable en faveur de la collectivité, incompatible avec le principe de l'égalité de traitement (**ATF 131 II 151** consid. 2.1 p. 155; **125 II 431** consid. 3a p. 433 et les arrêts cités).

4.2 En l'espèce, il n'est pas contesté que l'atteinte portée à la propriété des recourantes par l'occupation totale de leurs immeubles pendant dix-neuf ans, sans contrepartie d'aucun loyer, est grave au sens de l'art. 26 al. 2 Cst. et de la jurisprudence (cf. **ATF 119 Ia 348**).

5.
L'expropriation matérielle étant un cas de responsabilité de la collectivité publique pour ses actes licites, elle suppose que la restriction à la propriété soit imputable à l'Etat, à savoir qu'elle découle d'un ou de plusieurs actes de puissance publique (cf. PIERMARCO ZEN-RUFFINEN/ CHRISTINE GUY-ECABERT, Aménagement du territoire, construction, expropriation, 2001, ch. 1389 p. 579 s., MAYA HERTIG RANDALL, L'expropriation matérielle, in "La maîtrise publique du sol: expropriation formelle et matérielle, préemption, contrôle du prix", 2009, p. 115; THIERRY TANQUEREL, La responsabilité de l'Etat pour acte licite, in La responsabilité de l'Etat, 2012, p. 86). Si l'atteinte est le fait de tiers, elle n'est en effet pas régie par le droit de l'expropriation, mais par les dispositions de droit civil et pénal. De même, si le lésé se plaint d'actes illicites de l'Etat, il doit agir par la voie de l'action en responsabilité de l'Etat à l'encontre de celui-ci.
En l'occurrence, les recourantes soutiennent que l'Etat, en refusant d'évacuer les occupants illicites tant qu'elles n'étaient pas au bénéfice d'une autorisation de construire, les a mises délibérément dans l'impossibilité d'exercer leur droit de propriété. Elles affirment également que la durée de l'occupation n'a été rendue possible que par les initiatives décidées par l'Etat de Genève. Se plaignant en résumé de ce que l'Etat aurait favorisé et encouragé l'occupation illégale de leurs immeubles, elles estiment choquant que celui-ci "échappe à toute responsabilité" au motif qu'elles auraient pu saisir le juge civil pour expulser les squatters.
Ainsi, les recourantes allèguent qu'elles ont été atteintes illicitement dans leur droit de propriété sur leurs immeubles et que l'Etat aurait favorisé les actes illicites des squatters. Elles ne font en revanche pas valoir que l'Etat aurait restreint leur droit de propriété par des actes fondés sur la loi, par exemple la législation cantonale sur le droit de l'aménagement du territoire ou des constructions, voire la loi cantonale sur les démolitions, transformations et rénovation de maisons d'habitation (LDTR). Cela étant, les griefs invoqués relèvent, cas échéant, d'une éventuelle responsabilité de l'Etat pour ses actes illicites et ne sauraient manifestement pas fonder une requête en indemnisation pour expropriation matérielle, qui est l'objet exclusif de la présente procédure.
Les conditions d'une expropriation matérielle n'étant manifestement pas réalisées, le recours doit être rejeté. Il n'y a par conséquent pas lieu d'examiner le dommage que les recourantes prétendent avoir subi, ni de vérifier la question de la prescription.

6.
Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours, aux frais des recourantes qui succombent (art. 65 et 66 al. 1 et 5 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours est rejeté.

2.
Les frais judiciaires, arrêtés à 5'000 fr., sont mis à la charge des recourantes, solidairement entre elles.

3.
Le présent arrêt est communiqué aux parties et à la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre administrative.

Lausanne, le 12 juillet 2012

Au nom de la Ire Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

Le Président: Fonjallaz

La Greffière: Mabillard

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

Zurück

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
1C_453/2008

Arrêt du 12 février 2009
Ire Cour de droit public

Composition
MM. les Juges Féraud, Président, Reeb et Fonjallaz.
Greffier: M. Rittener.

Parties
A._____, et consorts
recourants,
représentés par Me Pierre Bayenet, avocat,

contre

B._____SA,
C._____SA,
intimées, représentées par Me Bénédict Fontanet, avocat,
Département des constructions et des technologies de l'information du canton de Genève, case postale 3880, 1211 Genève 8.

Objet
évacuation d'immeubles,

recours contre l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Genève du 26 août 2008.

Faits:

A.
Les trois bâtiments contigus sis au Boulevard de la Tour 12 et 14 et au Boulevard des Philosophes 24, en ville de Genève, sont des maisons d'habitation destinées depuis longtemps à être reconstruites ou transformées. Ils sont actuellement la propriété des sociétés C._____SA et B._____SA. Le 9 novembre 1988, environ cinquante personnes se sont introduites dans des logements vides de ces immeubles, pour les occuper. Les représentants des propriétaires ont immédiatement déposé des plaintes pénales et réclamé l'intervention de la police.

Le 10 novembre 1988, le Procureur général du canton de Genève a rendu trois ordonnances concernant chacun des bâtiments, invitant la force publique à en expulser tout individu qui s'y trouvait en flagrant délit d'occupation illicite. Le même jour, le Conseil d'Etat a décidé de ne pas mettre en oeuvre la force publique. Les propriétaires des immeubles ont recouru au Tribunal fédéral. Par un arrêt rendu le 8 mai 1991 (cause 1P.624/1989), la Ire Cour de droit public a admis le recours et invité le Conseil d'Etat à exécuter les ordonnances du Procureur général du 10 novembre 1988 (arrêt publié in SJ 1991 p. 602). Les autorités cantonales n'ont pas donné suite à cet arrêt, en se fondant sur une pratique locale selon laquelle il était en principe renoncé à l'expulsion des occupants illicites (ou squatters) aussi longtemps que les propriétaires de l'immeuble occupé n'étaient pas au bénéfice d'une autorisation de construire ou de transformer. L'inexécution de l'arrêt précité n'a pas fait l'objet d'un recours au Conseil fédéral au sens de l'art. 39 al. 2 de l'ancienne loi fédérale d'organisation judiciaire (OJ).

B.
Les propriétaires des immeubles litigieux ont sollicité une autorisation de construire, qui a été délivrée le 6 mai 2004.

Divers occupants ont recouru contre cette décision jusqu'au Tribunal administratif du canton de Genève, qui a rejeté le recours par arrêt du 27 septembre 2005. Le 19 octobre 2005, le Procureur général du canton de Genève a ordonné l'évacuation des immeubles. Certains occupants illicites ont adressé au Tribunal fédéral un recours de droit public contre cette décision. Ce recours a été déclaré irrecevable et la cause a été transmise au Tribunal administratif (arrêt 1P.723/2005 du 16 novembre 2005). Cette autorité a admis le recours par arrêt du 17 janvier 2006. Elle a considéré en substance que les propriétaires des immeubles squattés devaient s'adresser en priorité au juge civil pour obtenir le respect de leurs droits et que l'ordre public n'était plus troublé par l'usurpation, de sorte que l'art. 43 al. 1 let. c de la loi cantonale sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ; RSG E 2 05) ne constituait pas une base légale adéquate pour l'intervention de la force publique. C._____SA et B._____SA ont recouru contre cet arrêt auprès du Tribunal fédéral, qui a rejeté le recours (arrêt 1P.109/2006 du 22 juin 2006, publié in SJ 2007 I p. 41).

C.
Par courrier du 14 mai 2007, le chef du Département des constructions et des technologies de l'information (ci-après: le département) a invité C._____SA et B._____SA à se déterminer sur le fait que l'autorisation de construire délivrée le 6 mai 2004 n'avait pas été exécutée. Les propriétaires ont répondu que les travaux ne pouvaient être réalisés sans une évacuation des immeubles, qu'ils essayaient en vain d'obtenir depuis des années. Le 24 mai 2007, le chef du département a ordonné aux propriétaires de procéder aux travaux nécessaires pour remédier à l'état de dégradation des immeubles et de "rétablir des conditions d'habitabilité et d'entretien acceptables"; l'ouverture du chantier devait intervenir dans un délai de quarante-cinq jours, sans quoi les travaux seraient exécutés d'office aux frais des propriétaires. C._____SA et B._____SA n'ont pu que répéter que les travaux ne pouvaient être réalisés sans que les immeubles ne soient évacués.

Le 11 juillet 2007, le chef du département a écrit à la cheffe de la police du canton de Genève pour solliciter l'assistance des agents de la force publique, en application de l'art. 54 al. 3 de la loi cantonale du 12 septembre 1985 sur la procédure administrative (LPA; RSG E 5 10). Les immeubles litigieux étant toujours occupés, le département ne pouvait pas faire réaliser les travaux nécessaires et demandait l'intervention de la police pour l'exécution de la décision du 24 mai 2007.

Le 23 juillet 2007, les squatters ont été évacués de force par la police. Le lendemain, divers occupants - parmi lesquels A._____ et consorts - ont recouru contre cette évacuation auprès de la Commission cantonale de recours en matière de constructions (ci-après: la commission de recours), qui a déclaré leur recours irrecevable par décision du 15 octobre 2007. Les prénommés ont recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif, en concluant à l'annulation de la décision du département du 24 mai 2007, à la constatation de l'illégalité des modalités d'exécution forcée de cette décision et à leur réintégration dans les immeubles litigieux. Ils invoquaient l'art. 29 al. 1 Cst. et l'art. 11 du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte ONU I; RS 0.103.1) pour se prévaloir d'un droit de recours.

Le Tribunal administratif a rejeté ce recours par arrêt du 26 août 2008. Il a considéré que les occupants illicites n'avaient pas la qualité pour recourir contre les autorisations de construire et contre les décisions subséquentes qui les mettent en oeuvre, comme la décision du département du 24 mai 2007. De plus, la lettre du chef du département du 11 juillet 2007 et l'évacuation elle-même ne constituaient pas des décisions sujettes à recours au sens des art. 56A al. 2 LOJ et 4 al. 1 LPA. Enfin, le Tribunal administratif a estimé que les art. 29 al. 1 Cst. et 11 Pacte ONU I ne protégeaient pas "les occupants qui ont investi les locaux, à leur risques et périls, contre la volonté affirmée des ayants droit".

D.
Agissant par la voie du recours en matière de droit public, A._____ et consorts demandent au Tribunal fédéral d'annuler cet arrêt, de dire que leur recours contre la décision du département du 24 mai 2007 est recevable et de renvoyer la cause à la commission de recours. Ils invoquent les art. 60 LPA et 11 Pacte ONU I. En annexe à leur recours, ils déposent un "mémoire d'amicus curiae" de l'organisation non gouvernementale Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE). Le Tribunal administratif se réfère aux considérants de son arrêt. Le département, C._____SA et B._____SA se sont déterminés; ils concluent à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet.

E.
Par ordonnance présidentielle du 30 octobre 2008, les recourants ont été invités à verser, jusqu'au 17 novembre 2008, le montant de 3'000 fr. à la Caisse du Tribunal fédéral suite au dépôt d'une requête de sûretés en garantie des dépens présentée par les intimés. Ils se sont exécutés en temps utile.
Considérant en droit:

1.
Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (**ATF 134 II 272** consid. 1.1 p. 275 et les arrêts cités).

1.1 Aux termes de l'art. 89 al. 1 LTF, a qualité pour former un recours en matière de droit public quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire (let. a), est particulièrement atteint par la décision attaquée (let. b) et a un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de celle-ci (let. c). Cette disposition reprend les exigences qui prévalaient sous l'empire de la loi fédérale d'organisation judiciaire pour le recours de droit administratif, de sorte que l'on peut se référer à la jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 103 let. a OJ (**ATF 133 II 353** consid. 3 p. 357).

Constitue un intérêt digne de protection, au sens de ces dispositions, tout intérêt pratique ou juridique à demander la modification ou l'annulation de la décision attaquée. L'intérêt digne de protection consiste ainsi en l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait au recourant en lui évitant de subir un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que la décision attaquée lui occasionnerait (**ATF 133 II 400** consid. 2.2 p. 404, 409 consid. 1.3 p. 413; **131 II 361** consid. 1.2 p. 365; **131 V 298** consid. 3 s. p. 300). Le recours d'un particulier formé dans l'intérêt général ou dans l'intérêt d'un tiers est exclu (**ATF 133 II 468** consid. 1 p. 469 s., 249 consid. 1.3.2 p. 253; **131 II 649** consid. 3.1 p. 651). Si la qualité pour agir n'apparaît pas évidente, il n'appartient pas au Tribunal fédéral de rechercher les éléments qui pourraient la fonder et c'est au recourant qu'il incombe de l'établir, conformément aux exigences de motivation de l'art. 42 al. 1 et 2 LTF (**ATF 133 II 249** consid. 1.1 p. 251).

1.2 En principe, lorsque le litige porte sur la qualité pour agir du recourant, celui-ci peut se prévaloir d'un intérêt digne de protection à faire constater que sa légitimation active lui a été déniée en violation de ses droits de partie (**ATF 129 II 297** consid. 2.3 p. 301; **124 II 124** consid. 1b p. 126; **104 Ib 307** consid. 3a p. 317; cf. arrêt 2C_376/2008 du 2 décembre 2008, consid. 1.2 destiné à la publication). Il n'en demeure pas moins que l'intérêt digne de protection doit être actuel (**ATF 128 II 34** consid. 1b p. 36 et les références). Cet intérêt actuel est déterminé en fonction du but poursuivi par le recours et des conséquences et de la portée d'une éventuelle admission de celui-ci (**ATF 118 Ia 488** consid. 2a p. 492). L'intérêt actuel fait défaut en particulier lorsque la décision attaquée a été exécutée ou est devenue sans objet (ATF 125 II précité; **120 Ia 165** consid. 1a p. 166; **109 Ia 169** consid. 3b p. 170 et la jurisprudence citée).

Le Tribunal fédéral peut toutefois renoncer à l'exigence d'un intérêt actuel lorsque le recours porte sur un acte qui pourrait se reproduire en tout temps dans des circonstances semblables et qui, en raison de sa brève durée ou de ses effets limités dans le temps, ne pourrait vraisemblablement jamais être soumis au contrôle judiciaire de la Cour suprême (**ATF 131 II 670** consid. 1.2 p. 674; **128 II 34** consid. 1b p. 36; **126 I 250** consid. 1b p. 252). Il peut également être renoncé à l'exigence d'un intérêt actuel lorsqu'il existe un intérêt public important à résoudre la question de principe soulevée (**ATF 127 I 164** consid. 1a p. 166; **125 I 394** consid. 4b p. 397; cf. **ATF 131 II 361** consid. 1.2 p. 365 s.; **128 II 156** consid. 1c p. 159).

1.3 En l'espèce, les recourants demandent au Tribunal fédéral de dire que leur recours contre la décision du département du 24 mai 2007 est recevable et de renvoyer la cause à la commission de recours. Ils ne s'en prennent pas au fait que le Tribunal administratif a considéré que la lettre du 11 juillet 2007 et l'évacuation elle-même n'étaient pas des décisions sujettes à recours. Ainsi, seule l'irrecevabilité du recours formé contre la décision du département du 24 mai 2007 est contestée dans le cadre du présent recours.

La décision litigieuse du 24 mai 2007 est un ordre donné par le département aux propriétaires des immeubles occupés de procéder aux travaux nécessaires pour remédier à l'état de dégradation de ces bâtiments. Cette décision crée des obligations uniquement pour les propriétaires des immeubles et il n'apparaît pas évident que les recourants aient un intérêt à obtenir son annulation. Quoi qu'il en soit, dès lors que les recourants ont été évacués, on ne voit pas quel bénéfice concret ils retireraient d'une éventuelle admission de leur recours. En effet, même s'il était donné droit à leurs conclusions et que la décision du 24 mai 2007 était finalement annulée, cela ne les autoriserait pas pour autant à retourner s'installer dans les immeubles précédemment occupés. De plus, la décision litigieuse n'est pas un acte susceptible de se reproduire en tout temps et que les recourants ne pourraient jamais faire contrôler en raison de sa brève durée et de ses effets limités dans le temps. Par conséquent, on ne discerne pas quel pourrait encore être l'intérêt pratique à l'annulation de la décision contestée et les recourants ne parviennent pas à établir leur intérêt actuel à recourir.

1.4 A l'appui de leur écriture, ceux-ci semblent se prévaloir d'un certain intérêt public à voir trancher une question de principe liée à la qualité pour agir des "occupants sans titre qui entendent s'opposer à leur expulsion". Ils fondent leur grief sur l'art. 11 Pacte ONU I, sans toutefois présenter à cet égard une véritable motivation conforme aux exigences de l'art. 42 al. 2 LTF. Ils renvoient sur ce point à un mémoire annexe, rédigé par une organisation non gouvernementale. Il n'est pas nécessaire de discuter la recevabilité de cette écriture, dès lors que le recours demeurerait irrecevable même si elle était prise en considération.

En effet, à propos de l'art. 11 Pacte ONU I, l'écriture à laquelle se réfèrent les recourants traite principalement de l'obligation des Etats parties d'assurer la réalisation du droit à un logement suffisant, à savoir un lieu sûr et salubre dans lequel toute personne devrait pouvoir vivre dans la paix et la dignité. On ne voit pas d'emblée en quoi les garanties déduites de cette disposition s'appliqueraient à des squatters tels que les recourants, qui n'établissent aucunement qu'ils n'ont pas la possibilité d'obtenir un logement suffisant au sens de celle-ci. Au surplus, il n'est pas démontré - conformément aux exigences de motivation déduites de l'art. 42 LTF (cf. supra consid. 1.1 in fine) - que l'art. 11 Pacte ONU I permette aux occupants illicites de contester une décision ordonnant aux propriétaires des immeubles occupés de procéder aux travaux nécessaires pour remédier à l'état de dégradation de ceux-ci. Dans ces conditions, il y a lieu de constater que les recourants n'établissent pas l'existence d'un véritable intérêt public important à trancher une question de principe qu'ils auraient soulevée. Il ne se justifie donc pas de renoncer à l'exigence d'un intérêt actuel.

2.
Il s'ensuit que le recours doit être déclaré irrecevable. Les recourants, qui succombent, doivent supporter les frais de la présente procédure (art. 66 al. 1 LTF). Ils verseront en outre une indemnité à titre de dépens aux intimées, qui obtiennent gain de cause avec l'assistance d'un avocat (art. 68 al. 1 et 2 LTF). Cette indemnité sera prélevée sur les sûretés déposées en garantie des dépens en application de l'art. 62 al. 2 LTF.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours est irrecevable.

2.
Les frais judiciaires, arrêtés à 3'000 fr., sont mis à la charge des recourants, solidairement entre eux.

3.
Une indemnité de 2'000 fr. est allouée aux intimées à titre de dépens, à la charge des recourants, solidairement entre eux. Cette indemnité est prélevée sur les sûretés de 3'000 fr. déposées en garantie des dépens à la Caisse du Tribunal fédéral, le solde étant restitué aux recourants.

4.
Le présent arrêt est communiqué aux mandataires des parties, au Département des constructions et des technologies de l'information et au Tribunal administratif du canton de Genève.

Lausanne, le 12 février 2009

Au nom de la Ire Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le Président: Le Greffier:

Féraud Rittener

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

Zurück

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
1P.109/2006 /col
Arrêt du 22 juin 2006
Ire Cour de droit public

Composition
MM. les Juges Féraud, Président,
Aemisegger, Reeb, Fonjallaz et Eusebio.
Greffier: M. Rittener.

Parties
A._____,
B._____,
recourantes, toutes deux représentées par Me Bénédict Fontanet, avocat,

contre

C._____ et consorts,
intimés, tous représentés par Me Pierre Bayenet, avocat,
Procureur général de la République et canton de Genève, case postale 3565, 1211 Genève 3,
Tribunal administratif de la République et canton de Genève, case postale 1956, 1211 Genève 1.

Objet
évacuation d'immeubles,
recours de droit public contre l'arrêt du Tribunal administratif de la République et canton de Genève du 17 janvier 2006.

Faits:
A.
Les trois bâtiments contigus sis en ville de Genève, Boulevard de la Tour 12 et 14 et Boulevard des Philosophes 24, sont des maisons d'habitation destinées depuis longtemps à être reconstruites ou transformées. Le 9 novembre 1988, environ cinquante personnes se sont introduites dans des logements vides de ces immeubles, pour les occuper. Les représentants des propriétaires ont immédiatement déposé des plaintes pénales et réclamé l'intervention de la police. Le 10 novembre 1988, le Procureur général du canton de Genève a rendu trois ordonnances concernant chacun des bâtiments, invitant la force publique à en expulser tout individu qui s'y trouvait en flagrant délit d'occupation illicite. Le même jour, le Conseil d'Etat a décidé de ne pas mettre en oeuvre la force publique. Les propriétaires des immeubles ont recouru au Tribunal fédéral. Par un arrêt rendu le 8 mai 1991 (cause 1P.624/1989), la Ire Cour de droit public a admis le recours et invité le Conseil d'Etat à exécuter les ordonnances du Procureur général du 10 novembre 1988 (arrêt publié in SJ 1991 p. 602).
Les autorités cantonales n'ont pas donné suite à cet arrêt, en se fondant sur une pratique locale selon laquelle il était en principe renoncé à l'expulsion des occupants illicites (ou squatters) aussi longtemps que les propriétaires de l'immeuble occupé n'étaient pas au bénéfice d'une autorisation de construire ou de transformer. L'inexécution de l'arrêt précité n'a pas fait l'objet d'un recours au Conseil fédéral au sens de l'art. 39 al. 2 OJ. En octobre 1996, le représentant des propriétaires a proposé à l'association regroupant les squatters (l'association X._____) d'entrer en négociation "pour l'achat de l'un ou des deux immeubles pour une coopérative d'habitation". Cette démarche n'a pas abouti. Donnant suite à une motion adoptée le 4 décembre 1997 par le Grand conseil du canton de Genève, le Conseil d'Etat a invité les propriétaires et les squatters à entrer en négociations. Dans ce cadre, les propriétaires ont formulé diverses offres entre 1999 et 2000, proposant en substance la vente des immeubles aux squatters ou la conclusion d'un bail de longue durée. Ces négociations n'ont pas abouti. Par la suite, de nouvelles négociations ont été tentées, mais ont été abandonnées. Enfin, une dernière offre des propriétaires a été refusée par l'association X._____ en octobre 2001.
B.
Les propriétaires des immeubles litigieux ont sollicité des autorisations de construire, qui sont entrées en force le 27

septembre 2005. Les immeubles sont actuellement toujours occupés par des squatters. Le 19 octobre 2005, ces derniers ont trouvé, affiché sur les portes des immeubles, l'avis suivant daté du jour même, sur papier à en-tête du Département cantonal de justice et police et des transports, corps de police, "La B.R.I.C, Service Squatters":
"Note à l'attention des occupants de l'immeuble sis Boulevard des Philosophes 24, Boulevard de la Tour 12 et 14, 1205 Genève.
Concerne: Fin d'occupation.
Avis aux occupants
Mesdames, Messieurs,
Nous vous informons que, conformément aux instructions de Monsieur le Procureur général, vous êtes invités à vous organiser de telle sorte que les lieux soient libérés pour le mardi 22 novembre 2005 à 0830.
Dans le même temps, veuillez emporter toutes vos affaires personnelles.
Salutations."
Un communiqué de presse a été diffusé le même jour, expliquant que le Procureur général avait estimé que les conditions étaient réunies pour prononcer l'ordre d'évacuation de ces immeubles, qui devaient faire l'objet de travaux à compter du 22 novembre 2005. Le communiqué précisait en outre que ces travaux auraient lieu dans le cadre d'un projet visant à construire des logements destinés notamment à des familles et que, "dans le contexte actuel de pénurie de logements que connaît Genève, une telle construction d'habitations répond à l'intérêt public".
Le 7 novembre 2005, C._____ et consorts ont adressé au Tribunal fédéral un recours de droit public tendant à l'annulation des "ordonnances d'évacuations relatives aux immeubles sis 24 Boulevard des Philosophes ainsi que 12 et 14 Boulevard de la Tour, 1205 Genève, adoptées par le Procureur général du canton de Genève le 19 octobre 2005".
Interpellé, le Procureur général a envoyé au Tribunal fédéral la copie d'une lettre qu'il avait adressée le 19 octobre 2005 au Chef de la police cantonale. Cette lettre a la teneur suivante:
"Je vous prie de trouver ci-joint copie du courrier que m'adresse le représentant du propriétaire des immeubles [sis 24, Boulevard des Philosophes et 12-14, Boulevard de la Tour].
Ces derniers doivent faire l'objet de travaux appointés au 22 novembre 2005.
Les conditions sont dès lors réunies pour exiger le départ de tout occupant illicite dès avant le début des travaux.
Je vous prie dès lors de bien vouloir inviter vos services à procéder selon les modalités usuelles.
Au besoin, il sera fait usage de la force, l'identification et l'audition des occupants s'avérant alors nécessaire."
Dans une lettre d'accompagnement du 14 novembre 2005, le Procureur général a donné les explications complémentaires suivantes: la lettre précitée est un ordre donné à la police dans le cadre de la procédure pénale P/14176/1991; il n'y a pas d'autre "ordonnance" rendue par le Ministère public susceptible en tant que telle de recours au Tribunal fédéral; le Ministère public n'agit pas en tant qu'autorité d'exécution d'une décision civile mais "dans le cadre tant d'une procédure pénale ouverte pour violation de domicile que de l'art. 43 al. 1 let. c de la loi genevoise d'organisation judiciaire".
C.
Par arrêt du 16 novembre 2005 (cause 1P.723/2005), la Ire Cour de droit public a déclaré le recours de droit public irrecevable et a transmis l'affaire au Tribunal administratif du canton de Genève. Le Tribunal fédéral a considéré en substance que le Procureur général agissait, à première vue, en tant qu'autorité administrative, ce qui ouvrait une voie de recours cantonale devant le Tribunal administratif.
D.
Cette autorité s'est effectivement déclarée compétente et a admis le recours, par arrêt du 17 janvier 2006. En substance, le Tribunal administratif a considéré que les propriétaires des immeubles squattés devaient s'adresser en priorité au juge civil pour obtenir le respect de leurs droits, une mesure de police ne se justifiant que si les intérêts en jeu et la gravité de l'atteinte qui leur est portée nécessitaient une intervention immédiate, impossible à obtenir à temps du juge civil. De plus, il a considéré que les propriétaires s'étaient accommodés de la situation, ne fût-ce que provisoirement, et avaient renoncé à l'usage immédiat de leur droit de reprise, de sorte que l'ordre public n'était plus troublé par l'usurpation. L'art. 43 al. 1 let. c de la loi cantonale sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (ci-après: LOJ) ne constituait dès lors pas une base légale adéquate pour l'intervention de la force publique. Enfin, la constatation de l'illégalité de la décision attaquée ne violait pas la garantie de la propriété au sens de l'art. 26 al. 1 Cst.
E.
Agissant par la voie du recours de droit public, A._____ et B._____ - propriétaires actuels des immeubles litigieux - demandent au Tribunal fédéral d'annuler cet arrêt et "d'ordonner au Conseil d'Etat d'exécuter les ordonnances du Procureur général des 10 novembre 1988 et 29 octobre 2005". Elles se plaignent d'une atteinte à la garantie de la propriété (art. 26 Cst.), d'une violation du droit à la protection de la bonne foi (art. 9 Cst.), d'arbitraire dans l'appréciation des preuves et la constatation des faits ainsi que dans l'application de droit cantonal et, enfin, d'une violation de leur droit d'être entendues (art. 29 al. 2 Cst.). A titre de mesures provisionnelles, elles demandent au Tribunal fédéral d'ordonner l'exécution de l'ordonnance du Procureur général du 19 octobre 2005.
Par ordonnance du 22 mars 2006, le Président de la Ire Cour de droit public a rejeté la requête de mesures provisionnelles. Le Tribunal administratif du canton de Genève a renoncé à présenter des observations. C._____ et consorts se sont déterminés; ils concluent à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet. Au terme de ses observations, le Procureur général du canton de Genève conclut à l'admission du recours.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (**ATF 131 II 571** consid. 1 p. 573; **131 I 145** consid. 2 p. 147, 153 consid. 1 p. 156 et les arrêts cités).
1.1 Le recours de droit public est formé contre un arrêt final rendu en dernière instance cantonale, pour violation de droits constitutionnels (art. 84 al. 1 let. a et 86 al. 1 OJ). En tant que propriétaires des immeubles occupés, les recourantes ont qualité pour se plaindre d'une violation de l'art. 26 Cst.; elles ont en outre un intérêt évident à l'annulation de l'acte attaqué (art. 88 OJ). Les autres conditions de recevabilité étant réunies, il convient d'entrer en

matière.
1.2 En règle générale, le recours de droit public ne peut tendre qu'à l'annulation de la décision attaquée et toute autre conclusion est irrecevable (**ATF 127 II 1** consid. 2c p. 5). Il n'apparaît pas en l'espèce que l'annulation du prononcé attaqué ne suffirait pas à rétablir une situation conforme à la constitution, de sorte que les recourantes ne sont pas habilitées à réclamer que des injonctions soient adressées au Conseil d'Etat (cf. **ATF 124 I 327** consid. 4b p. 332 s.; **119 Ia 28** consid. 1 p. 30). La conclusion formulée à cet égard est donc irrecevable.
1.3 Sauf exceptions, dont aucune n'est réalisée en l'espèce, des faits ou moyens de preuve nouveaux ne peuvent être produits dans le cadre d'un recours de droit public (cf. **ATF 118 Ia 369** consid. 4d p. 371 s.; **108 II 69** consid. 1 p. 71; **107 Ia 265** consid. 2a et les arrêts cités; Walter Kälin, Das Verfahren des staatsrechtlichen Beschwerde, 2e éd., Berne 1994, p. 369 ss). Les nouvelles pièces déposées par le Procureur général à l'appui de ses observations sont donc irrecevables et doivent être écartées du dossier.
2.
Dans un grief d'ordre formel qu'il convient d'examiner en premier lieu, les recourantes se plaignent d'une violation de leur droit d'être entendues (art. 29 al. 2 Cst.), en raison du fait que le Tribunal administratif ne les a pas invitées à se déterminer sur une appréciation juridique qu'elles tiennent pour imprévisible.
2.1 Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti à l'art. 29 al. 2 Cst., comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuve pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influer sur la décision à rendre (**ATF 129 II 497** consid. 2.2 p. 504 s.; **127 I 54** consid. 2b p. 56; **124 I 48** consid. 3a p. 51 et les arrêts cités). Si l'intéressé peut en principe s'exprimer sur tous les points importants avant qu'une décision ne soit prise, le droit d'être entendu ne lui confère pas pour autant le droit de prendre position sur l'appréciation juridique des faits (**ATF 108 Ia 293** consid. 4c p. 295). Une exception à ce principe est toutefois admise lorsque l'autorité a l'intention de se fonder sur un motif juridique inconnu des parties et dont celles-ci ne pouvaient prévoir l'adoption (**ATF 126 I 19** consid. 2c/aa p. 22; **124 I 49** consid. 3c p. 52; **115 Ia 94** consid. 1b p. 96 s.; André Grisel, Traité de droit administratif, vol. I, Neuchâtel 1984, p. 381; Georg Müller, in Aubert et al. (éd.), Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du du 29 mai 1874, Bâle, Zurich et Berne 1993, n. 105 ad. art. 4). Le Tribunal fédéral examine librement si les exigences posées par l'art. 29 al. 2 Cst. ont été respectées (**ATF 124 I 49** consid. 3a p. 51, 122 I 153 consid. 3 p. 158 et les arrêts cités).
2.2 En l'occurrence, les recourantes se disent surprises par le fait que l'autorité attaquée se serait fondée sur le droit français pour qualifier le Procureur général d'autorité administrative. La distinction entre les actes de police judiciaire et de police administrative étant à leurs yeux imprévisible, elles estiment que le Tribunal administratif aurait dû les inviter à se déterminer sur ce point. A cet égard, il y a lieu de relever qu'à la lecture de l'arrêt par lequel la Cour de céans a renvoyé l'affaire au Tribunal administratif, les recourantes pouvaient s'attendre à ce que le Procureur général soit qualifié d'autorité administrative; elles étaient dès lors en mesure de s'exprimer sur cette question, ce qu'elles ont d'ailleurs fait dans leur détermination du 14 décembre 2005. Au demeurant, s'il est vrai que l'autorité attaquée mentionne brièvement le droit français dans son raisonnement (arrêt attaqué consid. 3c § 4), elle ne le fait qu'à titre de comparaison, afin de préciser qu' "en droit étranger, on distingue également les actes de police judiciaire de ceux de police administrative...". Elle ne se fonde dès lors pas sur ce droit pour procéder à la distinction précitée. Elle s'appuie au contraire sur la pratique cantonale en la matière, étant précisé que cette distinction ressort du reste de la loi cantonale sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (ci-après: LPA) elle-même, puisque celle-ci exclut de son champ d'application les actes de police judiciaire (art. 2 let. b LPA). Dans ces conditions, il n'était pas nécessaire de donner aux recourantes l'occasion de s'exprimer à nouveau sur cette question. Ce grief doit donc être rejeté.
3.
Remettant en question la compétence du Tribunal administratif pour trancher la question litigieuse, les recourantes invoquent une application arbitraire de l'art. 43 LOJ ainsi que des art. 2, 5, 59 let. b et 60 let. b LPA.
3.1 Selon la jurisprudence, l'arbitraire, prohibé par l'art. 9 Cst., ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable; le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue en dernière instance cantonale que si elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté ou si elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice ou de l'équité. Il ne suffit pas que la motivation de la décision soit insoutenable; encore faut-il qu'elle soit arbitraire dans son résultat (**ATF 132 I 13** consid. 5.1 p. 17; **131 I 217** consid. 2.1 p. 219, 57 consid. 2 p. 61; **129 I 173** consid. 3.1 p. 178).
3.2 L'art. 43 LOJ fait partie du titre VII de cette loi, consacré au Ministère public. Il a la teneur suivante:
1Outre les attributions qui lui sont conférées par le code de procédure pénale, le procureur général veille:
a) au maintien des lois et règlements;
b) à la conservation des droits et des propriétés publiques;
c) en général à tout ce qui peut concerner l'ordre public.
2Il défère toutes les infractions aux lois, qui parviennent à sa connaissance, au Conseil d'Etat ou aux tribunaux, suivant la nature desdites infractions.
Selon les recourantes, le Tribunal administratif aurait fait preuve d'arbitraire en réduisant l'ordre public au sens de cette disposition "à sa seule dimension administrative". Le Tribunal fédéral s'est déjà prononcé sur cette question dans son arrêt 1P.723/2005 du 16 novembre 2005, auquel les recourantes peuvent être renvoyées. Il a en substance été dit que le Procureur général qui prend des décisions dans le cadre de l'art. 43 al. 1 let. c LOJ aux fins de préserver l'ordre public, agit non pas dans le cadre du droit de procédure pénale ou civile, mais dans le cadre du droit public (arrêt précité, consid. 4.3). Pour le surplus, la question de savoir s'il existe un trouble à l'ordre public dans le cas d'espèce sera examinée avec le fond (cf. infra consid. 5).
3.3 Les recourantes soutiennent en outre que le Procureur général aurait agi en tant qu'autorité judiciaire et qu'il ne saurait être assimilé à une autorité administrative au sens de la LPA. En se déclarant compétent sur cette base, le Tribunal administratif aurait donc fait une application arbitraire des art. 2 [recte: 1 al. 2] et 5 LPA.
3.3.1 Aux termes de l'art. 1 al. 2 LPA, sont réputées autorités au sens de cette loi les autorités administratives ainsi que

les juridictions administratives. L'art. 5 LPA énumère les autorités administratives visées par cette disposition:
Sont réputées autorités administratives au sens de l'article 1:
a) le Conseil d'Etat
b) la chancellerie d'Etat
c) les départements
d) les services de l'administration cantonale
e) les corporations et établissements de droit public
f) les autorités communales, les services et les institutions qui en dépendent
g) les personnes, institutions et organismes investis du pouvoir de décision par le droit fédéral ou cantonal
3.3.2 En l'espèce, s'il est vrai que le Procureur général n'est pas mentionné expressément par l'art. 5 LPA, il n'apparaît cependant pas insoutenable de considérer qu'il entre dans la catégorie visée par la let. g, dès lors que, lorsqu'il agit pour préserver l'ordre public, il est investi d'un pouvoir de décision en matière de droit public par l'art. 43 al. 1 let. c LOJ. C'est du reste sur cette base que la Cour de céans a considéré que dans ce cas il agissait, à première vue, en tant qu'autorité administrative au sens de la LPA (arrêt 1P.723/2005 précité, consid. 4.3), ce que le Tribunal administratif a confirmé dans l'arrêt attaqué. Cette solution est conforme au principe de l'attribution générale de compétence au Tribunal administratif, qui signifie notamment qu'il faut partir de l'idée que le recours devant cette juridiction est en principe ouvert, à moins qu'une disposition légale particulière ne prévoie le contraire (Thierry Tanquerel, Les principes généraux de la réforme de la juridiction administrative genevoise, in RDAF 2000 p. 475 ss, p. 479). Au demeurant, les recourantes ne démontrent pas en quoi cette solution serait en contradiction manifeste avec l'art. 5 LPA, de sorte que ce grief doit lui aussi être rejeté.
3.4 En vertu de l'art. 59 let. b LPA, le recours au Tribunal administratif n'est pas recevable contre "les mesures d'exécution des décisions". Invoquant une application arbitraire de cette disposition, les recourantes soutiennent que la décision rendue le 19 octobre 2005 par le Procureur général est une mesure d'exécution des ordonnances d'évacuation du 10 novembre 1988, ainsi que de l'autorisation de construire entrée en force le 27 septembre 2005. Il y a toutefois lieu de relever que la décision litigieuse ne se réfère pas aux ordonnances de 1988 et qu'elle se fonde sur de nouveaux éléments de fait, à savoir le début prochain de travaux dans les immeubles litigieux et le respect des conditions pour exiger le départ des occupants. Il n'est donc pas insoutenable de la considérer comme une nouvelle décision et non comme une simple mesure d'exécution. De plus, bien qu'elle évoque les travaux projetés, cette décision ne mentionne pas non plus l'autorisation de construire à laquelle se réfèrent les recourantes et il n'apparaît pas que celle-ci ordonne une évacuation que le Procureur général n'aurait plus qu'à faire exécuter. Il n'est donc pas arbitraire de considérer que la décision litigieuse n'est pas une mesure d'exécution au sens de l'art. 59 let. b LPA, si bien que ce grief doit également être rejeté.
3.5 Les recourantes se plaignent enfin d'une application arbitraire de l'art. 60 let. b LPA, aux termes duquel a qualité pour recourir "toute personne qui est touchée directement par une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée". Selon elles, l'autorité attaquée aurait considéré de manière insoutenable que les squatters disposaient d'un intérêt digne de protection au contrôle de la décision litigieuse. Le Tribunal administratif a considéré que, vu les "circonstances très particulières" du cas d'espèce, les intimés avaient un intérêt de fait au contrôle de la décision d'évacuation. Il a notamment pris en considération le fait que la majorité des occupants avait annoncé à l'office compétent vouloir constituer un domicile légal dans les immeubles occupés et il a tenu compte du rôle tenu par les autorités cantonales, qui ont fait perdurer cette situation par leur inaction. De même, il a relevé que le contrôle avait pour objet la seule question de l'évacuation des squatters, contre lesquels il serait au besoin fait usage de la force publique. Dès lors qu'un simple intérêt de fait est suffisant pour agir devant le Tribunal administratif (cf. arrêt 1A.47/2002 du 16 avril 2002, consid. 3 et les arrêts cités), cette conception n'est pas manifestement insoutenable. Par conséquent, ce grief doit lui aussi être rejeté.
4.
Les recourantes se plaignent d'une violation de la garantie de la propriété (art. 26 Cst.). Or, s'il est vrai que l'atteinte portée à la propriété des recourantes est manifeste, il y a lieu de constater que ce n'est pas l'Etat qui en est l'auteur, mais bien les occupants illicites des immeubles concernés. La question se pose dès lors de savoir si les autorités cantonales avaient le devoir d'intervenir pour protéger la propriété des recourantes, en expulsant les squatters.
4.1 Les droits fondamentaux sont essentiellement dirigés contre l'Etat, dont ils limitent le pouvoir et auquel ils imposent de s'organiser et d'agir de façon à éviter que ces droits ne soient violés (cf. Pascal Mahon, in Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich, Bâle et Genève 2003, p. 62 s.; Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. II: Les droits fondamentaux, 2e éd., Berne 2006, n. 117 p. 58). Selon les conceptions récentes, les droits fondamentaux n'ont plus seulement une fonction de défense contre les atteintes causées par l'Etat, mais ils peuvent également fonder un devoir étatique de protection contre les atteintes provoquées par des tiers (**ATF 126 II 300**, consid. 5a p. 314 et les références; Michel Hottelier, La garantie constitutionnelle de la propriété en droit fédéral suisse: fondements, contenu et fonctions, in Revue internationale de droit comparé 1997, p. 156; Walter Kälin, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2000 und 2001, in RJB 2002 p. 615 ss). Certains auteurs reconnaissent en effet un devoir de protection étatique en faveur de personnes menacées dans leurs droits fondamentaux - tels que le droit à la vie, la liberté personnelle ou la liberté d'expression - l'exercice paisible de ces droits étant une composante de l'ordre public, dont la sauvegarde incombe à l'Etat (Jörg Paul Müller, Introduction aux droits fondamentaux, in Aubert et al. (éd.), Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du du 29 mai 1874, op. cit., n. 78 p. 24; Daniel Trachsel, Über die Möglichkeiten justiziabler Leistungsforderung aus verfassungsmässigen Rechten der Bundesverfassung, thèse Zurich 1980, p. 151 ss). Le Tribunal fédéral a reconnu un tel devoir d'intervention pour protéger la liberté de conscience et de croyance (**ATF 97 I 221** consid. 4d p. 230) ou la liberté de réunion et d'expression (ATF 12 p. 93 consid. 5 p. 108 s.), mais il ne l'a pas étendu à tous les droits fondamentaux. Il a en particulier laissé la question indécise s'agissant de la garantie de la propriété (**ATF 119 Ia 28** consid. 2 p. 31 s.; arrêt 1P.175/2002 du 10 mai 2002, consid. 3.2).
Au demeurant, un éventuel devoir d'intervention de l'Etat, requis par un citoyen atteint dans l'un de ses droits

fondamentaux, ne saurait exister de façon absolue ou inconditionnelle. Il dépend de la gravité de l'atteinte ainsi que de l'ensemble des circonstances dans lesquelles l'Etat est appelé à agir par l'intermédiaire des forces de police; il est ainsi subordonné à l'opportunité de l'intervention, un large pouvoir d'appréciation étant reconnu à la police ou aux autorités chargées de son commandement (**ATF 119 Ia 28** consid. 2 p. 31). A cet égard, il faut relever que dans le cadre d'un litige entre particuliers, la victime d'un acte illicite s'adresse en principe au juge civil pour obtenir le respect de ses droits. Une mesure de police ne se justifie dès lors que si la valeur des intérêts en jeu et la gravité de l'atteinte qui leur est portée nécessitent une intervention immédiate, impossible à obtenir en temps utile par la voie civile (arrêt du Tribunal fédéral du 23 octobre 1980, publié in SJ 1981 p. 114, consid. 6c p. 122; arrêt 1P.175/2002 précité, consid. 3.1).
4.2 En l'occurrence, l'atteinte à la propriété des recourantes réside dans l'occupation de leurs immeubles par des squatters. Cette occupation dure depuis plus de dix-sept ans, sans que les propriétaires et ayants droit successifs des immeubles litigieux n'aient même tenté d'obtenir le respect de leurs droits en faisant appel au juge civil. Or, les recourantes ne démontrent pas en quoi il était impossible d'obtenir satisfaction par cette voie. Au demeurant, ne serait-ce qu'en leur qualité de propriétaires des immeubles occupés, les recourantes disposent encore de divers moyens de droit privé pour se défendre, en particulier de l'action en revendication de l'art. 641 al. 2 CC, qui est imprescriptible (cf. Paul-Henri Steinauer, Les droits réels, tome premier, 3e éd., Berne 1997, p. 281 ss et les références). Il y a lieu de préciser à cet égard que l'affirmation des recourantes selon laquelle elles n'auraient pas eu accès aux listes des occupants est contredite par les actes de la cause, desquels il ressort que la liste établie par la police le 23 novembre 2005 a été déposée par le Procureur général devant le Tribunal administratif. En outre, concernant l'argument selon lequel une évacuation à l'issue d'une procédure civile serait impossible en raison d'un "tournus constant" parmi les occupants qui empêcherait d'obtenir un ordre d'évacuation opposable à chacun d'eux, il convient de relever que l'opposabilité de l'exécution forcée à des occupants sans droit qui ne seraient pas parties à la procédure ne paraît pas d'emblée exclue (cf. Gwendoline Egger Rochat, Les squatters et autres occupants sans droit d'un immeuble, thèse Lausanne 2002, p. 370 s. et les références). Il ne semble du reste pas non plus exclu que les recourantes puissent s'appuyer le cas échéant sur les actions possessoires des art. 926 ss CC, si les conditions en sont à nouveau remplies. Enfin, il y a lieu de relever que le Procureur général est compétent pour ordonner une évacuation non seulement sur la base d'une atteinte à l'ordre public (art. 43 al. 1 let. c LOJ) mais aussi en tant qu'autorité de l'exécution forcée d'un jugement civil (art. 45 LOJ et 474 al. 1 de la loi cantonale de procédure civile du 10 avril 1987), ce qui simplifierait une éventuelle coordination de ces deux voies. Dans ces conditions, les recourantes ne sauraient être suivies lorsqu'elles affirment qu'une évacuation est impossible au terme d'une procédure civile; à tout le moins, elles ne l'ont pas établi. Ne serait-ce que pour cette raison, l'art. 26 Cst. n'imposait pas à l'Etat d'intervenir pour évacuer les squatters dans le cas d'espèce. Il y a donc lieu de rejeter le grief tiré d'une violation de la garantie constitutionnelle de la propriété, sans qu'il soit nécessaire de trancher la question de savoir si celle-ci peut fonder un devoir étatique de protection contre les atteintes provoquées par des tiers.
5.
Il reste à examiner si les recourantes peuvent prétendre à l'intervention de la force publique sur la base de l'art. 43 al. 1 let. c LOJ, dont le Tribunal fédéral revoit l'application sous l'angle de l'arbitraire.
5.1 Dans le canton de Genève, l'art. 43 al. 1 let. c LOJ confère au Procureur général la tâche de veiller "en général à tout ce qui peut concerner l'ordre public". C'est sur la base de cette disposition que le Procureur général a rendu sa décision du 19 octobre 2005 (cf. arrêt 1P.723/2005 du 16 novembre 2005, consid. 4.2). Dans un arrêt du 8 mai 1991 concernant déjà l'occupation litigieuse, le Tribunal fédéral a considéré que le Procureur général pouvait se fonder sur l'art. 43 al. 1 let. c LOJ pour aider le possesseur d'un immeuble à en expulser tout occupant illicite sur la base de l'art. 926 al. 2 CC. Il a en effet admis que les actes d'usurpation ou de trouble de la possession visés à l'art. 926 CC portaient atteinte non seulement aux intérêts du possesseur troublé ou évincé, mais aussi à l'ordre public (arrêt 1P.624/1989 du 8 mai 1991, publié in SJ 1991 p. 602, consid. 3a). L'ordre public est menacé tant que la victime de l'usurpation est en droit de reprendre possession de la chose par la force, étant précisé que cette faculté s'éteint si elle n'est pas exercée immédiatement (art. 926 al. 2 CC). Le calme et l'ordre sont en revanche rétablis dès le moment où la violence de l'usurpateur est accomplie et révolue et où la victime s'est en quelque sorte accommodée provisoirement de la situation, renonçant à l'usage immédiat de son droit de reprise. L'ordre public n'est pas troublé du seul fait que subsiste une situation créée par un acte illicite entièrement révolu. Il appartient alors aux seules juridictions civiles de rétablir, à titre provisoire ou définitif, une situation conforme au droit (arrêt du Tribunal fédéral 23 octobre 1980, publié in SJ 1981 p. 114, consid. 6c p. 122).
5.2 En l'espèce, le Tribunal administratif a considéré qu'une intervention étatique ne se justifiait plus sur la base de l'art. 43 al. 1 let. c LOJ, dans la mesure où l'ordre public n'était plus troublé par l'occupation des squatters. Les négociations menées par les propriétaires l'ont conduit à admettre que ceux-ci s'étaient accommodés de la situation, ne fût-ce que provisoirement, et qu'ils avaient renoncé à l'usage immédiat de leur droit de reprise au sens de l'art. 926 al. 2 CC. De plus, l'autorité attaquée a retenu que le recours au juge pénal ou civil n'était pas impossible, dès lors que les individus éventuellement concernés par de telles procédures étaient identifiables.
Il est vrai qu'en 1991 le Tribunal fédéral avait donné raison aux propriétaires des immeubles litigieux, en considérant qu'ils avaient cherché sans désemparer à obtenir l'exécution des ordonnances rendues par le Procureur général le 10 novembre 1988 et que le fait qu'ils étaient entrés en pourparlers avec les squatters ne dénotait pas une renonciation de leur part à l'évacuation forcée (arrêt 1P.624/1989 du 8 mai 1991, publié in SJ 1991 p. 602, consid. 3b). La situation a toutefois changé depuis le prononcé de cet arrêt, ne serait-ce que par l'écoulement de quinze années supplémentaires. Or, les recourantes ne démontrent pas que durant ces années les propriétaires des immeubles aient poursuivi de manière continue leurs efforts visant à obtenir l'expulsion des squatters, que ce soit en faisant progresser la procédure pénale, en agissant sur le plan civil ou en demandant l'exécution de l'arrêt du Tribunal fédéral favorable à leur cause, le cas échéant sur la base de l'art. 39 al. 2 OJ. Il ressort en outre du dossier que les propriétaires des immeubles occupés ont cherché une solution alternative à l'expulsion en menant de nouvelles négociations. Quoi qu'en disent les recourantes, ces pourparlers n'ont pas toujours été imposés par les autorités. Ainsi, en octobre 1996, le représentant des propriétaires a spontanément contacté l'association X._____ afin de lui proposer une négociation pour "l'achat de l'un ou des deux immeubles par une coopérative d'habitation". De même, il ressort du rapport du Conseil d'Etat du

10 avril 2002 que l'ayant droit des immeubles litigieux a tenté de nouvelles négociations avec les occupants et la Ville de Genève après la constatation, en avril 2000, de l'échec de la médiation ordonnée par les autorités cantonales, ce que les recourantes ne contestent pas (rapport précité p. 5).
Dans ces circonstances, il n'est pas insoutenable de retenir que les propriétaires s'étaient accommodés, même provisoirement, de la situation et qu'ils avaient renoncé à l'usage immédiat de leur droit de reprise le temps de trouver une solution alternative. C'est donc sans arbitraire que le Tribunal administratif a considéré que l'ordre public n'était plus troublé par l'occupation illicite, et que l'expulsion des squatters ne pouvait se fonder, en l'espèce, sur l'art. 43 al. 1 let. c LOJ. Ce grief doit donc également être rejeté.
6.
Enfin, les recourantes reprochent à l'autorité attaquée d'avoir violé le principe de la bonne foi (art. 9 Cst.) en ignorant les assurances données par les autorités cantonales.
6.1 Découlant directement de l'art. 9 Cst. et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le droit à la protection de la bonne foi préserve la confiance légitime que le citoyen met dans les assurances reçues des autorités, lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration (**ATF 131 II 627** consid. 6.1 p. 636; **129 I 161** consid. 4.1 p. 170; **128 II 112** consid. 10b/aa p. 125; **126 II 377** consid. 3a p. 387 et les arrêts cités). Selon la jurisprudence, un renseignement ou une décision erronés de l'administration peuvent obliger celle-ci à consentir à un administré un avantage contraire à la réglementation en vigueur, à condition que l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de ses compétences et que l'administré n'ait pas pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu. Il faut encore que celui-ci se soit fondé sur les assurances ou le comportement dont il se prévaut pour prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice, et que la réglementation n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée (**ATF 131 II 627** consid. 6.1 p. 637; **129 I 161** consid. 4.1 p. 170; **122 II 113** consid. 3b/cc p. 123 et les références citées).
6.2 En l'occurrence, les recourantes allèguent avoir reçu des autorités genevoises l'assurance que les immeubles litigieux seraient évacués lorsqu'elles seraient au bénéfice d'une autorisation de construire, conformément à la pratique cantonale en la matière. Elles ne déposent cependant aucune pièce étayant ces affirmations, qui ne sont pas non plus vérifiées par les éléments figurant au dossier. Au demeurant, même si l'on devait admettre que la pratique cantonale précitée a été suffisamment établie et qu'elle constitue une promesse effective des autorités, on ne saurait considérer qu'elle n'a pas été respectée. En effet, le Procureur général s'est montré disposé à suivre cette pratique en ordonnant l'expulsion des squatters dès que les recourantes ont été au bénéfice d'une autorisation de construire en force. Quant au Tribunal administratif, c'est dans le cadre du contrôle judiciaire qui lui incombait qu'il a annulé l'ordonnance d'évacuation prise par celui-ci. Or, la décision d'une juridiction inférieure ne pouvant être interprétée comme une promesse qui lierait l'autorité de recours, on ne saurait faire grief à l'autorité attaquée de s'être écartée de la solution du Procureur général, sans quoi le contrôle judiciaire serait vidé de sa substance. Mal fondé, ce grief doit donc lui aussi être rejeté.
7.
Il s'ensuit que le recours de droit public doit être rejeté, dans la mesure où il est recevable. Les recourantes, qui succombent, doivent supporter les frais de la présente procédure (art. 153, 153a et 156 al. 1 OJ). Les intimés, qui se sont déterminés, ont droit à des dépens (art. 159 al. 1 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le recours est rejeté, dans la mesure où il est recevable.
2.
Un émolument judiciaire de 3000 fr. est mis à la charge des recourantes.
3.
Les recourantes verseront aux intimés une indemnité de 2000 fr. à titre de dépens.
4.
Le présent arrêt est communiqué en copie aux mandataires des parties, au Procureur général et au Tribunal administratif de la République et canton de Genève.
Lausanne, le 22 juin 2006
Au nom de la Ire Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le président: Le greffier:

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

Zurück

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
1P.175/2002 /dxc

Arrêt du 10 mai 2002
Ire Cour de droit public

Les juges fédéraux Aemisegger, président de la Cour et vice-président du Tribunal fédéral,
Féraud, Fonjallaz,
greffier Parmelin.

Banque X._____ SA,
recourante, représentée par Me Daniel Perren, avocat,
carrefour de Rive 1, 1207 Genève,

contre

Procureur général du canton de Genève,
place du Bourg-de-Four 1, case postale 3565, 1211 Genève 3.

refus de procéder à une évacuation

(recours de droit public contre les décisions du Procureur
général du canton de Genève des 20 et 26 mars 2002)

Faits:
A.
Le 7 novembre 1997, la Banque X._____ SA a acquis aux enchères publiques les parcelles nos 6085 et 6088 de la Commune de Versoix, qui accueillent une ancienne ferme convertie en maison d'habitation, une annexe comportant des bureaux en duplex et un appartement pour le personnel. Au terme d'une longue procédure judiciaire, elle a obtenu la libération des locaux de leurs précédents propriétaires le 31 mars 2001, en ce qui concerne la maison d'habitation, puis le 31 janvier 2002, s'agissant de l'annexe. Par convention du 9 avril 2001, elle a autorisé l'une de ses employées, Y._____, à occuper la maison d'habitation à titre précaire, dès le 1er mai 2001, pour le montant mensuel de 600 fr., cette dernière s'engageant à maintenir les lieux en l'état et à les restituer en tout temps sur simple préavis d'un mois pour la fin d'un mois. Y._____ a occupé la maison d'habitation avec sa fille de manière permanente jusqu'en été 2001, pour n'y passer ensuite que les fins de semaine.
B.
Le 15 mars 2002, un collectif d'étudiants, intitulé «Collectif 202» (ci-après: le «Collectif 202»), a pris possession des lieux; il a écrit à la Banque X._____ SA afin d'établir avec elle un contrat de confiance autorisant ses membres à occuper les locaux jusqu'à ce que des travaux de rénovation complète et définitive soient entrepris, moyennant la prise en charge des factures d'eau, d'électricité et de chauffage et l'engagement de préserver en l'état le bâtiment et ses alentours.
Le 18 mars 2002, la Banque X._____ SA a déposé plainte contre les membres du «Collectif 202» pour violation de domicile; elle exposait notamment avoir reçu une offre d'achat de l'immeuble occupé illicitement, qui risquait de ne pas aboutir en raison de la présence de squatters; elle sollicitait en conséquence leur évacuation immédiate. Y._____ a également déposé plainte pénale le 18 mars 2002; elle reprochait aux membres du «Collectif 202» de s'être rendus coupables de violation de domicile et de contrainte en entrant contre sa volonté dans la maison d'habitation, en utilisant certaines des affaires personnelles qu'elle y avait laissées et en l'empêchant de réintégrer les lieux pour nourrir ses poules et son chat et pour y passer le week-end avec sa fille.
Par lettre du 20 mars 2002, le Procureur général du canton de Genève (ci-après: le Procureur général) a informé le conseil des plaignants de la politique suivie par les autorités genevoises consistant à ne pas faire appel à la force publique lorsque le résultat d'une telle intervention revient à laisser un immeuble d'habitation vide et, partant, sujet à une nouvelle occupation illicite. Tel étant le cas en l'espèce, il a exclu le recours à la force publique pour évacuer les

squatters aussi longtemps que le futur acquéreur ne serait pas en mesure de prendre concrètement possession des lieux.
Le 25 mars 2002, la Banque X._____ SA a informé le Procureur général que l'acquéreur potentiel de l'immeuble avait réduit son offre d'achat en raison de la présence de squatters et conditionné la conclusion définitive du contrat au fait que les lieux soient libérés de leurs occupants; elle réitérait en conséquence sa demande d'évacuation immédiate des membres du «Collectif 202» de manière à pouvoir signer l'acte de vente le 28 mars 2002. Dans un courrier du 26 mars 2002, le Procureur général a refusé d'intervenir pour les motifs évoqués dans sa lettre du 20 mars 2002.
C.
Agissant par la voie du recours de droit public, la Banque X._____ SA demande au Tribunal fédéral d'annuler les décisions du Procureur général des 20 et 26 mars 2002 refusant de faire évacuer les squatters occupant l'immeuble et d'ordonner à ce magistrat l'évacuation desdits squatters par la force publique. Elle voit dans l'inaction du Procureur général un déni de justice formel ainsi qu'une violation de la garantie de la propriété et une atteinte à l'ordre public que ce magistrat a l'obligation de préserver en vertu du droit cantonal.
Le Procureur général conclut au rejet du recours.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (**ATF 128 II 13** consid. 1a p. 16, 46 consid. 2a p. 47 et les arrêts cités).
1.1 Même si leur forme extérieure est celle d'une simple lettre, les actes attaqués, datés respectivement des 20 et 26 mars 2002, revêtent le caractère d'une décision, puisque le Procureur général refuse de faire appel à la force publique pour évacuer les membres du «Collectif 202» occupant illicitement l'immeuble dont la recourante est propriétaire à Versoix. Par décision, la jurisprudence entend en effet un acte étatique qui affecte d'une façon quelconque la situation juridique de l'intéressé, l'astreignant à faire, à s'abstenir ou à tolérer quelque chose, ou qui règle d'une autre manière ses rapports avec l'Etat (**ATF 125 I 119** consid. 2a p. 121 et les arrêts cités). Le recours est donc infondé, en tant que la recourante se plaint d'un déni de justice. Pour le surplus, seul le recours de droit public est ouvert contre les décisions attaquées, dans la mesure où elle se plaint d'une application arbitraire du droit cantonal et d'une violation de la garantie de la propriété.
1.2 En règle générale, le recours de droit public ne peut tendre qu'à l'annulation de la décision attaquée et toute autre conclusion est irrecevable (**ATF 127 II 1** consid. 2c p. 5). Toutefois, dans les cas exceptionnels où il ne suffit pas de casser le prononcé attaqué pour rétablir une situation conforme à la constitution, le recourant est habilité à réclamer que les injonctions nécessaires soient adressées à l'autorité intimée; il peut notamment solliciter la mise en oeuvre d'une mesure d'exécution forcée (**ATF 124 I 327** consid. 4b/bb p. 333; **119 Ia 28** consid. 1 p. 30). La conclusion du recours visant à ce que le Tribunal fédéral ordonne au Procureur général de faire évacuer les squatters occupant l'immeuble dont la recourante est propriétaire à Versoix est ainsi recevable.
1.3 Formé en temps utile contre des décisions finales prises en dernière instance cantonale, le recours répond au surplus aux exigences des art. 86 al. 1 et 89 al. 1 OJ, de sorte qu'il convient d'entrer en matière sur le fond.
2.
Le Procureur général a refusé d'ordonner l'évacuation des squatters en accord avec la politique suivie par les autorités genevoises consistant à ne pas recourir à la force publique lorsque le résultat d'une telle intervention revient à laisser un immeuble d'habitation vide et, par conséquent, sujet à une nouvelle occupation illicite, sous réserve des cas où la tranquillité du voisinage ou la sécurité de tiers sont en cause. Il a cependant précisé qu'il ferait, le cas échéant, appel à la force publique aussitôt que la recourante ou le futur acquéreur de l'immeuble sera en mesure de prendre concrètement possession des lieux, respectivement de faire un usage effectif des locaux, le passage occasionnel pour nourrir un chat ou des poules ne pouvant être assimilé à un tel usage. Ces considérations échappent au grief d'arbitraire. La recourante, même s'il n'est pas dans son intention de laisser l'immeuble vide, n'occupe pas personnellement les lieux; elle a certes passé avec l'une de ses employées, Y._____, un contrat de confiance autorisant cette dernière à occuper la maison d'habitation à titre précaire; si cette personne a effectivement séjourné en permanence dans la maison avec sa fille jusqu'au début de l'été 1991, elle n'y réside plus, quand bien même elle déclare y passer occasionnellement les week-ends et durant la semaine pour nourrir les poules et le chat qu'elle y a laissés. Dans ces circonstances, le Procureur général pouvait de manière encore soutenable admettre qu'il ne s'agissait pas d'une occupation effective de l'immeuble justifiant l'intervention immédiate de la force publique, selon la pratique suivie par les autorités genevoises.
3.
La recourante voit dans le refus du Procureur général d'ordonner l'évacuation immédiate des squatters une application arbitraire de l'art. 43 al. 1 let. c de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ gen.), qui commande à ce magistrat de veiller à tout ce qui peut concerner l'ordre public, et une atteinte inadmissible à son droit de propriété garanti à l'art. 26 al. 1 Cst.
3.1 La recourante ne peut se prévaloir d'un jugement d'expulsion, qui la protégerait contre une application arbitraire des règles concernant l'exécution de ce prononcé (cf. **ATF 119 Ia 28** consid. 3 p. 32). Il est cependant admis que les actes d'usurpation ou de trouble de la possession visés à l'art. 926 CC portent également atteinte à l'ordre public au respect duquel le Procureur général a la charge de veiller en vertu de l'art. 43 al. 1 let. c LOJ gen. (arrêt du Tribunal fédéral 1P.624/1989 du 8 mai 1991 paru à la SJ 1991 p. 602 consid. 3a p. 604). La victime de tels actes doit cependant s'adresser en priorité au juge civil pour obtenir le respect ou le rétablissement de ses droits. Aussi, une mesure de police, telle que l'évacuation de squatters, fondée directement sur l'art. 43 al. 1 let. c LOJ gen. ne se justifie que si la valeur des intérêts en jeu et la gravité de l'atteinte qui leur est portée nécessitent une intervention immédiate, impossible à obtenir en temps utile par la voie civile (arrêt du Tribunal fédéral du 23 octobre 1980 paru à la SJ 1981 p. 114 consid. 6c p. 122).
La Banque X._____ SA ne prétend pas que le recours immédiat à la force publique se justifierait pour assurer la sécurité des biens et des personnes, parce que les membres du «Collectif 202» auraient causé des dégâts ou qu'ils

auraient menacé de s'en prendre à son employée. Il n'y a pas lieu d'examiner si, comme elle le prétend, la présence de squatters a effectivement dissuadé l'acheteur potentiel de l'immeuble de finaliser la vente et si une intervention immédiate de la police aurait permis d'éviter l'échec des négociations; une telle intervention ne donnait en effet de toute manière au futur acquéreur aucune garantie contre une éventuelle occupation ultérieure des lieux jusqu'à l'exécution des travaux de rénovation; aussi, en l'absence d'un jugement d'expulsion ou d'une décision analogue définitive et exécutoire, le Procureur général n'a pas failli au devoir de préserver l'ordre public que lui impose le droit cantonal en admettant que l'assurance donnée à la recourante ou au futur acquéreur d'une intervention immédiate de la force publique aussitôt que les travaux de rénovation seraient entrepris constituait une garantie suffisante pour le propriétaire des lieux de pouvoir jouir sans entrave de sa propriété et que l'intérêt privé de la recourante à concrétiser la vente de l'immeuble ne justifiait pas une telle intervention.
La Banque X._____ SA voit également une atteinte à l'ordre public propre à justifier le recours immédiat à la force publique dans le fait que la présence des squatters empêcherait son employée d'utiliser les locaux conformément à la convention passée avec elle le 9 avril 2001. Il est cependant établi que Y._____ ne séjourne pas en permanence à Versoix, mais de manière irrégulière, principalement durant les week-ends, et qu'elle y passe la semaine pour nourrir ses poules et son chat. Par ailleurs, la recourante ne prétend pas que ses membres du «Collectif 202» empêcheraient la jeune femme de pénétrer dans la propriété pour s'occuper des animaux ou qu'ils n'en prendraient pas soin personnellement. Le Procureur général n'a donc pas appliqué l'art. 43 al. 1 let. c LOJ gen. arbitrairement en considérant qu'une intervention immédiate de la force publique ne s'imposait pas dans de telles circonstances, mais que Y._____ pouvait être renvoyée à faire valoir ses droits devant le juge civil.
3.2 Il reste ainsi à examiner si l'application non arbitraire du droit cantonal est compatible avec la garantie de la propriété ancrée à l'art. 26 al. 1 Cst., question que le Tribunal fédéral examine librement (**ATF 121 I 326** consid. 2b p. 329; **119 Ia 13** consid. 3a in fine p. 17; **116 Ia 345** consid. 4b et 5a p. 348 ss et les arrêts cités). Dans un arrêt du 11 février 1993 paru aux **ATF 119 Ia 28**, ce dernier n'a pas tranché le point de savoir si la garantie de la propriété permettait d'exiger une prestation positive de l'Etat sous la forme d'une évacuation forcée des squatters; cette question peut également rester indécise en l'espèce, car à supposer qu'une telle prétention puisse être tirée de l'art. 26 al. 1 Cst., elle ne serait pas absolue ou inconditionnelle, mais dépendrait d'une pesée des intérêts en présence et de la proportionnalité d'une intervention immédiate de la force publique.
En l'occurrence, l'assurance donnée à la Banque X._____ SA et au futur acquéreur de pouvoir demander l'expulsion immédiate des squatters si ceux-ci refusaient de quitter volontairement les lieux lorsque les travaux de rénovation auront débuté est propre à concilier l'intérêt privé du propriétaire à jouir sans entrave de son bien et l'intérêt public à ne pas ordonner l'évacuation forcée d'un immeuble susceptible d'être réoccupé dans les jours suivant l'intervention de la force publique. De ce point de vue, le refus d'ordonner en l'état l'évacuation immédiate des membres du «Collectif 202» ne consacre aucune violation de la garantie de la propriété ancrée à l'art. 26 al. 1 Cst. (cf. **ATF 119 Ia 28** consid. 2 in fine p. 32).
4.
Le recours doit par conséquent être rejeté, dans la mesure où il est recevable, aux frais de la recourante qui succombe (art. 156 al. 1 OJ). Il n'y a pas lieu d'octroyer des dépens (art. 159 al. 2 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours est rejeté, dans la mesure où il est recevable.
2.
Un émolument judiciaire de 2'000 fr. est mis à la charge de la recourante.
3.
Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire de la recourante et au Procureur général du canton de Genève.
Lausanne, le 10 mai 2002
Au nom de la Ire Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

Le président: Le greffier:

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

Zurück

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
1P.723/2005 /col

Arrêt du 16 novembre 2005
Ire Cour de droit public

Composition
MM. les Juges Féraud, Président,
Aemisegger et Reeb.
Greffier: M. Jomini.

Parties
A._____, B._____, C._____, D._____, E._____, F._____, G._____, H._____, I._____, J._____, K._____, L._____, M._____, N._____, O._____, P._____ et Q._____, tous domiciliés Boulevard de la Tour 12-14 ou Boulevard des Philosophes 24, 1204 Genève,
recourants,
tous représentés par Me Pierre Bayenet, avocat,

contre

Procureur général de la République et canton de Genève, case postale 3565, 1211 Genève 3.

Objet
évacuation d'immeubles

recours de droit public contre une "ordonnance" du Procureur général de la République et canton de Genève.

Faits:
A.
Les trois bâtiments contigus sis en ville de Genève, Boulevard de la Tour 12 et 14 et Boulevard des Philosophes 24, sont des maisons d'habitation destinées depuis longtemps à être reconstruites ou transformées. Le 9 novembre 1988, environ cinquante personnes se sont introduites dans des logements vides de ces immeubles, pour les occuper. Les représentants des propriétaires ont immédiatement déposé des plaintes pénales et réclamé l'intervention de la police. Le 10 novembre 1988, le Procureur général de la République et canton de Genève a rendu trois ordonnances concernant chacun des bâtiments, invitant la force publique à en expulser tout individu qui s'y trouvait en flagrant délit d'occupation illicite. Le même jour, le Conseil d'Etat a décidé de ne pas mettre en oeuvre la force publique. Les propriétaires des immeubles ont recouru au Tribunal fédéral. Par un arrêt rendu le 8 mai 1991 (cause 1P.624/1989), la Ire Cour de droit public a admis le recours et invité le Conseil d'Etat à exécuter les ordonnances du Procureur général du 10 novembre 1988 (arrêt publié in SJ 1991 p. 602).
B.
Les logements précités sont actuellement toujours occupés par des squatters. Le 19 octobre 2005, ces derniers ont trouvé, affiché sur les portes des immeubles, l'avis suivant daté du jour même, sur papier à en-tête du Département cantonal de justice et police et des transports, corps de police, "La B.R.I.C, Service Squatters":
"Note à l'attention des occupants de l'immeuble sis Boulevard des Philosophes 24, Boulevard de la Tour 12 et 14, 1205 Genève.
Concerne: Fin d'occupation.
Avis aux occupants
Mesdames, Messieurs,
Nous vous informons que, conformément aux instructions de Monsieur le Procureur général, vous êtes invités à vous organiser de telle sorte que les lieux soient libérés pour le mardi 22 novembre 2005 à 0830.
Dans le même temps, veuillez emporter toutes vos affaires personnelles.
Salutations."

Le 19 octobre 2005 également, un communiqué de presse a été diffusé (notamment sur le site officiel de l'Etat de Genève, Pouvoir judiciaire), qui a la teneur suivante:
"Evacuation du squatt Rhino ordonnée.
Ce jour, le Procureur général a ordonné l'évacuation des immeubles sis aux 24, Bd des Philosophes et 12-14, Bd de la Tour. Les occupants illicites de ces bâtiments devront quitter les lieux le 22 novembre au plus tard au matin, date du début des travaux sur ces bâtiments.
Le Procureur général a estimé que les conditions étaient réunies pour prononcer l'ordre d'évacuation de ces immeubles, occupés depuis 1988. A la date du 22 novembre 2005, des travaux doivent être engagés sur ces immeubles.
Le projet vise à construire des logements destinés notamment à des familles.
Dans le contexte actuel de pénurie de logements que connaît Genève, une telle construction d'habitations répond à l'intérêt public.
Les avis d'évacuation ont été affichés aux entrées des immeubles occupés cet après-midi."
C.
Le 27 octobre 2005, I._____, occupant d'un logement dans l'immeuble sis 12 Boulevard de la Tour, a écrit au Procureur général pour demander l'autorisation d'avoir accès au dossier relatif à l'évacuation de cet immeuble. Le Procureur général a répondu le 2 novembre 2005 qu'il ne pouvait donner suite à cette requête, le code de procédure pénale genevois ne conférant pas de droit de consultation d'un dossier en enquête préliminaire.
Le 2 novembre 2005, d'autres occupants des bâtiments précités, soit A._____, B._____, C._____, D._____, E._____, J._____, K._____, L._____, M._____, N._____, O._____, P._____ et Q._____, ont également demandé au Procureur général l'accès au dossier relatif à l'évacuation des immeubles.
D.
Les personnes précitées, ainsi que trois autres occupantes de logements dans le même groupe d'immeubles, soit F._____, G._____ et H._____, ont adressé le 7 novembre 2005 au Tribunal fédéral un recours de droit public tendant à l'annulation des "ordonnances d'évacuations relatives aux immeubles sis 24 Boulevard des Philosophes ainsi que 12 et 14 Boulevard de la Tour, 1205 Genève, adoptées par le Procureur général du canton de Genève le 19 octobre 2005". Ils se plaignent de violations des art. 9 et 29 Cst., des art. 6 et 8 CEDH ainsi que des art. 10A et 13 de la Constitution cantonale (Cst./GE).
Ils requièrent que soit ordonnée, à titre de mesures pré-provisionnelles puis provisionnelles, la suspension de l'exécution des ordonnances d'évacuation. Dans le cadre des mesures pré-provisionnelles, ils requièrent en outre que le Procureur général soit invité à leur communiquer une copie des ordonnances attaquées et qu'ensuite, le Tribunal fédéral leur impartisse un délai pour modifier leur recours de droit public.
Il n'a pas été demandé de réponses au recours de droit public.
E.
Par ordonnance du 11 novembre 2005, le Président de la Ire Cour de droit public du Tribunal fédéral a invité le Procureur général à produire les "ordonnances d'évacuation" mentionnées par les recourants.
Le 14 novembre 2005, le Procureur général a envoyé au Tribunal fédéral la copie d'une lettre qu'il avait adressée le 19 octobre 2005 au Chef de la police cantonale. Cette lettre a la teneur suivante:
"Je vous prie de trouver ci-joint copie du courrier que m'adresse le représentant du propriétaire des immeubles [sis 24, Boulevard des Philosophes et 12-14, Boulevard de la Tour].
Ces derniers doivent faire l'objet de travaux appointés au 22 novembre 2005.
Les conditions sont dès lors réunies pour exiger le départ de tout occupant illicite dès avant le début des travaux.
Je vous prie dès lors de bien vouloir inviter vos services à procéder selon les modalités usuelles.
Au besoin, il sera fait usage de la force, l'identification et l'audition des occupants s'avérant alors nécessaire."
Dans une lettre d'accompagnement du 14 novembre 2005, le Procureur général a donné les explications complémentaires suivantes: la lettre précitée est un ordre donné à la police dans le cadre de la procédure pénale P/14176/1991; il n'y a pas d'autre "ordonnance" rendue par le Ministère public susceptible en tant que telle de recours au Tribunal fédéral; le Ministère public n'agit pas en tant qu'autorité d'exécution d'une décision civile mais "dans le cadre tant d'une procédure pénale ouverte pour violation de domicile que de l'art. 43 al. 1 let. c de la loi genevoise d'organisation judiciaire".

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Le présent arrêt rend sans objet la demande de mesures provisionnelles et pré-provisionnelles.
2.
Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (**ATF 131 I 145** consid. 2 p. 147, 153 consid. 1 p. 156; **131 II 352** consid. 1 p. 363, 361 consid. 1 p. 364).
3.
Dans la procédure de recours de droit public (art. 84 ss OJ), l'acte de recours doit contenir, en vertu de l'art. 90 al. 1 OJ, la désignation de l'arrêté ou de la décision attaqués. L'art. 90 al. 2 OJ dispose que, lorsque le recourant peut obtenir une expédition de la décision attaquée, il doit la joindre à l'acte; s'il ne le fait pas, un bref délai lui est imparti pour qu'il s'exécute, sous peine d'irrecevabilité. En l'occurrence, la ou les décisions attaquées sont ainsi désignées dans les conclusions du recours de droit public: "ordonnances d'évacuations relatives aux immeubles sis 24 Boulevard des Philosophes ainsi que 12 et 14 Boulevard de la Tour, 1205 Genève, adoptées par le Procureur général du canton de Genève le 19 octobre 2005". Aucune "ordonnance" n'est jointe à l'acte de recours. Les recourants produisent des documents officiels - un communiqué de presse et un avis placardé par la police - qui ne sont manifestement pas en tant que tels des décisions attaquables au sens de l'art. 84 al. 1 OJ; on peut cependant y voir des indices selon lesquels le Procureur général est l'auteur d'un acte tendant à l'évacuation des immeubles qu'ils occupent.
Comme les recourants exposent d'emblée qu'ils se sont adressés en vain, jusqu'ici, au Procureur général afin que les ordonnances qu'ils dénoncent leur soient notifiées, il n'y a pas lieu en l'état d'appliquer la règle de l'art. 90 al. 2, 2ème phrase OJ. Il apparaît en effet inutile d'impartir aux recourants un délai pour une démarche qu'ils affirment ne pas

pouvoir accomplir. Cela étant, à l'invitation du Tribunal fédéral, le Procureur général a produit directement le texte d'un ordre donné le 19 octobre 2005 à la police, en précisant qu'il n'avait pas rendu d'autre ordonnance au sujet de la fin de l'occupation des immeubles litigieux. Cet acte doit donc être considéré comme la décision attaquée, objet du recours de droit public. Dès lors qu'elle a été portée à la connaissance du Tribunal fédéral, celui-ci peut examiner les autres conditions de recevabilité de ce recours.
4.
Aux termes de l'art. 86 al. 1 OJ, le recours de droit public n'est recevable qu'à l'encontre des décisions prises en dernière instance cantonale.
4.1 La protection juridique, au niveau cantonal, dépend du fondement de l'acte attaqué. L'ordre donné le 19 octobre 2005 à la police n'indique pas sa base légale. Il mentionne des "modalités usuelles". Dans sa lettre d'accompagnement, le Procureur évoque "le cadre" d'une procédure pénale ainsi que celui de l'art. 43 al. 1 let. c de la loi genevoise d'organisation judiciaire (LOJ); deux types de normes sont donc invoqués.
4.2 Il convient d'examiner en premier lieu si la décision attaquée - au sens du considérant 3 ci-dessus - est une mesure fondée principalement sur le droit cantonal de procédure pénale. Lorsqu'un des recourants s'est adressé au Procureur général pour lui demander l'accès au dossier, il lui a été répondu qu'une enquête préliminaire, au sens du code de procédure pénale (CPP/GE) était en cours. D'après l'art. 115 CPP/GE, lorsqu'il est avisé qu'une infraction a été commise, le Procureur général peut normalement requérir tant une enquête préliminaire de la police que l'ouverture d'une instruction préparatoire (al. 2). Dans la phase précédant l'ouverture d'une instruction préparatoire, confiée à un juge d'instruction (art. 118 ss CPP/GE), le Procureur général peut prendre certaines mesures (par exemple, une saisie à titre conservatoire d'objets ou de valeurs susceptibles d'être confisqués - art. 115A CPP/GE). On ne voit toutefois pas d'emblée qu'il puisse, sur la base du code de procédure pénale, ordonner sans autre et à titre de mesure d'enquête préliminaire l'évacuation d'un immeuble occupé sans droit depuis plusieurs années.
Le second "cadre" mentionné par le Procureur général est celui de l'art. 43 al. 1 let. c LOJ. L'art. 43 LOJ fait partie du titre VII de cette loi, consacré au Ministère public. Son alinéa premier a la teneur suivante:
Outre les attributions qui lui sont conférées par le code de procédure pénale, le procureur général veille:
a) au maintien des lois et règlements;
b) à la conservation des droits et des propriétés publiques;
c) en général à tout ce qui peut concerner l'ordre public.
Dans son arrêt 1P.624/1989 rendu le 8 mai 1991, déjà au sujet de l'occupation par des squatters des trois bâtiments litigieux (cf. supra, let. A), le Tribunal fédéral avait abordé la question du fondement légal d'ordonnances du Procureur général invitant la force publique à expulser de ces bâtiments tout individu qui s'y trouvait en flagrant délit d'occupation illicite. Cet arrêt retient que ces ordonnances étaient fondées essentiellement sur l'art. 43 al. 1 let. c LOJ (consid. 1b dudit arrêt). Dans la présente espèce, vu les explications données par le Procureur général, on doit aussi admettre que l'art. 43 al. 1 let. c LOJ constitue le fondement essentiel, ou principal, de la décision attaquée.
4.3 Le Procureur général, qui prend des décisions dans le cadre de l'art. 43 al. 1 let. c LOJ aux fins de préserver l'ordre public, agit non pas dans le cadre du droit de procédure pénale ou civile, mais dans le cadre du droit public. A première vue, il agit alors en tant qu'autorité administrative au sens de l'art. 5 de la loi cantonale sur la procédure administrative (LPA), cette notion visant notamment les "personnes, institutions et organismes investis du pouvoir de décision par le droit fédéral ou cantonal" (art. 5 let. g LPA). Tel qu'il est interprété dans ce contexte, l'art. 43 al. 1 let. c LOJ est en effet une norme du droit public cantonal qui autorise le Procureur général à prendre des décisions administratives, en d'autres termes des mesures individuelles et concrètes, dans des cas d'espèce, fondées sur le droit public et ayant notamment pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations (cf. art. 4 al. 1 LPA).
Depuis une récente révision de la loi cantonale d'organisation judiciaire qui prévoit une attribution générale de compétences au Tribunal administratif (réforme de la juridiction administrative selon la loi du 11 juin 1999; cf. Thierry Tanquerel, Les principes généraux de la réforme de la juridiction administrative genevoise, RDAF 2000 p. 475 ss; cf. également **ATF 127 I 115** consid. 3b p. 117), ce tribunal est l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 56A al. 1 LOJ). Le recours au Tribunal administratif est ouvert contre les décisions des autorités et juridictions administratives, au sens des art. 4 et 5 LPA, sauf exception prévue par la loi (art. 56A al. 2 LOJ); la procédure de recours est réglée aux art. 57 ss LPA. Les clauses d'exclusion de ce recours, à l'art. 56B LOJ, ne mentionnent pas les décisions du Procureur général prises en application de l'art. 43 al. 1 let. c LOJ. De telles décisions ne paraissent pas non plus visées par les art. 58 et 59 LPA, qui énoncent également des exceptions à la recevabilité du recours. Il s'ensuit qu'à première vue, une voie de recours cantonale est ouverte contre la décision attaquée, auprès du Tribunal administratif. Il faut quoi qu'il en soit partir de ce point de vue pour statuer sur la recevabilité du présent recours de droit public.
Dans ces conditions, le recours de droit public doit être déclaré irrecevable en application de l'art. 86 al. 1 OJ, à défaut d'épuisement des instances cantonales.
Cela étant, il se justifie de transmettre d'office la cause au Tribunal administratif pour qu'il statue sur la contestation.
5.
Vu les circonstances particulières de l'espèce, il se justifie de renoncer à percevoir un émolument judiciaire (art. 154 OJ). Les recourants n'ont pas droit à des dépens (art. 159 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le recours de droit public est irrecevable.
2.
L'affaire est transmise au Tribunal administratif de la République et canton de Genève.
3.
Il n'est pas perçu d'émolument judiciaire ni alloué de dépens.
4.
Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire des recourants, au Procureur général et au Tribunal

administratif de la République et canton de Genève.
Lausanne, le 16 novembre 2005
Au nom de la Ire Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le président: Le greffier:

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

Zurück

Urteilskopf

105 Ia 330

61. Urteil der I. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 29. November 1979 i.S. Meier, Stock und Hartmann gegen Gemeinde Zizers und Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden (Verwaltungsgerichtsbeschwerde)

Regeste

Art. 22ter BV sowie **Art. 19 und 20 GSchG**; Entschädigung aus materieller Enteignung.
1. Da die in den **Art. 19 und 20 GschG** angeordnete Begrenzung der Überbaubarkeit des Bodens nur der Abwehr einer abstrakten Gefährdung des Wassers dient, kann sie nicht als polizeilich bedingte und daher entschädigungslos zu duldende Eigentumsbeschränkung bezeichnet werden (E. 3b).
2. Wegen der grundsätzlichen Gleichrangigkeit der Verfassungsnormen können nebst den polizeilich motivierten Eingriffen auch raumplanerische und umweltschützende Eigentumsbeschränkungen entschädigungslos zulässig sein (E. 3c). So durfte mit der Regelung der **Art. 19 und 20 GSchG** für die ganze Schweiz einheitlich der Inhalt des Grundeigentums ausserhalb der Bauzonen bzw. des GKP festgelegt werden, ohne hiefür allgemein eine Entschädigungspflicht auszulösen. Die Begrenzung der Überbaubarkeit kann indessen ausnahmsweise einzelne Grundeigentümer enteignungsähnlich treffen (E. 3d und e).
3. Eine enteignungsähnliche Wirkung des Inkrafttretens der neuen **Art. 19 und 20 GSchG** kommt nur in Frage, wenn ein Grundeigentümer bis zum 1. Juli 1972 sein Land hätte einer besseren Nutzung zuführen können und er davon auch Gebrauch gemacht hätte (E. 4b).
4. Im beurteilten Fall ist dies zu verneinen, da die fraglichen Grundstücke nicht hinreichend erschlossen waren (E. 5b und c) und keine konkreten Überbauungsabsichten bestanden (E. 5d). Ferner liegen weder eine Rückzonung noch die Einweisung in eine Schutzzone vor (E. 5e). Schliesslich hatte die betreffende Gemeinde den Grundeigentümern auch keine verbindlichen Zusicherungen hinsichtlich der Überbaubarkeit ihrer Parzellen abgegeben (E. 6).

Sachverhalt ab Seite 332

BGE 105 Ia 330 S. 332

Die Beschwerdeführer sind Eigentümer der Parzellen Nr. 621, 622 und 623 im "Mutschacker", einem landwirtschaftlich genutzten Gebiet südlich der Chessirüfi, das rund 1 km vom Siedlungskern Zizers entfernt ist. Die aneinander grenzenden Parzellen weisen eine der landwirtschaftlichen Nutzung entsprechende Form auf. Die Fläche im Ausmass von rund 6128 m2 wird durch die Ochsengasse und den Feldbündtliweg sowie teilweise einen Rebberg begrenzt. Beide Wege zweigen an der gleichen Stelle von der Ochsenweidstrasse ab und sind rund 2,5 m breite Feldwege, wobei die Ochsengasse im fraglichen Abschnitt geteert ist, während der Feldbündtliweg ungeteert und nicht ausgeebnet ist. Oberhalb der Abzweigung der Ochsengasse befindet sich auf Parzelle 759 ein im

BGE 105 Ia 330 S. 333

Jahre 1971 erstelltes Einfamilienhaus. In einer Entfernung von 80-90 m folgen ebenfalls oberhalb der Ochsengasse auf den Parzellen 754 und 755 zwei vor 1970 errichtete Einfamilienhäuser.
Sowohl gemäss dem früheren Zonenplan der Gemeinde Zizers vom 17. September 1965 als auch nach dem heute geltenden vom 4. Dezember 1977 liegen die Parzellen im "übrigen Gemeindegebiet". Dieses ist in erster Linie für Land- und Forstwirtschaft bestimmt, doch konnten darin nach Art. 25 Abs. 2 der Bauordnung von 1965 unter bestimmten Voraussetzungen (genügende Erschliessung auf Kosten der Grundeigentümer) auch nicht-landwirtschaftliche Bauten bewilligt werden. Um die Erschliessung u.a. des Areales Tschalär/Mutschacker zu fördern, vereinbarte Max Marugg, der oberhalb der Ochsengasse 1964 grössere Landflächen erworben hatte, am 1. Juni 1966 mit der Gemeinde Zizers, gemäss ihrem Projekt Wasser- und Kanalisationsleitungen zu bauen; die Gemeinde sollte diese spätestens zehn Jahre nach ihrer Erstellung käuflich übernehmen. Am 16. März 1972 schloss Marugg dann einen "Vergleich" mit der Gemeinde, wonach diese nur einen Teil der Leitungen, nämlich soweit sie der Erschliessung des in der Bauzone gelegenen Landes dienten, übernahm. Im August 1973 lancierte Marugg eine Gemeindeinitiative, die unter anderem die

Einzonung des Gebietes Tschalär/Mutschacker, das mit den von ihm erstellten Leitungen teilweise erschlossen wurde, herbeiführen sollte. Die Gemeindeversammlung trat jedoch auf das Begehren am 12. Oktober 1973 nicht ein. Marugg gründete in der Folge die Baugesellschaft Mutschacker, die 1974 um die Bewilligung eines Einfamilienhauses auf den Parzellen Nr. 621 und 622 ersuchte. Die Gemeinde lehnte das Gesuch jedoch gestützt auf Art. 20 des am 1. Juli 1972 in Kraft getretenen Gewässerschutzgesetzes ab, und das Bundesgericht schützte die Verweigerung der Baubewilligung mit Entscheid vom 11. Juli 1975 (**BGE 101 Ib 189** ff.).

Im Oktober 1975 verlangten die Beschwerdeführer eine Entschädigung wegen materieller Enteignung, eventuell die Einzonung des fraglichen Gebietes; der Gemeindevorstand Zizers lehnte indessen beides ab. Die Enteignungskommission I des Kantons Graubünden bejahte hingegen mit Entscheid vom 10. Mai 1977 eine materielle Enteignung und verpflichtete die Gemeinde zur Leistung von Entschädigungen von insgesamt

BGE 105 Ia 330 S. 334

rund Fr. 400'000.-. Auf Beschwerde der Gemeinde Zizers hin hob jedoch das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden am 7. März 1978 diesen Entscheid auf. Hiegegen wandten sich die Beschwerdeführer mit staatsrechtlicher und mit verwaltungsgerichtlicher Beschwerde ans Bundesgericht. Eine Delegation desselben führte am 29. Juni 1979 mit den Parteien einen Augenschein durch. Das Bundesgericht vereinigt beide Beschwerdeverfahren (E. 1), tritt auf die staatsrechtliche Beschwerde wegen Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde (E. 2) nicht ein und weist die letztere ab aus folgenden

Erwägungen

Erwägungen:

3. a) Das Gewässerschutzgesetz sieht in den Art. 19 und 20 vor, dass Baubewilligungen für den Neu- und Umbau von Bauten und Anlagen aller Art nur innerhalb der Bauzonen oder - wo solche fehlen - innerhalb des im generellen Kanalisationsprojekt (GKP) abgegrenzten Gebietes erteilt werden dürfen, und zwar nur dann, wenn der Anschluss der Abwässer an die Kanalisation gewährleistet ist. Ausserhalb dieses Gebietes dürfen Baubewilligungen nur erteilt werden, sofern der Gesuchsteller ein sachlich begründetes Bedürfnis nachweist. Diese Regelung verfolgt, wie das Bundesgericht wiederholt festgestellt hat, neben polizeilichen Zwecken im engeren Sinne auch planerische Zwecke wie die Verhinderung der Streubauweise im Interesse des Gewässerschutzes (**BGE 103 Ib 113** E. 2b; **BGE 102 Ib 213** f E. 1a, 72 E. 5c; **BGE 101 Ib 304** E. 2b, 195 E. 2c; **BGE 100 Ib 450** f E. 3b und c, 91f E. 4). Sie hatte zur Folge, dass die nach dem Recht mehrerer Kantone gegebene Möglichkeit dahinfiel, ausserhalb der Bauzonen unter bestimmten, mehr oder weniger eingehend umschriebenen Voraussetzungen auch andere als standortgebundene Bauten und Anlagen zu errichten, sofern der Gemeinde keine Erschliessungskosten entstanden (vgl. Zürich, BauG vom 23.4.1893, § 68 c, Fassung gemäss Gesetz vom 24.5.1959; Bern, BauG vom 7.6.1970, Art. 24; Luzern, BauG vom 15.9.1970, §§ 33 und 37; Zug, BauG vom 18.5.1967, § 24; A. Rh., EG-ZGB vom 27. April 1969, Art. 116; St. Gallen, BauG vom 6.6.1972, Art. 21).

Man kann sich fragen, ob der Wegfall dieser Möglichkeit überhaupt eine Entschädigungspflicht auszulösen vermag. Die

BGE 105 Ia 330 S. 335

Frage ist auch deshalb gerechtfertigt, weil andere Kantone unabhängig vom Gewässerschutzgesetz des Bundes das Bauen im wesentlichen in gleichem Sinne wie das Gewässerschutzrecht auf die Bauzonen begrenzt hatten (vgl. Genf, Lois sur les constructions et les installations diverses du 25 mars 1961, Art. 11 al. 6 lit. b, 5e zone B; Basel-Stadt, Hochbautengesetz § 4 sowie Anhang hiezu § 1 lit. d gemäss Gesetz vom 10.5.1962; Basel-Landschaft, BauG vom 15. Juni 1967, § 11; Aargau, BauG vom 2. Februar 1971 § 129).

b) Das Verwaltungsgericht hat im angefochtenen Entscheid eine Entschädigungspflicht mit der Begründung verneint, die vom Gewässerschutzgesetz getroffene Regelung habe polizeiliche Schranken des Grundeigentums geschaffen. Es ist ihm insofern zuzustimmen, als der umfassende Zweck des Gewässerschutzgesetzes - Schutz aller ober- und unterirdischen öffentlichen und privaten Gewässer gegen Verunreinigung sowie Behebung bestehender Verunreinigungen (Art. 1 und 2) - ohne klare Begrenzung der baulichen Nutzung des Bodens nicht erreicht werden könnte (**BGE 99 Ib 154** E. 2a und b; **BGE 100 Ib 89** E. 2 mit Verweisung auf BBl 1970 II 453). Doch übersieht das Verwaltungsgericht, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung nur solche polizeilich motivierten Eigentumsbeschränkungen als entschädigungslos zu dulden bezeichnet, die der Abwehr einer unmittelbar drohenden Gefahr dienen (**BGE 96 I 128** lit. b; 356 E. 4; ANDREAS JOST, Die neueste Entwicklung des Polizeibegriffes im schweizerischen Recht, Bern 1975, S. 118). Eine Entschädigung ist hingegen nicht zum vornherein ausgeschlossen, wenn mit der Beschränkung nicht eine unmittelbar drohende, sondern eine mehr allgemeine, grundsätzliche Gefahr gebannt werden soll, wenn "Massnahmen zur Abwehr einer abstrakten Gefährdung ergriffen werden" (**BGE 96 I 359**).

Die in den **Art. 19 und 20 GSchG** angeordnete Begrenzung der Überbaubarkeit des Bodens dient primär in diesem allgemeinen Sinn der Abwehr einer abstrakten Gefährdung des Wassers. Sie kann daher bei der gebotenen engen Auslegung des Polizeibegriffs (vgl. **BGE 97 I 506** E. 4c und ETIENNE GRISEL, La définition de la police, in: Festgabe zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, 1975, S. 107 und 110) sowenig als polizeilich bedingt betrachtet werden wie andere planerische Massnahmen. Der Ausschluss der Entschädigungspflicht kann

BGE 105 Ia 330 S. 336

somit nicht bloss damit begründet werden, diese Begrenzung sei gewässerschutzpolizeilich motiviert.

c) Der Inhalt des Grundeigentums wird nicht nur durch die Privatrechtsordnung geprägt, sondern durch die

verfassungsrechtliche Ordnung und das darauf gestützt erlassene öffentliche Recht als Ganzes (ROBERT HAAB, Komm., 2. Aufl., N. 4 zu **Art. 641 ZGB**; ARTHUR MEIER-HAYOZ, Komm., 4. Aufl., Eigentum, syst. Teil, N. 193 S. 97 f.). Die Eigentumsgarantie gewährleistet das Eigentum, wie das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung festhält, nicht unbeschränkt, sondern nur innert den Schranken, die ihm im öffentlichen Interesse durch die Rechtsordnung gezogen sind (HANS HUBER, Öffentlichrechtliche Gewährleistung, Beschränkung und Inanspruchnahme privaten Eigentums in der Schweiz, in: Ausgewählte Aufsätze 1950-1970, Bern 1971, S. 198 ff. S. 210; PETER SALADIN, Grundrechte im Wandel, 2. Aufl., S. 116 ff.). Zu beachten sind namentlich die Anforderungen des Walderhaltungsgebotes (**Art. 24 BV** und **Art. 31 FPolG**), des Gewässerschutzes (**Art. 24quater BV**), des Umweltschutzes (**Art. 24septies BV**) und der Raumplanung (**Art. 22quater BV**). Die gewichtigen öffentlichen Interessen, deren Wahrung diese Verfassungsnormen fordern, sind der Gewährleistung des Eigentums grundsätzlich gleichgestellt (THOMAS FLEINER, Rechtsgutachten über die Verfassungsmässigkeit des Vorentwurfs zu einem BG über den Umweltschutz, in: Wirtschaft und Recht, 1975, S. 193 ff., 250; MARTIN LENDI, Planungsrecht und Eigentum, ZSR 95/1976 II, S. 144 ff.; zur grundsätzlichen Gleichrangigkeit der Verfassungsnormen im allgemeinen ULRICH HÄFELIN, Verfassungsgebung, ZSR 93/1974 II 88 f.). Die Eigentumsgarantie hindert den Gesetzgeber nicht, "die objektive Eigentumsordnung im Rahmen der Bedürfnisse der Gemeinschaft festzulegen" (ARTHUR MEIER-HAYOZ, a.a.O., N. 213 b, S. 129). Doch hat er dabei den freiheitsvermittelnden Kerngehalt des Eigentums zu wahren, wobei dieser nicht völlig statisch zu verstehen ist, sondern der weiteren Entwicklung durch den Verfassungsrichter und der Abänderung durch den Verfassungsgeber zugänglich bleibt (Derselbe, Zur Eigentumsordnung, ZSR 97/1978 I 313 ff., 332 f.). Die Zulässigkeit eigentumsbeschränkender raumplanerischer und umweltschützender Massnahmen basiert somit auf einer Interessenabwägung mit der Eigentumsgarantie. Den erhöhten Anforderungen an

BGE 105 Ia 330 S. 337

die Regelung eines menschenwürdigen Zusammenlebens in der Gesellschaft lässt sich dabei, wie Arthur Meier-Hayoz feststellt (a.a.O., S. 333), durch die Zulassung entschädigungsloser Eingriffe auch ausserhalb der polizeilich motivierten Schranken gerecht werden.

d) Bei der im Sinne dieser Erwägungen vorzunehmenden Abwägung der Interessen, die zu der Regelung von **Art. 19 und 20 GSchG** geführt haben, mit der Eigentumsgarantie ist zu beachten, dass sowohl der Gewässerschutz als auch der Raumplanungsauftrag, eine zweckmässige Nutzung des Bodens und geordnete Besiedlung des Landes sicherzustellen, im Dienst der Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen stehen (Art. 1 Abs. 2 lit. a des BG vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung). Es geht somit, was beim Erlass des Gewässerschutzgesetzes klar ausgesprochen wurde (BBl 1970 II 426), um eine vordringliche Aufgabe, an der die gesamte Bevölkerung in gleicher Weise interessiert ist. Zur Bewältigung dieser Aufgabe knüpfte der Bundesgesetzgeber an die Erfahrungen der Kantone und das kantonale Recht an (BBl 1967 II 139f., 145 f.). Bereits der kantonale Gesetzgeber durfte ohne Verletzung der Eigentumsgarantie anordnen, dass ausserhalb der Bauzonen im Landwirtschaftsgebiet lediglich Bauten zu landwirtschaftlichen Zwecken zulässig sind. Wie das Bundesgericht noch unter der Herrschaft des Gewässerschutzgesetzes vom 16. März 1955 feststellte, durfte der Anschluss einer ausserhalb der Bauzone gelegenen Liegenschaft an das Kanalisationsnetz, auch wenn der Eigentümer diesen auf eigene Kosten hätte vornehmen können, abgelehnt werden (**BGE 92 I 510** E. 2b; HANS DUBS, Abwasserbeseitigung, Gewässerschutz und Baufreiheit, ZBl 70/1969, S. 249 ff. und 255 ff.). Wiederholt hat das Bundesgericht festgehalten, dass kein Eigentümer aus der Eigentumsgarantie als Bestandesgarantie und Freiheitsrecht, das den Bürger vor Eingriffen des Staates in seine Rechtssphäre schützt, Ansprüche auf Leistungen des Staates herleiten kann (**BGE 83 I 149** E. 4a; **61 I 231** mit Verweisungen), insbesondere nicht auf Erschliessungsleistungen und Dienste öffentlicher Anstalten (**BGE 92 I 509** E. 2a und 379 E. 5b), welche Voraussetzung für die Ausübung der Baufreiheit bilden (FRITZ GYGI, Expropriation, materielle Enteignung und Lastenausgleich, in: Rechtliche Probleme des Bauens, Bern 1969, S. 101). Auch kann kein Eigentümer damit rechnen, dass die gegebenen Nutzungsmöglichkeiten

BGE 105 Ia 330 S. 338

auf alle Zeiten bestehen bleiben (**BGE 102 Ia 333** E. 1; KATHARINA SAMELI, Treu und Glauben im öffentlichen Recht, ZSR 96/1977 II 351f.). Der Bundesgesetzgeber durfte daher die nach dem Recht mehrerer Kantone gegebene Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen ausserhalb der Bauzonen bzw. des Gebietes des GKP nicht nur landwirtschaftliche und sonst standortgebundene Bauten zu errichten, beseitigen, ohne damit eine der wesentlichen aus dem Eigentum fliessenden Befugnisse zu entziehen. Mit der in den **Art. 19 und 20 GSchG** getroffenen Regelung hat er auch nicht im Sinne des Regelfalls der Enteignung dingliche Rechte an Grundstücken zugunsten des Gemeinwesens entzogen oder beschränkt (**Art. 5 EntG**). Er hat vielmehr für das ganze Gebiet der Eidgenossenschaft einheitlich den Inhalt des Grundeigentums ausserhalb der Bauzonen bzw. des Gebietes des GKP festgelegt, ohne hiefür allgemein eine Entschädigungspflicht auszulösen, auch wenn der Eingriff keine im engeren Sinne polizeilich motivierte Eigentumsbeschränkung darstellt.

Dieses Ergebnis schliesst jedoch nicht aus, dass die durch die Planung vorzunehmende konkrete Festlegung der grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmenden Begrenzung der Überbaubarkeit des Bodens einzelne Grundeigentümer ausnahmsweise enteignungsähnlich treffen kann. Man denke etwa an die zur Schaffung einer Schutzzone erfolgende Auszonung baureifen oder im Sinne von **Art. 4 Abs. 1 WEG** grob erschlossenen Landes, für dessen Erschliessung und Überbauung der Eigentümer bereits erhebliche Kosten aufgewendet hat. Auch im Falle der Nichteinzonung entsprechenden Landes, das innerhalb des mit den Anforderungen der Gewässerschutzgesetzgebung übereinstimmenden GKP liegt, ist eine Entschädigungspflicht nicht von vornherein auszuschliessen. Bezeichnenderweise spricht das Gewässerschutzgesetz in Art. 31 über Grundwasserschutzareale ausdrücklich von "allfälligen Entschädigungsleistungen".

e) Es ergibt sich aus diesen Erwägungen, dass im Einzelfall zu prüfen ist, ob die von den Kantonen und Gemeinden vorzunehmende Begrenzung der überbaubaren Fläche ausnahmsweise einzelne Grundeigentümer enteignungsähnlich

trifft. Dabei ist von der bisherigen Praxis auszugehen, doch ist den dargelegten Erwägungen Rechnung zu tragen. Aus diesen folgt auch, dass - da für die Entschädigungspflicht die konkrete

BGE 105 Ia 330 S. 339

Begrenzung der überbaubaren Fläche massgebend ist - entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts nicht der Bund die allfällige Entschädigung schuldet, sondern das für die Planung zuständige Gemeinwesen, im vorliegenden Falle somit die Gemeinde Zizers.

4. a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt ein enteignungsähnlicher Eingriff vor, wenn einem Eigentümer der bisherige oder ein voraussehbarer künftiger Gebrauch seiner Sache untersagt oder in einer Weise eingeschränkt wird, die besonders schwer wiegt, weil dem Eigentümer eine wesentliche, aus dem Eigentum fliessende Befugnis entzogen wird. Geht der Eingriff weniger weit, so wird gleichwohl eine materielle Enteignung angenommen, falls ein einziger oder einzelne Grundeigentümer so betroffen werden, dass ihr Opfer gegenüber der Allgemeinheit unzumutbar erschiene und mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar wäre, wenn hiefür keine Entschädigung geleistet würde (sogenanntes Sonderopfer, **BGE 103 Ib 216** E. 2; **BGE 102 Ia 247** E. 4a; **BGE 101 Ia 226** E. 2b und 468 E. 3; **BGE 91 I 339**). In beiden Fällen ist die Möglichkeit einer zukünftigen besseren Nutzung des Bodens indessen nur zu berücksichtigen, wenn im massgebenden Zeitpunkt anzunehmen war, diese lasse sich mit hoher Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft verwirklichen (**BGE 101 Ia 227**; **BGE 98 Ia 385**; **BGE 91 I 339**).
b) Da der Wegfall der nach dem Recht mehrerer Kantone in unterschiedlichem Ausmass gegebenen Möglichkeit, ein ausserhalb der Bauzone bzw. des GKP gelegenes Grundstück auf eigene Kosten zu erschliessen und zu überbauen, grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen ist, kann von einer enteignungsähnlichen Wirkung von vornherein dann keine Rede sein, wenn am 1. Juli 1972 ein Grundstück nicht hätte überbaut werden können oder - wenn dies möglich gewesen wäre - nicht überbaut worden wäre, weil der Eigentümer keine Überbauungsabsichten hatte.
Dieses Ergebnis entspricht der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts bei der Beurteilung von Massnahmen des kantonalen Rechts, die als enteignungsähnlich betrachtet, jedoch durch eine Eigentumsbeschränkung abgelöst oder überlagert werden, welche keine enteignungsähnliche Wirkung entfaltet. In diesem Falle entfällt die zufolge der ersten Massnahme grundsätzlich bestehende Entschädigungspflicht. Doch

BGE 105 Ia 330 S. 340

ist gemäss der Rechtsprechung eine Ausnahme dann gerechtfertigt, wenn zwischen der ersten expropriationsähnlichen und der späteren, an sich entschädigungslos hinzunehmenden Eigentumsbeschränkung eine derart grosse Zeitspanne liegt, dass es dem Grundeigentümer ohne die erste Massnahme möglich gewesen wäre, das Grundstück bis zum Eintritt der nachfolgenden Beschränkung einer besseren Nutzung zuzuführen (**BGE 103 Ib 218** E. 3; **BGE 101 Ia 227** E. 4b, mit Verweisungen). Bei der nachfolgenden Beschränkung, welche zu dieser Praxis führte, handelt es sich um das Inkrafttreten des Gewässerschutzgesetzes am 1. Juli 1972.
Ist - wie im vorliegenden Falle - einzig die Auswirkung des Inkrafttretens des Gewässerschutzgesetzes zu beurteilen und ist die von diesem Gesetz angeordnete Begrenzung des Baugebiets grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen, so kann in gleicher Weise von einer enteignungsähnlichen Wirkung nur gesprochen werden, wenn es dem Grundeigentümer möglich gewesen wäre, das Grundstück bis zum Inkrafttreten des Gewässerschutzgesetzes der besseren Nutzung zuzuführen, und wenn er hievon auch Gebrauch gemacht hätte.

5. Die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde nach den dargelegten Erwägungen führt zu folgendem Ergebnis:
a) Die in Frage stehende Fläche von rund 6128 m2 befindet sich - wie der Augenschein gezeigt hat - eindeutig ausserhalb des Baugebietes. Die von der Gemeinde oberhalb der Ochsengasse bewilligten drei freistehenden Einfamilienhäuser vermögen an der Tatsache, dass die unterhalb der Ochsengasse gelegene, teilweise an einen Rebberg anstossende Fläche Teil des Landwirtschaftsgebietes bildet, nichts zu ändern. Die bisherige landwirtschaftliche Nutzung ist weiterhin möglich.
b) Die den Beschwerdeführern gehörende Fläche der Parzellen 621, 622 und 623 zwischen Ochsengasse und Feldbündtliweg ist im Gegensatz zu dem von Max Marugg 1964 erworbenen und 1966 weiterverkauften Areal oberhalb der Ochsengasse noch nicht für eine Überbauung geordnet. Die Parzellengrenzen weisen den der landwirtschaftlichen Nutzung entsprechenden Verlauf auf. Die Eigentümer hätten sich freilich bei entsprechendem Willen über die Umlegung ihrer Parzellen einigen können. Doch ist aufgrund der Akten ein derartiger Wille im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gewässerschutzgesetzes nicht festzustellen. Die Tatsache, dass der Beschwerdeführer

BGE 105 Ia 330 S. 341

H. Stock die Parzelle 622 erst am 1. März 1973 im Rahmen einer Erbteilung erwarb, spricht eher gegen die Wahrscheinlichkeit einer früheren Parzellenbereinigung. Ohne Einbezug der die gesamte Fläche durchschneidenden Parzelle 622 konnte auch die Parzelle 621 nicht überbaut werden. Schliesslich datiert auch die Erklärung des Beschwerdeführers Ulrich Hartmann als Eigentümer der Parzelle 623, er sei bereit, diese Wiesenparzelle gegen gleiches Ausmass mit den Parzellen 621 und 622 anschliessend unter seinem Weinberg abzutauschen, erst vom 10. Januar 1974.
c) Die Erschliessung der Fläche erfolgt durch die beiden Feldwege Ochsengasse und Feldbündtliweg. Sie ist somit im wesentlichen in gleichem Umfange gegeben wie die Erschliessung des oberhalb der Ochsengasse gelegenen Areals, auf dem die Gemeinde Zizers die Erstellung der erwähnten drei Einfamilienhäuser in den Jahren 1966-1971 zuliess. Der Anschluss dieser Häuser an die Kanalisation und an die Wasserversorgung konnte dank der von Max Marugg erstellten Leitungen sichergestellt werden. Es ist unbestritten, dass an diese Leitungen, mit denen ein Teilerfordernis der Erschliessung erfüllt wird, aufgrund der von Max Marugg in den Jahren 1966 und 1967 mit der Gemeinde

abgeschlossenen Vereinbarungen noch weitere Einfamilienhäuser hätten angeschlossen werden können.
Ungenügend ist hingegen die verkehrsmässige Erschliessung der Fläche. Die rund 2,5 m breiten Feldwege entsprechen in keiner Weise "den Vorschriften und Normen der Planung und der Gemeinde" (Art. 25 Abs. 2 lit. b der Bauordnung von 1965). Die Überbauung der Fläche mit mehreren Einfamilienhäusern hätte den Ausbau der Wege zu 5 m breiten Erschliessungsstrassen bedingt. Die bei den Akten liegende Überbauungsskizze von Architekt August Suter, welcher der Baugesellschaft Mutschacker angehörte, sah die Erstellung von zwölf Einfamilienhäusern vor. Auch wenn lediglich eine kleinere Zahl freistehender Einfamilienhäuser hätte realisiert werden wollen, so hätte die ordnungsgemässe Erschliessung einzig mit der Anlegung einer den Normen der Planung und der Gemeinde entsprechenden Strasse erreicht werden können.
Der Feststellung des Verwaltungsgerichts, die Parzellen hätten "aufgrund des Gemeinderechts ja ohne weiteres überbaut werden" können, kann daher nicht vorbehaltlos gefolgt

BGE 105 Ia 330 S. 342

werden. Auch wenn die Gemeinde gemäss ihrer früheren, offenbar largen Praxis die Erstellung von drei Einfamilienhäusern oberhalb der Ochsengasse zugelassen hat, kann hieraus nicht gefolgert werden, sie hätte ohne den Ausbau der Feldwege zu Erschliessungsstrassen auch der Errichtung einer eigentlichen Einfamilienhaussiedlung unterhalb der Ochsengasse zustimmen müssen. Hiefür war und ist das Areal, wie die Gemeinde richtig ausführt und der Augenschein bestätigt hat, nicht baureif.
Max Marugg als Ersteller der Kanalisations- und Wasserleitung und aus diesem Grunde an der Schaffung der Baureife des Gebietes Mutschacker interessierter Unternehmer hat durchaus systemrichtig gehandelt, wenn er im April 1973 eine Gemeindeinitiative zur Einzonung des in Frage stehenden Gebietes lancierte. Einzig aufgrund einer Einzonung kann eine derart grosse, im übrigen Gemeindegebiet gelegene und noch nicht ordnungsgemäss erschlossene Fläche der Überbauung zugeführt werden. Einen Rechtsanspruch auf Einzonung konnte er hingegen - wie das Verwaltungsgericht zutreffend darlegt - nicht geltend machen. Ebensowenig steht den Beschwerdeführern als Grundeigentümer ein derartiger Rechtsanspruch zu. Auch die Kritik, welche die Beschwerdeführer an der Einzonungspolitik der Gemeinde üben, vermag hieran nichts zu ändern.
d) Bereits aufgrund der Lage der Fläche innerhalb des Landwirtschaftsgebietes sowie zufolge der fehlenden Parzellarordnung und der ungenügenden Erschliessungsverhältnisse war somit im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gewässerschutzgesetzes eine Überbauung nicht zu verwirklichen.
Dazu kommt, dass zu diesem Zeitpunkt kein konkretes Baugesuch der Beschwerdeführer als Eigentümer der Parzellen Nr. 621, 622 und 623 vorlag. Aus den Vollmachten, die bei den Akten liegen, ergibt sich vielmehr, dass die Beschwerdeführer Meier und Stock erst am 24. Februar bzw. 15. August 1973 Max Marugg mit der Wahrung ihrer Interessen bezüglich einer Einzonung ihrer Grundstücke beauftragt hatten. Nach der Ablehnung des Einzonungsgesuches wurde erst Anfang 1974 ein Gesuch für den Bau eines Einfamilienhauses auf den Grundstücken Nr. 621 und 622 eingereicht. Dass die Beschwerdeführer vor Inkrafttreten des Gewässerschutzgesetzes Aufwendungen getätigt hätten, um ihre Grundstücke der Überbauung zuzuführen, wird nicht geltend gemacht.

BGE 105 Ia 330 S. 343

Ausserdem hat der Beschwerdeführer H. Stock - wie erwähnt - seine Parzelle Nr. 622 erst am 1. März 1973 im Rahmen einer Erbteilung erworben. In diesem Zeitpunkt konnte das Grundstück lediglich mit dem Eigentumsinhalt, der ihm nach Gewässerschutzgesetz zukam, auf ihn übergehen, d.h. als ausserhalb der Bauzone gelegenes,landwirtschaftlich genutztes Areal.
e) Schliesslich ist in baurechtlicher Hinsicht festzustellen, dass sich die in Frage stehende Fläche sowohl nach der 1972 als auch der heute geltenden Zonenordnung der Gemeinde Zizers im übrigen Gemeindegebiet befindet. Die Gemeinde Zizers hat den Verlauf der Zonengrenze südlich der Chessirüfi nicht geändert. Es erfolgte keine Rückzonung. Auch wurden die Grundstücke der Beschwerdeführer nicht in eine Schutzzone eingewiesen. Aufgrund der Bevölkerungsentwicklung und der Bauplanung der Gemeinde, deren eingezontes Gebiet umfangreiche Reserven aufweist, wie sich aus dem Bericht der Planungsstelle des Kantons Graubünden zur Teilrevision 1976 der Ortsplanung ergibt, ist mit einer weiteren Überbauung im Bereich zwischen Schlundrüfi und Chessirüfi und nicht im Gebiet südlich der Chessirüfi zu rechnen. Dennoch ist die Möglichkeit keineswegs auszuschliessen, dass in ferner, freilich nicht absehbarer Zukunft das Areal Mutschacker eingezont wird. Die Chance, dass in späterer Zeit die in Frage stehende Fläche überbaut werden kann, ist jedenfalls zur Zeit nicht ausgeschlossen.
f) Da die Grundstücke 621, 622 und 623 zwischen Ochsengasse und Feldbündtliweg keine Änderung in der Zonenplanung erfahren haben, werden die Beschwerdeführer auch nicht anders getroffen als alle Eigentümer von Grundstücken ausserhalb der Bauzonen, für welche eine bisher nach kantonalem Recht allenfalls gegebene Überbauungsmöglichkeit zufolge des Inkrafttretens des Gewässerschutzgesetzes ebenfalls dahinfiel. Von einem Sonderopfer kann daher keine Rede sein.

6. Die dargelegten Erwägungen schliessen überdies aus, dass die Beschwerdeführer aus dem Gebot von Treu und Glauben eine Entschädigung herleiten können. Dieser Grundsatz kann gegenüber Gesetzesänderungen nicht angerufen werden (**BGE 102 Ia 336** E. c, mit Verweisungen; K. SAMELI, a.a.O., S. 351 f.). Die Beschwerdeführer vermöchten Entschädigungsansprüche nur dann mit Erfolg aus Treu und Glauben im Sinne des Vertrauensschutzes herzuleiten, wenn die Gemeinde

BGE 105 Ia 330 S. 344

ihnen gegenüber verbindliche Zusicherungen bezüglich der Überbaubarkeit ihrer Parzellen abgegeben hätte. Das wird jedoch nicht geltend gemacht. Die Beschwerdeführer berufen sich vielmehr einzig auf die von Max Marugg mit der

Gemeinde abgeschlossenen Vereinbarungen. Aus diesen ergeben sich jedoch, wie das Bundesgericht im Entscheid vom 11. Juli 1975 festgestellt hat, keine Zusicherungen für die Bewilligung einer Überbauung aller im Einzugsbereich der von Marugg erstellten Leitungen liegenden Grundstücke (**BGE 101 Ib 196** E. 3c). Demgemäss konnten auch die Beschwerdeführer nicht davon ausgehen, sie bekämen einen Anspruch auf Bewilligung der Überbauung ihrer Grundstücke.

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

Zurück

Urteilskopf

119 Ia 28

6. Extrait de l'arrêt de la Ire Cour de droit public du 11 février 1993 dans la cause M. contre Procureur général du canton de Genève (recours de droit public)

Regeste

Art. 4 und 22ter BV; Anspruch des Eigentümers auf Vollstreckung der Ausweisung von Hausbesetzern.
1. Ausnahme von der kassatorischen Wirkung der staatsrechtlichen Beschwerde (E. 1).
2. Haben die für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung verantwortlichen Behörden die Pflicht, ohne vorgängiges Gerichtsurteil die Ausübung eines Grundrechts wieder zu ermöglichen, das nicht durch eine staatliche Massnahme, sondern durch das Verhalten Privater beeinträchtigt wird? Frage offengelassen, da unter den gegebenen Umständen die Weigerung, die Hausbesetzer auszuweisen, auf jeden Fall mit **Art. 22ter BV** vereinbar ist (E. 2).
3. Die zuständigen Behörden haben die Pflicht, ein Gerichtsurteil zu vollstrecken, das die Hausbesetzer zum Verlassen der Räume verpflichtet; sie verfallen in Willkür, wenn sie die Vollstreckung von einer Bedingung abhängig machen, die in diesem Urteil nicht vorgesehen ist (E. 3).

Sachverhalt ab Seite 29

BGE 119 Ia 28 S. 29

Dans la soirée du 31 mai 1991, environ dix personnes se sont introduites par effraction, pour s'y installer, dans des logements vides d'une maison d'habitation sise à Genève, rue des Eaux-Vives no 75. Le bâtiment faisait l'objet de travaux non autorisés, dont le Département cantonal des travaux publics avait ordonné l'interruption.
M., le propriétaire, a immédiatement demandé l'intervention de la police, qui s'est rendue sur les lieux sans procéder à aucune expulsion. Il a requis le Procureur général d'ordonner l'évacuation des squatters. Par lettre du 14 juin 1991, ce magistrat a répondu qu'il ne mettrait pas en oeuvre la force publique pour maintenir le bâtiment vide; l'évacuation forcée ne serait ordonnée que pour permettre l'entrée de locataires agréés par le propriétaire, ou pour permettre l'exécution de travaux dûment autorisés.
M. a saisi le Tribunal fédéral d'un recours de droit public dirigé contre cette décision, fondé sur les **art. 4 et 22ter Cst.**
M. a également exercé contre les squatters l'action en réintégrande prévue par l'**art. 927 CC**. Par jugement du 20 septembre 1991, le Tribunal de première instance du canton de Genève a accueilli sa demande; les défendeurs occupant alors le bâtiment ont été condamnés à évacuer les lieux. M. a ensuite demandé au Procureur général d'ordonner l'exécution forcée du jugement. Par six décisions distinctes datées du 6 février 1992, concernant chacune l'une des

BGE 119 Ia 28 S. 30

personnes visées par le jugement, le Procureur général a ordonné à la force publique de procéder à l'évacuation, mais seulement dès le jour où le propriétaire aurait obtenu l'autorisation définitive d'accomplir les travaux nécessaires pour remettre les logements en location.
Considérant cette condition comme contraire aux **art. 4 et 22ter Cst.**, M. a déposé un second recours de droit public; il a requis le Tribunal fédéral d'annuler ces décisions et d'inviter le Procureur général à faire exécuter sans délai le jugement.
Le Tribunal fédéral a rejeté le recours dirigé contre la décision du 14 juin 1991; il a admis celui dirigé contre les décisions du 6 février 1992.

Erwägungen

Extrait des considérants:

1. En règle générale, le recours de droit public ne peut tendre qu'à l'annulation de la décision attaquée, et toute autre conclusion est irrecevable. Toutefois, dans les cas exceptionnels où il ne suffit pas de casser le prononcé attaqué pour rétablir une situation conforme à la constitution, le recourant peut réclamer que les injonctions nécessaires soient adressées à l'autorité intimée (**ATF 113 Ia 148** consid. 1a, **ATF 111 Ia 46** consid. c).
Le Tribunal fédéral peut ainsi être requis d'ordonner directement une mesure d'exécution forcée, dans l'hypothèse où celle-ci aurait déjà dû être accomplie et où la personne récalcitrante a été mise au bénéfice d'un sursis injustifié. En effet, si le Tribunal fédéral se bornait à annuler le sursis, la partie qui l'a saisi devrait éventuellement attendre une nouvelle décision de l'autorité cantonale, et l'état contraire aux garanties invoquées s'en trouverait prolongé. D'ailleurs, cette situation est analogue à celle où l'autorité tarde à agir sans ordonner explicitement un report de la mesure demandée, et où, s'il y a lieu, le Tribunal fédéral donne l'ordre propre à mettre fin au retard (**ATF 31 I 379**, 23 p. 977).

2. Selon la jurisprudence relative à l'**art. 22ter Cst.**, la garantie constitutionnelle de la propriété est destinée à défendre l'individu contre les atteintes que les pouvoirs publics pourraient porter à sa situation patrimoniale; elle ne lui permet en principe pas d'exiger d'eux une prestation, qui consisterait en l'espèce dans l'expulsion de squatters (**ATF 105 Ia 337** consid. d).
Cependant, en rapport avec d'autres droits constitutionnels, le Tribunal fédéral a parfois admis que les autorités compétentes doivent éventuellement intervenir pour mettre fin à une atteinte qui n'a pas

BGE 119 Ia 28 S. 31

son origine dans une mesure ou une décision étatique, mais dans le comportement d'autres particuliers, et qu'elles ont alors l'obligation de protéger activement l'exercice du droit constitutionnel concerné (**ATF 97 I 230** consid. d, concernant la liberté de conscience et de croyance; 12 p. 109, concernant la liberté de réunion et d'expression). Or, selon les conceptions les plus récentes sur le rôle et la portée des droits fondamentaux, ce devoir d'intervention existe en principe de façon générale, en rapport avec chacun de ces droits - y compris, donc, le droit de propriété -, parce que la possibilité effective de les exercer paisiblement est une composante de l'ordre public dont la sauvegarde incombe à l'Etat; la police, qui est spécialement chargée du maintien de l'ordre, doit donc agir lorsqu'une personne est entravée ou menacée dans l'exercice d'un droit fondamental (PETER TRACHSEL, Über die Möglichkeiten justiziabler Leistungsforderung aus verfassungsmässigen Rechten der Bundesverfassung, thèse Zurich 1980, p. 146 et ss; p. 155 in medio; JÖRG PAUL MÜLLER, Commentaire de la constitution fédérale, Introduction aux droits fondamentaux, ch. 78).
Le Tribunal fédéral ne saurait donc exclure d'emblée que, sur la base de l'**art. 22ter Cst.**, le recourant ait le droit d'exiger l'expulsion forcée des squatters; en effet, leur comportement est une atteinte flagrante à son droit de propriété. Ce point peut toutefois rester indécis car même si cette prétention devait lui être reconnue, elle ne serait pas absolue ou inconditionnelle et, dans les circonstances de l'espèce, le refus de l'expulsion forcée ne serait pas contraire au droit constitutionnel.
Un particulier n'est pas fondé à réclamer une intervention de la force publique pour la sauvegarde de n'importe lequel de ses droits fondamentaux, indistinctement: JÖRG PAUL MÜLLER (ibid.) mentionne spécialement le droit à la vie, la liberté personnelle et la liberté d'expression; selon PETER BREITSCHMID (Die Beanspruchung der Polizei zur Sicherung privater Rechte, ZBl 84/1983 p. 293 ch. 8), il faut qu'un "droit qualifié" soit compromis. Quel que soit le droit fondamental en cause, un éventuel devoir d'intervention dépend en tout cas de la gravité de l'atteinte et de l'ensemble des circonstances dans lesquelles la police est appelée à agir; ce devoir est ainsi subordonné à l'opportunité de l'intervention, en particulier lorsque celle-ci nécessite des moyens importants ou lorsqu'elle pourrait être la cause de nouvelles perturbations de l'ordre public; un large pouvoir d'appréciation doit être reconnu à la police ou aux autorités chargées de son commandement.

BGE 119 Ia 28 S. 32

Dans le canton de Genève, il existe un seul corps de police qui est placé sous l'autorité du Département de justice et police (art. 1 et 3 al. 1 de la loi sur la police, du 26 octobre 1957); éventuellement, à la demande du possesseur d'un immeuble occupé par des squatters, le Procureur général ordonne l'intervention de la police en vertu de son devoir de veiller en général à tout ce qui peut concerner l'ordre public (**art. 41 al. 1 let**. c OJ/GE; arrêt du 8 mai 1991 dans la cause M., consid. 3a, SJ 113/1991 p. 604).
Le 14 juin 1991, motivant son refus de donner suite à la demande du recourant, le Procureur général a expliqué que l'ordre public était en cause, que l'évacuation forcée ne pouvait donc pas être décidée exclusivement selon des critères d'ordre privé et que le principe de la proportionnalité devait être pris en considération; il a tenu pour décisif que, en situation de crise aiguë dans le domaine du logement, l'usage de la force tendant simplement à maintenir des logements vides pourrait provoquer des troubles graves et que ces logements seraient exposés à de nouvelles occupations illicites. Le Procureur général a repris cette argumentation dans ses réponses aux recours.
Il est constant qu'à Genève, les occupations d'immeubles semblables à celle de la présente affaire n'ont pas été seulement destinées à satisfaire des besoins ou désirs personnels de leurs auteurs; elles constituaient aussi une protestation publique contre la crise du logement, approuvée par une partie de la population. L'évacuation réclamée par M. aurait donc pu avoir une influence négative sur la paix sociale et, peut-être, susciter des manifestations de protestation préjudiciables à l'ordre public. C'est une circonstance que le Procureur général pouvait légitimement prendre en considération puisque, comme il l'a indiqué dans sa décision du 14 juin 1990, les intérêts privés n'étaient pas seuls déterminants, et il n'a pas excédé son pouvoir d'appréciation en jugeant que la présence des squatters était préférable à l'usage de la force, tant que le propriétaire ne voulait pas utiliser le bâtiment ni entreprendre des travaux conformes à la législation applicable. Les décisions attaquées ne constituent donc aucun refus d'une protection qui serait due à M., selon la doctrine rapportée ci-dessus, en vertu de l'**art. 22ter Cst.**

3. Le recourant a obtenu un jugement du Tribunal de première instance, favorable à sa cause; il est protégé par l'**art. 4 Cst.** contre une application arbitraire des règles concernant l'exécution de ce prononcé. Une décision de l'autorité est arbitraire lorsqu'elle viole gravement une règle ou un principe juridique clair et indiscuté, ou lorsqu'elle contredit d'une manière choquante le sentiment de la

BGE 119 Ia 28 S. 33

justice ou de l'équité (**ATF 117 Ia 15** consid. 2c, 20 consid. c, 32 consid. 7a).

D'après la législation genevoise, lorsqu'une personne condamnée à évacuer des locaux ne satisfait pas à son obligation, il incombe au Procureur général d'ordonner l'exécution forcée (art. 474 al. 1 PC/GE); celle-ci est menée à fin par la police (**art. 45 al. 2 et 3 OJ**/GE; art. 3 al. 2 de la loi sur la police). Le Procureur général peut différer l'exécution pour des motifs humanitaires, de façon à permettre le relogement de la personne visée (art. 474 A al. 2 PC/GE).

En l'espèce, le Procureur général précise que ses décisions du 6 février 1992 ne sont pas fondées sur l'art. 474 A al. 2 PC/GE; en substance, il refuse l'exécution immédiate du jugement pour les motifs qu'il a déjà opposés au recourant dans sa décision du 14 juin 1991.

La législation précitée confère au recourant un droit à l'exécution forcée du jugement. Les magistrats et fonctionnaires compétents jouissent sans doute d'un certain pouvoir d'appréciation dans la conduite des opérations, mais ils ne sont pas autorisés à différer longuement l'exécution et, ainsi, à faire échec au jugement et à l'application du droit qui a déterminé l'issue du procès. En particulier, il n'est pas admissible de préserver la paix sociale, en matière de logement, en portant durablement atteinte aux prétentions de propriétaires qui refusent de mettre leurs biens sur le marché; au besoin, il appartient au législateur cantonal d'adopter, dans la mesure permise par le droit civil fédéral et par l'**art. 22ter Cst.**, des dispositions propres à empêcher le maintien de logements vides (arrêts du 21 novembre 1990 dans la cause S.I. Rue Philippe-Plantamour - Léman, SJ 113/1991 p. 610, et du 8 mai 1991 dans la cause M., SJ 113/1991 p. 606/607).

Le Procureur général soutient aussi que le recourant commet un abus de droit en réclamant une évacuation immédiate alors qu'il n'a aucune intention de faire usage des locaux dans leur état actuel, qu'il n'a même pas encore demandé l'autorisation d'y entreprendre des travaux, et que l'intervention de la police ne servirait donc qu'à maintenir le bâtiment vide, à supposer qu'il ne soit pas occupé aussi par des personnes autres que celles visées par le jugement. Celui-ci est fondé sur l'**art. 927 CC**; cette disposition assure au possesseur troublé ou évincé une protection qui n'est pas subordonnée au rendement qu'il retire de la chose; M. n'abuse donc pas de son droit en laissant l'immeuble vide. De toute manière, même si le jugement reposait sur une application incorrecte des **art. 2 et 927 CC**, le Procureur général

BGE 119 Ia 28 S. 34

ne serait pas habilité à en refuser l'exécution pour ce motif, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs qui est garanti au moins implicitement par l'ensemble des constitutions cantonales (**ATF 108 Ia 180** consid. 2, 105 Ia 359 consid. d) et qui interdit à un organe de l'Etat d'empiéter sur les compétences d'un autre organe (**ATF 106 Ia 394** consid. 3). En tant qu'elles font dépendre l'exécution forcée d'une condition qui n'est pas prévue par le jugement, les décisions du 6 février 1992 sont entachées d'arbitraire; le recourant a le droit d'obtenir sans délai l'appui de la force publique. Le recours dirigé contre ces décisions doit dès lors être admis pour violation de l'**art. 4 Cst.**

Zurück

Urteilskopf

126 II 300

32. Auszug aus dem Urteil der I. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 3. Mai 2000 i.S. Ruth Gonseth gegen Stadtrat Liestal, Regierungsrat und Verwaltungsgericht des Kantons Basel-Landschaft (Verwaltungsgerichtsbeschwerde)

Regeste

Art. 7, 11, 13 und 15 USG, **Art. 4 LSV**; Schiesslärm am Liestaler Banntag; **Art. 10 BV**, **Art. 2 und 8 EMRK**; Anspruch auf körperliche Unversehrtheit.
Rechtsmittel: Stadträtliche Weisungen können als Allgemeinverfügungen Gegenstand einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde bilden (E. 1a). Zur Zulässigkeit von Feststellungsbegehren (E. 2c und d).
Die am Liestaler Banntag verwendeten Gewehre sind als Geräte den Anlagen im Sinne von **Art. 7 Abs. 7 USG** gleich gestellt (E. 4a).
Lärmschutzrechtliche Beurteilung des Schiesslärms am Banntag (E. 4b-e).
Die stadträtlichen Weisungen, die das Schiessen am Banntag regeln, verstossen weder gegen Umweltrecht (E. 4e/ee) noch gegen grundrechtliche Schutzpflichten des Staates (E. 5).

Sachverhalt ab Seite 301

BGE 126 II 300 S. 301

Der Banntag ist ein in der Nordwestschweiz, vor allem im Kanton Basel-Landschaft, seit Jahrhunderten geübter Brauch. Dabei werden jeweils im Frühjahr in Rotten die Gemeindegrenzen abgeschritten. In manchen Gemeinden, so unter anderem in Liestal, werden Gewehre mitgeführt, mit denen ohne Kugeln geschossen wird.
Der Stadtrat Liestal erliess am 26. März 1996 Weisungen betreffend das Schiessen am Banntag 1996 in Liestal. Gegen diese Weisungen erhob Ruth Gonseth Beschwerde beim Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft. Für den Banntag 1997 erliess der Stadtrat neue, teilweise geänderte Weisungen, welche Ruth Gonseth abermals mit Beschwerde beim Regierungsrat anfocht. Der Regierungsrat wies die Beschwerden am 7. Juli 1998 ab.
Ruth Gonseth gelangte gegen diesen Entscheid an das Verwaltungsgericht des Kantons Basel-Landschaft.
Am 1. Januar 1999 trat eine Verordnung des Regierungsrates vom 15. Dezember 1998 über das Schiessen am Banntag in Kraft. Diese erlaubt das Schiessen ohne Kugeln im Siedlungsgebiet während einer bestimmten Zeit innerhalb von festgesetzten Schiesszonen und beauftragt den Gemeinderat, die Schiesszeiten und Schiesszonen festzulegen.
Mit Urteil vom 7. April 1999 erwog das Verwaltungsgericht, die Weisungen verletzten weder das eidgenössische Umweltschutz- und Sprengstoffrecht noch das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Demgemäss wies das Verwaltungsgericht die Beschwerde ab.
Ruth Gonseth erhebt Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht mit dem Antrag, das Urteil des Verwaltungsgerichts sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Weisungen des Stadtrats Liestal 1996 und 1997 Bundesrecht und die EMRK (SR 0.101) verletzten.
Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. a) Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist zulässig gegen Verfügungen letzter kantonaler Instanzen, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen oder richtigerweise stützen sollten (**Art. 97 OG** in Verbindung mit **Art. 5 VwVG**, **Art. 98 lit. g OG**; **BGE 124 I 223** E. 1a/aa). Verfügungen sind Anordnungen im Einzelfall, das heisst individuelle, an den Einzelnen gerichtete Anordnungen, durch welche ein konkretes verwaltungsrechtliches Rechtsverhältnis rechtsgestaltend oder feststellend in erzwingbarer Weise geregelt

wird (**Art. 5 VwVG**; **BGE 125 I 313** E. 2a S. 316; **BGE 121 II 473** E. 2a S. 477). Als anfechtbare Verfügungen gelten auch Allgemeinverfügungen, das heisst Anordnungen, die sich an unbestimmt viele Personen wenden, aber einen konkreten Sachverhalt regeln (**BGE 125 I 313** E. 2a S. 316; **BGE 119 Ia 141** E. 5c/cc S. 150; **BGE 112 Ib 249** E. 2b S. 251 f.). Sie sind zu unterscheiden von Erlassen, das heisst generell-abstrakten Normen. Solche können beim Bundesgericht nicht mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde, sondern nur mit staatsrechtlicher Beschwerde angefochten werden (vgl. **Art. 84 Abs. 1 OG**; **BGE 121 II 473** E. 2b S. 478).

Die umstrittenen Weisungen richten sich an die Banntagsschützen, einen nicht namentlich bekannten, aber bestimmbaren, eingeschränkten Personenkreis. Sie regeln das Verhalten dieser Personen an einem bestimmten einmaligen Anlass (Banntag 1996 bzw. 1997). Sie gelten formell zwar für das ganze Gemeindegebiet, in erster Linie - und einzig streitig - jedoch für das Schiessen im Zentrum von Liestal. Sie regeln damit konkret das Schiessen an einem begrenzten Ort zu einem bestimmten Zeitpunkt und sind daher als Allgemeinverfügungen zu betrachten, die der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterliegen.

b) Das Verwaltungsgericht hat die Weisungen nach dem eidgenössischen Umweltrecht und Sprengstoffrecht beurteilt. Die angefochtene Verfügung stützt sich somit auf Bundesverwaltungsrecht. Im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann auch die gerügte Verletzung verfassungsmässiger Rechte beurteilt werden (**Art. 104 lit. a OG**; **BGE 123 II 289** E. 1c S. 291 mit Hinweis).

c) Die Beschwerdeführerin ist als Einwohnerin von Liestal durch das von ihr beanstandete Schiessen mehr als jedermann betroffen und daher zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde legitimiert (**Art. 103 lit. a OG**).

Umstritten sind Weisungen, welche Anlässe regeln, die bereits in den Jahren 1996 bzw. 1997 durchgeführt wurden. Da indessen analoge Weisungen auch in den folgenden Jahren möglich und zu erwarten sind, die Beurteilung dieser Weisungen angesichts der erheblichen politischen Diskussion um den Banntag im öffentlichen Interesse liegt und ansonsten nie eine rechtzeitige letztinstanzliche Beurteilung möglich wäre, besteht ein aktuelles Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin an der Beantwortung der aufgeworfenen Rechtsfragen. Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist somit grundsätzlich einzutreten.

2. a) Die Beschwerdeführerin stellt den Antrag, das Urteil des Verwaltungsgerichts sei aufzuheben. Als Folge des im Beschwerdeverfahren

geltenden Devolutiveffekts ist das Urteil des Verwaltungsgerichts an die Stelle des bei ihm angefochtenen Entscheids des Regierungsrats und der diesem zugrunde liegenden Weisungen getreten. Diese sind daher mit dem Antrag auf Aufhebung des Verwaltungsgerichtsurteils notwendigerweise mitangefochten (**BGE 125 II 29** E. 1c S. 33).

b) Die Beschwerdeführerin beantragt neben der Aufhebung der stadträtlichen Weisungen auch die Feststellung, dass die Weisungen Bundesrecht und die EMRK verletzten. Es fragt sich, ob auf ein derartiges Feststellungsbegehren eingetreten werden kann.

c) Wer ein schutzwürdiges rechtliches oder tatsächliches Interesse nachweist, kann den Erlass einer Feststellungsverfügung über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlichrechtlicher Rechte oder Pflichten verlangen (**Art. 25 VwVG**; **BGE 123 II 402** E. 4b/aa S. 413; **BGE 120 Ib 351** E. 3a S. 355). Ein solcher Anspruch besteht auch im bundesgerichtlichen Verfahren (**Art. 25 BZP** [SR 273] in Verbindung mit **Art. 40 OG**; **BGE 122 II 97** E. 3; **BGE 108 Ib 19** E. 1c S. 22 f.). Indessen kann die Feststellungsverfügung nicht abstrakte, theoretische Rechtsfragen zum Gegenstand haben, sondern nur konkrete Rechte oder Pflichten (**BGE 123 II 16** E. 2b S. 21; **BGE 122 II 97** E. 3; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 75 Rz. 201). Sie ist zudem nur zulässig, wenn das schutzwürdige Interesse nicht ebensogut mit einer rechtsgestaltenden Verfügung gewahrt werden kann (**BGE 123 II 402** E. 4b/aa S. 413; **BGE 121 V 311** E. 4a S. 317 f.; **BGE 114 V 201** E. 2c S. 203).

Da sich die Beschwerdeführerin auf ein schutzwürdiges Interesse an einer weiter gehenden Begrenzung des Schiesslärms stützen kann, durfte sie von der zuständigen Behörde den Erlass einschränkender Anordnungen verlangen (**BGE 120 Ib 351** E. 3b S. 355; KÖLZ/HÄNER, a.a.O., S. 78 Rz. 213; HANS RUDOLF TRÜEB, Rechtsschutz gegen Luftverunreinigung und Lärm, Zürich 1990, S. 217). Lehnt die Behörde den Erlass der entsprechenden Massnahmen ab, so kann dieser ablehnende Entscheid weitergezogen werden (vgl. **BGE 124 II 272**; **BGE 123 II 74**; Urteil des Bundesgerichts vom 18. März 1998 in URP 1998 S. 529 ff. und in Pra 87/1998 Nr. 170 S. 904). Tritt die Behörde auf das Begehren nicht ein, so kann dies mit Rechtsverweigerungsbeschwerde beanstandet werden (Urteil des Bundesgerichts vom 9. Oktober 1996, auszugsweise publiziert in URP 1997 S. 35, E. 4a; SCHRADE/LORETAN, Kommentar USG, Rz. 13 zu Art. 11; HANS RUDOLF TRÜEB, Die Vollzugsklage im Umweltrecht, URP 1990

S. 423 ff., 428 f., 436 f.). Dabei müssen jedoch konkrete, bestimmte Massnahmen verlangt werden. Die generelle Beanstandung, eine Behörde sei in rechtswidriger Weise untätig geblieben oder habe ungenügende Massnahmen ergriffen, kann nur als Aufsichtsbeschwerde vorgebracht werden, die dem Anzeiger keinerlei Parteirechte verschafft und gegen deren Behandlung kein Rechtsmittel besteht (**BGE 124 II 383** E. 1 S. 385; **BGE 120 Ib 351** E. 5 S. 358 f.; TRÜEB, a.a.O., URP 1990 S. 437). Da die Beschwerdeführerin die Möglichkeit hatte, konkrete rechtsgestaltende Anordnungen zu beantragen, könnte auf ein bloss allgemein gehaltenes Feststellungsbegehren nicht eingetreten werden.

d) Aus der Beschwerde an das Bundesgericht wie auch aus den Rechtsschriften im kantonalen Verfahren geht nicht eindeutig hervor, welche Massnahmen die Beschwerdeführerin verlangt. Das Verwaltungsgericht hat entschieden, dass das Schiessen, so, wie es in den Weisungen 1996 und 1997 zugelassen wird, mit dem Bundesrecht vereinbar sei.

Im vorliegenden Verfahren ist zu beurteilen, ob das solcherart zugelassene Schiessen mit dem Bundesrecht vereinbar ist. Dabei können die Ausführungen der Beschwerdeführerin dahin gehend interpretiert werden, dass sie bestimmte Massnahmen verlangt, um die Gefährdung durch das Schiessen zu reduzieren, und dass als solche Massnahmen in erster Linie das Verlegen des Schiessens auf ausserhalb der Ortschaft Liestal, eventuell aber auch Einschränkungen des Schiessens innerorts ins Auge gefasst werden sollen. Auf das entsprechend ausgelegte Begehren der Beschwerdeführerin kann eingetreten werden.

3. Die Beschwerdeführerin rügt verschiedentlich eine unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und eine Beeinträchtigung des rechtlichen Gehörs, indem die Vorinstanz auf bestimmte ihrer Vorbringen nicht eingegangen sei oder beantragte Beweismittel nicht erhoben habe.

a) Nachdem als Vorinstanz eine richterliche Behörde entschieden hat, ist das Bundesgericht an die Feststellung des Sachverhalts gebunden, soweit dieser nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt wurde (**Art. 105 Abs. 2 OG**).

b) Das Verwaltungsgericht hat im angefochtenen Entscheid die Darstellung des Sachverhalts durch die Beschwerdeführerin wiedergegeben. Diese Darstellung war im Wesentlichen unbestritten. Insbesondere wurden die Ausführungen der Beschwerdeführerin, es

habe in der Vergangenheit an Banntagen verschiedentlich Unfälle mit Gehörschädigungen gegeben, von keiner Seite bestritten. Das Verwaltungsgericht ist bei seinen rechtlichen Erwägungen offensichtlich von diesen unbestrittenen und aktenkundigen Sachverhaltsfeststellungen ausgegangen. Ausdrücklich ging es wie die Beschwerdeführerin davon aus, dass das Schiessen gefährdende Einwirkungen auf die Gesundheit der betroffenen Bevölkerung habe. Unter diesen Umständen erübrigte es sich, den Sachverhalt im Einzelnen und detailliert aufzulisten oder die von der Beschwerdeführerin beantragten Beweiserhebungen betreffend eines konkreten Unfalls durchzuführen.

c) Unbegründet ist auch die Rüge, es hätten weitere Akten der kantonalen Abteilung Lärmschutz, namentlich Messresultate von Lärmmessungen am Banntag, beigezogen werden müssen. Es ist nicht bestritten, dass die am Banntag verwendeten Gewehre einen mit dem Schuss eines Sturmgewehrs 57 vergleichbaren Lärm verursachen. Die Störwirkung des Schiessens mit einem Sturmgewehr 57 ist allgemein bekannt, weshalb weitere Messungen für diese Immissionen, die nicht nach einem der Anhänge der LSV beurteilt werden können (s. hinten E. 4c/aa), nicht erforderlich sind.

d) Die Beschwerdeführerin rügt die Feststellung der Vorinstanz als falsch, dass das Schiessen insgesamt nur während maximal 1 1/2 Stunden gestattet gewesen sei. Nach den diesbezüglich grosszügigeren Weisungen von 1997 war das Schiessen in der Rathausstrasse beim Abmarsch während 45 Minuten erlaubt, bei der Rückkehr pro Rotte während maximal 10 Minuten. Das ergibt insgesamt maximal 85 Minuten. Dass sich die insgesamt maximal 40 Minuten am Nachmittag auf einen Zeitraum von mehreren Stunden verteilen, ändert an dieser Gesamtdauer nichts.

4. Zu prüfen ist die Vereinbarkeit des Banntagsschiessens mit dem eidgenössischen Lärmschutzrecht. Lärmeinwirkungen sind primär an der Quelle zu beschränken (Art. 11 Abs. 1 des Umweltschutzgesetztes [USG; SR 814.01]). Unabhängig von bestehenden Umweltbelastungen sind die Emissionen im Rahmen der Vorsorge so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (**Art. 11 Abs. 2 USG**). Überdies sind die Emissionsbegrenzungen zu verschärfen, wenn feststeht oder zu erwarten ist, dass die Einwirkungen unter Berücksichtigung der bestehenden Umweltbelastung schädlich oder lästig werden (**Art. 11 Abs. 3 USG**).

a) Nach Ansicht des Verwaltungsgerichts sind die in **Art. 11 Abs. 1 und 2 USG** verankerten Grundsätze für die Beurteilung

des Banntagsschiessens nicht anwendbar, da sie nur für Anlagen gelten und die am Banntag verwendeten Waffen keine Anlagen seien. Nach **Art. 7 Abs. 7 USG** sind indessen Geräte den Anlagen gleichgestellt. Gewehre sind als Geräte im Sinne dieser Bestimmung zu betrachten und fallen daher ebenfalls unter den

Geltungsbereich von **Art. 11 USG**. Wie im Folgenden darzulegen ist, hat jedoch die unzutreffende Auffassung des Verwaltungsgerichts keinen Einfluss auf den Ausgang des vorliegenden Verfahrens.

b) Die Einschränkung von Lärmemissionen erfolgt durch Massnahmen, die - soweit sie direkt auf das Umweltschutzgesetz gestützt werden - in **Art. 12 Abs. 1 USG** abschliessend aufgezählt sind (**BGE 120 Ib 436** E. 2a/aa S. 440 f.; SCHRADE/LORETAN, Kommentar USG, N. 10 zu Art. 12). Für bewegliche Geräte, welche ausserhalb von ortsfesten Anlagen verwendet werden, fallen dabei praktisch nur Bau- und Ausrüstungsvorschriften sowie Verkehrs- oder Betriebsvorschriften in Betracht (**Art. 12 Abs. 1 lit. b und c USG**; MONIKA KÖLZ-OTT, Die Anwendbarkeit der bundesrechtlichen Lärmschutzvorschriften auf menschlichen Alltagslärm und verwandte Lärmarten, URP 1993 S. 377 ff., 387). Diese Massnahmen werden durch Verordnungen oder, soweit diese nichts vorsehen, durch unmittelbar auf das Umweltschutzgesetz abgestützte Verfügungen vorgeschrieben (**Art. 12 Abs. 2 USG**). Die anzuordnenden Lärmschutzmassnahmen werden in der Lärmschutzverordnung vom 15. Dezember 1986 (LSV; SR 814.41) konkretisiert. Für bewegliche Geräte schreibt **Art. 4 Abs. 1 LSV** vor, dass die Aussenlärmemissionen so weit begrenzt werden müssen, als dies technisch und betrieblich möglich sowie wirtschaftlich tragbar ist (lit. a) und dass die betroffene Bevölkerung in ihrem Wohlbefinden nicht erheblich gestört wird (lit. b). Zu diesem Zweck ordnen die Vollzugsbehörden betriebliche oder bauliche Massnahmen sowie Massnahmen für den fachgerechten Unterhalt an (**Art. 4 Abs. 2 LSV**). **Art. 4 LSV** konkretisiert somit für den Aussenlärm beweglicher Geräte die in **Art. 11 USG** enthaltenen Grundsätze und stimmt in seinen materiellen Anforderungen mit **Art. 11 Abs. 2 und Art. 15 USG** überein. Das Verwaltungsgericht hat das Banntagsschiessen richtigerweise aufgrund von **Art. 4 LSV** beurteilt und damit im Ergebnis die dadurch konkretisierten Grundsätze von **Art. 11 USG** angewendet, auch wenn es der Meinung war, diese hätten für die am Banntag verwendeten Gewehre keine Bedeutung.

c) Zu prüfen bleibt, ob das Verwaltungsgericht **Art. 4 LSV** im Lichte der einschlägigen Bestimmungen des Umweltschutzgesetzes des Bundes richtig angewendet hat.

aa) Die Lärmimmissionen ortsfester Anlagen sind grundsätzlich anhand der vom Bundesrat festgelegten Belastungsgrenzwerte (Anhänge 3-8 LSV) zu beurteilen (**Art. 40 Abs. 1 LSV**). Fehlen solche Werte, so müssen die Lärmimmissionen im Einzelfall nach den Kriterien der **Art. 15, 19 und 23 USG** bewertet werden (**Art. 40 Abs. 3 LSV**; **BGE 123 II 74** E. 4a und b S. 82 f.; **BGE 118 Ib 590** E. 3b S. 596). Dies gilt nach **Art. 4 LSV** und **Art. 7 Abs. 7 USG** auch für die Störwirkung des Lärms beweglicher Geräte, soweit dafür keine Grenzwerte bestehen. Im Rahmen dieser Einzelfallbeurteilung sind der Charakter des Lärms, Zeitpunkt und Häufigkeit seines Auftretens sowie die Lärmempfindlichkeit bzw. Lärmvorbelastung zu berücksichtigen (**BGE 123 II 74** E. 5a S. 86, 325 E. 4d/bb S. 335; **BGE 118 Ib 590** E. 4a S. 598). Dabei ist nicht auf das subjektive Lärmempfinden einzelner Personen abzustellen, sondern eine objektivierte Betrachtung unter Berücksichtigung von Personen mit erhöhter Empfindlichkeit (**Art. 13 Abs. 2 USG**) vorzunehmen (**BGE 123 II 74** E. 5a S. 86, 325 E. 4d/bb S. 334; Urteil des Bundesgerichts vom 1. Dezember 1994 in URP 1995 S. 31, E. 4c; CHRISTOPH ZÄCH, Kommentar USG, N. 14 zu Art. 15).

bb) Das Bundesgericht hat wiederholt entschieden, dass nach dem in **Art. 11 USG** enthaltenen Vorsorgeprinzip unnötiger Lärm vermieden werden muss, falls sich erweist, dass die Massnahmen zur Emissionsbegrenzung technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar sind (**BGE 115 Ib 446** E. 3d S. 453 f.; **BGE 113 Ib 393** E. 3 S. 400; URP 1997 S. 35, E. 3b; URP 1998 S. 529 E. 3c). Dies ist allerdings nicht so zu verstehen, dass jeder im strengen Sinne nicht nötige Lärm völlig untersagt werden müsste. Es gibt keinen absoluten Anspruch auf Ruhe; vielmehr sind geringfügige, nicht erhebliche Störungen hinzunehmen (**Art. 15 USG**; **BGE 123 II 325** E. 4d/bb S. 335 f.; URP 1998 S. 529 E. 5b/c; ZÄCH, a.a.O., N. 13 zu Art. 15).

cc) Die Lärmschutzvorschriften des Umweltschutzgesetzes sind in erster Linie zugeschnitten auf Geräusche, die als unerwünschte Nebenwirkungen einer bestimmten Tätigkeit auftreten. Diese können grundsätzlich mit geeigneten Massnahmen an der Quelle reduziert werden, ohne dass dadurch die entsprechenden Tätigkeiten als solche in Frage gestellt werden. Daneben gibt es jedoch auch Geräusche, welche den eigentlichen Zweck einer bestimmten Aktivität

ausmachen. Dazu gehören beispielsweise das Läuten von Kirchen- oder Kuhglocken, das Musizieren, das Halten von Reden mit Lautverstärkern an Anlässen in der Öffentlichkeit. Solche Lärmemissionen können nicht völlig vermieden und in der Regel auch nicht in der Lautstärke wesentlich reduziert werden, ohne dass zugleich der Zweck der sie verursachenden Tätigkeit vereitelt würde. Derartige Lärmemissionen als unnötig und unzulässig zu qualifizieren, würde implizieren, die betreffende Tätigkeit generell als unnötig zu betrachten. Die Rechtsprechung hat im Allgemeinen solche Emissionen zwar aufgrund des Umweltschutzgesetzes beurteilt, aber zugleich unter Berücksichtigung des Interesses an der Lärm verursachenden Tätigkeit diese nicht völlig verboten, sondern bloss einschränkenden Massnahmen unterworfen (Urteil des Bundesgerichts vom 18. März 1998 in Pra 87/1998 Nr. 170 S. 904 und in URP 1998 S. 529 betr. Schussanlage zur Abwehr von Vögeln in Rebbergen; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 2. August 1995 i.S. R., RDAT 1996 I n. 62 pag. 183, betr. Freiluftmusikveranstaltungen; aus der kantonalen Praxis: URP 1996 S. 668 [Verwaltungsgericht Zürich] betr. Kirchenglocken; RDAF 1995 S. 75 [Verwaltungsgericht Waadt] betr. Freiluftkonzerte). Da eine Reduktion der Schallintensität meist den mit der

betreffenden Tätigkeit verfolgten Zweck vereiteln würde, bestehen diese Massnahmen in der Regel nicht in einer Reduktion des Schallpegels, sondern in einer Einschränkung der Betriebszeiten (**BGE 119 Ib 463** E. 4-6; **BGE 118 Ib 234** E. 2b S. 239 f.; SCHRADE/LORETAN, a.a.O., N. 29 zu Art. 12). Analog hat das Bundesgericht auch Lärmemissionen von Kinderspielplätzen, Jugendtreffpunkten oder offenen Restaurants nicht völlig verboten, sondern bloss eingeschränkten Betriebszeiten unterstellt (**BGE 123 II 74**, 325; **BGE 118 Ib 590**). Solcher Lärm ist zwar rein technisch streng genommen nicht nötig, um spielen, sich unterhalten oder in einem Restaurant konsumieren zu können. Indessen sind diese Aktivitäten nach allgemeiner Lebenserfahrung in der Regel mit bestimmten Geräuschentwicklungen verbunden; diese völlig zu untersagen, wäre praktisch gleichbedeutend mit einem Verbot der entsprechenden Aktivitäten im Freien. Das wäre eine welt- und lebensfremde Konsequenz, die nicht im Sinne des Umweltschutzgesetzes liegen kann. In solchen Fällen kann deshalb eine Lärmemission nicht schon dann unzulässig sein, wenn sie rein technisch vermeidbar wäre. Vielmehr ist eine Interessenabwägung vorzunehmen zwischen dem Ruhebedürfnis der Bevölkerung und dem Interesse an der lärmverursachenden Tätigkeit.

dd) Diese Überlegungen müssen auch für lärmige Brauchtums- und andere öffentliche Anlässe gelten. Es gibt zahlreiche gesamtschweizerische oder lokale Anlässe, an denen in der Öffentlichkeit Geräusche verursacht werden, die teilweise über den sonst üblichen Belastungsgrenzwerten liegen. Zu denken ist an das Abbrennen von Feuerwerk am 1. August oder in der Neujahrsnacht, das Musizieren an der Fasnacht oder an anderen Brauchtumsanlässen, aber auch an Sportanlässe, Demonstrationen, Freiluftkonzerte und dergleichen. Es ist nicht der Sinn des Umweltschutzgesetzes, derartige Anlässe generell zu verbieten. Das Umweltschutzgesetz will Emissionen begrenzen, sie aber nicht völlig verhindern. Es stellt deshalb im Allgemeinen keine Grundlage für ein gänzliches Verbot einer bestimmten Tätigkeit dar (**BGE 124 II 219** E. 8b S. 233; SCHRADE/LORETAN, a.a.O., N. 17a zu Art. 11 und N. 28 zu Art. 12). Vielmehr sind solche Lärmbelastungen insbesondere im Hinblick auf ihre normalerweise beschränkte Dauer und Häufigkeit in einem ortsüblichen Umfang zumutbar. Dabei ist den örtlichen Behörden ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzugestehen, soweit es sich um Anlässe mit lokaler Ausprägung oder Tradition handelt.

d) Der angefochtene Entscheid ist anhand dieser Grundsätze zu beurteilen, wobei das Bundesgericht nur bei Bundesrechtswidrigkeit, mit Einschluss der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens, einschreiten kann, nicht aber bei blosser Unangemessenheit (**Art. 104 OG**).

aa) Das Verwaltungsgericht erwog, das Banntagsschiessen habe für die Gesundheit der Anwesenden gefährdende Auswirkungen, die indessen durch die angefochtenen Weisungen gerade eingeschränkt würden. Bei der Wahl der zu treffenden Massnahmen sei das Verhältnismässigkeitsprinzip von grosser Bedeutung. Es werde nicht verlangt, dass die Gefahr vollständig und endgültig abgewehrt werde. Die Weisungen erlaubten das Schiessen nur während insgesamt maximal 1 1/2 Stunden und nur in genau festgelegten und signalisierten Zonen. Des Weiteren werde die Bevölkerung informiert, so dass es jedem überlassen sei, sich zu den Schiesszeiten ausserhalb der Liestaler Altstadt aufzuhalten. Zudem würden jedermann gratis Gehörschutzpfropfen zur Verfügung gestellt. Unter diesen Umständen könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Bevölkerung durch das Banntagsschiessen in ihrem Wohlbefinden im Sinne von **Art. 4 Abs. 1 lit. b LSV** erheblich gestört werde.

bb) Die Beschwerdeführerin kritisiert zunächst, die Vorinstanz habe nicht ausgeführt, welche Interessen im vorliegenden Fall

betroffen seien. Diese Rüge geht fehl. Die auf dem Spiel stehenden Interessen sind offensichtlich und liegen auch für die Beschwerdeführerin auf der Hand. Sie bringt selber vor, dass für die Schützen das Schiessen zum Banntag gehöre wie das Salz zur Suppe. Ebenso klar sind die entgegenstehenden Interessen von Personen, die das Schiessen wegen der Lärmbelastung und der damit verbundenen Gesundheitsgefährdung ablehnen.

cc) Für das Banntagsschiessen bestehen keine Belastungsgrenzwerte; insbesondere ist Anhang 7 LSV nicht für das Schiessen ausserhalb von Schiessanlagen anwendbar (Urteil des Bundesgerichts vom 18. März 1998 in URP 1998 S. 529 ff. und in Pra 87/1998 Nr. 170 S. 904 E. 4b). Das Verwaltungsgericht hat daher richtigerweise eine Einzelfallbeurteilung vorgenommen (vorne E. 4d/aa).

dd) Eine sozio-psychologische Untersuchung über die Zusammenhänge von Schiesslärm bei Schiessständen und Störwirkung bei den Betroffenen führte zum Schluss, dass Schiesslärm dann als besonders störend empfunden wird, wenn die Betroffenen ihre Freizeit verbringen und (zuhause) Erholung suchen (Urteil des Bundesgerichts vom 9. Oktober 1996 in URP 1997 S. 35 E. 3c). Das Bundesgericht hat den Knall-Lärm von Schussanlagen in einem Rebberg mit einer Frequenz von 60 Schüssen pro Stunde tagsüber nicht als erheblich störend bezeichnet (Urteil des Bundesgerichts vom 18. März 1998 in URP 1998 S. 529 ff. und in Pra 87/1998 Nr. 170 S. 904, E. 5c).

Das Verwaltungsgericht hat insbesondere angesichts der relativ kurzen Dauer des Schiessens die daraus resultierende Störung als nicht erheblich und über die Weisungen hinaus gehende Einschränkungen als unverhältnismässig bezeichnet. Im Lichte des bisher Ausgeführten ist diese Beurteilung nicht zu beanstanden. Das Schiessen findet an einem einzigen Tag pro Jahr statt. Geschossen wird im Zentrum von Liestal am Vormittag während 20 (1996) bzw. 45 (1997) Minuten, am Nachmittag während insgesamt maximal 20 (1996) bzw. 40 (1997) Minuten. Der Zeitraum, während welchem die Anwohner und Passanten

behindert oder beeinträchtigt werden, ist damit ohne weiteres vergleichbar mit Belästigungen, welche im Zentrum von Städten und Ortschaften auch bei zahlreichen anderen Anlässen (z.B. Demonstrationen, Sportanlässe, Umzüge, Festanlässe, Fasnacht etc.) in Kauf zu nehmen sind. Der blosse Umstand, dass Massnahmen denkbar sind, welche das Schiessen noch weiter einschränken, kann noch nicht zur Rechtswidrigkeit des angefochtenen Entscheids führen, da nach dem Gesagten kein Rechtsanspruch auf absolute Lärmminimierung besteht.

ee) An dieser Beurteilung ändern auch die Bemerkungen des BUWAL nichts. Das Bundesamt führt aus, die wirksamste Massnahme zum Schutz der Bevölkerung wäre, dass die Veranstaltung ausserhalb des bewohnten Gebiets durchgeführt werde. Eine weniger weit gehende Möglichkeit zur Emissionsbegrenzung bestünde darin, dass die Anzahl der Schützen sowie die Anzahl der Schützen pro Salve begrenzt würde und ein Schützenmeister das Schiesskommando gibt. Solche Massnahmen hätten zum Inhalt älterer Weisungen zum Banntagsschiessen gehört.

Zum Brauch des Banntagsschiessen gehört gerade, dass in begrenztem Umfang auch in der Liestaler Altstadt geschossen wird. Es ist nicht zu beanstanden, wenn die lokalen Behörden in Würdigung dieses Umstandes das Schiessen innerorts erlauben. Wohl vermögen die übrigen, vom BUWAL vorgeschlagenen Massnahmen, die Lärmbelastung weiter zu reduzieren. Doch steht, wie vorne (E. 4c/dd) erwähnt, den lokalen Behörden bei der Art der zu ergreifenden Massnahmen ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Diesen Gestaltungsbereich haben die Behörden in Kenntnis der örtlichen Gegebenheiten und der am Banntag herrschenden Traditionen pflichtgemäss zu nutzen. Dabei sind sie aus umweltschutzrechtlicher Sicht befugt, weiter gehende Massnahmen der vom BUWAL genannten Art anzuordnen, soweit sich solche Massnahmen zur weiteren Emissionsbegrenzung eignen. Indessen erweisen sich die in den hier umstrittenen Weisungen enthaltenen Massnahmen aus umweltschutzrechtlicher Sicht als ausreichend, um die Störung der Bevölkerung auf ein zumutbares Mass zu begrenzen.

e) Die Beschwerdeführerin räumt ein, dass ein Anlass von 1 1/2 Stunden pro Tag noch nicht als störend im Sinne der Lärmschutzverordnung zu betrachten sei, doch sei das Banntagsschiessen nicht bloss störend, sondern gefährlich und könne auch schwere Körperverletzungen verursachen.

aa) Es ist unbestritten, dass durch das Schiessen Körperverletzungen, namentlich Gehörschäden, eintreten können. Die Vorinstanz hat erwogen, die angefochtenen Weisungen hätten gerade zum Ziel, diese Gefährdungen zu begrenzen, indem das Schiessen zeitlich und räumlich beschränkt werde. Es trifft zu, dass diese Massnahmen die Möglichkeit einer Gesundheitsbeeinträchtigung nicht völlig ausschalten können. Indessen kann ein völliger Ausschluss jeglichen Risikos nicht verlangt werden. Zahlreiche oder gar die meisten menschlichen Tätigkeiten können unter gewissen Umständen zu Gesundheitsbeeinträchtigungen Dritter führen. Das Polizei-

und Umweltrecht kann und soll die Wahrscheinlichkeit einer solchen Beeinträchtigung möglichst begrenzen. Die Forderung nach einem Null-Risiko hätte jedoch zur Folge, dass ein grosser Teil sämtlicher menschlicher Aktivitäten verboten werden müsste, was unverhältnismässig wäre. Auch das Vorsorgeprinzip kann daher Risiken nur bestmöglich begrenzen, aber nicht völlig ausschliessen (**BGE 124 II 219** E. 8b S. 233; **BGE 117 Ib 28** E. 6c S. 34 f.; CHRISTOPH ERRASS, Katastrophenschutz, Freiburg 1998, S. 46, 53, 95 f.; HANSJÖRG SEILER, Recht und technische Risiken, Zürich 1997, S. 71, 152 ff.). Das gilt nicht nur für Tätigkeiten, die mit wirtschaftlicher Zielsetzung durchgeführt werden, sondern in einem gewissen Umfang auch für Vergnügungen wie Sportanlässe, Freiluftkonzerte, Festanlässe, Fasnacht und andere Brauchtumsanlässe, Feuerwerk etc.

bb) Risiken sind umso eher zumutbar, wenn den potenziell Beeinträchtigten wirksame und zumutbare Schutzmassnahmen zur Verfügung stehen. Zwar widerspricht dies dem Grundsatz der Lärmbegrenzung an der Quelle, doch gilt dieser Grundsatz im Lärmschutzrecht nicht ausnahmslos. So gehen Gesetz und Rechtsprechung davon aus, dass Lärmimmissionen unter Umständen auch durch Schallschutzvorrichtungen und Schliessen von Fenstern an den betroffenen Objekten zu reduzieren sind (**Art. 20, 21 und 25 Abs. 3 USG**; Art. 10, 11, 15 und 16 LSV; **BGE 120 Ib 76** E. 3 S. 82 ff.; **BGE 119 Ib 348** E. 6b S. 363; **BGE 117 Ib 125** E. 3a S. 127 und E. 6c/bb S. 133; Urteil des Bundesgerichts vom 24. Juni 1997 in URP 1997 S. 495, E. 6e). Damit wird anstelle einer Begrenzung an der Quelle dem Betroffenen zugemutet, selber eine Schutzmassnahme zu treffen. Nach **Art. 4 der Verordnung vom 24. Januar 1996 über den Schutz des Publikums von Veranstaltungen vor gesundheitsgefährdenden Schalleinwirkungen und Laserstrahlen (SR 814.49)** kann die Behörde unter bestimmten Voraussetzungen Erleichterungen gewähren, worauf der Veranstalter dem Publikum einen Gehörschutz anzubieten und es auf die mögliche Gehörschädigung aufmerksam zu machen hat.

cc) Es ist unbestritten, dass die Bevölkerung über das Schiessen am Banntag informiert wird, dass bestimmte Schiesszonen bezeichnet werden und dass unentgeltlich Gehörschutzpfropfen zur Verfügung gestellt werden. Der Bevölkerung wird dadurch ermöglicht, sich wirksam vor den Lärmimmissionen zu schützen. Die damit verbundene teilweise Abweichung vom Grundsatz der Begrenzung an der Quelle ist jedenfalls dann zulässig, wenn die Beeinträchtigung - wie am Banntag - nur einmal im Jahr während einer kurzen

Dauer stattfindet. Es ist für die Betroffenen zumutbar, sich während dieser kurzen Zeit ausserhalb der Schiesszone oder innerhalb von Gebäuden aufzuhalten oder sich mit einem Gehörschutz zu versehen. Dass der Banntag in Liestal an einem Werktag stattfindet, ändert daran nichts. Auch bei anderen Anlässen oder Veranstaltungen kommt es oft vor, dass Personen, die in städtischen Verhältnissen Geschäfte zu verrichten haben, dabei vorübergehend durch Absperrungen oder Einschränkungen verschiedenster Art behindert werden.

dd) Die Beschwerdeführerin erwähnt verschiedene Unfälle und Vorfälle, die zu Körperverletzungen Dritter führten. Die meisten davon betreffen indessen frühere Jahre, als noch nicht die hier angefochtenen Weisungen galten. Diese bezwecken gerade, derartige Vorfälle zu vermeiden. Nach den von der Beschwerdeführerin selber vorgelegten Unterlagen wurden am Banntag 1997 die Schiesszonen klar signalisiert, so dass es den Betroffenen möglich war, die Gefahrenzonen zu meiden. Zwar erwähnt die Beschwerdeführerin auch Vorfälle aus den Jahren 1996 und 1997. So kam es am Banntag 1996 zu Handgreiflichkeiten und 1997 wurde eine Rauchbombe gegen Dritte geworfen. Diese Handlungen wurden jedoch nicht mit Gewehren ausgeübt und haben keinen Zusammenhang mit dem von der Beschwerdeführerin beanstandeten Schiessen bzw. mit den streitigen Weisungen. Es ist nicht ersichtlich, wie ein Verbot des Schiessens geeignet oder erforderlich sein könnte, derartige Vorkommnisse zu vermeiden. Die übrigen zitierten Unfälle ereigneten sich offensichtlich deshalb, weil die Betroffenen sich nicht schützten. In zwei Fällen handelte es sich um Teilnehmer des Umzugs, die sich durch fehlerhafte Gewehrmanipulationen selbst verletzten. Die Halsverletzung eines Passanten durch Schiesspulver war nach den bei den Akten liegenden Unterlagen darauf zurückzuführen, dass sich der Betroffene trotz der Tafel "Schiesszone" hinter die Schützen begab. Dass in Einzelfällen Vorschriften verletzt oder angeordnete Sicherheitsmassnahmen missachtet werden, bedeutet nicht zwangsläufig, dass die Vorschriften als solche ungenügend wären. Vielmehr sind Massnahmen direkt gegenüber den Fehlbaren zu treffen (vgl. **BGE 123 II 74** E. 5c S. 87; **BGE 118 Ib 590** E. 3d S. 597).

ee) Gesamthaft verstösst es nicht gegen Umweltschutzrecht des Bundes, wenn die Vorinstanz annahm, dass die getroffenen Massnahmen hinreichend geeignet waren, die Bevölkerung vor den Auswirkungen des Schiessens zu schützen, und das Schiessen daher nicht als erhebliche Störung im Sinne von **Art. 4 Abs. 1 lit. b LSV**

zu betrachten sei. Damit bleibt für die Anwendung von **Art. 4 Abs. 3 LSV**, den die Beschwerdeführerin als verletzt bezeichnet, kein Raum.

5. Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit gemäss **Art. 6 KV/BL**, der Bundesverfassung und **Art. 2 EMRK**.

a) Nach neuerer Auffassung haben Grundrechte nicht nur eine abwehrende Funktion gegen Beeinträchtigungen durch den Staat, sondern begründen auch eine staatliche Schutzpflicht gegen Gefährdungen, die von Dritten verursacht werden. Diese Auffassung wurde vor allem in Deutschland entwickelt (grundlegend BVerfGE 39 1 (41); 46 160 (164); 49 89 (141 f.); GEORG HERMES, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, Heidelberg 1987, passim; HANS H. KLEIN, Die grundrechtliche Schutzpflicht, DVBl 1994 S. 489-497; DIETRICH MURSWIEK, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, Berlin 1985). Sie wird auch in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung vertreten (**BGE 119 Ia 28** E. 2 S. 31; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 4. Aufl., Zürich 1998, S. 377 Rz. 1095; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, S. 18 f., 28; HANS REINHARD, Allgemeines Polizeirecht, Diss. Bern 1993, S. 78; PETER SALADIN, Kernenergie und schweizerische Staatsordnung, Fs. Huber, Bern 1981, S. 297 ff., 311 ff.; MARTIN SCHUBARTH, Risikogesellschaft oder Opfergesellschaft, Zur Realität des Rechts auf Leben in der Schweiz und in der Europäischen Union, Fs. Hangartner, S-t.Gallen/Lachen 1998, S. 1055-1064, passim; SEILER, a.a.O., S. 69 ff.; BEATRICE WEBER-DÜRLER, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57 S. 57 ff., 77 ff.; vgl. auch **Art. 35 BV** und Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1ff., 191 ff.). Auch **Art. 2 EMRK** verpflichtet die Vertragsstaaten positiv zum Schutz des Lebens (statt vieler Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 28. Oktober 1998 i.S. OSMAN C. VEREINIGTES KÖNIGREICH, zit. in Pra 88/1999 Nr. 44 S. 254, § 115 f.; ARTHUR HAEFLIGER/FRANK SCHÜRMANN, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Aufl., Bern 1999, S. 55 ff.). Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat sodann aus der Freiheit des Privat- und Familienlebens (**Art. 8 EMRK**) eine staatliche Pflicht zum Schutz bedrohter Grundrechte hergeleitet (Urteil vom 9. Dezember 1994 i.S. Lopez Ostra c. Spanien, Serie A 303 C, § 51; vgl. ANDREAS KLEY-STRULLER, Der Schutz der Umwelt durch die Europäische Menschenrechtskonvention, EuGRZ 1995 S. 507-514).

b) Die grundrechtliche Schutzpflicht kann aber ebenso wenig wie das Umweltrecht einen absoluten Schutz gegen jegliche Beeinträchtigung und Risiken gewähren. Das ergibt sich einerseits aus den faktisch begrenzten Mitteln des Staates (vgl. Urteil Osman, § 116; **BGE 119 Ia 28** E. 2 S. 31 f.), andererseits aber

auch daraus, dass ein solch absoluter Schutz unweigerlich dazu führen müsste, dass zahlreiche Tätigkeiten Dritter verboten werden müssten, was in Konflikt treten würde zu deren ebenfalls verfassungsrechtlich geschützten Betätigungsmöglichkeiten (HÄFELIN/HALLER, a.a.O., S. 378 Rz. 1096; YVO HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Bd. 2, Zürich 1982, S. 32 f.; REINHARD, a.a.O., S. 75 f.; SEILER, a.a.O., S. 71 f.). Auch bei Annahme einer grundrechtlichen Schutzpflicht ist deshalb eine Abwägung zwischen den beteiligten Interessen erforderlich (HERMES, a.a.O., S. 199 ff.; WEBER-DÜRLER, a.a.O., S. 82). Dies ist in erster Linie Sache der einschlägigen Gesetzgebung, welche durch Festlegung der unzulässigen bzw. zulässigen Tätigkeiten die Grenze zwischen einer unerlaubten Gefährdung und einem hinzunehmenden Restrisiko definiert (ALEXANDRA GERBER/HANSJÖRG SEILER, Verwaltungsrichter und Technologie, ZBl 100/1999 S. 289-311, 301; KLEIN, a.a.O., S. 491; SEILER, a.a.O., S. 72).

c) Die Frage nach der Tragweite der grundrechtlichen Schutzpflicht ist daher in der Regel gleichbedeutend mit der Frage nach der richtigen Anwendung des einschlägigen Gesetzesrechts. Erweisen sich die beanstandeten Weisungen als mit dem eidgenössischen Umweltrecht vereinbar (E. 4), so verletzen sie deshalb auch nicht das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit, selbst wenn damit nicht jegliches Risiko völlig ausgeschaltet werden kann.

Zurück

Urteilskopf

132 I 256

28. Auszug aus dem Urteil der I. öffentlichrechtlichen Abteilung i.S. Bündnis für ein buntes Brunnen und Jenni gegen Gemeinderat Ingenbohl sowie Regierungsrat und Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz (Staatsrechtliche Beschwerde)
1P.396/2006 vom 4. September 2006

Regeste

Verweigerung einer Kundgebung am 1. August 2006 in Brunnen; **Art. 16 und 22 BV**, **Art. 11 EMRK**.
Legitimation einer einfachen Gesellschaft (E. 1.1).
Grundsätze der Meinungs- und Versammlungsfreiheit hinsichtlich Durchführung einer Kundgebung auf öffentlichem Grund (E. 3 und 4.1).
Behördliche Schutzmassnahmen vor drohender Gegendemonstration und ihre Grenzen (E. 4.3).
Vor dem Hintergrund der konkreten Gegebenheiten hält die Verweigerung der Kundgebungsbewilligung vor der Verfassung stand (E. 4.4-4.7).

Sachverhalt ab Seite 256

BGE 132 I 256 S. 256

Namens des "Bündnisses für ein buntes Brunnen" sowie in eigenem Namen ersuchte Daniele Jenni den Gemeinderat Ingenbohl am 9.

BGE 132 I 256 S. 257

August 2005 um Bewilligung zur "Durchführung einer antifaschistischen Platzkundgebung mit multikulturellem Strassenfest am 1. August 2006" in Brunnen für einen Zeitraum von 11.30 Uhr bis 19.00 Uhr. Die Einladung für die Kundgebung war in Form einer öffentlichen Mobilisierung vorgesehen. Zu den vorgesehenen Örtlichkeiten führten die Gesuchsteller aus:

> "Brunnen, öffentlicher Grund; den genauen Ort möchten wir gerne aufgrund von Vorschlägen Ihrerseits und im Gespräch mit Ihnen bestimmen; immerhin sollte der Ort zentral gelegen und für die mit der Kundgebung verbundene Appellwirkung auf die Öffentlichkeit geeignet sein."

Der Gemeinderat Ingenbohl wies dieses Begehren am 30. Januar 2006 ab. Die dagegen erhobene Beschwerde wurde dem Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz überwiesen, welches sie am 24. Mai 2006 abwies. Zur Begründung wies das Verwaltungsgericht auf die traditionelle 1.-August-Feier in Brunnen und die Gefahr hin, dass es bei einem Auftreten rechtsextremer Kreise und einem Zusammentreffen mit den Kundgebungsteilnehmern zu gewaltsamen Ausschreitungen kommen könnte.
Gegen diesen Entscheid des Verwaltungsgerichts hat Daniele Jenni namens des "Bündnisses für ein buntes Brunnen" und in eigenem Namen staatsrechtliche Beschwerde namentlich wegen Verletzung von **Art. 16 und 22 BV** sowie **Art. 10 und 11 EMRK** erhoben. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab, soweit darauf einzutreten war.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1.

1.1 Vor Bundesgericht treten als Partei Daniele Jenni und das "Bündnis für ein buntes Brunnen" auf. Zu prüfen ist, ob beide zur Beschwerde legitimiert sind.
Daniele Jenni hatte am 9. August 2005 u.a. in eigenem Namen um Bewilligung zur Durchführung einer Kundgebung in Brunnen ersucht. Er trat auch vor Verwaltungsgericht in eigenem Namen selbständig als Beschwerdeführer auf. Bei dieser Sachlage ist er grundsätzlich legitimiert, die Verweigerung der von ihm anbegehrten Manifestation mit staatsrechtlicher Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte anzufechten (im Folgenden als Beschwerdeführer bezeichnet).
Das Gesuch vom 9. August 2005 ist ferner namens des "Bündnisses für ein buntes Brunnen" eingereicht worden. Das

Verwaltungsgericht erachtete Daniele Jenni auch als Vertreter des "Bündnisses für ein buntes Brunnen", mithin als Vertreter einer einfachen Gesellschaft zur Beschwerde legitimiert. Einer einfachen Gesellschaft kommt indes keine Rechtspersönlichkeit zu. Tritt eine solche vor Bundesgericht auf, ist nicht diese Partei, sondern gelten die einzelnen Gesellschafter als Partei. Im vorliegenden Fall wird in der Beschwerdeschrift einzig ausgeführt, dass Daniele Jenni im "Bündnis für ein buntes Brunnen" mitwirke. Darüber hinaus wird kein einziger Gesellschafter genannt, der dem "Bündnis für ein buntes Brunnen" angehören würde und demnach als Partei im bundesgerichtlichen Verfahren in Betracht fällt. Bei dieser Sachlage ist auf die Beschwerde nicht einzutreten, soweit sie im Namen des "Bündnisses für ein buntes Brunnen" erhoben worden ist.
(...)

2. Der Beschwerdeführer ficht die Verweigerung der nachgesuchten Bewilligung für die "Durchführung einer antifaschistischen Platzkundgebung mit multikulturellem Strassenfest am 1. August 2006" in Brunnen an.
Das Vorhandensein einer kommunalen gesetzlichen Grundlage sowohl für das Erfordernis einer vorgängigen Bewilligung als auch für die Möglichkeit der Verweigerung wird vom Beschwerdeführer nicht in Zweifel gezogen. Er macht ausschliesslich geltend, die Verweigerung der Bewilligung sei durch kein hinreichendes öffentliches und verhältnismässiges Interesse gerechtfertigt und verletze ihn in seiner Meinungs- und Versammlungsfreiheit gemäss **Art. 16 und 22 BV** sowie **Art. 10 und 11 EMRK**.

3. Das Bundesgericht hat die Grundzüge der Meinungs- und Versammlungsfreiheit hinsichtlich von Kundgebungen auf öffentlichem Grund in **BGE 127 I 164** E. 5 zusammengefasst.
Art. 16 BV gewährleistet die Meinungsfreiheit ausdrücklich und raumt jeder Person das Recht eln, Ihre Meinung frei zu bilden und sie ungehindert zu äussern und zu verbreiten. Darunter fallen die verschiedensten Formen der Kundgabe von Meinungen. Die Versammlungsfreiheit gemäss **Art. 22 BV** gewährleistet den Anspruch, Versammlungen zu organisieren, an Versammlungen teilzunehmen oder Versammlungen fernzubleiben. Zu den Versammlungen gehören unterschiedlichste Arten des Zusammenfindens von Menschen im Rahmen einer gewissen Organisation mit einem weit verstandenen gegenseitig meinungsbildenden oder meinungsäussernden

Zweck (vgl. auch **BGE 132 I 49** E. 5.3 S. 56). Besondere Aspekte der Meinungs- und Versammlungsfreiheit weisen Kundgebungen auf öffentlichem Grund mit dem damit einhergehenden gesteigerten Gemeingebrauch auf. Solche Kundgebungen bedingen, dass entsprechender öffentlicher Grund zur Verfügung gestellt wird, schränken die gleichartige Mitbenützung durch unbeteiligte Personen ein und sind lokal und temporär nicht mehr gemeinverträglich. Dies ruft nach einer Prioritätenordnung unter den verschiedenen Benutzern und erlaubt, Demonstrationen einer Bewilligungspflicht zu unterstellen. Die Meinungs- und Versammlungsfreiheit erhalten im Zusammenhang mit Demonstrationen einen über reine Abwehrrechte hinausgehenden Charakter und weisen ein gewisses Leistungselement auf. Die Grundrechte gebieten in Grenzen, dass öffentlicher Grund zur Verfügung gestellt wird oder unter Umständen anderes als das in Aussicht genommene Areal bereitgestellt wird, das dem Publizitätsbedürfnis der Veranstalter in anderer Weise Rechnung trägt. Ferner sind die Behörden verpflichtet, durch geeignete Massnahmen wie etwa durch Gewährung eines ausreichenden Polizeischutzes dafür zu sorgen, dass öffentliche Kundgebungen tatsächlich stattfinden können und nicht durch gegnerische Kreise gestört oder verhindert werden. Im Bewilligungsverfahren darf die Behörde die gegen eine Kundgebung sprechenden polizeilichen Gründe, die zweckmässige Nutzung der vorhandenen öffentlichen Anlagen im Interesse der Allgemeinheit und der Anwohner und die mit einer Kundgebung verursachte Beeinträchtigung von Freiheitsrechten unbeteiligter Dritter mitberücksichtigen. Zu den polizeilichen Gründen zählen namentlich solche des öffentlichen und privaten Verkehrs, der Vermeidung von übermässigen Immissionen, der Aufrechterhaltung der Sicherheit und der Abwendung unmittelbarer Gefahren von Ausschreitungen, Krawallen und Gewalttätigkeiten sowie Übergriffen und Straftaten jeglicher Art. Die öffentliche Ordnung lässt keinen Raum für Meinungskundgebungen, die mit rechtswidrigen Handlungen verbunden sind oder einen gewalttätigen Zweck verfolgen. Im Bewilligungsverfahren ist - über das Willkürverbot und das Gleichheitsgebot hinaus -

dem ideellen Gehalt der Meinungs- und Versammlungsfreiheit Rechnung zu tragen; insbesondere darf nicht massgebend sein, ob die von den Demonstranten vertretenen Auffassungen und Anliegen der zuständigen Behörde mehr oder weniger wertvoll erscheinen. Die verschiedenen Interessen sind nach objektiven Gesichtspunkten gegeneinander abzuwägen und zu gewichten. Eine dem Grundsatz der

BGE 132 I 256 S. 260

Verhältnismässigkeit genügende Gestaltung kann die Anordnung von Auflagen und Bedingungen sowie eine entsprechende verhältnismässige Mitwirkung der Veranstalter erfordern.
In diesem Sinne besteht gestützt auf die Meinungs- und Versammlungsfreiheit grundsätzlich ein bedingter Anspruch, für Kundgebungen mit Appellwirkung öffentlichen Grund zu benützen. Im Bewilligungsverfahren sind nicht nur Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit einer Kundgebung, sondern ebenso sehr die Randbedingungen, allfällige Auflagen und eventuelle Alternativen zu prüfen. Die Veranstalter können daher nicht verlangen, eine Manifestation an einem bestimmten Ort, zu einem bestimmten Zeitpunkt und unter selbst bestimmten Randbedingungen durchzuführen; hingegen haben sie Anspruch darauf, dass der von ihnen beabsichtigten Appellwirkung Rechnung getragen wird.
Die Garantien gemäss **Art. 11 EMRK** (in Verbindung mit **Art. 10 EMRK**) und **Art. 21 UNO-Pakt II** reichen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht über die dargelegten, aus **Art. 16 und 22 BV** abgeleiteten Grundsätze für Kundgebungen auf öffentlichem Grund hinaus.

4. Es steht ausser Frage, dass sich der Beschwerdeführer für die "Durchführung einer antifaschistischen Platzkundgebung mit multikulturellem Strassenfest am 1. August 2006" auf die Meinungs- und Versammlungsfreiheit im dargelegten Sinne berufen kann. Aus der dargelegten Rechtsprechung ergibt sich umgekehrt auch, dass kein absoluter Anspruch auf eine Bewilligung für die Benützung öffentlichen Grundes besteht und Kundgebungen gemäss den Kriterien von **Art. 36 BV** verweigert werden können. Vor diesem Hintergrund ist im Folgenden aufgrund einer umfassenden Beurteilung zu prüfen, ob die Verweigerung der Bewilligung für die Kundgebung am 1. August 2006 vor der Verfassung standhält.

4.1 Entgegen einer Anmerkung im angefochtenen Entscheid kann für die Verweigerung der anbegehrten Bewilligung nicht darauf abgestellt werden, ob der Beschwerdeführer eine spezifische Beziehung zu Brunnen aufweise oder aber als Auswärtiger in Brunnen Auffassungen und Anliegen kundtun möchte. Der Anspruch auf Durchführung einer Kundgebung ist nicht Einheimischen reserviert. Die Freiheit der Meinungsäusserung kann es mit der damit verbundenen Appellwirkung geradezu erfordern, an einem spezifischen Ort eine Kundgebung durchzuführen. Dies trifft auch auf das Vorhaben

BGE 132 I 256 S. 261

des Beschwerdeführers zu, welches an ein Auftreten von rechtsextremen Kreisen in Brunnen anknüpft.
Im Grundsatz kann auch eine Kundgebung am 1. August - anders als vom Verwaltungsgericht angenommen - nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Die dem Beschwerdeführer zustehende Wahl dieses Datums hat lediglich zur Folge, dass angesichts des Nationalfeiertages in besonderem Ausmasse eine Prioritätenordnung für die Benützung öffentlichen Grundes zu erfolgen hat und das - gleichermassen grundrechtlich geschützte - Interesse Dritter an der Begehung des Nationalfeiertages als besondere Form der Meinungsäusserung und die damit verbundene Benützung öffentlichen Grundes in die Güterabwägung einzubeziehen ist.

4.2 Das Verwaltungsgericht stellt im bundesgerichtlichen Verfahren den Antrag, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, weil es dem Beschwerdeführer darum gehe, einen Gegenpol zum Aufmarsch rechtsradikaler Kreise zu setzen, und weil diese Stossrichtung von vornherein gegenstandslos werde, wenn die vorgesehenen rigiden Zugangskontrollen einen solchen Aufmarsch verhindern.
Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Es trifft zwar zu, dass es dem Beschwerdeführer mit der Kundgebung am 1. August 2006 darum geht, einen Gegenpol zu einem Auftreten von rechtsextremen Kreisen - entsprechend demjenigen insbesondere der beiden letzten Jahre - zu setzen und einen solchen Aufmarsch zu verhindern. Eine eigentliche Verhinderung des Auftretens von rechtsextremen Kreisen und der Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit stellen indes polizeiliche Aufgaben dar, die der Beschwerdeführer und eine Kundgebung durch das "Bündnis" von vornherein nicht zu leisten vermögen. Hierfür kann der Beschwerdeführer die Meinungs- und Versammlungsfreiheit nicht in Anspruch nehmen.
Hingegen kann dem Anliegen, einen Gegenpol zu einem Aufmarsch rechtsextremer Kreise zu setzen, unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten die Berechtigung nicht abgesprochen werden. Grundsätzlich ist es nicht Sache der Behörde, die von Kundgebungen vermittelten Auffassungen und Anliegen zu bewerten. Diese hat auch nicht darüber zu befinden, ob die Zielsetzung der Kundgebung, nämlich einen Gegenpol zu einem rechtsextremen Aufmarsch zu setzen, im Falle der Abwesenheit dieser Kreise tatsächlich ihre Grundlage verlieren könnte. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer die Position antifaschistischer Kreise zum Ausdruck

BGE 132 I 256 S. 262

bringen will. Dieses Anliegen hat besondere Aktualität, wenn ein Aufmarsch rechtsextremer Kreise effektiv

eintritt. Es verliert indessen auch dann seine Bedeutung nicht, wenn diese Kreise auf ein Auftreten verzichten oder die Polizeikräfte ein solches tatsächlich verhindern sollten. Die 1.-August-Feier und die Nähe zum Rütli können für sich allein Grund genug sein, "antifaschistische" Gesinnung zu bekunden. Zudem kann dem Beschwerdeführer nach den Ereignissen insbesondere des letzten Jahres - als der klare politische Wille, einen Aufmarsch rechtsextremer Kreise in Brunnen zu verhindern, nicht umgesetzt worden ist und es in Brunnen zu gewaltsamen Ausschreitungen kam - nicht vorgehalten werden, ein entsprechender Aufmarsch finde dieses Jahr von vornherein nicht statt. Der Beschwerdeführer verliert damit das Interesse an einer antifaschistischen Kundgebung auch unter der Annahme nicht, dass die rechtsextremen Kreise dieses Jahr - aus welchen Gründen auch immer - nicht nach Brunnen gelangen sollten.

4.3 In den letzten Jahren und insbesondere im Jahre 2005 ist es in Brunnen anlässlich des 1. August zu einem Aufmarsch von rechtsextremen Kreisen gekommen, ohne dass diese um entsprechende Bewilligung ersucht hätten. Aufgrund dieser Erfahrungen und der konkreten Umstände konnte nicht ausgeschlossen werden, dass ein entsprechender Aufmarsch - wiederum ohne Bewilligung und trotz in Aussicht genommener Sicherheitsvorkehren für die Feier auf dem Rütli - auch im Jahre 2006 stattfinden könnte. Die Behörden durften davon ausgehen, dass rechtsextreme Kreise in der einen oder andern Art auch dieses Jahr nach Brunnen zu gelangen versuchen würden. Dies führt aufgrund der allgemeinen Lagebeurteilung weiter zur Annahme, dass diese versuchen könnten, die vom Beschwerdeführer beabsichtigte - und als Provokation empfundene - Kundgebung zu stören oder gar zu verhindern, und hierfür vor Gewalttätigkeiten mit entsprechender Gefährdung der Kundgebungsteilnehmer sowie der Polizeigüter im Allgemeinen nicht zurückschrecken würden. Es ist demnach nicht nur nicht auszuschliessen, sondern ernsthaft damit zu rechnen, dass die rechtsextremen Kreise gewaltsam auftreten, gegen die Kundgebung vorgehen und die öffentliche Ordnung schwerwiegend beeinträchtigen könnten. Diese Annahme darf im Verfahren um die Bewilligung der vom Beschwerdeführer nachgesuchten Kundgebung mitberücksichtigt werden.
Dies bedeutet, dass der Beschwerdeführer durch den Aufmarsch rechtsextremer Kreise faktisch in seiner Meinungs- und

BGE 132 I 256 S. 263

Versammlungsfreiheit beeinträchtigt werden könnte. Bei dieser Sachlage ist es grundsätzlich Aufgabe der Behörden, die Kundgebung des Beschwerdeführers vor der befürchteten Fremdeinwirkung zu schützen: Die Teilnehmer von Kundgebungen sollen diese tatsächlich abhalten können, ohne Gewalttätigkeiten ihrer Gegner befürchten zu müssen; sie sollen vor dem Hintergrund entsprechender Befürchtungen nicht davon abgehalten werden, ihre Meinungen und Ansichten öffentlich kundzutun. Das Recht auf Gegendemonstration darf nicht dazu führen, die Ausübung der Meinungs- und Versammlungsfreiheit zu beeinträchtigen (vgl. Urteil des EGMR i.S. *Plattform "Ärzte für das Leben" gegen Österreich* vom 21. Juni 1988, Serie A, Band 139, Ziff. 32 = EuGRZ 1989 S. 522). Dementsprechend haben die Behörden durch entsprechende Massnahmen bzw. mittels eines entsprechenden Einsatzes von Polizeikräften im Grundsatz dafür zu sorgen, dass der Beschwerdeführer für die beabsichtigte Kundgebung und die Ausübung seiner Meinungs- und Versammlungsfreiheit geschützt wird.
Die Meinungs- und Versammlungsfreiheit bedeutet indes nicht, dass die Abhaltung einer Kundgebung und die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges in absoluter Weise zu garantieren sei bzw. in absoluter Weise garantiert werden könne. Die Mittel für die Gewährung eines entsprechenden Schutzes sind vielmehr begrenzt und deren effizienter Einsatz ist im Einzelfall von einer Vielzahl von konkreten Umständen abhängig.
Bei der Beurteilung, welche Mittel (vernünftiger- und verhältnismässigerweise) eingesetzt werden können und was rein tatsächlich in einer gegebenen Situation (noch) garantiert werden kann, kommt den Behörden ein weiter Spielraum zu (Urteil i.S. *Plattform*, a.a.O., Ziff. 34). Wie es sich mit einem Polizeieinsatz im konkreten Einzelfall verhält, beurteilt sich unter Beachtung der Meinungs- und Versammlungsfreiheit aufgrund der allgemeinen Lagebeurteilung und der Gesamtheit der konkreten Umstände und Verhältnisse (vgl. Urteil i.S. *Plattform*, a.a.O., Ziff. 36 ff.).

4.4 Vor diesem Hintergrund ist im vorliegenden Fall zu prüfen, wie es sich mit einem Polizeieinsatz verhält und was daraus für die Durchführung bzw. Bewilligung des "antifaschistischen Strassenfestes" zu folgern ist. Dabei sind unterschiedliche Elemente heranzuziehen.

4.4.1 Auszugehen ist vorerst von der allgemeinen Einschätzung der Lage unter dem Gesichtswinkel der Konflikte zwischen rechten und

BGE 132 I 256 S. 264

linken Kreisen: Das kantonale Militär- und Polizeidepartement hat mit seiner ersten Lagebeurteilung Nr. 1 vom 14. November 2005 für den Fall eines gleichzeitigen rechten Aufmarsches und einer linken Demonstration in Brunnen Auseinandersetzungen mit hohem Gewaltpotenzial als sehr wahrscheinlich erachtet. Dies bestätigte der Kommandant der Kantonspolizei in der Lagebeurteilung Nr. 2 vom 15. März 2006. Die Lagebeurteilungen beruhen auf Erkenntnissen des Bundes und der kantonalen Staatsschutzorgane und stimmen mit der Einschätzung der allgemeinen Situation gemäss dem

Extremismusbericht des Bundesrates vom 25. August 2004 (BBl 2004 S. 5011 ff.) überein. Danach gefährdeten rechtsextrem motivierte Aktivitäten teils punktuell, teils lokal die öffentliche Ruhe und Ordnung erheblich; ferner gehe eine erhebliche Gefahr von linksextremen Exponenten aus. Aus dem Bericht des Bundesamtes für Polizei aus dem Jahre 2005 geht hervor, dass die Zahl der Auseinandersetzungen zwischen rechten und linken Gruppierungen zugenommen habe und dass beide immer wieder versuchten, Aktivitäten des andern Lagers zu stören oder Konfrontationen zu provozieren.

Der Beschwerdeführer kritisiert diese Ausführungen im angefochtenen Verwaltungsgerichtsentscheid. Er rügt, die Aussage, wonach von linksextremen Exponenten eine erhebliche Gefahr ausgehe und antifaschistische Kundgebungen von vornherein linksextreme Betätigungen darstellten, werde nicht hinterfragt und in willkürlicher Weise übernommen. Er übersieht indessen, dass es sich bei den erwähnten Passagen um allgemeine Lagebeurteilungen handelt und weder das "Bündnis" noch die Teilnehmer an der anbegehrten Kundgebung als links- *extrem* bezeichnet werden. Entscheidend ist, dass der Beschwerdeführer den allgemeinen Lagebeurteilungen nichts Wesentliches entgegenzuhalten vermag. Insbesondere zieht er nicht in Zweifel, dass ein Zusammentreffen von rechten und linken Demonstrationsgruppen häufig zu Konfrontationen führt und sehr oft mit grossem Gewaltpotenzial und entsprechender Gefährdung der Polizeigüter verbunden ist.

4.4.2 Ausgehend von dieser allgemeinen Lagebeurteilung und vor dem Hintergrund der Erfahrungen insbesondere des letzten Jahres durfte im konkreten Fall davon ausgegangen werden, dass rechtsextreme Kreise dieses Jahr erneut in Brunnen auftreten und in allgemeiner Weise wiederum gewalttätig werden würden. Weiter konnte angenommen werden, dass diese sich durch die in Aussicht genommene antifaschistische Kundgebung des Beschwerdeführers

zusätzlich provoziert fühlen und daher mit grossem Gewaltpotenzial gegen die Kundgebung vorgehen könnten. Ein entsprechendes Zusammenprallen rechter und linker Gruppierungen lässt ernsthaft gewaltsame Auseinandersetzungen befürchten und solche lassen es für die Polizeikräfte von vornherein als schwierig erscheinen, die Polizeigüter im Allgemeinen zu schützen und im Speziellen den Teilnehmern an der Kundgebung des "Bündnisses" einen ruhigen Verlauf und Schutz vor Angriffen rechtsextremer Kräfte zu bieten.

4.4.3 Über diese Einschätzung hinaus darf die Eigenart der vom Beschwerdeführer beabsichtigten Kundgebung mitberücksichtigt werden.

Zum einen ist der Kreis der Teilnehmer des "antifaschistischen Strassenfestes" vollkommen offen. Gemäss den Angaben des Beschwerdeführers anlässlich der Besprechung mit Vertretern der Gemeinde vom 16. Dezember 2005 soll der Anlass für jedermann offen stehen und soll in Form einer öffentlichen Mobilisierung dazu eingeladen werden. Welche Kreise im Einzelnen schliesslich teilnehmen würden, lässt sich demnach in keiner Weise im Voraus bestimmen. Ferner sollte nach den Angaben des Beschwerdeführers keine gewaltsame Auseinandersetzung gesucht werden. Auf die Frage, wie die Teilnehmer auf einen Durchmarsch rechtsextremer Kreise durch Brunnen reagieren würden, hielt der Beschwerdeführer dafür, das "Bündnis" garantiere im Rahmen dessen, was überhaupt garantiert werden könne, dass es zu keinen Gewalttätigkeiten komme; bei einem Aufmarsch rechtsextremer Kreise würden die Teilnehmer der Kundgebung sicher verbal aktiv, ohne aber einen Polizeicordon zu durchbrechen. In dieser Zusage kann keine Gewähr dafür erblickt werden, dass die Teilnehmer des "Bündnisses" sich nicht zu Gewalttätigkeiten hinreissen lassen könnten. Vielmehr durften die Behörden bei dieser Sachlage ohne Willkür annehmen, dass sich die Kundgebungsteilnehmer im Falle des Aufmarsches rechtsextremer Gruppen der damit verbundenen Konfrontation stellen würden.

Zum andern zeigte sich der Beschwerdeführer - über die unter polizeilichen Gesichtspunkten klar unzureichende Zusicherung hinaus, während der Kundgebung einen telefonischen Kontakt mit den Behörden aufrechtzuerhalten - nicht bereit und in der Lage, irgendwelche Zusagen über einen Sicherheitsdienst zu machen. Ob er - im Sinne einer verhältnismässigen Mitwirkung von Seiten der Kundgebungsteilnehmer - zu entsprechenden Angaben verpflichtet sei oder solche unter Berufung auf datenschutzrechtliche und die

Meinungs- und Versammlungsfreiheit betreffende Überlegungen verweigern dürfe, wie er in der Beschwerde geltend macht, kann im vorliegenden Fall offen bleiben. Der Beschwerdeführer hat es aber selbst zu verantworten, wenn er eine entsprechende verhältnismässige Mitwirkung verweigert und die Behörden daraus den Schluss ziehen, dass zur Aufrechterhaltung von Ordnung und Sicherheit auf die Organisatoren und ihre Mitwirkung kein Verlass sei.

Daraus ergibt sich, dass die Umstände der vom Beschwerdeführer beabsichtigten Kundgebung die Aufrechterhaltung von Ordnung und Sicherheit im Allgemeinen sowie den Schutz der Teilnehmer der Kundgebung im Besonderen nicht erleichtern, sondern zusätzlich erschweren. Angesichts der gesamten Gegebenheiten durfte die Gefahr von gewaltsamen Auseinandersetzungen zwischen Kundgebungsteilnehmern und aufmarschierenden Rechtsextremen als wahrscheinlich, konkret und ernsthaft bezeichnet werden. Diese Beurteilung kann sich zudem auf Erfahrungen von

Auseinandersetzungen zwischen rechten und linken Kreisen stützen, wie sie in jüngster Vergangenheit bei Demonstrationen verschiedentlich in der Schweiz vorgekommen sind und die über die einander gegenüberstehenden Lager unbeteiligte Dritte beeinträchtigten und zu (massiven) Sachbeschädigungen führten. Zudem haben solche Konfrontationen, wie das Verwaltungsgericht anmerkt, zur Folge, dass die Polizeikräfte in eine Sandwich-Situation versetzt werden, sich Gewalttätigkeiten auch gegen die Sicherheitskräfte richten und die Polizei nicht mehr in der Lage sei, ihrer Aufgabe nachzukommen. Daraus durfte gesamthaft geschlossen werden, dass sich der Einsatz von Sicherheitskräften äusserst schwierig gestaltet und die Polizeiorgane an die Grenzen ihrer Möglichkeiten stossen.

4.4.4 Diese Einschätzung erscheint zudem vor dem Hintergrund der örtlichen Verhältnisse in einem besondern Lichte. Das Zentrum von Brunnen weist sehr enge Örtlichkeiten und keine klar trennbaren Räume auf und verfügt nur über ganz wenige für einen Polizeieinsatz geeignete Hauptachsen. Der Beschwerdeführer setzt sich mit diesen lokalen Gegebenheiten nicht näher auseinander; er macht insbesondere nicht geltend, dass für ihn in Betracht fallende Plätze die Durchführung einer Kundgebung - unter Beachtung der befürchteten Auseinandersetzungen und Ausschreitungen, des erforderlichen Polizeieinsatzes und der Aufrechterhaltung von öffentlicher Ordnung und Sicherheit - tatsächlich erlauben würden.

4.4.5 Darüber hinaus gestaltet sich der erforderliche Einsatz von Polizeikräften wegen der Besonderheiten des 1. August als äusserst problematisch.

Das Verwaltungsgericht hat im angefochtenen Entscheid dargelegt, dass breite Bevölkerungskreise den Nationalfeiertag in besinnlichen Feiern und in Volksfesten begehen. In Brunnen findet neben der traditionellen Feier auch alljährlich ein grosses Feuerwerk statt, das Tausende von Besuchern vom Lande und vom See mitverfolgen.

Der Beschwerdeführer spricht diesen Besuchern die Teilnahme an den 1.-August-Feiern zu Recht nicht ab und verlangt nicht etwa, dass diesen Einschränkungen aufzuerlegen wären. Er bringt auch keineswegs konkret vor, dass es die örtlichen Verhältnisse erlauben würden, die traditionellen 1.-August-Feiern und die beabsichtigte Kundgebung auf einem in Betracht fallenden Platz gleichzeitig und nebeneinander in getrennten Räumen abzuhalten. Die 1.-August-Feiern bringen es mit sich, dass weite Teile des öffentlichen Grundes von den Besuchern benützt und belegt werden. Ihre zahlreiche Anwesenheit in Brunnen hat weiter zur Folge, dass ein effizienter Polizeieinsatz wesentlich erschwert oder gar verunmöglicht wird. Die wenigen Einsatzachsen für Polizeieinsätze wären weitestgehend belegt und die Polizeikräfte würden in den engen örtlichen Verhältnissen von Brunnen daran gehindert, entsprechend den Erfordernissen der momentanen Situation ziel- und zeitgerecht vorzugehen.

4.5 Aufgrund all dieser Umstände - Aufmarsch rechtsextremer Kreise, Eigenart der vom Beschwerdeführer beabsichtigten Kundgebung, enge örtliche Verhältnisse in Brunnen, Besuch von Tausenden von Besuchern anlässlich der 1.-August-Feiern - sowie der ernsthaften und konkreten Gefahr von gewaltsamen Ausschreitungen bei einem Zusammentreffen von rechtsextremen Kreisen mit den Teilnehmern der Kundgebung durften die Behörden einen Polizeieinsatz als äusserst problematisch einschätzen und daraus den Schluss ziehen, dass die Polizeikräfte nicht in der Lage seien, die öffentliche Ordnung und Sicherheit im erforderlichen Masse sicherzustellen, Beeinträchtigungen von unbeteiligten Personen und von Eigentumsrechten Dritter wirksam zu verhindern und die Teilnehmer der Kundgebung hinreichend zu schützen.

Damit stellt sich die Frage, welche Folgerungen daraus aus verfassungsrechtlicher Sicht für das Ersuchen des Beschwerdeführers gezogen werden dürfen.

4.6 In Anbetracht der gesamten Verhältnisse, welche im Rahmen des überhaupt Möglichen einen effizienten Polizeieinsatz erschweren oder gar verunmöglichen, sowie der ernsthaften konkreten Gefahren für die Polizeigüter hält es vor der verfassungsmässigen Meinungs- und Versammlungsfreiheit stand, die vom Beschwerdeführer ersuchte Bewilligung für eine Kundgebung zu verweigern. Eine solche Verweigerung erscheint als einzige Möglichkeit, um die öffentliche Ordnung und Sicherheit aufrechtzuerhalten, und erweist sich als verhältnismässig.

Dieser Schluss gründet auf der Einschätzung der konkreten Lage. Die Verweigerung der anbegehrten Bewilligung steht - unter Einbezug der Eigenart der vom Beschwerdeführer beabsichtigten Kundgebung - in erster Linie im Zusammenhang mit der Gefahr eines rechtsextremen Aufmarsches und den dadurch befürchteten gewaltsamen Ausschreitungen. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kann nicht gesagt werden, dass sich das Verbot einseitig gegen das "Bündnis" und die Teilnehmer der Kundgebung richtet, statt die eigentlichen Störer, d.h. die rechtsextremen Kreise zu treffen. Das Verbot des "antifaschistischen Strassenfestes" hat vielmehr die Bedeutung eines generellen politischen Manifestationsverbotes. Es wendet sich der Sache nach über den Beschwerdeführer hinaus gleichermassen an die rechtsextremen Kreise. Diesen wird in gleicher Weise ein Aufmarsch in Brunnen

untersagt. Davon zeugt der politische Wille, dieses Jahr einen solchen Aufmarsch mit den erforderlichen Massnahmen tatsächlich zu unterbinden. Dass diesen gegenüber kein förmlicher Entscheid erging, findet seinen Grund ausschliesslich im Umstand, dass die rechtsextremen Kreise schon gar nicht um eine förmliche Bewilligung ersucht hatten. In Anbetracht der gesamten Umstände ist der angefochtene Entscheid demnach im Sinne eines generellen Verbotes von politischen Manifestationen zu verstehen.

Ein derartiges generelles Verbot politischer Kundgebungen lässt sich vor der Verfassung halten. Bei konkreter Gefahr von gewaltsamen Tumulten und Sachbeschädigungen fallen ausserordentliche Einschränkungen der Meinungs- und Versammlungsfreiheit in Betracht. In diesem Sinne haben es das Bundesgericht und die Organe der Europäischen Menschenrechtskonvention als zulässig erachtet, dass der Regierungsrat des Kantons Bern auf die Ankündigung einer Demonstration im Jura und, als Reaktion darauf, einer Gegendemonstration wegen der mit absehbaren Konfrontationen verbundenen

erheblichen Gefahren ein generelles Demonstrationsverbot erlassen hatte (**BGE 103 Ia 310**; Unzulässigerklärung der Europäischen Kommission für Menschenrechte vom 10. Oktober 1979, Décisions et rapports de la Commission européenne des droits de l'homme [DR] 17, 93 = EuGRZ 1980 S. 36).

Die Voraussetzungen für ein absolutes Verbot politischer Demonstrationen in Brunnen am 1. August 2006 sind wegen der Gefahr von konkreten und ernsthaften, auch durch den massiven Einsatz von Polizeikräften nicht zügelbaren Auseinandersetzungen mit gewaltsamen Tumulten und Gefahren für Leib und Leben Dritter auch im vorliegenden Fall gegeben.

Damit hält der angefochtene Entscheid des Verwaltungsgerichts vor der angerufenen Meinungs- und Versammlungsfreiheit stand.

4.7 Bei dieser Sachlage kann nicht gesagt werden, dass der Beschwerdeführer gegenüber rechtsextremen Kreisen im Sinne von **Art. 8 Abs. 1 BV** rechtsungleich behandelt würde. Daran vermögen die Vorfälle im Jahre 2005, die nicht Gegenstand der vorliegenden Beschwerde sind, nichts zu ändern. Die Rüge der Verletzung des Gleichheitsgebotes erweist sich als unbegründet.

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

Zurück

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.340/2002 /ech

Arrêt du 21 janvier 2003
Ire Cour civile

Les juges fédéraux Corboz, président de la Cour, Walter et Favre,
greffier Carruzzo.

Masse en faillite X._____,
demanderesse et recourante, représentée par Me Cédric Schweingruber, avocat, administrateur de la masse en faillite, passage Léopold-Robert 8, case postale 2058, 2302 La Chaux-de-Fonds,

contre

Y._____ SA,
défenderesse et intimée, représentée par Me Carole Aubert, avocate, rue du Trésor 9, case postale 544, 2001 Neuchâtel 1.

occupation de locaux; enrichissement illégitime

(recours en réforme contre le jugement de la IIe Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel du 23 septembre 2002)

Faits:
A.
X._____ était administrateur-président de la société anonyme Z._____ SA, qui avait notamment pour but l'exploitation d'un hôtel. Sa faillite a été prononcée le 9 mars 1998, suivie de celle de ladite société. L'exploitation de l'établissement a été reprise par la société anonyme Y._____ SA, fondée le 30 octobre 1998.

La masse en faillite X._____ (ci-après: la masse en faillite) comprend, entre autres actifs, vingt containers habitables et deux containers abritant des installations sanitaires. La nouvelle société anonyme a continué de loger des membres du personnel de l'établissement dans certains de ces containers qui se trouvaient près de l'hôtel.

En avril 1999, l'administrateur de la masse en faillite a proposé sans succès à la direction de l'hôtel de lui vendre les containers au prix de 35'000 fr. Les discussions ont alors porté sur le montant d'une location dont Y._____ SA admettait le principe; elles n'ont pas non plus abouti, la dernière offre de cette société - soit un loyer mensuel global de 850 fr. - n'ayant pas été acceptée par la masse en faillite.

Les containers, libérés le 31 octobre 1999, ont été vendus à un tiers, le 16 octobre 2000, pour la somme de 10'000 fr.

La masse en faillite a fait notifier à Y._____ SA un commandement de payer le montant de 72'404 fr. 45, avec intérêts à 5% dès le 1er novembre 1999, qui a été frappé d'opposition.
B.
Le 10 novembre 2000, la masse en faillite a assigné Y._____ SA en paiement de 36'240 fr. 40 avec intérêts à 5% l'an dès le 1er novembre 1999. Elle a également requis que soit prononcée, à due concurrence, la mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer.

La défenderesse s'est déclarée prête à verser une indemnité totale de 2'138 fr., concluant au rejet de la demande pour le surplus.

Par jugement du 23 septembre 2002, la IIe Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel a condamné la

défenderesse à payer à la demanderesse le montant de 5'525 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 1er novembre 1999. Elle a en outre prononcé la mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer à concurrence de cette somme et de ses accessoires. La cour cantonale a écarté l'argumentation principale de la demanderesse, fondée sur la responsabilité aquilienne. Elle a admis, avec les deux parties, qu'aucun contrat de bail n'avait été conclu en l'espèce et qu'il y avait lieu, partant, d'appliquer les règles sur l'enrichissement illégitime pour fixer le montant dû pour l'occupation des locaux par la défenderesse, conformément à la jurisprudence en la matière (**ATF 119 II 437**). Il s'agissait, en d'autres termes, de déterminer la valeur locative objective des containers pour la période pendant laquelle ils avaient été utilisés effectivement. A cet égard, les juges neuchâtelois ont refusé, avec motifs à l'appui, de prendre en considération l'expertise privée versée au dossier par la demanderesse. Faute d'autres éléments de preuve, ils s'en sont tenus aux propositions faites à l'époque par la défenderesse et ont ainsi admis qu'un montant de 850 fr. par mois pour l'utilisation des containers constituait une valeur locative objective, la demanderesse n'ayant pas établi que celle-ci était supérieure à ce montant. Constatant que l'utilisation des containers avait duré six mois et demi, les premiers juges ont dès lors arrêté à 5'525 fr. le montant dû par la défenderesse au titre de l'enrichissement illégitime.
C.
La demanderesse interjette un recours en réforme au Tribunal fédéral. Elle requiert, principalement, l'annulation du jugement attaqué ainsi que l'admission des conclusions qu'elle avait soumises aux premiers juges et sollicite, subsidiairement, le renvoi de la cause à la cour cantonale pour nouveau jugement.

Dans sa réponse, la défenderesse propose le rejet du recours.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Seule est litigieuse, à ce stade de la procédure, la question de la valeur locative objective des containers. La demanderesse formule plusieurs griefs quant à la manière dont cette question a été résolue par les juges cantonaux. Elle leur reproche d'avoir violé les art. 4 CC, 6 (recte: 8) CC et 62 CO, de n'avoir pas apprécié correctement la portée de l'expertise privée et de n'avoir pas pris en considération la valeur locative objective qui ressortait aussi bien de la convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés de 1998 (CCNT 1998) que du comportement même de la défenderesse.

Avant d'examiner la recevabilité et, le cas échéant, la pertinence de ces griefs, il convient de rappeler brièvement les limites qui sont assignées au Tribunal fédéral dans le domaine des faits lorsqu'il statue comme juridiction de réforme.
2.
2.1 Saisi d'un recours en réforme, le Tribunal fédéral doit conduire son raisonnement juridique sur la base des faits contenus dans la décision attaquée, à moins que des dispositions fédérales en matière de preuve n'aient été violées, qu'il y ait lieu à rectification de constatations reposant sur une inadvertance manifeste (art. 63 al. 2 OJ) ou qu'il faille compléter les constatations de l'autorité cantonale parce que celle-ci a considéré à tort des faits régulièrement allégués comme sans pertinence (art. 64 OJ; **ATF 127 III 248** consid. 2c; **126 III 59** consid. 2a). Si la partie recourante présente un état de fait qui s'écarte de celui contenu dans la décision attaquée sans se prévaloir avec précision de l'une des exceptions qui viennent d'être rappelées, il n'est pas possible d'en tenir compte (**ATF 127 III 248** consid. 2c). Il ne peut être présenté de griefs contre les constatations de fait, ni de faits ou de moyens de preuve nouveaux (art. 55 al. 1 let. c OJ). L'appréciation des preuves et les constatations de fait qui en découlent ne peuvent donner lieu à un recours en réforme (**ATF 127 III 543** consid. 2c p. 547; **126 III 189** consid. 2a; **125 III 78** consid. 3a).
2.2 En l'occurrence, la demanderesse invoque l'une des exceptions précitées. A son avis, les constatations des juges cantonaux seraient incomplètes dès lors que n'y figure pas un fait prétendument allégué par la défenderesse et dûment établi par une pièce versée au dossier. Il s'agit de la retenue mensuelle de 215 fr. que la défenderesse effectuait sur le salaire de chaque employé pour son logement. Ce fait, avéré, serait pertinent en droit car il constituerait un élément de preuve permettant de calculer la valeur locative objective des containers.

Le complètement de l'état de fait suppose que le fait pertinent ait été allégué devant la juridiction cantonale conformément aux règles de procédure applicables (cf. Corboz, Le recours en réforme au Tribunal fédéral, in SJ 2000 II p. 67 note 540; Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, n. 101 p. 139). Dans le cas présent, on peut déjà s'interroger sur le point de savoir si une partie, telle la demanderesse, est en droit de se prévaloir d'une omission relative à un fait allégué par son adversaire, dans un autre contexte, pour asseoir sa propre thèse sur la base de ce fait qu'elle n'a pas allégué elle-même. La question peut demeurer ouverte. En effet, dans le passage de l'écriture de la défenderesse auquel la demanderesse se réfère (conclusions en cause, p. 11 ch. 35), il n'est fait mention ni du montant de 215 fr. sus-indiqué ni de la pièce D 5/2a où apparaît ce montant. Par conséquent, les juges cantonaux ne sauraient se voir reprocher d'avoir omis de constater un fait qui n'avait pas été allégué.

Cela étant, la juridiction fédérale de réforme examinera les griefs articulés par la demanderesse sur la base des seuls faits constatés dans le jugement déféré.
3.
Dans un premier groupe de moyens, la demanderesse invoque la violation des art. 4 CC, 8 CC et 62 CO.
3.1 La demanderesse fait tout d'abord grief aux juges neuchâtelois d'avoir déterminé arbitrairement la valeur locative objective et d'avoir ainsi méconnu les règles sur l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO). Elle leur reproche de s'être contentés de retenir le montant proposé par la défenderesse, bien qu'il ne reposât sur aucun élément objectif du propre aveu de l'intéressée, alors qu'il leur incombait de fixer eux-mêmes cette valeur en ordonnant au besoin un complément d'instruction ou une expertise judiciaire.

En l'espèce, la demanderesse, à l'instar de sa partie adverse et de la cour cantonale, admet, en conformité avec la jurisprudence fédérale (**ATF 119 II 437** consid. 3b/cc), que l'enrichissement de la défenderesse correspond à la valeur

locative objective des containers pour la période pendant laquelle ils ont été utilisés. Elle ne soutient donc pas que les premiers juges auraient interprété la notion juridique de l'enrichissement d'une manière contraire au droit fédéral. C'est le lieu d'observer que lorsqu'il s'agit de déterminer dans quelle mesure une partie s'est enrichie, l'analyse se décompose en questions de fait et de droit: le droit fédéral détermine dans son domaine d'application selon quels principes juridiques l'enrichissement est défini et son évaluation effectuée; en revanche, savoir quelles valeurs doivent être prises en compte selon ces principes est une question de fait tranchée souverainement par le juge cantonal (cf., mutatis mutandis, Corboz, op. cit., p. 63 s. au sujet du dommage). Or, l'argumentation de la demanderesse, telle qu'elle a été résumée ci-dessus, se situe assurément au niveau des faits ou, à la rigueur, à celui du droit à la preuve, puisqu'il est reproché à la cour cantonale d'avoir fixé arbitrairement la valeur locative objective des containers, en l'absence d'éléments de preuve pertinents et sans avoir ordonné un complément d'instruction. Par conséquent, le grief fait aux juges précédents d'avoir violé les art. 62 ss CO tombe à faux.
3.2 L'art. 4 CC, également invoqué par la demanderesse, prévoit que le juge applique les règles du droit et de l'équité, lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs. Cette disposition n'est applicable que si la loi, selon sa lettre ou l'interprétation qui en est faite, réserve le pouvoir d'appréciation du juge (Meier-Hayoz, Commentaire bernois, n. 42 et 56 ss ad art. 4 CC). Tel n'est pas le cas des règles régissant l'étendue de la restitution en matière d'enrichissement illégitime (art. 64 et 65 CO), ni d'ailleurs de celle qui a trait à la fixation du dommage dont le montant exact ne peut pas être établi (art. 42 al. 2 CO; **ATF 122 III 219** consid. 3b p. 222 et les références). Aussi la demanderesse se réfère-t-elle en vain à la disposition précitée pour étayer sa thèse.
3.3 La cour cantonale se voit en outre imputer une violation de l'art. 8 CC pour avoir fondé son jugement sur une allégation contestée de la défenderesse, quant à la valeur locative objective des containers, et s'être contentée sur ce point de la simple vraisemblance. Selon elle, si un doute subsistait dans l'esprit des juges au sujet de cette valeur, qui ressortait pourtant de l'expertise privée versée au dossier cantonal, il leur appartenait d'ordonner une instruction complémentaire ou une expertise judiciaire.

3.4 L'art. 8 CC répartit le fardeau de la preuve pour toutes les prétentions fondées sur le droit fédéral et détermine, sur cette base, laquelle des parties doit assumer les conséquences de l'échec de la preuve (**ATF 127 III 519** consid. 2a p. 522; **126 III 189** consid. 2b, 315 consid. 4a). On en déduit également un droit à la preuve et à la contre-preuve (**ATF 126 III 315** consid. 4a), à la condition qu'il s'agisse d'établir un fait pertinent (**ATF 126 III 315** consid. 4a; **123 III 35** consid. 2b p. 40), qui n'est pas déjà prouvé (**ATF 127 III 519** consid. 2a p. 522; **126 III 315** consid. 4a), par une mesure probatoire adéquate (cf. **ATF 90 II 224** consid. 4b) qui a été régulièrement offerte selon les règles de la loi de procédure applicable (**ATF 126 III 315** consid. 4a; **122 III 219** consid. 3c p. 223). Le juge cantonal enfreint l'art. 8 CC s'il tient pour exactes les allégations non prouvées d'une partie, nonobstant leur contestation par la partie adverse, ou s'il refuse toute administration de preuve sur des faits pertinents en droit. Il viole également le droit fédéral s'il se contente de la simple vraisemblance d'un fait allégué lorsqu'il n'a pas pu acquérir une conviction quant à l'existence de ce fait (cf. **ATF 118 II 235** consid. 3c et les références).

En l'occurrence, il n'est pas douteux que le fardeau de la preuve de l'enrichissement de la défenderesse incombait à la demanderesse (cf. Keller/ Schaufelberger, Das Schweizerische Schuldrecht, vol. III, p. 17). La cour cantonale n'a donc pas violé l'art. 8 CC en retenant qu'il appartenait à cette partie d'établir la valeur locative objective des containers et, si elle ne parvenait pas à le faire, d'en supporter les conséquences. La demanderesse ne prétend pas avoir formulé, en temps utile et dans les formes requises, une offre de preuve visant à déterminer l'enrichissement de la défenderesse, offre que les juges cantonaux auraient ignorée. Une violation de son droit à la preuve peut ainsi être exclue d'emblée. D'autre part, contrairement à ce qu'elle soutient, les premiers juges ne se sont pas fondés sur une allégation non prouvée de la défenderesse pour fixer la valeur locative objective des containers. Ils se sont basés sur deux offres formulées successivement par celle-ci avant l'introduction de la demande, offres qui ont été versées au dossier en tant que preuves littérales. Pour le surplus, les juges neuchâtelois ne se sont pas contentés de la simple vraisemblance du fait litigieux, mais ont raisonné d'une autre manière: constatant que la demanderesse n'avait pas réussi à établir ce fait au moyen de l'expertise privée qu'elle avait produite en cause, ils ont pris en considération, comme valeur locative objective, le montant que la défenderesse s'était déclarée disposée à payer à ce titre lors des pourparlers antérieurs à l'ouverture du procès. On se trouve ici dans le domaine de l'appréciation des preuves, qui échappe à l'examen de la juridiction fédérale de réforme, puisqu'il s'agit uniquement de savoir si la cour cantonale a eu raison d'écarter l'expertise privée et de lui préférer les offres écrites formulées à l'époque par la défenderesse. Enfin, savoir si les juges précédents auraient dû spontanément compléter l'instruction et ordonner une expertise judiciaire est une question qui ne relève pas de l'art. 8 CC, mais de l'application du droit cantonal, lequel régit les maximes procédurales (i.c. maxime des débats ou maxime d'office). L'application de ce droit est, elle aussi, soustraite à la connaissance du Tribunal fédéral lorsqu'il statue sur un recours en réforme (art. 55 al. 1 let. c in fine OJ).

Le moyen pris de la violation de l'art. 8 CC est, en conséquence, infondé.
4.
La demanderesse soutient, par ailleurs, que la cour cantonale aurait méconnu la portée de l'expertise privée. Ce moyen ressortit exclusivement à l'appréciation des preuves. Comme tel, il est irrecevable dans la procédure du recours en réforme (art. 55 al. 1 let. c OJ; cf. **ATF 122 III 26** consid. 4a/aa p. 32, 61 consid. 2c/bb et les arrêts cités).
5.
Dans un autre moyen, la demanderesse soutient qu'il conviendrait de fixer la valeur locative objective des containers sur la base des retenues que la CCNT 1998 autorise l'employeur à opérer sur le salaire du travailleur pour le logement.

Ce moyen est doublement irrecevable, en vertu de l'art. 55 al. 1 let. c OJ. Premièrement, il est nouveau car les faits allégués à son appui, en particulier le tarif mensuel de 300 fr., n'ont pas fait l'objet de constatations dans le jugement attaqué. Secondement, il concerne la question de savoir sur quelle base factuelle la valeur locative objective des

containers doit être fixée; cette question relève de l'appréciation des preuves.
6.
La dernière remarque faite au considérant précédent s'applique également à l'ultime grief articulé par la demanderesse, laquelle voudrait que l'on calculât la valeur locative objective en ayant égard au comportement adopté par la défenderesse. Au demeurant, ce grief repose exclusivement sur l'état de fait complété dans le sens voulu par la demanderesse. Or, pour les motifs indiqués plus haut (consid. 2.2), il n'y a pas matière à compléter les constatations de la cour cantonale en l'espèce. Partant, l'argumentation de la demanderesse n'a pas à être examinée, étant donné qu'elle repose sur un fait nouveau (art. 55 al. 1 let. c OJ).
7.
La demanderesse, qui succombe, devra payer les frais de la procédure fédérale (art. 156 al.1 OJ) et indemniser sa partie adverse (art. 159 al. 1 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.
2.
Un émolument judiciaire de 2'000 fr. est mis à la charge de la recourante.
3.
La recourante versera à l'intimée une indemnité de 2'500 fr. à titre de dépens.
4.
Le présent arrêt est communiqué en copie aux mandataires des parties et à la IIe Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel.
Lausanne, le 21 janvier 2003
Au nom de la Ire Cour civile
du Tribunal fédéral suisse

Le président: Le greffier:

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

Zurück

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.347/2001 /ech

Arrêt du 14 novembre 2002
Ire Cour civile

Les juges fédéraux Walter, président de la Cour, Corboz, Klett, Rottenberg Liatowitsch et Favre,
greffière Michellod

Banque A._____,
demanderesse et recourante, représentée par Me Denys Gilliéron, avocat, rue Neuve 6, 1260 Nyon,

contre

1. B._____,
2. C._____,
3. D._____,
4. E._____,
5. F._____,
défendeurs et intimés,
tous représentés par Me Pierre Mathyer, avenue des Mousquines 20, case postale 31, 1000 Lausanne 5.

occupation de locaux appartenant à une succession répudiée

(recours en réforme contre le jugement de la Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 29 mai 2001).

Faits:
A.
X._____ était propriétaire d'une villa comportant un petit et un grand appartement. Par contrat de bail à loyer, il a remis en location le grand appartement à Y._____ pour une durée de cinq ans, soit du 1er septembre 1987 au 31 août 1992. Le loyer mensuel, charges comprises, était fixé à 6'500 fr.

Depuis le 1er septembre 1987 jusqu'à la vente de l'immeuble le 24 mars 1998, de nombreuses familles ou personnes individuelles se sont succédées ou ont cohabité dans l'appartement susmentionné. Toutes ces personnes, y compris X._____ et sa famille, partageaient une même conviction religieuse ou spirituelle conforme à l'esprit de l'Association S._____, dont elles firent partie à un moment ou à un autre. Les occupants du logement à l'époque du bail conclu par Y._____ lui versaient une contribution pour couvrir les frais d'entretien et d'électricité de l'immeuble, en fonction de leurs possibilités financières et de l'importance des locaux occupés.

X._____ est décédé le 1er juillet 1993. Sa succession, répudiée, a été déclarée en faillite le 30 mai 1997.

L'épouse du défunt a continué d'habiter la maison en cause quelques mois après le décès de son mari, puis est partie définitivement s'installer en Allemagne. Quant aux défendeurs, ils sont restés dans la villa litigieuse, payant les charges d'entretien et les charges courantes. Aucune personne ou autorité ne leur a demandé, avant l'ouverture de la faillite de la succession, de signer un contrat de bail ou de verser une indemnité d'occupation. Par ailleurs, il n'a pas été établi qu'à la fin du bail conclu entre X._____ et Y._____, un autre contrat de bail aurait été conclu entre les occupants de la villa et son propriétaire, ou sa veuve. On ignore également si, au jour du décès de X._____ et par la suite, les occupants de la villa lui versaient - respectivement à sa veuve - un montant du fait de leur habitation.

Par lettre du 30 juin 1997, le substitut de l'Office des faillites de l'arrondissement de Nyon a proposé aux défendeurs de verser, dès le 1er juin 1997 et jusqu'à la date correspondant aux trente jours suivant la vente de l'immeuble, un montant mensuel de 5'000 fr., d'assumer toutes les charges ainsi que l'entretien de la propriété. Il leur a par ailleurs indiqué que

les droits résultant de la période d'occupation des locaux avant la faillite demeuraient réservés. Les défendeurs se sont acquittés d'une indemnité mensuelle de 5'000 fr. du mois de juin 1997 au mois d'avril 1998.

Le 14 août 1997, l'Office des faillites a inventorié, dans le cadre de la faillite de la succession répudiée X._____, une prétention de 470'000 fr. contre l'Association S._____ et ses membres ayant occupé l'immeuble litigieux (soit 47 mois du 1er juillet 1993 au 30 mai 1997, à raison de 10'000 fr. par mois). Les défendeurs ont contesté cette créance par lettre du 19 août 1997. En revanche aucune plainte n'a été introduite par les défendeurs ou leur association à l'encontre de la décision d'inventorier la prétention en cause. De même, ils n'ont pas déposé d'action en contestation de l'état de collocation, publié le 22 août 1997.

L'administration de la faillite de la succession répudiée X._____ ayant renoncé à faire valoir elle-même les droits appartenant à la masse, l'Office des faillites a offert aux créanciers la cession des droits de la masse concernant la créance inventoriée de 470'000 fr. La Banque A._____ en a requis la cession par courrier du 25 mai 1998 et, le 12 juin 1998, l'administration de la faillite l'a autorisée à poursuivre la réalisation de la créance de 470'000 fr. en lieu et place de la masse. La demanderesse a réclamé le 16 juillet 1998 cette somme à l'Association S._____ et aux défendeurs B._____, C._____ et E._____, puis après trois rappels infructueux, a ouvert des poursuites contre eux ainsi que contre le défendeur D._____. Ceux-ci ont formé opposition totale.
B.
La Banque A._____ a ouvert action le 27 mai 1999 devant la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois et a conclu principalement au paiement par les défendeurs, solidairement entre eux, de la somme de 470'000 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 15 juin 1995, échéance moyenne, et à la mainlevée définitive des oppositions aux commandements de payer. Subsidiairement, elle a conclu à ce que les défendeurs soient condamnés chacun, dans la proportion que justice dira, au paiement de la somme de 470'000 fr avec intérêts à 5% l'an dès le 15 juin 1995, échéance moyenne, et à ce que soit prononcée la mainlevée définitive des oppositions aux commandements de payer.

Par jugement du 29 mai 2001, dont la motivation a été envoyée le 4 octobre 2001 aux parties, la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois a rejeté les conclusions de la demanderesse.

La Banque A._____ a interjeté contre ce jugement un recours en réforme ainsi qu' un recours de droit public au Tribunal fédéral et, parallèlement, un recours à la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois. Par ordonnance du 15 novembre 2001, le Président de la Ire Cour civile du Tribunal fédéral a ordonné que la procédure relative au recours de droit public soit suspendue jusqu'à droit connu sur le recours en nullité cantonal, la procédure relative au recours en réforme étant suspendue de plein droit pour la même durée.

Par arrêt du 7 août 2002, la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois a rejeté le recours de la demanderesse et a maintenu le jugement du 29 mai 2001.
C.
Dans le cadre du recours en réforme interjeté contre le jugement du 29 mai 2001, la demanderesse invoque la violation de l'art. 229 al. 3 LP. Elle conclut à la réforme du jugement attaqué en ce sens que ses conclusions en paiement lui sont allouées dans les termes suivants: les codéfendeurs B._____, C._____, D._____, E._____ et F._____ sont condamnés conjointement et solidairement à lui payer la somme de 470'000 fr. plus intérêts à 5% l'an dès la date moyenne du 15 juin 1995, et les oppositions formées par les trois premiers défendeurs aux commandements de payer sont définitivement levées. Subsidiairement, les codéfendeurs précités sont condamnés chacun dans la proportion que justice dira à lui payer le montant de la créance inventoriée, à concurrence de 470'000 fr. plus intérêts à 5% l'an dès la date moyenne du 15 juin 1995, et les oppositions aux commandements de payer sont définitivement levées.

Invités à déposer une réponse, les défendeurs concluent avec suite de dépens au rejet du recours.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Le recours en réforme est ouvert pour violation du droit fédéral (art. 43 al. 1 OJ). En revanche, il ne permet pas d'invoquer la violation directe d'un droit de rang constitutionnel (art. 43 al. 1, 2e phrase OJ) ou la violation du droit cantonal (**ATF 127 III 248** consid. 2c).

Saisi d'un recours en réforme, le Tribunal fédéral conduit son raisonnement juridique sur la base des faits contenus dans la décision attaquée, à moins que des dispositions fédérales en matière de preuve n'aient été violées, qu'il faille rectifier des constatations reposant sur une inadvertance manifeste (art. 63 al. 2 OJ) ou compléter les constatations de l'autorité cantonale parce que celle-ci n'a pas tenu compte de faits pertinents et régulièrement allégués (art. 64 OJ).

Dans la mesure où la partie recourante présente un état de fait qui s'écarte de celui contenu dans la décision attaquée, sans se prévaloir avec précision de l'une des exceptions qui viennent d'être rappelées, il n'est pas possible d'en tenir compte. Il ne peut être présenté de griefs contre les constatations de fait, ni de faits ou de moyens de preuve nouveaux (art. 55 al. 1 let. c OJ). Le recours en réforme n'est donc pas ouvert pour se plaindre de l'appréciation des preuves et des constatations de fait qui en découlent.

Dans son examen du recours, le Tribunal fédéral ne peut aller au-delà des conclusions des parties, lesquelles ne peuvent en prendre de nouvelles (art. 55 al. 1 let. b OJ); en revanche, il n'est lié ni par les motifs que les parties invoquent (art. 63 al. 1 OJ), ni par l'argumentation juridique de la cour cantonale (art. 63 al. 3 OJ). Il peut donc admettre un recours pour d'autres motifs que ceux invoqués par la partie recourante et peut également rejeter un recours en

adoptant une autre argumentation juridique que celle retenue par la cour cantonale (**ATF 127 III 248** consid. 2c et les références citées).
2.
La demanderesse fait grief à la Cour civile de ne pas avoir examiné la créance inventoriée sous l'angle de l'art. 229 al. 3 LP.

Selon cette disposition, l'administration de la faillite fixe les conditions auxquelles le failli et sa famille pourront rester dans leur logement et la durée de ce séjour, dans la mesure où le logement fait partie de la masse en faillite. Cet article appartient au titre septième de la loi, consacré à la liquidation de la faillite; il ne saurait par conséquent être appliqué à la période antérieure à l'ouverture de la faillite, qui survient avec le prononcé du jugement de faillite (art. 175 al. 1 LP). En l'espèce, la créance litigieuse concerne exclusivement la période antérieure au prononcé de la faillite; les défendeurs n'appartiennent en outre pas à la famille du propriétaire décédé. La Cour civile n'a donc nullement violé le droit fédéral en n'examinant pas la créance litigieuse à la lumière de l'art. 229 al. 3 LP (Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, vol. II, Zurich 1993, p. 229/230 n. 20).

La demanderesse ajoute que, selon la doctrine, l'administration de la faillite pourrait exiger une indemnité d'occupation de celui à qui le failli avait consenti à titre gratuit le droit de jouir de locaux d'habitation. L'auteur cité par la demanderesse mentionne un arrêt dans lequel l'administration de la faillite avait exigé un loyer de la part de l'épouse du failli alors qu'elle occupait gratuitement les locaux jusqu'à la faillite (Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, Lausanne 1993, p. 317; **ATF 117 III 63**). Il s'agissait de préciser que l'art. 229 al. 3 LP ne donne pas droit à un logement gratuit. Cette jurisprudence ne concerne toutefois que le champ d'application de l'art. 229 al. 3 LP, soit la période postérieure au prononcé de la faillite. On ne saurait par conséquent en déduire, comme le fait la demanderesse, que l'administration de la faillite peut réclamer une indemnité d'occupation pour la période antérieure à la faillite à celui qui occupait gratuitement des locaux d'habitation faisant partie de la masse.
3.
La demanderesse soutient que les défendeurs ont admis la créance par actes concluants en ne formant pas de plainte à l'encontre de la décision de l'administration de la faillite de porter la créance à l'inventaire de la masse, ni d'action en contestation de l'état de collocation lorsque celui-ci a été déposé.

S'agissant de l'absence de plainte à l'autorité de surveillance contre la décision d'inventorier la créance de 470'000 fr., il faut relever que cette autorité n'est pas compétente pour statuer sur les questions de droit matériel (cf. art. 17 LP; **ATF 115 III 18** consid. 3b p. 21; **113 III 2** consid. 2b p. 3, Ammon, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 5e éd., Bern 1993, par. 6 n. 3). Il en résulte qu'elle n'aurait pas pu se prononcer sur le bien-fondé de la créance inventoriée par l'Office des faillites et que l'on ne peut déduire de l'absence de plainte que les défendeurs auraient admis la créance portée à l'inventaire. En ce qui concerne l'état de collocation, la demanderesse semble oublier qu'il s'agit d'un inventaire des passifs du failli et que n'y figure donc pas la créance litigieuse (cf. art. 244 s. LP). Il est dès lors normal que les défendeurs n'aient nullement contesté l'état de collocation lorsqu'il a été déposé.

Enfin, la demanderesse soutient qu'en demeurant dans la villa malgré le maintien par l'Office des faillites d'une prétention pour la période antérieure à la faillite, les défendeurs ont reconnu la créance litigieuse, puisqu'ils avaient affirmé ne pas vouloir rester dans la villa si l'Office ne renonçait pas définitivement à leur réclamer une indemnité pour cette période.

Contrairement à ce que soutient la demanderesse, on ne peut déduire de l'attitude des défendeurs une reconnaissance de l'indemnité réclamée. En effet, tout en demeurant dans la villa, les défendeurs ont clairement contesté, par lettres de leur avocat des 14 et 17 août 1997, devoir un quelconque montant pour la période précédant l'ouverture de la faillite.
4.
La demanderesse soutient que dès l'instant où une créance fondée sur l'art. 229 al. 3 LP a été inventoriée par l'administration de la faillite, que cette décision n'a pas fait l'objet d'une plainte et que l'état de collocation n'a pas été contesté, on doit admettre qu'elle jouit d'une présomption quant à son existence et à sa quotité. Ni l'administration de la faillite ni les créanciers cessionnaires des droits de la masse ne devraient établir, en sus, la réalité de la créance portée à l'inventaire. Il y aurait donc un renversement du fardeau de la preuve et il appartiendrait aux débiteurs de démontrer que les montants ne sont pas dus.

Il a été exposé ci-dessus que l'art. 229 al. 3 LP ne s'appliquait pas à la créance litigieuse, et, par ailleurs, que l'on ne pouvait déduire de l'absence de plainte ou de contestation de l'état de collocation une quelconque reconnaissance de dette de la part des défendeurs. Le raisonnement de la demanderesse est dès lors dépourvu de tout fondement.
5.
La demanderesse considère que les défendeurs n'ont pas rapporté la preuve de la volonté du défunt de leur céder gratuitement l'usage de sa villa. Elle soutient qu'ils ont payé chaque mois un montant identique, en se cotisant entre eux, pour être remis au propriétaire à titre de loyer, d'abord sur la base d'un bail existant en bonne et due forme puis, après l'échéance du bail, sur une base de contribution volontaire, toujours identique. La demanderesse affirme que dès le décès du propriétaire, les défendeurs ont cessé cette pratique de collecte interne de couverture du loyer initialement prévu. Elle soutient également qu'il était abusif de retenir que les défendeurs occupaient la villa avec l'accord de la veuve du propriétaire et qu'ils étaient des occupants paisibles et de bonne foi. Enfin, la demanderesse considère que la Cour civile ne pouvait présumer d'animus donandi de la part du propriétaire en faveur des occupants.

Par ces critiques, la demanderesse s'en prend de manière irrecevable à l'état de fait retenu par l'autorité cantonale, dès lors qu'il n'a pas été établi que les défendeurs ont continué à verser un loyer ou une indemnité pour occupation au propriétaire après l'échéance du contrat de bail le 31 août 1992, ni que sa veuve s'est opposée à ce qu'ils demeurent

dans la villa après le 1er juillet 1993 (cf. supra, consid. 1).
6.
Pour le surplus, le jugement attaqué ne viole pas, dans son résultat, le droit fédéral. La demanderesse n'invoque d'ailleurs pas d'autres dispositions que l'art. 229 al. 3 LP.

S'agissant du raisonnement de la Cour civile, il convient cependant de préciser que selon une partie de la doctrine, une succession répudiée constitue "un patrimoine sans maître non occupable" tant que la faillite n'est pas liquidée (Piotet, Droit successoral, Traité de droit privé suisse, Fribourg 1975, p. 563, Escher, Commentaire zurichois, 1960, n. 14 ad art. 573 CC). Il en résulte que, contrairement à ce qu'a retenu l'autorité cantonale, la veuve du propriétaire n'était pas la titulaire d'une éventuelle créance en paiement d'une indemnité et qu'elle n'était pas non plus en mesure d'autoriser les défendeurs à habiter dans la villa. Son comportement n'était par conséquent pas pertinent pour déterminer si ceux-ci occupaient illicitement l'immeuble appartenant à la succession.

Le résultat auquel est parvenu la Cour civile ne viole toutefois ni l'art. 41 CO ni l'art. 62 CO; la première disposition suppose l'existence d'un acte illicite, or c'est avec l'accord du propriétaire que les défendeurs ont occupé la villa jusqu'à son décès. Par la suite, personne ne leur a demandé de quitter les lieux, ni le juge de paix, ni l'Office des faillites, ni les créanciers du propriétaire défunt, aucun de ces protagonistes n'étant au demeurant propriétaire de l'immeuble. On ne peut donc retenir aucun acte illicite à la charge des défendeurs. En ce qui concerne l'art. 62 CO, une créance fondée sur cette disposition suppose tout d'abord un enrichissement. On peut sérieusement douter qu'en l'espèce les défendeurs se soient enrichis, puisqu'il n'a pas été constaté qu'ils versaient un quelconque montant à titre de loyer au propriétaire entre la fin du contrat de bail le 31 août 1992 et son décès le 1er juillet 1993. En continuant d'habiter la villa sans verser de loyer ou d'indemnité, les défendeurs n'ont donc pas "fait l'économie d'un loyer", contrairement à ce qu'affirme la demanderesse, et ne se sont donc pas enrichis. A supposer toutefois que tel soit le cas, cet enrichissement ne pourrait être qualifié d'illégitime. Aucune autorité n'a en effet exigé des défendeurs, entre le décès du propriétaire le 1er juillet 1993 et le prononcé de la faillite le 30 mai 1997, la signature d'un bail ou le versement d'une indemnité pour occupation.

Le résultat est identique si l'on considère qu'une succession répudiée ne constitue pas un patrimoine sans maître, parce que les héritiers deviennent, malgré leur répudiation, propriétaires des biens du défunt. Dans ce cas de figure, les défendeurs n'ont pas commis d'acte illicite puisque l'épouse du propriétaire décédé ne leur a pas demandé de quitter la villa. S'agissant de l'art. 62 CO et à supposer qu'ils se soient enrichis, cette non augmentation du passif n'est pas illégitime dès lors que la veuve ne leur a pas réclamé de loyer.

Quel que soit le raisonnement adopté, c'est en accord avec le droit fédéral que la Cour civile a débouté la demanderesse.
7.
Le recours en réforme sera par conséquent rejeté dans la mesure de sa recevabilité et le jugement attaqué confirmé. Il appartiendra à la demanderesse, qui succombe, d'assumer les frais judiciaires et les dépens de la procédure fédérale (art. 156 al. 1 et 159 al. 1 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable et le jugement attaqué est confirmé.
2.
Un émolument judiciaire de 7'500 fr. est mis à la charge de la demanderesse.
3.
La demanderesse versera aux défendeurs une indemnité de 8'500 fr. à titre de dépens.
4.
Le présent arrêt est communiqué en copie aux mandataires des parties et à la Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud.
Lausanne, le 14 novembre 2002
Au nom de la Ire Cour civile
du Tribunal fédéral suisse

Le président: La greffière:

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

Zurück

Urteilskopf

131 III 257

35. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung i.S. A. gegen B. (Berufung)
4C.322/2004 vom 11. Februar 2005

Regeste

Beendigung der Unternehmenspacht.
Verletzung der Rückgabepflicht durch den Pächter in Bezug auf den Kundenstamm. Nachvertragliches Konkurrenzverbot und Pauschalierung des Schadenersatzes (E. 1-4)?

Sachverhalt ab Seite 258

BGE 131 III 257 S. 258

B., der während mehrerer Jahre im Gartenbaugeschäft von A. gearbeitet hatte, übernahm dieses 1993 als Pächter. In der Folge unterzeichneten die beiden einen vom 4. Januar 1994 datierten Pachtvertrag, in welchem festgehalten wurde, dass das Gartenbaugeschäft - ein Kleinbetrieb - gegen Leistung eines monatlichen Pachtzinses von Fr. 2'500.- übernommen werde. Unter Ziffer 11 des Vertrages wurde sodann bestimmt, dass die Dauer des Pachtvertrages fünf Jahre betrage; der Vertrag laufe jedoch unbefristet weiter, falls er nicht von einer Partei mit einer Frist von einem Jahr gekündigt werde.
Mit Schreiben vom 10. Dezember 1996 kündigte der Pächter den Vertrag auf den 31. Dezember 1997. Der Verpächter widersetzte sich der Kündigung, weil er der Meinung war, diese sei gemäss Vertrag frühestens auf Ende 1998 möglich. Das darauf vom Verpächter hängig gemachte Gerichtsverfahren endete mit einem Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 3. September 1999, mit dem entschieden wurde, dass die vom Pächter ausgesprochene Kündigung auf Ende 1997 wirksam sei.
Im Zusammenhang mit der Rückgabe der Pachtsache kam es ebenfalls zum Streit zwischen den Parteien, wobei der Verpächter dem Pächter zur Hauptsache vorwarf, er habe den Kundenstamm nicht zurückgegeben, sondern sein eigenes Geschäft mit den Kunden des vorher gepachteten Betriebes weiter geführt.
A. erhob im August 2001 beim Bezirksgericht Zurzach Klage gegen B. mit den - im Laufe des Verfahrens geänderten - Anträgen, den Beklagten zur Zahlung von Fr. 77'500.- nebst 5 % Zins seit 1. April 1999 zu verpflichten und dessen Rechtsvorschlag aufzuheben. Der Kläger forderte den Pachtzins von Fr. 2'500.- für den Monat Dezember 1997 sowie eine Entschädigung von monatlich Fr. 2'500.- für die Weiterbenutzung des Kundenstammes durch den Beklagten seit der Beendigung des Pachtvertrages. Mit Urteil vom 1. Oktober 2003 verpflichtete das Bezirksgericht

BGE 131 III 257 S. 259

Zurzach den Beklagten zur Zahlung von Fr. 77'500.- nebst Zins und hob den Rechtsvorschlag des Beklagten in diesem Umfang auf.
Der Beklagte appellierte an das Obergericht des Kantons Aargau mit den Anträgen, das Urteil des Bezirksgerichts Zurzach aufzuheben und die Klage lediglich im Umfang von Fr. 2'500.- (Pachtzins für Dezember 1997) nebst Zins gutzuheissen. Mit Urteil vom 24. Juni 2004 sprach das Obergericht dem Kläger Fr. 62'500.- zu nebst 5 % Zins auf Fr. 2'500.- seit dem 1. Januar 1998, auf Fr. 30'000.- seit dem 8. Januar 1999 und auf Fr. 30'000.- seit dem 5. Januar 2000 und bestätigte im Übrigen den Entscheid des Bezirksgerichts. Das Obergericht ging gleich wie das Bezirksgericht von einem faktischen Vertragsverhältnis wegen der Benutzung des Kundenstammes durch den Beklagten aus, beschränkte dieses Verhältnis jedoch im Gegensatz zur ersten Instanz auf zwei Jahre seit Beendigung des Pachtvertrages, weil der Kläger keine oder ungenügende rechtliche Schritte gegen den Beklagten wegen der Nichtrückgabe der Geschäftsbeziehungen unternommen habe.
Das Bundesgericht weist die vom Kläger gegen das Urteil des Obergerichts eingelegte Berufung ab.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1.

1.1 Das angefochtene Urteil beruht in rechtlicher Hinsicht auf folgenden Grundsätzen:
Bei der Unternehmenspacht gilt für den Pächter, der seine Pflicht zur Rückgabe der Pachtsache nicht erfüllt, ein nachvertragliches Konkurrenzverbot. Dieses Verbot ist in zeitlicher Hinsicht auf die Dauer beschränkt, welche der Verpächter bei ernsthafter Anstrengung benötigt, um die Marktposition des ehemals verpachteten Unternehmens wieder in seiner Hand zu festigen. Im Fall der Weiterbenutzung der Pachtsache durch den Pächter nach Vertragsende besteht ein faktisches Vertragsverhältnis, welches dem Verpächter einen Anspruch auf die Zahlung des Pachtzinses in bisheriger Höhe gibt. Dieses faktische Vertragsverhältnis endet, wenn der Verpächter keine rechtlichen Schritte gegen den Pächter wegen der Nichtrückgabe der Geschäftsbeziehungen unternimmt. Unter beiden Aspekten (Festigung der Marktposition einerseits, rechtliche Schritte gegen den früheren Pächter andererseits) hielt das Obergericht eine zeitliche Dauer des Konkurrenzverbotes bzw. des

BGE 131 III 257 S. 260

faktischen Vertragsverhältnisses von zwei Jahren seit Beendigung des Pachtvertrages für angemessen.

1.2 Mit der Berufung wendet sich der Kläger dagegen, dass das Obergericht die Entschädigungspflicht des Beklagten auf den Zeitraum zwischen Anfang 1998 und Ende 1999 beschränkt hat. Nach seiner Auffassung ist auch für den nachfolgenden Zeitraum von einem faktischen Vertragsverhältnis auszugehen. Er wirft dem Obergericht in diesem Zusammenhang vor, es gehe in Verletzung von Bundesrecht davon aus, dass es nicht genüge, wenn der Verpächter dem Pächter gegenüber den Willen auf Rückgabe der Pachtsache äussere, sondern der Verpächter innerhalb einer einem angemessenen Konkurrenzverbot vergleichbaren Frist eine Klage auf Rückgabe des Pachtgegenstandes einreichen müsse.

1.3 In diesem Zusammenhang ist im Übrigen festzuhalten, dass der Kläger in der Replikschrift vom 22. Mai 2002 an das Bezirksgericht seine Forderung in rechtlicher Hinsicht zusätzlich auf ungerechtfertigte Bereicherung bzw. Geschäftsanmassung (Geschäftsführung ohne Auftrag; Vorteilsherausgabe) gestützt hat. Der Kläger brachte dort vor, der Beklagte schulde auch aufgrund der Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung eine Entschädigung in Höhe des monatlichen Pachtzinses, welcher dem objektiven Pachtwert entspreche. Betreffend die Vorteilsherausgabe wegen Geschäftsanmassung behauptete er, die Vorteile beliefen sich "für den Zeitraum vom 1.1.1998 bis zum 30.6.2000 ebenfalls auf mindestens den eingeklagten Betrag" und begnügte sich im Übrigen mit einer abstrakten Umschreibung der Vorteilsherausgabe.
Zu diesen beiden alternativen Rechtsgrundlagen nahm der Beklagte in der Duplikschrift vom 16. September 2002 Stellung. Er vertrat die Meinung, dass der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung einerseits verjährt sei und andererseits die erforderlichen rechtlichen Voraussetzungen gleich wie für den Anspruch aus Geschäftsanmassung nicht gegeben seien, da insbesondere eine Bereicherung bzw. ein Vorteil auf seiner Seite fehle. In der Folge äusserten sich weder das Bezirks- noch das Obergericht zur Frage, ob die Voraussetzungen eines Anspruchs des Klägers aus ungerechtfertigter Bereicherung oder Geschäftsanmassung gegeben seien und klärten deshalb auch den Sachverhalt in dieser Hinsicht nicht ab. Ebenso wenig nahmen die Parteien die Frage zweitinstanzlich in der Appellationsschrift vom 27. Oktober 2003 bzw.

BGE 131 III 257 S. 261

der Appellationsantwort vom 20. November 2003 wieder auf. Schliesslich äusserte sich der Kläger auch in der Berufungsschrift an das Bundesgericht nicht zu dieser Frage. Er schloss sich vielmehr vorbehaltlos der rechtlichen Auffassung des Kantonsgerichts an, dass nach Beendigung des Pachtvertrags ein faktisches Vertragsverhältnis bestand bzw. besteht, das ihm Anspruch auf den monatlichen Pachtzins von Fr. 2'500.- gibt.

2. Nach einer auf die Dreissigerjahre des letzten Jahrhunderts zurückgehenden Rechtsprechung des Bundesgerichts hat der Vermieter, falls ihm die Mietsache nach Beendigung des Vertrages vom Mieter vorenthalten wird, einen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung in Höhe des Mietzinses (**BGE 63 II 368** E. 3). An dieser Rechtsprechung hat das Bundesgericht in der Folge festgehalten (**BGE 119 II 437** E. 3b/bb; Urteil 4C.265/1995 vom 27. Juni 1996, E. 1c; in den beiden Entscheiden wird auch der Begriff des faktischen Vertragsverhältnisses erörtert).

2.1 Mit dieser Rechtsprechung wurde die Regelung des deutschen BGB übernommen. Nach dem damaligen § 557 Abs. 1 BGB (seit 2001 ersetzt durch den weitgehend inhaltsgleichen § 546 a Abs. 1 BGB; vgl. dazu MünchKommBGB/SCHILLING, § 546 a RdNr. 2) kann der Vermieter als Entschädigung den vereinbarten Mietzins verlangen, falls der Mieter die gemietete Sache nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht zurückgibt; bei einem Mietverhältnis über Räume ist er berechtigt, anstelle dessen als Entschädigung den Mietzins zu verlangen, der für vergleichbare Räume ortsüblich ist. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist möglich.
Der deutschen Regelung liegt die Überlegung zugrunde, dass es gerecht erscheint, den Vermieter unter den erwähnten Umständen rechtlich so zu stellen, als ob das Mietverhältnis noch nicht beendet wäre. Insbesondere wird als stossend empfunden, dass der Vermieter andernfalls mit einem eventuell schwer zu erbringenden Schadensbeweis belastet wäre (**BGE 63 II 368** E. 3 S. 373). Streitigkeiten über die Höhe des Anspruchs, den der Vermieter wegen Vertragsverletzung oder ungerechtfertigter Bereicherung geltend machen kann, sollen im Interesse des Vermieters vermieden oder jedenfalls vereinfacht werden (MünchKommBGB/SCHILLING, § 546 a RdNr. 1).

2.2 Zu beachten ist indessen, dass das deutsche Recht für Pachtverträge eine differenzierte Regelung trifft. Während für die

BGE 131 III 257 S. 262

Landpacht (vgl. die Definition in § 585 BGB) eine vergleichbare Regel gilt (§ 597 BGB), weicht die auf die übrigen Pachtvertragstypen - insbesondere die Unternehmenspacht (MünchKommBGB/ HARKE, § 584 b RdNr. 1) - anwendbare Norm in einem wesentlichen Punkt davon ab. Nach dem in diesen Fällen anwendbaren § 584 b BGB kann der Verpächter für die Dauer der Vorenthaltung als Entschädigung den vereinbarten Pachtzins nach dem Verhältnis verlangen, in dem die Nutzungen, die der Pächter während dieser Zeit gezogen hat oder hätte ziehen können, zu den Nutzungen des ganzen Pachtjahres stehen. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist zulässig. Dagegen gibt § 584 b BGB anders als § 546 a BGB dem Verpächter nicht die Möglichkeit, seine Entschädigung nach dem ortsüblichen Zins berechnen zu lassen (MünchKommBGB/HARKE, § 584 b RdNr. 1). Mit dieser Bestimmung wird somit die Pauschalierung der Entschädigung nach Massgabe des vereinbarten Pachtzinses durch das Abstellen auf die tatsächliche oder mögliche Nutzung des Pachtgegenstandes weitgehend relativiert. Es soll damit dem Umstand Rechnung getragen werden, dass sich die Nutzungen unregelmässig auf das Pachtjahr verteilen können, wie das zum Beispiel für das Hotelgewerbe in Feriengebieten typisch ist (SOERGEL/HEINTZMANN, § 584 b RdNr. 9).

2.3 Als Ergebnis des Vergleichs mit dem deutschen Recht kann mithin festgehalten werden, dass die Pauschalierung der Entschädigung im Sinne des Abstellens auf den vereinbarten Zins nur dann sachgerecht ist, wenn die nachvertragliche Nutzung der Pachtsache wertmässig jener entspricht, wie sie während der Vertragsdauer stattgefunden hat. Ist die Nutzung dagegen eingeschränkt, muss eine Herabsetzung der Entschädigung des Verpächters vorgenommen werden. Dieser hat bloss insoweit Anspruch auf Ersatz, als ihm in der Zeit zwischen Vertragsende und Rückgabe die Nutzung entgangen oder ihm durch das Vorenthalten der Pachtsache sonstiger Schaden entstanden ist. Bei diesen Sachverhalten, zu denen auch der Fall gehört, dass nicht die ganze, sondern nur ein Teil der Pachtsache vorenthalten wird, fällt die Pauschalierung im Sinne des Abstellens auf den bisherigen Pachtzins ausser Betracht, weil nicht vermutet werden kann, dass die nachvertragliche Nutzung durch den Pächter wertmässig jener während der Vertragsdauer entspricht. Damit fehlt aber auch die Grundlage für die beweismässige Begünstigung des Verpächters bzw. Vermieters, wie sie in § 546 a Abs. 1 BGB und der daran anknüpfenden

BGE 131 III 257 S. 263

Rechtsprechung des Bundesgerichts (**BGE 119 II 437** E. 3b/bb) zum Ausdruck kommt. In solchen Fällen ist dem Verpächter vielmehr zuzumuten, dass er den erlittenen Schaden nachweist. Zudem kann in diesem Zusammenhang auch nicht mit der - in der Lehre umstrittenen (vgl. KRAMER, Berner Kommentar, N. 238 ff. zu **Art. 1 OR**; SCHWENZER, Schweiz. Obligationenrecht, Allg. Teil, 3. Aufl., Bern 2003, Rz. 28.58 ff.) - Theorie des faktischen Vertragsverhältnisses argumentiert werden, wie dies die kantonalen Gerichte getan haben.

3. Ein charakteristisches Merkmal der Unternehmenspacht besteht darin, dass der Pachtgegenstand neben den materiellen auch immaterielle Werte umfasst, wie zum Beispiel den Goodwill, den Know- how oder den Kundenstamm, Letzterer verstanden als Gesamtheit der alten Rechts- oder Geschäftsbeziehungen (HIGI, Zürcher Kommentar, N. 98 Vorbemerkungen zum 8. Titel^{bis} (**Art. 275-304 OR**); CHRISTOPH LINDENMEYER, Die Unternehmenspacht, Diss. Bern 1982, S. 29; MünchKommBGB/HARKE, § 581 RdNr. 6). Im Fall der Beendigung des Vertragsverhältnisses muss der Pächter dem Verpächter den Pachtgegenstand in seiner Gesamtheit, das heisst sowohl mit den materiellen wie den immateriellen Werten zurückgeben. Dabei obliegen dem Pächter grundsätzlich die gleichen Aufklärungs- und Offenlegungspflichten wie dem Verpächter bei der Einweisung im Rahmen des Pachtantritts (HIGI, a.a.O., N. 108 Vorbemerkungen zu **Art. 275-304 OR**). Kommt er diesen Verpflichtungen nicht nach, treffen ihn die vom Gesetz für den Fall der Vertragsverletzung vorgesehenen Folgen, das heisst er hat insbesondere für den Schaden einzustehen, welcher dem Verpächter durch die Unterlassung verursacht wird (**Art. 97 Abs. 1 OR**).

3.1 Nach Auffassung der Vorinstanz reicht jedoch die vom Gesetz vorgesehene Folge der Schadenersatzpflicht im Fall der Verletzung der Rückgabepflicht nicht aus. Daneben soll vielmehr ein stillschweigend vereinbartes nachvertragliches Konkurrenzverbot zu Lasten des die Rückgabepflicht verletzenden Pächters gelten. Aus den Erwägungen der Vorinstanz ergibt sich allerdings nicht klar, wie sie zu diesem Ergebnis gelangt ist. Das Bezirksgericht ging davon aus, das nachvertragliche Konkurrenzverbot des Pächters während einer bestimmten Übergangszeit (Konsolidierungsphase) ergebe sich aus der Rückgabepflicht des Pächters und sei das Korrelat zum Konkurrenzverbot des Verpächters während der Dauer des Vertrages. Das Obergericht verwarf diese Begründung

BGE 131 III 257 S. 264

mit dem Hinweis darauf, dass nach der Vertragsbeendigung die rechtliche Grundlage für ein stillschweigend vereinbartes Konkurrenzverbot des Verpächters, nämlich die Erreichung des Hauptzwecks des Pachtvertrags, weggefallen sei. Es stützte sich jedoch auf eine Äusserung in der Literatur, nach der unter gewissen Voraussetzungen ein stillschweigend vereinbartes nachvertragliches Konkurrenzverbot gelte, obschon dieses für die Erreichung des Hauptzwecks nicht mehr notwendig sein könne (LUKAS COTTI, Das vertragliche Konkurrenzverbot, Diss. Freiburg 2001, S. 40 Rz. 106 mit Hinweis auf **BGE 93 II 272** ff. und deutsche Gerichtsentscheide).

Dieser Autor äussert sich zunächst zur Frage, ob bei gewerblichen Miet- und Pachtverträgen eine natürliche Vermutung bestehe, dass ein Konkurrenzverbot zu Lasten des Vermieters oder Verpächters gelte. Dabei handelt es sich

um eine Frage, die in der älteren schweizerischen Literatur kontrovers diskutiert worden ist. Auf der einen Seite wurde die Meinung vertreten, das stillschweigend verabredete Konkurrenzverbot ergebe sich aus der Verpflichtung des Vermieters oder Verpächters, dem Mieter oder Pächter die unbehinderte Nutzung des Miet- oder Pachtgegenstandes zu überlassen (Paul GUGGISBERG, Die Konkurrenzklausel, Diss. Bern 1907, S. 26 f.; MAX HEMMELER, Vertragliche Konkurrenzverbote nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss. Bern 1918, S. 68 f.: mit Differenzierung zwischen Miet- und Pachtvertrag; CHRISTIAN HEROLD, Zivil- und strafrechtlicher Schutz von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen nach schweizerischem Recht unter Berücksichtigung der Gesetzgebung und Rechtsprechung des Auslandes, Diss. Bern 1935, S. 128 f.; ebenso für den Pachtvertrag Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 5. September 1985 E. 3, zusammengefasst in: Rechenschaftsbericht des Obergerichts [RBOG] 1985 Nr. 9 S. 67 ff.; LOUIS KLINGLER, Die Unternehmenspacht, Diss. Zürich 1943, S. 92 f.; LINDENMEYER, a.a.O., S. 120). Dieser Meinung schliesst sich COTTI an (a.a.O., S. 40 Rz. 105). Die Gegenmeinung hält für ausschlaggebend, dass der Vermieter oder Verpächter die Sache in gebrauchsfähigem Zustand zu übergeben, dagegen für den wirtschaftlichen Erfolg des Mieters oder Pächters nicht einzustehen habe, weshalb ein stillschweigend vereinbartes Konkurrenzverbot ausser Betracht falle (ARTHUR HAEFLIGER, Das Konkurrenzverbot im neuen schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, Diss. Bern 1974, S. 25 f.; im Ergebnis gleich: ALFRED KUTTLER,

BGE 131 III 257 S. 265

Vertragliche Konkurrenzverbote. Ihre Beurteilung nach schweizerischem und englischem Recht, eine rechtsvergleichende Studie, Basel 1955, S. 45 Fn. 46).

Danach erörtert COTTI - wie bereits erwähnt - die Frage nachvertraglicher Konkurrenzverbote. Er hält dazu fest, das Kriterium der "Notwendigkeit" [gemeint ist in Bezug auf den Miet- oder Pachtvertrag die Verpflichtung zur Gebrauchsüberlassung] erweise sich für bestimmte Fälle als zu eng und bedürfe einer Ausweitung in dem Sinne, dass eine stillschweigende Vereinbarung anzunehmen sei, obschon die Erreichung des Vertragszwecks nach Vertragsende nicht mehr zur Rechtfertigung des Konkurrenzverbots dienen könne. Im nachfolgenden Text seiner Dissertation sagt COTTI indessen nicht, worin diese Rechtfertigung liegen soll. Er begnügt sich vielmehr mit dem blossen Hinweis auf die schweizerische und deutsche Judikatur. Die von ihm zitierten Gerichtsentscheide betreffen indessen Sachverhalte, die wesentlich von dem hier vorliegenden abweichen. Es geht in diesen Urteilen um die vertragliche Nebenpflicht von Beauftragten, Arbeitnehmern oder Unternehmern, ein im Rahmen des Vertragsverhältnisses erarbeitetes oder verwertetes Immaterialgüterrecht oder Geschäftsgeheimnis nicht im ausschliesslich eigenen Interesse zu gebrauchen, was dazu führt, dass ein derartiges Gebrauchsverbot auch nach der Beendigung des Vertragsverhältnisses bestehen kann. Im vorliegenden Fall fand dagegen keine gemeinsame Verwertung des Kundenstammes während der Dauer des Pachtverhältnisses statt. Der Pächter war vielmehr berechtigt, allein über die Verwertung des Kundenstammes im Interesse des von ihm genutzten Gartenbauunternehmens zu bestimmen. Eine vertragliche Nebenpflicht im erörterten Sinne bestand somit nicht, weshalb es sich auch nicht rechtfertigen lässt, dem Pächter ein nachvertragliches Verwertungsverbot aufzuerlegen.

3.2 Zu prüfen bleibt, ob sich ein solches Verbot aus der Rückgabepflicht des Pächters ableiten lässt, wie das Bezirksgericht angenommen hat. Bei der Beurteilung dieser Frage ist entscheidend darauf abzustellen, dass die Rückgabe als Gegenstück der Einweisung des Pächters bei Pachtantritt verstanden werden muss (HIGI, a.a.O., N. 108 Vorbemerkungen zu **Art. 275-304 OR**). Wie bereits festgehalten worden ist, treffen den Pächter grundsätzlich die gleichen Aufklarungs- und Offenlegungspflichten wie den Verpächter bei der Einweisung im Rahmen des Pachtantritts. In Bezug auf

BGE 131 III 257 S. 266

den Kundenstamm bedeutet dies insbesondere, dass der Pächter dem Verpächter - allenfalls auf Verlangen - eine Liste der während der Pachtzeit bedienten Kunden übergeben und betreffend der für diese erbrachten Leistungen Auskunft erteilen muss. Zudem hat er, falls dies nach den Umständen nötig erscheint, die Öffentlichkeit auf geeignete Art darüber zu informieren, dass er das gepachtete Unternehmen nicht mehr führt, sondern an den Verpächter zurückgegeben hat. Als Verletzung der Rückgabepflicht zu werten wäre jedoch, wenn er gleichzeitig darauf hinweisen würde, dass er die gleichen Leistungen nun in eigenem Namen anbiete. Eine darüber hinausgehende Verpflichtung des Pächters, den Kontakt mit den früheren Kunden zu meiden, kann dagegen aus seiner pachtrechtlichen Rückgabepflicht bei Vertragsende nicht abgeleitet werden. In diesem Zusammenhang ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass der Fall eines ausdrücklich im Pachtvertrag vereinbarten nachvertraglichen Konkurrenzverbotes zu Lasten des Pächters hier nicht zur Diskussion steht (vgl. dazu LINDENMEYER, a.a.O., S. 132; KUTTLER, a.a.O., S. 45 f.; KLINGLER, a.a.O., S. 93 f.).

4.

4.1 Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz erklärte der Beklagte bzw. dessen Anwalt mit Schreiben vom 19. Dezember 1997 dem Kläger bzw. dessen Anwalt gegenüber die Bereitschaft, "die zur Verfügung gestellten Gegenstände zurückzugeben". Darauf antwortete der Kläger mit Brief vom 31. Dezember 1997, dass der Beklagte auf das Ende der Pacht nicht bloss Gegenstände zurückzugeben habe, "sondern das gepachtete Geschäft als solches, mit allem, was dieses ausmacht (insbesondere Kundenbeziehungen mit allen Verträgen, Korrespondenzen, Unterlagen, sonstige Verträge etc.)." Die Vorinstanz hält sodann fest, dass der Anwalt des Beklagten in seinen späteren Briefen (vom 14. Januar und 20. November 1998) zwar die Rückgabe der Gegenstände angeboten habe, jedoch nie von einer Rückgabe der immateriellen Unternehmenswerte, insbesondere der Kunden- und Geschäftsbeziehungen, die Rede gewesen sei. Nachdem der Anwalt des Klägers in drei Briefen (vom 6. Januar, 10. November und 31. Dezember 1998) wiederum auf die Rückgabepflicht hingewiesen hatte, antwortete der Anwalt des Beklagten mit Schreiben vom 14.

Januar 1999, dass sein Klient seit längerer Zeit alles zurückgegeben habe, wozu er verpflichtet gewesen sei; eine Kundenkartei könne nicht übergeben werden, da eine solche nicht geführt worden sei. Diese

BGE 131 III 257 S. 267

letzte Behauptung hat sich nach der Feststellung der Vorinstanz als falsch erwiesen. Der Beklagte hat anlässlich der Befragung durch das Bezirksgericht angegeben, "den Kundenstamm und eine Adressliste im Computer" zu haben, diese Dokumente aber nicht an den Kläger ausgehändigt zu haben; zudem hat der Beklagte anerkannt, dass er auch die Buchhaltung dem Kläger nicht herausgegeben hat.

4.2 Aus dem Briefwechsel der Parteien geht hervor, dass sie seit Ende 1997 bis Januar 1999 darüber stritten, ob der Beklagte Auskunft über den Kundenstamm geben müsse, und sich dieser schliesslich geweigert hat, der diesbezüglichen Verpflichtung nachzukommen. Damit hat der Beklagte seine pachtrechtliche Rückgabepflicht verletzt. Er haftet für den daraus entstandenen Schaden (**Art. 97 Abs. 1 OR**), vorliegend also für den Schaden, welcher dem Kläger durch das Vorenthalten der Informationen betreffend Kundenstamm verursacht worden ist. Ein Anspruch des Klägers aus einem faktischen Vertragsverhältnis oder der Verletzung eines nachvertraglichen Konkurrenzverbotes besteht dagegen nicht. Unter diesen Umständen hätte die Vorinstanz prüfen und entscheiden müssen, ob und in welchem Ausmass dem Kläger aus dem Vorenthalten ein Schaden entstanden ist, wobei der Schaden allenfalls in Anwendung von **Art. 42 Abs. 2 OR** hätte geschätzt werden können. Dies hat die Vorinstanz jedoch nicht getan, sondern die Entschädigung im erörterten Sinne und unter zeitlicher Begrenzung auf zwei Jahre mit insgesamt Fr. 60'000.- pauschaliert.

An sich müsste das Urteil der Vorinstanz in Anwendung von **Art. 64 Abs. 1 OG** aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der bundesgerichtlichen Erwägungen zurückgewiesen werden. Eine solche Rückweisung setzt indessen namentlich voraus, dass die behauptungs- und beweisbelastete Partei im kantonalen Verfahren entsprechende Sachbehauptungen vorgebracht und Beweisanträge gestellt hat oder sie dies nach dem massgebenden kantonalen Prozessrecht nach der Rückweisung im Verfahren vor der Vorinstanz nachholen kann (**BGE 92 II 328** E. 4; POUDRET, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, N. 2.3 zu **Art. 64 OG**; BIRCHMEIER, Bundesrechtspflege, N. 1b/aa zu **Art. 64 OG**, S. 235). Beides trifft im vorliegenden Fall nicht zu. Der Kläger hat im kantonalen Verfahren vor beiden Instanzen stets geltend gemacht, der Beklagte schulde trotz Beendigung des Pachtvertrages den vereinbarten Pachtzins von Fr. 2'500.- pro Monat aus

BGE 131 III 257 S. 268

faktischem Vertragsverhältnis bzw. Geschäftsführung ohne Auftrag oder wegen ungerechtfertigter Bereicherung (vgl. E. 1.3 vorne). Er hat dagegen nie ausdrücklich behauptet, er sei durch das Verhalten des Beklagten geschädigt worden, und hat deshalb den Schaden weder beziffert bzw. substanziiert noch für dessen Existenz Beweis angeboten. Zudem hat er auch in Bezug auf eine Bereicherung oder die Erzielung eines Vorteils durch den Beklagten keine substanziierten Sachbehauptungen vorgebracht. Er könnte das Versäumte nach einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz nicht nachholen. Dabei würde es sich nämlich um unechte Noven handeln, die gemäss **§ 321 Abs. 1 ZPO**/AG im Appellationsverfahren vor dem Obergericht nicht vorgebracht werden dürfen (BÜHLER/ EDELMANN/KILLER, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., N. 4 zu **§ 321 ZPO**/AG). Ist eine Rückweisung somit ausgeschlossen, bleibt es beim angefochtenen Urteil, und die Berufung ist abzuweisen.

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

Zurück

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6B_510/2011

Urteil vom 17. Oktober 2011
Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Mathys, Präsident,
Bundesrichter Schneider, Wiprächtiger,
Gerichtsschreiberin Pasquini.

Verfahrensbeteiligte
X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Wilhelm Boner,
Beschwerdeführerin,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Aargau, Frey-Herosé-Strasse 12, Wielandhaus, 5001 Aarau,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Rückzug des Strafantrags (Hausfriedensbruch)

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau, Strafgericht, 2. Kammer, vom 26. Mai 2011.

Sachverhalt:

A.
Mitglieder der Jungsozialisten Aargau, darunter auch X._____, organisierten eine Hausbesetzung, um auf den Mangel an günstigem Wohnraum aufmerksam zu machen. Die Veranstaltung fand in der Nacht vom 24. auf den 25. Januar 2009 in den Räumlichkeiten der A._____ in Baden statt. In diese war gegen den Willen der Berechtigten, der B._____ AG, eingedrungen worden.
Die B._____ AG bestätigte am 17. Februar 2009 die am 25. und 28. Januar 2009 gestellten Strafanträge gegen Unbekannt. Sie erklärte mit Schreiben vom 14. Januar 2010 ihr Desinteresse an der Strafverfolgung der Medienschaffenden C._____ und D._____. Diese hätten sich nicht gegen ihren Willen in der A._____ aufgehalten. Der Strafantrag gegen Unbekannt sei vom Desinteresse an der Strafverfolgung der Journalisten nicht betroffen. Er solle bestehen bleiben. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau stellte am 9. Februar 2010 das Verfahren gegen C._____ und D._____ ein. Das Strafverfahren gegen die übrigen Beschuldigten führte es fort.

B.
Das Bezirksamt Baden verurteilte X._____ mit Strafbefehl vom 11. Februar 2010 wegen Hausfriedensbruch zu einer bedingt vollziehbaren Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 30.-- sowie zu einer Busse von Fr. 300.--.
Auf Einsprache von X._____ hin bestätigte das Gerichtspräsidium Baden am 2. November 2010 diesen Strafbefehl.
Das Obergericht des Kantons Aargau wies die von X._____ erhobene Berufung mit Urteil vom 26. Mai 2011 ab.

C.
X._____ führt Beschwerde in Strafsachen. Sie beantragt, (a) das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 26. Mai 2011 sei aufzuheben, und das Strafverfahren gegen sie sei einzustellen. Eventualiter sei sie von Schuld und Strafe freizusprechen. Subeventualiter sei von einer Bestrafung Umgang zu nehmen. (b) Eventualiter seien die Akten an

die Vorinstanz zur Einstellung des Strafverfahrens zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Erwägungen:

1.
Die Schweizerische Strafprozessordnung trat am 1. Januar 2011 in Kraft (StPO; SR 312.0). Ist ein Entscheid vor Inkrafttreten der StPO gefällt worden, werden Rechtsmittel dagegen nach bisherigem Recht, von den bisher zuständigen Behörden, beurteilt (Art. 453 Abs. 1 StPO). Für Rechtsmittel gegen erstinstanzliche Entscheide, die nach dem 1. Januar 2011 gefällt wurden, gilt neues Recht (Art. 454 Abs. 1 StPO). Ausschlaggebend für die Anwendbarkeit des alten oder neuen Verfahrensrechts ist insofern das erstinstanzliche Entscheiddatum (Urteil 1B_412/2010 vom 4. April 2011 E. 1 mit Hinweisen). Das Urteil des Gerichtspräsidiums Baden erging am 2. November 2010, weshalb vorliegend das Gesetz über die Strafrechtspflege des Kantons Aargau vom 11. November 1958 anwendbar ist.

2.
2.1 Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 33 Abs. 3 StGB. Sie macht geltend, der Strafantrag der B._____ AG sei wegen der Verletzung des Grundsatzes der Unteilbarkeit ungültig. Die Erklärung der Antragstellerin, wonach sie kein Interesse an der Strafverfolgung der Journalisten habe (Desinteresse-Erklärung), sei bei einem Antragsdelikt - wie dem Hausfriedensbruch - als Rückzug des Strafantrags zu qualifizieren. Ein solcher Rückzug gelte gemäss dem Grundsatz der persönlichen Unteilbarkeit gegenüber allen Tatbeteiligten, deshalb falle auch eine Strafverfolgung gegen sie (selber) ausser Betracht (Beschwerde S. 5-10).

2.2 Die Vorinstanz stellt fest, die Antragstellerin habe ihr Desinteresse an der Strafverfolgung der beiden Journalisten erklärt, weil sich jene nicht gegen ihren Willen in ihren Räumlichkeiten aufgehalten hätten. Zudem habe die Antragstellerin ausgeführt, der Strafantrag gegen Unbekannt werde davon nicht berührt und bleibe bestehen. Die Vorinstanz schliesst hieraus, die Desinteresse-Erklärung stelle somit keinen Rückzug des Strafantrags dar. Die Antragstellerin sei sich der Unteilbarkeit des Strafantrags bewusst gewesen, ansonsten sie in ihrem Schreiben nicht explizit die Begriffe Desinteresse-Erklärung und Strafantrag auseinandergehalten hätte. Die Staatsanwaltschaft und das Bezirksamt hätten diese Erklärung ebenfalls nicht als Rückzug verstanden. Die Strafverfahren gegen die Journalisten seien primär eingestellt worden, weil diese in Ausübung ihrer Berufspflichten an der Veranstaltung gewesen seien (angefochtenes Urteil S. 6 E. 3.3).

2.3 Stellt ein Antragsberechtigter gegen einen an der Tat Beteiligten Strafantrag, sind alle Beteiligten zu verfolgen (Art. 32 StGB, sog. Unteilbarkeitsgrundsatz). Der Verletzte soll nicht nach Belieben einzelne Tatbeteiligte herausgreifen und unter Ausschluss der anderen bestrafen lassen können (**BGE 121 IV 150** E. 3a/aa mit Hinweisen). Beteiligte im Sinne von Art. 32 StGB (aArt. 30 StGB) sind Mittäter, Anstifter und Gehilfen (Urteil 6S.490/2002 vom 9. Januar 2004 E. 7.2; CHRISTOF RIEDO, in: Basler Kommentar, Strafrecht, 2. Aufl. 2007, N. 12 zu Art. 32 StGB; DERSELBE, Der Strafantrag, Diss. Freiburg 2004, S. 618 f.).
Beim Rückzug des Strafantrags handelt es sich um eine Willenserklärung. Der Wille, den Strafantrag zurückzuziehen, muss unmissverständlich zum Ausdruck kommen (**BGE 89 IV 57** E. 3a). Zieht die antragsberechtigte Person ihren Antrag gegenüber einem Beschuldigten zurück, so gilt der Rückzug gemäss Art. 33 Abs. 3 StGB für alle Beschuldigten. Der Unteilbarkeitsgrundsatz soll nicht dadurch umgangen werden können, dass zwar Antrag gegen alle Beteiligten gestellt, dieser aber in Bezug auf einzelne wieder zurückgezogen wird. Es gilt ausnahmslos die Unteilbarkeit des Rückzugs (**BGE 132 IV 97** E. 3.3.1 mit Hinweisen und E. 3.3.3 S. 101).

2.4 Unbestritten ist, dass die Antragsberechtigte wegen der Vorkommnisse vom 24./25. Januar 2009 Strafantrag gegen Unbekannt stellte. Da somit das Antragsrecht ausgeübt worden ist, kann darauf nicht mehr nach Art. 30 Abs. 5 StGB verzichtet werden. Es bleibt lediglich die Möglichkeit des Rückzugs des Strafantrags (**BGE 86 IV 145**; CHRISTOF RIEDO, in: Basler Kommentar, Strafrecht, 2. Aufl. 2007, N. 75 zu Art. 30 StGB mit Hinweisen). Der Einwand der Beschwerdeführerin, die Desinteresse-Erklärung stelle einen Verzicht auf das Einreichen eines Strafantrags dar (Beschwerde S. 7 Ziff. 2.7, S. 8 Ziff. 3.2 und S. 10 Ziff. 3.4), ist daher unbehelflich. Die Erklärung der Antragstellerin, mit welcher sie auf ihr fehlendes Interesse an der strafrechtlichen Verfolgung der beiden Medienvertreter hinwies, qualifiziert die Vorinstanz zu Recht nicht als Rückzug. In dieser Erklärung kommt nicht zum Ausdruck, den Strafantrag zurückziehen zu wollen. Vielmehr wird darin sogar klargestellt, von der Desinteresse-Erklärung sei der Strafantrag gegen Unbekannt nicht betroffen und bleibe bestehen. Der Auffassung der Beschwerdeführerin, wonach solche Erklärungen bei Antragsdelikten zwingend als Rückzug des Strafantrags zu verstehen seien (Beschwerde S. 7 Ziff. 2.7 und S. 9 Ziff. 3.3), kann nicht gefolgt werden. Unabhängig vom Unteilbarkeitsgrundsatz kann der Antragsteller in Bezug auf einen Beschuldigten die Einstellung des Verfahrens beantragen, wenn er in dessen Verlauf zum Schluss gelangt, die Voraussetzungen der Strafverfolgung seien diesem gegenüber nicht (mehr) gegeben. Ein solches Einstellungsbegehren darf nicht in einen Rückzug des Strafantrags uminterpretiert werden (**BGE 132 IV 97** E. 3.3.3 S. 101). Gleiches gilt für die weniger weit reichende Desinteresse-Erklärung, mit welcher die Antragstellerin lediglich ihr fehlendes Strafverfolgungsinteresse in Bezug auf die Medienschaffenden zum Ausdruck brachte. Sie stellt weder eine Umgehung des Unteilbarkeitsgrundsatzes dar (Beschwerde S. 8 f. E. 3.2), noch steht sie im Widerspruch zum Weiterbestehen des Strafantrags.
Nach den vorinstanzlichen Feststellungen verfügte die Staatsanwaltschaft am 9. Februar 2010 die Einstellung der Strafverfahren gegen C._____ und D._____. Beide seien an der Veranstaltung gewesen, um in Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeiten als Medienschaffende über die Geschehnisse zu berichten. Die Antragstellerin habe dargelegt, die beiden hätten sich nicht gegen ihren Willen in den Räumlichkeiten befunden und habe ihr Desinteresse an der Strafverfolgung der beiden erklärt. Deswegen seien die Verfahren gegen sie einzustellen (angefochtenes Urteil S. 6 E. 3.2.3; Einstellungsverfügungen vom 9. Februar 2010, kantonale Akten). Die Verfahren gegen die beiden Journalisten wurden damit nicht wegen eines ungültigen oder zurückgezogenen Strafantrags eingestellt. Insofern kann die

Beschwerdeführerin aus den Einstellungen nichts zu ihren Gunsten ableiten, selbst wenn die Desinteresse-Erklärung der Antragstellerin dafür relevant gewesen sein sollte (Beschwerde S. 8 ff. Ziff. 3.2-3.4). Es hat keinen Einfluss auf den Fortbestand des Strafantrags gegenüber den andern Beteiligten, wenn ein Mitbeteiligter von den Behörden nicht verfolgt wird (Urteil 6S.490/2002 vom 9. Januar 2004 E. 7.2 zweiter Abschnitt mit Hinweis). Die Vorinstanz verletzt kein Bundesrecht, wenn sie den Strafantrag trotz der Desinteresse-Erklärung der Antragstellerin und der Verfahrenseinstellungen als gültig erachtet.

3.
3.1 Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die Strafzumessung. Sie macht geltend, die ausgefällte Geldstrafe von 20 Tagessätzen sowie die Busse von Fr. 300.--, sei unhaltbar hoch. Die Vorinstanz stufe ihr Verschulden zu Unrecht nicht als äusserst gering ein (Beschwerde S. 10 f. Ziff. 4.1 f.).

3.2 Das Bundesgericht hat die Grundsätze der Strafzumessung mehrfach dargelegt (**BGE 136 IV 55** E. 5.4 ff.; **135 IV 130** E. 5.3.1 je mit Hinweisen). Darauf kann verwiesen werden.

3.3 Die Vorinstanz geht - mit Hinweis auf die Ausführungen im erstinstanzlichen Entscheid - von einem Strafrahmen von Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren aus. Sie legt sowohl die Tat- als auch die Täterkomponenten zutreffend und vollständig dar. Auf diese Erwägungen kann verwiesen werden (Art. 109 Abs. 3 BGG; angefochtenes Urteil S. 7 ff. E. 4.3; erstinstanzlicher Entscheid S. 8 ff. E. 3). Die Vorinstanz qualifiziert das Verschulden der Beschwerdeführerin als nicht leicht, was nicht zu beanstanden ist. Sie erwägt zutreffend, diese habe ihre politischen Anliegen ohne Rücksicht auf die Rechte der Eigentümerin durchgesetzt. Die Beschwerdeführerin hätte Letztere problemlos um Erlaubnis bitten können, in ihren Räumlichkeiten eine politische Aktion durchführen zu dürfen. Nicht massgeblich sei, dass das Gebäude seit rund zehn Jahren leer gestanden und von anderen Personen unbehelligt benutzt worden sei. Die Beschwerdeführerin sei eine Mitorganisatorin der Veranstaltung gewesen. Sie habe sich ausserdem nicht bloss für kurze Zeit in der A._____ aufgehalten. Indem die Vorinstanz die Geldstrafe auf zwanzig Tagessätze festlegt, verletzt sie kein Bundesrecht. Dies wird durch den Verweis der Beschwerdeführerin auf in anderen Fällen ausgesprochene Strafen auch nicht in Frage gestellt (Beschwerde S. 10 f. E. 4.1). Da die Strafzumessung auf einer individualisierten Beurteilung aller massgeblichen Umstände beruht, sind Unterschiede in der Strafzumessungspraxis als Ausdruck des Rechtssystems hinzunehmen (**BGE 135 IV 191** E. 3.1 S. 193 mit Hinweisen). Die Rüge der Beschwerdeführerin ist unbegründet.

3.4 Die Beschwerdeführerin beruft sich auf Art. 52 StGB und macht sinngemäss geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht nicht von einer Bestrafung abgesehen (Beschwerde S. 11 E. 5). Die Nichtanwendung von Art. 52 StGB verletzt kein Bundesrecht, zumal das Verschulden der Beschwerdeführerin nicht leicht wiegt (E. 3.3 hiervor). Voraussetzung für die Strafbefreiung und Einstellung des Verfahrens gemäss Art. 52 StGB ist die Geringfügigkeit von Schuld und Tatfolgen. Beide Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (**BGE 135 IV 130** E. 5.3.2 mit Hinweisen).

4.
Die Beschwerdeführerin wendet sich schliesslich gegen die vollumfängliche Auferlegung der aus ihrer Sicht unverhältnismässigen Untersuchungskosten auf die Tatbeteiligten (Beschwerde S. 11 Ziff. 4.3). Die Kosten- und Entschädigungsfolgen im kantonalen Verfahren bestimmen sich vorliegend nach kantonalem Recht (E. 1 hiervor). Das Bundesgericht prüft die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem Recht nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG). Die Auslegung und Anwendung kantonalen Rechts prüft es grundsätzlich nicht frei, sondern nur unter der beschränkten Kognition der Willkür (siehe Art. 95 BGG). Die Beschwerdeführerin legt nicht dar, welche kantonalrechtlichen Bestimmungen inwiefern durch den angefochtenen Entscheid verletzt bzw. willkürlich angewendet worden sein sollen. Mangels rechtsgenügender Begründung ist auf die Beschwerde in diesem Punkt nicht einzutreten.

5.
Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die bundesgerichtlichen Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Aargau, Strafgericht, 2. Kammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 17. Oktober 2011

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Mathys

Die Gerichtsschreiberin: Pasquini

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

Zurück

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B_924/2016

Urteil vom 24. März 2017

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichter Oberholzer, Rüedi,
Gerichtsschreiberin Siegenthaler.

Verfahrensbeteiligte
X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Michael Brülhart,
Beschwerdeführer,

gegen

1. Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, 8090 Zürich,
2. A._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Andreas Bieri,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
Hausfriedensbruch; rechtliches Gehör; Willkür; Gültigkeit Strafantrag; Treu und Glauben; Kosten,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 29. Juni 2016.

Sachverhalt:

A.
Gemäss Anklage vom 14. April 2015 soll X._____ mit mehreren anderen Personen am 15. August 2014 zwischen ca. 02.12 und 04.15 Uhr ein leerstehendes Mehrfamilienhaus in Zürich betreten und sich darin aufgehalten haben, ohne dazu berechtigt gewesen zu sein.
Das Bezirksgericht Zürich verurteilte ihn am 25. September 2015 wegen Hausfriedensbruchs zu einer bedingten Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 30.-- bei einer Probezeit von 2 Jahren sowie zu einer Busse von Fr. 300.--.
Das Obergericht des Kantons Zürich bestätigte diesen Schuldspruch am 29. Juni 2016 und verurteilte X._____ zu einer bedingten Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 30.-- bei einer Probezeit von 2 Jahren.

B.
X._____ führt Beschwerde in Strafsachen. Er beantragt, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 29.

Juni 2016 sei hinsichtlich Schuldspruch und Strafe sowie der Verfahrenskostenverlegung aufzuheben. Das Verfahren gegen ihn wegen Hausfriedensbruchs sei einzustellen, eventualiter sei er vom betreffenden Vorwurf freizusprechen. Subeventualiter sei die Sache zur Durchführung eines ordnungsgemässen Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sämtliche Verfahrenskosten seien auf die Staatskasse zu nehmen und ihm sei eine angemessene Entschädigung zuzusprechen. X._____ersucht um unentgeltliche Rechtspflege.

Erwägungen:

1.

1.1. Der Beschwerdeführer rügt in mehrfacher Hinsicht eine Verletzung seines rechtlichen Gehörs.

1.2.

1.2.1. Zur Begründung bringt er zunächst vor (Beschwerde, S. 14 f.), der Beschwerdegegner habe vor Vorinstanz ausführen lassen, dass B._____ dem zuständigen Polizeibeamten mitgeteilt habe, die besetzte Liegenschaft befinde sich im Alleineigentum des Beschwerdegegners und sie als Liegenschaftsverwalterin sei zur Erhebung einer Strafanzeige ausdrücklich beauftragt und ermächtigt worden. Als sie die vom Polizeibeamten "ausgeführte Strafanzeige" habe unterzeichnen wollen, habe sie bemerkt, dass entgegen ihrer Angabe nicht der Beschwerdegegner, sondern die C._____ AG als Geschädigte aufgeführt gewesen sei. Sie habe den Polizisten darauf aufmerksam gemacht, worauf dieser das Wort "AG" durchgestrichen habe. Bei diesen Ausführungen des Beschwerdegegners handle es sich um eine eklatante Lüge, was sich bereits aus dem Polizeirapport ergebe, dem an drei verschiedenen Stellen zu entnehmen sei, dass die C._____ AG die geschädigte Person sei, die durch B._____ vertreten werde. Es sei nicht erklärbar, weshalb der zuständige Polizeibeamte nach entsprechendem Hinweis von B._____ auf dem Strafantragsformular den Zusatz "AG" gestrichen, später bei der Rapporterstellung aber wiederum die C._____ AG als geschädigte Person aufgeführt haben sollte. Der Polizist sei demnach unzweideutig der Auffassung gewesen, dass die C._____ AG geschädigt sei. Dass die Vorinstanz auf dieses zentrale Argument des Beschwerdeführers nicht eingehe, sei nicht nachvollziehbar und stelle eine gravierende Verletzung seines rechtlichen Gehörs dar.

1.2.2. Die Vorinstanz erwägt, die Strafanzeige von B._____ sei in Vertretung des Beschwerdegegners und nicht der C._____ AG angemeldet worden; die erste Instanz habe übersehen, dass auf dem Strafantragsformular der Zusatz "AG" durchgestrichen worden sei. Weiter verweist die Vorinstanz auf ihre Präsidialverfügung vom 7. April 2016 (Urteil, S. 18). In dieser führte sie aus (act. 72), für die Bestimmung der Identität der Privatklägerschaft seien diejenigen Angaben massgebend, welche diese selbst gemacht habe, mithin jene auf dem Strafantrag sowie auf dem Formular "Geltendmachung von Rechten der Privatklägerschaft". Dazu sei in tatsächlicher Hinsicht zunächst festzuhalten, dass der interessierende Strafantrag vom 19. August 2014 von B._____ als Liegenschaftsverwalterin in Vertretung der geschädigten Person gestellt und unterzeichnet worden sei. Die erstinstanzliche Feststellung, dass auf dem Strafantrag die C._____ AG als Geschädigte aufgeführt sei, sei nicht zutreffend. Vielmehr sei auf der betreffenden Zeile des Strafantragsformulars zu erkennen, dass bei der Bezeichnung der geschädigten Person der Zusatz "AG" durchgestrichen worden sei. Als geschädigte Person sei " D._____ " angegeben. Diese Streichung des Zusatzes "AG" zeige in aller Deutlichkeit, dass B._____ gerade nicht namens der C._____ AG, sondern in Vertretung des Beschwerdegegners Strafantrag gestellt habe. Bestätigt werde dies dadurch, dass auch auf dem Formular "Geltendmachung von Rechten der Privatklägerschaft", welches die Anklagebehörde an die C._____ AG versandt habe, sowohl im Briefkopf als auch unterhalb der Unterschriftszeile der Zusatz "AG" mit Tipp-Ex gelöscht worden sei. Auf dem entsprechenden Formular finde sich neben der wiederum von B._____ stammenden Unterschrift denn auch der Stempel des Beschwerdegegners mit dessen Adresse. Es sei daher offenkundig, dass sowohl der Strafantrag als auch die Zivilansprüche von B._____ namens des Beschwerdegegners gestellt worden seien. Damit sei im vorliegenden Verfahren dieser und nicht die C._____ AG als Privatkläger zu behandeln.

1.2.3. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ist nicht erforderlich, dass die Vorinstanz sich mit all seinen Standpunkten ausführlich auseinandersetzt und jedes einzelne seiner Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Sie darf sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Das Urteil genügt der aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) fliessenden Begründungspflicht (Art. 81 Abs. 3 lit. a StPO), wenn wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (**BGE 141 IV 249** E. 1.3.1 mit Hinweisen).
Dies ist vorliegend ohne Weiteres der Fall. Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, sind für die Bestimmung der Identität der Privatklägerschaft in erster Linie die Angaben auf dem Strafantragsformular sowie auf dem Formular "Geltendmachung von Rechten der Privatklägerschaft" entscheidend - und nicht allfällige Annahmen im Rapport des zuständigen Polizeibeamten. Dass die Vorinstanz im Rahmen ihrer ausführlichen Erwägungen zur Person der Privatklägerschaft nicht ausdrücklich auf den erwähnten Einwand des Beschwerdeführers eingeht, bedeutet deshalb keine Verletzung ihrer Begründungspflicht.

1.3. Gleiches gilt, soweit der Beschwerdeführer der Vorinstanz eine Verletzung ihrer Begründungspflicht vorwirft, weil sie im Zusammenhang mit der Zulässigkeit des polizeilichen Vorgehens (vgl. nachfolgend E. 6) bei der Zusammenfassung der Geschehnisse zwar erwähne, dass er und zwei weitere Beteiligte festgenommen worden seien, auf diesen Umstand dann aber nicht weiter eingehe (Beschwerde, S. 21). Die Vorinstanz begründet ausreichend, weshalb sie das polizeiliche Vorgehen als zulässig erachtet (vgl. nachfolgend E. 6.3). Die ausdrückliche Berücksichtigung des Umstands, dass der Beschwerdeführer (entgegen seiner Darstellung nicht festgenommen, sondern) angehalten und kurzzeitig auf den Polizeiposten verbracht wurde, würde an dieser Einschätzung nichts ändern (vgl. E. 6.4) und war demnach nicht

entscheidwesentlich. Die Vorinstanz verletzt ihre Begründungspflicht folglich nicht, indem sie auf dieses Faktum nicht näher eingeht.

1.4.

1.4.1. Schliesslich bringt der Beschwerdeführer vor (Beschwerde, S. 23 f.), die Vorinstanz verletze ihre Begründungspflicht, indem sie nicht ausführe, weshalb der Tatbestand gemäss Art. 186 StGB nicht nur durch das unrechtmässige Eindringen, sondern zusätzlich durch das zweistündige Verweilen in der Liegenschaft erfüllt sein soll. Ihren Ausführungen sei nicht im Entferntesten zu entnehmen, inwiefern die Hausbesetzer aufgefordert worden sein sollen, die Liegenschaft zu verlassen und dass sie sich trotz dieser Aufforderung weiterhin darin aufgehalten hätten.

1.4.2. Die Vorinstanz hat das zweistündige Verweilen der Hausbesetzer in keiner Weise zu deren Nachteil ausgelegt. Im Gegenteil berücksichtigt sie im Rahmen der Strafzumessung neben der "relativ kurzen Verweildauer" auch den Umstand als verschuldensmindernd, dass die Hausbesetzer die Liegenschaft allesamt "freiwillig und auf erste Aufforderung hin" wieder verlassen hätten (Urteil, S. 24). Dass sie zuvor den Tatbestand des Hausfriedensbruchs nicht nur durch das Eindringen in die Liegenschaft, sondern auch durch das Verweilen darin als erfüllt betrachtet, dürfte somit schlicht auf eine Ungenauigkeit zurückzuführen sein. Da diese keinerlei Konsequenzen für die Betroffenen nach sich zieht, bedeutet es mangels Entscheidrelevanz auch in diesem Punkt keine Verletzung der Begründungspflicht, dass die Vorinstanz auf den fraglichen Einwand des Beschwerdeführers nicht eingeht.

2.

2.1. Der Beschwerdeführer rügt eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung und eine Verletzung des Grundsatzes "in dubio pro reo", soweit die Vorinstanz festhalte, B._____ habe nicht in Vertretung der C._____ AG, sondern namens des Beschwerdegegners Strafantrag gestellt (Beschwerde, S. 13 ff.).

2.2. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz kann vor Bundesgericht nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig bzw. willkürlich ist und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG; **BGE 141 IV 317** E. 5.4 mit Hinweisen). Willkür im Sinne von Art. 9 BV liegt nur vor, wenn die vorinstanzliche Beweiswürdigung schlechterdings unhaltbar ist, das heisst wenn die Behörde in ihrem Entscheid von Tatsachen ausgeht, die mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehen oder auf einem offenkundigen Fehler beruhen. Dass eine andere Lösung ebenfalls möglich erscheint, genügt nicht (**BGE 141 IV 369** E. 6.3, 305 E. 1.2; je mit Hinweisen). Die Rüge der Willkür muss in der Beschwerde explizit vorgebracht und substanziiert begründet werden (Art. 106 Abs. 2 BGG). Auf eine rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid, wie sie beispielsweise im Berufungsverfahren vor einer Instanz mit voller Kognition vorgebracht werden kann, tritt das Bundesgericht nicht ein (vgl. **BGE 141 IV 369** E. 6.3 mit Hinweisen).
Dem Grundsatz "in dubio pro reo" kommt in der vom Beschwerdeführer angerufenen Funktion als Beweiswürdigungsregel im Verfahren vor Bundesgericht keine über das Willkürverbot von Art. 9 BV hinausgehende selbstständige Bedeutung zu (**BGE 138 V 74** E. 7; **127 I 38** E. 2a; je mit Hinweisen).

2.3. Die Vorinstanz erwägt zusammengefasst, der Strafantrag sei von B._____ im Namen des Beschwerdegegners und nicht in Vertretung der C._____ AG angemeldet worden, wie das erstinstanzliche Gericht angenommen habe. Dieses habe übersehen, dass auf dem Strafantragsformular bei der Bezeichnung der geschädigten Person der Zusatz "AG" gestrichen worden sei (Urteil, S. 18; vgl. auch vorne E. 1.2.2).

2.4. Was der Beschwerdeführer dagegen vorbringt, vermag keine Willkür zu begründen.

2.4.1. Sein Einwand, dass die von der Vorinstanz als Streichung erachtete Linie exakt auf der Höhe des jeweiligen Querstriches der Buchstaben "A" und "G" liege und deshalb "alles andere als eindeutig" sei, dass der Zusatz "AG" gestrichen wurde, bietet lediglich eine andere mögliche Interpretation der Angaben auf dem Strafantragsformular und lässt die anderslautende Feststellung der Vorinstanz nicht gleich willkürlich erscheinen.

2.4.2. Auch der vom Beschwerdeführer als "weiteres gewichtiges Indiz" vorgebrachte Umstand, dass das Geburtsdatum des Beschwerdegegners "als Wesensmerkmal jeder natürlichen Person" - im Gegensatz zu jenem von B._____ - auf dem Strafantragsformular nicht vermerkt worden sei, sagt nichts darüber aus, in wessen Namen B._____ Strafantrag stellte. So kann beispielsweise ohne Weiteres sein, dass diese bei der Strafantragsstellung das Geburtsdatum des Beschwerdegegners nicht auswendig wusste und dieses allein deshalb nicht notiert wurde.

2.4.3. Ebenso wenig belegt allein die Tatsache, dass die geschädigte Person auf dem Strafantragsformular nach erfolgter Streichung des Zusatzes "AG" schliesslich etwas verwirrend mit " D._____ " bezeichnet blieb, Willkür in der vorinstanzlichen Feststellung, wonach B._____ den Strafantrag namens des Beschwerdegegners gestellt habe. Dies umso weniger, als B._____ auf dem von ihr (notabene innerhalb der dreimonatigen Strafantragsfrist) unterzeichneten Formular "Geltendmachung von Rechten als Privatklägerschaft" sowohl eingangs wie auch zuunterst bei der Unterschrift den Beschwerdegegner als Privatkläger angab und nicht die C._____ AG.

2.4.4. Dass der zuständige Polizeibeamte in seinem Rapport gleichwohl die C._____ AG als Geschädigte aufführte, reicht entgegen der Darstellung des Beschwerdeführers nicht aus, um die Schilderung des Beschwerdegegners, wie es zur Korrektur der Angabe zur geschädigten Person auf dem Strafantragsformular gekommen sei, als "eklatante Lüge" erscheinen zu lassen. Der fragliche Umstand könnte beispielsweise auch bloss darauf zurückzuführen sein, dass der

Polizeibeamte seinen Rapport bereits vorbereitet hatte und die geschädigte Person nach entsprechendem Hinweis von B._____ beim Ausfüllen des Strafantragsformulars zwar auf diesem korrigierte, im Rapport hingegen später anzupassen vergass.

2.4.5. Wenn das erstinstanzliche Gericht zum Schluss gelangte, der Strafantrag sei in Vertretung der C._____ AG gestellt worden und diese habe sich als Privatklägerin konstituiert, belegt dies noch keine Willkür im anderslautenden Fazit der Vorinstanz. Die Vorinstanz ist an die erstinstanzlichen Feststellungen weder in sachverhaltlicher noch in rechtlicher Hinsicht gebunden (Art. 398 Abs. 2 StPO). Dass sie in Anlehnung an die Erstinstanz in ihren Verfügungen zunächst ebenfalls die C._____ AG als Privatklägerin bezeichnete, lässt ihre spätere gegenteilige Auffassung ebenfalls nicht willkürlich erscheinen. Diese gründet im Gegensatz zur ersten auf einer fundierten und nicht bloss summarisch vorgenommenen Prüfung der Beweislage und ist ohne Weiteres vertretbar.

2.4.6. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz habe die Umstände des Zustandekommens des Strafantrags zu wenig untersucht und sich schliesslich in Verletzung des Grundsatzes "in dubio pro reo" darüber hinweggesetzt, dass unüberwindbare Zweifel daran bestanden hätten, dass B._____ den Strafantrag in Vertretung des Beschwerdegegners gestellt habe.
Die vorinstanzliche Auffassung in Bezug auf die Strafantragstellung lässt sich anhand von Aktenstücken ausreichend untermauern und ist insgesamt ohne Weiteres vertretbar (wie soeben aufgezeigt; vgl. E. 2.4.1 ff.).
Untersuchungsgrundsatz und rechtliches Gehör verpflichten das Gericht nicht, von Amtes wegen oder auf Antrag hin Beweiserhebungen vorzunehmen, wenn es in willkürfreier Würdigung der bereits abgenommenen Beweise zur Überzeugung gelangt, der rechtlich erhebliche Sachverhalt sei genügend abgeklärt, und es überdies in willkürfreier antizipierter Würdigung der zusätzlich beantragten Beweise annehmen kann, seine Überzeugung werde durch diese nicht mehr geändert (Art. 139 Abs. 2 StPO; vgl. **BGE 141 I 60** E. 3.3; **136 I 229** E. 5.3 mit Hinweisen). Da die Vorinstanz den Sachverhalt gestützt auf ihre willkürfreie Beweiswürdigung als genügend abgeklärt erachten durfte, war sie somit nicht verpflichtet, von Amtes wegen weitere Beweiserhebungen vorzunehmen. Dass der Beschwerdeführer solche beantragt hätte und diese abgewiesen wurden, bringt er nicht vor. Eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes ist zu verneinen.
Inwiefern betreffend den Umstand, dass B._____ den Strafantrag namens des Beschwerdegegners einreichte, trotz der willkürfreien vorinstanzlichen Beweiswürdigung nach wie vor unüberwindbare Zweifel bestanden bzw. die Vorinstanz solche hätte haben sollen, zeigt der Beschwerdeführer nicht auf. Eine Verletzung des Grundsatzes "in dubio pro reo" ist nicht auszumachen.

3.

3.1. Der Beschwerdeführer rügt, es sei "ein zweimaliger unzulässiger Parteiwechsel der Privatklägerschaft von Amtes wegen ohne Gewährung des rechtlichen Gehörs" vorgenommen worden (Beschwerde, S. 9 ff.).

3.2. Von Parteiwechsel spricht man, wenn in einem hängigen Verfahren eine Hauptpartei ausscheidet und durch einen Dritten ersetzt wird (**BGE 118 Ia 129** E. 2a). Im Strafverfahren ist eine solche Rechtsnachfolge vorgesehen für den Fall, dass eine geschädigte Person stirbt, ohne auf ihre Rechte verzichtet zu haben (vgl. Art. 121 StPO; zu dessen Anwendbarkeit: **BGE 140 IV 162**). Eine solche Konstellation ist vorliegend nicht gegeben. Entgegen der Darlegung des Beschwerdeführers hat demnach kein Parteiwechsel stattgefunden bzw. wurde von den Vorinstanzen kein solcher vorgenommen. Vielmehr sind diese im Rahmen ihrer jeweiligen Prüfung der Prozessvoraussetzungen, wozu insbesondere die Eigenschaften der Prozessbeteiligten und die Existenz rechtsgültiger Strafanträge zählen (vgl. JEREMY STEPHENSON/ROBERTO ZALUNARDO-WALSER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 3 zu Art. 329 StPO), zu einem unterschiedlichen Resultat hinsichtlich der als Privatklägerin legitimierten Person gelangt. Diese selbst hat sich jedoch nicht geändert. Es geht vorliegend folglich nicht um einen sogenannten Parteiwechsel, sondern um die Frage, in wessen Namen Strafantrag gestellt wurde und ob dieser rechtsgültig ist (vgl. dazu nachfolgend E. 4).

3.3.

3.3.1. Hinsichtlich der Gewährung des rechtlichen Gehörs in diesem Zusammenhang führt die Vorinstanz aus (Urteil, S. 18 i.f.), die Verteidigung des Beschwerdeführers habe sich zu den Wechseln bei der Bezeichnung der Privatklägerschaft mit ihren Eingaben vom 12. Februar 2016 und 2. Juni 2016 im Berufungsverfahren ausreichend äussern können, womit dem Anspruch auf rechtliches Gehör nunmehr Genüge getan sei.

3.3.2. Diese Erwägung ist zwar etwas knapp ausgefallen, im Resultat indes nicht zu beanstanden.
Selbst wenn das erstinstanzliche Gericht das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers in Bezug auf die Person der Privatklägerin verletzt hat (wovon die Vorinstanz ausgeht; vgl. Urteil S. 18), führt dies vorliegend nicht zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann im Rechtsmittelverfahren geheilt werden, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die über dieselbe Kognition verfügt, wie die erste Instanz, und ihr durch die erst nachträgliche Gewährung des rechtlichen Gehörs kein Nachteil erwächst (**BGE 142 II 218** E. 2.8.1; **137 I 195** E. 2.3.2; je mit Hinweisen). Indem der Beschwerdeführer sich vor Vorinstanz ausführlich zur Person der Privatklägerschaft äussern konnte (vgl. Berufung vom 12. Februar 2016 sowie seine Eingabe vom 2. Juni 2016, act. 66 und 79), ist seinem Anspruch auf rechtliches Gehör nachträglich ausreichend Rechnung getragen worden. Die Vorinstanz verfügt sowohl hinsichtlich der Sachverhaltsfeststellung als auch in Rechtsfragen über dieselbe Kognition wie das erstinstanzliche Gericht. Die durch dieses (allenfalls) begangene Gehörsverletzung ist nicht als derart schwerwiegend einzustufen, dass die Schwere der Verletzung einer Heilung im vorinstanzlichen Verfahren entgegen stünde. Da weder vom

Beschwerdeführer dargetan noch ersichtlich ist, inwiefern ihm die erst nachträgliche Gewährung des rechtlichen Gehörs zur Frage der Privatklägerschaft nachteilig sein könnte, ist eine allfällig durch die Erstinstanz begangene Gehörsverletzung als geheilt zu betrachten.
Soweit der Beschwerdeführer auch der Vorinstanz vorwirft, sie habe einen Parteiwechsel vorgenommen, ohne ihm das rechtliche Gehör zu gewähren, ist ihm entgegen zu halten, dass einerseits kein Parteiwechsel stattfand (wie bereits dargelegt, vgl. E. 3.2), und dass andererseits die Vorinstanz die fragliche Prozessvoraussetzung der Privatklägerschaft eingehend prüfte und beurteilte, nachdem er sich in seiner Berufungsbegründung vom 12. Februar 2016 bereits ausführlich dazu geäussert hatte (vgl. act. 66, S. 6 ff.). Damit konnte er sein rechtliches Gehör vor Vorinstanz ausreichend (und vor deren Entscheidfindung mit seiner Eingabe vom 2. Juni 2016 sogar ein weiteres Mal) wahrnehmen, ohne dass ihm die Vorinstanz hierfür ausdrücklich eine Frist hätte ansetzen müssen. Eine Gehörsverletzung liegt nicht vor.

4.

4.1. Der Beschwerdeführer rügt, es fehle ein rechtsgültiger Strafantrag, weil die angebliche Vertreterin B._____ über keine rechtsgenügende Bevollmächtigung zur Strafantragstellung verfügt habe (Beschwerde, S. 16 ff.).

4.2. In tatsächlicher Hinsicht stellt die Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich fest (vgl. vorne E. 2), dass B._____ den Strafantrag nicht in Vertretung der C._____ A G, sondern namens des Beschwerdegegners stellte. Weiter erwägt die Vorinstanz (Urteil, S. 19 f.), bei diesem handle es sich um den Alleineigentümer der besetzten Liegenschaft und damit um die unmittelbar geschädigte Person. Infolgedessen wäre er persönlich zweifelsohne zur Antragstellung berechtigt gewesen. Die entscheidende Frage sei somit, ob B._____ al s seine Vertreterin rechtsgültig Strafantrag habe stellen können. Zwar liege keine schriftliche Vollmacht des Beschwerdegegners an sie vo r, doch sei eine solche auch nicht zwingend notwendig. Die Ermächtigung eines Vertreters zur Antragstellung dürfe in der Regel angenommen werden, wenn das betreffende Delikt Rechtsgüter verletze, mit deren Wahrung oder Verwaltung der Vertreter allgemein betraut sei. B._____ sei aufgrund ihrer Funktion als Liegenschaftsverwalterin zur Wahrung des Hausrechts verpflichtet und somit zur Antragstellung im Namen des Beschwerdegegners ermächtigt gewesen. Einer speziellen schriftlichen Vollmacht habe sie nicht bedurft. Damit liege ein rechtsgültiger Strafantrag namens des Beschwerdegegners vor.

4.3.

4.3.1. Diese Ausführungen sind nicht zu beanstanden. Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, darf gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Ermächtigung eines Vertreters zur Antragstellung grundsätzlich angenommen werden, wenn das betreffende Delikt materielle Rechtsgüter verletzt, mit deren Wahrung oder Verwaltung der Vertreter allgemein betraut ist (**BGE 122 IV 207** E. 3c; **118 IV 167** E. 1b und c; Urteil 6B_334/2012 vom 26. September 2012 E. 2.2). Dass B._____ für den Beschwerdegegner als Liegenschaftsverwalterin insbesondere der besetzten Liegenschaft geamtet hat (Urteil, S. 20), stellt der Beschwerdeführer nicht in Abrede (vgl. Beschwerde, insbesondere S. 16 ff.). Damit war sie zur Strafantragstellung wegen Hausfriedensbruchs ermächtigt. Der von ihr namens des Beschwerdegegners unterzeichnete Strafantrag ist folglich rechtsgültig.

4.3.2. Als haltlos erweist sich der Einwand des Beschwerdeführers, die Vorinstanz befasse sich mit dem einschlägigen Leitentscheid **BGE 118 IV 167** absichtlich nicht, weil dessen Anwendung für sie zu einem unerwünschten Resultat führen würde (Beschwerde, S. 17 f.). Die Vorinstanz stützt sich ausdrücklich auf **BGE 122 IV 207** E. 3c, worin mit Verweis auf **BGE 118 IV 167** E. 1b und c festgehalten wird, dass die Ermächtigung eines Vertreters zur Antragstellung in der Regel angenommen werden dürfe, wenn das betreffende Delikt materielle Rechtsgüter verletzt, mit deren Wahrung oder Verwaltung der Vertreter allgemein betraut ist. Damit basiert die vorinstanzliche Schlussfolgerung auf einem Grundsatz, der im von ihr zitierten **BGE 122 IV 207** insbesondere gestützt auf **BGE 118 IV 167** hergeleitet wurde und dessen Gehalt deshalb nicht dadurch geschmälert wird, dass **BGE 118 IV 167** eine andere sachverhaltliche Konstellation zugrunde lag. Die ausdrückliche Berücksichtigung von **BGE 118 IV 167** hätte daher entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers den Ausgang des vorliegenden Verfahrens nicht beeinflusst, weshalb der Vorinstanz nicht vorzuwerfen ist, dass sie neben **BGE 122 IV 207** nicht auch **BGE 118 IV 167** explizit erwähnt. Sie setzt sich mit der einschlägigen Rechtsprechung ausreichend auseinander.

4.3.3. Der Argumentation des Beschwerdeführers kann auch nicht gefolgt werden, soweit er sich auf die allgemeinen Voraussetzungen einer gewillkürten Stellvertretung im Sinne von Art. 32 ff. OR stützt und geltend macht, die Bevollmächtigung von B._____ hätte innerhalb der Strafantragsfrist durch den Beschwerdegegner bestätigt werden müssen. Gemäss der zuvor wiedergegebenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung erfüllte B._____ a ls Verwalterin der besetzten Liegenschaft die Voraussetzungen für die Vertretung des Beschwerdegegners bei der Strafantragstellung. Eine zusätzliche Bestätigung des Vertretungsverhältnisses durch den Beschwerdegegner war deshalb nicht erforderlich. Mit seinem Einwand, wonach somit jedermann im Namen einer beliebigen Person als deren angeblicher Vertreter rechtsmissbräuchlich Strafantrag stellen könnte, übersieht der Beschwerdeführer, dass die Ermächtigung eines Vertreters zur Antragstellung nur dann grundsätzlich angenommen werden darf, wenn der Vertreter betraut ist mit der allgemeinen Wahrung oder Verwaltung der vom betreffenden Delikt verletzten materiellen Rechtsgüter - was dem vom Beschwerdeführer gezeichneten Szenario klar entgegensteht.

5.

5.1. Der Beschwerdeführer macht in zweierlei Hinsicht eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Sinne von Art. 3 Abs. 2 lit. a StPO geltend (Beschwerde, S. 11).

5.2. Mit seiner Begründung, er habe sich mehrmals und zu Unzeiten vollkommen unerwartet einer neuen Privatklägerschaft und somit einer neuen Gegenpartei gegenüber gesehen, weshalb es ihm nicht möglich gewesen sei, sich gehörig zu verteidigen, dringt der Beschwerdeführer nicht durch. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern seine Verteidigungsstrategie durch die abweichenden Auffassungen der beiden Vorinstanzen zur Identität der Privatklägerschaft beeinträchtigt gewesen sein soll. Der Beschwerdeführer hat sich von Anfang an darauf berufen, dass kein gültiger Strafantrag vorliege und das Verfahren gegen ihn deshalb einzustellen sei. Bereits an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung hatte er vorgebracht, strafantragsberechtigt sei nur der Beschwerdegegner als Alleineigentümer der Liegenschaft, und B._____ sei nicht befugt gewesen, ihn bei der Antragstellung zu vertreten (vgl. Beschwerde, S. 7). Nachdem die Erstinstanz alsdann (fälschlicherweise) die C._____ AG als Privatklägerin identifiziert hatte, machte der Beschwerdeführer in seiner Berufungsbegründung vom 12. Februar 2016 geltend, als Strafantragsberechtigter könne allein der Beschwerdegegner, nicht aber die C._____ AG angesehen werden (act. 66, S. 7 f.). Und nachdem die Vorinstanz nun den Beschwerdegegner als Strafantragsteller und Privatkläger bezeichnet, beruft sich der Beschwerdeführer wiederum darauf, dass B._____ diesen nicht habe vertreten können und deshalb kein rechtsgültiger Strafantrag vorliege. Demnach konnte er stets seine ursprüngliche Verteidigungsstrategie weiterverfolgen und hatte er lediglich den einen oder anderen Aspekt in den Vordergrund zu rücken. Ausserdem verstösst es nicht gegen Treu und Glauben, wenn erste und zweite Instanz die Beweislage in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht unterschiedlich beurteilen. Die Vorinstanz ist weder an die Sachverhaltsfeststellung noch an die rechtliche Beurteilung der prozessualen Voraussetzungen durch das erstinstanzliche Gericht gebunden (vgl. Urteile 6B_1196/2015 vom 27. Juni 2016 E. 1.3.3; 6B_557/2010 vom 9. März 2011 E. 8.4). Eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben durch die Vorinstanz liegt nicht vor.

5.3. Nicht gefolgt werden kann dem Beschwerdeführer auch, soweit er argumentiert, der Beschwerdegegner habe mit seinem Verhalten im Verfahren gegen Treu und Glauben verstossen, indem er sich bis zu seiner Berufungsantwort vom 23. Mai 2016 nie habe vernehmen lassen, weshalb diese als rechtsmissbräuchlich einzustufen sei und sich nicht erschliesse, aus welchem Grund die Vorinstanz sich gleichwohl darauf berufe (Beschwerde, S. 11 f.). Wie bereits ausgeführt (vgl. vorne E. 2 und 3.3.2), hat B._____ den Beschwerdegegner bei der Strafantragstellung rechtsgültig vertreten. Damit konstituierte sich dieser auch bereits als Privatkläger (Art. 118 Abs. 2 StPO), was er später anhand des ebenfalls durch B._____ als seine Vertreterin ausgefüllten Formulars "Geltendmachung von Rechten der Privatklägerschaft" bekräftigte. Insgesamt hat sich der Beschwerdegegner via seine Vertreterin klar und ausreichend vernehmen lassen. In seinem Verhalten kann deshalb kein Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben gesehen werden, und folglich ist auch seine Berufungsantwort vom 23. Mai 2016 nicht als rechtsmissbräuchlich einzustufen. Die Vorinstanz durfte sich darauf berufen, ohne ihrerseits gegen Bundesrecht zu verstossen.

6.

6.1. Der Beschwerdeführer rügt ein unzulässiges Vorgehen der Polizei, weil bei deren Eingreifen noch gar kein Strafantrag vorgelegen habe und bei Straftaten, die nur auf Antrag verfolgt werden, ein Vorverfahren erst einzuleiten sei, wenn ein Strafantrag vorliege (Beschwerde, S. 19 ff.).

6.2. Gemäss Art. 303 Abs. 1 StPO wird bei Straftaten, die nur auf Antrag oder nach Ermächtigung verfolgt werden, ein Vorverfahren erst eingeleitet, wenn der Strafantrag gestellt oder die Ermächtigung erteilt ist. Allerdings würde eine strikte Anwendung dieses Grundsatzes den Erfolg der späteren Untersuchung häufig in Frage stellen. Flüchtige Beweismittel würden verloren gehen und der Beschuldigte hätte ausreichend Zeit, Beweise verschwinden zu lassen. Deshalb kann die zuständige Behörde gemäss Art. 303 Abs. 2 StPO schon vorher die unaufschiebbaren sichernden Massnahmen treffen. Unaufschiebbar sind sichernde Massnahmen, die im Hinblick auf die Durchführung des Verfahrens sachlich notwendig sind und in zeitlicher Hinsicht keinen Aufschub dulden, also nicht nachgeholt werden können. So muss es der zuständigen Behörde insbesondere erlaubt sein, bereits vor der Erteilung der Ermächtigung bzw. der Stellung des Strafantrags allenfalls vorhandene Beweismittel sicherzustellen (vgl. Urteil 1B_424/2013 vom 22. Juli 2014 E. 4.4 mit Hinweisen).

6.3. Die Vorinstanz erwägt (Urteil, S. 17), bei den von der Stadtpolizei vorgenommenen Abklärungen, insbesondere den Personen- und Effektenkontrollen, habe es sich nicht zuletzt aufgrund der nächtlichen Uhrzeit der Geschehnisse um unaufschiebbare sichernde Massnahmen gehandelt, die zu einem späteren Zeitpunkt zweifelsohne nicht hätten nachgeholt werden können. Ausserdem hätten die Polizeibeamten mit Fug davon ausgehen dürfen, der Eigentümer sei mit der Besetzung der betreffenden Liegenschaft nicht einverstanden. Insgesamt erweise sich das Vorgehen der Polizei als gesetzeskonform.

6.4. Diese Ausführungen sind nicht zu beanstanden. Der Anruf der Nachbarin bei der Polizei erfolgte um 02.12 Uhr. Ihren Angaben zufolge verschafften sich diverse Leute Zutritt zur fraglichen Liegenschaft. Aufgrund der Uhrzeit und des Vorgehens (Einsatz von Werkzeug, Beschädigung mehrerer Türen, Aufhängen von Plakaten auf den Balkonen; vgl. Polizeirapport der Stadtpolizei Zürich vom 28. August 2014, act. 1) konnte ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass dies gegen den Willen des Eigentümers geschah. Infolgedessen musste es der Polizei erlaubt sein, bereits vor Strafantragstellung allenfalls vorhandene Beweismittel sicherzustellen, die zu einem späteren Zeitpunkt womöglich nicht mehr erhältlich gewesen wären. Hierzu ist zum Einen die Aufnahme der Personalien sämtlicher Personen zu zählen, zumal nicht mit Sicherheit davon ausgegangen werden konnte, dass auch am Folgetag noch immer alle vollzählig vor Ort anwesend sein würden. Zwar ist dem Beschwerdeführer Recht zu geben, dass das Verweilen in einem leer stehenden Haus eine Hausbesetzung ja gerade ausmache. Allerdings bedeutet dies noch nicht, dass zu jedem Zeitpunkt sämtliche Besetzer anzutreffen sind, und es ist zu bezweifeln, dass diejenigen Hausbesetzer, die von der Polizei zu einem späteren Zeitpunkt angetroffen worden wären, dieser die Personalien von vorübergehend abwesenden

weiteren Beteiligten bekannt gegeben hätten. Zum Andern ist als unaufschiebbare Massnahme auch die Spurensicherung bezüglich der Sachbeschädigungen einzustufen, da diese zu einem späteren Zeitpunkt womöglich nicht mehr eindeutig den Hausbesetzern zuweisbar gewesen wären.
Der Einwand des Beschwerdeführers, wonach jedenfalls seine Festnahme unzulässig gewesen sei, solange ein Strafantrag noch nicht vorgelegen habe, greift nicht. Entgegen seiner Darstellung wurde er nicht festgenommen, sondern im Sinne von Art. 215 Abs. 1 StPO angehalten und für kurze Zeit auf den Polizeiposten gebracht. Zwar stellt auch die vorübergehende Verbringung auf den Posten einen grösseren Eingriff in die persönliche Freiheit dar, als die blosse Kontrolle am Anhaltungsort. Doch kann durch sie dem Persönlichkeitsrecht des Angehaltenen unter Umständen gerade auch besser Rechnung getragen werden, als während einer längeren Kontrolle in der Öffentlichkeit (GIANFRANCO ALBERTINI/THOMAS ARMBRUSTER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 17 zu Art. 215). Dies dürfte vorliegend der Fall gewesen sein, zumal es nicht nur um die Sicherstellung von Einbruchswerkzeugen, sondern auch von Kleidungsstücken ging. Jedenfalls aber handelte es sich nicht um den schwerwiegenderen Eingriff einer Festnahme. Eine Anhaltung sowie eine anschliessende kurzzeitige Verbringung auf den Polizeiposten ist unter den gegebenen Umständen als legitim zu erachten.
Das Vorgehen der Polizei war im konkreten Fall gestützt auf Art. 303 Abs. 2 StPO zulässig.

7.

7.1. Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die Qualifikation der Hausbesetzung als Hausfriedensbruch und macht geltend, es habe keine klare Willenskundgabe des Liegenschaftseigentümers vorgelegen (Beschwerde, S. 22).

7.2. Gegen den Willen des Berechtigten dringt im Sinne von Art. 186 StGB ein, wer einen Raum ohne die Einwilligung des Trägers des Hausrechts betritt. Der Wille des Berechtigten, dass jemand in einen bestimmten Raum nicht eindringen soll, braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden, sondern kann sich auch aus den Umständen ergeben (**BGE 108 IV 39** E. 5b; **90 IV 74** E. 2b).

7.3. Die Vorinstanz erwägt (Urteil, S. 22 f.), auch ein leer stehendes Haus stelle grundsätzlich ein geschütztes Objekt dar. Entgegen der Verteidigung könne keine Rede davon sein, dass im Falle unbewohnter Liegenschaften ohne Weiteres von einer gleichgültigen Haltung des Eigentümers bezüglich einer Hausbesetzung durch Dritte oder gar von einem Einverständnis hinsichtlich eines solchen Eindringens ausgegangen werden dürfe. Im vorliegenden Fall komme hinzu, dass die Türen der betreffenden Liegenschaft verschlossen gewesen seien, wodurch der Wille des Eigentümers, ein Eindringen trotz Leerstehens zu verhindern, für jedermann deutlich erkennbar gewesen sei. Einer zusätzlichen ausdrücklichen Kundgebung habe es deshalb nicht bedurft.

7.4. Diese Erwägungen sind zutreffend. Daran ändert der Einwand des Beschwerdeführers nichts, wonach der Beschwerdegegner sich kein einziges Mal dahingehend geäussert habe, dass die Hausbesetzer sich nicht in seiner Liegenschaft hätten aufhalten dürfen (Beschwerde, S. 23). Indem die Liegenschaftsverwalterin in seinem Namen rechtsgültig Strafantrag stellte (vgl. hierzu E. 4.3), wurde seine Haltung klar und ausreichend zum Ausdruck gebracht. Nicht überzeugend ist auch das Argument des Beschwerdeführers, die verschlossenen Türen der Liegenschaft seien nicht als Ausdruck dafür zu verstehen, dass der Eigentümer ein unbefugtes Betreten habe verhindern wollen, sondern wohl vielmehr auf die Werkeigentümerhaftung nach Art. 58 OR zurückzuführen.

8.

8.1. Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die Kosten- und Entschädigungsfolgen (Beschwerde, S. 24 ff.).

8.2. Die Vorinstanz erwägt (Urteil, S. 26), die Beschuldigten seien mit ihren Berufungsanträgen gänzlich unterlegen und folglich für das Vorverfahren sowie die Verfahren vor beiden Instanzen vollumfänglich solidarisch kostenpflichtig.

8.3. Der Beschwerdeführer wendet ein, durch Strafbehörden infolge unnötiger oder fehlerhafter Verfahrenshandlungen verursachte Kosten könnten nicht der beschuldigten Person auferlegt werden. Vorliegend habe die Erstinstanz einen materiell- bzw. verfahrensrechtlichen Verstoss begangen, indem sie fälschlicherweise die C._____ AG als Privatklägerschaft angenommen habe. Diese Annahme habe die Vorinstanz im Berufungsverfahren korrigieren müssen. Trotzdem erwähne sie Art. 426 Abs. 3 lit. a StPO nicht, womit sie bereits ihre Begründungspflicht verletze. Zudem sei die Berufung begründet gewesen, da sie die fragliche Korrektur nach sich gezogen habe. Folglich habe der Beschwerdeführer die Verfahrenskosten, welche die erste Instanz durch eine fehlerhafte Verfahrenshandlung verursacht habe, nicht zu tragen.

8.4. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Nach Art. 426 Abs. 1 StPO trägt die beschuldigte Person die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird. Von dieser Kostentragungspflicht sind jene Verfahrenskosten ausgenommen, die der Bund oder der Kanton durch unnötige oder fehlerhafte Verfahrenshandlungen verursacht hat (Art. 426 Abs. 3 lit. a StPO). Die angefallenen Kosten sind in diesem Fall nicht mehr adäquate Folge der Straftat. Das ist beispielsweise der Fall, wenn eine Behörde einen materiell- oder verfahrensrechtlichen Verstoss begangen hat, der im Rechtsmittelverfahren korrigiert werden muss, oder wenn wegen Formfehlern Verfahrenshandlungen wiederholt werden müssen (Urteil 6B_241/2015 vom 26. Januar 2016 E. 1.3.2 mit Hinweis). Die Annahme einer falschen Person als Privatklägerin durch die Erstinstanz stellt entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers keine unnötige oder fehlerhafte Verfahrenshandlung im Sinne von Art. 426 Abs. 3 lit. a StPO dar. Insbesondere hat sie keine zusätzlichen Kosten verursacht, da auch die korrekte Definition der Privatklägerschaft nicht zu der vom Beschwerdeführer gewünschten Einstellung des Verfahrens führt, wie das angefochtene Urteil der Vorinstanz zeigt.
Da kein Anwendungsfall von Art. 426 Abs. 3 lit. a StPO vorliegt, ist der Vorinstanz auch keine Verletzung ihrer

Begründungspflicht vorzuwerfen, wenn sie den Artikel nicht erwähnt (vgl. Beschwerde, S. 25).

9.
Die Beschwerde ist abzuweisen. Die Kosten sind dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist abzuweisen, weil die Beschwerde von vornherein aussichtslos war. Der finanziellen Lage des Beschwerdeführers ist mit herabgesetzten Gerichtskosten Rechnung zu tragen (Art. 65 Abs. 2 BGG). Dem Beschwerdegegner ist keine Entschädigung zuzusprechen, da ihm im bundesgerichtlichen Verfahren keine Umtriebe entstanden sind.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

3.
Die Gerichtskosten von Fr. 1'600.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 24. März 2017

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Die Gerichtsschreiberin: Siegenthaler

Zurück

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.5/2004 /kra

Urteil vom 21. Mai 2004
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Wiprächtiger, Zünd,
Gerichtsschreiber Borner.

Parteien
V._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Martin Pestalozzi,

gegen

1. I._____,
2. N._____,
3. S._____,
Beschwerdegegner,
Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich.

Gegenstand
Mehrfache einfache Körperverletzung etc.,

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 6. November 2003.

Sachverhalt:
A.
V._____ und F._____ lebten während ca. 10 Jahren zusammen auf dem Bauernhof O._____ in B._____, bis F._____ 1997 den Hof verliess.

Am 3. August 2001 erschien F._____ mit I._____ auf dem Bauernhof. Sie beabsichtigten, einen Traktor und eine Mähmaschine abzuholen, die V._____ zur Bewirtschaftung des Betriebs benötigte. V._____ ergriff eine 80 cm lange Wasserwaage aus Aluminium, hiess die beiden, den Hof sofort zu verlassen, und schlug - als sie der Aufforderung nicht nachkamen - I._____ mit der Wasserwaage. Dieser erlitt an der Aussenseite des rechten Arms eine ca. 3 cm lange Hautschürfung und einen Bluterguss.

Während dieser Auseinandersetzung kamen N._____ und S._____, die die erwähnten Maschinen wegfahren sollten, hinzu, um I._____ zu helfen. Als N._____ hinter V._____ auftauchte, drehte sich dieser um, schlug ihm mit der Wasserwaage auf den Kopf und verursachte so eine ca. 3 cm lange Rissquetschwunde. N._____ zückte einen Pfefferspray und sprühte damit gegen V._____. Dieser schlug ihm mit der Wasserwaage die Dose aus der Hand. S._____, der vergeblich versucht hatte, die Wasserwaage zu ergreifen, wurde von diesem Instrument an der linken Hand getroffen, noch bevor er die am Boden liegende Spraydose behändigen und damit V._____ ausser Gefecht setzen konnte. S._____ erlitt einen Bruch des fünften Mittelhandknochens.
B.

Der Einzelrichter in Strafsachen des Bezirks Hinwil verurteilte V._____ am 24. März 2003 wegen Tätlichkeiten und mehrfacher einfacher Körperverletzung zu einer bedingten Gefängnisstrafe von zwei Monaten.

Auf Berufung des Verurteilten trat das Obergericht des Kantons Zürich am 6. November 2003 auf die Anklage betreffend Tätlichkeiten zum Nachteil von I._____ infolge Verjährung nicht ein. Wegen mehrfacher einfacher Körperverletzung sprach es eine bedingte Gefängnisstrafe von 14 Tagen aus.
C.
V._____ führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde und beantragt, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das Obergericht und die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich haben auf Gegenbemerkungen bzw. eine Vernehmlassung verzichtet. Die Beschwerdegegner haben sich innert Frist nicht vernehmen lassen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Die Vorinstanz prüft zunächst, ob der Beschwerdeführer in Notwehr im Sinne von Art. 33 StGB gehandelt habe. Sie verneint dies mit der Begründung, der Beschwerdeführer sei vom Beschwerdegegner 1 in keiner Weise angegriffen worden. Dieser habe sich auf die Aufforderung hin, den Ort zu verlassen, vielmehr passiv verhalten. Das gelte auch für die Beschwerdegegner 2 und 3, die dem Beschwerdegegner 1 zu Hilfe geeilt seien. Putativnotwehr erachtet die Vorinstanz als nicht gegeben, weil der Beschwerdeführer sich nicht über eine aktuelle und konkrete Bedrohung durch den Beschwerdegegner 1 geirrt habe.

Zum Rechtfertigungsgrund des Besitzesschutzes im Sinne von Art. 926 ZGB in Verbindung mit Art. 32 StGB führt die Vorinstanz aus, die frühere Lebenspartnerin des Beschwerdeführers habe keinen Rechtstitel gehabt, um die Maschinen abzuholen, weshalb das angekündigte Vorgehen verbotene Eigenmacht darstelle. Die Schläge mit einem Gegenstand aus Metall gegen Kopf und Hände der Beschwerdegegner 2 und 3 und die daraus resultierenden Verletzungen stellten jedoch nach den Umständen nicht gerechtfertigte Gewalt dar.

Der Beschwerdeführer macht geltend, er sei nicht nur mit der Wegnahme der Maschinen, sondern auch mit dem unerlaubten Verweilen seiner früheren Lebenspartnerin und des Beschwerdegegners 1 konfrontiert gewesen. Die Abwehr sei verhältnismässig und damit rechtmässig gewesen, weshalb die Beschwerdegegner 2 und 3 kein Recht gehabt hätten, ins Geschehen einzugreifen.
2.
Die Tat, die das Gesetz für erlaubt erklärt, ist kein Verbrechen oder Vergehen (Art. 32 StGB). Jeder Besitzer darf sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren (Art. 926 Abs. 1 ZGB).

Art. 926 ZGB erlaubt die Selbsthilfe des Besitzers gegen Besitzesbeeinträchtigungen. Dieser darf sich der Besitzesverletzung selbst entgegenstellen, statt nachher den Richter anzurufen. Die Selbsthilfe dient der Abwehr und Verhinderung einer Besitzesverletzung, ob diese schon zu einer Beeinträchtigung des Besitzes geführt hat oder nicht (Emil Stark, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Basel 1998, N. 1 f. zu Art. 926 ZGB). Von Abwehr der Eigenmacht spricht man, wo der Angriff (noch) nicht zur Entziehung des Besitzes geführt hat, d.h. bei Störung und versuchter Entziehung (ders., Berner Kommentar, Bern 2001, N 7 zu Art. 926 ZGB).

Der sich selbst wehrende Besitzer hat sich jeder nach den Umständen nicht gerechtfertigten Gewalt zu enthalten (Art. 926 Abs. 3 ZGB). Die Handlung des Besitzers muss demnach erforderlich sein, um den angestrebten Erfolg - die Abwehr der Besitzesstörung - herbeizuführen. Art. 926 ZGB setzt nicht voraus, dass das geschützte Rechtsgut über demjenigen steht, das bei der Abwehr verletzt wird. Doch hat der Besitzer von mehreren Abwehrmöglichkeiten diejenige zu wählen, welche die Rechtsgüter des Angreifers am wenigsten verletzt (Valentin Landmann, Notwehr, Notstand und Selbsthilfe im Privatrecht, Diss. Zürich 1975, S. 90 f.). Wenn der Richter nachträglich diese Frage zu beurteilen hat, soll er von denjenigen Verhältnissen ausgehen, die der sich selbst helfende Besitzer im Zeitpunkt seines Handelns erkannte bzw. erkennen konnte (Stark, BK, a.a.O. N 18).
2.1 Indem die Vorinstanz zunächst die Frage der Notwehr prüft und dabei feststellt, der Beschwerdegegner 1 habe sich passiv verhalten, und im Zusammenhang mit dem Besitzesschutz lediglich die angedrohte Wegnahme der Maschinen berücksichtigt, wird sie dem Fall und seiner rechtlichen Dimension nicht gerecht. Insbesondere werden dadurch die Rollen des Angreifers und des Angegriffenen falsch verteilt:

Die frühere Lebenspartnerin des Beschwerdeführers und der Beschwerdegegner 1 leisteten der Aufforderung, den Hof zu verlassen, keine Folge. Bereits dieses passive Verhalten war eine Besitzesstörung, wogegen sich der Beschwerdeführer mit Gewalt wehren durfte. Die frühere Lebenspartnerin des Beschwerdeführers und der Beschwerdegegner 1 waren somit die Angreifer und der Beschwerdeführer der Angegriffene. Die Vorinstanz übergeht diese Besitzesstörung des unbefugten Verweilens stillschweigend. Möglicherweise traf sie bei der Frage des Besitzesschutzes für diese erste Phase der Auseinandersetzung deshalb keine tatsächlichen Feststellungen zur Verhältnismässigkeit des

Verhaltens des Beschwerdeführers, weil allfällige Tätlichkeiten gegenüber dem Beschwerdegegner 1 im Urteilszeitpunkt bereits verjährt waren. Um jedoch beurteilen zu können, ob das Verhalten des Beschwerdeführers in der zweiten Phase, als die Beschwerdegegner 2 und 3 herbeigeeilt waren, verhältnismässig war, muss das Geschehen als Ganzes und insbesondere in seiner Entwicklung betrachtet werden. Da die entsprechenden tatsächlichen Feststellungen fehlen, ist der angefochtene Entscheid im Sinne von Art. 277 BStP aufzuheben.
2.2 Wie bereits erwähnt (E. 2), wird die Vorinstanz bei der Frage, ob die Abwehr des Beschwerdeführers verhältnismässig war, von den Verhältnissen auszugehen haben, wie dieser sie im Zeitpunkt seines Handelns erkannte bzw. erkennen konnte. In den Akten finden sich zahlreiche Stellen, die Rückschlüsse auf den Charakter und die Gemütslage des Beschwerdeführers sowie die Ernsthaftigkeit des Angriffs der Beschwerdegegner zulassen (z.B. HD 26/5 S. 4, HD 8a, HD 46 S. 2, HD 5a S. 4). Vor diesem Hintergrund wird die Vorinstanz den gesamten Ablauf des Geschehens detailliert darzustellen und zu beurteilen haben, ob die Reaktionen des Beschwerdeführers zur Abwehr der Besitzesstörungen erforderlich waren.

Im Zusammenhang mit der angedrohten Wegnahme der Maschinen hält die Vorinstanz dem Beschwerdeführer vor, weil seine Frau und der Nachbar anwesend gewesen seien, hätte er durch diese die Polizei alarmieren lassen, die Schlüssel der Maschinen behändigen oder die Besitzesstörer auf andere Weise am Wegfahren hindern können. Diese Beurteilung setzt sich einerseits darüber hinweg, ob der Beschwerdeführer im Zeitpunkt seines Handelns die erwähnten Möglichkeiten erkannte bzw. erkennen konnte. Anderseits wird übersehen, dass sich der Beschwerdeführer bereits gegen das unbefugte Verweilen seiner frühere Lebenspartnerin und des Beschwerdegegners 1 auf dem Hof wehren durfte und durch das Auftauchen der Beschwerdegegner 2 und 3 unvermittelt mehreren Angreifern gegenüber stand. Inwiefern sich der Beschwerdeführer unter diesen Umständen der erwähnten alternativen Handlungsmöglichkeiten hätte bedienen können, müsste näher begründet werden.
In der Literatur ist umstritten, inwieweit Selbsthilfe zulässig sein soll, wenn obrigkeitliche Hilfe zur Verfügung steht (Ostertag, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bern 1917, N 29 zu Art. 926; Homberger, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 1938, N 26 zu Art. 926; Stark, BK, a.a.O., N 17 zu Art. 926; Landmann, a.a.O., S. 90; Isaak Meier, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, Zürich 1983, S. 13). Die Frage kann hier jedoch offen bleiben, weil sämtliche Autoren die Selbsthilfe befürworten, wenn amtliche Hilfe nicht mehr rechtzeitig möglich ist. Jedenfalls hinsichtlich der Besitzesstörung durch unbefugtes Verweilen auf dem Bauernhof wäre jede amtliche Hilfe zu spät gekommen, weil die Störung bereits andauerte.
3.
Grundsätzlich werden die Kosten der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 278 Abs. 1 BStP). Da die Beschwerdegegner keine Anträge stellten, ist jedoch von einer Kostenauflage abzusehen. Den öffentlichen Ankläger trifft keine Kostenpflicht (Abs. 2). Der Beschwerdeführer ist angemessen zu entschädigen (Abs. 3).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 6. November 2003 aufgehoben und die Sache gemäss Art. 277 BStP an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2.
Es werden keine Kosten erhoben.
3.
Der Beschwerdeführer ist für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 3'000.-- aus der Bundesgerichtskasse zu entschädigen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien, der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 21. Mai 2004
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

Zurück

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.77/2003 /kra

Urteil vom 6. Januar 2004
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Wiprächtiger, Kolly, Karlen,
Ersatzrichterin Pont Veuthey,
Gerichtsschreiberin Arquint Hill.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Richard A. Schindler,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Schwyz,
Postfach 560, 6431 Schwyz.

Gegenstand
Nötigung,

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Schwyz vom 15. Oktober 2002.

Sachverhalt:
A.
X._____ ist Eigentümer der Liegenschaften LM und NO in A._____ in der Gemeinde B._____. Für sie erliess der Einzelrichter des Bezirks Höfe am 11. März 1998 ein Allgemeines Verbot mit folgendem Inhalt:
"Unberechtigten wird das Fahren und Parkieren auf den Grundstücken LM und NO, A._____ verboten.
Bei jeder Zuwiderhandlung droht Busse bis zu Fr. 500.--."
Auf den Grundstücken wurde eine Tafel angebracht, die auf das Verbot und die angedrohte Strafe hinweist.
B.
Im Zeitraum von Mai bis Oktober 1998 legte X._____ bei Fahrzeugen, die unberechtigterweise auf der Liegenschaft NO abgestellt waren, einen Avis unter den Scheibenwischer, der am Schluss wie folgt abgefasst war:
"Sie werden ersucht, mit beiliegendem Einzahlungsschein eine Umtriebsentschädigung von Fr. 30.-- zu entrichten. Mit der Bezahlung dieser Gebühr innert 10 Tagen entheben Sie uns der Pflicht, wegen Uebertretung des richterlichen Verbots zu verzeigen."
17 Fahrzeugführer kamen dieser Aufforderung nach und überwiesen insgesamt Fr. 510.-- auf das PC-Konto von X._____. Andere Lenker bezahlten nichts ein und wurden in der Folge beim Bezirksamt Höfe verzeigt.

Gestützt auf diesen Sachverhalt verurteilte das Bezirksgericht Küssnacht am Rigi X._____ am 27. August 2001 wegen mehrfacher Nötigung und mehrfacher versuchter Nötigung zu einer Busse von Fr. 500.--. Zudem wurde die Einziehung des unrechtmässigen Gewinns von Fr. 510.-- angeordnet. Das Kantonsgericht des Kantons Schwyz wies am 15. Oktober 2002 die vom Angeklagten erhobene Berufung ab und bestätigte das erstinstanzliche Urteil.
C.
X._____ führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde und beantragt, es sei das Urteil des Kantonsgerichts aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das Kantonsgericht beantragt in seinen Gegenbemerkungen die Abweisung der Beschwerde. Vernehmlassungen wurden nicht eingeholt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet die Frage, ob sich der Beschwerdeführer der Nötigung gemäss Art.

181 StGB schuldig gemacht hat, weil er den unbefugt parkierenden Lenkern mit der Verzeigung wegen Übertretung eines richterlichen Verbots drohte, falls sie ihm nicht innert zehn Tagen eine Umtriebsentschädigung von Fr. 30.-- bezahlten.

Nach Auffassung des Beschwerdeführers liegt in diesem Verhalten keine nötigende Handlung. Jedenfalls sei die den unberechtigt Parkierenden unterbreitete "Offerte" nicht rechtswidrig. In diesem Zusammenhang beruft er sich auch auf eine in anderen Kantonen - namentlich in Luzern - gängige Praxis, die das von ihm gewählte Vorgehen ausdrücklich als rechtmässig anerkenne. Schliesslich macht der Beschwerdeführer auch Rechtsirrtum geltend, da er sich vor der Verwendung des fraglichen Avis beim Präsidenten des Bezirksgerichts Höfe über die Zulässigkeit dieses Vorgehens erkundigt und es dieser wohl als heikel, aber nicht von vornherein als unzulässig bezeichnet habe.
2.
Nach Art. 181 StGB wird mit Gefängnis oder mit Busse bestraft, wer jemanden durch Gewalt oder Androhung ernstlicher Nachteile oder durch andere Beschränkung seiner Handlungsfreiheit nötigt, etwas zu tun, zu unterlassen oder zu dulden.

Bei der Androhung ernstlicher Nachteile stellt der Täter dem Opfer die Zufügung eines Übels in Aussicht, dessen Eintritt er als von seinem Willen abhängig erscheinen lässt. Ernstlich sind die Nachteile, wenn ihre Androhung nach einem objektiven Massstab geeignet ist, auch eine besonnene Person in der Lage des Betroffenen gefügig zu machen und so seine freie Willensbildung und -betätigung einzuschränken (**BGE 122 IV 322** E. 1a). Die Drohung mit einer Strafanzeige erfüllt nach der Rechtsprechung diese Voraussetzung. Ein Strafverfahren stellt für die beschuldigte Person regelmässig eine erhebliche Belastung dar. Sie wird daher geneigt sein, dem Druck, der von der Strafanzeige ausgeht, nachzugeben (**BGE 120 IV 17** E. 2a/aa; **101 IV 47** E. 2b; **96 IV 58** E. 2). Der Beschwerdeführer rügt zu Unrecht, dies gelte nur, wenn mit der Anzeige eines von Amtes wegen zu verfolgenden Verbrechens oder Vergehens gedroht werde, nicht aber wenn eine blosse Übertretung oder ein Antragsdelikt in Frage stehe. Diese Argumentation verkennt, dass auch Verfahren wegen geringfügiger Straftaten aufwändig und belastend sein können. Juristische Laien sind ausserdem häufig ohnehin nicht in der Lage, die Tragweite des angedrohten Strafverfahrens von Anfang an exakt zu beurteilen. Aus diesem Grund kommt ebenfalls dem Verweis des Beschwerdeführers auf den geringen Bussenbetrag, mit dem fehlbare Lenker bei einer Verzeigung zu rechnen hätten, keine ausschlaggebende Bedeutung zu.

Im vorliegenden Fall beeinflusst die angedrohte Verzeigung die fehlbaren Lenker bei ihrem Entscheid, ob sie die verlangte Umtriebsentschädigung bezahlen wollen. Darin liegt eine Einschränkung ihrer Willensbildung und -betätigung. Der Beschwerdeführer wendet zu Unrecht ein, er habe mit dem fraglichen Avis die Handlungsfreiheit der unbefugt Parkierenden gar nicht eingeschränkt, sondern erweitert, indem er ihnen ein sonst nicht bestehendes Angebot zur Vermeidung eines Strafverfahrens unterbreitet habe. Mit Blick auf die Sanktionierung des unzulässigen Parkierens mag das Vorgehen des Beschwerdeführers für den Fehlbaren zwar eine Handlungsalternative schaffen. Dies ändert aber nichts am Druck, der auf den Lenker ausgeübt wird, die verlangte Umtriebsentschädigung zu bezahlen. Bei genauer Betrachtung wird überdies für den Falschparkierer keine eindeutige Alternative eröffnet, da er bei seinem Entscheid nicht sicher weiss, ob bei Nichtbezahlung der Umtriebsentschädigung wirklich in jedem Fall eine Verzeigung erfolgt.

Der angefochtene Entscheid verletzt somit kein Bundesrecht, soweit dem Beschwerdeführer darin ein nötigendes Verhalten im Sinne von Art. 181 StGB vorgeworfen wird.
3.
Eine nötigende Handlung ist nur unrechtmässig, wenn das Mittel oder der Zweck unerlaubt sind oder wenn das Mittel zum erstrebten Zweck nicht im richtigen Verhältnis steht oder wenn die Verknüpfung zwischen einem an sich zulässigen Mittel und einem erlaubten Zweck rechtsmissbräuchlich oder sittenwidrig ist (**BGE 122 IV 322** E. 2a).
3.1 Nach der Rechtsprechung ist es grundsätzlich erlaubt, jemandem eine Strafanzeige anzudrohen, wenn diese nicht völlig unbegründet erscheint. Insbesondere darf das Opfer einer Straftat eine Anzeige für den Fall ankündigen, dass seine Schadenersatzansprüche nicht befriedigt werden. Unzulässig ist die Drohung mit einer Strafanzeige indessen, wenn zwischen dem Straftatbestand, der angezeigt werden soll, und der gestellten Forderung jeder sachliche Zusammenhang fehlt oder wenn mit der Drohung eine ungerechtfertigte Zuwendung zu erlangen versucht wird (**BGE 120 IV 17** E. 2a/bb; **101 IV 47** E. 2; **87 IV 13** E. 1).

In Anwendung dieser Grundsätze hat das Bundesgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung erkannt, dass ein Zahnarzt wohl seiner Büroangestellten eine Strafanzeige androhen durfte, um sie zur Anerkennung einer Forderung auf Rückerstattung angeblich veruntreuter Gelder zu bewegen, er jedoch zu weit ging, als er ihr darüber hinaus einen Betrag von Fr. 220.-- als "freiwilligen" Zuschlag abnötigte (**BGE 69 IV 168** E. 3). In einem anderen Fall bejahte es zwar den sachlichen Zusammenhang zwischen der Strafanzeige und der geltend gemachten Forderung, erachtete aber das Vorgehen als Verstoss gegen die guten Sitten, weil der nötigende Kaufmann verbotene Geschäftspraktiken zuvor gebilligt und sich teilweise selber strafbar gemacht hatte (**BGE 87 IV 13** E. 2). Verneint wurde der erforderliche Sachzusammenhang in einem weiteren Fall, in dem ein Occasionshändler einem Kunden ein Auto mit einem schwächeren Motor als angegeben verkauft hatte. Mit der Drohung, diesen Vorfall in der Fernsehsendung "Kassensturz" zur Sprache zu bringen, hätte der Kunde allenfalls seinem Anspruch auf Ersatz des Minderwerts Nachdruck verschaffen dürfen, hingegen nicht einer keineswegs liquiden Forderung von Fr. 500.-- für angebliche Auslagen für eine Expertise und andere Umtriebe (**BGE 106 IV 125** E. 3b). Schliesslich erklärte es das Bundesgericht als unzulässig, säumigen Schuldnern ohne nähere Anhaltspunkte systematisch Anzeigen wegen Misswirtschaft im Sinne von Art. 165 StGB anzudrohen und dabei unzutreffende Angaben über die Abwicklung des Strafverfahrens zu machen, um sie zur Bezahlung ausstehender Rechnungen anzuhalten (**BGE 120 IV 17** E. 2a/bb und b).
3.2 Die Frage, ob von unerlaubt Parkierenden unter Androhung einer Strafanzeige eine Umtriebsentschädigung verlangt werden dürfe, hat das Bundesgericht bisher noch nie näher geprüft. Der Beschwerdeführer weist zwar auf einen Entscheid vom 29. August 1999 (6S.501/ 1999) hin, der das Rechtsmittel einer Falschparkiererin gegen ein Urteil des Luzerner Obergerichts, II. Kammer, vom 21. Mai 1999, (publiziert in LGVE 1999 I Nr. 50) abwies. Letzteres hatte einen Abwart vom Vorwurf der Nötigung freigesprochen, der am Wagen der unbefugt parkierenden Frau einen Avis angebracht hatte, der ähnlich abgefasst war wie derjenige des Beschwerdeführers. Das Bundesgericht wies die Beschwerde der Falschparkiererin unter Verweis auf die Erwägungen des Obergerichts ab. Offenbar mit Blick auf die

geringe Bedeutung der Streitsache verzichtete es auf eine nähere Prüfung der aufgeworfenen Rechtsfrage.

In den Kantonen besteht soweit ersichtlich keine einheitliche Praxis. Während es das Luzerner Obergericht nach dem erwähnten Urteil für zulässig hält, dass von Falschparkierern unter Androhung einer Strafanzeige eine Umtriebsentschädigung eingefordert wird, sieht das Schwyzer Kantonsgericht darin in konstanter Rechtsprechung eine Nötigung im Sinne von Art. 181 StGB. Aus den Akten ergibt sich, dass auch in anderen Kantonen als Luzern das dem Beschwerdeführer vorgeworfene Verhalten toleriert wird.
3.3 Das vom Beschwerdeführer angewandte Vorgehen oder eine ähnliche Praxis ist auch bei der Verübung anderer Bagatelldelikte verbreitet. So werden Schwarzfahrer in öffentlichen Verkehrsmitteln in der Regel nicht verzeigt, wenn sie zum Fahrpreis einen Zuschlag bezahlen. Mit der Entrichtung des von den Verkehrsbetrieben geforderten Betrags kann sich somit der Schwarzfahrer von der strafrechtlichen Verfolgung "freikaufen" (Stephan Ochsner, Die strafrechtliche Behandlung des Schwarzfahrers, Diss. Zürich 1997, S. 126, 130 f.). Ähnlich gehen die Verkaufsgeschäfte gegenüber Ladendieben vor, die sie auf frischer Tat ertappen. Sie sind bereit, auf eine Strafanzeige zu verzichten, wenn der Dieb neben dem Warenwert eine Umtriebsentschädigung bezahlt (vgl. Fritz Falb, Das Vorgehen gegen den durch Private in flagranti erwischten Dieb im Selbstbedienungsladen, ZStrR 1964 68 ff.; Paul Rust, Ladendiebstahl und "Selbstjustiz", Diss. Zürich 1972, S. 74 ff.; Rolf Stephani, Die Wegnahme von Waren in Selbstbedienungsgeschäften durch Kunden, Diss. Bern 1968, S. 64 ff. - Siehe ferner allgemein aus kriminologischer Sicht Günther Kaiser, Kriminologie, 3. Aufl. 1996, § 69 N. 14).

Zur rechtlichen Zulässigkeit dieser Praktiken gegenüber Schwarzfahrern und Ladendieben liegen - soweit ersichtlich - ebenfalls keine höchstrichterlichen Entscheide vor. Die juristische Literatur beurteilt sie differenziert nach den jeweiligen konkreten Umständen (vgl. die soeben angeführten Werke). In Deutschland ist für diese Fälle die Schaffung einer besonderen gesetzlichen Regelung gefordert worden, um Missbräuchen allzu weit gehender Selbstjustiz vorzubeugen (vgl. etwa Claus Roxin, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I, 3. Aufl. 1997, § 2 N. 60).
4.
Aus der angeführten Rechtsprechung geht hervor, dass die Rechtmässigkeit der erwähnten Vorgehensweisen gegenüber Falschparkierern, Schwarzfahrern und Ladendieben nicht losgelöst von den konkreten Umständen beurteilt werden kann. Dementsprechend ist auch zur Frage, in welchem Umfang es zulässig ist, einem Falschparkierer eine Strafanzeige anzudrohen, falls er nicht innert einer bestimmten Frist eine Umtriebsentschädigung bezahle, hier nicht umfassend Stellung zu nehmen. Der Prüfung bedarf einzig, ob das dem Beschwerdeführer vorgeworfene Verhalten unter den gegebenen Umständen als rechtmässig erscheint.
4.1 Eine Nötigung ist nach der dargelegten Praxis zu bejahen, wenn mit der Drohung einer Strafanzeige eine Zuwendung zu erlangen versucht wird, die ungerechtfertigt erscheint oder die in keinem sachlichen Zusammenhang zum angeblich strafbaren Verhalten steht.

Sowohl die Umtriebsentschädigung, die der Beschwerdeführer verlangt, als auch die Strafanzeige, die er für den Fall der Nichtbezahlung androht, knüpfen an das unbefugte Parkieren auf seinem Grund an und sollen dieses sanktionieren. Sie stehen offenkundig in einem Sachzusammenhang (vgl. auch Rust, a.a.O., S. 79). Das Verhalten des Beschwerdeführers kann daher nur als Nötigung qualifiziert werden, wenn die von ihm geforderte Umtriebsentschädigung von Fr. 30.-- ungerechtfertigt ist. Dies ist der Fall, wenn ihm nach zivil- oder öffentlichrechtlichen Normen keine oder keine so hohe Entschädigung zusteht.

Der Beschwerdeführer versucht demgegenüber vergeblich, die Rechtmässigkeit seines Handelns auf die Regeln über den Besitzesschutz abzustützen. Auch nach dem angefochtenen Urteil steht ausser Frage, dass er die durch den Falschparkierenden verursachte Besitzesstörung nicht taten- und auch nicht entschädigungslos hinnehmen muss. Er kann vielmehr nach Art. 926 ZGB Unbefugte an der Benutzung der Parkplätze seiner Liegenschaft hindern oder sie von diesen vertreiben. Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführer denn auch nicht verurteilt, weil er sein Besitzesschutzrecht in Anspruch genommen hätte, sondern weil er durch Androhung einer Strafanzeige eine zu hohe Umtriebsentschädigung verlangte.

Die Frage, ob sich der Beschwerdeführer einer Nötigung schuldig gemacht hat, hängt somit davon ab, ob er gegenüber den fehlbaren Automobilisten einen Anspruch auf eine Umtriebsentschädigung von Fr. 30.-- hatte.
4.2 Gegen die unbefugte Benützung seiner Parkplätze steht dem Beschwerdeführer als Eigentümer ein Anspruch auf Beseitigung der Störung, Unterlassung in Zukunft und Schadenersatz zu (Art. 641 Abs. 2 und Art. 928 ZGB). Ausserdem kann er für den Gebrauch seines Grunds zum Abstellen eines Fahrzeugs eine Entschädigung aus sog. faktischem Vertragsverhältnis verlangen (vgl. Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid/Heinz Rey, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 8. Aufl. Zürich 2003, N. 1190 mit Verweis auf BGHZ 21 319 ff.). Schliesslich hat der Beschwerdeführer Anspruch auf Ersatz der vorprozessualen und prozessualen Kosten, die ihm zur Geltendmachung seiner Rechte entstehen.

Die vorprozessualen Kosten gelten nach der Rechtsprechung als Teil des Schadens, soweit sie nicht durch eine nach kantonalem Verfahrensrecht zuzusprechende Parteientschädigung gedeckt sind (**BGE 117 II 394** E. 3a). Der Beschwerdeführer kann somit für diese Kosten auf jeden Fall Ersatz beanspruchen, auch wenn er zur Geltendmachung seiner Ansprüche keine Zivilklage erhebt. Hingegen steht ihm ein Anspruch auf Entschädigung von Umtrieben im Strafverfahren nur zu, wenn er tatsächlich durch Verzeigung ein solches Verfahren einleitet und sich daran beteiligt. Die im Strafverfahren in der Regel zugesprochene Parteientschädigung deckt sich daher nicht unbedingt mit dem zivilrechtlichen Ersatzanspruch für Umtriebe. Wie das Luzerner Obergericht im bereits erwähnten Urteil (LVGE 1999 I Nr. 50) annimmt, wird sie sich allerdings meist in derselben Höhe bewegen, zumal vorprozessuale Umtriebe auch im Strafverfahren entschädigt werden (vgl. Niklaus Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Lieferung 1997, § 188 N. 2). Umgekehrt ändert die restriktivere Praxis bei der Zusprechung von Parteientschädigungen im Strafverfahren, die im Kanton Schwyz geübt wird, nichts am Bestehen des zivilrechtlichen Ersatzanspruchs für vorprozessuale Parteikosten.

Zu erstatten sind dem Geschädigten nur jene Umtriebe, die ihm durch das Falschparkieren im jeweiligen Fall tatsächlich

entstanden sind. Dazu gehört der für die Geltendmachung seiner Zivilansprüche erforderliche Personalaufwand und die Auslagen für Papier, Porto etc. (Falb, a.a.O., S. 76; Rust, a.a.O., S. 111 ff.; vgl. auch Richard Frank/ Hans Sträuli/Georg Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. Zürich 1997, § 68 N. 12; restriktiver bezüglich der Personalkosten dagegen die deutsche Praxis; vgl. BGHZ 75, 230 E. II.1.a). Hingegen besteht kein Anspruch auf Ersatz von allgemeinen Überwachungs- und Sicherungsmassnahmen gegenüber Parksündern, da sie nicht dem einzelnen fehlbaren Lenker zugeordnet werden können (Falb, a.a.O., S. 76; vgl. ferner aus der ausländischen Doktrin Helmut Heinrichs, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Aufl. München 2003, § 249 N. 44; anders dagegen das Urteil der Cour d'appel de Poitiers vom 7. Februar 1974 in: Recueil Dalloz Sirey 1974, S. 693 ff., mit kritischer Anmerkung von Jean Pradel und François Alaphilippe, S. 696). Demgegenüber zählt eine Belohnung, die für die Ermittlung des Falschparkierers bezahlt wurde (sog. Fangprämie), zu den erstattungsfähigen Rechtsverfolgungskosten (vgl. BGHZ 75, 230 E. II.2).

Da die Umtriebsentschädigung somit nur die konkret angefallenen Parteikosten umfasst, spielen bei ihrer Festsetzung die Höhe der Busse, mit welcher der Falschparkierer zu rechnen hätte, und generalpräventive Gesichtspunkte grundsätzlich keine Rolle. In der Doktrin wird freilich diskutiert, ob eine Pauschalierung der Umtriebsentschädigung, die sich an der Höhe der eingesparten Busse bzw. beim Ladendieb am Wert der gestohlenen Sache orientiert, wünschbar wäre, um eine abschreckende Wirkung zu erzielen (vgl. etwa Gunther Arzt, Empfiehlt sich, in bestimmten Bereichen der kleinen Eigentums- und Vermögenskriminalität, insbesondere des Ladendiebstahls, die strafrechtlichen Sanktionen durch andere, zum Beispiel zivilrechtliche Sanktionen abzulösen, gegebenenfalls durch welche?, in: Verhandlungen des einundfünfzigsten Deutschen Juristentags, Band II, München 1976, S. N51). Für solche Umtriebspauschalen bedürfte es aber einer besonderen gesetzlichen Grundlage, wie sie bisher gegenüber Schwarzfahrern in Art. 16 des Transportgesetzes vom 4. Oktober 1985 (TG; SR 742.40) geschaffen wurde (Botschaft über Transporte des öffentlichen Verkehrs vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 186; Ochsner, a.a.O., S. 129), im Bereich des Falschparkierens aber nicht besteht.
4.3 Nach den Feststellungen im angefochtenen Urteil ist nicht erwiesen, dass der Beschwerdeführer in den Fällen, in denen er den fraglichen Avis unter den Scheibenwischer gelegt hat, dadurch einen Schaden erlitten hat, dass er selber oder Mieter der Parkplätze auf fremde Abstellplätze ausweichen mussten. Ebenso wenig ist die Parkgebühr ermittelt worden, welche für die unbefugte Belegung der Parkplätze geschuldet wäre. Angesichts der festgestellten Umstände ist ein solcher Anspruch im Grundsatz jedoch ohne weiteres zu bejahen. Freilich ist er vom Beschwerdeführer gegenüber den fehlbaren Automobilisten nicht geltend gemacht worden, hat er doch von ihnen einzig eine Umtriebsentschädigung verlangt. Auf diese Letztere steht ihm im Lichte der obigen Ausführungen ebenfalls ein Anspruch zu, was auch von der Vorinstanz anerkannt wird. Die Umtriebsentschädigung umfasst dabei den zur Geltendmachung der Zivilansprüche nötigen Personalaufwand und die Auslagen (Büromaterial, Porto etc.).
4.4 Zum Umfang der Umtriebe hat die Vorinstanz keine näheren Erhebungen getätigt. Sie stellt auf den erstinstanzlichen Entscheid ab, der von den Angaben des Beschwerdeführers ausgeht, aber nur zwei der von ihm genannten Aufwandpositionen anerkennt. Nach Auffassung der Vorinstanz erstreckt sich der personelle Aufwand lediglich auf die benötigte Zeit für das Ausfüllen des Avis (3 Minuten) und für die Überprüfung der Parkberechtigung (3 Minuten), was beim geltend gemachten Stundenlohn von Fr. 85.-- einen Betrag von Fr. 8.50 ergibt. Die Auslagen beziffert die Vorinstanz auf Fr. 6.-- (Fr. 1.-- für eine Kopie und Fr. 5.-- für Portospesen). Die gesamthaften Umtriebe pro Falschparkierer setzt sie auf Fr. 14.50 fest (Fr. 8.50 + Fr. 6.--).

Diese Berechnung täuscht einerseits eine Genauigkeit vor, die tatsächlich nicht besteht. So ist es verfehlt, den für den einzelnen Fall benötigten Zeitaufwand auf die Minute genau bestimmen zu wollen, auch wenn der Beschwerdeführer selber zu einzelnen Verrichtungen präzise Angaben macht. Anderseits ist die Berechnung der Vorinstanz unvollständig. Denn sie verkennt, dass der Beschwerdeführer seine gesamten Zivilansprüche mit den dazugehörigen Kosten geltend machen kann. Dazu gehört auch das Führen einer einfachen Buchhaltung mit einer Kontrolle der Eingänge der Zahlungen für die ausgestellten Avis. Da sich die vorliegend in Betracht fallenden kleinen Schadensposten nicht mit vernünftigem Aufwand exakt bestimmen lassen, ist nach der Rechtsprechung gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR eine Schätzung nach richterlichem Ermessen vorzunehmen (**BGE 106 IV 378** E. 6c-e; vgl. auch Roland Brehm, Berner Kommentar, Art. 42 N. 64 i.f.). In der Doktrin und in der ausländischen Judikatur wird angesichts der Schwierigkeit des Nachweises der konkreten Umtriebe eine Pauschalierung der Umtriebe nach richterlichem Ermessen befürwortet (Rust, a.a.O., S. 113; Hans Stoll, Empfiehlt sich, in bestimmten Bereichen der kleinen Eigentums- und Vermögenskriminalität, insbesondere des Ladendiebstahls, die strafrechtlichen Sanktionen durch andere, zum Beispiel zivilrechtliche Sanktionen abzulösen, gegebenenfalls durch welche?, in: Verhandlungen des einundfünfzigsten Deutschen Juristentags, Band II, München 1976, S. N21 ff.; BHGZ 75, 230 E. II.2b betreffend die Fangprämie).
Unter Würdigung des Zeitaufwands und der Auslagen, die dem Beschwerdeführer zur Wahrnehmung seiner Zivilansprüche gegenüber den Falschparkierern erwachsen, erscheint die von ihm verlangte Umtriebsentschädigung von Fr. 30.-- nicht als übersetzt.
4.5 Dem Beschwerdeführer steht somit ein Anspruch auf den Geldbetrag zu, den er mit dem angebrachten Avis von den Falschparkierern forderte. Sein Verhalten stellt aus diesem Grund keine Nötigung dar.
4.6 Es bleibt die Frage, ob sich der Beschwerdeführer der versuchten Erpressung schuldig gemacht haben könnte. Wer unter Drohung mit einer Strafanzeige in Bereicherungsabsicht mehr verlangt, als ihm zusteht, begeht eine Erpressung (vgl. **BGE 69 IV 168** E. 3 S. 173; Philippe Weissenberger, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, 2003, Art. 156 N. 14; Vital Schwander, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 1964, N. 629a).

Die Vorinstanz bemerkt zwar, dass der Beschwerdeführer im verlangten Betrag von Fr. 30.-- auch eine kleine Strafe gesehen habe. Sie unterstellt ihm aber nicht ein Handeln in Bereicherungsabsicht. Tatsächlich ergibt sich aus den Akten, dass der Beschwerdeführer mit den eingeforderten Beträgen lediglich den ihm entstehenden Aufwand decken wollte. Er handelte somit nicht in erpresserischer Absicht.
5.
Aus diesen Gründen ist die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben.

Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Kosten zu erheben (Art. 278 Abs. 2 BStP). Dem Beschwerdeführer ist für das

bundesgerichtliche Verfahren eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 278 Abs. 3 BStP).
Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen. Der Entscheid des Kantonsgerichts des Kantons Schwyz vom 15. Oktober 2002 wird aufgehoben und die Sache an diese Instanz zur neuen Entscheidung zurückgewiesen.
2.
Es werden keine Kosten erhoben.
3.
Dem Beschwerdeführer wird für das bundesgerichtliche Verfahren eine Entschädigung von Fr. 3000.-- aus der Bundesgerichtskasse ausgerichtet.
4.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Staatsanwaltschaft des Kantons Schwyz und dem Kantonsgericht des Kantons Schwyz schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 6. Januar 2004
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin:

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

Zurück

Urteilskopf

118 IV 167

30. Extrait de l'arrêt de la Cour de cassation pénale du 27 février 1992, dans la cause Q. et cst. c. Société immobilière X. et Procureur général du canton de Genève (pourvoi en nullité).

Regeste

Der Generalbevollmächtigte ist ohne vorherigen Beschluss des Verwaltungsrates dort zur Stellung eines Strafantrages befugt, wo es um den Schutz des Geschäftsvermögens geht und der Strafantrag nicht gegen den Willen der Gesellschaftsorgane gestellt wird. Bei Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter einer Gesellschaft hat grundsätzlich die Verwaltung selbst zu handeln (E. 1).
Selbst wenn ein leerstehendes Haus in naher Zukunft nicht benützt werden soll, ist Hausfriedensbruch durch eine unberechtigte Hausbesetzung möglich. Geschütztes Rechtsgut ist nicht der Besitz, sondern der Wille des Berechtigten (E. 3).
Der Grundsatz der Subsidiarität des Strafrechts ist nicht anwendbar beim Fehlen vertraglicher Beziehungen zwischen dem Täter und dem Geschädigten (E. 3b).
Rechtsirrtum ist ausgeschlossen, wenn die kantonale Behörde feststellt, die Täter seien sich bewusst gewesen, dass ihr Handeln gegen das Strafgesetz verstosse (E. 4).

Sachverhalt ab Seite 168

BGE 118 IV 167 S. 168

A.- La Société immobilière X. est propriétaire d'immeubles locatifs à Genève. Elle en a confié la gestion à Y.-Management SA. Ces deux sociétés ont pour seul administrateur Y., qui est leur unique actionnaire. Z. est directeur de Y.-Management SA avec signature individuelle de même que Y.
Le 12 octobre 1989, une manifestation politique organisée par divers mouvements a eu lieu à Genève pour protester contre la crise du logement et contre l'évacuation, ordonnée six jours auparavant, d'un immeuble "squatté". Cette manifestation a abouti à l'occupation de l'un des immeubles de la Société immobilière X. dont les logements étaient vides à l'exception de deux appartements, loués chacun à une famille. Les manifestants ont percé les murs qui obturaient les portes palières des logements vides avant d'en prendre possession. A., B. et C. occupaient toujours les lieux le 29 mai 1990.
Leur présence a été constaté pour la première fois le 24 novembre 1989 selon un rapport établi par la police de sûreté; ils ont expliqué qu'ils avaient participé à la manifestation du 12 octobre 1989 et pris possession des locaux le 13 ou le 14 octobre 1989 en ce qui concerne A. et C. et le 15 octobre 1989 pour B.
Dès le 12 octobre 1989, la Société immobilière X., représentée par Y.-Management SA, avait déposé plainte pénale, notamment pour violation de domicile. C'est Z., en l'absence de Y. à l'étranger, qui a signé la plainte, mais sa qualité pour agir a été formellement attestée par la régie T. Services SA qui est au bénéfice d'un contrat de gérance datant du 25 avril 1989 portant sur l'immeuble en cause. De plus, le 17 janvier 1990, Me F., avocat au barreau de Genève, chargé par la Société immobilière X. d'assumer la défense des intérêts de celle-ci, a informé le Procureur général de Genève de sa constitution en relation avec la plainte du 12 octobre 1989. Le 18 janvier 1990, Me F. a protesté auprès du Procureur général contre le classement de la procédure relative à la plainte déposée par sa cliente le 12 octobre 1989. Il a notamment fait valoir que des infractions punissables sur

BGE 118 IV 167 S. 169

plainte avaient été commises et continuaient de l'être. Aussi demandait-il l'ouverture d'une information pénale et la transmission de la procédure à l'instruction afin que les auteurs de ces délits patents soient poursuivis.
Pour sa part, Y., agissant au nom de Y.-Management SA représentant la Société immobilière X., a déposé à son tour, le 30 janvier 1990, une plainte pénale, notamment pour violation de domicile, à la suite de l'occupation de son

immeuble.

B.- Par ordonnances de condamnation du 10 septembre 1990, le Procureur général a reconnu A., B. et C. coupables de violation de domicile et a condamné chacun d'eux à la peine de dix jours d'emprisonnement avec sursis pendant deux ans. Ils ont fait opposition, mais le Tribunal de police, statuant le 16 janvier 1991, les a condamnés derechef à la même peine.
En appel, enfin, la Cour de justice a confirmé le 13 mai 1991 le jugement du 16 janvier précédent.

C.- A., B. et C. ont saisi le Tribunal fédéral d'un pourvoi en nullité. Ils concluent à l'annulation de l'arrêt attaqué, au renvoi de la cause à l'autorité cantonale pour qu'elle prononce leur libération, ainsi que, à titre subsidiaire, à la constatation de l'absence d'une plainte valable.
Ils demandent l'assistance judiciaire.

Erwägungen

Considérant en droit:

1. a) Les recourants font valoir que la plainte pénale du 12 octobre 1989 n'avait pas été valablement déposée, puisqu'elle n'émanait pas d'un organe comme tel de la Société immobilière X., mais d'un représentant investi seulement d'un pouvoir général ne l'habilitant pas à agir par voie pénale sans pouvoirs spéciaux.
b) Selon une jurisprudence constante, la plainte pénale au sens de l'**art. 28 al. 1 CP** est valable lorsque l'ayant droit a, dans le délai prévu par l'**art. 29 CP**, exprimé, auprès de l'autorité compétente selon le droit cantonal et dans la forme prescrite par celui-ci, la volonté inconditionnelle que l'auteur de l'infraction considérée soit poursuivi pénalement (**ATF 115 IV 2** consid. 2a, **ATF 108 Ia 99** consid. 2, **ATF 106 IV 244** consid. 1 et les références). C'est donc la procédure cantonale qui détermine les conditions de forme auxquelles la plainte doit satisfaire lorsque le droit strictement personnel du lésé de la déposer est exercé par un représentant. Dans cette perspective, le droit cantonal peut exiger la production d'une procuration écrite dans le délai de

BGE 118 IV 167 S. 170

plainte ou en dehors de celui-ci, voire dispenser le mandataire choisi, avocat ou non, de présenter un tel document (**ATF 108 Ia 99** consid. 2, **ATF 106 IV 245** consid. 2). Par contre, dans la mesure où la plainte a été déposée par un représentant sans pouvoirs, la ratification par le lésé doit intervenir avant l'expiration du délai de plainte (**ATF 103 IV 72** consid. 4b).
Lorsque la plainte est déposée au nom d'une personne morale, il faut se référer à sa structure interne pour déterminer qui a qualité pour déposer plainte. C'est en principe l'organe qui a pour mission de veiller sur les intérêts lésés par l'infraction et dont les pouvoirs sont mentionnés au registre du commerce (**ATF 99 IV 2** /5 consid. a à d). S'agissant d'une société anonyme, il s'agira en principe de l'administration.
Toutefois, lorsqu'il y a lieu de sauvegarder les intérêts commerciaux d'une entreprise, un mandataire commercial au bénéfice d'une procuration générale au sens de l'**art. 462 CO** peut déposer plainte sans décision préalable du conseil d'administration pour autant que cela ne soit pas contraire à la volonté de celui-ci. En revanche, s'agissant d'actes qui compromettent des intérêts strictement personnels, telle une atteinte à l'honneur, la procuration spéciale est nécessaire (**ATF 99 IV 4** consid. d, **ATF 73 IV 70** consid. 4; cf. item REHBERG, "Der Strafantrag", in RPS No 85 (1969) p. 247 ss, not. p. 258).
c) La violation de domicile au sens de l'**art. 186 CP** est un délit contre la liberté. Le bien protégé est la liberté du domicile (Hausrecht), qui comprend la faculté de régner sur des lieux déterminés sans être troublé et d'y manifester librement sa propre volonté. La liberté du domicile appartient à celui qui a le pouvoir de disposer des lieux, que ce soit en vertu d'un droit réel ou personnel ou encore d'un rapport de droit public (**ATF 112 IV 33** consid. 3, **ATF 108 IV 39** consid. 5a, **ATF 103 IV 163** consid. 1, **ATF 90 IV 76** consid. 1, **ATF 83 IV 156** consid. 1 et les références). Il s'ensuit que la qualité pour déposer une plainte fondée sur l'**art. 186 CP** n'a pas sa source dans la personne même du lésé comme c'est le cas pour les atteintes à l'honneur ou à l'intégrité corporelle, mais exclusivement dans le contenu de la relation de droit fondant le pouvoir de disposer des lieux. Ainsi, dans l'hypothèse d'un bail à ferme ou d'un bail à loyer, l'ayant droit est le fermier ou le locataire à l'exclusion du propriétaire des lieux (**ATF 112 IV 33** consid. 3a, **ATF 83 IV 156** consid. 1).
Il faut dès lors bien distinguer entre les droits strictement personnels, lesquels sont inhérents à la personne de l'ayant droit par leur nature même (intégrité corporelle, honneur, liberté individuelle) ou

BGE 118 IV 167 S. 171

procèdent de son état (mariage, filiation), et ceux que l'on pourrait qualifier de droits simplement personnels parce que ne dépendant pas directement de la personne même de leur titulaire, mais du seul contenu d'un rapport de droit déterminé de nature réelle ou personnelle/contractuelle et relevant du droit privé ou public.
La liberté du domicile appartient manifestement à cette dernière catégorie de droits qu'il ne se justifie dès lors pas en bonne logique de traiter d'une manière différente de celle concernant les droits patrimoniaux. REHBERG (op.cit., p. 260) considère même comme déterminante au sein d'une entreprise la fonction de tel ou tel employé dont le rôle consiste justement à veiller à la sauvegarde du bien juridiquement protégé et lésé par l'infraction, plutôt que l'existence d'une procuration générale en faveur de celui-ci. Une telle solution s'impose avec une force accrue, s'agissant d'une société immobilière dont la raison d'être consiste dans la gestion d'immeubles. Dans ce contexte, on peut admettre qu'un représentant disposant d'un pouvoir général exprès, mais qui aurait pu être conféré tacitement par actes concluants (**ATF 50 II 135** consid. 2), est habilité à déposer plainte pénale dans des circonstances telles que celles relatées plus haut qui lèsent manifestement les droits patrimoniaux de la société propriétaire. Or, on a vu que la société Y.-

Management SA, ainsi que cela ressort du registre du commerce, était engagée par la signature individuelle de Z. et qu'elle était titulaire d'un mandat général conféré par la Société immobilière X., ainsi que l'a d'ailleurs attesté la régie T. Services SA, laquelle agissait elle-même en qualité de mandataire professionnel.

Dans ces conditions, il est sans pertinence, en ce qui concerne la validité de la plainte du 12 octobre 1989, que, lors du dépôt de celle-ci, Y. se soit trouvé en déplacement à l'étranger, puisque Z. était parfaitement fondé à agir seul comme il l'a fait en s'adressant au Procureur général afin de porter plainte pénale pour violation de domicile.

A ce qui précède, on peut encore ajouter que si par hypothèse Z. n'avait pas eu qualité pour déposer plainte, celle-ci aurait été ratifiée en temps utile, soit avant le 12 janvier 1990, par le ministère de l'avocat de la Société immobilière conformément à la jurisprudence (**ATF 103 IV 72** consid. 4b); on pourrait même considérer que l'avocat a déposé notamment une nouvelle plainte. En effet, le droit genevois de procédure n'exige pas d'un avocat la justification de ses pouvoirs par la présentation d'une procuration écrite (SJ 1983 p. 206 et 208) et, en l'occurrence, tant le Tribunal de police que la Cour de justice

BGE 118 IV 167 S. 172

ont admis la constitution de la Société immobilière X. en tant que partie civile représentée par son conseil, dont l'intervention n'a par ailleurs donné lieu à aucune contestation.

Enfin, la violation de domicile est un délit continu (Dauerdelikt), poursuivable aussi longtemps que l'auteur n'a pas quitté les lieux qu'il occupe sans droit (**ATF 102 IV 5** consid. 2b). Comme tel était toujours le cas des recourants le 18 janvier 1990, le délai de plainte de l'**art. 29 CP** n'avait pas encore commencé à courir (**ATF 80 IV 7** /8), lorsque Y. a agi personnellement.

Quant au fait que Y. ait fait preuve tout au début d'une attitude conciliante à l'égard des squatters dont faisaient partie les recourants, il est dénué de pertinence en ce qui concerne la validité de la plainte, dès lors que les recourants n'ont pas prétendu que ce comportement était de nature à faire admettre que Y. avait le moins du monde renoncé à saisir le juge pénal. Il est vrai qu'une telle renonciation peut résulter d'actes concluants (cf. **ATF 115 IV 3** consid. 2b), mais l'inexistence de ceux-ci saute aux yeux en l'espèce, puisque, dès qu'il a appris l'occupation de l'immeuble en cause, Y., agissant en sa qualité d'administrateur de Y.-Management SA représentant la Société immobilière X., a aussitôt saisi le Procureur général d'une plainte pénale.

Le premier moyen des recourants doit ainsi être rejeté.

3. Sur le fond, les recourants font principalement valoir que l'immeuble investi le 12 octobre 1989 étant composé pour l'essentiel de logements inhabités, l'occupation de locaux vides, semblant manifestement abandonnés, ne pouvait être constitutive d'une violation de domicile, ni porter atteinte au moindre droit digne de protection, ni même porter préjudice à quiconque. Ils se sont à ce sujet référés à l'avis exprimé par SCHUBARTH (Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, volume 3 ad **art. 186 CP**, Nos 7 et 55) selon qui la protection conférée par l'**art. 186 CP** ne vaudrait pas s'agissant des maisons vides dont l'utilisation n'est pas prévisible dans un avenir plus ou moins rapproché; cet auteur estime en outre que le fait de laisser à l'abandon une maison en violation de dispositions de droit public prohibant la démolition ou la transformation d'immeubles constitue une circonstance justificative ôtant tout caractère illicite à l'occupation. Mais STRATENWERTH (Schweizerisches Strafrecht, Bes. Teil I, § 5 Nos 71 ss) défend une autre opinion. Pour lui, le fait qu'une maison soit réellement occupée par l'ayant droit ou laissée vide en vue d'une démolition ne joue pas de rôle du point de vue de la liberté du domicile garantie par l'**art. 186 CP**. Il considère que, dans les cas

BGE 118 IV 167 S. 173

limites, le droit de disposition abstrait de l'individu doit être protégé. De même, pour des motifs de sécurité du droit, la doctrine allemande reconnaît que le contenu du droit de l'occupant légitime des locaux est formel (RUDOLPHI, Systematischer Kommentar zum Strafrecht, Band II, Bes. Teil, 4. A § 123 n. 6 et cit.). Dans le même sens, NOLL (Schweizerisches Strafrecht, Bes. Teil I, § 21 p. 85) rappelle que le bien juridiquement protégé par l'**art. 186 CP** n'est pas la possession, mais bien la volonté exprimée par l'ayant droit.

Dans la perspective de ces derniers auteurs, il ne s'agit donc pas de déterminer si le ou les auteurs de l'infraction réprimée par cette disposition bénéficient ou non d'un droit préférable résultant d'une meilleure possession que celle de l'ayant droit, ni de tenir compte de la manière dont l'ayant droit utilise les lieux, puisqu'il est fondamentalement libre d'y vivre, de les louer en tout ou partie, voire de les laisser vides en vue d'une démolition ou d'une transformation ultérieure. Cette manière de voir est plus conforme à la ratio legis de l'**art. 186 CP** telle qu'elle ressort du texte clair de la loi. De plus, si l'on admettait le point de vue des recourants, cela reviendrait à vider de son sens le contenu de la liberté du domicile et à reconnaître en faveur de n'importe qui l'existence d'un droit de réquisition qui ne devrait, en dehors de l'état de nécessité, appartenir qu'à l'autorité publique, dans le cadre exclusif de la loi; on admettrait en outre le recours à la force d'une catégorie de la population contre une autre, en dehors de toute légalité, ce qui n'est pas acceptable dans un Etat de droit fondé sur le respect des libertés individuelles.

Dans ces conditions, il n'appartient pas au Tribunal fédéral de prendre en considération dans l'application de l'**art. 186 CP** l'actualité ou le bien-fondé des projets de reconstruction, de rénovation ou de transformations de la Société immobilière quant à son immeuble, ni leur qualification ni leur but économique, ni même l'existence ou l'absence de nuisances provoquées par les recourants à la suite de l'occupation de l'immeuble. Ces circonstances sont en effet dépourvues de pertinence dès lors que le point à juger est exclusivement de savoir si les recourants ont entravé la volonté exprimée par l'ayant droit. Or, celle-ci ressort clairement de l'obturation des appartements vides par de la maçonnerie.

b) C'est en vain également que les recourants se prévalent du principe de la subsidiarité du droit pénal (Strafwürdigkeit). Certes le Tribunal fédéral, dans deux arrêts récents, s'est-il référé à ce concept en refusant le recours à la voie pénale pour violation de domicile au bailleur qui ne parvient pas à obtenir du fermier la restitution des

locaux affermés à la suite de l'expiration du contrat et au propriétaire d'une pompe à chaleur le bénéfice de la plainte pour soustraction sans dessein d'enrichissement (**art. 143 CP**) contre un entrepreneur refusant de restituer, tant qu'il ne serait pas intégralement payé, cet objet qui lui avait été confié en vue de réparation; dans les deux cas en effet, les dispositions du droit civil sont à même d'assurer une protection suffisante au lésé (**ATF 112 IV 34** consid. 3c, **ATF 115 IV 209** à 211 consid. 1). Mais il saute aux yeux que la présente espèce est toute différente, puisqu'il n'existe entre les parties aucune relation contractuelle. Admettre ici le principe de la subsidiarité du droit pénal impliquerait soit que l'on renonce à poursuivre le larcin en renvoyant la victime à agir dans le cadre des **art. 641, 925 et 927 CC** ou, de manière plus générale, à considérer que les **art. 41 ss CO** rendent inutiles les dispositions du code pénal protégeant les particuliers contre certains actes illicites.

Le moyen tiré de la subsidiarité du droit pénal ne peut dès lors qu'être écarté en l'occurrence, en l'absence de toute relation contractuelle entre les parties.

4. Ce que l'auteur d'une infraction savait, voulait ou avait l'intention de faire, soit l'intention, la conscience et la volonté de l'intéressé, constitue des questions de fait (**ATF 116 IV 145** consid. 2c, **ATF 110 IV 22** consid. 2, SJ 1986 p. 74 consid. 5a et les références). Il en est en particulier ainsi de la connaissance ou de la prise de conscience (Einsicht) par l'auteur du caractère illicite de ses actes (**ATF 115 IV 186** consid. 3c). Ce domaine échappe donc au contrôle de la Cour de céans dans le cadre d'un pourvoi en nullité (**ATF 116 IV 145** consid. 2c, **ATF 115 IV 186** consid. 3c et les arrêts cités). Il n'y a dès lors pas à revenir ici sur la constatation de la Cour de justice selon laquelle les recourants étaient parfaitement conscients d'agir contrairement à la loi pénale (art. 273 al. 1 let. b et 277bis al. 1 PPF), si bien que l'hypothèse d'une erreur de droit selon l'**art. 20 CP** est totalement exclue, puisqu'elle ne concerne que celui qui se croit en droit d'agir, parce qu'il ignore que l'acte qu'il commet est interdit et punissable (**ATF 109 IV 66** consid. 3). De plus, il ne saurait y avoir erreur de droit que si l'absence de conscience du caractère illicite de l'acte contraire au droit est le résultat d'une erreur portant précisément sur les circonstances entraînant la punissabilité (**ATF 115 IV 166** consid. 3); or, le modus operandi utilisé pour pénétrer de force dans les locaux fermés de l'immeuble (brèches pratiquées dans les murs obturant les portes d'accès aux appartements) et le coup de force que cela représente, même expliqués par des motifs politiques tirés de la crise

du logement et de l'évacuation récente d'un autre immeuble occupé sans droit, excluent en soi toute erreur sur le caractère illicite de l'opération, et les recourants ne pouvaient manquer d'en avoir conscience, puisqu'ils avaient pris part eux-mêmes à la manifestation du 12 octobre 1989, puis à l'occupation des locaux par effraction. D'ailleurs les recourants eux-mêmes ne se sont pas prévalus de faits justificatifs d'une erreur de droit portant sur les circonstances mêmes de l'infraction. Quant aux coupures de presse auxquelles ils se sont référés, elles ont certes trait à une décision de l'exécutif cantonal en faveur de la non-intervention de la police et de la renonciation à l'évacuation par les soins du Procureur général des locaux occupés en cas d'action symbolique et limitée dans le temps, mais, d'une part, ces conditions n'ont plus été réunies postérieurement aux manifestations du 12 octobre 1989 et, d'autre part, cette décision ne préjuge en rien l'absence d'une suite pénale à l'affaire et n'est donc pas susceptible de faire naître une erreur sur le caractère licite ou illicite de l'occupation des locaux.

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

Zurück

Urteilskopf

128 IV 81

15. Extrait de l'arrêt de la Cour de cassation pénale dans la cause L. contre Procureur général du canton de Genève (pourvoi en nullité)
6S.544/2001 du 24 janvier 2002

Regeste

Art. 28 und 186 StGB; Hausfriedensbruch; Tragweite des Strafantrags.
Beim Dauerdelikt erstrecken sich die Wirkungen des Strafantrags grundsätzlich auch auf angezeigtes Verhalten, das über den Strafantrag hinaus andauert. So werden auch alle Beteiligten vom Strafantrag miterfasst, die erst nach dessen Stellung am Dauerdelikt teilnehmen (E. 2).
Begriff des Verletzten gemäss **Art. 28 StGB** (E. 3).
Der Eigentümerwechsel einer Liegenschaft macht aus einer unrechtmässigen Besetzung keine rechtmässige (E. 4).
Unter welchen Voraussetzungen eine Räumung angeordnet wird, ist für die Frage der Unrechtmässigkeit der Besetzung belanglos (E. 5).

Sachverhalt ab Seite 82

BGE 128 IV 81 S. 82

GPR Gérance, Placements & Réalisations SA (ci-après: GPR) a déposé plainte pénale le 10 février 1997 en raison de l'occupation illicite des locaux destinés à l'habitation et sous sa gérance, sis au no 10 de la rue de la Ferme à Genève. Selon un rapport de police du 26 mai 1997, L. se trouvait sur les lieux lors du contrôle de police effectué à une date antérieure au rapport, non précisée dans l'arrêt cantonal.
Le 10 décembre 1998, A. a acquis, à l'occasion d'enchères forcées, l'immeuble géré par GPR. Il déposa plainte pénale auprès du Procureur général pour violation de domicile le 11 décembre 1998, précisant qu'il comptait procéder à des travaux de rénovation dès le 19 janvier 1999. La brigade des squatters de la police avisa les occupants qu'ils devaient libérer les locaux, au plus tard pour le 5 janvier 1999. Dans un communiqué de presse, les squatters annoncèrent début janvier qu'ils allaient s'opposer à l'évacuation. Ils avaient barré à cet effet l'accès de portes et de fenêtres. Lors de la libération des locaux qui eut lieu le 4 janvier 1999, la police trouva L. à l'extérieur de l'immeuble, suspendu à une corde tendue depuis le 4ème étage.
A la suite d'une plainte pénale déposée par le Crédit Suisse First Boston (ci-après: Crédit Suisse) le 5 février 1999 pour violation de domicile, la police se rendit le 30 mars 1999 dans les locaux occupés, sis au no 5, rue Guillaume Tell à Genève. Interpellé par la police, L. reconnut qu'il occupait une chambre dans l'immeuble en question.
Statuant sur opposition, le Tribunal de police a condamné L. pour violation de domicile à 20 jours d'emprisonnement avec sursis pendant deux ans.
Sur appel, le jugement entrepris fut confirmé par la Chambre pénale de la Cour de justice.
Le pourvoi en nullité interjeté par L. a été rejeté par le Tribunal fédéral.

Erwägungen

Extrait des considérants:

2. Le recourant reproche en premier lieu à la cour cantonale d'avoir étendu à tort les effets de la plainte pénale de GPR à sa personne, dès lors qu'il aurait commencé à occuper l'immeuble géré par GPR seulement après le dépôt de la plainte pénale. Il fait valoir

BGE 128 IV 81 S. 83

que GPR n'a pas manifesté son intention d'étendre sa plainte pénale au-delà du 10 février 1997, laquelle ne saurait

donc déployer d'effets à son encontre.
a) La plainte pénale au sens des **art. 28 ss CP** est une déclaration de volonté inconditionnelle par laquelle le lésé demande l'introduction d'une poursuite pénale. Elle constitue ainsi une simple condition de l'ouverture de l'action pénale (**ATF 98 IV 143** consid. 2 p. 146). La violation de domicile est un délit continu (Dauerdelikt), poursuivable aussi longtemps que l'auteur n'a pas quitté les lieux qu'il occupe sans droit, de sorte que le délai de plainte (de trois mois; **art. 29 CP**) ne commence à courir que lorsque l'auteur a quitté les lieux (**ATF 118 IV 167** consid. 1c p. 172). En l'occurrence, la plainte a manifestement été déposée avant l'échéance du délai.
La plainte pénale est déposée à raison d'un état de fait délictueux déterminé, dans le cas de la violation de domicile à raison de l'occupation d'un lieu contre la volonté de l'ayant droit. Une fois l'action pénale ouverte, l'autorité pénale est saisie "in rem" et non "in personam" (DOMINIQUE PONCET, Le nouveau code de procédure pénale genevois annoté, Genève 1978, p. 194; GÉRARD PIQUEREZ, Traité de procédure pénale bernoise et jurassienne, tome I, Neuchâtel 1983, p. 453). La plainte pénale déposée valablement contre inconnu ou contre l'un (ou certains) des participants vaut aussi contre tous ceux qui, ne serait-ce que durant un certain laps de temps, ont pris part à l'infraction (**ATF 110 IV 87** consid. 1c p. 90; cf. également **ATF 80 IV 209** consid. 2 p. 212). Lorsqu'une plainte pénale est déposée alors que le délit continu est toujours en cours de réalisation, les effets de la plainte s'étendent en principe aussi aux faits dénoncés qui perdurent après le dépôt de la plainte. La plainte vaut alors également à l'égard de tout participant qui viendrait, postérieurement au dépôt de plainte, prendre part au délit continu (cf. dans le même sens SCHÖNKE/SCHRÖDER, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26e éd., Munich 2001, § 77 n. 45 s.).
b) Dans le cas d'espèce, rien n'indique que le plaignant ait voulu limiter sa plainte ni dans le temps ni d'ailleurs à certaines personnes. L'arrêt querellé ne précise pas si le recourant se trouvait dans les locaux occupés illicitement au moment du dépôt de la plainte. Il retient cependant que sa présence sur les lieux a été constatée dans le rapport de police établi trois mois plus tard. De toute manière, le recourant ne conteste pas que pendant un certain laps de temps en tout cas il a occupé les locaux contre la volonté de l'ayant droit. Il a donc pris part à l'infraction dénoncée dans la plainte, qui couvre

aussi son comportement. Fût-elle établie, la circonstance que la durée de son activité délictueuse ait été plus brève que celle des autres participants ne changerait rien au fait qu'il a commis l'infraction. L'élément invoqué demeurerait donc sans incidence sur le verdict de culpabilité; il jouerait tout au plus un rôle pour apprécier l'importance de sa faute, donc pour la fixation de la peine.
Ce qui précède vaut mutatis mutandis dans la mesure où le recourant reproche à la dernière instance cantonale d'avoir étendu les effets de la plainte du Crédit Suisse à sa personne.

3. En prolongement de son premier grief, le recourant estime que A. ne pouvait pas reprendre à son compte la plainte pénale de GPR; en d'autres termes, A. n'aurait pas valablement déposé plainte pénale.
a) Selon l'**art. 28 CP**, toute personne lésée peut porter plainte. Le lésé au sens de l'**art. 28 CP** est celui dont le bien juridique est directement atteint par l'infraction. L'interprétation de l'infraction en cause permettra seule de déterminer quel est le titulaire du bien juridique protégé (**ATF 118 IV 209** consid. 2 p. 211). La violation de domicile est un délit contre la liberté. Plus particulièrement, le bien protégé est la liberté du domicile qui comprend la faculté de régner sur des lieux déterminés sans être troublé et d'y manifester librement sa propre volonté. La liberté du domicile appartient donc à celui qui a le pouvoir de disposer des lieux que ce soit en vertu d'un droit réel ou personnel ou encore d'un rapport de droit public (**ATF 118 IV 167** consid. 1c p. 172; **ATF 112 IV 31** consid. 3 p. 33). Il convient ainsi d'examiner dans le cas d'espèce si A. disposait d'un droit réel ou personnel sur l'immeuble occupé.
En principe, le transfert de propriété s'opère au moment de l'inscription au grand livre (STEINAUER, Les droits réels, tome I, Fribourg 1990, n. 713). Toutefois, lorsque l'acquisition a eu lieu par voie d'exécution forcée, le transfert de propriété intervient au moment de l'adjudication (**art. 656 CC**; **art. 66 al. 1 ORFI** [RS 281.42]; STEINAUER, Les droits réels, tome II, n. 1586).
b) Selon les constatations de faits cantonales, A. a acquis l'immeuble à l'occasion d'enchères forcées en date du 10 décembre 1998. Dès cette date, il avait qualité de lésé au sens de l'**art. 28 CP** et, partant, était habilité à porter plainte.
Quant à la question de savoir si A. a accompli les démarches nécessaires pour se conformer aux exigences de forme auxquelles la plainte pénale doit satisfaire, elle relève du droit cantonal, dont la violation directe ne peut être invoquée dans un pourvoi en nullité

(**art. 269 PPF** [RS 312.0]; **ATF 123 IV 202** consid. 1 p. 204 s.; **ATF 118 IV 167** consid. 1 p. 169).

4. Le recourant soutient encore qu'il n'a commis aucune violation de domicile à l'encontre de A. dès lors que celui-ci n'aurait pas manifesté aux squatters son intention de les voir quitter l'immeuble avant la date de l'évacuation.
a) La violation de domicile peut revêtir deux formes: soit l'auteur pénètre dans les lieux contre la volonté de l'ayant droit, soit il y demeure au mépris de l'injonction de sortir à lui adressée par l'ayant droit. S'agissant de la première hypothèse, l'infraction est consommée dès que l'auteur s'introduit contre la volonté de l'ayant droit dans le domaine clos (**ATF 87 IV 122**). La Cour de céans a précisé qu'il y a intrusion illicite lorsque l'auteur pénètre dans un local sans autorisation de celui qui a le pouvoir d'en disposer (**ATF 108 IV 33** consid. 5c). La volonté de l'ayant droit d'autoriser l'accès peut être manifestée oralement, par écrit, par geste ou résulter des circonstances. Dans ce dernier cas, il faut examiner si la volonté de l'ayant droit était suffisamment reconnaissable en fonction des circonstances (BERNARD CORBOZ, Les principales infractions, vol. I, Berne 1997, p. 258). La seconde hypothèse de l'article 186 CP vise le cas où l'auteur est déjà dans les lieux et n'y a pas pénétré contre la volonté de l'ayant droit. L'infraction est alors commise lorsque, malgré l'ordre intimé par l'ayant droit à l'auteur, ce dernier ne quitte pas les lieux (BERNARD CORBOZ, op. cit.,

p. 255).
b) Le recourant admet avoir occupé pendant un certain laps de temps un appartement de l'immeuble sis au no 10, rue de la Ferme, avant l'acquisition de ce dernier par A., et y être demeuré jusqu'au 4 janvier 1999. A juste titre, il ne prétend pas que le premier propriétaire, représenté par GPR, aurait donné son accord à l'occupation des appartements du 10, rue de la Ferme. L'occupation des lieux s'est donc faite contre la volonté du premier propriétaire (première hypothèse de l'**art. 186 CP**). Contrairement à ce que soutient le recourant, le changement de propriétaire n'a pas rendu licite l'occupation illicite. Certes, ce changement a opéré une modification en la personne de l'ayant droit. Il n'a toutefois pas conféré aux occupants de titre juridique qui leur donnerait un droit de jouissance des lieux. L'on ne saurait inférer du changement de propriétaire une sorte d'autorisation implicite du nouveau propriétaire à ce que les squatters demeurent dans les lieux. A. a au demeurant immédiatement manifesté son désaccord en déposant plainte le 11 décembre 1998 et la police a très rapidement informé les squatters de l'évacuation prochaine de l'immeuble.

BGE 128 IV 81 S. 86

Pour le surplus, il est évident que le fait que la police ait fixé la date d'évacuation de l'immeuble au 5 janvier 1999 ne signifie nullement que A. acceptait que les squatters restent dans son immeuble jusqu'à cette date.

5. Le recourant se prévaut d'une "erreur de fait ou de droit". Il allègue avoir cru que son comportement illicite cessait de l'être dès l'acquisition de l'immeuble par un nouveau propriétaire, citant à l'appui un jugement du Tribunal de police rendu le 15 décembre 1998. Ce jugement aurait largement circulé dans le milieu des squatters. Il fait également valoir que la pratique, selon lui notoire, du Procureur général de Genève de n'ordonner l'évacuation d'immeubles occupés illicitement que si une autorisation de démolir et de construire est entrée en force était de nature à l'induire en erreur sur le caractère illicite de l'occupation jusqu'à la date de l'évacuation.
a) Sous réserve d'une inadvertance manifeste, la Cour de cassation est liée par les constatations de fait de l'autorité cantonale (**art. 277bis al. 1 PPF**). Le recourant ne peut pas présenter de griefs contre les constatations de fait, ni de faits ou de moyens de preuve nouveaux (**art. 273 al. 1 let. b PPF**).
b) Il ne ressort pas de l'arrêt cantonal attaqué que le recourant aurait invoqué une quelconque erreur ni qu'une erreur aurait été constatée. Il n'est par ailleurs pas établi non plus si et à quelle date le recourant aurait eu connaissance du jugement motivé du Tribunal de police du 15 décembre 1998. En tant que le recourant fonde son grief sur des faits non constatés par l'arrêt cantonal, celui-ci est irrecevable.
Quant à la pratique, fût-elle notoire, du Procureur général de retarder l'évacuation d'immeubles squattés jusqu'à la décision définitive de démolir et de construire, il est évident qu'elle est sans influence sur le caractère illicite de l'occupation.

Zurück

Urteilskopf

128 IV 250

38. Extrait de l'arrêt de la Cour de cassation pénale dans la cause X. contre Y. (pourvoi en nullité)
6S.339/2002 du 9 octobre 2002

Regeste

Art. 144 StGB; Sachbeschädigung.
Wer eine Leitung, die auf dem Nachbargrundstück verläuft, verstopft und so den Abfluss der Abwässer verhindert, begeht eine Sachbeschädigung im Sinne von **Art. 144 StGB** (E. 2).
Abfälle und Exkremente, die in das Gebäude zurückströmen, sind insoweit als Beschädigungen im Sinne von **Art. 144 StGB** einzustufen, als die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes in zeitlicher, arbeitsmässiger und finanzieller Hinsicht einen nicht unerheblichen Aufwand verursacht (E. 4).
Art. 32 StGB; Rechtfertigungsgrund.
Der Eigentümer, der die Kanalisationsleitung, die widerrechtlich auf seiner Parzelle verläuft, verstopft, kann sich insoweit nicht auf **Art. 32 StGB** in Verbindung mit **Art. 926 ZGB** berufen, um sein Verhalten zu rechtfertigen, als der Schaden, den er seinem Nachbarn zufügt, in keinem Verhältnis zur Beeinträchtigung steht, die er selber erleidet (E. 3).

Sachverhalt ab Seite 251

BGE 128 IV 250 S. 251

A.- X. est propriétaire d'une parcelle sur laquelle est érigé un chalet. En septembre 1994, la Société Z. a reçu l'autorisation de construire un chalet sur la parcelle voisine, acquise par Y. en septembre 1995. Lors de la construction du chalet, la société Z. n'a pas respecté les plans approuvés. Il en est résulté une longue procédure administrative, et les rapports entre Y. et X. en furent notablement détériorés. X. a notamment déposé une plainte pénale, pour violation de domicile et dommages à la propriété, contre Y. et le directeur de la société Z., au motif qu'ils avaient posé sur sa propriété des conduites d'eaux et d'égouts sans son autorisation.
Le 5 décembre 1998, X. s'est introduit dans le collecteur d'égouts sis sur sa parcelle. Il a placé une cartouche de mousse expansive dans le conduit d'eaux usées provenant du chalet de Y., laquelle a totalement obstrué la canalisation, empêchant toute évacuation des eaux usées en provenance du chalet de Y. Le 19 décembre 1998, la famille de Y. a constaté que les eaux refluaient et entraînaient l'apparition d'immondices et d'excréments dans la baignoire, les toilettes, les douches et les éviers du chalet. Y. a dû procéder à des travaux urgents de remise en état de la conduite endommagée - installée et mise en terre lors de la construction de son chalet. Il a reçu, pour paiement, les factures des sociétés qui sont intervenues sur place, d'un montant total de 2'763 fr. 70. Par écriture du 17 février 1999, il a déposé une plainte pénale contre X. pour dommages à la propriété.

B.- Par jugement du 29 mars 2001, le juge de première instance a condamné X., pour dommages à la propriété (**art. 144 CP**), à une peine de deux mois d'emprisonnement avec sursis pendant deux ans.
Par jugement du 27 juin 2002, la Cour pénale du Tribunal cantonal a admis partiellement l'appel interjeté par X., le condamnant à vingt jours d'emprisonnement avec sursis pendant deux ans. En effet, elle a considéré que la peine de deux mois d'emprisonnement était manifestement excessive compte tenu du litige qui opposait les voisins depuis de nombreuses années.

BGE 128 IV 250 S. 252

C.- X. dépose un pourvoi en nullité contre ce jugement. Invoquant la violation de l'**art. 144 CP**, il conclut à son annulation.
Le Tribunal fédéral a rejeté le pourvoi en nullité.

Erwägungen

Extrait des considérants:

2. Le recourant a été condamné, pour dommages à la propriété au sens de l'**art. 144 CP**, pour avoir obstrué la canalisation provenant du chalet du plaignant, ce qui a obligé ce dernier à procéder à des travaux urgents de remise en état; les entreprises intervenues sur place lui ont adressé des factures pour un montant total de 2'763 fr. 70.
L'**art. 144 CP** punit, sur plainte, de l'emprisonnement ou de l'amende celui qui endommage, détruit ou met hors d'usage une chose appartenant à autrui ou frappée d'un droit d'usage ou d'usufruit au bénéfice d'autrui. L'atteinte peut consister à détruire ou à altérer la chose. Mais elle peut aussi consister dans une modification de la chose qui a pour effet d'en supprimer ou d'en réduire l'usage, les propriétés, les fonctions ou l'agrément. L'auteur se rend coupable de dommages à la propriété dès qu'il cause un changement de l'état de la chose qui n'est pas immédiatement réversible sans frais ni effort et qui porte atteinte à un intérêt légitime (CORBOZ, Les principales infractions, vol. I, Berne 2002, n. 11 ss ad **art. 144 CP**, p. 278 ss), par exemple, en apposant sur le pare-brise d'une voiture une affiche qui ne peut être ôtée qu'avec l'aide de tiers et qui prive le conducteur de sa visibilité normale (**ATF 99 IV 145**), en dégonflant les pneus d'une voiture au point que la sécurité du trafic exige de les regonfler (BJP 1975 no 890) ou encore en vidant un extincteur qui doit être rechargé pour être de nouveau prêt à fonctionner (BJP 1975 no 890a). En l'espèce, le recourant n'a pas endommagé la canalisation provenant du chalet du plaignant, mais l'a obstruée. Il l'a mise ainsi hors d'usage, empêchant toute évacuation des eaux usées. Il a donc bien causé un dommage au sens de l'**art. 144 CP**.
L'**art. 144 CP** suppose en outre que le plaignant soit le propriétaire de la chose endommagée ou dispose d'un droit d'usage sur celle-ci. Le recourant conteste que cette condition soit réalisée, affirmant qu'il est le propriétaire du tronçon endommagé et que le plaignant n'a aucun droit d'usage sur cette conduite. Cet argument n'est pas pertinent. Il est sans importance que le recourant soit ou non le propriétaire de la partie de la conduite où la cartouche de mousse expansive a explosé. Le dommage consiste en effet dans la mise hors

d'usage de la conduite et non dans des dégâts causés à cette dernière. En faisant sauter une cartouche de mousse expansive, le recourant a rendu inutilisable l'ensemble de la canalisation, à savoir non seulement le tronçon se trouvant sur sa parcelle, mais également la partie de la canalisation qui se trouve sur le territoire du plaignant et dont celui-ci est propriétaire en vertu de l'**art. 667 CC**. Il a donc bien porté atteinte à la propriété du plaignant.

3. Le recourant fait valoir qu'il avait le droit d'obstruer la conduite pour empêcher l'écoulement des eaux usées sur sa parcelle, dès lors que le plaignant n'avait pas le droit d'établir une conduite sur sa parcelle, à défaut d'un contrat de servitude et d'une inscription au registre foncier.

3.1 Le droit d'établir une conduite et d'en user peut résulter de la constitution d'une servitude, soit parce que le propriétaire a accepté volontairement de la constituer, soit parce que la servitude a été constituée au vu de l'obligation légale prévue aux art. 691 à 693 CC (droit de voisinage) ou dans une disposition de droit public. Le titulaire de la servitude devient propriétaire de la conduite se trouvant sur le fonds grevé. La constitution de la servitude nécessite une convention en la forme écrite ou un jugement formateur et devra, du moins lorsqu'elle n'est pas apparente, être inscrite au registre foncier (STEINAUER, Les droits réels, tome II, 3e éd., Berne 2002, n. 1660 ss, p. 115 ss; n. 1847 ss, p. 198 ss). Le droit d'établir une conduite et de l'utiliser peut toutefois aussi résulter d'une obligation contractuelle (STEINAUER, op. cit., n. 1662, p. 115). Le propriétaire du fonds s'engage alors simplement à tolérer sur son fonds la construction et l'utilisation de la conduite, dont il devient propriétaire en vertu de l'**art. 667 CC** (principe de l'accession; voir MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, vol. IV/1/2, Das Grundeigentum I, Berne 1974, n. 29 ss ad **art. 676 CC**; EMIL THOMAS TOBLER, Die dinglichen Rechte des Zivilgesetzbuches dargestellt am Beispiel der Leitungen, thèse Berne 1953, p. 98 s.). En l'espèce, l'état de fait ne permet pas de déterminer si le plaignant avait le droit d'établir une conduite sur la parcelle du recourant. On ignore s'il existe un contrat de servitude ou un jugement constitutif en faveur du plaignant ou encore si le recourant a assumé un engagement de nature contractuelle.

3.2 Même si le plaignant n'a aucun droit d'établir une conduite sur le terrain du recourant, cela ne signifie pas pour autant que ce dernier soit légitimé à obstruer la conduite litigieuse. Selon l'**art. 32 CP**, les actes qui constituent une infraction, mais sont justifiés par

l'ordre ou l'autorisation de la loi, qui peut être la loi pénale mais aussi la loi civile, sont licites. L'**art. 926 CC** prévoit que le possesseur a le droit de repousser par la force tout acte d'usurpation ou de trouble (al. 1). Cette disposition ne confère cependant pas au possesseur le droit général d'user de violence. Elle ne lui permet d'agir que dans la mesure nécessaire pour protéger la possession contre des troubles (**art. 926 al. 3 CC**; **ATF 85 IV 4**). Si la possibilité d'obtenir l'intervention de l'autorité n'exclut pas la légitime défense, le recours à l'autorité peut être commandé par les circonstances, par exemple lorsqu'il n'y a aucun danger (STEINAUER, Les droits réels, tome I, 3e éd., Berne 1997, n. 335 s., p. 93; STARK, Berner Kommentar, vol. IV/3/1, Der Besitz, Berne 2001, n. 23 ad **art. 926 CC**, p. 241). En l'espèce, le recourant aurait dû agir par la voie judiciaire. En obstruant la conduite, il a causé un dommage important au plaignant alors que le passage des eaux usées sous son terrain n'engendrait qu'un faible inconvénient qu'il pouvait supporter le temps d'une procédure. Aussi, que le plaignant ait eu ou non le droit d'établir une conduite sur le terrain du recourant, celui-ci n'avait pas le droit d'obstruer la canalisation et ne saurait se fonder sur l'**art. 32 CP** combiné avec l'**art. 926 CC** pour justifier son comportement.

4. L'autorité cantonale a en outre constaté que le plaignant avait subi "des dommages dans son chalet, en raison du refoulement des eaux usées" [...]; "les égouts ont refoulé à l'intérieur du chalet" et "ont entraîné l'apparition d'immondices et d'excréments dans la baignoire, les toilettes, les douches et les éviers du chalet". Pour le recourant, il ne s'agirait cependant que d'un simple inconvénient passager, n'entraînant aucune altération durable de la chose ni aucune restriction durable à son usage.

Il est admis que le fait de souiller ou de salir une chose peut constituer un dommage au sens de l'**art. 144 CP** dans la mesure où la remise en état exige des efforts non négligeables en temps, en travail et en argent. En l'espèce, le jugement attaqué ne précise cependant pas l'ampleur des dégâts et les mesures de nettoyage qui ont été nécessaires. On ne sait pas si seuls quelques excréments et immondices sont apparus au fond des éviers, des toilettes, de la baignoire et des lavabos ou si l'eau sale et les matières fécales ont notamment débordé, entraînant des dégâts plus importants. Cette question peut cependant rester indécise, dès lors que le recourant s'est déjà rendu coupable de dommages à la propriété du fait de la mise hors d'usage de la canalisation.

5. Enfin, le recourant fait valoir que l'utilisation du chalet était interdite et que le refoulement des eaux usées ne se serait pas produit si le chalet et spécialement ses installations sanitaires n'avaient pas été utilisés. Cet argument n'est pas pertinent. Peu importe que le plaignant ait eu le droit d'utiliser le chalet. Il n'appartient pas au recourant de se substituer aux autorités pour faire respecter une éventuelle décision d'interdiction d'habiter le chalet. Seule se pose la question de savoir si le recourant pouvait prévoir que la famille du plaignant occuperait le chalet pendant les fêtes de Noël et si, partant, il a envisagé les dégâts qu'il a causés et les a acceptés. L'autorité cantonale a constaté que le recourant avait intentionnellement obstrué la canalisation. Il ne pouvait dès lors que s'accommoder des conséquences. Il a donc bien agi intentionnellement.

Zurück

[AZA 0/2]
4P.148/2001/rnd

I. ZIVILABTEILUNG
****

25. Oktober 2001

Es wirken mit: Bundesrichterin und Bundesrichter Walter,
Präsident, Klett, Nyffeler und Gerichtsschreiber Gelzer.

In Sachen
B._____, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Peter Pfammatter, Sonnenstrasse 9, 3900 Brig,

gegen
A._____, Beschwerdegegner, vertreten durch Rechtsanwalt Paul Carlen, Bahnhofstrasse 14, 3900 Brig,
Bezirksgericht I des Bezirkes Goms, in Brig-Glis,

betreffend
Art. 9 und 29 BV
(Zivilprozess; unerlaubte Handlung), hat sich ergeben:

A.- B._____ ist Eigentümer der Parzellen Nr. a, b und c in Bellwald. Er hat von C._____ die Parzelle Nr.
d ab 30. August 1981 für zwanzig Jahre, d.h. bis zum 30. August 2001 gepachtet. Seit ca. 1992 nutzte er dieses gepachtete Land nicht mehr und liess auch die genannten eigenen Parzellen brach liegen. Ohne Kenntnis des Pachtvertrages mit B._____ haben die Erben von C._____ die Parzelle Nr. d zur Nutzung an A._____ überlassen, der diese und andere Parzellen mit einem Gitterzaun umfasste, der auch Randteile der Parzellen a, b und c einschloss. In der Folge forderte B._____ A._____ mehrfach auf, den Zaun auf seinen Grundstücken, bzw. der Parzelle Nr. d zu entfernen.
Nachdem A._____ dieser Aufforderung nicht nachgekommen war, hat B._____ am 10. Juli 1999 den Zaun auf den ihm gehörenden Parzellen und der Parzelle Nr. d und nach der Darstellung des Oscar Paris auch weitere Zaunteile unter Beizug von Hilfspersonen auf einer Länge von ca. 63 m entfernt und auf dessen Land deponiert. Dabei zerbrachen gewisse Pfosten und das Gitter zerriss.

Am 19. Juli 1999 wurde auf Veranlassung von A._____ eine Ortsschau mit dem Gemeinderichter D._____ und dem Polizisten E._____ durchgeführt, zu der B._____ nicht eingeladen worden war.

B.- Am 18. Oktober 1999 klagte A._____ beim Friedensrichter der Gemeinde Bellwald gegen B._____ auf Zahlung von Fr. 520.-- nebst Zins zu 5 % seit dem 12. August 1999. Er verlangte damit Ersatz für den durch die Entfernung des Zaunes entstandenen Schaden, den er wie folgt spezifizierte: Zwei neue Rollen Draht zu 100 Metern Fr. 140.--50 Holzstäbe à Fr. 1.50 Fr. 75.--Arbeiten 5 Stunden à Fr. 45.-- Fr. 225.--Kosten Polizei Fr. 40.--Kosten Richter Fr. 40.-- Mit Urteil vom 18. Januar 2001 hiess der Gemeinderichter die Klage gut. Eine dagegen gerichtete Nichtigkeitsklage des Beklagten hat das Bezirksgericht I des Bezirkes Goms am 11. Mai 2001 abgewiesen.

C.- Der Beklagte erhebt staatsrechtliche Beschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Bezirksgerichts

aufzuheben.

Der Beschwerdegegner schliesst auf Abweisung der Beschwerde. Das Bezirksgericht verzichtet auf eine Stellungnahme.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Die form- und fristgerecht erhobene staatsrechtliche Beschwerde ist zulässig, da sie sich gegen einen kantonalen, letztinstanzlichen Endentscheid richtet (vgl. Art. 214 ff. ZPO/VS), gegen den im Bund kein anderes Rechtsmittel zur Verfügung steht (vgl. Art. 84 Abs. 2, Art. 86 und Art. 87 OG).

2.- Der Beschwerdeführer rügt, das Bezirksgericht habe sich nicht mit seinen Vorbringen auseinandergesetzt und den Entscheid ungenügend begründet. Damit habe es seinen Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 4 BV verletzt.
a) Der aus Art. 4 aBV abgeleitete Anspruch auf rechtliches Gehör hat durch die explizite Erwähnung in Art. 29 Abs. 2 BV keine materiellen Neuerungen erfahren, weshalb die unter der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 ergangene Rechtsprechung massgeblich bleibt (**BGE 126 V 130** E. 2a). Gemäss dieser Rechtsprechung folgt aus dem rechtlichen Gehör die Pflicht des Richters, sein Urteil zu begründen. Er muss wenigstens kurz die wesentlichen Überlegungen darlegen, von denen er sich hat leiten lassen, sodass der Betroffene den Entscheid in voller Kenntnis der Sache anfechten kann. Dies setzt nicht voraus, dass sich der Richter mit allen tatsächlichen Behauptungen und rechtlichen Einwänden auseinandersetzt.
Er kann sich vielmehr darauf beschränken, die für seinen Entscheid erheblichen Gesichtspunkte anzugeben (**BGE 122 IV 8** E. 2c; **121 I 54** E. 2c je mit Hinweisen).

b) Im Einzelnen macht der Beschwerdeführer geltend, er habe in der Nichtigkeitsklage gerügt, der Gemeinderichter sei in Willkür verfallen, indem er nicht Beweis dazu abgenommen habe, welcher Teil des Zauns abgebrochen worden sei und er verneint habe, dass der Beschwerdeführer gemäss Art. 52 OR und Art. 926 ZGB berechtigt gewesen sei, durch Selbsthilfe den unrechtmässigen Eingriff in seinen Besitz zu verhindern bzw. zu beseitigen. Zudem habe der Beschwerdeführer gerügt, der Gemeinderichter habe den Schaden willkürlich festgelegt. Mit diesen Rügen habe sich das Bezirksgericht nicht auseinandergesetzt.

Es trifft zu, dass das Bezirksgericht sich nicht eingehend zu den Ausführungen des Beschwerdeführers äusserte.
Es brachte jedoch zum Ausdruck, dass es sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht zum Ergebnis kam, die vom Beschwerdeführer gerügte Willkür sei zu verneinen.
In rechtlicher Hinsicht erachtete das Bezirksgericht als erheblich, dass der Beschwerdeführer die fraglichen Grundstücke ab ca. 1992 nicht mehr nutzte und brach liegen liess. Damit ging das Bezirksgericht mit dem Beschwerdegegner davon aus, die Berufung des Beschwerdeführers auf erlaubte Selbsthilfe sei rechtsmissbräuchlich, weil die Entfernung und Beschädigung des Zauns ohne ein schützenswertes Interesse erfolgte. Für das Bezirksgericht war daher unerheblich, ob der Beschwerdeführer nur den Zaun auf seinem Land und der von ihm gepachteten Parzelle abgebrochen hat.
Aus dem Gesagten folgt, dass das Urteil des Bezirksgerichts genügend Angaben enthält, um es sachgerecht anfechten zu können. Eine Verletzung der aus dem rechtlichen Gehör abgeleiteten Begründungspflicht ist daher zu verneinen.

3.- Der Beschwerdeführer rügt, das Bezirksgericht habe gegen das Willkürverbot verstossen, indem es den Entscheid des Gemeinderichters nicht als willkürlich qualifizierte.

a) Willkürlich ist ein Entscheid nach ständiger Rechtsprechung nicht schon dann, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder sogar vorzuziehen wäre.
Das Bundesgericht hebt einen kantonalen Entscheid wegen Willkür nur auf, wenn er nicht nur in der Begründung sondern auch im Ergebnis offensichtlich unhaltbar ist (**BGE 127 I 38** E. 2a S. 41, 125 I 166 E. 2a S. 168; **125 II 129** E. 5b S. 134, je mit Hinweisen). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn er eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt (**BGE 121 I 113** E. 3a S. 114 mit Hinweis).
Zu beachten ist ausserdem, dass im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren neue tatsächliche und rechtliche Vorbringen grundsätzlich unzulässig sind (**BGE 124 I 208** E. 4b S. 212; **119 Ia 88** E. 1a S. 90 f.; **118 Ia 20** E. 5a S. 26; Marc Forster, in: Geiser/Münch, Handbücher für die Anwaltspraxis, I Prozessieren vor Bundesgericht, 2. Aufl. , S. 63 f. Rz. 2.14 und S. 84 Rz. 2.51).

b) Im Einzelnen macht der Beschwerdeführer geltend, das Bezirksgericht sei in Willkür verfallen, indem es die Rechtmässigkeit der Entfernung des Zauns nicht als zulässige Selbsthilfe im Sinne von Art. 52 OR bzw. Art. 926 ZGB qualifizierte.
Die Rüge ist unbegründet. Der Beschwerdeführer legt nicht dar, inwiefern die Annahme des Bezirksgerichts,

die Selbsthilfe sei als rechtsmissbräuchlich bzw. sittenwidrig zu qualifizieren, weil sie ohne schützenswerte Interessen erfolgte (vgl. Schnyder, Basler Kommentar, 2. Auf. , N.
43 zu Art. 41 OR), unhaltbar sein soll. Zudem setzt Selbsthilfe gemäss Art. 52 Abs. 3 OR voraus, dass nach den gegebenen Umständen amtliche Hilfe nicht rechtzeitig erlangt und nur durch Selbsthilfe eine Vereitelung des Anspruchs oder eine wesentliche Erschwerung seiner Geltendmachung verhindert werden konnte. Dasselbe gilt auch bezüglich der Selbsthilfe im Rahmen des Besitzesschutzes, weil Art. 926 Abs. 3 ZGB jede nach den Umständen nicht gerechtfertigte Gewalt verbietet (Stark, Basler Kommentar, N. 7 zu Art. 926 ZGB).
Dass obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig hätte verlangt werden können, wird vom Beschwerdeführer nicht behauptet und ist auch nicht ersichtlich. Das Bezirksgericht ist daher nicht in Willkür verfallen, wenn es davon ausging, der Beschwerdeführer könne sich nicht auf Art. 52 OR bzw. Art. 926 ZGB berufen.

Weiter bringt der Beschwerdeführer vor, der von ihm entfernte Zaun sei teilweise auf seinen Grundstücken errichtet worden und damit gemäss Art. 671 ZGB nach dem Grundsatz superficies solo cedit in sein Eigentum übergegangen. Er habe damit nicht in das Eigentum des Beschwerdegegners eingegriffen, indem er den auf seinem Grundstück stehenden Zaun abriss, weshalb die Widerrechtlichkeit offenkundig nicht gegeben sei. Diese Rüge dringt nicht durch. Der Beschwerdeführer legt nicht dar und es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern es unhaltbar sein soll, den Gitterzaun als Fahrnisbaute (vgl. Art. 677 ZGB) zu qualifizieren, auf welche das Akzessionsprinzip keine Anwendung findet (vgl. Rey, Basler Kommentar, N. 1 zu Art. 677 ZGB).

Alsdann rügt der Beschwerdeführer, das Bezirksgericht habe zu Unrecht eine willkürliche Bemessung des Schadens durch den Gemeinderichter verneint. Zur Begründung macht der Beschwerdeführer geltend, bei nicht wertbeständigen Sachen sei der sog. Zeitwert zu entschädigen. Da der abgebrochene Zaun mehrere Jahre alt gewesen sei, könne es nicht angehen, den Beschwerdegegner für die Anschaffung eines neuen Zauns zu entschädigen. Dieses rechtliche Vorbringen ist neu und daher nicht zu hören. Im Übrigen ist es in Anbetracht der geringen Schadenshöhe nicht willkürlich, den vollen Anschaffungswert (ohne Abzug neu für alt) zu gewähren, wenn der Geschädigte - wie im vorliegenden Fall - wegen des Wegfalls der Sache, die ihm noch lange wie eine neue gedient hätte, gezwungen ist, sich eine neue zu verschaffen (vgl. Honsell, Schweizerisches Haftpflichtrecht,
3. Aufl. , S. 84 Rz. 48).

Weiter bringt der Beschwerdeführer vor, der Beschwerdegegner habe höchstens für 65 Laufmeter Zaun verlangen können, nicht jedoch für volle 2 Rollen zu je 100 Meter, was insgesamt 200 Laufmeter Draht ergebe. Auch insoweit ist Willkür zu verneinen, weil die Angaben des Beschwerdegegners so zu verstehen sind, dass er sich zwei Rollen à 50 Meter gekauft hat. Dass der Erwerb von kürzeren Rollen wirtschaftlich vorteilhafter gewesen wäre, wird vom Beschwerdeführer nicht dargetan.

Sodann rügt der Beschwerdeführer, der vom Beschwerdegegner behauptete Arbeitsaufwand könne nicht als Schadensposten geltend gemacht werde, da er keinen materiellen Schaden z.B. in der Form eines Verdienstausfalls nachgewiesen habe. Auch dieses Vorbringen ist neu und damit unzulässig.
Vor Bezirksgericht beanstandete der Beschwerdeführer nicht den geltend gemachten Stundenansatz, sondern lediglich die zugesprochene Stundenanzahl, welche er in der Beschwerde nicht mehr als willkürlich ausgibt.

Schliesslich macht der Beschwerdeführer geltend, der Gemeinderichter habe willkürlich unterlassen, das widerrechtliche Verhalten des Beschwerdegegners als Selbstverschulden im Sinne von Art. 44 OR zu qualifizieren und die Ersatzpflicht entsprechend zu reduzieren. Dieser Einwand ist unbegründet, weil Art. 44 Abs. 1 OR eine Kann-Vorschrift darstellt und dem Richter bei der Mitberücksichtigung eines Selbstverschuldens des Geschädigten ein Ermessensspielraum zusteht (Schnyder, Basler Kommentar, 2. Aufl. , N. 6 zu Art. 43 OR). Das Bezirksgericht ist daher nicht in Willkür verfallen, indem es die Nichtbeachtung eines möglichen Selbstverschuldens tolerierte.

4.- Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist, soweit darauf einzutreten ist. Gemäss diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kosten- und entschädigungspflichtig.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.- Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.- Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.-- wird dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.- Der Beschwerdeführer hat den Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'000.-- zu entschädigen.

4.- Dieses Urteil wird den Parteien und dem Bezirksgericht I des Bezirkes Goms, in Brig-Glis, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 25. Oktober 2001

Im Namen der I. Zivilabteilung
des SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS
Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

Zurück

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}
5C.36/2007 /frs

Arrêt du 10 mai 2007
IIe Cour de droit civil

Composition
MM. et Mmes les Juges Raselli, Président, Nordmann, Hohl, Marazzi et Riemer, juge suppléant.
Greffier: M. Fellay.

Parties
Association Rhino,
recourante, représentée par Mes Nils de Dardel et Pierre Bayenet, avocats,

contre

SI Boulevard de la Tour 14 SA,
Vergell Casa SA,
intimées, toutes deux représentées par Me Bénédict Fontanet, avocat,

Objet
dissolution d'une association,

recours en réforme [OJ] contre l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève du 15 décembre 2006.

Faits :

A.
La recourante Association RHINO est une association au sens des art. 60 ss CC, non inscrite au registre du commerce et dont les buts statutaires sont les suivants:

"L'Association a pour vocation de loger ses membres de façon économique et communautaire selon les modalités du bail associatif défini par le projet RHINO (cf. annexe). Elle favorise notamment une gestion fondée sur des solutions économiques et écologiques.
L'Association s'efforce de soustraire les immeubles qu'elle occupe du marché immobilier et de la spéculation.
L'Association a également pour but la promotion du logement associatif; elle établit les contacts nécessaires afin d'informer et d'encourager d'autres projets de type associatif.
L'Association favorise l'ouverture et le maintien dans ces locaux de lieux ouverts à caractère social ou culturel".

L'annexe aux statuts énonce en substance que l'association a pour but de développer et de pérenniser l'habitat associatif bon marché dans les immeubles situés au boulevard de la Tour 12-14 et au boulevard des Philosophes 24, à Genève. Selon les statuts, la qualité de membre de l'association - dont l'acronyme RHINO signifie à la fois "Retour des Habitants dans les Immeubles Non Occupés" et "Restons Habitants dans les Immeubles que Nous Occupons" - est réservée aux personnes qui habitent dans les immeubles en question et se perd avec leur déménagement.

Les intimées SI Boulevard de la Tour 14 SA et Vergell Casa SA sont les actuelles propriétaires des immeubles précités.

B.
Après avoir vainement tenté de nombreuses négociations et engagé des procédures d'évacuation des immeubles, les propriétaires ont, par demande du 4 avril 2005, sollicité la dissolution de l'association au motif que son but était illicite (art. 78 CC).

Par jugement du 9 février 2006, le Tribunal de première instance du canton de Genève a prononcé la dissolution de l'association ex nunc, soit dès l'entrée en force du jugement.
Saisie d'un appel de l'association et d'un appel incident des propriétaires, la Cour de justice du canton de Genève a, par arrêt du 15 décembre 2006, rejeté l'appel de l'association et admis l'appel incident des propriétaires, prononcé la dissolution de l'association ex tunc, c'est-à-dire à partir du jour de sa création, et renvoyé la cause au premier juge pour désignation du liquidateur et de la corporation publique bénéficiaire de la fortune de l'association.

C.
Par acte déposé le 29 janvier 2007, l'association a recouru en réforme auprès du Tribunal fédéral, concluant principalement à ce que l'arrêt de la Cour de justice soit annulé et l'action en dissolution rejetée, subsidiairement à ce qu'elle soit acheminée à prouver les faits allégués dans son recours.

Une réponse n'a pas été requise.

D.
L'association a également formé un recours de droit public contre l'arrêt de la Cour de justice (5P.34/2007), recours qui a été rejeté, dans la mesure de sa recevabilité, par arrêt de ce jour.

Le Tribunal fédéral considère en droit:

1.
La décision attaquée ayant été rendue avant l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2007 (RO 2006 1242), de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110), l'ancienne loi d'organisation judiciaire (OJ) est applicable à la présente cause (art. 132 al. 1 LTF).

2.
La recourante reproche tout d'abord à la cour cantonale d'avoir fait preuve d'inadvertance manifeste au sens de l'art. 63 al. 2 OJ dans l'établissement de cinq faits.

2.1 En premier lieu, la cour cantonale aurait fait preuve d'une telle inadvertance en indiquant que la recourante ne contestait pas que l'occupation d'un immeuble impliquait par essence une violation des droits des propriétaires. La recourante admet toutefois elle-même que la question de la licéité de l'occupation est une question de droit, non de fait. La contestation ou non de cette question par une partie ne saurait donc avoir d'incidence sur sa solution.

2.2 Reposerait en outre sur plusieurs inadvertances manifestes, selon la recourante, l'affirmation suivante de la cour cantonale: "L'appelante n'explique pas de quelle manière elle pourrait obtenir un droit sur les immeubles autrement qu'en occupant les locaux sans l'accord du propriétaire. La contrepartie financière que l'appelante a offerte dans le cadre des négociations n'est pas pertinente puisqu'elle admet n'avoir jamais pu la réunir, que les propriétaires l'ont refusée et qu'elle ne la propose désormais plus puisqu'elle sollicite que la Ville de Genève exproprie les intimées et lui accorde un droit de superficie ou de bail pérenne".

Le grief est en grande partie irrecevable faute par la recourante d'indiquer, comme l'exige l'art. 55 al. 1 let. d OJ, quelle(s) pièce(s) du dossier contredirai(en)t l'affirmation susmentionnée. La constatation de l'arrêt attaqué selon laquelle la recourante sollicite l'expropriation des immeubles des intimées par la Ville de Genève n'apparaît pas contraire à la pièce 12, qui fait état de la disposition de la Ville de Genève à négocier l'achat desdits immeubles, et ne repose donc pas sur une inadvertance manifeste.

2.3 La troisième inadvertance manifeste dont aurait fait preuve la cour cantonale consisterait, selon la recourante, à avoir tenu pour "admis que les membres de l'appelante occupent les immeubles sans autorisation et refusent de les libérer, s'opposant à toute évacuation et à avoir retenu que "l'appelante ne conteste pas l'illicéité de ce comportement [...]".

Cette question de la licéité ou de l'illicéité de l'occupation est toutefois, comme le reconnaît ici également la recourante, une question de droit et non de fait (cf. consid. 2.1 ci-dessus).

2.4 L'arrêt attaqué souffrirait, aux yeux de la recourante, d'une quatrième inadvertance manifeste dans la mesure où il retient qu'elle a admis en première instance la version des statuts produite par les intimées, alors qu'il ressortirait du dossier qu'elle n'a admis qu'une fraction de ladite version des statuts.

La question de savoir quels étaient les statuts déterminants, partant de déterminer si le cercle des membres avait ou non été élargi aux personnes n'habitant pas les immeubles (membres passifs), a été jugée par la cour cantonale sans pertinence aucune dans l'analyse du but de la recourante.

2.5 S'agissant enfin de la cinquième prétendue inadvertance, relative au constat de la cour cantonale selon lequel la recourante représente aussi ses membres devant les autorités policières, la recourante ne fournit aucun élément topique (page, considérant). La question en cause ne revêt d'ailleurs pas d'importance décisive.

3.
La recourante fait valoir également quatre violations de dispositions fédérales en matière de preuve (art. 63 al. 2 OJ).

3.1 La première violation invoquée l'est à propos du but statutaire de la recourante. Cette dernière relève toutefois elle-même qu'il s'agit là d'une question de droit et non de fait.

3.2 La deuxième prétendue violation est invoquée à propos, de nouveau, des membres passifs de l'association. Dès lors qu'elle considérait cette question comme dénuée de pertinence (cf. consid. 2.4 ci-dessus), la cour cantonale n'avait pas à accorder à la recourante de droit à la contre-preuve au sens de l'art. 8 CC.

3.3 En troisième lieu, la recourante se plaint de ne pas avoir été admise à fournir de contre-preuve à l'assertion de la cour cantonale selon laquelle elle occupe les lieux et refuse de les libérer sauf si un droit est conféré à ses membres. Contrairement à ce que soutient la recourante, on ne se trouve pas ici en présence d'une allégation déterminée de la partie adverse ouvrant le droit à la contre-preuve au sens de l'art. 8 CC, mais bien plutôt d'une appréciation générale du comportement de la recourante par comparaison avec celui des coopératives d'habitation et de leurs membres.

3.4 La dernière violation est invoquée à propos d'une initiative populaire à laquelle la cour cantonale s'est référée sans que les parties n'aient pu se prononcer sur la question. Cette prétendue violation du droit d'être entendu relève du recours de droit public. L'inexactitude dont fait également état la recourante dans ce contexte est insignifiante et sans aucune pertinence.

4.
Sur le fond, la recourante invoque la violation de l'art. 78 CC, d'une part quant à la licéité de ses buts statutaires et réellement poursuivis, d'autre part quant au principe de la dissolution de l'association.

4.1 En particulier, la recourante fait grief à la cour cantonale d'avoir retenu qu'une partie du deuxième but statutaire ("l'association s'efforce de soustraire les immeubles qu'elle occupe du marché immobilier et de la spéculation") est illicite. Pour sa part, elle distingue dans ce but entre, d'une part, "soustraire les immeubles du marché immobilier et de la spéculation" et, d'autre part, "les immeubles qu'elle occupe", estimant parfaitement licite le premier élément de la distinction, en raison notamment de son droit de lutter pour obtenir des changements législatifs. A cet égard, il est exact qu'il n'est pas interdit en soi de sortir des immeubles du marché afin de combattre la spéculation - c'est souvent le motif qui pousse une collectivité publique, une fondation ou une coopérative d'habitation à acquérir ou à ne pas aliéner des immeubles -, pas plus qu'il n'est interdit d'aspirer à un changement de loi sur ce point. Ce qui est cependant décisif dans les deux cas, c'est le moyen utilisé; c'est aussi pourquoi le but partiel en question ne peut être subdivisé, mais doit être considéré dans son ensemble: il est interdit de procéder à un retrait du marché par une occupation ou de vouloir obtenir de force ou de quelqu'autre manière une modification de loi "légalisant" cette occupation (cf. Hans Michael Riemer, Vereine mit widerrechtlichem Zweck, in: RDS 97/1978 I p. 88 s.; idem, Commentaire bernois, n. 43/44 ad art. 76-79 CC). S'agissant de l'occupation en tant que telle, la recourante se prévaut de la durée de la présence des habitants et des travaux d'entretien réalisés par ceux-ci, travaux auxquels les propriétaires ne se seraient jamais opposés, de sorte qu'on serait en présence d'un contrat - de bail ou de prêt - tacite; par ailleurs, aucun jugement entré en force n'aurait condamné les occupants à quitter les lieux. Tout cela ne change cependant rien au fait qu'un but statutaire impliquant l'occupation d'immeubles est illicite.

4.2 En ce qui concerne les buts réellement poursuivis, la recourante se réfère au commentaire de Riemer (n. 41 ad art. 76-79 CC), qui prévoit qu'en cas d'actes contraires au droit commis par les organes de l'association dans la poursuite du but conforme au droit de celle-ci, c'est selon l'art. 55 al. 2 et 3 CC (action en responsabilité) et non pas selon l'art. 78 CC (dissolution de l'association) qu'il y a lieu en général de procéder. Il échappe cependant à la recourante qu'en l'espèce l'on ne se trouve précisément pas dans un tel cas, mais plutôt dans celui d'une adéquation entre les actes des organes de l'association et le but de celle-ci (cf. le commentaire précité, p. 921).

Pour le surplus, la recourante fait valoir que les habitants occupent les immeubles en cause depuis longtemps grâce à la tolérance des autorités et des propriétaires et qu'ils seraient donc au bénéfice d'un contrat tacite. Cet argument est toutefois contredit par les constatations de la cour cantonale qui retient, de façon à lier le Tribunal fédéral (art. 55 al. 1 let. c et 63 al. 2 OJ), que les membres de la recourante occupent les immeubles sans autorisation et refusent de les libérer, s'opposant à toute évacuation.

4.3 De même, le point de vue de la recourante selon lequel les propriétaires auraient dû tenter d'atteindre leur but par une autre voie (garantie de la propriété privée, actions réelles) est dénué de pertinence, dès lors que la dissolution de la recourante, c'est-à-dire de l'occupante primaire des immeubles selon la décision attaquée (p. 13 consid. 4.2.3), est en tout cas une possibilité légalement admissible de mettre fin à l'occupation. Le point de savoir s'il existerait encore d'autres possibilités à côté de celle-ci est sans importance en l'occurrence.

4.4 La recourante se prévaut également de ce que, en l'espèce, il n'y aurait violation d'aucun droit objectif, mais éventuellement d'un simple droit subjectif. Elle méconnaît cependant que la propriété est aussi protégée contre une occupation comme celle ici en cause par des règles du droit objectif (Cst., CC, CP, etc.). Au demeurant, le cas d'espèce ne se laisse pas comparer avec celui cité par la recourante - local d'un club érigé en violation d'une servitude d'interdiction de construire - dès lors qu'il ne s'agissait pas là du but de l'association.

4.5 Se référant à Anton Heini (Das Schweizerische Vereinsrecht, Bâle 1988, p. 39), la recourante fait valoir en outre que pour prononcer la dissolution d'une association dont l'activité est illégale, il faut que cette illégalité soit durable. Le point de savoir si ce critère est déterminant peut demeurer indécis, car dans le cas de la recourante il est de toute façon rempli.

4.6 Dans ce contexte, la recourante se réfère à ses autres buts statutaires et se plaint de la non-application à son cas de l'art. 20 al. 2 CO sur la nullité partielle. La question de savoir si cette disposition (en liaison avec l'art. 7 CC) est somme toute applicable aux cas de l'art. 78 CC est controversée en doctrine (réponse affirmative chez Riemer, RDS 97/1978 I p. 95 n. 81 et Commentaire bernois, n. 40 ad art. 76-79 CC; réponse négative chez Heini/Scherrer, Commentaire bâlois, 3e éd., n. 3 ad art. 78 CC; Heini/Portmann, SPR II/5, 3e éd., n. 169; Jean-François Perrin, Droit de l'association, Zurich 2004, p. 208). Le Tribunal fédéral a tranché la question en principe par l'affirmative en tout cas pour d'autres personnes morales (**ATF 73 II 81** concernant une fondation et **ATF 80 II 123** concernant une coopérative). La question peut toutefois demeurer indécise en l'espèce. En effet, la cour cantonale a examiné cette question et est parvenue au résultat que le but illicite de la recourante était prédominant par rapport aux autres buts statutaires, puisque celle-ci avait avant tout été créée aux fins de l'atteindre. La recourante ne le conteste nullement, mais fait simplement valoir que ses autres buts sont "essentiels". De plus, elle ne prétend pas que les conditions de l'art. 20 al. 2 CO seraient remplies, en particulier qu'elle aurait tout de même été constituée sans la clause statutaire frappée de nullité; elle se contente d'affirmer qu'elle "pourrait continuer à fonctionner" même sans le but statutaire déclaré illicite, ce qui n'est toutefois pas décisif au regard de l'art. 20 al. 2 CO.

4.7 Dans ce contexte, la recourante critique par ailleurs, en se référant à Riemer (Commentaire bernois, n. 56 ad art. 76-79 CC), le prononcé de sa dissolution ex tunc; l'association ayant, depuis 18 ans, interagi avec d'autres personnes privées, conclu des contrats, mené des négociations et agi en justice, seule une dissolution ex nunc entrerait en ligne de compte.

C'est à bon droit que la cour cantonale a prononcé la dissolution ex tunc, dès lors que l'association a poursuivi son but illicite dès sa fondation (cf. Riemer, loc. cit., n. 57). Quant au sort des relations juridiques nées dans l'intervalle, il appartiendra au liquidateur d'en décider.

5.
La recourante invoque enfin la violation des art. 23 Cst. (liberté d'association), 36 Cst. (restriction des droits fondamentaux) et 11 CEDH (liberté d'association).

5.1 Dans la mesure où elle se plaint d'une mauvaise application du droit fédéral qu'elle estime violer aussi l'un ou l'autre de ses droits constitutionnels ou conventionnels, la recourante invoque en réalité, comme elle le souligne d'ailleurs elle-même en se référant à Fabienne Hohl (Procédure civile, tome II 2002, p. 298 n. 3237), la violation du droit fédéral. Ce grief relève donc du recours en réforme.

5.2 La décision attaquée se fonde sur l'art. 78 CC. En vertu de l'art. 190 Cst. (art. 191 Cst. avant la réforme de la justice), le Tribunal fédéral ne peut refuser d'appliquer la disposition de droit civil précitée (cf. **ATF 131 II 562** consid. 3.2 p. 566, 710 consid. 5.4 p. 721; **129 II 249** consid. 5.4 p. 263 et les références). Il ressort par ailleurs des considérations ci-dessus (consid. 4) que la cour cantonale n'a pas violé l'art. 78 CC.

5.3 L'art. 11 CEDH garantit notamment le droit de toute personne à la liberté de réunion et à la liberté d'association (al. 1). L'exercice de ce droit est toutefois soumis aux restrictions qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui (al. 2, 1ère phrase).

La cour cantonale, se fondant sur une disposition légale déterminante (art. 78 CC), a prononcé la dissolution de la recourante en raison du but statutaire illicite de celle-ci (atteinte, entre autres, à la garantie de la propriété de l'art. 26 al. 1 Cst.) et en raison de son activité illicite (occupation d'immeubles de tiers). Ces deux situations ne sont pas couvertes par la garantie du droit à la liberté de réunion et d'association (art. 11 al. 1 CEDH), mais tombent sous le coup des restrictions admissibles à celle-ci (art. 11 al. 2 CEDH; cf. arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 13 février 2003 dans la cause Refah Partisi (The Welfare Party) et cons. contre la Turquie concernant la dissolution d'un parti politique et le droit à la liberté de réunion et d'association). Le fait que dans le cas de la dissolution d'un parti politique il faille, comme l'allègue la recourante, user d'une retenue particulière ou poser des exigences assez strictes est exact (cf. arrêt du 13 février 2003 précité; Jens Meyer-Ladewig, EMRK, Baden-Baden 2003, n. 22 ad art. 11 CEDH avec les renvois concernant la relation avec la liberté d'expression selon l'art. 10 CEDH), mais il n'est pas décisif en l'espèce, dès lors que la recourante, malgré une certaine composante politique dans son but et la mise en application de celui-ci, n'est pas un parti politique et qu'au demeurant il n'y a pas, dans son cas, de relation suffisamment étroite avec la liberté d'expression.

6.
Il résulte de ce qui précède que le recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité.
Les frais judiciaires doivent être mis à la charge de la recourante (art. 156 al. 1 OJ). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens, le dépôt d'une réponse n'ayant pas été requis.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

Un émolument judiciaire de 2'000 fr. est mis à la charge de la recourante.

3.
Le présent arrêt est communiqué en copie aux mandataires des parties et à la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève.
Lausanne, le 10 mai 2007
Au nom de la IIe Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse
Le président: Le greffier:

Zurück

[AZA 0/2]
5P.220/2000/min

II. ZIVILABTEILUNG **********

6. September 2001

Es wirken mit: Bundesrichter Reeb, Präsident der II. Zivilabteilung,
Bundesrichter Raselli, Ersatzrichter Zünd sowie
Gerichtsschreiber Zbinden.

In Sachen

1. R._____,
2. S._____, Beschwerdeführer, beide vertreten durch Rechtsanwalt Andreas O. Weber, Av. du Tivoli 3, 1701 Freiburg,

gegen

1. T._____,
2. U._____,
3. V._____ AG,
4. W._____,
5. X._____, Beschwerdegegner, alle vertreten durch Rechtsanwalt Dr. René Bacher, Hauptstrasse 34, 4102 Binningen, Gerichtspräsident des Sensebezirks,

betreffend
Art. 9 und 49 Abs. 1 BV
(Sicherheitsleistung im Besitzesschutzverfahren), hat sich ergeben:

A.- Am 21. Februar 2000 verstarb Z._____. Der Erbengemeinschaft gehören neben der Ehefrau Y._____ die Kinder R._____ und S._____ sowie T._____, U._____ und W._____ an. Kurz vor seinem Ableben hatte Z._____ am 14. Februar 2000 die Baubewilligung zum Wiederaufbau des vollständig abgebrannten Bauernhauses erhalten. Auf Veranlassung von U._____, T._____ und W._____ sowie deren Lebensgefährten, X._____, wurde in der Folge mit den Bauarbeiten begonnen, womit R._____ und S._____ jedoch nicht einverstanden waren.

B.-Auf ihr Begehren um Besitzesschutz untersagte der Gerichtspräsident des Sensebezirks am 21. März 2000 superprovisorisch zunächst T._____ und U._____ sowie der V._____ AG, Bautätigkeiten irgendwelcher Art auf dem fraglichen Grundstück vorzunehmen oder vornehmen zu lassen. Am 20. April 2000 erliess er eine entsprechende Verfügung auch gegen W._____ und X._____. R._____ und S._____ hatten eine Sicherheitsleistung in Form einer Bankgarantie von insgesamt Fr. 125'000.-- zu leisten. Am 8. Mai 2000 hiess der Gerichtspräsident des Sensebezirks das Besitzesschutzbegehren definitiv gut und bestätigte das superprovisorisch ausgesprochene Verbot bis zum Entscheid eines Erbenvertreters, dessen Einsetzung R._____ und S._____ in der Zwischenzeit verlangt hatten. Die von ihnen zu erbringende Sicherheitsleistung wurde auf Fr. 225'000.-- erhöht.

C.- R._____ und S._____ haben am 15. Juni 2000 staatsrechtliche Beschwerde gegen die Besitzesschutzverfügung eingereicht. Sie beantragen, die angefochtene Verfügung bezüglich der Verpflichtung zur Erbringung einer Sicherheitsleistung aufzuheben.

Das Verfahren wurde zunächst sistiert, weil beide Parteien gegen die Besitzesschutzverfügung auch Beschwerde an das Zivilgericht des Sensebezirks eingereicht hatten, welches allerdings am 22. Dezember 2000 darauf nicht eintrat, weil gegen Besitzesschutzmassnahmen ein Rechtsmittel nicht gegeben sei.

In ihrer Vernehmlassung vom 28. März 2001 an das Bundesgericht beantragen T._____ und die Mitbeteiligten, auf

die staatsrechtliche Beschwerde sei nicht einzutreten; eventuell sei sie abzuweisen. Der Gerichtspräsident des Sensebezirks hat auf Vernehmlassung verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- a) Die Beschwerdeführer haben staatsrechtliche Beschwerde gegen die Besitzesschutzverfügung des Gerichtspräsidenten des Sensebezirkes erhoben. Die Berufung gegen Besitzesschutzverfügungen ist unzulässig (**BGE 113 II 243**). Hingegen geht die zivilrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde der staatsrechtlichen Beschwerde vor (Art. 84 Abs. 2 OG; **BGE 107 II 233** E. 1). Die Beschwerdeführer machen im Wesentlichen geltend, es sei mit Bundesrecht nicht vereinbar, die Gewährung von Besitzesschutz von einer Sicherheitsleistung abhängig zu machen. Damit rufen sie aber den Nichtigkeitsgrund von Art. 68 Abs. 1 lit. a OG an, der gegeben ist, wenn statt des massgebenden eidgenössischen Rechts kantonales Recht angewendet wird. Das als staatsrechtliche Beschwerde eingereichte Rechtsmittel ist daher als Nichtigkeitsbeschwerde zu behandeln (**BGE 107 II 233** E. 1). Die formellen Anforderungen sind erfüllt, namentlich handelt es sich bei der Besitzesschutzverfügung des Gerichtspräsidenten des Sensebezirkes um einen kantonal letztinstanzlichen Entscheid (Art. 68 Abs. 1 OG), was sich daraus ergibt, dass das Bezirksgericht auf die bei ihm erhobenen Beschwerden nicht eingetreten ist.

b) Die Beschwerdegegner kritisieren den angefochtenen Entscheid ihrerseits. Sie sind der Auffassung, es hätte Besitzesschutz nicht gewährt werden dürfen. Indessen haben sie - innert Frist - kein Rechtsmittel ergriffen bzw. hat sich die erhobene Beschwerde an das Zivilgericht für unzulässig erwiesen, was wiederum unangefochten geblieben ist. Das Bundesgericht kann darauf nicht zurückkommen. Es hat lediglich zu beurteilen, ob es mit Bundesrecht vereinbar ist, den Beschwerdeführern zwar Besitzesschutz zu gewähren, sie zugleich aber zu verpflichten, eine Sicherheitsleistung zu erbringen.

2.- a) Das Zivilgesetzbuch versteht unter Besitz die tatsächliche Gewalt über die Sache (Art. 919 ZGB). Es unterscheidet zwischen dem im Eigentum begründeten selbständigen und dem anderswie begründeten unselbständigen Besitz (Art. 920 ZGB) und schützt den Besitz als tatsächliche Gewalt gegen Entziehung und Störung durch verbotene Eigenmacht (Art. 927 und 928 ZGB). Ansprüche können sich auch aus Mit- oder Gesamtbesitz ergeben und sich gegen die anderen Mit- oder Gesamtbesitzer richten (Ruedi Portmann, Der Besitzesschutz des schweizerischen Zivilgesetzbuchs, Diss. Zürich 1996, S. 103 f., 107), vorausgesetzt, der Streit betreffe nicht die Rechtsbeziehung der Mit- oder Gesamtbesitzer (Stark, Berner Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 926-929 ZGB, N. 67 ff.; Homberger, Zürcher Kommentar, N. 21 zu Art. 926 ZGB; Steinauer, Les droits réels, Bd. 1, 3. Aufl. 1997, S. 93, Rz. 332). Der Besitzer kann, wenn ihm eine "Sache durch verbotene Eigenmacht entzogen" (Art. 927 Abs. 1 ZGB) oder sein "Besitz durch verbotene Eigenmacht gestört" (Art. 928 Abs. 1 ZGB) wird, gegen den Besitzesentzieher oder -störer Klage erheben, auch wenn dieser ein Recht zu haben behauptet. Besitzesschutz als Schutz der tatsächlichen Gewalt über die Sache kann nur im Falle der Besitzesentziehung dann verweigert werden, wenn der Besitzesentzieher "sofort ein besseres Recht nachweist" und aufgrund dieses sofort nachgewiesenen besseren Rechts "dem Kläger die Sache wieder abverlangen könnte" (Art. 927 Abs. 2 ZGB).

b) Besitzesschutzklagen führen damit zu einem Urteil, in welchem dem Kläger nur Besitzesschutz, d.h. Schutz der tatsächlichen Gewalt über die Sache zuerkannt wird, also nur über die Wiederherstellung oder Erhaltung des Zustands der tatsächlichen Gewalt über die Sache, nicht aber über die Rechtmässigkeit dieses Zustandes bzw. über das Recht an der Sache entschieden wird. Besitzesschutzurteile können daher durch ein späteres Urteil über das Recht an der Sache umgestossen werden (**BGE 113 II 243** E. 1). Dies ändert allerdings nichts daran, dass der Entscheid insofern endgültiger Natur ist, als definitiv über den bundesrechtlichen Anspruch auf Erhaltung oder Wiederherstellung des tatsächlichen Zustands befunden wird. Dieser Anspruch darf nicht von zusätzlichen Anforderungen des kantonalen Rechts abhängig gemacht werden, welche den Besitzesschutz erschweren (**BGE 83 II 141** E. 3 S. 144; Steinauer, a.a.O., S. 99, Rz. 359a). Wohl darf das kantonale Prozessrecht für eine im Verlaufe des Prozesses zu erlassende vorläufige Verfügung eine Kaution im Hinblick darauf verlangen, dass das Besitzesschutzbegehren sich schliesslich als unbegründet erweisen könnte (Homberger, Zürcher Kommentar, N. 17 zu Art. 927 ZGB; Stark, Berner Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 926-929, N. 109), wie dies hier zunächst geschehen ist. Für die Besitzesschutzklage als solche ist eine Sicherheitsleistung aber unzulässig, weil dadurch die privatrechtlichen Bestimmungen des Bundesrechts abgeändert würden (Homberger, N. 17 zu Art. 927; vgl. Stark, Berner Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 926-929, N. 109; Isaak Meier, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, Zürich 1983, S. 163).

c) Die Beschwerdeführer machen mithin zu Recht geltend, der Gerichtspräsident des Sensebezirks habe bezüglich der Sicherheitsleistung kantonales Recht statt Bundesrecht angewendet. Die Ziff. 3 und 4 des angefochtenen Entscheides, die sich hierauf beziehen, sind folglich aufzuheben. Einer Rückweisung der Sache (Art. 73 Abs. 2 OG) bedarf es - ausnahmsweise - nicht, da weitere Anordnungen nicht getroffen werden müssen.

3.- Entsprechend diesem Verfahrensausgang sind die bundesgerichtlichen Kosten den Beschwerdegegnern unter solidarischer Haftbarkeit aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 und 7 OG).
Sie haben überdies die Beschwerdeführer unter solidarischer Haftbarkeit für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen (Art. 159 Abs. 2 und 5 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.- Die staatsrechtliche Beschwerde wird als Nichtigkeitsbeschwerde entgegengenommen und als solche gutgeheissen.
Die Ziff. 3 und 4 des Entscheides des Gerichtspräsidenten des Sensebezirkes vom 8. Mai 2000 werden aufgehoben.

2.- Die Gerichtsgebühr von Fr. 4'000.-- wird den Beschwerdegegnern unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt.

3.- Die Beschwerdegegner haben die Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 4'000.– unter solidarischer Haftbarkeit zu entschädigen.
4.- Dieses Urteil wird den Parteien sowie dem Gerichtspräsidenten des Sensebezirks schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 6. September 2001

Im Namen der II. Zivilabteilung
des SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS
Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Urteilskopf

85 II 275

43. Urteil der II. Zivilabteilung vom 18. September 1959 i.S. E. & R. Suter A.-G. gegen Lüthy.

Regeste

Besitzes- und Rechtsschutz gegenüber Verletzungen des Nachbarrechts. Übermässige Einwirkungen auf ein Nachbargrundstück (**Art. 684 ZGB**) als Besitzesstörung (**Art. 928 ZGB**).
Das Urteil über die Besitzesschutzklage, das nur vorfrageweise zu der (einem künftigen Rechtsstreit vorbehaltenen) Rüge der Nachbarrechtsverletzung Stellung nimmt, unterliegt nicht der Berufung an das Bundesgericht.
Art. 44-46, 48, 50 OG.

Sachverhalt ab Seite 275

BGE 85 II 275 S. 275

A.- A. Lüthy, Eigentümer eines Grundstücks in Mellingen, hat am 7. Oktober 1957 beim Gerichtspräsidium Baden gegen die E. & R. Suter A.-G. als Grundnachbarin ein Befehlsverfahren nach § 245 der kantonalen Zivilprozessordnung eingeleitet mit den Begehren:
"1. Die Beklagte sei unter Androhung von ... zu verpflichten, den Miststock hinter ihrem Hause auf I.R. Mellingen Nr. 13 abzutragen und zu entfernen.
2. Der Beklagten sei unter Androhung von ... zu untersagen, künftig irgendwo auf ihrem Grundstücke I.R. Mellingen Nr. 81 Mist abzulagern oder aufzuhäufen."

BGE 85 II 275 S. 276

Zur Begründung brachte er vor, die Beklagte bzw. deren Rechtsvorgänger habe früher in der südwestlichen Ecke ihres Grundstücks Nr. 13 einen Komposthaufen gehabt, den sie nun aber in der letzten Zeit als Miststock benütze. Dort lagere sie sämtlichen in ihrem Stall anfallenden Pferdemist ab. Die von diesem bloss 30 Meter vom Wohnhaus der Klägers entfernten Miststock ausströmenden Gerüche bewirkten namentlich bei feuchtwarmem Wetter eine unerträgliche Geruchsbelästigung; dazu komme eine beträchtliche Insektenplage. Es handle sich um übermässige Einwirkungen auf sein Grundeigentum, die er nach der Lage der Grundstücke und nach Ortsgebrauch nicht zu dulden brauche.
Die Beklagte trug auf Abweisung des Befehlsbegehrens an. Sie bestritt die Gesuchsvorbringen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht.

B.- Nach Vornahme eines Augenscheins mit Zeugeneinvernahme und Parteibefragung hiess der Präsident des Bezirksgerichts Baden das Gesuchsbegehren teilweise gut und untersagte der Beklagten "gemäss **§ 252 ZPO** bei Haft oder Busse", auf dem Miststock hinter ihrer Liegenschaft I.R. Mellingen Nr. 13 in der Zeit vom 1. März bis 1. November Pferdemist abzulagern.

C.- Gegen diesen Entscheid führte die Beklagte beim Obergericht Beschwerde mit dem erneuten Antrag auf Abweisung der Klage; eventuell sei sie bloss zu verpflichten, den Miststock in die Mitte ihres Grundstückes zu verlegen und den Mist häufiger abzuführen.

D.- Mit Entscheid vom 3. März 1959 hat das Obergericht des Kantons Aargau die Beschwerde abgewiesen. Ziffer II, 1, der Begründung lautet:
"Das klägerische Begehren stellt sich als ein solches um Besitzesschutz dar. Der Kläger beruft sich denn auch auf **Art. 928 ZGB** und verlangt Beseitigung der Störung und Unterlassung künftiger Störung. Da die Voraussetzungen zur Gewährung richterlichen Besitzesschutzes im Zivilrecht enthalten sind und zwar, soweit Besitzesstörung in

BGE 85 II 275 S. 277

Betracht fällt, im erwähnten **Art. 928 ZGB**, und da in § 135 EG ZGB zur Behandlung eines solchen Streites ausser auf die andern der dort aufgeführten Rechtsbehelfe, insbesondere auch auf das Befehlsverfahren verwiesen ist, so ist die Anwendbarkeit dieses Verfahrens auf Grund von Ziffer 1 des **§ 245 ZPO**, auf den sich der Kläger ausdrücklich stützt, gegeben. Ob das Begehren gutgeheissen werden kann, setzt daher

nicht, wie gemäss § 245 Ziffer 2 ZPO die Prüfung der Frage voraus, ob glaubwürdig dargetan ist, dass die Aufrechterhaltung eines tatsächlichen Zustandes oder die Abwendung eines drohenden erheblichen Nachteils eine vorläufige Massnahme erheische, um einem gefährdeten Recht vorsorglich Schutz zu verleihen, sondern, ob erwiesen ist, dass ein zivilrechtlich statuiertes Recht, hier das Recht auf ungestörten Besitz, verletzt ist, so dass zu dessen Schutz die vom Gesetze vorgesehenen Entscheidungen, denen endgültiger Charakter zukommt, zu treffen sind. Nachdem jedoch im Besitzesschutzverfahren, insbesondere bei Besitzesstörung, lediglich die Besitzfrage endgültig und materiell rechtskräftig beurteilt werden kann, während der Einwand des Beklagten, es stehe ihm ein besseres Recht zu, vorliegend das Recht auf Duldung seiner Mistablagerungsstätte durch den Kläger, nicht überprüfbar ist, so ist der allfällig die Klage gutheissende Entscheid doch insofern nur ein provisorischer, als die Frage offen bleibt, ob der geschützte Zustand der Rechtslage entspricht (vgl. EICHENBERGER, Beiträge zum Aargauischen Zivilprozessrecht, S. 211). Dies hat zur Folge, dass der Beklagten die Möglichkeit vorbehalten bleiben muss, in einem von ihr anzuhebenden Streite das von ihr beanspruchte Recht darzutun."

E.- Gegen diesen Entscheid hat die Beklagte Berufung an das Bundesgericht eingelegt. Sie erneuert den Antrag auf Abweisung der Klage und den vor Obergericht gestellten Eventualantrag. Subeventuell verlangt sie die Rückweisung der Sache an das Obergericht zu neuer Entscheidung.

F.- Auf Ersuchen des Präsidenten der II. Zivilabteilung erläuterte das Obergericht die Ziffer II, 1, der Urteilsbegründung mit Zuschrift vom 11. August 1959 wie folgt:
"Gemäss § 135 aarg. EG ZGB "werden die Klagen wegen Besitzesstörung oder Besitzesentziehung durch verbotene Eigenmacht (Art. 927/8 ZGB), wo sie nicht in die Zuständigkeit des Friedensrichters fallen oder nicht durch Verfügung im Befehlsverfahren oder durch Verbot erledigt werden können, im beschleunigten Verfahren verhandelt". In der Praxis wurde diese Bestimmung bisher dahin ausgelegt, dass dadurch Klagen wegen Besitzesstörung und -entziehung grundsätzlich in das Befehlsverfahren nach § 245 Ziff. 1 aarg. ZPO gewiesen würden, und dass den in diesem Verfahren über Besitzesfragen gefällten Entscheidungen endgültiger Charakter zukomme, da die streitigen Besitzesfragen dadurch materiell und definitiv entschieden würden (VJS 24 S. 63, 27 S. 75 und 38 S. 89; ferner 22 S. 108 und 31 S. 162 f.). Diese Wirkung kann den im Befehlsverfahren nach **§ 245 Ziff. 1 ZPO** zum Austrag kommenden Besitzesschutzstreitigkeiten indes nur hinsichtlich der Frage des Besitzesschutzes zukommen. Gegenüber im ordentlichen Verfahren zur Beurteilung gelangenden Klagen aus dem Recht, zum Beispiel in Immissionsstreitigkeiten, deren rechtliche Voraussetzungen ganz anders geordnet sind (Aktivlegitimation, Klagfundament, Verjährung), wirkt sich daher die Rechtskraft eines im Befehlsverfahren gemäss **§ 245 Ziff. 1 ZPO** gestützt auf Art. 927 oder 928 ZGB gefällten Urteils nicht aus, indem die Einrede der abgeurteilten Sache deswegen nicht mit Erfolg erhoben werden könnte, und zwar auch dann, wenn im erwähnten Besitzesschutzverfahren die Frage, ob eine Immission vorliege, vorfrageweise bereits beurteilt worden ist."

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
Gegenstand des angefochtenen Entscheides war, was nach den Erläuterungen des Obergerichts zu Ziffer II, 1,

der Urteilsbegründung keinem Zweifel mehr unterliegt, eine im Befehlsverfahren angebrachte reine Besitzesschutzklage im Sinne von **Art. 926 ff. ZGB**. Und zwar handelt es sich, da die vom Miststock der Beklagten ausgehenden Einwirkungen den sachlichen Besitzstand des Klägers nicht schmälern, also nicht Besitzesentziehung sein können, um eine Klage wegen Besitzesstörung gemäss **Art. 928 ZGB**. Es ist denn auch anerkannt, dass Immissionen, die im übrigen unter bestimmten Voraussetzungen Anlass zu einer Klage nach Art. 679/684 ZGB geben können, als Besitzesstörung in Betracht fallen (vgl. OSTERTAG, N. 11, und HOMBERGER, N. 10 zu **Art. 928 ZGB**).
In **BGE 40 II 559** wurde ohne nähere Prüfung der Frage ein Besitzesschutzstreit als Zivilrechtsstreitigkeit gemäss Art. 56 ff. und das darüber ergangene Urteil der letzten kantonalen Instanz als Haupturteil gemäss Art. 58 aoG betrachtet (so auch HOMBERGER, N. 20 zu **Art. 927 ZGB**). In **BGE 78 II 87**/88 wird dagegen eingehend dargelegt, dass die Besitzesschutzklage, zumal wenn sie im summarischen Verfahren beurteilt wird, nur die Wiederherstellung und Bewahrung des frühern tatsächlichen Zustandes bezweckt und dem Entscheid über die Rechtmässigkeit des bestehenden Zustandes nicht vorgreift. "Es handelt sich also heute nicht um die endgültige, dauernde Regelung streitiger zivilrechtlicher Verhältnisse, sondern nur um die einstweilige Wahrung der Interessen der Klägerin"; somit liege kein der Berufung an das Bundesgericht nach **Art. 44 ff. OG** unterliegender "in einer Zivilrechtsstreitigkeit ergangener Endentscheid" vor.
Nach diesen auch auf den vorliegenden Fall zutreffenden Erwägungen kann der von der Beklagten angefochtene Entscheid ebenfalls nicht als Endentscheid in einer Zivilrechtsstreitigkeit gelten. Das folgt zwar nicht ohne weiteres aus der Behandlung der Sache im (summarischen) Befehlsverfahren. Vielmehr kann auch in einem solchen Verfahren unter Umständen ein der Berufung unterliegender Entscheid ergehen

(BGE 82 II 562 Erw. 3, BGE 84 II 78

lit. b). Der Besitz ist jedoch seinem Begriffe nach kein Rechtsverhältnis, sondern eine tatsächliche Herrschaft (abgesehen von den Besonderheiten des sog. Rechtsbesitzes nach **Art. 919 Abs. 2 ZGB**, wozu vgl. LIVER in ZbJV 95 S. 34/35). Dementsprechend wird scharf unterschieden zwischen Besitzesschutz und Rechtsschutz (vgl. die Randtitel I und II zu **Art. 926 ff. und Art. 930 ff. ZGB**; OSTERTAG, N. 5 ff. zu Art. 927; HOMBERGER, N. 11 ff. zu Art. 927 und N. 13 ff. zu **Art. 928 ZGB**; ferner LIVER, N. 71 ff. der Einleitung zum 21. Titel des ZGB). Die **Art. 926-929 ZGB** betreffen nur den Besitzesschutz, und das angefochtene Urteil gewährt dem Kläger, wie dargetan, nichts anderes als die Wiederherstellung des frühern tatsächlichen Zustandes in näher umgrenztem Rahmen, d.h. die Untersagung der gerügten Störung durch Ablagerung von Pferdemist auf der bezeichneten Liegenschaft in der Zeit vom 1. März bis 1. November. Freilich hatte sich der Kläger, um die Störung darzutun, auf das Nachbarrecht und insbesondere auf das Verbot übermässiger Einwirkungen auf Nachbargrundstücke nach **Art. 684 ZGB** berufen. Bei der Besitzesstörungsklage lässt sich denn auch mitunter die Besitzesfrage nicht völlig von der Rechtsfrage trennen; hängt doch das Vorliegen einer solchen Störung in manchen Fällen von der durch Rechtsnormen bestimmten Abgrenzung des Besitzes ab (vgl. HOMBERGER, N. 14 zu **Art. 928 ZGB**). Indessen hat der Kläger nicht die endgültige gerichtliche Feststellung einer nach **Art. 684 ZGB** zu verpönenden Einwirkung verlangt (was er auch wohl im summarischen Befehlsverfahren nicht hätte tun können), und es steht nach den Erwägungen des angefochtenen Urteils und nach dem erläuternden Bericht des Obergerichts fest, dass die Frage, ob die Beklagte ihr Eigentum überschritten habe, nur vorfrageweise geprüft worden ist. In der streitigen Hinsicht ist somit der Besitz des Klägers nur vorläufig geschützt worden (vgl. GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, S. 368 Anm. 24 am Ende), freilich ohne Befristung, so dass

die Parteirollen in dem vorbehaltenen Streit um das Recht vertauscht sein müssten, wie das Obergericht am Ende von Ziffer II, 1 seiner Erwägungen bemerkt. Kommt somit dem angefochtenen Entscheide keine Rechtskraft für die (einem künftigen Zivilrechtsstreit vorbehaltene) Frage nach der Rechtmässigkeit der vom Kläger beanstandeten Eigentumsausübung zu, so ist der vorliegende Besitzesschutzstreit als solcher keine Zivilrechtsstreitigkeit und das ihn abschliessende obergerichtliche Urteil kein Endentscheid im Sinne von **Art. 48 OG**.

Auf Seite 4 unten der Berufungsschrift erklärt die Beklagte, die Berufung allenfalls auf **Art. 50 OG** stützen zu wollen. Sie legt jedoch die besondern Voraussetzungen einer danach ausnahmsweise zulässigen Berufung gegen andere als die Zuständigkeit betreffende Vor- und Zwischenentscheide in keiner Weise dar. Übrigens hat **Art. 50 OG** nur Vor- und Zwischenentscheide im Auge, die in einer an sich der Berufung unterliegenden Zivilrechtsstreitigkeit (oder sonstigen Zivilsache im Sinne von Art. 44 lit. a-c und **Art. 45 OG**) ergangen sind, was hier nach dem Gesagten nicht zutrifft.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

Zurück

Urteilskopf

113 II 243

44. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour civile du 31 août 1987 dans la cause P. SA contre P. (recours en réforme)

Regeste

Art. 927 Abs. 1 und 928 ZGB; Art. 48 OG. Klage aus Besitzesentziehung und Besitzesstörung. Unzulässigkeit der Berufung.
Entscheide der oberen kantonalen Gerichte, die lediglich den Besitzesschutz zum Gegenstand haben, sind keine Endentscheide im Sinne von Art. 48 OG und können daher nicht mit Berufung beim Bundesgericht angefochten werden (Bestätigung der Rechtsprechung).

Erwägungen ab Seite 243

BGE 113 II 243 S. 243

Extrait des considérants:

1. b) Selon la jurisprudence constante (**ATF 94 II 353** /354 consid. 3, **ATF 85 II 279**, **ATF 78 II 88**), le recours en réforme est irrecevable contre une décision cantonale de dernière instance rendue sur une action possessoire au sens des art. 927 al. 1 et 928 al. 1 CC. En effet,

BGE 113 II 243 S. 244

une telle décision n'est pas une décision finale au sens de l'art. 48 OJ. Les actions possessoires ne visent en principe qu'au rétablissement et au maintien d'un état de fait antérieur. Sous réserve de l'art. 927 al. 2 CC, qui prévoit l'exception tirée du meilleur droit, elles ne conduisent pas à un jugement sur la conformité au droit de cet état de fait, mais n'assurent au demandeur qu'une protection provisoire, car le possessoire ne préjuge pas le pétitoire: sans doute, le jugement sur l'action possessoire statue définitivement sur le rétablissement de l'état antérieur, mais une procédure engagée sur le terrain du droit peut mettre fin aux effets d'une décision portant sur la protection de la possession.
Cette jurisprudence est approuvée par la majorité de la doctrine (VOYAME, Droit privé fédéral et procédure civile cantonale, RDS 1961 II p. 168/169; WURZBURGER, Les conditions objectives du recours en réforme au Tribunal fédéral, thèse Lausanne 1964, p. 195 No 265; STAEHELIN, Die objektiven Voraussetzungen der Berufung an das Bundesgericht, RDS 1975 II p. 24; HINDERLING, Der Besitz, Schweizerisches Privatrecht, V, 1, p. 457/458; GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3e éd., p. 542; MEIER, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im schweizerischen Privatrecht und Zivilverfahrensrecht, Zurich 1983, p. 116/117; STARK, Berner Kommentar, 2e éd. 1984, n. 111 des Vorbemerkungen zu Art. 926-929, modifiant, au vu de **l'ATF 94 II 353** /354 consid. 3, l'opinion soutenue dans l'édition de 1966). Mais certains auteurs sont d'un avis divergent, notamment LIVER et KUMMER, dans leur compte rendu de l' **ATF 94 II 353** /354 consid. 3 (les opinions de HOMBERGER, Kommentar, n. 20 ad art. 927 CC, et STAUFFER, RJB 1943, p. 557, ont été émises avant que soient rendus les arrêts examinés ici).
Selon LIVER (RJB 1970 p. 67/68), il est vrai que le pétitoire absorbe le possessoire, mais il n'en demeure pas moins que l'objet du pétitoire est différent de celui du possessoire. Or, dans la procédure en protection de la possession, le possessoire est tranché définitivement. L'irrecevabilité du recours en réforme devrait pouvoir être motivée autrement.
KUMMER (RJB 1970 p. 130/131) fait valoir que la prétention découlant de l'art. 927 (al. 1) CC est une prétention de droit fédéral qui n'est pas moins qu'une autre susceptible d'une décision définitive ayant force de chose jugée dans les limites de son objet. Le jugement sur l'action possessoire est provisoire uniquement

BGE 113 II 243 S. 245

dans la mesure où il laisse en suspens la question de savoir si l'état de fait antérieur, tel qu'il est rétabli, correspond véritablement à la situation juridique. Mais la prétention découlant de la possession a précisément pour objet la protection de la possession et n'a pas trait à la contestation quant au droit matériel: dans le cadre ainsi tracé, le jugement est définitif.
Comme on le voit, ces deux auteurs fondent leurs critiques sur la même considération, à savoir que, sur le terrain de la protection de la possession, le jugement sur l'action possessoire est définitif, lors même qu'il ne préjuge pas la question du droit à la possession. Mais le seul fait qu'une procédure sur le droit à la possession peut mettre fin aux effets d'un jugement possessoire démontre que ce jugement ne crée qu'une situation provisoire et ne tranche pas définitivement sur les droits des parties: le demandeur à l'action possessoire qui obtient l'adjudication de ses conclusions est exposé à voir cesser la protection que lui accorde le jugement si sa partie adverse établit ultérieurement qu'il n'a pas droit à la possession; inversement, si celui qui prétend à la protection de sa possession est débouté par le juge de l'action possessoire, il lui demeure loisible de faire reconnaître son droit à la possession dans une action pétitoire. Les actions

des art. 927 al. 1 et 928 al. 1 CC se caractérisent ainsi comme tendant à obtenir des mesures avant dire droit, provisoires par nature (MEIER, op.cit., p. 116/117 No 3). Il ressort du texte même de ces dispositions légales (art. 927 al. 1: "Quiconque usurpe une chose en la possession d'autrui est tenu de la rendre, même s'il y prétend un droit préférable"; art. 928 al. 1: "Le possesseur troublé dans sa possession peut actionner l'auteur du trouble, même si ce dernier prétend à quelque droit sur la chose") que, dans la réintégrande comme dans l'action en raison du trouble, la question de la possession doit rester bien distincte de la question de droit. Règle générale, dans le litige relatif à la possession, le défendeur ne peut exciper du droit préférable qu'il aurait sur la chose; son droit n'est pertinent que dans l'éventualité visée à l'art. 927 al. 2 CC, soit s'il peut être établi immédiatement, en d'autres termes pour autant que l'exception du meilleur droit ne retarde pas la procédure en protection de la possession par de longues mesures probatoires (STARK, n. 65-69 des Vorbemerkungen zu Art. 926-929; n. 19 ad art. 927 CC). Comme on l'a vu, la jurisprudence excluant le recours en réforme réserve expressément cette disposition (**ATF 94 II 353** consid. 4).

L'examen nouveau de la solution adoptée dans les arrêts précités, à la lumière des critiques suscitées par le plus récent d'entre eux, convainc de se tenir à cette jurisprudence.

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

Zurück

Urteilskopf

126 II 300

32. Auszug aus dem Urteil der I. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 3. Mai 2000 i.S. Ruth Gonseth gegen Stadtrat Liestal, Regierungsrat und Verwaltungsgericht des Kantons Basel-Landschaft (Verwaltungsgerichtsbeschwerde)

Regeste

Art. 7, 11, 13 und 15 USG, Art. 4 LSV; Schiesslärm am Liestaler Banntag; Art. 10 BV, Art. 2 und 8 EMRK; Anspruch auf körperliche Unversehrtheit.
Rechtsmittel: Stadträtliche Weisungen können als Allgemeinverfügungen Gegenstand einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde bilden (E. 1a). Zur Zulässigkeit von Feststellungsbegehren (E. 2c und d).
Die am Liestaler Banntag verwendeten Gewehre sind als Geräte den Anlagen im Sinne von Art. 7 Abs. 7 USG gleich gestellt (E. 4a).
Lärmschutzrechtliche Beurteilung des Schiesslärms am Banntag (E. 4b-e).
Die stadträtlichen Weisungen, die das Schiessen am Banntag regeln, verstossen weder gegen Umweltrecht (E. 4e/ee) noch gegen grundrechtliche Schutzpflichten des Staates (E. 5).

Sachverhalt ab Seite 301

BGE 126 II 300 S. 301

Der Banntag ist ein in der Nordwestschweiz, vor allem im Kanton Basel-Landschaft, seit Jahrhunderten geübter Brauch. Dabei werden jeweils im Frühjahr in Rotten die Gemeindegrenzen abgeschritten. In manchen Gemeinden, so unter anderem in Liestal, werden Gewehre mitgeführt, mit denen ohne Kugeln geschossen wird.
Der Stadtrat Liestal erliess am 26. März 1996 Weisungen betreffend das Schiessen am Banntag 1996 in Liestal. Gegen diese Weisungen erhob Ruth Gonseth Beschwerde beim Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft. Für den Banntag 1997 erliess der Stadtrat neue, teilweise geänderte Weisungen, welche Ruth Gonseth abermals mit Beschwerde beim Regierungsrat anfocht. Der Regierungsrat wies die Beschwerden am 7. Juli 1998 ab.
Ruth Gonseth gelangte gegen diesen Entscheid an das Verwaltungsgericht des Kantons Basel-Landschaft.
Am 1. Januar 1999 trat eine Verordnung des Regierungsrates vom 15. Dezember 1998 über das Schiessen am Banntag in Kraft. Diese erlaubt das Schiessen ohne Kugeln im Siedlungsgebiet während einer bestimmten Zeit innerhalb von festgesetzten Schiesszonen und beauftragt den Gemeinderat, die Schiesszeiten und Schiesszonen festzulegen.
Mit Urteil vom 7. April 1999 erwog das Verwaltungsgericht, die Weisungen verletzten weder das eidgenössische Umweltschutz- und Sprengstoffrecht noch das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Demgemäss wies das Verwaltungsgericht die Beschwerde ab.
Ruth Gonseth erhebt Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht mit dem Antrag, das Urteil des Verwaltungsgerichts sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Weisungen des Stadtrats Liestal 1996 und 1997 Bundesrecht und die EMRK (SR 0.101) verletzten.
Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. a) Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist zulässig gegen Verfügungen letzter kantonaler Instanzen, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen oder richtigerweise stützen sollten (Art. 97 OG in Verbindung mit Art. 5 VwVG, Art. 98 lit. g OG; **BGE 124 I 223** E. 1a/aa). Verfügungen sind Anordnungen im Einzelfall, das heisst individuelle, an den Einzelnen gerichtete Anordnungen, durch welche ein konkretes verwaltungsrechtliches Rechtsverhältnis rechtsgestaltend oder feststellend in erzwingbarer Weise geregelt

BGE 126 II 300 S. 302

wird (Art. 5 VwVG; **BGE 125 I 313** E. 2a S. 316; **BGE 121 II 473** E. 2a S. 477). Als anfechtbare Verfügungen gelten auch Allgemeinverfügungen, das heisst Anordnungen, die sich an unbestimmt viele Personen wenden, aber einen

konkreten Sachverhalt regeln (**BGE 125 I 313** E. 2a S. 316; **BGE 119 Ia 141** E. 5c/cc S. 150; **BGE 112 Ib 249** E. 2b S. 251 f.). Sie sind zu unterscheiden von Erlassen, das heisst generell-abstrakten Normen. Solche können beim Bundesgericht nicht mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde, sondern nur mit staatsrechtlicher Beschwerde angefochten werden (vgl. Art. 84 Abs. 1 OG; **BGE 121 II 473** E. 2b S. 478).
Die umstrittenen Weisungen richten sich an die Banntagsschützen, einen nicht namentlich bekannten, aber bestimmbaren, eingeschränkten Personenkreis. Sie regeln das Verhalten dieser Personen an einem bestimmten einmaligen Anlass (Banntag 1996 bzw. 1997). Sie gelten formell zwar für das ganze Gemeindegebiet, in erster Linie - und einzig streitig - jedoch für das Schiessen im Zentrum von Liestal. Sie regeln damit konkret das Schiessen an einem begrenzten Ort zu einem bestimmten Zeitpunkt und sind daher als Allgemeinverfügungen zu betrachten, die der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterliegen.
b) Das Verwaltungsgericht hat die Weisungen nach dem eidgenössischen Umweltrecht und Sprengstoffrecht beurteilt. Die angefochtene Verfügung stützt sich somit auf Bundesverwaltungsrecht. Im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann auch die gerügte Verletzung verfassungsmässiger Rechte beurteilt werden (Art. 104 lit. a OG; **BGE 123 II 289** E. 1c S. 291 mit Hinweis).
c) Die Beschwerdeführerin ist als Einwohnerin von Liestal durch das von ihr beanstandete Schiessen mehr als jedermann betroffen und daher zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde legitimiert (Art. 103 lit. a OG).
Umstritten sind Weisungen, welche Anlässe regeln, die bereits in den Jahren 1996 bzw. 1997 durchgeführt wurden. Da indessen analoge Weisungen auch in den folgenden Jahren möglich und zu erwarten sind, die Beurteilung dieser Weisungen angesichts der erheblichen politischen Diskussion um den Banntag im öffentlichen Interesse liegt und ansonsten nie eine rechtzeitige letztinstanzliche Beurteilung möglich wäre, besteht ein aktuelles Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin an der Beantwortung der aufgeworfenen Rechtsfragen. Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist somit grundsätzlich einzutreten.

2. a) Die Beschwerdeführerin stellt den Antrag, das Urteil des Verwaltungsgerichts sei aufzuheben. Als Folge des im Beschwerdeverfahren

BGE 126 II 300 S. 303

geltenden Devolutiveffekts ist das Urteil des Verwaltungsgerichts an die Stelle des bei ihm angefochtenen Entscheids des Regierungsrats und der diesem zugrunde liegenden Weisungen getreten. Diese sind daher mit dem Antrag auf Aufhebung des Verwaltungsgerichtsurteils notwendigerweise mitangefochten (**BGE 125 II 29** E. 1c S. 33).
b) Die Beschwerdeführerin beantragt neben der Aufhebung der stadträtlichen Weisungen auch die Feststellung, dass die Weisungen Bundesrecht und die EMRK verletzten. Es fragt sich, ob auf ein derartiges Feststellungsbegehren eingetreten werden kann.
c) Wer ein schutzwürdiges rechtliches oder tatsächliches Interesse nachweist, kann den Erlass einer Feststellungsverfügung über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlichrechtlicher Rechte oder Pflichten verlangen (Art. 25 VwVG; **BGE 123 II 402** E. 4b/aa S. 413; **BGE 120 Ib 351** E. 3a S. 355). Ein solcher Anspruch besteht auch im bundesgerichtlichen Verfahren (Art. 25 BZP [SR 273] in Verbindung mit Art. 40 OG; **BGE 122 II 97** E. 3; **BGE 108 Ib 19** E. 1c S. 22 f.). Indessen kann die Feststellungsverfügung nicht abstrakte, theoretische Rechtsfragen zum Gegenstand haben, sondern nur konkrete Rechte oder Pflichten (**BGE 123 II 16** E. 2b S. 21; **BGE 122 II 97** E. 3; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 75 Rz. 201). Sie ist zudem nur zulässig, wenn das schutzwürdige Interesse nicht ebensogut mit einer rechtsgestaltenden Verfügung gewahrt werden kann (**BGE 123 II 402** E. 4b/aa S. 413; **BGE 121 V 311** E. 4a S. 317 f.; **BGE 114 V 201** E. 2c S. 203).
Da sich die Beschwerdeführerin auf ein schutzwürdiges Interesse an einer weiter gehenden Begrenzung des Schiesslärms stützen kann, durfte sie von der zuständigen Behörde den Erlass einschränkender Anordnungen verlangen (**BGE 120 Ib 351** E. 3b S. 355; KÖLZ/HÄNER, a.a.O., S. 78 Rz. 213; HANS RUDOLF TRÜEB, Rechtsschutz gegen Luftverunreinigung und Lärm, Zürich 1990, S. 217). Lehnt die Behörde den Erlass der entsprechenden Massnahmen ab, so kann dieser ablehnende Entscheid weitergezogen werden (vgl. **BGE 124 II 272**; **BGE 123 II 74**; Urteil des Bundesgerichts vom 18. März 1998 in URP 1998 S. 529 ff. und in Pra 87/1998 Nr. 170 S. 904). Tritt die Behörde auf das Begehren nicht ein, so kann dies mit Rechtsverweigerungsbeschwerde beanstandet werden (Urteil des Bundesgerichts vom 9. Oktober 1996, auszugsweise publiziert in URP 1997 S. 35, E. 4a; SCHRADE/LORETAN, Kommentar USG, Rz. 13 zu Art. 11; HANS RUDOLF TRÜEB, Die Vollzugsklage im Umweltrecht, URP 1990

BGE 126 II 300 S. 304

S. 423 ff., 428 f., 436 f.). Dabei müssen jedoch konkrete, bestimmte Massnahmen verlangt werden. Die generelle Beanstandung, eine Behörde sei in rechtswidriger Weise untätig geblieben oder habe ungenügende Massnahmen ergriffen, kann nur als Aufsichtsbeschwerde vorgebracht werden, die dem Anzeiger keinerlei Parteirechte verschafft und gegen deren Behandlung kein Rechtsmittel besteht (**BGE 124 II 383** E. 1 S. 385; **BGE 120 Ib 351** E. 5 S. 358 f.; TRÜEB, a.a.O., URP 1990 S. 437). Da die Beschwerdeführerin die Möglichkeit hatte, konkrete rechtsgestaltende Anordnungen zu beantragen, könnte auf ein bloss allgemein gehaltenes Feststellungsbegehren nicht eingetreten werden.
d) Aus der Beschwerde an das Bundesgericht wie auch aus den Rechtsschriften im kantonalen Verfahren geht nicht eindeutig hervor, welche Massnahmen die Beschwerdeführerin verlangt. Das Verwaltungsgericht hat entschieden, dass das Schiessen, so, wie es in den Weisungen 1996 und 1997 zugelassen wird, mit dem Bundesrecht vereinbar sei. Im vorliegenden Verfahren ist zu beurteilen, ob das solcherart zugelassene Schiessen mit dem Bundesrecht vereinbar ist. Dabei können die Ausführungen der Beschwerdeführerin dahin gehend interpretiert werden, dass sie bestimmte Massnahmen verlangt, um die Gefährdung durch das Schiessen zu reduzieren, und dass als solche Massnahmen in erster Linie das Verlegen des Schiessens auf ausserhalb der Ortschaft Liestal, eventuell aber auch Einschränkungen des Schiessens innerorts ins Auge gefasst werden sollen. Auf das entsprechend ausgelegte Begehren der Beschwerdeführerin kann eingetreten werden.

3. Die Beschwerdeführerin rügt verschiedentlich eine unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen

Sachverhalts und eine Beeinträchtigung des rechtlichen Gehörs, indem die Vorinstanz auf bestimmte ihrer Vorbringen nicht eingegangen sei oder beantragte Beweismittel nicht erhoben habe.
a) Nachdem als Vorinstanz eine richterliche Behörde entschieden hat, ist das Bundesgericht an die Feststellung des Sachverhalts gebunden, soweit dieser nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt wurde (Art. 105 Abs. 2 OG).
b) Das Verwaltungsgericht hat im angefochtenen Entscheid die Darstellung des Sachverhalts durch die Beschwerdeführerin wiedergegeben. Diese Darstellung war im Wesentlichen unbestritten. Insbesondere wurden die Ausführungen der Beschwerdeführerin, es

BGE 126 II 300 S. 305

habe in der Vergangenheit an Banntagen verschiedentlich Unfälle mit Gehörschädigungen gegeben, von keiner Seite bestritten. Das Verwaltungsgericht ist bei seinen rechtlichen Erwägungen offensichtlich von diesen unbestrittenen und aktenkundigen Sachverhaltsfeststellungen ausgegangen. Ausdrücklich ging es wie die Beschwerdeführerin davon aus, dass das Schiessen gefährdende Einwirkungen auf die Gesundheit der betroffenen Bevölkerung habe. Unter diesen Umständen erübrigte es sich, den Sachverhalt im Einzelnen und detailliert aufzulisten oder die von der Beschwerdeführerin beantragten Beweiserhebungen betreffend eines konkreten Unfalls durchzuführen.
c) Unbegründet ist auch die Rüge, es hätten weitere Akten der kantonalen Abteilung Lärmschutz, namentlich Messresultate von Lärmmessungen am Banntag, beigezogen werden müssen. Es ist nicht bestritten, dass die am Banntag verwendeten Gewehre einen mit dem Schuss eines Sturmgewehrs 57 vergleichbaren Lärm verursachen. Die Störwirkung des Schiessens mit einem Sturmgewehr 57 ist allgemein bekannt, weshalb weitere Messungen für diese Immissionen, die nicht nach einem der Anhänge der LSV beurteilt werden können (s. hinten E. 4c/aa), nicht erforderlich sind.
d) Die Beschwerdeführerin rügt die Feststellung der Vorinstanz als falsch, dass das Schiessen insgesamt nur während maximal 1 1/2 Stunden gestattet gewesen sei. Nach den diesbezüglich grosszügigeren Weisungen von 1997 war das Schiessen in der Rathausstrasse beim Abmarsch während 45 Minuten erlaubt, bei der Rückkehr pro Rotte während maximal 10 Minuten. Das ergibt insgesamt maximal 85 Minuten. Dass sich die insgesamt maximal 40 Minuten am Nachmittag auf einen Zeitraum von mehreren Stunden verteilen, ändert an dieser Gesamtdauer nichts.

4. Zu prüfen ist die Vereinbarkeit des Banntagsschiessens mit dem eidgenössischen Lärmschutzrecht. Lärmeinwirkungen sind primär an der Quelle zu beschränken (Art. 11 Abs. 1 des Umweltschutzgesetztes [USG; SR 814.01]). Unabhängig von bestehenden Umweltbelastungen sind die Emissionen im Rahmen der Vorsorge so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (Art. 11 Abs. 2 USG). Überdies sind die Emissionsbegrenzungen zu verschärfen, wenn feststeht oder zu erwarten ist, dass die Einwirkungen unter Berücksichtigung der bestehenden Umweltbelastung schädlich oder lästig werden (Art. 11 Abs. 3 USG).
a) Nach Ansicht des Verwaltungsgerichts sind die in Art. 11 Abs. 1 und 2 USG verankerten Grundsätze für die Beurteilung

BGE 126 II 300 S. 306

des Banntagsschiessens nicht anwendbar, da sie nur für Anlagen gelten und die am Banntag verwendeten Waffen keine Anlagen seien. Nach Art. 7 Abs. 7 USG sind indessen Geräte den Anlagen gleichgestellt. Gewehre sind als Geräte im Sinne dieser Bestimmung zu betrachten und fallen daher ebenfalls unter den Geltungsbereich von Art. 11 USG. Wie im Folgenden darzulegen ist, hat jedoch die unzutreffende Auffassung des Verwaltungsgerichts keinen Einfluss auf den Ausgang des vorliegenden Verfahrens.
b) Die Einschränkung von Lärmemissionen erfolgt durch Massnahmen, die - soweit sie direkt auf das Umweltschutzgesetz gestützt werden - in Art. 12 Abs. 1 USG abschliessend aufgezählt sind (**BGE 120 Ib 436** E. 2a/aa S. 440 f.; SCHRADE/LORETAN, Kommentar USG, N. 10 zu Art. 12). Für bewegliche Geräte, welche ausserhalb von ortsfesten Anlagen verwendet werden, fallen dabei praktisch nur Bau- und Ausrüstungsvorschriften sowie Verkehrs- oder Betriebsvorschriften in Betracht (Art. 12 Abs. 1 lit. b und c USG; MONIKA KÖLZ-OTT, Die Anwendbarkeit der bundesrechtlichen Lärmschutzvorschriften auf menschlichen Alltagslärm und verwandte Lärmarten, URP 1993 S. 377 ff., 387). Diese Massnahmen werden durch Verordnungen oder, soweit diese nichts vorsehen, durch unmittelbar auf das Umweltschutzgesetz abgestützte Verfügungen vorgeschrieben (Art. 12 Abs. 2 USG). Die anzuordnenden Lärmschutzmassnahmen werden in der Lärmschutzverordnung vom 15. Dezember 1986 (LSV; SR 814.41) konkretisiert. Für bewegliche Geräte schreibt Art. 4 Abs. 1 LSV vor, dass die Aussenlärmemissionen so weit begrenzt werden müssen, als dies technisch und betrieblich möglich sowie wirtschaftlich tragbar ist (lit. a) und dass die betroffene Bevölkerung in ihrem Wohlbefinden nicht erheblich gestört wird (lit. b). Zu diesem Zweck ordnen die Vollzugsbehörden betriebliche oder bauliche Massnahmen sowie Massnahmen für den fachgerechten Unterhalt an (Art. 4 Abs. 2 LSV). Art. 4 LSV konkretisiert somit für den Aussenlärm beweglicher Geräte die in Art. 11 USG enthaltenen Grundsätze und stimmt in seinen materiellen Anforderungen mit Art. 11 Abs. 2 und Art. 15 USG überein. Das Verwaltungsgericht hat das Banntagsschiessen richtigerweise aufgrund von Art. 4 LSV beurteilt und damit im Ergebnis die dadurch konkretisierten Grundsätze von Art. 11 USG angewendet, auch wenn es der Meinung war, diese hätten für die am Banntag verwendeten Gewehre keine Bedeutung.

BGE 126 II 300 S. 307

c) Zu prüfen bleibt, ob das Verwaltungsgericht Art. 4 LSV im Lichte der einschlägigen Bestimmungen des Umweltschutzgesetzes des Bundes richtig angewendet hat.
aa) Die Lärmimmissionen ortsfester Anlagen sind grundsätzlich anhand der vom Bundesrat festgelegten Belastungsgrenzwerte (Anhänge 3-8 LSV) zu beurteilen (Art. 40 Abs. 1 LSV). Fehlen solche Werte, so müssen die Lärmimmissionen im Einzelfall nach den Kriterien der Art. 15, 19 und 23 USG bewertet werden (Art. 40 Abs. 3 LSV; **BGE 123 II 74** E. 4a und b S. 82 f.; **BGE 118 Ib 590** E. 3b S. 596). Dies gilt nach Art. 4 LSV und Art. 7 Abs. 7 USG auch für die Störwirkung des Lärms beweglicher Geräte, soweit dafür keine Grenzwerte bestehen. Im Rahmen dieser Einzelfallbeurteilung sind der Charakter des Lärms, Zeitpunkt und Häufigkeit seines Auftretens sowie die Lärmempfindlichkeit bzw. Lärmvorbelastung zu berücksichtigen (**BGE 123 II 74** E. 5a S. 86, 325 E. 4d/bb S. 335; **BGE 118 Ib 590** E. 4a S. 598). Dabei ist nicht auf das subjektive Lärmempfinden einzelner Personen abzustellen, sondern

eine objektivierte Betrachtung unter Berücksichtigung von Personen mit erhöhter Empfindlichkeit (Art. 13 Abs. 2 USG) vorzunehmen (**BGE 123 II 74** E. 5a S. 86, 325 E. 4d/bb S. 334; Urteil des Bundesgerichts vom 1. Dezember 1994 in URP 1995 S. 31, E. 4c; CHRISTOPH ZÄCH, Kommentar USG, N. 14 zu Art. 15).
bb) Das Bundesgericht hat wiederholt entschieden, dass nach dem in Art. 11 USG enthaltenen Vorsorgeprinzip unnötiger Lärm vermieden werden muss, falls sich erweist, dass die Massnahmen zur Emissionsbegrenzung technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar sind (**BGE 115 Ib 446** E. 3d S. 453 f.; **BGE 113 Ib 393** E. 3 S. 400; URP 1997 S. 35, E. 3b; URP 1998 S. 529 E. 3c). Dies ist allerdings nicht so zu verstehen, dass jeder im strengen Sinne nicht nötige Lärm völlig untersagt werden müsste. Es gibt keinen absoluten Anspruch auf Ruhe; vielmehr sind geringfügige, nicht erhebliche Störungen hinzunehmen (Art. 15 USG; **BGE 123 II 325** E. 4d/bb S. 335 f.; URP 1998 S. 529 E. 5b/c; ZÄCH, a.a.O., N. 13 zu Art. 15).
cc) Die Lärmschutzvorschriften des Umweltschutzgesetzes sind in erster Linie zugeschnitten auf Geräusche, die als unerwünschte Nebenwirkungen einer bestimmten Tätigkeit auftreten. Diese können grundsätzlich mit geeigneten Massnahmen an der Quelle reduziert werden, ohne dass dadurch die entsprechenden Tätigkeiten als solche in Frage gestellt werden. Daneben gibt es jedoch auch Geräusche, welche den eigentlichen Zweck einer bestimmten Aktivität

BGE 126 II 300 S. 308

ausmachen. Dazu gehören beispielsweise das Läuten von Kirchen- oder Kuhglocken, das Musizieren, das Halten von Reden mit Lautverstärkern an Anlässen in der Öffentlichkeit. Solche Lärmemissionen können nicht völlig vermieden und in der Regel auch nicht in der Lautstärke wesentlich reduziert werden, ohne dass zugleich der Zweck der sie verursachenden Tätigkeit vereitelt würde. Derartige Lärmemissionen als unnötig und unzulässig zu qualifizieren, würde implizieren, die betreffende Tätigkeit generell als unnötig zu betrachten. Die Rechtsprechung hat im Allgemeinen solche Emissionen zwar aufgrund des Umweltschutzgesetzes beurteilt, aber zugleich unter Berücksichtigung des Interesses an der Lärm verursachenden Tätigkeit diese nicht völlig verboten, sondern bloss einschränkenden Massnahmen unterworfen (Urteil des Bundesgerichts vom 18. März 1998 in Pra 87/1998 Nr. 170 S. 904 und in URP 1998 S. 529 betr. Schussanlage zur Abwehr von Vögeln in Rebbergen; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 2. August 1995 i.S. R., RDAT 1996 I n. 62 pag. 183, betr. Freiluftmusikveranstaltungen; aus der kantonalen Praxis: URP 1996 S. 668 [Verwaltungsgericht Zürich] betr. Kirchenglocken; RDAF 1995 S. 75 [Verwaltungsgericht Waadt] betr. Freiluftkonzerte). Da eine Reduktion der Schallintensität meist den mit der betreffenden Tätigkeit verfolgten Zweck vereiteln würde, bestehen diese Massnahmen in der Regel nicht in einer Reduktion des Schallpegels, sondern in einer Einschränkung der Betriebszeiten (**BGE 119 Ib 463** E. 4-6; **BGE 118 Ib 234** E. 2b S. 239 f.; SCHRADE/LORETAN, a.a.O., N. 29 zu Art. 12). Analog hat das Bundesgericht auch Lärmemissionen von Kinderspielplätzen, Jugendtreffpunkten oder offenen Restaurants nicht völlig verboten, sondern bloss eingeschränkten Betriebszeiten unterstellt (**BGE 123 II 74**, 325; **BGE 118 Ib 590**). Solcher Lärm ist zwar rein technisch streng genommen nicht nötig, um spielen, sich unterhalten oder in einem Restaurant konsumieren zu können. Indessen sind diese Aktivitäten nach allgemeiner Lebenserfahrung in der Regel mit bestimmten Geräuschentwicklungen verbunden; diese völlig zu untersagen, wäre praktisch gleichbedeutend mit einem Verbot der entsprechenden Aktivitäten im Freien. Das wäre eine welt- und lebensfremde Konsequenz, die nicht im Sinne des Umweltschutzgesetzes liegen kann. In solchen Fällen kann deshalb eine Lärmemission nicht schon dann unzulässig sein, wenn sie rein technisch vermeidbar wäre. Vielmehr ist eine Interessenabwägung vorzunehmen zwischen dem Ruhebedürfnis der Bevölkerung und dem Interesse an der lärmverursachenden Tätigkeit.

BGE 126 II 300 S. 309

dd) Diese Überlegungen müssen auch für lärmige Brauchtums- und andere öffentliche Anlässe gelten. Es gibt zahlreiche gesamtschweizerische oder lokale Anlässe, an denen in der Öffentlichkeit Geräusche verursacht werden, die teilweise über den sonst üblichen Belastungsgrenzwerten liegen. Zu denken ist an das Abbrennen von Feuerwerk am 1. August oder in der Neujahrsnacht, das Musizieren an der Fasnacht oder an anderen Brauchtumsanlässen, aber auch an Sportanlässe, Demonstrationen, Freiluftkonzerte und dergleichen. Es ist nicht der Sinn des Umweltschutzgesetzes, derartige Anlässe generell zu verbieten. Das Umweltschutzgesetz will Emissionen begrenzen, sie aber nicht völlig verhindern. Es stellt deshalb im Allgemeinen keine Grundlage für ein gänzliches Verbot einer bestimmten Tätigkeit dar (**BGE 124 II 219** E. 8b S. 233; SCHRADE/LORETAN, a.a.O., N. 17a zu Art. 11 und N. 28 zu Art. 12). Vielmehr sind solche Lärmbelastungen insbesondere im Hinblick auf ihre normalerweise beschränkte Dauer und Häufigkeit in einem ortsüblichen Umfang zumutbar. Dabei ist den örtlichen Behörden ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzugestehen, soweit es sich um Anlässe mit lokaler Ausprägung oder Tradition handelt.
d) Der angefochtene Entscheid ist anhand dieser Grundsätze zu beurteilen, wobei das Bundesgericht nur bei Bundesrechtswidrigkeit, mit Einschluss der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens, einschreiten kann, nicht aber bei blosser Unangemessenheit (Art. 104 OG).
aa) Das Verwaltungsgericht erwog, das Banntagsschiessen habe für die Gesundheit der Anwesenden gefährdende Auswirkungen, die indessen durch die angefochtenen Weisungen gerade eingeschränkt würden. Bei der Wahl der zu treffenden Massnahmen sei das Verhältnismässigkeitsprinzip von grosser Bedeutung. Es werde nicht verlangt, dass die Gefahr vollständig und endgültig abgewehrt werde. Die Weisungen erlaubten das Schiessen nur während insgesamt maximal 1 1/2 Stunden und nur in genau festgelegten und signalisierten Zonen. Des Weiteren werde die Bevölkerung informiert, so dass es jedem überlassen sei, sich zu den Schiesszeiten ausserhalb der Liestaler Altstadt aufzuhalten. Zudem würden jedermann gratis Gehörschutzpfropfen zur Verfügung gestellt. Unter diesen Umständen könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Bevölkerung durch das Banntagsschiessen in ihrem Wohlbefinden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 lit. b LSV erheblich gestört werde.
bb) Die Beschwerdeführerin kritisiert zunächst, die Vorinstanz habe nicht ausgeführt, welche Interessen im vorliegenden Fall

BGE 126 II 300 S. 310

betroffen seien. Diese Rüge geht fehl. Die auf dem Spiel stehenden Interessen sind offensichtlich und liegen auch für die Beschwerdeführerin auf der Hand. Sie bringt selber vor, dass für die Schützen das Schiessen zum Banntag gehöre wie das Salz zur Suppe. Ebenso klar sind die entgegenstehenden Interessen von Personen, die das Schiessen wegen der Lärmbelastung und der damit verbundenen Gesundheitsgefährdung ablehnen.
cc) Für das Banntagsschiessen bestehen keine Belastungsgrenzwerte; insbesondere ist Anhang 7 LSV nicht für das

Schiessen ausserhalb von Schiessanlagen anwendbar (Urteil des Bundesgerichts vom 18. März 1998 in URP 1998 S. 529 ff. und in Pra 87/1998 Nr. 170 S. 904 E. 4b). Das Verwaltungsgericht hat daher richtigerweise eine Einzelfallbeurteilung vorgenommen (vorne E. 4d/aa).
dd) Eine sozio-psychologische Untersuchung über die Zusammenhänge von Schiesslärm bei Schiessständen und Störwirkung bei den Betroffenen führte zum Schluss, dass Schiesslärm dann als besonders störend empfunden wird, wenn die Betroffenen ihre Freizeit verbringen und (zuhause) Erholung suchen (Urteil des Bundesgerichts vom 9. Oktober 1996 in URP 1997 S. 35 E. 3c). Das Bundesgericht hat den Knall-Lärm von Schussanlagen in einem Rebberg mit einer Frequenz von 60 Schüssen pro Stunde tagsüber nicht als erheblich störend bezeichnet (Urteil des Bundesgerichts vom 18. März 1998 in URP 1998 S. 529 ff. und in Pra 87/1998 Nr. 170 S. 904, E. 5c).
Das Verwaltungsgericht hat insbesondere angesichts der relativ kurzen Dauer des Schiessens die daraus resultierende Störung als nicht erheblich und über die Weisungen hinaus gehende Einschränkungen als unverhältnismässig bezeichnet. Im Lichte des bisher Ausgeführten ist diese Beurteilung nicht zu beanstanden. Das Schiessen findet an einem einzigen Tag pro Jahr statt. Geschossen wird im Zentrum von Liestal am Vormittag während 20 (1996) bzw. 45 (1997) Minuten, am Nachmittag während insgesamt maximal 20 (1996) bzw. 40 (1997) Minuten. Der Zeitraum, während welchem die Anwohner und Passanten behindert oder beeinträchtigt werden, ist damit ohne weiteres vergleichbar mit Belästigungen, welche im Zentrum von Städten und Ortschaften auch bei zahlreichen anderen Anlässen (z.B. Demonstrationen, Sportanlässe, Umzüge, Festanlässe, Fasnacht etc.) in Kauf zu nehmen sind. Der blosse Umstand, dass Massnahmen denkbar sind, welche das Schiessen noch weiter einschränken, kann noch nicht zur Rechtswidrigkeit des angefochtenen Entscheids führen, da nach dem Gesagten kein Rechtsanspruch auf absolute Lärmminimierung besteht.

BGE 126 II 300 S. 311

ee) An dieser Beurteilung ändern auch die Bemerkungen des BUWAL nichts. Das Bundesamt führt aus, die wirksamste Massnahme zum Schutz der Bevölkerung wäre, dass die Veranstaltung ausserhalb des bewohnten Gebiets durchgeführt werde. Eine weniger weit gehende Möglichkeit zur Emissionsbegrenzung bestünde darin, dass die Anzahl der Schützen sowie die Anzahl der Schützen pro Salve begrenzt würde und ein Schützenmeister das Schiesskommando gibt. Solche Massnahmen hätten zum Inhalt älterer Weisungen zum Banntagsschiessen gehört. Zum Brauch des Banntagsschiessen gehört gerade, dass in begrenztem Umfang auch in der Liestaler Altstadt geschossen wird. Es ist nicht zu beanstanden, wenn die lokalen Behörden in Würdigung dieses Umstandes das Schiessen innerorts erlauben. Wohl vermögen die übrigen, vom BUWAL vorgeschlagenen Massnahmen, die Lärmbelastung weiter zu reduzieren. Doch steht, wie vorne (E. 4c/dd) erwähnt, den lokalen Behörden bei der Art der zu ergreifenden Massnahmen ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Diesen Gestaltungsbereich haben die Behörden in Kenntnis der örtlichen Gegebenheiten und der am Banntag herrschenden Traditionen pflichtgemäss zu nutzen. Dabei sind sie aus umweltschutzrechtlicher Sicht befugt, weiter gehende Massnahmen der vom BUWAL genannten Art anzuordnen, soweit sich solche Massnahmen zur weiteren Emissionsbegrenzung eignen. Indessen erweisen sich die in den hier umstrittenen Weisungen enthaltenen Massnahmen aus umweltschutzrechtlicher Sicht als ausreichend, um die Störung der Bevölkerung auf ein zumutbares Mass zu begrenzen.
e) Die Beschwerdeführerin räumt ein, dass ein Anlass von 1 1/2 Stunden pro Tag noch nicht als störend im Sinne der Lärmschutzverordnung zu betrachten sei, doch sei das Banntagsschiessen nicht bloss störend, sondern gefährlich und könne auch schwere Körperverletzungen verursachen.
aa) Es ist unbestritten, dass durch das Schiessen Körperverletzungen, namentlich Gehörschäden, eintreten können. Die Vorinstanz hat erwogen, die angefochtenen Weisungen hätten gerade zum Ziel, diese Gefährdungen zu begrenzen, indem das Schiessen zeitlich und räumlich beschränkt werde. Es trifft zu, dass diese Massnahmen die Möglichkeit einer Gesundheitsbeeinträchtigung nicht völlig ausschalten können. Indessen kann ein völliger Ausschluss jeglichen Risikos nicht verlangt werden. Zahlreiche oder gar die meisten menschlichen Tätigkeiten können unter gewissen Umständen zu Gesundheitsbeeinträchtigungen Dritter führen. Das Polizei-

BGE 126 II 300 S. 312

und Umweltrecht kann und soll die Wahrscheinlichkeit einer solchen Beeinträchtigung möglichst begrenzen. Die Forderung nach einem Null-Risiko hätte jedoch zur Folge, dass ein grosser Teil sämtlicher menschlicher Aktivitäten verboten werden müsste, was unverhältnismässig wäre. Auch das Vorsorgeprinzip kann daher Risiken nur bestmöglich begrenzen, aber nicht völlig ausschliessen (**BGE 124 II 219** E. 8b S. 233; **BGE 117 Ib 28** E. 6c S. 34 f.; CHRISTOPH ERRASS, Katastrophenschutz, Freiburg 1998, S. 46, 53, 95 f.; HANSJÖRG SEILER, Recht und technische Risiken, Zürich 1997, S. 71, 152 ff.). Das gilt nicht nur für Tätigkeiten, die mit wirtschaftlicher Zielsetzung durchgeführt werden, sondern in einem gewissen Umfang auch für Vergnügungen wie Sportanlässe, Freiluftkonzerte, Festanlässe, Fasnacht und andere Brauchtumsanlässe, Feuerwerk etc.
bb) Risiken sind umso eher zumutbar, wenn den potenziell Beeinträchtigten wirksame und zumutbare Schutzmassnahmen zur Verfügung stehen. Zwar widerspricht dies dem Grundsatz der Lärmbegrenzung an der Quelle, doch gilt dieser Grundsatz im Lärmschutzrecht nicht ausnahmslos. So gehen Gesetz und Rechtsprechung davon aus, dass Lärmimmissionen unter Umständen auch durch Schallschutzvorrichtungen und Schliessen von Fenstern an den betroffenen Objekten zu reduzieren sind (Art. 20, 21 und 25 Abs. 3 USG; Art. 10, 11, 15 und 16 LSV; **BGE 120 Ib 76** E. 3 S. 82 ff.; **BGE 119 Ib 348** E. 6b S. 363; **BGE 117 Ib 125** E. 3a S. 127 und E. 6c/bb S. 133; Urteil des Bundesgerichts vom 24. Juni 1997 in URP 1997 S. 495, E. 6e). Damit wird anstelle einer Begrenzung an der Quelle dem Betroffenen zugemutet, selber eine Schutzmassnahme zu treffen. Nach Art. 4 der Verordnung vom 24. Januar 1996 über den Schutz des Publikums von Veranstaltungen vor gesundheitsgefährdenden Schalleinwirkungen und Laserstrahlen (SR 814.49) kann die Behörde unter bestimmten Voraussetzungen Erleichterungen gewähren, worauf der Veranstalter dem Publikum einen Gehörschutz anzubieten und es auf die mögliche Gehörschädigung aufmerksam zu machen hat.
cc) Es ist unbestritten, dass die Bevölkerung über das Schiessen am Banntag informiert wird, dass bestimmte Schiesszonen bezeichnet werden und dass unentgeltlich Gehörschutzpfropfen zur Verfügung gestellt werden. Der Bevölkerung wird dadurch ermöglicht, sich wirksam vor den Lärmimmissionen zu schützen. Die damit verbundene teilweise Abweichung vom Grundsatz der Begrenzung an der Quelle ist jedenfalls dann zulässig, wenn die Beeinträchtigung - wie am Banntag - nur einmal im Jahr während einer kurzen

BGE 126 II 300 S. 313

Dauer stattfindet. Es ist für die Betroffenen zumutbar, sich während dieser kurzen Zeit ausserhalb der Schiesszone oder innerhalb von Gebäuden aufzuhalten oder sich mit einem Gehörschutz zu versehen. Dass der Banntag in Liestal an einem Werktag stattfindet, ändert daran nichts. Auch bei anderen Anlässen oder Veranstaltungen kommt es oft vor, dass Personen, die in städtischen Verhältnissen Geschäfte zu verrichten haben, dabei vorübergehend durch Absperrungen oder Einschränkungen verschiedenster Art behindert werden.

dd) Die Beschwerdeführerin erwähnt verschiedene Unfälle und Vorfälle, die zu Körperverletzungen Dritter führten. Die meisten davon betreffen indessen frühere Jahre, als noch nicht die hier angefochtenen Weisungen galten. Diese bezwecken gerade, derartige Vorfälle zu vermeiden. Nach den von der Beschwerdeführerin selber vorgelegten Unterlagen wurden am Banntag 1997 die Schiesszonen klar signalisiert, so dass es den Betroffenen möglich war, die Gefahrenzonen zu meiden. Zwar erwähnt die Beschwerdeführerin auch Vorfälle aus den Jahren 1996 und 1997. So kam es am Banntag 1996 zu Handgreiflichkeiten und 1997 wurde eine Rauchbombe gegen Dritte geworfen. Diese Handlungen wurden jedoch nicht mit Gewehren ausgeübt und haben keinen Zusammenhang mit dem von der Beschwerdeführerin beanstandeten Schiessen bzw. mit den streitigen Weisungen. Es ist nicht ersichtlich, wie ein Verbot des Schiessens geeignet oder erforderlich sein könnte, derartige Vorkommnisse zu vermeiden. Die übrigen zitierten Unfälle ereigneten sich offensichtlich deshalb, weil die Betroffenen sich nicht schützten. In zwei Fällen handelte es sich um Teilnehmer des Umzugs, die sich durch fehlerhafte Gewehrmanipulationen selbst verletzten. Die Halsverletzung eines Passanten durch Schiesspulver war nach den bei den Akten liegenden Unterlagen darauf zurückzuführen, dass sich der Betroffene trotz der Tafel "Schiesszone" hinter die Schützen begab. Dass in Einzelfällen Vorschriften verletzt oder angeordnete Sicherheitsmassnahmen missachtet werden, bedeutet nicht zwangsläufig, dass die Vorschriften als solche ungenügend wären. Vielmehr sind Massnahmen direkt gegenüber den Fehlbaren zu treffen (vgl. **BGE 123 II 74** E. 5c S. 87; **BGE 118 Ib 590** E. 3d S. 597).

ee) Gesamthaft verstösst es nicht gegen Umweltschutzrecht des Bundes, wenn die Vorinstanz annahm, dass die getroffenen Massnahmen hinreichend geeignet waren, die Bevölkerung vor den Auswirkungen des Schiessens zu schützen, und das Schiessen daher nicht als erhebliche Störung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 lit. b LSV

BGE 126 II 300 S. 314

zu betrachten sei. Damit bleibt für die Anwendung von Art. 4 Abs. 3 LSV, den die Beschwerdeführerin als verletzt bezeichnet, kein Raum.

5. Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit gemäss Art. 6 KV/BL, der Bundesverfassung und Art. 2 EMRK.

a) Nach neuerer Auffassung haben Grundrechte nicht nur eine abwehrende Funktion gegen Beeinträchtigungen durch den Staat, sondern begründen auch eine staatliche Schutzpflicht gegen Gefährdungen, die von Dritten verursacht werden. Diese Auffassung wurde vor allem in Deutschland entwickelt (grundlegend BVerfGE 39 1 (41); 46 160 (164); 49 89 (141 f.); GEORG HERMES, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, Heidelberg 1987, passim, HANS H. KLEIN, Die grundrechtliche Schutzpflicht, DVBl 1994 S. 489-497; DIETRICH MURSWIEK, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, Berlin 1985). Sie wird auch in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung vertreten (**BGE 119 Ia 28** E. 2 S. 31; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 4. Aufl., Zürich 1998, S. 377 Rz. 1095; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, S. 18 f., 28; HANS REINHARD, Allgemeines Polizeirecht, Diss. Bern 1993, S. 78; PETER SALADIN, Kernenergie und schweizerische Staatsordnung, Fs. Huber, Bern 1981, S. 297 ff., 311 ff.; MARTIN SCHUBARTH, Risikogesellschaft oder Opfergesellschaft, Zur Realität des Rechts auf Leben in der Schweiz und in der Europäischen Union, Fs. Hangartner, S-t.Gallen/Lachen 1998, S. 1055-1064, passim; SEILER, a.a.O., S. 69 ff.; BEATRICE WEBER-DÜRLER, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57 S. 57 ff., 77 ff.; vgl. auch Art. 35 BV und Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1ff., 191 ff.). Auch Art. 2 EMRK verpflichtet die Vertragsstaaten positiv zum Schutz des Lebens (statt vieler Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 28. Oktober 1998 i.S. OSMAN C. VEREINIGTES KÖNIGREICH, zit. in Pra 88/1999 Nr. 44 S. 254, § 115 f.; ARTHUR HAEFLIGER/FRANK SCHÜRMANN, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Aufl., Bern 1999, S. 55 ff.). Der Europaische Gerichtshof fur Menschenrechte hat sodann aus der Freiheit des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) eine staatliche Pflicht zum Schutz bedrohter Grundrechte hergeleitet (Urteil vom 9. Dezember 1994 i.S. Lopez Ostra c. Spanien, Serie A 303 C, § 51; vgl. ANDREAS KLEY-STRULLER, Der Schutz der Umwelt durch die Europäische Menschenrechtskonvention, EuGRZ 1995 S. 507-514).

BGE 126 II 300 S. 315

b) Die grundrechtliche Schutzpflicht kann aber ebenso wenig wie das Umweltrecht einen absoluten Schutz gegen jegliche Beeinträchtigung und Risiken gewähren. Das ergibt sich einerseits aus den faktisch begrenzten Mitteln des Staates (vgl. Urteil Osman, § 116; **BGE 119 Ia 28** E. 2 S. 31 f.), andererseits aber auch daraus, dass ein solch absoluter Schutz unweigerlich dazu führen müsste, dass zahlreiche Tätigkeiten Dritter verboten werden müssten, was in Konflikt treten würde zu deren ebenfalls verfassungsrechtlich geschützten Betätigungsmöglichkeiten (HÄFELIN/HALLER, a.a.O., S. 378 Rz. 1096; YVO HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Bd. 2, Zürich 1982, S. 32 f.; REINHARD, a.a.O., S. 75 f.; SEILER, a.a.O., S. 71 f.). Auch bei Annahme einer grundrechtlichen Schutzpflicht ist deshalb eine Abwägung zwischen den beteiligten Interessen erforderlich (HERMES, a.a.O., S. 199 ff.; WEBER-DÜRLER, a.a.O., S. 82). Dies ist in erster Linie Sache der einschlägigen Gesetzgebung, welche durch Festlegung der unzulässigen bzw. zulässigen Tätigkeiten die Grenze zwischen einer unerlaubten Gefährdung und einem hinzunehmenden Restrisiko definiert (ALEXANDRA GERBER/HANSJÖRG SEILER, Verwaltungsrichter und Technologie, ZBl 100/1999 S. 289-311, 301; KLEIN, a.a.O., S. 491; SEILER, a.a.O., S. 72).

c) Die Frage nach der Tragweite der grundrechtlichen Schutzpflicht ist daher in der Regel gleichbedeutend mit der Frage nach der richtigen Anwendung des einschlägigen Gesetzesrechts. Erweisen sich die beanstandeten Weisungen als mit dem eidgenössischen Umweltrecht vereinbar (E. 4), so verletzen sie deshalb auch nicht das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit, selbst wenn damit nicht jegliches Risiko völlig ausgeschaltet werden kann.

Urteilskopf

128 IV 250

38. Extrait de l'arrêt de la Cour de cassation pénale dans la cause X. contre Y. (pourvoi en nullité)
6S.339/2002 du 9 octobre 2002

Regeste

Art. 144 StGB; Sachbeschädigung.
Wer eine Leitung, die auf dem Nachbargrundstück verläuft, verstopft und so den Abfluss der Abwässer verhindert, begeht eine Sachbeschädigung im Sinne von **Art. 144 StGB** (E. 2).
Abfälle und Exkremente, die in das Gebäude zurückströmen, sind insoweit als Beschädigungen im Sinne von **Art. 144 StGB** einzustufen, als die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes in zeitlicher, arbeitsmässiger und finanzieller Hinsicht einen nicht unerheblichen Aufwand verursacht (E. 4).
Art. 32 StGB; Rechtfertigungsgrund.
Der Eigentümer, der die Kanalisationsleitung, die widerrechtlich auf seiner Parzelle verläuft, verstopft, kann sich insoweit nicht auf **Art. 32 StGB** in Verbindung mit **Art. 926 ZGB** berufen, um sein Verhalten zu rechtfertigen, als der Schaden, den er seinem Nachbarn zufügt, in keinem Verhältnis zur Beeinträchtigung steht, die er selber erleidet (E. 3).

Sachverhalt ab Seite 251

A.- X. est propriétaire d'une parcelle sur laquelle est érigé un chalet. En septembre 1994, la Société Z. a reçu l'autorisation de construire un chalet sur la parcelle voisine, acquise par Y. en septembre 1995. Lors de la construction du chalet, la société Z. n'a pas respecté les plans approuvés. Il en est résulté une longue procédure administrative, et les rapports entre Y. et X. en furent notablement détériorés. X. a notamment déposé une plainte pénale, pour violation de domicile et dommages à la propriété, contre Y. et le directeur de la société Z., au motif qu'ils avaient posé sur sa propriété des conduites d'eaux et d'égouts sans son autorisation.
Le 5 décembre 1998, X. s'est introduit dans le collecteur d'égouts sis sur sa parcelle. Il a placé une cartouche de mousse expansive dans le conduit d'eaux usées provenant du chalet de Y., laquelle a totalement obstrué la canalisation, empêchant toute évacuation des eaux usées en provenance du chalet de Y. Le 19 décembre 1998, la famille de Y. a constaté que les eaux refluaient et entraînaient l'apparition d'immondices et d'excréments dans la baignoire, les toilettes, les douches et les éviers du chalet. Y. a dû procéder à des travaux urgents de remise en état de la conduite endommagée - installée et mise en terre lors de la construction de son chalet. Il a reçu, pour paiement, les factures des sociétés qui sont intervenues sur place, d'un montant total de 2'763 fr. 70. Par écriture du 17 février 1999, il a déposé une plainte pénale contre X. pour dommages à la propriété.

B.- Par jugement du 29 mars 2001, le juge de première instance a condamné X., pour dommages à la propriété (**art. 144 CP**), à une peine de deux mois d'emprisonnement avec sursis pendant deux ans.
Par jugement du 27 juin 2002, la Cour pénale du Tribunal cantonal a admis partiellement l'appel interjeté par X., le condamnant à vingt jours d'emprisonnement avec sursis pendant deux ans. En effet, elle a considéré que la peine de deux mois d'emprisonnement était manifestement excessive compte tenu du litige qui opposait les voisins depuis de nombreuses années.

C.- X. dépose un pourvoi en nullité contre ce jugement. Invoquant la violation de l'**art. 144 CP**, il conclut à son annulation.
Le Tribunal fédéral a rejeté le pourvoi en nullité.

Erwägungen

Extrait des considérants:

2. Le recourant a été condamné, pour dommages à la propriété au sens de l'**art. 144 CP**, pour avoir obstrué la canalisation provenant du chalet du plaignant, ce qui a obligé ce dernier à procéder à des travaux urgents de remise en état; les entreprises intervenues sur place lui ont adressé des factures pour un montant total de 2'763 fr. 70.
L'**art. 144 CP** punit, sur plainte, de l'emprisonnement ou de l'amende celui qui endommage, détruit ou met hors d'usage une chose appartenant à autrui ou frappée d'un droit d'usage ou d'usufruit au bénéfice d'autrui. L'atteinte peut consister à détruire ou à altérer la chose. Mais elle peut aussi consister dans une modification de la chose qui a pour effet d'en supprimer ou d'en réduire l'usage, les propriétés, les fonctions ou l'agrément. L'auteur se rend coupable de dommages à la propriété dès qu'il cause un changement de l'état de la chose qui n'est pas immédiatement réversible sans frais ni effort et qui porte atteinte à un intérêt légitime (CORBOZ, Les principales infractions, vol. I, Berne 2002, n. 11 ss ad **art. 144 CP**, p. 278 ss), par exemple, en apposant sur le pare-brise d'une voiture une affiche qui ne peut être ôtée qu'avec l'aide de tiers et qui prive le conducteur de sa visibilité normale (**ATF 99 IV 145**), en dégonflant les pneus d'une voiture au point que la sécurité du trafic exige de les regonfler (BJP 1975 no 890) ou encore en vidant un extincteur qui doit être rechargé pour être de nouveau prêt à fonctionner (BJP 1975 no 890a). En l'espèce, le recourant n'a pas endommagé la canalisation provenant du chalet du plaignant, mais l'a obstruée. Il l'a mise ainsi hors d'usage, empêchant toute évacuation des eaux usées. Il a donc bien causé un dommage au sens de l'**art. 144 CP**.
L'**art. 144 CP** suppose en outre que le plaignant soit le propriétaire de la chose endommagée ou dispose d'un droit d'usage sur celle-ci. Le recourant conteste que cette condition soit réalisée, affirmant qu'il est le propriétaire du tronçon endommagé et que le plaignant n'a aucun droit d'usage sur cette conduite. Cet argument n'est pas pertinent. Il est sans importance que le recourant soit ou non le propriétaire de la partie de la conduite où la cartouche de mousse expansive a explosé. Le dommage consiste en effet dans la mise hors

d'usage de la conduite et non dans des dégâts causés à cette dernière. En faisant sauter une cartouche de mousse expansive, le recourant a rendu inutilisable l'ensemble de la canalisation, à savoir non seulement le tronçon se trouvant sur sa parcelle, mais également la partie de la canalisation qui se trouve sur le territoire du plaignant et dont celui-ci est propriétaire en vertu de l'**art. 667 CC**. Il a donc bien porté atteinte à la propriété du plaignant.

3. Le recourant fait valoir qu'il avait le droit d'obstruer la conduite pour empêcher l'écoulement des eaux usées sur sa parcelle, dès lors que le plaignant n'avait pas le droit d'établir une conduite sur sa parcelle, à défaut d'un contrat de servitude et d'une inscription au registre foncier.

3.1 Le droit d'établir une conduite et d'en user peut résulter de la constitution d'une servitude, soit parce que le propriétaire a accepté volontairement de la constituer, soit parce que la servitude a été constituée au vu de l'obligation légale prévue aux art. 691 à 693 CC (droit de voisinage) ou dans une disposition de droit public. Le titulaire de la servitude devient propriétaire de la conduite se trouvant sur le fonds grevé. La constitution de la servitude nécessite une convention en la forme écrite ou un jugement formateur et devra, du moins lorsqu'elle n'est pas apparente, être inscrite au registre foncier (STEINAUER, Les droits réels, tome II, 3e éd., Berne 2002, n. 1660 ss, p. 115 ss; n. 1847 ss, p. 198 ss). Le droit d'établir une conduite et de l'utiliser peut toutefois aussi résulter d'une obligation contractuelle (STEINAUER, op. cit., n. 1662, p. 115). Le propriétaire du fonds s'engage alors simplement à tolérer sur son fonds la construction et l'utilisation de la conduite, dont il devient propriétaire en vertu de l'**art. 667 CC** (principe de l'accession; voir MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, vol. IV/1/2, Das Grundeigentum I, Berne 1974, n. 29 ss ad **art. 676 CC**; EMIL THOMAS TOBLER, Die dinglichen Rechte des Zivilgesetzbuches dargestellt am Beispiel der Leitungen, thèse Berne 1953, p. 98 s.). En l'espèce, l'état de fait ne permet pas de déterminer si le plaignant avait le droit d'établir une conduite sur la parcelle du recourant. On ignore s'il existe un contrat de servitude ou un jugement constitutif en faveur du plaignant ou encore si le recourant a assumé un engagement de nature contractuelle.

3.2 Même si le plaignant n'a aucun droit d'établir une conduite sur le terrain du recourant, cela ne signifie pas pour autant que ce dernier soit légitimé à obstruer la conduite litigieuse. Selon l'**art. 32 CP**, les actes qui constituent une infraction, mais sont justifiés par

l'ordre ou l'autorisation de la loi, qui peut être la loi pénale mais aussi la loi civile, sont licites. L'**art. 926 CC** prévoit que le possesseur a le droit de repousser par la force tout acte d'usurpation ou de trouble (al. 1). Cette disposition ne confère cependant pas au possesseur le droit général d'user de violence. Elle ne lui permet d'agir que dans la mesure nécessaire pour protéger la possession contre des troubles (**art. 926 al. 3 CC**; **ATF 85 IV 4**). Si la possibilité d'obtenir l'intervention de l'autorité n'exclut pas la légitime défense, le recours à l'autorité peut être commandé par les circonstances, par exemple lorsqu'il n'y a aucun danger (STEINAUER, Les droits réels, tome I, 3e éd., Berne 1997, n. 335 s., p. 93; STARK, Berner Kommentar, vol. IV/3/1, Der Besitz, Berne 2001, n. 23 ad **art. 926 CC**, p. 241). En l'espèce, le recourant aurait dû agir par la voie judiciaire. En obstruant la conduite, il a causé un dommage important au plaignant alors que le passage des eaux usées sous son terrain n'engendrait qu'un faible inconvénient qu'il pouvait supporter le temps d'une procédure. Aussi, que le plaignant ait eu ou non le droit d'établir une conduite sur le terrain du recourant, celui-ci n'avait pas le droit d'obstruer la canalisation et ne saurait se fonder sur l'**art. 32 CP** combiné avec l'**art. 926 CC** pour justifier son comportement.

4. L'autorité cantonale a en outre constaté que le plaignant avait subi "des dommages dans son chalet, en raison du refoulement des eaux usées" [...]; "les égouts ont refoulé à l'intérieur du chalet" et "ont entraîné l'apparition d'immondices et d'excréments dans la baignoire, les toilettes, les douches et les éviers du chalet". Pour le recourant, il ne s'agirait cependant que d'un simple inconvénient passager, n'entraînant aucune altération durable de la chose ni aucune restriction durable à son usage.

Il est admis que le fait de souiller ou de salir une chose peut constituer un dommage au sens de l'**art. 144 CP** dans la mesure où la remise en état exige des efforts non négligeables en temps, en travail et en argent. En l'espèce, le jugement attaqué ne précise cependant pas l'ampleur des dégâts et les mesures de nettoyage qui ont été nécessaires. On ne sait pas si seuls quelques excréments et immondices sont apparus au fond des éviers, des toilettes, de la baignoire et des lavabos ou si l'eau sale et les matières fécales ont notamment débordé, entraînant des dégâts plus importants. Cette question peut cependant rester indécise, dès lors que le recourant s'est déjà rendu coupable de dommages à la propriété du fait de la mise hors d'usage de la canalisation.

5. Enfin, le recourant fait valoir que l'utilisation du chalet était interdite et que le refoulement des eaux usées ne se serait pas produit si le chalet et spécialement ses installations sanitaires n'avaient pas été utilisés. Cet argument n'est pas pertinent. Peu importe que le plaignant ait eu le droit d'utiliser le chalet. Il n'appartient pas au recourant de se substituer aux autorités pour faire respecter une éventuelle décision d'interdiction d'habiter le chalet. Seule se pose la question de savoir si le recourant pouvait prévoir que la famille du plaignant occuperait le chalet pendant les fêtes de Noël et si, partant, il a envisagé les dégâts qu'il a causés et les a acceptés. L'autorité cantonale a constaté que le recourant avait intentionnellement obstrué la canalisation. Il ne pouvait dès lors que s'accommoder des conséquences. Il a donc bien agi intentionnellement.

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

Zurück

Urteilskopf

133 III 593

79. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour de droit civil dans la cause Association Rhino contre SI Boulevard de la Tour 14 SA et Vergell Casa SA (recours en réforme)
5C.36/2007 du 10 mai 2007

Regeste

Auflösung eines Vereins (Art. 78 ZGB).
Ein statutarischer Zweck, der die Besetzung von Häusern mitumfasst, ist widerrechtlich (E. 4.1). Die Auflösung erfolgt ex tunc, da der Verein seinen widerrechtlichen Zweck seit seiner Gründung verfolgt hat (E. 4.7).

Sachverhalt ab Seite 593

BGE 133 III 593 S. 593

La recourante Association RHINO est une association au sens des art. 60 ss CC, non inscrite au registre du commerce et dont les buts statutaires sont les suivants:
"L'Association a pour vocation de loger ses membres de façon économique et communautaire selon les modalités du bail associatif défini par le projet RHINO (cf. annexe). Elle favorise notamment une gestion fondée sur des solutions économiques et écologiques.
L'Association s'efforce de soustraire les immeubles qu'elle occupe du marché immobilier et de la spéculation.
L'Association a également pour but la promotion du logement associatif; elle établit les contacts nécessaires afin d'informer et d'encourager d'autres projets de type associatif.
L'Association favorise l'ouverture et le maintien dans ces locaux de lieux ouverts à caractère social ou culturel".

BGE 133 III 593 S. 594

L'annexe aux statuts énonce en substance que l'association a pour but de développer et de pérenniser l'habitat associatif bon marché dans des immeubles situés à Genève. Selon les statuts, la qualité de membre de l'association est réservée aux personnes qui habitent dans les immeubles en question et se perd avec leur déménagement.
Après avoir vainement tenté de nombreuses négociations et engagé des procédures d'évacuation, les propriétaires des immeubles concernés ont, par demande du 4 avril 2005, sollicité la dissolution de l'association au motif que son but était illicite (art. 78 CC). Par jugement du 9 février 2006, le Tribunal de première instance du canton de Genève a prononcé la dissolution de l'association *ex nunc*, soit dès l'entrée en force du jugement. Saisie d'un appel de l'association et d'un appel incident des propriétaires, la Cour de justice du canton de Genève a, par arrêt du 15 décembre 2006, rejeté l'appel de l'association et admis l'appel incident des propriétaires, prononcé la dissolution de l'association *ex tunc*, c'est-à-dire à partir du jour de sa création, et renvoyé la cause au premier juge pour désignation du liquidateur et de la corporation publique bénéficiaire de la fortune de l'association.
Le recours en réforme interjeté par l'association auprès du Tribunal fédéral a été rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

Erwägungen

Extrait des considérants:

4. Sur le fond, la recourante invoque la violation de l'art. 78 CC, d'une part quant à la licéité de ses buts statutaires et réellement poursuivis, d'autre part quant au principe de la dissolution de l'association.

4.1 En particulier, la recourante fait grief à la cour cantonale d'avoir retenu qu'une partie du deuxième but statutaire ("l'association s'efforce de soustraire les immeubles qu'elle occupe du marché immobilier et de la spéculation") est illicite. Pour sa part, elle distingue dans ce but entre, d'une part, "soustraire les immeubles du marché immobilier et de la spéculation" et, d'autre part, "les immeubles qu'elle occupe", estimant parfaitement licite le premier élément de la distinction, en raison notamment de son droit de lutter pour obtenir des changements législatifs. A cet égard, il est exact qu'il n'est pas interdit en soi de sortir des immeubles du marché afin de combattre la spéculation - c'est souvent le motif

qui pousse une collectivité publique, une fondation ou une coopérative d'habitation à acquérir

BGE 133 III 593 S. 595

ou à ne pas aliéner des immeubles -, pas plus qu'il n'est interdit d'aspirer à un changement de loi sur ce point. Ce qui est cependant décisif dans les deux cas, c'est le moyen utilisé; c'est aussi pourquoi le but partiel en question ne peut être subdivisé, mais doit être considéré dans son ensemble: il est interdit de procéder à un retrait du marché par une occupation ou de vouloir obtenir de force ou de quelqu'autre manière une modification de loi "légalisant" cette occupation (cf. HANS MICHAEL RIEMER, Vereine mit widerrechtlichem Zweck, in RDS 97/1978 I p. 88 s.; *Idem*, Commentaire bernois, n. 43/44 ad art. 76-79 CC). S'agissant de l'occupation en tant que telle, la recourante se prévaut de la durée de la présence des habitants et des travaux d'entretien réalisés par ceux-ci, travaux auxquels les propriétaires ne se seraient jamais opposés, de sorte qu'on serait en présence d'un contrat - de bail ou de prêt - tacite; par ailleurs, aucun jugement entré en force n'aurait condamné les occupants à quitter les lieux. Tout cela ne change cependant rien au fait qu'un but statutaire impliquant l'occupation d'immeubles est illicite.

4.2 En ce qui concerne les buts réellement poursuivis, la recourante se réfère au commentaire de RIEMER (Commentaire bernois, n. 41 ad art. 76-79 CC), qui prévoit qu'en cas d'actes contraires au droit commis par les organes de l'association dans la poursuite du but conforme au droit de celle-ci, c'est selon l'art. 55 al. 2 et 3 CC (action en responsabilité) et non pas selon l'art. 78 CC (dissolution de l'association) qu'il y a lieu en général de procéder. Il échappe cependant à la recourante qu'en l'espèce l'on ne se trouve précisément pas dans un tel cas, mais plutôt dans celui d'une adéquation entre les actes des organes de l'association et le but de celle-ci (cf. le commentaire précité, p. 921).
Pour le surplus, la recourante fait valoir que les habitants occupent les immeubles en cause depuis longtemps grâce à la tolérance des autorités et des propriétaires et qu'ils seraient donc au bénéfice d'un contrat tacite. Cet argument est toutefois contredit par les constatations de la cour cantonale qui retient, de façon à lier le Tribunal fédéral (art. 55 al. 1 let. c et 63 al. 2 OJ), que les membres de la recourante occupent les immeubles sans autorisation et refusent de les libérer, s'opposant à toute évacuation.

4.3 De même, le point de vue de la recourante selon lequel les propriétaires auraient dû tenter d'atteindre leur but par une autre voie (garantie de la propriété privée, actions réelles) est dénué de pertinence, dès lors que la dissolution de la recourante, c'est-à-dire de

BGE 133 III 593 S. 596

l'occupante primaire des immeubles selon la décision attaquée, est en tout cas une possibilité légalement admissible de mettre fin à l'occupation. Le point de savoir s'il existerait encore d'autres possibilités à côté de celle-ci est sans importance en l'occurrence.

4.4 La recourante se prévaut également de ce que, en l'espèce, il n'y aurait violation d'aucun droit objectif, mais éventuellement d'un simple droit subjectif. Elle méconnaît cependant que la propriété est aussi protégée contre une occupation comme celle ici en cause par des règles du droit objectif (Cst., CC, CP, etc.). Au demeurant, le cas d'espèce ne se laisse pas comparer avec celui cité par la recourante - local d'un club érigé en violation d'une servitude d'interdiction de construire - dès lors qu'il ne s'agissait pas là du but de l'association.

4.5 Se référant à ANTON HEINI (Das Schweizerische Vereinsrecht, Bâle 1988, p. 39), la recourante fait valoir en outre que pour prononcer la dissolution d'une association dont l'activité est illégale, il faut que cette illégalité soit durable. Le point de savoir si ce critère est déterminant peut demeurer indécis, car dans le cas de la recourante il est de toute façon rempli.

4.6 Dans ce contexte, la recourante se réfère à ses autres buts statutaires et se plaint de la non-application à son cas de l'art. 20 al. 2 CO sur la nullité partielle. La question de savoir si cette disposition (en liaison avec l'art. 7 CC) est somme toute applicable aux cas de l'art. 78 CC est controversée en doctrine (réponse affirmative chez RIEMER, op. cit., RDS 97/1978 I p. 95 n. 81 et Commentaire bernois, n. 40 ad art. 76-79 CC; réponse négative chez HEINI/SCHERRER, Commentaire bâlois, 3e éd., n. 3 ad art. 78 CC; HEINI/PORTMANN, Schweizerisches Privatrecht, vol. II/5, 3e éd., n. 169; JEAN-FRANÇOIS PERRIN, Droit de l'association, Zurich 2004, p. 208). Le Tribunal fédéral a tranché la question en principe par l'affirmative en tout cas pour d'autres personnes morales (**ATF 73 II 81** concernant une fondation et **ATF 80 II 123** concernant une coopérative). La question peut toutefois demeurer indécise en l'espèce. En effet, la cour cantonale a examiné cette question et est parvenue au résultat que le but illicite de la recourante était prédominant par rapport aux autres buts statutaires, puisque celle-ci avait avant tout été créée aux fins de l'atteindre. La recourante ne le conteste nullement, mais fait simplement valoir que ses autres buts sont "essentiels". De plus, elle ne prétend pas que les conditions de l'art. 20 al. 2 CO seraient remplies, en particulier qu'elle aurait tout de même été constituée sans la clause

BGE 133 III 593 S. 597

statutaire frappée de nullité; elle se contente d'affirmer qu'elle "pourrait continuer à fonctionner" même sans le but statutaire déclaré illicite, ce qui n'est toutefois pas décisif au regard de l'art. 20 al. 2 CO.

4.7 Dans ce contexte, la recourante critique par ailleurs, en se référant à RIEMER (Commentaire bernois, n. 56 ad art. 76-79 CC), le prononcé de sa dissolution *ex tunc* ; l'association ayant, depuis 18 ans, interagi avec d'autres personnes privées, conclu des contrats, mené des négociations et agi en justice, seule une dissolution *ex nunc* entrerait en ligne de compte.
C'est à bon droit que la cour cantonale a prononcé la dissolution *ex tunc*, dès lors que l'association a poursuivi son but illicite dès sa fondation (cf. RIEMER, Commentaire bernois, n. 57 ad art. 76-79 CC). Quant au sort des relations juridiques nées dans l'intervalle, il appartiendra au liquidateur d'en décider.

5. La recourante invoque enfin la violation des art. 23 Cst. (liberté d'association), 36 Cst. (restriction des droits fondamentaux) et 11 CEDH (liberté d'association).

5.1 Dans la mesure où elle se plaint d'une mauvaise application du droit fédéral qu'elle estime violer aussi l'un ou l'autre de ses droits constitutionnels ou conventionnels, la recourante invoque en réalité, comme elle le souligne d'ailleurs elle-même en se référant à FABIENNE HOHL (Procédure civile, tome II, 2002, p. 298 n. 3237), la violation du droit fédéral. Ce grief relève donc du recours en réforme.

5.2 La décision attaquée se fonde sur l'art. 78 CC. En vertu de l'art. 190 Cst. (art. 191 Cst. avant la réforme de la justice), le Tribunal fédéral ne peut refuser d'appliquer la disposition de droit civil précitée (cf. **ATF 131 II 562** consid. 3.2 p. 566, **ATF 131 II 710** consid. 5.4 p. 721; **ATF 129 II 249** consid. 5.4 p. 263 et les références). Il ressort par ailleurs des considérations ci-dessus (consid. 4) que la cour cantonale n'a pas violé l'art. 78 CC.

5.3 L'art. 11 CEDH garantit notamment le droit de toute personne à la liberté de réunion et à la liberté d'association (par. 1). L'exercice de ce droit est toutefois soumis aux restrictions qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui (par. 2, 1re phrase).
La cour cantonale, se fondant sur une disposition légale déterminante (art. 78 CC), a prononcé la dissolution de la recourante en raison du

but statutaire illicite de celle-ci (atteinte, entre autres, à la garantie de la propriété de l'art. 26 al. 1 Cst.) et en raison de son activité illicite (occupation d'immeubles de tiers). Ces deux situations ne sont pas couvertes par la garantie du droit à la liberté de réunion et d'association (art. 11 par. 1 CEDH), mais tombent sous le coup des restrictions admissibles à celle-ci (art. 11 par. 2 CEDH; cf. arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 13 février 2003 dans la cause *Refah Partisi et consorts contre Turquie* du 13 février 2003, Recueil CourEDH 2003-II p. 209 concernant la dissolution d'un parti politique et le droit à la liberté de réunion et d'association). Le fait que dans le cas de la dissolution d'un parti politique il faille, comme l'allègue la recourante, user d'une retenue particulière ou poser des exigences assez strictes est exact (cf. arrêt du 13 février 2003 précité; JENS MEYER-LADEWIG, EMRK, Baden-Baden 2003, n. 22 ad art. 11 CEDH avec les renvois concernant la relation avec la liberté d'expression selon l'art. 10 CEDH), mais il n'est pas décisif en l'espèce, dès lors que la recourante, malgré une certaine composante politique dans son but et la mise en application de celui-ci, n'est pas un parti politique et qu'au demeurant il n'y a pas, dans son cas, de relation suffisamment étroite avec la liberté d'expression.

Zurück

Urteilskopf

141 III 195

29. Auszug aus dem Urteil der Strafrechtlichen Abteilung i.S. X. gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Luzern und A. (Beschwerde in Strafsachen)
6B_490/2014 vom 27. April 2015

Regeste

Art. 699 Abs. 1 ZGB; Betreten von Wald und Weide; richterliches Verbot.
Richterliche Verbote erwachsen nicht in materielle Rechtskraft. Sie können von einem beschuldigten Störer in einem allfälligen Strafverfahren angefochten werden, so dass deren Rechtmässigkeit vom Gericht zu überprüfen ist (E. 2.2).
Bewirtschaftungsweg, der zuerst über eine Weide (Dauerwiese) und danach über eine extensiv genutzte Wiese (Ökowiese) führt, bevor er in den Wald einmündet. Den Zutritt zum Bewirtschaftungsweg nur deshalb zu verbieten, weil das angrenzende Land auf einem kurzen Wegabschnitt eine extensiv genutzte Wiese ist, widerspricht Sinn und Zweck von **Art. 699 Abs. 1 ZGB**. Das richterliche Verbot, welches das Betreten des Bewirtschaftungswegs untersagt, verstösst daher gegen **Art. 699 Abs. 1 ZGB** (E. 2.3-2.8).

Sachverhalt ab Seite 196

A. A. ist Eigentümer des Grundstücks Nr. x in B. Dieses besteht aus Wald und einer Grasfläche, über welche ein Bewirtschaftungsweg zunächst parallel zum Waldrand verläuft und dann durch den Wald zum Fluss C. hinunterführt. Der obere Teil der Grasfläche ist eine sog. Dauerwiese, während der untere Teil als extensiv genutzte Wiese (Ökowiese) mit Nebennutzung des Weidenlassens dient. Der Amtsgerichtspräsident von Entlebuch erliess am 21. August 2008 auf Verlangen von A. ein allgemeines Verbot, wonach das Betreten des Grundstücks ausserhalb der Strasse D. für Unberechtigte unzulässig ist. Die entsprechende Verbotstafel steht beim mit einem Gatter verschlossenen Zugang zum erwähnten Bewirtschaftungsweg.
X. bietet als Geschäftsführer der E. GmbH Goldwaschkurse rund um das Napfgebiet an. Am 18. Mai 2011 betrat er mit seinen Kursteilnehmern in Missachtung des richterlichen Verbots das Grundstück von A., um sich über den Bewirtschaftungsweg zum Kursort an der C. zu begeben. Den Zugang zum Grundstück verschaffte er sich, indem er beim Zaun neben dem Gatter zwei Zaunisolatoren aus dem Holzpfosten abmontierte und den Zaundraht mit einem Hammer durchtrennte.

B.

B.a Die Staatsanwaltschaft Sursee verurteilte X. mit Strafbefehl vom 15. Dezember 2011 wegen geringfügiger Sachbeschädigung zu einer Busse von Fr. 150.-. Die Strafuntersuchung wegen Übertretung eines allgemeinen Verbots stellte sie mit Verfügung vom 22. März

2012 ein. Das Kantonsgericht Luzern hiess am 11. Oktober 2012 die Beschwerde von A. gegen den Einstellungsentscheid gut und wies die Strafsache an die Staatsanwaltschaft zurück. Auf eine dagegen gerichtete Beschwerde von X. trat das Bundesgericht mit Urteil 1B_721/2012 vom 4. Dezember 2012 nicht ein.

B.b Die Staatsanwaltschaft sprach X. am 22. Januar 2013 der Übertretung eines allgemeinen Verbots (§ 20 des Übertretungsstrafgesetzes vom 14. September 1976 [UeStG/LU; SRL 300)und der geringfügigen Sachbeschädigung (Art. 144 Abs. 1 i.V.m. **Art. 172ter StGB**) schuldig und büsste ihn mit Fr. 200.-. X. erhob gegen den Strafbefehl Einsprache. Das Bezirksgericht Willisau sprach ihn daraufhin am 28. Mai 2013 in Bezug auf das Betreten des oberen, durch die Dauerwiese verlaufenden Teils des Weges vom Vorwurf der Übertretung eines allgemeinen Verbots frei. Es erklärte ihn der geringfügigen Sachbeschädigung und, in Bezug auf das Betreten des unteren, durch die extensiv genutzte Wiese verlaufenden Teils des Weges, der Übertretung eines allgemeinen Verbots schuldig. Es verurteilte ihn zu einer Busse von Fr. 200.- und zur Bezahlung von Fr. 455.45 Schadenersatz an A. Auf Berufung von X. bestätigte das Kantonsgericht Luzern am 26. März 2014 das erstinstanzliche Urteil.

C. X. beantragt mit Beschwerde in Strafsachen, ihn von den Vorwürfen der Übertretung eines allgemeinen Verbots sowie der geringfügigen Sachbeschädigung freizusprechen und die Zivilforderung vollumfänglich abzuweisen. Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz bzw. an das Bezirksgericht Willisau zurückzuweisen.

D. Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Luzern verzichtete auf eine Stellungnahme. Das Kantonsgericht und A. beantragen die Abweisung der Beschwerde.
Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe **Art. 699 Abs. 1 ZGB** zu Unrecht nicht auf die extensiv genutzte Wiese angewandt. Er habe einen Bewirtschaftungsweg benutzt, der durchgehend von der Strasse her in den Wald führe. Dem Beschwerdegegner 2 sei kein Schaden erwachsen. Der Bewirtschaftungsweg sei auf der extensiv genutzten Wiese genau gleich beschaffen gewesen wie auf der

Weide. Der vor über hundert Jahren formulierte **Art. 699 ZGB** dürfe nicht grammatikalisch eng ausgelegt werden, da es damals noch keine landwirtschaftlichen Subventionen und damit auch keine ökologischen Ausgleichsflächen gegeben habe.

2.2 Richterliche Verbote erwachsen nach der Rechtsprechung nicht in materielle Rechtskraft. Sie können von einem beschuldigten Störer in einem allfälligen Strafverfahren angefochten werden, so dass deren Rechtmässigkeit vom Gericht zu überprüfen ist (Urteil 6B_116/2011 vom 18. Juli 2011 E. 3.3 mit Hinweisen).
Das Bundesgericht überprüft Bundesrecht mit voller Kognition, kantonales Recht - von hier nicht relevanten Ausnahmen abgesehen - hingegen nur auf Willkür (vgl. **Art. 95 BGG**). Der Schuldspruch wegen Übertretung eines allgemeinen Verbots richtet sich nach kantonalem Strafrecht. Die Auslegung von **Art. 699 Abs. 1 ZGB** prüft das Bundesgericht dennoch frei, da es sich um eine direkt anwendbare Bestimmung des Bundesrechts handelt (vgl. **BGE 138 IV 13** E. 2).

2.3 Nach **Art. 699 Abs. 1 ZGB** sind das Betreten von Wald und Weide und die Aneignung wildwachsender Beeren, Pilze u. dgl. in ortsüblichem Umfange jedermann gestattet, soweit nicht im Interesse der Kulturen seitens der zuständigen Behörde einzelne bestimmt umgrenzte Verbote erlassen werden. Die Bestimmung ist eine sog. Doppelnorm mit zugleich privatrechtlichem und öffentlichrechtlichem Inhalt. Als privatrechtliche Eigentumsbeschränkung regelt sie die Beziehungen zwischen dem Eigentümer und Spaziergängern. Aufgrund deren öffentlichrechtlichen Inhalts sind die Behörden ermächtigt, von Amtes wegen über den freien Zutritt zu Wald und Weide zu wachen (**BGE 109 Ia 76** E. 3b mit Hinweisen). Der Schutzzweck von **Art. 699 Abs. 1 ZGB** liegt darin, der Bevölkerung den notwendigen Erholungsraum zu erhalten (vgl. **BGE 106 Ia 84** E. 3a; **BGE 96 I 97** E. 2e; ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, 3. Aufl. 1975, N. 13 zu **Art. 699 ZGB**; REY/STREBEL, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. II, 4. Aufl. 2011, N. 6 zu **Art. 699 ZGB**; PAUL-HENRI STEINAUER, Les droit réels, Bd. II, 4. Aufl. 2012, N. 1934).

2.4 Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte

Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen

Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen (**BGE 140 III 206** E. 3.5.4; **BGE 140 IV 1** E. 3.1; je mit Hinweisen).

2.5 Eine Legaldefinition der Begriffe Wald und Weide fehlt im ZGB. Für den Waldbegriff kann grundsätzlich auf die Waldgesetzgebung abgestellt werden (Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über den Wald [WaG; SR 921.0]; vgl. REY/STREBEL, a.a.O., N. 7 zu **Art. 699 ZGB**; STEINAUER, a.a.O., N. 1934b; MEIER-HAYOZ, a.a.O., N. 15 f. zu **Art. 699 ZGB**; TARKAN GÖKSU, in: Sachenrecht, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl. 2012, N. 4 zu **Art. 699 ZGB**). Eine Weide ist gemäss der herrschenden Lehre ein Grundstück, dessen ausschliessliche oder zumindest primäre Nutzung im Weidenlassen von Vieh besteht (MEIER-HAYOZ, a.a.O., N. 18 zu **Art. 699 ZGB**; REY/STREBEL, a.a.O., N. 12 zu **Art. 699 ZGB**; STEINAUER, a.a.O., N. 1934b; GÖKSU, a.a.O., N. 4 zu **Art. 699 ZGB**).

2.6 Die Lehre weist zwar darauf hin, dass es sich bei **Art. 699 Abs. 1 ZGB** um eine Ausnahmebestimmung handelt, die grundsätzlich keine inhaltliche Ausdehnung über Wald- und Weidegrundstücke zulasse. Dennoch sprechen sich dieselben Autoren für eine (analoge) Anwendung des Zutrittsrechts auf frischgemähte Wiesen, abgeerntete Felder sowie tiefgefrorenes und -verschneites Kulturland aus, wenn jegliche Beeinträchtigung und Schädigung des Grundeigentums ausgeschlossen ist (MEIER-HAYOZ, a.a.O., N. 21 zu **Art. 699 ZGB**; REY/STREBEL, a.a.O., N. 16 zu **Art. 699 ZGB**; gleich GÖKSU, a.a.O., N. 4 zu **Art. 699 ZGB**; ähnlich HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Zürcher Kommentar, 2. Aufl. 1977, N. 4 zu **Art. 699 ZGB**; SIMONIUS/SUTTER, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Bd. I, 1995, S. 399 N. 50). Vom Zutrittsrecht von **Art. 699 Abs. 1 ZGB** erfasst werden sollen zudem kulturunfähige Grundstücke im Sinne von **Art. 664 Abs. 2 ZGB**, da keinerlei Schaden am Grundeigentum verursacht wird (MEIER-HAYOZ, a.a.O., N. 20 zu **Art. 699 ZGB**; STEINAUER, a.a.O., N. 1934b; GÖKSU, a.a.O., N. 4 zu **Art. 699 ZGB**; SIMONIUS/SUTTER, a.a.O., S. 399 N. 50; siehe auch REY/STREBEL, a.a.O., N. 17 zu **Art. 699 ZGB**). Als selbstverständlich eingeschlossen in das Betretungsrecht sind nach einer in der Lehre vertretenen Auffassung auch Wald- und Feldwege (SIMONIUS/SUTTER, a.a.O., S. 399 N. 50).

2.7 Der Beschwerdeführer betrat gemäss den vorinstanzlichen Feststellungen einen Bewirtschaftungsweg, der über eine Weide (Dauerwiese) und im unteren Teil vor der Einmündung in den Wald über eine sog. extensiv genutzte Wiese führt. Letztere ist eine ökologische Ausgleichsfläche (sog. Biodiversitätsförderfläche), die Anrecht auf landwirtschaftliche Direktzahlungen (Biodiversitätsbeiträge) verschafft (vgl. **Art. 55 Abs. 1 lit. a der Verordnung vom 23. Oktober 2013 über die Direktzahlungen an die Landwirtschaft [DZV; SR 910.13]**; Art. 40 Abs. 1 lit. a der Verordnung vom 7. Dezember 1998 über die Direktzahlungen an die Landwirtschaft [aDZV]). Die Vorinstanz legt dar, dass die extensiv genutzte Wiese nur nebenbei als Viehweide dient. Zulässig ist lediglich eine schonende Herbstweide (vgl. DZV, Anhang 4 Ziff. A 1.1.3; Art. 45 Abs. 3 aDZV; Bundesamt für Landwirtschaft, Überblick: Direktzahlungen an Schweizer Ganzjahresbetriebe, März 2014, S. 12). Die extensiv genutzte Wiese war im Tatzeitpunkt (Mai) nicht gemäht. Nicht zu beanstanden ist daher, wenn die Vorinstanz diese - jedenfalls für den zu beurteilenden Zeitpunkt - vom Anwendungsbereich von **Art. 699 Abs. 1 ZGB** ausnimmt.

Das richterliche Verbot bezieht sich allerdings nicht nur auf die Wiese, sondern auch den Weg, der über die Wiese führt. Die für den Weg bestimmte Fläche dient nicht als extensiv genutzte Wiese. Den Zutritt zum Weg nur deshalb zu verbieten, weil das angrenzende Land auf einem kurzen Wegabschnitt eine extensiv genutzte Wiese ist, widerspricht Sinn und Zweck von **Art. 699 Abs. 1 ZGB**, selbst wenn man mit der Vorinstanz von einer restriktiven Auslegung dieser Bestimmung ausgeht. Das richterliche Verbot verstösst gegen **Art. 699 Abs. 1 ZGB**, soweit es auch den Bewirtschaftungsweg vom Betretungsrecht ausnimmt. Entsprechend kann dem Beschwerdeführer nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass er dieses missachtete. Der Schuldspruch wegen Übertretung eines allgemeinen Verbots verletzt Bundesrecht. Nicht weiter einzugehen ist damit auf die Rügen des Beschwerdeführers betreffend die Beweiswürdigung.

2.8 Zutreffend ist zwar, dass **Art. 699 Abs. 1 ZGB** die Eigentümer andersartiger Grundstücke nicht verpflichtet, Zugang zu angrenzenden Wald- oder Weidegrundstücken zu ermöglichen (REY/STREBEL, a.a.O., N. 5 zu **Art. 699 ZGB**; angefochtenes Urteil mit Hinweis auf Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide [LGVE] 2002 I Nr. 21). Diese Frage stellt sich vorliegend jedoch nicht. Zu beurteilen ist, ob

das Betreten eines gemäss **Art. 699 Abs. 1 ZGB** grundsätzlich zugänglichen Weges deshalb untersagt ist, weil dieser über eine Parzelle führt bzw. an eine Fläche angrenzt, die aus ökologischen Gründen nur beschränkt als Viehweide dient. Dies ist wie dargelegt zu verneinen.

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

Zurück

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

4A_197/2017

Arrêt du 13 mars 2018

Ire Cour de droit civil

Composition
Mmes les Juges fédérales
Kiss, Présidente, Klett, Hohl, Niquille et May Canellas.
Greffier : M. Piaget.

Participants à la procédure
X._____, représenté par Me Valentin Aebischer,
recourant,

contre

Z._____, représenté par Me Dominique Morard,
intimé.

Objet
action possessoire (art. 927 al. 1 CC);

recours contre l'arrêt du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg, IIe Cour d'appel civil, du 14 mars 2017 (102 2016 212).

Faits :

A.

A.a. Par contrat du 25 novembre 2000, les frères P.A._____ et G.A._____ ont pris à bail un domaine agricole de 117 poses, de 3'600 m2 chacune (soit les art. 115, 1146, 1186, 1187, 1193, 1206 du registre foncier de la commune de U._____ et l'art. 2001 du registre foncier de la Commune de V._____, dans le canton de Fribourg). Le contrat a été passé entre la propriétaire de l'époque, représentée par son

gérant X._____.
En ce qui concerne sa durée, le bail a été conclu pour une période initiale de 9 ans, soit du 22 février 2001 au 22 février 2010; il était prolongeable de 6 ans, soit jusqu'au 22 février 2016, le délai de résiliation étant d'un an avant l'expiration (complètement selon l'art. 105 al. 2 LTF).
Sous conditions spéciales, le contrat mentionne:

" *Les fermiers actuels, MM. P.A._____ et G.A._____ s'engagent à renoncer à leur droit de préemption au profit de M. X._____.*
Au départ de MM. P.A._____ et G.A._____, M. X._____, pour le cas où aucun de ses enfants ne reprendrait le bail, s'engage à le remettre à un des neveux de MM. P.A._____ et G.A._____ " (art. 105 al. 2 LTF).

A.b. X._____ est devenu propriétaire du domaine le 15 octobre 2003. L'autorité foncière cantonale, qui a autorisé son acquisition, lui a imposé de reconduire le bail à ferme pour une nouvelle période de 6 ans dès le 22 février 2010.
Le 21 mai 2004, en vue d'obtenir différentes aides cantonales et fédérales, les parties ont prolongé la durée du bail de 20 ans, jusqu'en 2024, ce qui a été approuvé par l'autorité foncière cantonale.

A.c. Les 6 novembre 2013 et 3 janvier 2014, les parties ont signé une convention de résiliation du bail:

" *Le bail à ferme agricole liant les parties prendra définitivement fin le 31 décembre 2015. Par la signature du présent acte, les fermiers ont pleinement conscience qu'il n'existe aucune possibilité de prolongation de leur bail* ".

A.d. Le 4 avril 2015, un neveu des fermiers, B._____, a adressé au propriétaire une offre de reprise du bail.
Le 21 mai 2015, l'autorité foncière cantonale, qui avait pris connaissance de la convention de résiliation des parties, a informé celles-ci que, dès le 21 février 2016, le propriétaire pouvait conclure un nouveau contrat de bail agricole avec le fermier de son choix et n'avait pas l'obligation de conclure avec un neveu des fermiers.
Le 2 juin 2015, le propriétaire a donc conclu un nouveau contrat de bail à ferme agricole avec un tiers, C._____, qui devait entrer en possession du domaine le 1er janvier 2016.

A.e. A la suite de discussions et d'un échange de correspondances (dont un dernier courrier du 27 novembre 2015), le propriétaire, les fermiers et le nouveau fermier C._____ ont décidé que le contrat prendrait fin le 21 février 2016, et non le 31 décembre 2015.
Le 10 décembre 2015, par courrier de leur avocat, les fermiers et leur neveu B._____ ont mis le propriétaire en demeure de conclure un bail à ferme agricole avec ce dernier pour la durée légale de 9 ans au moins, dès le 22 février 2016.
Le propriétaire s'y est opposé.

A.f. Par courrier du 1er février 2016, les fermiers ont informé le propriétaire qu'ils transmettaient leur exploitation agricole à un autre de leurs neveux, Z._____, à compter du 22 février 2016.

B.
Le 9 février 2016, le propriétaire a adressé au Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Veveyse une requête de mesures provisionnelles, assortie d'une requête de mesures superprovisionnelles, concluant à ce qu'il soit donné ordre à Z._____ de libérer immédiatement le domaine, que lui-même soit autorisé à avoir recours à la force publique si celui-ci ne s'exécutait pas; il a également requis que l'occupant soit condamné à payer un fermage de 3'107 fr. 85 par mois dès le 22 février 2016 et jusqu'à son départ et qu'il lui soit fixé un délai de 30 jours pour ouvrir action au fond.
Après avoir rejeté la requête de mesures superprovisionnelles le 17 février 2016, faute d'urgence, le Président du tribunal a rejeté la requête de mesures provisionnelles par ordonnance du 22 septembre 2016.
Statuant le 14 mars 2017, la IIe Cour d'appel civil du Tribunal cantonal du canton de Fribourg a rejeté l'appel du propriétaire, pour les motifs qui seront discutés ci-après.

C.
Contre cet arrêt, le propriétaire a interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral le 18 avril 2017, concluant principalement à ce que le défendeur libère le domaine à bref délai, sous la menace de la peine d'amende de l'art. 292 CP et, en cas d'inexécution, à ce que lui-même soit autorisé à mettre en oeuvre la force publique. Subsidiairement, il conclut à l'annulation de l'arrêt attaqué et au renvoi de la cause à la cour cantonale pour nouvelle instruction et décision dans le sens des considérants. Il se plaint d'application

arbitraire de l'art. 927 CC et d'appréciation arbitraire des faits (art. 9 Cst.).
Le neveu défendeur conclut principalement à l'irrecevabilité du recours; il soutient que le demandeur a introduit une requête de mesures provisionnelles au sens de l'art. 261 CPC, puisque celui-ci a conclu à ce qu'un délai lui soit octroyé pour déposer l'action au fond, et, partant, que la décision rendue ne peut être qu'incidente, ce qui imposait au recourant de démontrer un préjudice irréparable, ce qu'il n'a pas fait. Subsidiairement, l'intimé conclut au rejet du recours; selon lui, le recourant n'a pas démontré que l'interprétation donnée à la notion de maîtrise effective du domaine par la cour cantonale serait arbitraire, ni que celle-ci se serait méprise en retenant que le propriétaire n'avait jamais eu la maîtrise effective du domaine.
La cour cantonale a indiqué qu'elle n'avait pas d'observations à formuler.

Considérant en droit :

1.
Le défendeur intimé soutient que le demandeur n'aurait déposé qu'une requête de mesures provisionnelles (et préalablement de mesures superprovisionnelles) dans le cadre d'une action possessoire qui devait être introduite ultérieurement, puisqu'il a demandé qu'un délai lui soit imparti pour ouvrir action au fond. Selon lui, l'arrêt attaqué ne serait donc qu'une décision incidente pour laquelle l'existence d'un dommage irréparable devrait être établie par le recourant (art. 93 al. 1 let. a LTF).

1.1. Examinant successivement les deux argumentations retenues par le Président du Tribunal civil de la Veveyse, la cour cantonale a admis tout d'abord que le demandeur a introduit l'action réintégrande de l'art. 927 al. 1 CC, puis que le propriétaire avait certes établi son droit de propriété alors que le défendeur n'avait pas établi ni rendu vraisemblable le sien, mais que le propriétaire n'avait pas allégué, ni donc rendu vraisemblable que l'atteinte à son droit de propriété risquait de lui causer un dommage difficilement réparable au sens de l'art. 261 al. 1 CPC.

1.2. Il ressort du dossier que le demandeur a déposé principalement une requête intitulée " de mesures provisionnelles et de mesures superprovisionnelles " tendant à l'expulsion du défendeur, en se fondant principalement sur l'art. 927 CC avec référence à FRANÇOIS BOHNET, Actions civiles, 2014, no 17 ad § 39 et no 15 ad § 54, lequel admet que, si les conditions en sont remplies, l'action possessoire de l'art. 927 CC peut être accordée à l'occasion du procès au fond en revendication comme une mesure provisionnelle *sui generis*; subsidiairement, " même si, par impossible, [le président du tribunal] devait estimer que l'action possessoire basée sur l'art. 927 CC n'était pas donnée en l'espèce ", le demandeur a conclu au prononcé de mesures provisionnelles avant introduction de l'action pétitoire, en se prévalant des art. 937 CC (recte: art. 641 al. 2 CC) et 261 ss CPC.
Autrement dit, le demandeur a introduit, principalement, une action possessoire, avant procès au fond et, subsidiairement, des mesures provisionnelles au sens des art. 261 ss CPC dans le cadre d'une action pétitoire de l'art. 641 al. 2 CC qui serait introduite ultérieurement.

1.3. En tant qu'elle statue (subsidiairement) sur une requête de mesures provisionnelles (art. 261 ss CPC), à savoir sur l'expulsion du défendeur avant l'introduction de l'action (pétitoire) en revendication (art. 641 al. 2 CC), la décision attaquée est une décision incidente au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF. Le recours est irrecevable à cet égard, faute pour le recourant d'avoir démontré que cette décision serait susceptible de lui causer un préjudice (juridique) irréparable (art. 93 al. 1 let. a LTF), étant rappelé que le risque d'être exposé à une perte en argent n'est pas un préjudice juridique au sens de cette disposition (**ATF 138 III 76** consid. 1.2; **137 III 324** consid. 1.1; **134 I 83** consid. 3.1; arrêts 4A_585/2014 du 27 novembre 2014 consid. 1.1 et 4A_32/2017 du 9 février 2017 consid. 1.1 et les arrêts cités).
En tant qu'elle se prononce sur l'action possessoire (art. 927 CC), en statuant définitivement sur la protection de la possession, la décision attaquée est une décision finale au sens de l'art. 90 LTF. Interjeté en temps utile (art. 100 al. 1, 46 al. 2 et 45 al. 1 LTF), par le propriétaire qui a succombé dans ses conclusions, contre une décision confirmant le refus de l'expulsion du défendeur, rendue sur appel par le tribunal supérieur du canton (art. 75 LTF) dans une affaire portant sur des droits réels (art. 72 al. 1 LTF), dont la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 fr. (art. 74 al. 1 let. b LTF), le recours en matière civile est donc recevable à cet égard.

2.
La décision sur l'action possessoire (art. 927 CC) est une décision portant sur des mesures provisionnelles au sens de l'art. 98 LTF (**ATF 133 III 638** consid. 2), de sorte que seule peut être dénoncée la violation de droits constitutionnels, en particulier l'arbitraire (art. 9 Cst.).
D'après la jurisprudence, une décision est arbitraire lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou heurte de manière choquante le

sentiment de la justice et de l'équité; il ne suffit pas qu'une autre solution paraisse concevable, voire préférable; pour que cette décision soit annulée, encore faut-il qu'elle se révèle arbitraire non seulement dans ses motifs, mais aussi dans son résultat (**ATF 132 I 13** consid. 5.1; **131 I 217** consid. 2.1, 57 consid. 2; **129 I 173** consid. 3.1).
Pour être jugée arbitraire, la violation du droit doit être manifeste et pouvoir être reconnue d'emblée (**ATF 133 III 462** consid. 4.4.1). Le Tribunal fédéral n'a pas à examiner quelle est l'interprétation correcte que l'autorité cantonale aurait dû donner des dispositions applicables; il doit uniquement dire si l'interprétation qui a été faite est défendable (**ATF 132 I 13** consid. 5.1). Le recourant doit démontrer en quoi l'application qui a été faite du droit est arbitraire (art. 106 al. 2 LTF; **ATF 133 III 462** consid. 2.3).

3.
Aux termes de l'art. 927 al. 1 CC, quiconque usurpe une chose en la possession d'autrui est tenu de la rendre, même s'il y prétend un droit préférable.

3.1. L'action possessoire de l'art. 927 al. 1 CC, dite action réintégrande, a pour fonction d'empêcher que la possession ne soit usurpée et, par là, a pour but de protéger la paix publique. Elle a pour objet la défense de la possession comme telle et vise à rétablir rapidement l'état antérieur. Elle ne conduit pas à un jugement sur la conformité au droit de cet état de fait. Elle n'assure au demandeur qu'une protection provisoire. Le juge ne doit examiner la question du droit à la possession de la chose que lorsqu'il est saisi de l'action pétitoire en revendication (art. 641 al. 2 CC; **ATF 113 II 243** consid. 1b p. 244; arrêts 5A_98/2010 du 7 mai 2010 consid. 4.1.2; 5P.509/2006 du 8 mai 2007 consid. 1.3; cf. PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, tome I, 5e éd., 2012, n. 313 ss; EMIL W. STARK/BARBARA LINDENMANN, Berner Kommentar, 2016, nos 1 ss Vorb. ad Art. 926-929 CC; SUTTER/SOMM, Eigentum und Besitz, in TDPS V/1, 2014, n. 1309; BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht, 2008, n. 129). Comme le précise l'art. 927 al. 1 *in fine* CC, le défendeur à l'action réintégrande ne peut pas exciper du droit préférable qu'il aurait sur la chose (**ATF 113 II 243** consid. 1b; STEINAUER, op. cit., n. 344; STARK/LINDENMANN, op. cit., nos 91 ss Vorb. ad Art. 926-929 CC).
L'art. 927 al. 2 CC réserve une situation exceptionnelle, celle dans laquelle le défendeur établit aussitôt un droit - réel ou contractuel (**ATF 40 II 559** consid. 3 p. 564 ss; STARK/LINDENMANN, op. cit., no 20 ad art. 927 CC) - préférable qui l'autoriserait à reprendre la chose au demandeur (**ATF 113 II 243** consid. 1b p. 245 *in fine*; arrêt 5A_98/2010 précité consid. 4.1.2; cf. STEINAUER, op. cit., n. 345 ss; EMIL W. STARK/WOLFGANG ERNST, in Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, 5e éd. 2015, no 6 ad art. 927 CC).
Le jugement sur l'action réintégrande de l'art. 927 al. 1 CC statue définitivement sur la protection de la possession et, partant, le rétablissement de l'état antérieur (**ATF 113 II 243** consid. 1b p. 244). Le juge n'a pas à fixer au demandeur un délai pour introduire une action au fond sur l'existence du droit. L'action pétitoire en revendication (art. 641 al. 2 CC), qui porte sur la protection du droit, peut mettre fin aux effets du jugement sur l'action possessoire (**ATF 113 II 243** consid. 1b p. 244). Il s'agit d'une action réelle, qui ne doit pas être confondue avec l'action contractuelle en restitution de la chose louée, à l'échéance du bail (art. 23 al. 1 LBFA; pour le bail à loyer ordinaire, art. 267 al. 1 CO). Elle peut être assortie ou précédée d'une requête de mesures provisionnelles (art. 261 ss CPC) et de mesures superprovisionnelles (art. 265 CPC).

3.2. Le demandeur à l'action réintégrande (art. 927 al. 1 CC) doit prouver la réalisation de deux conditions: premièrement, qu'il avait la possession de la chose et, deuxièmement, qu'il en a perdu la possession à la suite d'un acte d'usurpation illicite. Le degré de la preuve exigé par l'art 927 al. 1 CC est la certitude (*voller Beweis*); la simple vraisemblance (*blosses Glaubhaftmachen*) ne suffit pas (SUTTER-SOMM, op. cit., n. 1348).

3.2.1. Premièrement, le demandeur doit établir qu'il avait la possession de la chose.
La possession suppose la maîtrise effective de la chose et la volonté correspondante de celui qui l'exerce de posséder (art. 919 al.1 CC; STEINAUER, op. cit., n. 176 ss; SUTTER-SOMM, op. cit., n. 1207). La maîtrise multiple étant possible (STEINAUER, op. cit., n. 211 ss), il peut s'agir de la possession immédiate de la personne qui exerce directement, sans intermédiaire, la maîtrise de fait sur la chose, mais aussi de la possession médiate de celui qui l'exerce par le truchement d'un tiers à qui il a accordé un droit (réel ou personnel) sur la chose (STEINAUER, op. cit., n. 214 et 340a; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 5e éd. 2017, n. 214; SUTTER-SOMM, op. cit., n. 1216 ss; HÜRLIMANN-KAUP, op. cit. n. 130; STARK/LINDENMANN, op. cit., no 6 Vorb. ad art. 926-929 CC).
Lorsque le propriétaire de l'immeuble loue celui-ci à un locataire (ou fermier), les deux sont possesseurs: le locataire a la possession immédiate (*unmittelbarer Besitz*) et le propriétaire la possession médiate (*mittelbarer Besitz*) (HÜRLIMANN-KAUP, op. cit., n. 114, 118 et 120). Si, en tant que moyen de réaction contre une voie de fait apparente, l'action possessoire protège avant tout le possesseur immédiat contre les tiers (STARK/LINDENMANN, op. cit., no 48 Vorb. ad art. 926-929 CC; SUTTER-SOMM, op. cit., n. 1318), elle protège aussi le possesseur médiat, propriétaire de l'immeuble (cf. art. 937 al. 1 et 2 CC).
Le transfert de la possession s'effectue selon les règles des art. 922 ss CC (HÜRLIMANN-KAUP, op. cit., n.

122). Lorsque le propriétaire, qui a loué son immeuble à un locataire (ou à un fermier), l'aliène par contrat de vente en la forme authentique (art. 216 al. 1 CO) (titre d'acquisition), le nouveau propriétaire en acquiert la propriété après réquisition d'inscription (acte de disposition) et inscription au registre foncier (acte matériel) (art. 956 al. 1 et 972 CC). Le bail passe à l'acquéreur (art. 261 et 290 let. a CO et, pour le bail à ferme agricole, art. 14 LBFA) (HÜRLIMANN-KAUP, op. cit., n. 544 s.). L'aliénateur cède aussi au nouveau propriétaire la possession médiate qui est la sienne, par délégation de possession (*Besitzanweisung*), sans que la possession immédiate du locataire (ou du fermier) n'en soit affectée (art. 924 al. 1 1ère hypothèse CC; cf. STEINAUER, op. cit., n. 271 ss; STARK/LINDENMANN, op. cit., nos 15 et 18 ad art. 924 CC; SUTTER-SOMM, op. cit., n. 1277).

3.2.2. Deuxièmement, le demandeur doit prouver qu'il a perdu la possession de la chose à la suite d'un acte d'usurpation illicite.
L'acte d'usurpation enlève au possesseur sa possession sur la chose. Il est illicite lorsqu'il n'est justifié ni par la loi, ni par le consentement du possesseur (STEINAUER, op. cit., n. 326 par renvoi du n. 343).
Lorsque, à la fin de son bail, le locataire (ou le fermier) transfère la possession immédiate de la chose à un tiers sans l'accord du propriétaire bailleur, celui-ci est-il atteint dans sa possession médiate par un acte d'usurpation illicite? La question est controversée en doctrine (cf. notamment HÜRLIMANN-KAUP, op. cit., n. 183 et note 106; STARK/LINDENMANN, op. cit., nos 50 ss Vorb. ad art. 926-929 CC; STEINAUER, op. cit., n. 343 renvoyant à n. 330b; en matière de sous-location, soit lorsque le bail principal n'a pas pris fin, cf. PETER HIGI, Zürcher Kommentar, no 53 ad art. 262 CO et les arrêts de la Cour de justice de Genève du 12 mars 1998, in SJ 1998 p. 471 et du 2 mai 1985 in SJ 1985 p. 474, 477).

3.3. En l'espèce, le propriétaire recourant invoque l'arbitraire dans l'application de l'art. 927 al. 1 CC à deux égards. L'intimé conclut à l'irrecevabilité du recours. Il y a donc lieu d'examiner d'abord le grief d'irrecevabilité.

3.3.1. Dans sa réponse, le neveu intimé conclut principalement à l'irrecevabilité du recours, parce que le possesseur (et propriétaire) recourant n'aurait pas établi qu'une application conjointe des art. 927 et 261 ss CPC serait en l'espèce arbitraire, en d'autres termes parce que le demandeur n'aurait pas établi qu'il serait arbitraire de requérir des mesures provisionnelles dans le cadre d'une action possessoire, et ce avant même l'introduction de celle-ci.
Or, contrairement à ce que croit l'intimé, le demandeur n'a pas sollicité des mesures provisionnelles pour la durée du procès principal sur l'action réintégrande, mais, après des mesures superprovisionnelles (art. 265 CPC), il a agi directement par l'action réintégrande de l'art. 927 al. 1 CC. La question de savoir si l'action possessoire peut être accompagnée ou précédée d'une requête de mesures superprovisionnelles de l'art. 265 CPC - ce qui est généralement admis -, voire si des mesures provisionnelles peuvent être prises dans le cadre (ou avant l'introduction) d'une action possessoire - en procédure ordinaire ou simplifiée en fonction de la valeur litigieuse - (question que le Tribunal fédéral avait pu laisser ouverte dans l'arrêt 5A_98/2010 déjà cité consid. 4.2.1 *in initio*), n'a donc pas à être tranchée à l'espèce.
Quant au chef de conclusions du demandeur tendant à ce qu'un délai lui soit accordé pour ouvrir action au fond, il se comprend en relation avec ses conclusions subsidiaires.
Il s'ensuit que le recours n'est pas irrecevable.

3.3.2. Dans un premier grief, le propriétaire recourant soutient qu'en tant que propriétaire et possesseur des immeubles, il doit pouvoir requérir la restitution de la " chose ", objet de sa possession, aux conditions prévues pour la réintégrande de l'art. 927 CC, " sans que d'autres conditions ne lui soient imposées, telles que celles de l'art. 261 CPC ".
Or, contrairement à ce que croit le recourant, la cour cantonale a rejeté l'action réintégrande au motif que, bien qu'il soit propriétaire du domaine et inscrit au registre foncier, il n'en a jamais eu la possession. Elle n'a pas soumis cette action aux conditions de l'art. 261 CPC. Ces conditions n'ont été examinées qu'en relation avec sa requête subsidiaire de mesures provisionnelles antérieures à l'action au fond en revendication. Le recourant cite à mauvais escient BOHNET (cf. supra consid. 1.2) qui admet que l'action possessoire de l'art. 927 al. 1 CC peut être accordée à l'occasion du procès au fond comme une mesure provisionnelle *sui generis*.
De même, contrairement à ce que croit le recourant, la cour cantonale n'a pas non plus examiné l'exception d'un droit préférable au sens de l'art. 927 al. 2 CC, cette disposition n'étant de toute façon pas applicable en l'espèce.

3.3.3. Dans son deuxième grief, le propriétaire recourant reproche à la cour cantonale d'avoir nié qu'il dispose de la possession des immeubles du domaine (première condition de l'art. 927 al. 1 CC) et, partant, d'avoir ainsi arbitrairement rejeté son action réintégrande de l'art. 927 al. 1 CC.
La cour cantonale a considéré que le contrat de bail a été conclu entre l'ancienne propriétaire du domaine et les fermiers, le 25 novembre 2000. Le demandeur n'en est devenu propriétaire qu'ultérieurement le 15

octobre 2003. Les fermiers ont transmis leur exploitation à leur neveu, le défendeur. La cour cantonale en a déduit que le propriétaire n'a donc jamais eu la possession des immeubles, celle-ci ayant passé de la propriétaire précédente aux fermiers et de ceux-ci au défendeur.
Cette conception est en contradiction manifeste avec les règles sur le transfert de la possession des art. 922 ss CC. Lorsque le propriétaire qui a affermé son immeuble aliène celui-ci, par contrat de vente en la forme authentique (art. 216 al. 1 CO), il cède aussi à l'acquéreur la possession médiate qui est la sienne, par délégation de possession (*Besitzanweisung*), sans que la possession immédiate des fermiers n'en soit affectée (art. 924 al. 1 1ère hypothèse CC), puisque le bail à ferme agricole passe à l'acquéreur (art. 14 LBFA). Il est arbitraire d'appliquer à l'acquisition ensuite de cession volontaire de la possession par l'aliénateur à l'acquéreur une solution que la doctrine, citée par l'arrêt attaqué, n'a appliquée qu'à l'acquisition d'un immeuble par acte officiel, dans le cadre d'une vente aux enchères publiques après faillite (art. 656 al. 2 CC; arrêt 4A_632/2009 du 5 janvier 2010 consid. 2.1; STARK/ERNST, op. cit., no3 *in fine* ad art. 927 CC, repris par PASCAL PICHONNAZ, in Commentaire romand, Code civil II, 2016, no 3 ad art. 927 CC); l'art. 261 al. 1 CO et l'art. 14 LBFA mettent certes sur un même pied l'aliénation de la chose louée et son enlèvement dans le cadre d'une poursuite pour dettes ou d'une faillite, mais c'est uniquement en ce qui concerne le rapport contractuel de bail qui passe à l'acquéreur; il n'est pas nécessaire de trancher ici comment se transfère la possession dans le cadre de l'exécution forcée.
Il s'ensuit qu'il doit être admis que le recourant, propriétaire actuel de l'immeuble, en est le possesseur médiat (première condition de l'art. 927 al. 1 CC).

4.
Le recours doit ainsi être admis et la cause renvoyée à la cour cantonale pour examen et décision sur la deuxième condition de l'action possessoire de l'art. 927 al. 1 CC, soit sur la question de savoir s'il y a eu ou non un acte d'usurpation illicite de la part du neveu des anciens fermiers (cf. supra consid. 3.2.2).
Les frais de la procédure et les dépens doivent être mis à la charge de l'intimé, qui a conclu à l'irrecevabilité et au rejet du recours et qui, partant, succombe (art. 66 al. 1 et 68 al. 1 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.
Le recours est admis, l'arrêt attaqué est annulé et la cause est renvoyée à la cour cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

2.
Les frais judiciaires, arrêtés à 4'000 fr., sont mis à la charge de l'intimé.

3.
L'intimé versera au recourant un montant de 5'000 fr. à titre de dépens.

4.
Le présent arrêt est communiqué aux parties et au Tribunal cantonal de l'État de Fribourg, IIe Cour d'appel civil.

Lausanne, le 13 mars 2018

Au nom de la Ire Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

La Présidente : Kiss

Le Greffier : Piaget

Zurück

Urteilskopf

139 III 86

12. Extrait de l'arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause Ethical Coffee Company SA et Ethical Coffee Company (Suisse) SA contre Société des produits Nestlé SA et Nestlé Nespresso SA (recours en matière civile)
4A_508/2012 du 9 janvier 2013

Regeste a

Art. 261 ff. ZPO.
Gesuch um superprovisorische und vorsorgliche Massnahmen. Rechtsmittel gegen eine "Zwischenentscheidung", die nach Anhörung der Parteien (**Art. 265 Abs. 2 ZPO**) ergangen ist, aber bevor der Richter - vorbehalten neuer Umstände - über alle notwendigen Grundlagen verfügt, um über die beantragten Massnahmen eine endgültige Entscheidung zu treffen, die das vorsorgliche Verfahren abschliesst (E. 1).

Regeste b

Art. 261 Abs. 1 ZPO.
Eingetragene Marke; Glaubhaftigkeit der Gültigkeit (E. 4).
Gefahr eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils für die gesuchstellende Partei (E. 5).

Erwägungen ab Seite 87

BGE 139 III 86 S. 87

Extrait des considérants:

1. Les intimées contestent la recevabilité du recours à un double titre: l'exigence d'épuisement préalable des voies de droit cantonales ne serait pas satisfaite; en outre, la décision ne serait pas susceptible de causer un préjudice irréparable.

1.1 De l'avis des intimées, le présent recours est irrecevable dès lors qu'il est dirigé contre une décision de mesures superprovisionnelles à laquelle succédera nécessairement une ordonnance provisionnelle de l'autorité cantonale. Les recourantes soutiennent en revanche que l'ordonnance attaquée, nonobstant son intitulé, est en réalité une ordonnance de mesures provisionnelles qui, comme telle, est susceptible d'être déférée au Tribunal fédéral.

1.1.1 Les mesures superprovisionnelles sont rendues en cas d'urgence particulière; elles se distinguent des mesures provisionnelles (ordinaires) uniquement par le fait qu'elles sont rendues sans que la partie adverse soit entendue préalablement (**art. 265 al. 1 CPC**). Si le juge

BGE 139 III 86 S. 88

rend de telles mesures, il doit ensuite rapidement entendre la partie adverse et statuer sans délai sur la requête de mesures provisionnelles proprement dites (**art. 265 al. 2 CPC**). Il rend alors une décision sur mesures provisionnelles qui remplace la décision superprovisionnelle. Les mesures provisionnelles restent en principe en vigueur jusqu'à l'entrée en force de la décision au fond; elle peuvent toutefois être modifiées ou révoquées si les circonstances se sont modifiées après leur prononcé, ou s'il s'avère par la suite qu'elles

sont injustifiées (**art. 268 CPC**).

Les mesures provisionnelles rendues par un tribunal de première instance peuvent être déférées à l'autorité cantonale supérieure par la voie de l'appel ou du recours stricto sensu (**art. 308 al. 1 let. b et art. 319 let. a CPC**); celles rendues par le tribunal supérieur, statuant sur recours ou comme instance cantonale unique, peuvent être portées devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile ou du recours constitutionnel subsidiaire (**art. 98 LTF**). Les mesures superprovisionnelles ne sont en revanche pas susceptibles de recours, ni auprès de l'autorité cantonale supérieure lorsqu'elles émanent d'une autorité inférieure, ni auprès du Tribunal fédéral. L'exclusion de tout recours au Tribunal fédéral découle de l'obligation d'épuiser les voies de recours cantonales; la procédure provisionnelle doit être poursuivie devant l'autorité saisie afin d'obtenir le remplacement des mesures superprovisionnelles par des mesures provisionnelles. Au demeurant, cette exclusion du recours se justifie aussi par le fait que le requérant parviendra en principe plus rapidement à ses fins en continuant la procédure devant le juge saisi plutôt qu'en déposant un recours auprès d'une nouvelle autorité (**ATF 137 III 417**).

Lorsqu'un recours dirigé contre des mesures provisionnelles est admis, que la décision attaquée est annulée, et la cause renvoyée au juge précédent pour nouvelle décision, la procédure se trouve ramenée au stade où elle se trouvait juste avant que la décision annulée soit rendue, c'est-à-dire à un stade où les mesures superprovisionnelles sont encore en vigueur. L'annulation de la décision de mesures provisionnelles fait ainsi renaître les mesures superprovisionnelles (arrêt 4A_178/2011 du 28 juin 2011 consid. 4, non publié à l' **ATF 137 III 324**; apparemment *contra* LORENZA FERRARI HOFER, Discussions d'arrêts actuels, PJA 2012 p. 281 n^{os} 24-26).

1.1.2 Le juge à qui la cause est renvoyée doit à nouveau, et sans délai, statuer sur la requête de mesures provisionnelles proprement dites,

et donc rendre une nouvelle décision de mesures provisionnelles (ordinaires) terminant en principe la procédure provisionnelle, sous réserve d'éléments nouveaux (**art. 268 al. 1 CPC**). Il se peut toutefois que le juge ne soit pas en mesure de statuer à bref délai, notamment lorsque, comme en l'espèce, il est tenu de requérir au préalable une expertise technique succincte. Dans une telle hypothèse, il lui appartient le cas échéant de statuer, au vu des éléments dont il dispose à ce stade, sur le maintien, la modification ou la suppression des mesures précédemment ordonnées à titre superprovisionnel, et ce, pour la durée restante de la procédure provisionnelle, jusqu'à ce qu'il ait réuni les éléments nécessaires pour se prononcer en principe définitivement sur les mesures provisionnelles requises (cf. arrêt 4A_178/2011 précité consid. 4).

Une telle décision, qui pourrait être qualifiée d'intermédiaire, a un caractère particulier. Elle intervient après l'audition des parties, mais avant que le juge statue sur la requête de mesures provisionnelles proprement dites et mette ainsi fin à la procédure provisionnelle, sous réserve d'éléments nouveaux. Cette décision intermédiaire ne restera pas en vigueur jusqu'à la décision au fond, mais devra être remplacée par une décision de mesures provisionnelles dès que le juge disposera des éléments nécessaires pour rendre une telle décision, ce qui pourra, selon les circonstances, prendre du temps. Se pose donc la question de savoir si la décision intermédiaire doit être assimilée à une décision de mesures provisionnelles ou à une décision de mesures superprovisionnelles; en dépend l'existence ou non d'une possibilité de recours.

Les mesures superprovisionnelles ont pour trait spécifique d'être rendues avant l'audition de la partie adverse, en cas d'urgence particulière; l'exclusion de toute voie de recours contre de telles mesures est notamment justifiée par le fait qu'elles sont censées avoir une durée très limitée et être remplacées à bref délai par des mesures provisionnelles attaquables. En conséquence, l'on ne saurait assimiler à une telle protection superprovisoire des mesures prononcées après audition des parties, et susceptibles de rester en vigueur durant un laps de temps important. En bref, lorsque le juge statue sur le sort des mesures superprovisionnelles réactivées par l'annulation d'une décision sur mesures provisionnelles et qu'il le fait à titre intermédiaire, pour la durée restante de la procédure provisionnelle, il rend une décision de mesures provisionnelles susceptible de recours.

1.2 De l'avis des intimées, la décision attaquée - de nature incidente - n'est pas susceptible de causer un préjudice irréparable au sens de l'**art. 93 al. 1 let. a LTF**, dès lors qu'elle n'est pas vouée à rester en vigueur jusqu'à la décision finale au fond, mais seulement jusqu'à la décision sur mesures provisionnelles, que le juge rendra dès réception du rapport d'expert.

La date à laquelle le juge pourra rendre une nouvelle décision fondée sur l'expertise requise et ainsi clore la procédure provisionnelle est inconnue; selon les circonstances, la procédure peut durer. Même si la décision au fond interviendra à une date plus tardive que la décision sur mesures provisionnelles, on ne discerne pas en quoi il y aurait une différence essentielle dans la nature des durées des deux procédures qui imposerait une interprétation différente de la notion de préjudice irréparable. Pour les motifs exposés par la cour de céans dans son arrêt du 26 juin 2012 (arrêt 4A_36/2012 du 26 juin 2012 consid. 1.3, in sic! 2012 p. 627), il y a lieu d'admettre un risque de préjudice irréparable découlant de la décision attaquée.

(...)

4. Les recourantes reprochent ensuite au juge précédent d'avoir appliqué arbitrairement l'**art. 261 al. 1 CPC** en admettant que la marque de forme des intimées était vraisemblablement valable. Elles relèvent que la cour de céans a annulé les mesures provisionnelles du 11 novembre 2011 pour arbitraire, au motif que le juge avait tranché en faveur des intimées sans disposer d'éléments de preuve sérieux; en rendant la même décision que dans l'ordonnance annulée, alors que la situation demeurait inchangée et que l'expertise n'avait pas encore été ordonnée, l'autorité cantonale aurait versé dans l'arbitraire. Elle aurait également appliqué de façon arbitraire les règles sur le fardeau de la preuve quant à la validité de la marque.

4.1 A défaut d'éléments nouveaux, et en particulier avant le dépôt de l'expertise exigée par la cour de céans dans son arrêt du 26 juin 2012, le juge précédent ne pouvait pas rendre une nouvelle décision mettant fin à la procédure de mesures provisionnelles. Il ne l'a pas fait. Les recourantes perdent de vue que la décision attaquée est une décision intermédiaire, rendue sur la base des éléments disponibles à ce stade, éléments par définition insuffisants pour rendre une décision provisionnelle en principe définitive. Si l'ordonnance du 11 novembre 2011, favorable aux intimées, a dû être annulée en raison de l'insuffisance des éléments nécessaires pour trancher la requête de mesures

provisionnelles proprement dites, cela n'implique pas nécessairement de priver les intimées de toute protection provisoire jusqu'à ce que puisse être rendue une décision réglant en principe définitivement le sort de la requête.

4.2 Celui qui requiert des mesures provisionnelles doit rendre vraisemblable qu'une prétention dont il est titulaire est l'objet d'une atteinte - ou risque de l'être -, et qu'il s'expose de ce fait à un préjudice difficilement réparable (**art. 261 al. 1 CPC**). Un fait est rendu vraisemblable si le juge, en se basant sur des éléments objectifs, a l'impression que le fait invoqué s'est produit, sans pour autant devoir exclure la possibilité qu'il ait pu se dérouler autrement (**ATF 132 III 715** consid. 3.1 p. 720; **ATF 130 III 321** consid. 3.3 p. 325); le juge peut en outre se limiter à un examen sommaire des questions de droit (**ATF 131 III 473** consid. 2.3 p. 476; **ATF 108 II 69** consid. 2a p. 72).

L'enregistrement d'une marque n'intervient que si l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle n'a constaté aucun motif de nullité formel ou matériel (art. 30 de la loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance [LPM; RS 232.11]). Il n'est pas arbitraire d'en déduire que la marque est, de prime abord et à défaut d'autres éléments, vraisemblablement valable (cf. KAMEN TROLLER, Précis du droit suisse des biens immatériels, 2e éd. 2006, p. 421; EUGEN MARBACH, Markenrecht, SIWR vol. III/1, 2e éd. 2009, p. 146 n. 475; voir aussi LUCAS DAVID, Die Bindung des Zivilrichters ans verwaltungsrechtliche Präjudiz, sic! 2012 p. 442). L'arrêt de la cour de céans du 26 juin 2012 retient dans ce sens qu'il appartenait aux recourantes de rendre vraisemblable que la marque des intimées ne pouvait pas être protégée (cf. **ATF 132 III 83** consid. 3.2).

En l'espèce, le juge précédent a retenu dans la décision attaquée que rien n'entamait en l'état la vraisemblance de la validité de la marque. Les recourantes ne présentent pas de critique spécifique sur ce point et ne démontrent en particulier pas quels éléments ressortant du dossier impliquaient d'admettre la vraisemblance de l'invalidité de la marque.

Les recourantes insistent sur le fait que dans des procédures opposant les intimées à d'autres vendeurs de capsules à café, le juge des mesures provisionnelles n'a pas interdit la commercialisation. Il s'agit là pour partie de faits nouveaux irrecevables. Quoi qu'il en soit, le juge des mesures provisionnelles statue à l'aune de la simple

vraisemblance et la cour de céans n'examine sa décision que sous l'angle restreint de l'arbitraire; le fait que des décisions divergentes aient pu être rendues dans des procédures similaires impliquant d'autres parties, au surplus pour des motifs inconnus, n'impliquerait pas que le grief d'arbitraire soit fondé. Quant au grief soulevé à propos du risque de confusion généré par la vente de capsules concurrentes, les recourantes se placent exclusivement sur le terrain de l'inégalité de traitement, sans soutenir ni démontrer - à supposer qu'elles puissent encore le faire à ce stade - que l'admission d'un tel risque relèverait d'une application arbitraire de la LPM.

5. Les recourantes se plaignent encore d'arbitraire dans l'application de l'**art. 261 al. 1 let. b CPC**. Elles reprochent au juge précédent d'avoir procédé à une appréciation arbitraire des intérêts en présence, en considérant à tort, et en porte-à-faux avec l'arrêt du 26 juin 2012, que la commercialisation des capsules entraînerait un préjudice irréparable pour les intimées, et supérieur au préjudice que les recourantes subiraient en cas d'interdiction de la commercialisation.

Les recourantes partent d'une fausse prémisse: il n'y a pas à opposer les préjudices auxquels les parties sont exposées pour décider s'il y a lieu d'interdire ou non la commercialisation d'un produit par voie de mesures provisionnelles. Encore une fois, ces mesures sont prononcées si la partie requérante rend vraisemblable qu'une prétention dont elle est titulaire est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être (**art. 261 al. 1 let. a CPC**; **art. 59 let.** d LPM), et que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement

réparable (**art. 261 al. 1 let. b CPC**). Il suffit que la partie requérante risque un préjudice difficilement réparable - élément dont les recourantes ne contestent pas en soi la réalisation; il n'est pas nécessaire que ce préjudice soit plus important ou plus vraisemblable que celui qu'encourrait la partie adverse au cas où les mesures requises seraient ordonnées. Au besoin, des sûretés peuvent être ordonnées pour protéger la partie adverse, ce qui a précisément été fait. Pour le surplus, les recourantes ne prétendent pas qu'une mesure moins incisive aurait pu et dû être prononcée. Elles ne critiquent pas le montant des sûretés requises.

Anhang 2

Sammlung der Entscheide der kantonalen Obergerichte

Basel-Stadt | Gerichte

Geschäftsnummer: **SB.2014.126** (AG.2016.489)
Instanz: Appellationsgericht
Entscheiddatum: 07.06.2016
Erstpublikationsdatum: 24.03.2017
Aktualisierungsdatum: 24.03.2017

Titel: **Hausfriedensbruch**

Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt

Ausschuss

SB.2014.126

URTEIL

vom 7. Juni 2016

Mitwirkende

Dr. Claudius Gelzer (Vorsitz), Dr. Caroline Cron, Dr. Erik Johner
und Gerichtsschreiberin lic. iur. Mirjam Kündig

Beteiligte

A____, geb. [...]
Berufungsklägerin
[...]
Beschuldigte
vertreten durch Dr. B____, Advokat, [...]

gegen

Staatsanwaltschaft Basel-Stadt Berufungsbeklagte
Binningerstrasse 21, 4001 Basel

Privatklägerin

C____
S.A.
c/o lic. iur. [...]
[...]

Gegenstand

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts in Strafsachen vom 2. Oktober 2014

betreffend Hausfriedensbruch

Sachverhalt

Mit Urteil vom 2. Oktober 2014 erklärte das Einzelgericht in Strafsachen A____ des Hausfriedensbruchs schuldig und verurteilte sie zu einer bedingten Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu CHF 30.– mit einer zweijährigen Probezeit. Zudem wurde sie zur Tragung der Verfahrenskosten und einer Urteilsgebühr verurteilt. Die Schadenersatzforderung der C____ S.A. sowie der Antrag von A____ auf Ausrichtung einer Parteientschädigung wurden abgewiesen.

Gegen dieses Urteil hat A____ (nachfolgend: Berufungsklägerin) durch ihren Privatverteidiger gleichentags Berufung anmelden und am 18. Dezember 2014 eine begründete Berufungserklärung einreichen lassen. Sie beantragt einen Freispruch vom Vorwurf des Hausfriedensbruchs; demzufolge sei ihr eine Entschädigung für die gesamten Anwaltskosten zum Tarif eines Privatverteidigers zuzusprechen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht sind diverse Anträge auf Ermittlung und Bekanntgabe von allfälligen Zeugen sowie deren Befragung im Berufungsverfahren gestellt worden. Weder die Staatsanwaltschaft noch die Privatklägerin haben Anschlussberufung erhoben oder Nichteintreten auf die Berufung beantragt. Mit begründeter Stellungnahme vom 19. Februar 2015 hat die Staatsanwaltschaft die Abweisung der Beweisanträge beantragt.

Am 24. Dezember 2015 hat die Verfahrensleitung verfügt, Wm D____ und Hptfw E____ seien als Zeugen zur Berufungsverhandlung zu laden. Die übrigen Beweisanträge sind vorbehältlich eines anders lautenden Entscheides des Gesamtgerichts abgewiesen worden.

Die Berufungsverhandlung vor Appellationsgericht hat am 7. Juni 2016 stattgefunden. Zunächst sind die Zeugen Wm D____ und Hptfw E____ sowie die Berufungsklägerin befragt worden, anschliessend ist der Verteidiger zum Vortrag gelangt. Für sämtliche Ausführungen wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung verwiesen. Die entscheidrelevanten Tatsachen ergeben sich aus dem angefochtenen Urteil und den nachfolgenden Erwägungen.

Erwägungen

1.

1.1 Zuständig zur Beurteilung von Berufungen gegen Urteile des Einzelgerichts in Strafsachen ist der Ausschuss des Appellationsgerichts (§ 18 Abs. 1 Gesetz über die Einführung der Schweizerischen StPO [EG StPO, SG 257.100]; § 73 Abs. 1 Ziff. 1 Gerichtsorganisationsgesetz [GOG, SG 154.100]). Die Berufungsklägerin ist durch das angefochtene Urteil beschwert und hat ein rechtlich geschütztes Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 382 Abs. 1 StPO). Auf die rechtzeitig und formrichtig erhobene Berufung (Art. 399 StPO) ist einzutreten.

1.2 Die Berufung richtet sich gegen den erstinstanzlichen Schuldspruch wegen Hausfriedensbruchs sowie gegen die dafür ausgesprochene Sanktion. Damit zusammenhängend sind auch der erstinstanzliche Kostenentscheid sowie die Abweisung der Parteientschädigung angefochten. Nicht angefochten und damit in Rechtskraft erwachsen ist hingegen die durch das Strafgericht erfolgte Abweisung der Zivilforderung der C____ S.A.

1.3 Die Berufungsklägerin hat in ihrer Berufungserklärung beantragt, die Staatsanwaltschaft sei aufzufordern, zu ermitteln und bekannt zu geben, welche der diensttuenden Polizisten und Polizistinnen die Berufungsklägerin ausserhalb der Liegenschaft kontrolliert hatten; diese seien als Zeugen zu laden und zu befragen. Eventualiter seien sämtliche im Zusammenhang mit dem Einsatz vom 10. Juli 2013 dienst-tuenden Polizisten und Polizistinnen als Zeugen zu laden. Die Zeugen seien an der Hauptverhandlung anhand einer von der Staatsanwaltschaft zur Verfügung zu stellenden Fotoauswahltafel aufzufordern, diejenigen Personen zu bezeichnen, welche die Liegenschaft durch den Garten verlassen hätten.

Anlässlich der Berufungsverhandlung hat der Verteidiger im Anschluss an die Befragung der beiden als Zeugen geladenen Polizeibeamten Wm D____ und Hptfw E____ auf eine erneute Stellung seiner Verfahrensanträge verzichtet (Prot. Berufungsverhandlung p. 2, 5).

2.
2.1 Gestützt auf Art. 356 Abs. 1 StPO ist der Strafbefehl vom 27. August 2013 (Akten S. 30) zur Anklage geworden. Darin wird der Berufungsklägerin vorgeworfen, sie habe sich am 10. Juli 2013 mit weiteren Personen gegen den Willen des Berechtigten unrechtmässig in der Liegenschaft an der _____ 1gasse [...] in [...] aufgehalten (Einsprache vom 29. August 2013 Akten S. 34).

2.2 Die Vorinstanz hat erwogen, aus dem Polizeirapport vom 10. Juli 2013 gehe hervor, dass drei Personen, darunter die Berufungsklägerin, beim Verlassen des Gartens der Liegenschaft _____ 1gasse [...] via Garten F____weg [...] beobachtet worden seien. Dies stimme mit den Aussagen des Zeugen Wm D____ überein, wobei dieser die einzelnen Personen aufgrund der Distanz nicht habe erkennen können. Hinzu komme, dass der Berufungsklägerin anlässlich der anschliessenden Kontrolle einschlägiges Propaganda-Material abgenommen worden sei, wozu sie keine überzeugende Erklärung habe vorbringen können. Der Sachverhalt gemäss Strafbefehl sei daher erstellt (Urteil E. B I p. 3 f.).

2.3 Demgegenüber bringt die Verteidigung vor, der Anklagevorwurf stütze sich einzig auf den Polizeirapport, wonach die Berufungsklägerin sich mutmasslich in einer Personengruppe befunden habe, welche angeblich beim Verlassen des Gartens beobachtet worden sei. Dies sei aber für eine Verurteilung keinesfalls ausreichend. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz sei es durchaus möglich, dass die Berufungsklägerin keine der drei den Garten verlassenden Personen gewesen sei, sondern sich vielmehr von der G____strasse kommend genähert habe und zufällig am gleichen Ort kontrolliert worden sei (Berufungserklärung Ziff. 7 p. 3).

2.4 Dem hält die Staatsanwaltschaft entgegen, aus dem Polizeirapport gehe klar hervor, dass die als Beschuldigte 11 bis 14 bezeichneten Personen die Liegenschaft _____ 1gasse [...] vor der polizeilichen Räumung über den Garten verlassen hätten. Die Beschuldigte 14 ([...]) habe sich ausgewiesen und sei an Ort aus der Kontrolle wieder entlassen worden, während die Beschuldigten 11 und 12 sowie die Berufungsklägerin (welche im Polizeirapport als Beschuldigte 13 aufgeführt wird, vgl. Akten S. 19), sich nicht ausgewiesen hätten und daher zwecks Kontrolle auf die Polizeiwache mitgenommen worden seien. Dieser Sachverhaltshergang decke sich mit den Zeugenaussagen von Wm D____ vor Strafgericht, wonach vier Personen gegen die G____strasse davon gelaufen und anschliessend kontrolliert worden seien (Stellungnahme StA vom 19. Februar 2015).

3.
3.1 Nach dem in Art. 10 Abs. 3 StPO statuierten Grundsatz „in dubio pro reo", hat das Gericht von der für die beschuldigte Person günstigeren Sachlage auszugehen, wenn

unüberwindliche Zweifel an der Erfüllung der tatsächlichen Voraussetzungen der angeklagten Tat bestehen. Dabei bedeutet der Grundsatz in seiner Ausprägung als Beweislastregel, dass die Anklagebehörde die Schuld der beschuldigten Person und nicht diese ihre Unschuld zu beweisen hat (BGE 120 Ia 31 E. 2c S. 37, 127 I 38 E. 2a S. 40). Als Beweiswürdigungsregel besagt der Grundsatz, dass sich das Gericht nicht von der Existenz eines für die beschuldigte Person ungünstigen Sachverhalts überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel an dessen Verwirklichung bestehen (BGE 120 Ia 31 E. 2c S. 37, 127 I 38 E. 2a S. 41). Nicht massgebend sind stets denkbare abstrakte und theoretische Zweifel (BGE 120 Ia 31 E. 2c S. 37, 124 IV 86 E. 2.a S. 88). Der Grundsatz „in dubio pro reo" bezieht sich nicht auf einzelne Beweismittel oder Indizien, sondern auf die Gesamtwürdigung aller vorhandenen Beweismittel (SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Auflage, Zürich 2013, N 235).

3.2

3.2.1 Die Berufungsklägerin hat stets bestritten, sich am 10. Juli 2013 auf dem Grundstück der Liegenschaft _____ 1gasse [...] in [...] aufgehalten zu haben (vgl. dazu Auss. erstinstanzliche HV Akten S. 140, Prot. Berufungsverhandlung p. 2). Zwar sei sie ausserhalb der Liegenschaft kontrolliert worden, jedoch vorher nicht im Garten gewesen, vielmehr habe sie sich von der G____strasse genähert. Zum Propagandamaterial (Akten S. 26) hat sie sowohl vor erster als auch vor zweiter Instanz angegeben, mit dessen Inhalt nichts zu tun zu haben, sondern die Kopien gefälligkeitshalber für eine nicht genannte Drittperson angefertigt zu haben (Auss. Berufungsklägerin Prot. erstinstanzliche HV Akten S. 140, Prot. Berufungsverhandlung p. 4). Zu ihrer Rolle am Tattag hat sie indessen unterschiedliche Angaben gemacht. An der Berufungsverhandlung hat sie erklärt, sie habe vorgehabt, die kopierten Nachbarschaftsbriefe an der _____ 1gasse [...] abzugeben und sei aus diesem Grund mit dem Fahrrad nach [...] gefahren (Prot. Berufungsverhandlung p. 4: „Ich sollte die Briefe zum Haus bringen.", p. 5: „Nein, ich hätte sie nicht verteilen sollen."). Nachdem sie das Fahrrad abgestellt habe, habe sie sich zu Fuss auf die Suche nach der betreffenden Adresse gemacht. Bevor sie die Liegenschaft gefunden habe, sei sie jedoch durch die Polizei kontrolliert worden. Diese Aussagen widersprechen ihrer Sachverhaltsschilderung anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung, wonach sie nie beabsichtigt habe, das Grundstück _____ 1gasse [...] zu betreten, sondern vielmehr die mitgeführten Kopien in der Nachbarschaft habe verteilen wollen (Akten S. 140: „Ich war am Ort wo das gedruckt wurde, weil ich selbst was drucken wollte und ich wurde gefragt ob ich grad Zeit hätte die zu verteilen. Ich hatte Zeit und musste erst am späten Nachmittag wieder arbeiten und dann habe ich gefunden, dass ich das gerne machen könnte. (...) Genau, ich hatte ja Nachbarschaftsbriefe dabei und wollte die verteilen.").

3.2.2 Fest steht, dass die Berufungsklägerin anlässlich der erst- und der zweitinstanzlichen Verhandlung divergierende Aussagen gemacht hat, welche nicht miteinander vereinbar, teilweise lebensfremd und insgesamt wenig überzeugend anmuten. Namentlich ihre Aussage vor Strafgericht, wonach sie mit der Verteilung der Nachbarschaftsbriefe beauftragt gewesen sei, steht im Widerspruch zu ihren Angaben in der Berufungsverhandlung, wonach sie die Briefe an der _____ 1gasse [...] hätte abgeben sollen, jedoch in die Polizeikontrolle geraten sei, bevor sie das Haus gefunden habe. Der gemäss ihren eigenen Angaben mutmassliche Standort ihres Fahrrades am F____weg (Prot. Berufungsverhandlung p. 4) und damit in unmittelbarer Nähe zum betreffenden Grundstück weist zusätzlich darauf hin, dass die Berufungsklägerin sich auf dem Gelände der Liegenschaft _____ 1gasse [...] aufgehalten hatte, ansonsten der mutmassliche Kontrollort an der G____strasse nicht nachvollziehbar wäre. Dazu müsste sie um die Liegenschaft, die sie gemäss eigenen Angaben ja gerade suchte, herumgegangen sein, ohne diese zu bemerken, was unwahrscheinlich erscheint, zumal aus den Aussagen der Polizisten hervorgeht, dass sich diverse Leute in der und um die Liegenschaft aufgehalten hatten (vgl. Auss. E____ Prot. Berufungsverhandlung p. 4).

3.2.3 Die Vorinstanz hat somit zu Recht erhebliche Zweifel an den Aussagen der Berufungsklägerin angebracht. Sind die Aussagen der Berufungsklägerin als unglaubhaft zu qualifizieren, kann dies jedoch nicht im Umkehrschluss ohne weiteres dazu führen, dass der angeklagte Sachverhalt als erstellt gilt. Es sind vielmehr im Sinne einer Gesamtbetrachtung die weiteren Indizien und insbesondere die Aussagen der beiden befragten Zeugen zu würdigen.

3.3

3.3.1 Wm D____ wurde bereits anlässlich der erstinstanzlichen Verhandlung als Zeuge einvernommen. Er gab zu Protokoll, es seien vier Personen gegen die G____strasse davon gelaufen, diese seien anschliessend kontrolliert worden, hätten aber teilweise keine Ausweise dabei gehabt oder ihre Personalien nicht angeben wollen. Diese seien zur genaueren Personenkontrolle auf den [...]posten verbracht worden. Er habe die vier Leute zwar gesehen, könne aufgrund der Distanz aber keine konkreten Angaben zu den einzelnen Personen machen (Akten S. 138: „Ich habe die vier Personen, die weggelaufen sind Richtung G____strasse gesehen, aber es war zu weit, ich kann jetzt nicht sagen, dass das die und die Personen war."). Auf Vorlage des durch den Verteidiger erstellten Fotobogens äusserte er lediglich, es seien mehrere Frauen dabei gewesen, er könne diese jedoch nicht zu 100% identifizieren (Akten S. 138).

3.3.2 Demgegenüber haben bei der Befragung vor Berufungsgericht sowohl Wm D____ als auch Hptfw E____ angegeben, sie hätten die Berufungsklägerin beim Verlassen des fraglichen Grundstückes nicht selbst beobachtet. Übereinstimmend haben sie ausgesagt, es sei ihnen lediglich per Funk mitgeteilt worden, dass drei Personen beim Verlassen des Gartens der betreffenden Liegenschaft via Garten der Nachbarliegenschaft F____weg [...] beobachtet worden seien (Prot. Berufungsverhandlung Auss. D____ p. 2: „Die drei Leute, die aus dem Garten kamen, die habe ich nicht gesehen.", p. 3: „Ich habe dann über Funk gehört, dass ein paar Leute die Liegenschaft verlassen würden."; Auss. E____ p. 3: „Ich sah selber nicht, wie die Leute herauskamen.", p. 4: „Es gab eine Meldung, es hätten drei Leute den Garten via Nachbarsgarten verlassen."). Damit steht – im Unterschied zum erstinstanzlichen Verfahren – fest, dass keiner der befragten Polizisten die Berufungsklägerin beim Verlassen des Gartens beobachtet hatte.

3.4 Dem Polizeirapport ist nicht zu entnehmen, an welchem Ort die Kontrolle der Berufungsklägerin tatsächlich stattgefunden hat. Dies konnte auch in der Berufungsverhandlung nicht geklärt werden (vgl. Auss. Berufungsklägerin Prot. Berufungsverhandlung p. 4). Ebenso wenig geht aus dem Rapport hervor, an welcher Stelle die beobachteten Personen den Zaun zwischen der Liegenschaft _____ 1gasse [...] und F____weg [...] überklettert haben sollen. Schliesslich steht auch nach Durchführung der zweitinstanzlichen Hauptverhandlung nicht fest, von welchem der diensttuenden Polizeibeamten die drei aus dem Garten der Liegenschaft F____weg [...] kommenden Leute festgestellt und welche der Patrouillen schliesslich die Kontrolle dieser Personen durchführte. Diesbezüglich äusserten die Zeugen Wm D____ und Hptfw E____ zwar Vermutungen (Prot. Berufungsverhandlung Auss. D____ p. 3: „Die Kontrolle wurde vermutlich durch Alarmpiket [...] gemacht. (...) Die, oder die Patrouille, wo auch Gfr [...] dabei war. Eine dieser beiden Patrouillen haben die Kontrolle vorgenommen."; Auss. E____ p. 3: „Ja, das müsste das Alarmpiket [...] oder [...] gewesen sein, es war nur eins vor Ort. Das war Kpl [...].", p. 4: „Das muss Herr [...] gewesen sein. Allenfalls noch die Hundeführer.").

Selbst wenn die an der Kontrolle beteiligten Polizeibeamten eruiert werden könnten, ist – insbesondere in Anbetracht der seither vergangenen Zeit – nicht davon auszugehen, dass eine entsprechende Befragung entscheidend zur Klärung des Sachverhalts und namentlich zur zweifelsfreien Identifikation der Berufungsklägerin beitragen könnte. Dies gilt umso mehr, als gestützt auf die Aussagen von Hptfw E____ die beobachtete

Personengruppe von der Liegenschaft _____ 1gasse [...] nicht etwa direkt auf die Strasse gelangte, sondern diese zunächst über den Garten der Nachbarliegenschaft verliess und erst später von den an der G____strasse patrouillierenden Beamten wieder gesehen wurde (Auss. E____ Prot. Berufungsverhandlung p. 4: „Ich gehe davon aus, dass das dieselben drei Leute waren, die den Garten durch das Nachbargrundstück verlassen hatten"). Die nachträgliche Klärung der Frage, ob es sich dabei tatsächlich um die gleiche Personengruppe handelte und ob die Berufungsklägerin ihr angehörte, ist vor diesem Hintergrund nicht möglich.

3.5 Obgleich aufgrund diverser Indizien, wie der Nähe des mutmasslichen Kontrollortes an der G____strasse zum fraglichen Grundstück sowie die Tatsache, dass die Berufungsklägerin im Zusammenhang mit der Hausbesetzung stehendes Propagandamaterial auf sich trug, eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass sie sich tatsächlich auf dem besagten Grundstück aufgehalten hatte, reicht dies letztlich nicht aus, um den angeklagten Sachverhalt zweifelsfrei als erstellt zu erachten. Dafür fehlen stichhaltige Beweise oder aber eine geschlossene Indizienkette, aufgrund derer bei objektiver Betrachtung keine vernünftigen Zweifel daran bestehen, dass die Berufungsklägerin sich tatsächlich auf dem Grundstück aufgehalten hatte. Vorliegend kann weder auf die Angaben der Berufungsklägerin noch auf den – anlässlich der Zeugenbefragung vor Berufungsgericht zumindest relativierten – Inhalt des Polizeirapports vorbehaltlos abgestellt werden. In einem solchen Fall kommt der Grundsatz „in dubio pro reo" zum Zug, wonach die beschuldigte Person im Zweifel freizusprechen ist. Die Berufung ist somit gutzuheissen, die Berufungsklägerin wird mangels Beweisen von der Anklage des Hausfriedensbruchs freigesprochen.

4.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt die Berufungsklägerin keine Kosten. Zudem steht ihr in Anwendung von Art. 429 Abs. 1 StPO für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren eine angemessene Parteientschädigung zu. Der für das erstinstanzliche Verfahren mit Honorarnoten von lic. iur. [...] (Akten S. 156) sowie von Dr. B____ (Akten S. 154 f.) geltend gemachte Zeitaufwand von 3,5 und 2,75 Stunden erscheint angemessen. Dieser ist praxisgemäss zu einem Ansatz von CHF 250.– zu entgelten. Hinzu kommen Spesenvergütungen von CHF 40.– und CHF 21.50.– sowie für Dr. B____ 8% Mehrwertsteuer. Gesamthaft wird der Berufungsklägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung in Höhe von CHF 1'680.70 aus der Gerichtskasse ausgerichtet. Für das zweitinstanzliche Verfahren ist gestützt auf die Honorarnote von Dr. B____ vom 7. Juni 2016 von einem Aufwand von 8 Stunden (davon 2 Stunden Hauptverhandlung) zu CHF 250.– sowie einer Spesenentschädigung in Höhe von CHF 23.– auszugehen; dies ergibt inklusive Mehrwertsteuer eine Parteientschädigung in Höhe von CHF 2'184.95 für das zweitinstanzliche Verfahren.

Demgemäss erkennt das Appellationsgericht (Ausschuss):

://: Es wird festgestellt, dass folgender Punkt des Urteils des Einzelgerichts in Strafsachen vom 2. Oktober 2014 mangels Anfechtung **in Rechtskraft erwachsen ist**:
- Abweisung der Zivilforderungen der C____ S.A. von CHF 15'860.50.

A____ wird von der Anklage wegen Hausfriedensbruchs kostenlos freigesprochen.

Die ordentlichen Kosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens gehen zu Lasten des Staates.

A____ wird eine Parteientschädigung von CHF 1'680.70 für das erstinstanzliche Verfahren sowie CHF 2'184.95 für das zweitinstanzliche Verfahren (je inkl. Auslagen und MWST) aus der Gerichtskasse ausgerichtet.

Mitteilung an:

- Berufungsklägerin
- Staatsanwaltschaft
- Privatklägerin
- Strafregister-Informationssystem VOSTRA
- Migrationsamt Basel-Stadt
- Strafgericht Basel-Stadt

APPELLATIONSGERICHT BASEL-STADT

Der Präsident — Die Gerichtsschreiberin

Dr. Claudius Gelzer — lic. iur. Mirjam Kündig

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 78 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) innert 30 Tagen seit schriftlicher Eröffnung **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden. Die Beschwerdeschrift muss spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht (1000 Lausanne 14) eingereicht oder zu dessen Handen der Schweizerischen Post oder einer diplomatischen oder konsularischen Vertretung der Schweiz im Ausland übergeben werden (Art. 48 Abs. 1 BGG). Für die Anforderungen an den Inhalt der Beschwerdeschrift wird auf Art. 42 BGG verwiesen. Über die Zulässigkeit des Rechtsmittels entscheidet das Bundesgericht.

Basel-Stadt | Gerichte

Geschäftsnummer: **HB.2016.42** (AG.2016.589)
Instanz: Appellationsgericht
Entscheiddatum: 23.08.2016
Erstpublikationsdatum: 11.09.2017
Aktualisierungsdatum: 11.09.2017

Titel: **Verlängerung der Untersuchungshaft bis 13. September 2016**

Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt
Einzelgericht

HB.2016.42

ENTSCHEID

vom 23. August 2016

Mitwirkende

lic. iur. Christian Hoenen
und Gerichtsschreiber Dr. Paul Wegmann

Beteiligte

A____, geb. [...]
Beschwerdeführer
c/o Untersuchungsgefängnis,
Beschuldigter
Innere Margarethenstrasse 18, 4051 Basel
vertreten durch [...], Advokat,
substituiert durch [...], Advokat,
[...]

gegen

Staatsanwaltschaft Basel-Stadt Beschwerdegegnerin
Binningerstrasse 21, 4001 Basel

Gegenstand

Beschwerde gegen eine Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts vom 29. Juli 2016

betreffend Verlängerung der Untersuchungshaft bis zum 13. September 2016

Sachverhalt

Die Staatsanwaltschaft führt gegen A____ (Beschwerdeführer) ein Verfahren wegen Landfriedensbruch, Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte, Körperverletzung sowie Sachbeschädigung. Der Beschwerdeführer wurde am 24. Juni 2016 festgenommen. Am 28. Juni 2016 hat das Zwangsmassnahmengericht auf die vorläufige Dauer von 5 Wochen, d.h. bis zum 2. August 2016, Untersuchungshaft verfügt. Mit Gesuch vom 21. Juli 2016 hat die Staatsanwaltschaft die Verlängerung der Untersuchungshaft auf die vorläufige Dauer von 3 Monaten beantragt. Mit Stellungnahme vom 28. Juli 2016 hat der Beschwerdeführer, vertreten durch Advokat [...], substituiert durch Advokat [...], beantragt, das Haftverlängerungsgesuch sei abzuweisen und der Beschwerdeführer unverzüglich aus der Haft zu entlassen. Mit Verfügung vom 29. Juli 2016 hat das Zwangsmassnahmengericht die Untersuchungshaft ab 2. August 2016 auf die vorläufige Dauer von 6 Wochen, d.h. bis zum 13. September 2016, verlängert.

Gegen diese Verfügung richtet sich die Beschwerde vom 8. August 2016, mit welcher beantragt wird, der Beschwerdeführer sei sofort aus der Untersuchungshaft zu entlassen. Die Staatsanwaltschaft hat mit Stellungnahme vom 17. August 2016 die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt. Mit Verfügung der Verfahrensleitung vom 18. August 2016 ist dem Beschwerdeführer Frist zur Replik angesetzt worden. Am 23. August 2016 ist der vorliegende Entscheid im Dispositiv eröffnet und mit Verfügung der Verfahrensleitung vom gleichen Datum die Replikfrist aufgehoben worden. Die Einzelheiten der Standpunkte ergeben sich, soweit sie für den Entscheid von Bedeutung sind, aus den nachfolgenden Erwägungen.

Erwägungen

1.
Die Verlängerung der Untersuchungshaft ist als Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts mit Beschwerde anfechtbar (Art. 393 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 222 der Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO, SR 312.0]). Zuständiges Beschwerdegericht ist das Appellationsgericht als Einzelgericht (§ 88 Abs. 1 in Verbindung mit § 93 Abs. 1 Ziff. 1 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]). Auf die nach Art. 396 StPO frist- und formgerecht eingereichten Beschwerden ist somit einzutreten. Die Kognition des Beschwerdegerichts ist nach Art. 393 Abs. 2 StPO frei.

2.
Untersuchungshaft ist nach Art. 221 Abs. 1 StPO zulässig, wenn die beschuldigte Person eines Verbrechens oder Vergehens dringend verdächtig ist und überdies Flucht-, Kollusions- oder Fortsetzungsgefahr besteht. Nach Art. 221 Abs. 2 StPO ist Haft auch bei Ausführungsgefahr zulässig. Die Haft muss zudem verhältnismässig sein. Sie ist aufzuheben, sobald Ersatzmassnahmen zum gleichen Ziel führen (Art. 197 Abs. 1 lit. c, Art. 212 Abs. 2 lit. c StPO) und darf nicht länger dauern als die zu erwartende Freiheitsstrafe (Art. 212 Abs. 3 StPO).

3.
Für die Bejahung des dringenden Tatverdachts genügt der Nachweis konkreter Verdachtsmomente, aufgrund derer das inkriminierte Verhalten mit erheblicher Wahrscheinlichkeit die fraglichen Tatbestandsmerkmale erfüllen könnte (BGE 137 IV 122 E. 3.2 S. 126).

Das Zwangsmassnahmengericht hat in der angefochtenen Verfügung festgehalten, konkrete Anhaltspunkte für die Beteiligung des Beschwerdeführers an den Gegenstand des Strafverfahrens bildenden Delikten würden sich aufgrund der Anhaltesituation ergeben. Sodann habe der Beschwerdeführer eine Tasche mit deliktsrelevanten Gegenständen, insb. Vermummungsmaterial, bei sich gehabt. Weitere Gegenstände, insb. Paint-Flaschen, seien bei einer Hausdurchsuchung an seinem Wohnort gefunden worden. Schliesslich hätten sich auf dem sichergestellten Mobiltelefon des Beschwerdeführers am Tattag verfasste SMS befunden, die inhaltlich auf die vorgeworfenen Taten hinweisen würden.

Der Beschwerdeführer hält dem entgegen, die Staatsanwaltschaft sei vorliegend nicht in der Lage, ihm konkrete Vorhaltungen bezüglich eines strafbaren Verhaltens zu machen. Aus der Haftsituation allein lasse sich allenfalls ein Tatverdacht wegen Landfriedensbruchs, nicht jedoch ein dringender Tatverdacht bezüglich der anderen Tatvorwürfe herleiten. Zudem sei nicht ersichtlich, welche neuen, die Tatvorwürfe erhärtenden Beweise noch zu erheben wären.

In Übereinstimmung mit der angefochtenen Verfügung ist ein dringender Tatverdacht vorliegend zu bejahen. Dieser ergibt sich insbesondere aufgrund des Ortes und der Umstände der Festnahme (vgl. Festnahme-Rapport S. 2; Rapport vom 25. Juni 2016 S. 12), welche auf eine Teilnahme des Beschwerdeführers an den vorgängig durch eine Gruppe von 40 bis 50 Personen verübten Sachbeschädigungen und an der gegen die im Einsatz stehenden Polizeibeamten gerichteten Gewalt schliessen lassen (vgl. zu den vorangegangenen Vorfällen den auf Beobachtungen von Polizeibeamten und Drittpersonen basierenden Rapport vom 25. Juni 2016). Ein weiteres auf eine Beteiligung des Beschwerdeführers hinweisendes konkretes Verdachtsmoment liegt darin, dass bei diesem schwarze Kleidung und Arbeitshandschuhe, wie sie von den der erwähnten Gruppe angehörenden Personen getragen wurden, sichergestellt werden konnten (vgl. Effektenverzeichnis sowie die in den Akten enthaltene Fototafel). Schliesslich lassen auch die bei der Auswertung des Mobiltelefons des Beschwerdeführers aufgefundenen, vom Tattag datierenden drei SMS auf eine geplante Beteiligung des Beschwerdeführers an den ihm zum Vorwurf gemachten Straftaten schliessen. Zusammenfassend ist ein dringender Tatverdacht bezüglich der Gegenstand des Strafverfahrens bildenden Delikte zu bejahen.

4.

4.1 Hinsichtlich des besonderen Haftgrundes ist das Zwangsmassnahmengericht zum einen von Kollusionsgefahr gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. b StPO ausgegangen. Nach dieser Bestimmung liegt Kollusionsgefahr vor, wenn ernsthaft zu befürchten ist, dass der Beschuldigte Personen beeinflusst oder auf Beweismittel einwirkt, um so die Wahrheitsfindung zu beeinträchtigen. Dabei können sich konkrete Anhaltspunkte für Kollusionsgefahr namentlich aus dem bisherigen Verhalten des Beschuldigten im Strafprozess, aus seinen persönlichen Merkmalen, seiner Stellung und seinen Tatbeiträgen im Rahmen des untersuchten Sachverhaltes sowie aus den persönlichen Beziehungen zwischen ihm und weiteren Personen, deren Aussagen für das Strafverfahren von Bedeutung sind, ergeben; Rechnung zu tragen ist sodann der Art und der Bedeutung der von Beeinflussung bedrohten Aussagen bzw. Beweismittel, der Schwere der untersuchten Straftaten sowie dem Stand des Verfahrens (BGE 137 IV 122 E. 4.2 S. 127 f.).

4.2 Gemäss der angefochtenen Verfügung besteht insbesondere zu den drei Personen, welche die fraglichen SMS geschrieben haben, jedoch auch zu sämtlichen weiteren noch zu ermittelnden Teilnehmern der fraglichen Ereignisse Kollusionsgefahr. Konkrete Indizien für Kollusionsgefahr sollen sodann im gleichen Aussageverhalten aller Beteiligten sowie im Umstand liegen, dass die Gruppe, der die fraglichen Delikte zur Last

gelegt werden, organisiert vorgegangen ist und die Taten durch Vermummungsmaterial verschleiert hat. Verwiesen wird schliesslich auch darauf, dass der Beschwerdeführer bis anhin die Aussage verweigert hat. Demgegenüber macht der Beschwerdeführer geltend, für die Annahme von Kollusionsgefahr reiche es gerade nicht aus, dass sich lediglich noch angebliche Mitbeschuldigte auf freiem Fuss befinden würden. Auch werde nicht dargelegt, inwiefern eine Identifizierung dieser Personen noch als realistisch bezeichnet werden könnte. Zudem bestehe aufgrund der konsequenten Aussageverweigerung sämtlicher Beteiligten kein Anreiz zu Kollusionshandlungen. Als unzulässig erweise es sich schliesslich, wenn die Aussageverweigerung des Beschwerdeführers zur Begründung von Kollusionsgefahr herangezogen werde.

4.3 Wie sich aus dem Haftverlängerungsgesuch vom 21. Juli 2016 ergibt, ist im laufenden Strafverfahren bereits die kriminaltechnische Spurenauswertung im Gang. Auf die Auswertung der bereits sichergestellten Spuren kann der Beschwerdeführer von vornherein keinen Einfluss mehr nehmen. Sodann ist davon auszugehen, dass eine allfällige Absprache unter den nicht in Haft befindlichen Mitbeschuldigten sowie gegebenenfalls die Vernichtung von Beweismaterial schon längst stattgefunden hätten. Dies muss insbesondere auch für die drei Personen gelten, von denen die auf dem Mobiltelefon des Beschwerdeführers sich findenden, vom Tattag datierenden SMS stammen. Nicht angehen kann es im Übrigen, den Beschwerdeführer lediglich mit der Begründung in Haft zu behalten, dieser könnte sich seinerseits mit weiteren, der Polizei derzeit nicht bekannten Beteiligten absprechen, zumal sich die Wahrscheinlichkeit, dass sich weitere Beteiligte eruieren lassen, mit zunehmender Zeitdauer tendenziell verringert. Was schliesslich das in der Verfügung vom 29. Juli 2016 erwähnte gleiche Aussageverhalten der Beteiligten betrifft, so beschränkt sich dieses offenbar auf die konsequente Aussageverweigerung, worin indessen ein fundamentales Recht jedes Beschuldigten liegt, aus dessen Geltendmachung nicht auf eine Kollusionsneigung des Beschwerdeführers geschlossen werden darf. Das Bestehen von Kollusionsgefahr ist demnach im jetzigen Stadium des Strafverfahrens zu verneinen.

5.

5.1 Das Zwangsmassnahmengericht hat sodann den besonderen Haftgrund der Fortsetzungsgefahr gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO bejaht. Nach dieser Bestimmung liegt Fortsetzungsgefahr vor, wenn ernsthaft zu befürchten ist, dass die beschuldigte Person durch schwere Verbrechen oder Vergehen die Sicherheit anderer erheblich gefährdet, nachdem sie bereits früher gleichartige Straftaten verübt hat. Die genannte Bestimmung ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dahingehend auszulegen, dass „Verbrechen oder schwere Vergehen" drohen müssen (BGE 137 IV 84 E. 3.2 S. 86), wobei für die Qualifikation als schweres Vergehen neben der abstrakten Strafdrohung auch der konkret vom Beschuldigten ausgehenden Gefährlichkeit bzw. dem bei ihm vorhandenen Gewaltpotenzial Rechnung zu tragen ist (BGer 1B_48/2015 vom 3. März 2015 E. 4.2; vgl. zu einem den Tatbestand des Landfriedensbruchs betreffenden Fall auch AGE HB.2016.24 vom 23. Mai 2016 E. 5). Dabei fallen als Delikte, die gemäss dem Gesetzeswortlaut „die Sicherheit anderer erheblich gefährde [n]", insbesondere Gewaltdelikte bzw. Delikte, die unmittelbar gegen die physische und psychische Integrität des Opfers gerichtet sind, in Betracht, während Vermögensdelikte, sofern diese nicht besonders schwer wiegen, grundsätzlich nicht unmittelbar die Sicherheit der Geschädigten betreffen und daher die Annahme von Wiederholungsgefahr höchstens in objektiv besonders schweren Fällen ausnahmsweise rechtfertigen (BGer 1B_247/2016 vom 27. Juli 2016 E. 2.1 und E. 2.2.2). Bezüglich der in diesem Sinne umschriebenen die Sicherheit anderer erheblich gefährdenden Delikte ist sodann zum einen vorausgesetzt, dass deren Begehung ernsthaft zu befürchten, mithin eine sehr ungünstige Rückfallprognose zu stellen ist (BGE 137 IV 84 E. 3.2 S. 86). Zum anderen verlangt das Gesetz, dass die beschuldigte Person bereits früher gleichartige Vortaten, also ebenfalls Verbrechen oder schwere Vergehen gegen gleiche oder gleichartige Rechtsgüter, verübt hat. Erforderlich ist grundsätzlich eine Mehrzahl von Vorstrafen

(BGer 1B_247/2016 vom 27. Juli 2016 E. 2.2.2; vgl. auch FORSTER, a.a.O., Art. 221 StPO N 15, wonach mindestens zwei gleichartige Vortaten erforderlich seien). Generell sind die Anforderungen an die Anzahl der Vortaten umso höher, je geringer deren Schwere ist (SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich 2013, Art. 221 N 11a; FORSTER, a.a.O., Art. 221 StPO N 15 Fn. 59). Dabei können sich die früher begangenen Straftaten aus rechtskräftig abgeschlossenen früheren Strafverfahren ergeben. Sie können jedoch auch Gegenstand eines noch hängigen Strafverfahrens bilden, unter anderem auch desjenigen, in dem sich die Frage der Untersuchungs- und Sicherheitshaft stellt. Auch diesfalls muss allerdings mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststehen, dass die beschuldigte Person solche Straftaten begangen hat, wobei ein entsprechender Nachweis insbesondere bei einem glaubhaften Geständnis oder einer erdrückenden Beweislage als erbracht gilt (BGE 137 IV 84 E. 3.2 S. 86; ebenso BGer 1B_247/2016 vom 27. Juli 2016 E. 2.1, 1B_234/2015 vom 22. Juli 2015 E. 3.2). Entsprechend hat das Bundesgericht in neuerer Zeit festgehalten, Wiederholungsgefahr könne sich ausnahmsweise auch aus Vortaten ergeben, die dem Beschuldigten im hängigen Strafverfahren erst vorgeworfen werden, wenn die Freilassung des Ersttäters mit erheblichen konkreten Risiken für die öffentliche Sicherheit verbunden wäre; erwiesen sich die Risiken als untragbar hoch, könne vom Vortatenerfordernis sogar ganz abgesehen werden (BGer 1B_221/2015 vom 14. Juli 2015 E. 3.1, 1B_351/2015 vom 30. Oktober 2015 E. 3.1; grundlegend hierzu BGE 137 IV 13 E. 3 und 4, in: Pra 2011 Nr. 90 S. 642, 647 ff.).

5.2 In der angefochtenen Verfügung ist das Zwangsmassnahmengericht davon ausgegangen, der Beschwerdeführer sei einschlägig vorbestraft, wobei es sich bei der fraglichen Sachbeschädigung aus Anlass einer öffentlichen Zusammenrottung im Sinne von Art. 144 Abs. 2 des Strafgesetzbuches (StGB, SR 311.0) nicht um ein Bagatelldelikt handle. Eine weitere Anklage wegen mehrfacher Sachbeschädigung aus Anlass einer öffentlichen Zusammenrottung, Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte, mehrfachen Landfriedensbruchs, Begünstigung sowie Hinderung einer Amtshandlung sei beim Strafgericht Basel-Stadt hängig, wobei in diesem Verfahren mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Verurteilung zu erwarten sei. Sodann habe die Kantonspolizei Zürich gemeldet, es bestünden Vorakten aus dem Jahre 2014 betreffend Hausbesetzung, Hinderung einer Amtshandlung, Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte sowie Landfriedensbruch. Aufgrund dieser Handlungen sowie mit Blick auf die anlässlich der Hausdurchsuchung beim Beschwerdeführer sichergestellten Gegenstände ergebe sich, dass seitens des Beschwerdeführers jederzeit mit ähnlichen Delikten zu rechnen sei. Der Beschwerdeführer hält dem entgegen, er weise eine einzige Vorstrafe auf, wobei er zu einer bedingten Geldstrafe von 20 Tagessätzen verurteilt worden sei; weshalb es sich dabei nicht um eine Bagatelle handeln solle, werde von der Vorinstanz nicht nachvollziehbar dargelegt. Auch liege das fragliche Delikt bereits sechs Jahre zurück. Unzulässig sei sodann die Berücksichtigung des (zusätzlich zum vorliegenden) hängigen Verfahrens, da der Beschwerdeführer die entsprechenden Tatvorwürfe vollumfänglich bestreite und sich die Beweislage äusserst dünn präsentiere. Nicht zu berücksichtigen seien die angeblichen Vorakten aus dem Kanton Zürich. Die Staatsanwaltschaft hat als Beilage zu ihrer Stellungnahme vom 17. August 2016 einen Rapport sowie eine DNA-Spurenidentifikation der Kantonspolizei Luzern, die einen Bezug zum Beschwerdeführer aufweisen, eingereicht.

5.3 Dem Strafregisterauszug des Beschwerdeführers lässt sich entnehmen, dass dieser im Jahre 2012 wegen Sachbeschädigung aus Anlass einer öffentlichen Zusammenrottung zu einer bedingten Geldstrafe von 20 Tagessätzen sowie zu einer Busse von CHF 300.– verurteilt worden ist. Die rechtskräftige Verurteilung betrifft somit nicht ein Delikt, das unmittelbar gegen die physische oder psychische Integrität eines Opfers gerichtet ist. Auch ergibt sich aufgrund der ausgesprochenen Sanktion, dass es sich offenkundig nicht um ein objektiv besonders schwerwiegendes Delikt, sondern im Gegenteil um eine Tat im Bagatellbereich handelt. Entsprechend ist die vorliegende

rechtskräftige Verurteilung aufgrund der Art der Delinquenz von vornherein nicht geeignet, den Haftgrund der Fortsetzungsgefahr zu begründen. Gleiches muss selbstredend für einen Strafbefehl vom 11. Mai 2015 gelten, mit dem der Beschwerdeführer wegen eines geringfügigen Vermögensdelikts mit einer Busse von CHF 400.– bestraft wurde, handelt es sich dabei doch um eine blosse Übertretung. Was sodann das (zusätzlich zum vorliegenden) hängige Verfahren anbelangt, so betrifft dieses wie erwähnt zum einen mehrfache Sachbeschädigung aus Anlass einer öffentlichen Zusammenrottung, zum andern Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte, mehrfachen Landfriedensbruch, Begünstigung sowie Hinderung einer Amtshandlung. Während dem Beschuldigten im ersten Punkt die Begehung diverser Sachbeschädigungen anlässlich einer unbewilligten Demonstration im Jahre 2010 zur Last gelegt wird, bezieht sich der zweite Anklagepunkt auf einen Vorfall im Jahre 2013, bei dem der Beschwerdeführer anlässlich einer politischen Kundgebung einen Polizisten, der im Begriff war, einen anderen Teilnehmer zu arretieren, mit vollem Körpereinsatz angerempelt haben soll, um auf diese Weise die Festnahme des anderen Teilnehmers zu verhindern. Zwar wäre das im zweiten Anklagepunkt geschilderte Vorgehen unmittelbar gegen die physische Integrität des fraglichen Polizeibeamten gerichtet. Nach dem in E. 5.1 Ausgeführten könnte der im entsprechenden hängigen Verfahren erhobene Tatvorwurf aber nur dann bei der Beurteilung der Fortsetzungsgefahr als früher verübte gleichartige Straftat berücksichtigt werden, wenn ein Geständnis vorläge oder eine erdrückende Beweislage bestünde. Beides ist vorliegend nicht der Fall, zumal sich in den Akten hinsichtlich des genannten Tatvorwurfs lediglich die Anklageschrift vom 21. März 2016 findet, deren Vorliegen zwar praxisgemäss einen dringenden Tatverdacht indiziert, für sich allein jedoch keine erdrückende Beweislage begründen kann. Dies gilt im Übrigen auch hinsichtlich des ersten Anklagepunkts, da das in der angefochtenen Verfügung erwähnte Auffinden der DNA des Beschwerdeführers an einem Arbeitshandschuh und einer Schutzbrille weder aus den Akten hervorgeht noch bei isolierter Betrachtung zu einer erdrückenden Beweislage führt. Fehlt es somit bei der gegebenen Aktenlage an erdrückenden Belastungsbeweisen, so lässt sich hinsichtlich des Erfordernisses früher verübter gleichartiger Taten nicht auf das genannte hängige Verfahren abstellen. Hinsichtlich der Einträge im Polizeijournal ist des Weiteren festzuhalten, dass diese, insoweit sie Delikte betreffen, die gerade nicht Gegenstand eines hängigen oder rechtskräftig abgeschlossenen Strafverfahrens bilden, für die Beurteilung der Fortsetzungsgefahr unbeachtlich sind, da lediglich aufgrund des Journaleintrags nicht von einem verübten Delikt im Sinne der Voraussetzungen dieses Haftgrundes ausgegangen werden kann. Bezüglich des von der Staatsanwaltschaft eingereichten Rapports der Kantonspolizei Luzern ist sodann darauf hinzuweisen, dass die DNA des Beschwerdeführers lediglich mit einem Vorfall in Verbindung gebracht werden konnte, bei dem es um die Befestigung eines Transparents an einer Fussgängerüberquerung ging, während sich lediglich aufgrund dieser Zuordnung von vornherein keine erdrückende Beweislage hinsichtlich der weiteren im Rapport erwähnten Tatvorwürfe ergibt. Somit verbleiben als massgebliche frühere Straftaten einzig die im Strafverfahren, in dem sich die Frage der Untersuchungshaft stellt, zu beurteilenden Tatvorwürfe der Sachbeschädigung gemäss Art. 144 StGB, der Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte gemäss Art. 285 StGB, der Körperverletzung gemäss Art. 123 StGB sowie des Landfriedensbruchs gemäss Art. 260 StGB, wobei sich letzterer angesichts der Verletzung zweier Polizisten nicht auf blosse Gewalttätigkeiten gegen Sachen beschränkt. Indessen kann vorliegend offenbleiben, ob bezüglich der entsprechenden Tatvorwürfe hinsichtlich des (die Aussage verweigernden) Beschwerdeführers erdrückende Belastungsbeweise vorliegen und ob es sich gegebenenfalls um eine erhebliche Gefährdung der Sicherheit anderer Personen (bzw. hinsichtlich der Gewalt gegen Sachen um einen objektiv besonders schweren Fall) handelt. Denn selbst wenn diese Fragen bejaht würden, läge im Sinne der entsprechenden Voraussetzung der Fortsetzungsgefahr lediglich *eine* verübte Tat vor. Während dies für die Annahme von Fortsetzungsgefahr grundsätzlich nicht genügt, ist vorliegend die Haftentlassung des Beschwerdeführers auch nicht mit so hohen Risiken

für die Sicherheit verbunden, dass nach dem in E. 5.1 Ausgeführten im Sinne einer Ausnahme zur Begründung der Fortsetzungsgefahr einzig auf die Gegenstand des laufenden Strafverfahrens bildenden Tatvorwürfe abgestellt werden könnte. Entsprechend ist der besondere Haftgrund der Fortsetzungsgefahr vorliegend zu verneinen.

6.

6.1 Zusammenfassend ergibt sich, dass zwar ein dringender Tatverdacht bezüglich der dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Delikte zu bejahen ist, jedoch (zumindest im jetzigen Zeitpunkt) weder Fortsetzungs- noch Kollusionsgefahr gegeben sind. Der Beschwerdeführer ist daher in Gutheissung der Beschwerde unverzüglich aus der Untersuchungshaft zu entlassen.

6.2 Bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens sind für dieses keine Kosten zu erheben. Der amtliche Verteidiger des Beschwerdeführers ist für seine Bemühungen aus der Gerichtskasse zu entschädigen, wobei der Aufwand mangels Einreichung einer Kostennote zu schätzen ist. Angemessen erscheint vorliegend ein Aufwand von 6 Stunden. Entsprechend ist dem amtlichen Verteidiger für das Beschwerdeverfahren ein Honorar von CHF 1'200.–, zuzüglich 8 % MWST von CHF 96.–, aus der Gerichtskasse auszurichten.

Demgemäss erkennt das Appellationsgericht (Einzelgericht):

://: In Gutheissung der Beschwerde wird angeordnet, dass A____ unverzüglich aus der Untersuchungshaft zu entlassen ist.

Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.

Dem amtlichen Verteidiger, [...], substituiert durch [...], wird für das Beschwerdeverfahren ein Honorar von CHF 1'200.– (inkl. Auslagen), zuzüglich 8% MWST von CHF 96.–, aus der Gerichtskasse ausgerichtet.

Mitteilung an:
- Beschwerdeführer
- Haftleitstelle der Kantonspolizei Basel-Stadt
- Staatsanwaltschaft Basel-Stadt
- Zwangsmassnahmengericht Basel-Stadt

APPELLATIONSGERICHT BASEL-STADT

Der Präsident — Der Gerichtsschreiber

lic. iur. Christian Hoenen — Dr. Paul Wegmann

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 78 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) innert 30 Tagen seit schriftlicher Eröffnung **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden. Die Beschwerdeschrift muss spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht (1000 Lausanne 14) eingereicht oder zu dessen Handen der Schweizerischen Post oder einer diplomatischen oder konsularischen

Vertretung der Schweiz im Ausland übergeben werden (Art. 48 Abs. 1 BGG). Für die Anforderungen an den Inhalt der Beschwerdeschrift wird auf Art. 42 BGG verwiesen. Über die Zulässigkeit des Rechtsmittels entscheidet das Bundesgericht.

Die amtliche Verteidigung kann gegen den Entscheid betreffend ihre Entschädigung für das zweitinstanzliche Verfahren gemäss Art. 135 Abs. 3 lit. b der Strafprozessordnung (StPO) innert 10 Tagen seit schriftlicher Eröffnung Beschwerde beim Bundesstrafgericht (Viale Stefano Franscini 7, Postfach 2720, 6501 Bellinzona) erheben (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 6B_360/2014 vom 30. Oktober 2014).

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer

Geschäfts-Nr.: SB130055-O/U/cs

Mitwirkend: die Oberrichter lic.iur. Spiess, Präsident, und lic.iur. Burger, Ersatzoberrichter lic.iur. Meister sowie der Gerichtsschreiber lic.iur. Hafner

Urteil vom 7. Juni 2013

in Sachen

A._____,
Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

Staatsanwaltschaft See/Oberland,
Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Nötigung etc.**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil, Einzelgericht in Strafsachen, vom 16. November 2012 (GG120031)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 31. Juli 2012 (Urk. 51) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
   - der Nötigung im Sinne von Art. 181 StGB
   - des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB

2. Der Beschuldigte wird mit einer Freiheitsstrafe von 4 Monaten bestraft, unter Anrechnung der erstandenen Untersuchungs- und Sicherheitshaft (von bis heute 352 Tagen).

3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.

4. Die mit Verfügung vom 7. Juli 2009 für die bedingte Entlassung angesetzte Probezeit von fünf Jahren wird um zwei Jahre verlängert.
   Soweit die Dauer der nach Ziff. 2 anzurechnenden Untersuchungs- und Sicherheitshaft die Freiheitsstrafe übersteigt, wird sie auf den Strafrest gemäss Urteil des Geschworenengerichts des Kantons Zürich vom 19. Juni 2001 angerechnet.

5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
   Fr. 1'500.00; die übrigen Kosten betragen:
   Fr. 2'000.00 Gebühr für das Vorverfahren
   Fr. 11'856.10 Untersuchungskosten

6. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.
   Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:
(Urk. 94 S. 1)

1. Der Beschuldigte und Berufungskläger sei vollumfänglich freizusprechen.

2. Die Gerichtskosten (erst- und zweitinstanzlich) seien auf die Gerichtskasse zu nehmen.

b) Der Staatsanwaltschaft See/Oberland:
(Urk. 92, schriftlich)

Verzicht auf Stellung eines Antrages.

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Einzelrichters des Bezirksgerichts Hinwil vom 16. November 2012 meldete der Beschuldigte am 23. November 2012 fristgerecht Berufung an (Urk. 76) und reichte nach Zustellung des begründeten Urteils (Urk. 81 und 82), ebenfalls fristgerecht, am 19. Februar 2013 dem Obergericht die Berufungserklärung ein (Urk. 86). Er beantragte einen vollumfänglichen Freispruch, die Übernahme der Kosten durch den Staat sowie eine Entschädigung für die Aufwendungen der Verteidigung. Im Zusammenhang mit dem Hausverbot, das die Privatklägerin (B._____ [Bank]) am 27. Juni 2011 schriftlich aussprach und der erstinstanzlichen Verurteilung wegen

Hausfriedensbruchs zu Grunde liegt, stellte er den Beweisantrag, die Echtheit der Unterschrift auf der Empfangsbescheinigung vom 5. Juli 2011 (Urk. ND 1/2/2) zu prüfen.

1.2. Mit Präsidialverfügung vom 26. Februar 2013 wurde die Berufungserklärung in Anwendung von Art. 400 Abs. 2 und 3 StPO der Privatklägerin und der Staatsanwaltschaft übermittelt, um gegebenenfalls Anschlussberufung zu erheben oder Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 88). Gleichzeitig wurde der Beschuldigte aufgefordert, das ihm zugestellte Datenerfassungsblatt auszufüllen und verschiedene Unterlagen betreffend seine finanziellen Verhältnisse einzureichen. Am 4. März 2013 reichte C._____, der Beistand des Beschuldigten (Urk. 91), das von ihm ausgefüllte Datenerfassungsblatt mit Angaben zu den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Beschuldigten ein (Urk. 90). Mit Eingabe vom 11. März 2013 erklärte die Staatsanwaltschaft, dass sie auf Anschlussberufung verzichte, keine Anträge stelle und sich am weiteren Verfahren nicht aktiv beteiligen werde (Urk. 92). Die Privatklägerin liess sich innert Frist nicht vernehmen.

1.3. In der heutigen Berufungsverhandlung stellte der Beschuldigte die oben wiedergegebenen Anträge.

2. Sachverhalt

2.1. Nötigung (HD)

2.1.1. Die Staatsanwaltschaft wirft dem Beschuldigten vor (Urk. HD 51 S. 2f.), am 1. Dezember 2011, um 16.15 Uhr, in D._____ die Filiale der B._____, ...-Strasse ..., betreten, sich zum Schalter 1 begeben und zur hinter diesem Schalter stehenden Bankangestellten E._____ gesagt zu haben, dies sei ein Überfall, sie solle den Alarm auslösen. Diese Worte habe der Beschuldigte absichtlich verwendet, um die mit einem Banküberfall verbundenen Gewaltanwendungen anzudrohen und die Bankangestellte dadurch einzuschüchtern sowie zu zwingen, den Alarmknopf zu betätigen, um dadurch sein Ziel, ins Gefängnis eingewiesen zu werden, zu erlangen. E._____ habe Angst vor einem gewaltsamen Verhalten des Be-

schuldigten erhalten, da sie befürchtet habe, er werde in seiner Handlung eine Steigerung vornehmen, allenfalls sogar eine Waffe verwenden, weil er am 24. Juni 2011 schon einmal in gleicher Weise vorgegangen sei, jedoch damals sein obgenanntes Ziel nicht erreicht habe, sowie diese Furcht erregende, Nerven aufreibende Situation erdulden müssen. F.____, welche beim Vorfall vom 24. Juni 2011 den Bankschalter bedient habe und damals aufgrund des Vorgehens des Beschuldigten einen Schock erlitten habe, sei darauf infolge der erneuten, von ihr festgestellten Handlung des Beschuldigten dessen Aufforderung anstelle ihrer Arbeitskollegin E._____ gefolgt und habe die Polizei alarmiert.

2.1.2. Dieser Sachverhalt wurde vom Beschuldigten in wesentlichen Punkten eingestanden, zum Teil aber auch abgestritten. Soweit der Beschuldigte nicht geständig ist, hat das Gericht anhand der sich in den Akten befindlichen und im Folgenden zu würdigenden Beweismittel zu prüfen, ob der dem Beschuldigten vorgeworfene Sachverhalt mit rechtsgenügender Sicherheit nachgewiesen werden kann. Nach dem aus der Unschuldsvermutung fliessenden Grundsatz "in dubio pro reo" (Art. 10 StPO) gilt jede Person, die einer strafbaren Handlung bezichtigt wird, bis zum gesetzlichen Nachweis ihrer Schuld als unschuldig. Ein Angeklagter darf nur schuldig gesprochen und verurteilt werden, wenn die ihm vorgeworfenen, die Strafbarkeit begründenden Umstände von der Anklagebehörde nachgewiesen werden können. Bei Vorliegen blosser Wahrscheinlichkeit darf kein Schuldspruch erfolgen. Sodann werden erhebliche und unüberwindbare Zweifel zugunsten des Angeklagten gewertet. Lässt sich hingegen ein Sachverhalt nicht mit letzter Gewissheit feststellen, so genügt für einen Schuldspruch, wenn der Richter im Rahmen seiner Beweiswürdigung subjektiv mit Gewissheit davon überzeugt ist und vernünftige Zweifel an der Schuld des Angeklagten ausgeschlossen werden können. Demzufolge hat das Gericht nach seiner persönlichen Ansicht darüber zu entscheiden, ob es eine Tatsache für bewiesen erachtet (BGE 115 IV 267 E. 1) und die vorhandenen Beweismittel nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung zu beurteilen (Art. 10 Abs. 2 StPO).

2.1.3. Zum Nachweis des in der Anklageschrift umschriebenen Sachverhaltes stützt sich die Anklagebehörde im Wesentlichen auf die Aussagen der Bankange-

stellten E._____, welche diese anlässlich ihrer polizeilichen Befragung vom 1. Dezember 2011 machte (Urk. HD 3), sowie auf die eigenen Aussagen des Beschuldigten im Untersuchungsverfahren (Urk. HD 2 und HD 8). Zu berücksichtigen sind im Weiteren die Aussagen des Beschuldigten anlässlich seiner Befragung durch die Vorinstanz (Urk. 70) sowie der Polizeirapport und das Protokoll der polizeilichen Befragung des Beschuldigten zum Vorfall vom 24. Juni 2011 (Urk. HD 14/1 und HD 14/2). Weitere Beweismittel existieren nicht.

2.1.4. Äusseres Geschehen:

2.1.4.1. E._____ sagte aus (Urk. HD 3), dass sie am fraglichen Tag Schalterdienst gehabt und den Beschuldigten, den sie sofort als diejenige Person erkannt habe, welche bereits einige Monate zuvor die Bank auf dieselbe Weise überfallen habe, bedient habe. Der Beschuldigte habe zu ihr gesagt, dass dies ein Überfall sei und sie den Alarm auslösen solle. Sie habe erwidert, dass er schon einmal hier gewesen sei und dasselbe gesagt habe, er solle doch wieder gehen. Der Beschuldigte habe wiederholt, dass sie den Alarm auslösen solle, er wolle, dass die Polizei komme, da er ins Gefängnis wolle. Darauf habe sie ihn erneut, und zwar wiederholt, aufgefordert, die Bank zu verlassen (Rz 4-6). In der Zwischenzeit habe ihre Arbeitskollegin die Polizei angerufen und den Vorfall gemeldet. Der Beschuldigte sei dann vom Schalter weggegangen, habe sich in einen Ledersessel gesetzt und dort auf die Polizei gewartet (Rz 5). Der Beschuldigte sei während dieses Vorfalls immer ganz ruhig gewesen (Rz 4, 5, 12 und 16). Sie habe weder eine Waffe gesehen (Rz 7), noch sei sie oder eine andere Person bedroht worden (Rz 8 und 11), noch sei es zu einem körperlichen Kontakt gekommen (Rz 10). Die anderen Kunden hätten in der Zwischenzeit ganz normal bedient werden können (Rz 5 und 18).

2.1.4.2. In seiner ersten (polizeilichen) Befragung vom 1. Dezember 2011 (Urk. HD 2) sagte der Beschuldigte aus, zur Schalterangestellten gesagt zu haben, dass dies ein Überfall sei und sie den Alarmknopf drücken solle (Rz 20). Dies habe er kurz vor Betreten der Bank der Polizei telefonisch angekündigt (Rz 17). Er habe dies der Bankangestellten ganz normal gesagt, weder aggressiv noch impulsiv, er habe nur gewollt, dass er ins Gefängnis komme (Rz 21, Rz 31ff.

und Rz 44). Er habe keine Waffe mit sich geführt (Rz 24), noch habe er die Bankangestellte bedroht (Rz 25). Es seien noch weitere Personen in die Bank gekommen, worauf er vom Schalter weggegangen sei und diesen Platz gemacht habe. Er habe sich dann in den Fauteuil gesetzt und auf die Polizei gewartet (Rz 20).

In der folgenden Befragung durch den Staatsanwalt vom 2. Dezember 2011 (Urk. HD 8) erfolgten keine abweichenden Aussagen. Auf den Vorhalt, dass er einen Raubversuch begangen habe, indem er die Bank betreten und gesagt habe, dies sei ein Überfall, man solle die Polizei rufen, sagte der Beschuldigte aus, dass er an sich keinen Raubüberfall habe ausführen wollen, er habe nur gewollt, dass die Polizei komme und ihn mitnehme (Urk. HD 8 S. 1).

Bei seiner Befragung anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung (Urk. 70) bestritt der Beschuldigte zunächst, dass er zur Bankangestellten gesagt habe, dass dies ein Überfall sei und sie den Alarm auslösen solle (S. 7: "Ich bestreite den ersten Absatz."). Er sei in die Bank gegangen und die Mitarbeiter hätten schon gelacht und ihn gefragt, weshalb er wieder zu ihnen komme und nicht in eine andere Bank gehe. In der Folge führte er allerdings aus, dass er bei der Polizei einen Banküberfall angekündigt habe. In der Bank habe er aber keinen Raub machen wollen, er habe nur die Festnahme durch die Polizei und die Unterbringung im Gefängnis bewirken wollen (S. 7). Er habe keine Gewalt angewendet, ruhig und leise gesprochen. Sie hätten über seine Probleme gesprochen. Es sei ein Hin und Her gewesen. Er habe die Bankangestellte aufgefordert, doch einfach den Knopf zu drücken. Dies habe sie aber nicht getan. Darauf habe er sich in den Polstersessel gesetzt bis die Polizei gekommen sei. Seine weitere Aussage, dass nicht die Arbeitskollegin sondern er selber die Polizei angerufen und er dann der Bankangestellten sein Handy übergeben habe (S. 7), präzisierte er nach Durchsicht des Protokolls dahingehend, dass diese Aussage den ersten Vorfall betreffe (womit er das Geschehen vom 24. Juni 2011 meinte, als er bereits einmal mit der Bemerkung, dies sei ein Banküberfall, von einer anderen Bankangestellten die Betätigung des Alarmknopfes verlangt hatte [vgl. Urk. HD14/1 und HD 14/2]) und nicht den vorliegend zu beurteilenden (Prot. I S. 5).

2.1.4.3. Auch wenn der Beschuldigte anlässlich seiner Befragung vor Vorinstanz in seinen Aussagen zurückhaltender war, steht aufgrund seiner früheren Aussagen in der Strafuntersuchung, welche sich mit den Aussagen von E._____ decken, mit ausreichender Deutlichkeit fest, dass er zu E._____, welche am fraglichen Nachmittag am Schalter 1 Dienst leistete, sagte, dass dies ein Überfall sei und sie den Alarmknopf betätigen solle. E._____, welche den ersten Vorfall vom 24. Juni 2011 mitbekommen hatte und den Beschuldigten als damaligen Täter erkannte, entsprach diesem Ansinnen allerdings nicht, sondern forderte den Beschuldigten im Gegenteil auf, die Bank zu verlassen. Der Beschuldigte kam dieser Aufforderung nicht nach, sondern setzte sich in der Schalterhalle in einen Fauteuil und wartete dort bis zum Eintreffen der Polizei, welche ihn festnahm und abführte.

Aufgrund der Aussagen von E._____, welche vom Beschuldigten in diesem Punkt nicht abgestritten wurden, ist weiter davon auszugehen, dass F._____, eine Arbeitskollegin, die Polizei telefonisch benachrichtigte. Was F._____ vom Gespräch zwischen dem Beschuldigten und E._____ mitbekommen hatte, wie sie die Situation deutete und was sie der Polizei konkret berichtete, ist indessen unbekannt. E._____ führte in diesem Zusammenhang einzig aus, dass F._____ den Beschuldigten das letzte Mal bedient habe (und meinte damit den Vorfall vom 24. Juni 2011) und danach zwei, drei Nächte nicht mehr habe schlafen können. Als F._____ gesehen habe, wie der Beschuldigte erneut die Bank betreten habe, sei sie sehr erschrocken (Urk. HD 3 Rz 25). Aussagen von F._____ selber liegen nicht vor. Dieser Beweislage wird bei der rechtlichen Würdigung Rechnung zu tragen sein (vgl. nachfolgende Erwägungen unter Ziff. 3.2.5.).

2.1.5. Inneres Geschehen:

2.1.5.1. Auf die Frage, ob sie Angst gehabt habe, antwortete E._____ wie folgt: "Eigentlich nicht so. Ich wusste ja, wie es das letzte Mal abgelaufen ist. Ich hatte lediglich ein ungutes Gefühl, man weiss ja nie wie jemand reagiert. Weil er wusste, dass es beim letzten Mal nichts gebracht hatte, so dachte ich, dass er eventuell doch noch eine Waffe oder ähnliches dabei haben könnte. Man weiss ja wirklich nie." (Urk. HD 3 Rz 9). An anderer Stelle sagte sie, dass sie den Beschuldigten nicht habe ganz ernst nehmen können, sie habe das Gefühl, dass er psychische Probleme habe und ein-

fach ins Gefängnis wolle (Urk. HD 3 Rz 12). Es gehe ihr eigentlich gut, sie finde die Sache etwas lächerlich, sie müsse über den Vorfall eher lachen. Nur die Sache im Hinterkopf, was er als nächstes mache, ob er beim nächsten Mal eine Waffe dabei habe, gebe ihr zu denken (Urk. HD 3 Rz 19).

2.1.5.2. Der Beschuldigte sagte in der Untersuchung aus, dass E._____ seines Erachtens keine Angst gehabt habe (Urk. HD 8 S. 2). Anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung äusserte er sich dahingehend, dass es keinen Grund gegeben habe, Angst zu haben. Er habe keine Gewalt angewendet, keine Gewalt angedroht und ruhig und leise gesprochen (Urk. 70 S. 7f.). In der polizeilichen Befragung hielt er fest, dass E._____ kühl reagiert und mit ihm einen Witz gemacht habe - er solle doch einmal eine andere Bank überfallen. Auf den Vorhalt, dass die Bankangestellte nicht sicher gewesen sei, ob er allenfalls doch noch eine Waffe dabei habe, sagte der Beschuldigte aus, dass dies klar und theoretisch alles möglich sei, weshalb er immer seine Hände gezeigt und damit klargemacht habe, dass er keine Waffe habe (Urk. HD 2 Rz 28).

2.1.5.3. Dass E._____ im eigentlichen Sinne Angst gehabt hat, wie dies die Staatsanwaltschaft geltend macht, kann aufgrund ihrer eigenen Aussagen nicht nachgewiesen werden. Aus ihrer Schilderung geht allerdings hervor, dass sie ein ungutes Gefühl hatte, den Beschuldigten nicht sicher einschätzen ("...man weiss ja nie wie jemand reagiert..." [Urk. HD 3 Rz 9]) und namentlich eine allfällige Gewalthandlung des Beschuldigten nicht ausschliessen konnte ("Weil er wusste, dass es beim letzten Mal nichts gebracht hatte, so dachte ich, dass er eventuell doch noch eine Waffe oder ähnliches dabei haben könnte. Man weiss ja wirklich nie." [Urk. HD 3 Rz 9]. Diese Darstellung von E._____ über das eigene Empfinden entspricht dem Minimum, das in der gegebenen Situation - der Beschuldigte sprach explizit von einem "Überfall" und war mit demselben Vorgehen einige Monaten zuvor nicht zu seinem eigentlichen Ziel gelangt, im Gefängnis untergebracht zu werden - zu erwarten war. Der Beschuldigte gestand dies im Grundsatz auch ein, indem er aussagte, dass eine Befürchtung, wie sie E._____ gehabt habe - nämlich, dass er allenfalls eine Waffe oder ähnliches dabei habe - klar sei (Urk. HD 2 Rz 28). Sein Zusatz, dass er immer seine Hände gezeigt habe, macht einzig klar, dass er zu

keinem Zeitpunkt eine Waffe hervornahm (was ihm auch nicht vorgeworfen wird), vermag aber die Befürchtung von E._____, dass er eine Waffe dabei haben könnte, offensichtlich nicht auszuschliessen. Auch, dass E._____ kühl reagierte und sich sogar einen Witz erlaubte, ist einzig auf ihre besonnene Art zurückzuführen und bezweckte offensichtlich, die Situation nicht eskalieren zu lassen. Daraus abzuleiten, sie hätte ihn nicht ernst genommen, ist falsch.

Dem Beschuldigten, der seine Wohnsituation bemängelte und mit seinem Wunsch nach einer eigenen Wohnung bei der Fürsorgebehörde der Stadt D._____ kein Gehör fand, ging es bei dem von ihm explizit bekundeten "Überfall" nicht darum, Geld zu erbeuten. Seine Absicht bestand darin, die am Schalter tätige Bankangestellte - in diesem Fall traf es E._____ - dazu zu bewegen, mittels Drücken des Alarmknopfs die Polizei zu alarmieren, damit diese ihn ins Gefängnis bringe, wo er sich Kost und Logis versprach (Urk. HD 2 Rz 16, 29, 31ff.; Urk. HD 8 S. 2; Urk. 70 S. 7).

2.1.6. Der Sachverhalt gemäss Anklageschrift erweist sich somit mit obgenannten Präzisierungen und Einschränkungen (Erw. Ziff. 2.1.4.3. und Ziff. 2.1.5.3.) als erwiesen.

2.2. Hausfriedensbruch (ND 1)

2.2.1. Dem Beschuldigten wird im Zusammenhang mit diesem "Überfall" auf die B._____ weiter vorgeworfen, die Räumlichkeiten der Bank betreten und sich darin aufgehalten zu haben, obschon am 27. Juni 2011 die damals zuständigen Vertreter der B._____ ihm das inskünftige Betreten von Gebäuden bzw. von Räumlichkeiten der Bank schriftlich verboten hätten, was dieser gewusst habe (Urk. 51 S. 3).

2.2.2. Der Beschuldigte ist geständig, zum genannten Zeitpunkt dieses Gebäude betreten und sich in den Räumlichkeiten der B._____ aufgehalten zu haben (Urk. HD 2 Rz 15ff.; Urk. HD 8 S. 2; Urk. 70 S. 7f.). Er wandte aber ein, vom Hausverbot keine Kenntnis gehabt zu haben. Die Unterschrift auf der Empfangsbescheinigung der Post stamme nicht von ihm (Urk. 70 S. 8; Prot. II S. 13 f.).

2.2.3. Die Grundsätze der Beweiswürdigung wurden bereits dargelegt, so dass darauf verwiesen werden kann (Erw. Ziff. 2.1.2.)

2.2.4. Die Vorinstanz hielt in ihrer Begründung schlicht fest, dass der Beschuldigte die Entgegennahme des schriftlichen Hausverbots unterschriftlich bestätigt habe (Urk. 84 S. 5). Auf dessen Einwand, dass die Unterschrift auf der Empfangsbescheinigung (Urk. ND 1/2/2) nicht von ihm stamme, ging sie nicht ein, wohl in der Meinung, dass es sich um eine blosse Schutzbehauptung handle. Dies trifft im Ergebnis zu. Zur Begründung ist Folgendes nachzutragen.

2.2.4.1. Das schriftliche Hausverbot datiert vom 27. Juni 2011 (Urk. ND 1/2/1). Zu diesem Zeitpunkt logierte er in einem Zimmer im Hotel G._____ in H._____, das ihm von der Fürsorgebehörde der Stadt D._____ zugewiesen worden war (Urk. HD 14/2 Rz 12 i.V.m. Urk. HD 2 Rz 6). Das schriftliche Hausverbot wurde ihm an diese Adresse, per Einschreiben, versandt (Urk. ND 1/2/1). Aus den Informationen der Post über den Verlauf dieser Sendung ("Sendungen verfolgen Business" [Urk. ND 1/2/2]) ergibt sich, dass diese Sendung am Nachmittag des 5. Juli 2011 am Schalter der Poststelle H._____ ausgehändigt wurde, und zwar an eine Person namens A._____. Aus der Bescheinigung ergibt sich weiter die Unterschrift der Empfangsperson.

2.2.4.2. Vergleicht man diese Unterschrift mit aktenkundigen Unterschriften des Beschuldigten - zum Beispiel auf dem Protokoll seiner polizeilichen Befragung vom 24. Juni 2011 (Urk. HD 14/2 S. 1 unten, S. 2 unten und S. 3), oder auf dem Empfangsschein betreffend Vorladung zur erstinstanzlichen Hauptverhandlung (Urk. 60) - ist durchaus ein ähnlicher Schriftzug feststellbar. Weiter ist notorisch, dass eingeschriebene Sendungen, welche am Postschalter abgeholt werden, nur gegen Vorlage eines gültigen Ausweises ausgehändigt werden, so dass es zu einer Überprüfung der am Schalter vorsprechenden Person kommt. Wie oben erwähnt, ist als Empfangsperson der Name des Beschuldigten festgehalten. Daraus kann geschlossen werden, dass sich der Schalterangestellte vergewisserte, dass der Adressat des Schreibens der B._____ vom 27. Juni 2011 und der Empfänger dieses Schreibens identisch sind.

2.2.4.3. Bei dieser Sachlage besteht kein vernünftiger Zweifel, dass das Schreiben der B._____ vom 27. Juni 2011 dem Beschuldigten am 5. Juli 2011 tatsächlich ausgehändigt wurde. Weitere Beweiserhebungen zu dieser Frage, insbesondere die vom Beschuldigten beantragte Überprüfung der Echtheit der Unterschrift auf der Empfangsbescheinigung der Post (Urk. 86 S. 2), erübrigen sich damit.

2.2.5. Damit steht fest, dass der Beschuldigte am 1. Dezember 2011, als er die Räumlichkeiten der Filiale der B._____ in D._____ betrat und darin verweilte, Kenntnis vom Hausverbot hatte.

3. Rechtliche Würdigung

3.1. Hausfriedensbruch

In Kenntnis des ihm zuvor schriftlich erteilten Hausverbots betrat der Beschuldigte am Nachmittag des 1. Dezember 2011 die Räumlichkeiten der Filiale der B._____ in D._____ und verweilte darin bis er von der Polizei, welche alarmiert worden war, verhaftet und abgeführt wurde. Mit Schreiben vom 6. Januar 2012 (Urk. ND 1/1) stellte die Privatklägerin innert Frist Strafantrag (Art. 31 StGB). Die rechtliche Würdigung dieses Verhaltens durch die Anklagebehörde und die Vorinstanz im Sinne von Art. 186 StGB - danach macht sich des Hausfriedensbruchs, auf Antrag, strafbar, wer gegen den Willen des Berechtigten unter anderem in ein Haus, in eine Wohnung oder in einen abgeschlossenen Raum eines Hauses eindringt oder, trotz der Aufforderung eines Berechtigten, sich zu entfernen, darin verweilt - trifft zu und gibt zu keinen besonderen Bemerkungen Anlass.

3.2. Nötigung

3.2.1. Nach Art. 181 StGB macht sich der Nötigung schuldig, wer jemanden durch Gewalt oder Androhung ernstlicher Nachteile oder durch andere Beschränkung seiner Handlungsfreiheit nötigt, etwas zu tun, zu unterlassen oder zu dulden. Die Vorinstanz setzte sich zurecht nur mit den Tatvarianten der Androhung ernstlicher Nachteile und anderer Beschränkung der Handlungsfreiheit auseinander und gab die massgeblichen rechtlichen Grundlagen zutreffend wieder, so dass zunächst darauf verwiesen werden kann (Urk. 84 S. 6ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Hervorzuheben ist, dass der angedrohte Nachteil dann ernstlich ist, wenn er objektiv geeignet ist, auch eine verständige Person in der Lage des Betroffenen gefügig zu machen (Trechsel/Fingerhuth, in Trechsel/Pieth (Hrsg.), StGB PK, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 181 N 5 mit Verweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Von anderer Beschränkung der Handlungsfreiheit spricht man, wenn das eingesetzte Zwangsmittel das üblicherweise geduldete Mass der Beeinflussung in ähnlicher Weise eindeutig überschreitet wie Gewalt und ernstliche Drohung (BGE 137 IV 328; BGE 134 IV 219; BGE 107 IV 116). Ergänzend ist anzuführen, dass die Nötigung erst dann vollendet ist, wenn sich das Opfer nach dem Willen des Täters verhält; misslingt die Bestimmung von Willensbildung oder -betätigung, so bleibt es beim Versuch (Trechsel/Fingerhuth, a.a.O., Art. 181 N 9).

3.2.2. Die konkrete Beurteilung des Verhaltens des Beschuldigten durch die Vorinstanz ist weitgehend zutreffend (Urk. 84 S. 6ff.). Zu betonen ist, dass der Beschuldigte sich an E._____, die diensttuende Schalterangestellte, wandte und ihr sagte, dass dies *"ein Überfall"* sei. Die Forderung, welche er mit diesen Worten verknüpfte, nämlich die Bankangestellte soll den Alarmknopf betätigen, ist zwar sonderbar, machte in der konkreten Situation aber dennoch Sinn, was E._____ durchaus verstand. Bereits aus dem Vorfall vom 24. Juni 2011 wusste sie, dass der Beschuldigte auf diese Weise versuchte, einen Platz im Gefängnis zu erhalten, was nach dessen Vorstellung für ihn bessere Wohnverhältnisse zur Folge hatte, er sein Ziel aber nicht erreichte. Auch wenn das Ansinnen des Beschuldigten absurd erscheinen mag, machte sein erneutes Erscheinen klar, dass ihm damit ernst war. Die Ernsthaftigkeit seiner Forderung bestätigte er in der vorliegen-

den Strafuntersuchung, indem er auch gegenüber dem Staatsanwalt androhte, künftig weitere Delikte zu begehen, um wieder ins Gefängnis zu gelangen, sollte ihm keine angemessene Wohnung zur Verfügung stehen (Urk. HD 8 S. 2). Auch wenn der Beschuldigte die ganze Zeit ruhig auftrat, so konnte eine verständige Person in dieser Situation sich nicht sicher sein, dass er zur Durchsetzung seines Ziels nicht doch noch Gewalt anwenden würde. Dabei war nicht nur Gewalt zum eigenen Nachteil oder von Arbeitskollegen in Betracht zu ziehen, sondern auch zum Nachteil von Kunden, welche in der fraglichen Zeit die Bank frequentierten. Eine Eskalation wurde von E._____ denn auch tatsächlich in Betracht gezogen.

3.2.3. Gewisse Fälle von Hausfriedensbruch stellen gemäss Lehre eine andere Beschränkung der Handlungsfreiheit im Sinne von Art. 181 StGB dar; so wenn einer Forderung durch eine eigentliche Hausbesetzung Nachdruck verliehen wird, oder auch nur ein Besucher sich auf entsprechende Aufforderung hin kategorisch weigert, bewohnte Räume zu verlassen, bis der Bewohner dem an ihn gerichteten Ansinnen nachgekommen ist (Donatsch, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 9. Aufl., Zürich 2008, S. 410). Der Beschuldigte beschränkte sich allerdings nicht darauf, in Missachtung des erteilten Hausverbots die Räumlichkeiten der Bank zu betreten und darin zu verweilen, sondern er unterstrich seine Forderung, den Alarmknopf zu betätigen, mit der Bemerkung, das dies ein Überfall sei. Damit bewirkte er bei E._____ die Befürchtung, dass er gegebenenfalls Gewalt anwendet, was über ein unberechtigtes Verweilen im Raum offensichtlich hinausgeht. Das Verhalten des Beschuldigten ist daher unter den Begriff der Androhung ernstlicher Nachteile im Sinne von Art. 181 StGB zu subsumieren.

3.2.4. Dass der Beschuldigte wissentlich und willentlich und damit mit direktem Vorsatz handelte, ist offensichtlich und bedarf keiner weiteren Erörterung.

3.2.5. Die Polizei wurde nicht von E._____, sondern von deren Arbeitskollegin, F._____, welche beim ersten Vorfall vom 24. Juni 2011 vom Beschuldigten am Schalter angesprochen worden war, benachrichtigt. Wie erwähnt ist unbekannt, was F._____ vom Gespräch zwischen dem Beschuldigten und E._____ mitbekommen hatte, wie sie die Situation deutete und was sie der Polizei konkret berichtete. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass F._____ allein das

Betreten der Bank und das anschliessende Verweilen in deren Räumlichkeiten, das dem Beschuldigten aufgrund des bestehenden Hausverbots untersagt war, zum Anlass nahm, die Polizei zu benachrichtigen, und zwar aus eigenem Antrieb. Ihr Verhalten kann somit nicht auf die Forderung des Beschuldigten, den Alarmknopf zu betätigen, zurück geführt werden. Im Ergebnis ist damit von einem Versuch im Sinne von Art. 22 Abs. 1 StGB auszugehen, und zwar von einem vollendeten, hatte der Beschuldigte doch alles getan, was nach seiner Vorstellung erforderlich war, um E._____ gefügig zu machen (Trechsel/Geth, in Trechsel/Pieth (Hrsg.), a.a.O., Art. 22 N 12).

3.2.6. Das Vorgehen des Beschuldigten beinhaltete die implizite Androhung von Gewalt für den Fall, dass die Bankangestellte seiner Forderung nicht nachkommt, und damit ein rechtswidriges Mittel (BGE 101 IV 49). Die Rechtswidrigkeit des Nötigungsversuchs ist damit zu bejahen.

3.2.7. Rechtfertigungs- oder Schuldausschlussgründe liegen keine vor. Der Beschuldigte ist somit der versuchten Nötigung im Sinne von Art. 181 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB und des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB schuldig zu sprechen.

4. Sanktion

4.1. Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Straftat und erhöht sie angemessen. Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden (Art. 49 Abs. 1 StGB).

Sowohl Nötigung im Sinne von Art. 181 StGB als auch Hausfriedensbruch im Sinne von 186 StGB werden mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Der Umstand, dass der Beschuldigte mehrere Delikte verübte, ist straferhöhend zu berücksichtigen. Aussergewöhnliche Umstände, die ein Überschreiten des ordentlichen Strafrahmens nach oben erforderlich machen (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 6B_238/2009 vom 8. März 2010, E.5.8 mit Hinweisen), liegen al-

lerdings nicht vor. Wird, wie vorliegend die Nötigung, eine Tat nur versucht, kann das Gericht die Strafe mildern (Art. 22 Abs. 1 StGB). Die verminderte Schuldfähigkeit, welche dem Beschuldigten zuzugestehen ist (vgl. Erw. Ziff. 4.3.2.), stellt einen weiteren Strafmilderungsgrund dar (Art. 19 Abs. 2 StGB). Anlass, aus diesen Gründen den ordentlichen Strafrahmen nach unten zu verlassen, besteht allerdings nicht. Die Strafe ist somit innerhalb des ordentlichen Strafrahmens festzulegen.

4.2. Innerhalb dieses Strafrahmens misst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB).

4.3. Tatkomponente

4.3.1. Zur Art seines Vorgehens und den Auswirkungen auf das Bankpersonal kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 84 S. 9 f.). Hervorzuheben ist, dass das Verhalten des Beschuldigten zweifellos geeignet war, das diensttuende Bankpersonal zu verängstigen und damit dessen psychische Integrität erheblich zu beeinträchtigen. Auch wenn dies nicht sein eigentliches Handlungsziel war, hatte er dies direkt beabsichtigt, um die Bankangestellte gefügig zu machen. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist daher nicht von Eventualvorsatz sondern von direktem Vorsatz auszugehen, was schwerer wiegt.

Dass der Beschuldigte an E._____ geriet, welche trotz einem unguten Gefühl ruhig blieb, besonnen reagierte und der Forderung des Beschuldigten gar nicht nachkam, sondern diesen zum Verlassen der Bank zu bewegen versuchte, ist Zufall. Dass es beim (vollendeten) Versuch einer Nötigung blieb, ist daher nur in geringem Mass zu Gunsten des Beschuldigten zu berücksichtigen.

4.3.2. Hinsichtlich der Lebensumstände des Beschuldigten zur Tatzeit und seiner Motivlage kann zunächst auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 84 S. 10f.) Mit ihr ist davon auszugehen, dass das Verhalten des Beschuldigten trotz seiner schwierigen Lebenssituation nicht mehr als legitime Protestaktion gewertet werden kann. Achtenswerte Beweggründe (Art. 48 lit. a Ziff. 1 StGB), eine schwere Bedrängnis (Art. 48 lit. a Ziff. 2) oder eine *entschuldbare* heftige Gemütsbewegung bzw. grosse seelische Belastung (Art. 48 lit. c StGB), wie dies die Verteidigung vor erster Instanz geltend machte (Urk. 71 S. 4), liegen nicht vor.

Die beeinträchtigte geistige Gesundheit des Beschuldigten wurde von der Vorinstanz berücksichtigt, allerdings unter dem täterspezifischen Aspekt des Vorlebens (vgl. Urk. 84 S. 11) anstatt bei der Beurteilung der subjektiven Tatschwere, wie es ihm vorliegenden Fall angezeigt ist. Der Beschuldigte wurde im Rahmen der vorliegenden Strafuntersuchung psychiatrisch begutachtet, wobei die Einschätzung seiner Gefährlichkeit im Fokus des Auftrags stand (Urk. HD 15/5). Der Gutachter diagnostizierte den dringenden Verdacht auf eine organische Persönlichkeitsstörung (ICD-10 F07.0) bei bekannter Epilepsie mit enechetischer Persönlichkeitsstruktur und einer vorbeschriebenen frontal betonten Hirnatrophie (Urk. HD 15/12 S. 29 ff.). Zur Relevanz der diagnostizierten psychischen Störung des Beschuldigten für die ihm vorgeworfene Straftat hielt der Gutachter fest (Urk. HD 15/12 S. 37f.),

"dass die organische Persönlichkeitsstörung keinen Einfluss auf die Einsichtsfähigkeit des Expl. gehabt hat. Herr A._____ war sich stets darüber im Klaren, dass das Betreten einer Bank unter der Vorgabe, dass es sich um einen Raubüberfall handle und man den Alarmknopf drücken solle, verboten ist. Die Motivation, dieses Verbot zu übertreten, bestand darin, eine für ihn komfortablere Lebenssituation zu erwirken. Berücksichtig man nun die organische Persönlichkeitsstörung in ihrer Gesamtheit über den Längsverlauf der letzten Jahre, bleibt festzuhalten, dass es sich bei Herrn A._____ um einen Menschen handelt, der auf die an ihn gesetzten Erwartungen und auf Anforderungen des Lebens seit Jahren mit den gleichen starren Verhaltensweisen bzw. Mustern reagiert. Wird den Wünschen des Expl. nicht unmittelbar und mit sofortiger Wirkung entsprochen, zeigt er sich zunächst abweisend, verweigernd und versucht diese durch mehrheitlich passiv ag-

gressives Verhalten (Verweigerung der Unterschriften beim Sozialamt) durchzusetzen. Dabei geht er jedoch wenig impulsiv, sondern durchaus strukturiert und überlegt vor, wobei er sich einer gelassen wirkenden Modulation der Sprache bedient. Dennoch muss von erheblichen Einbussen der Steuerungsfähigkeit ausgegangen werden, denn die infolge der Epilepsie aufgetretene organische Persönlichkeitsstörung hat seine Fähigkeit, sich auf Veränderungen oder ungeklärte Situationen bzw. Probleme flexibel einzustellen, deutlich vermindert und zu einer erheblichen Rigidität beigetragen."

Diesen Ausführungen lässt sich entnehmen, dass im Tatzeitpunkt wohl die Einsichtsfähigkeit des Beschuldigten vorlag, aber die Fähigkeit, gemäss dieser Einsicht zu handeln (Steuerungsfähigkeit), erheblich herabgesetzt war. Dieser verminderten Schuldfähigkeit ist mit einer deutlichen Strafminderung Rechnung zu tragen (Art. 19 Abs. 2 StGB).

4.3.3. Insgesamt betrachtet ist hinsichtlich des Nötigungsversuchs von einem leichten Verschulden und von einer Einsatzstrafe deutlich im unteren Drittel des Strafrahmens auszugehen.

4.3.4. Aufgrund des weiteren vom Beschuldigten (mit-) begangenen Delikts, Hausfriedensbruch im Sinne von Art. 186 StGB, ist die Einsatzstrafe angemessen zu erhöhen (Art. 49 Abs. 1 StGB). Diesbezüglich ist festzuhalten, dass diese Tat mit der versuchten Nötigung in engem Zusammenhang steht; erst das unrechtmässige Betreten der Bank eröffnete dem Täter die Gelegenheit, die am Schalter tätige Bankangestellte für sein Ansinnen gefügig zu machen. Die Einsatzstrafe für die versuchte Nötigung ist daher nur leicht zu erhöhen.

4.3.5. Die Einsatzstrafe für beide Delikte ist auf knapp drei Monate Freiheitsstrafe zu bemessen.

4.4. Täterkomponente

Auch hinsichtlich der täterspezifischen Strafzumessungselemente - zu erwähnen sind hier seine Vorstrafe aus dem Jahre 2001 wegen vorsätzlicher Tötung und die Tatbegehung während laufender Probezeit - kann vollumfänglich auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 84 S. 11f). Seiner gesundheitli-

chen Verfassung, welche die Vorinstanz im Kontext der Täterkomponente berücksichtigte (Urk. 84 S. 11 f.), wurde bereits bei der Beurteilung der Tatschwere Rechnung getragen und ist hier nicht nochmal zu gewichten. Insgesamt resultiert aus der Beurteilung der Täterkomponente eine moderate Straferhöhung.

4.5. Unter Berücksichtigung aller Strafzumessungselemente erscheint eine Strafe von drei Monaten als angemessen.

4.6. Strafart und Vollzug

4.6.1. Die Dauer der Freiheitsstrafe beträgt in der Regel mindestens sechs Monate (Art. 40 StGB). Auf eine vollziehbare Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten kann das Gericht nur erkennen, wenn die Voraussetzungen für eine bedingte Strafe (Art. 42) nicht gegeben sind und zu erwarten ist, dass eine Geldstrafe oder gemeinnützige Arbeit nicht vollzogen werden kann (Art. 41 Abs. 1 StGB). Das Gericht schiebt den Vollzug der Strafe in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig ist, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB).

4.6.2. Der Beschuldigte drohte im vorliegenden Strafverfahren gegenüber dem Staatsanwalt an, auch künftig irgend ein Delikt zu begehen, um ins Gefängnis zu gelangen, sollte ihm keine angemessene Wohnung zur Verfügung stehen (Urk. HD 8 S. 2). Im Gutachten vom 10. Februar 2012 ist sodann festgehalten, dass vom Beschuldigten zwar keine unmittelbare Gefahr für Leib und Leben anderer Menschen ausgeht, dennoch aber weiterhin die Gefahr besteht, dass der Beschuldigte, wenn seinen Ansprüchen von den Behörden, namentlich der Fürsorgebehörde, nicht Genüge getan wird, mit Delikten auf seine unbefriedigende Gesamtsituation reagieren könnte (Urk. HD 15/12 S. 41f.). Gemäss den Angaben des Beistandes vom 4. März 2013 zu den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen ist der Beschuldigte zur Zeit im Alters- und Pflegeheim ... in I._____ untergebracht. Er wird vollumfänglich von der Sozialhilfe unterstützt, eine IV-Rente ist beantragt und das entsprechende Verfahren pendent (Urk. 90). Gemäss eigenen Angaben sei ihm eine IV-Rente zugesprochen worden, er erhalte aber nur ein Taschengeld und habe Schulden von über Fr. 250'000.-- (Prot. II S. 9 ff.).

Die wirtschaftliche Situation des Beschuldigten ist somit nach wie vor prekär. Auch die Wohnsituation entspricht nicht seinen Ansprüchen - gegenüber dem Gutachter äusserte sich der Beschuldigte dahingehend, dass er nicht in einer betreuten Wohneinrichtung leben, sondern eine 2½ - Zimmerwohnung mit Lift haben wolle (Urk. HD 15/12 S. 23f.). Gemäss dem vorliegenden Gutachten muss aber auch unabhängig von der Wohnsituation aufgrund des Interaktionsstils und der externalisierenden Attributionen des Beschuldigten mit weiteren Verwicklungen gerechnet werden. Als Beispiel dafür erwähnte der Gutachter eine Auseinandersetzung mit dem Gefängnisarzt hinsichtlich der Einnahme von Medikamenten, nachdem der Beschuldigte sein Ziel, die Unterbringung im Gefängnis, erreicht hatte (Urk. HD 15/12 S. 39 und S. 32; Urk. HD 20/2). Unter diesen Umständen ist die Gefahr künftiger Delikte zu bejahen, weshalb der bedingte Strafvollzug nicht in Frage kommt.

4.6.3. Die Gesundheit des Beschuldigten ist stark beeinträchtigt; bekannt ist eine seit Jahren bestehende Epilepsie, zudem ist er schwer übergewichtig, er ist nach eigenen Angaben schwer lungenkrank, leidet an Gicht und unter Rheumaschüben (Urk. HD 15/12 S. 32). Wie die Erfahrungen aus dem Vollzug seiner Vorstrafe zeigen, ist der Beschuldigte nicht bereit, sich in einen Arbeitsprozess zu integrieren (Urk. HD 10 und HD 13/3/5 S. 1). Unter diesen Umständen macht die Anordnung von gemeinnütziger Arbeit keinen Sinn. In Anbetracht seiner prekären finanziellen Situation - der Beschuldigte ist von der Sozialhilfe abhängig - ist auch eine Geldstrafe ausgeschlossen.

4.6.4. Aus den vorgenannten Gründen ist der Beschuldigte mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von drei Monaten zu bestrafen. Diese Strafe ist durch die vom Beschuldigten erstandene Untersuchungs- und Sicherheitshaft von insgesamt 357 Tagen (Urk. HD 18; Urk. 69 und 77) bereits verbüsst (Art. 51 StGB). Soweit diese Haftdauer die Freiheitsstrafe von drei Monaten übersteigt, ist sie an den noch unverbüssten Rest der vom Geschworenengericht am 19. Juli 2001 ausgefällten Strafe anzurechnen (Art. 89 Abs. 5 StGB; Trechsel/Aebersold, in Trechsel/Pieth (Hrsg.), a.a.O., Art. 89 N 5).

5. Entscheid über den Vollzug der bedingt aufgeschobenen Reststrafe

5.1. Mit Urteil vom 19. Juli 2001 wurde der Beschuldigte vom Geschworenengericht des Kantons Zürich wegen vorsätzlicher Tötung mit 15 Jahren Zuchthaus bestraft (Urk. HD 13/2/1). Nachdem er rund elf Jahre dieser Strafe abgesessen hatte, wurde er am 13. September 2009 aus dem Strafvollzug bedingt entlassen. Mit Verfügung des Amts für Justizvollzug vom 7. Juli 2009 wurde ihm eine Probezeit bis 13. September 2013 angesetzt (Urk. 13/3/5). Die vorliegend zu beurteilenden Delikte beging der Beschuldigte am 1. Dezember 2011 und somit während laufender Probezeit. In solchen Fällen entscheidet das für die Beurteilung der neuen Tat zuständige Gericht über das Schicksal der Reststrafe; es kann den Verurteilten verwarnen, die Probezeit verlängern oder die Rückversetzung anordnen (Art. 89 Abs. 1 und 2 StGB).

5.2. Entsprechend den übereinstimmenden Anträgen der Verteidigung und der Staatsanwaltschaft verzichtete die Vorinstanz auf die Rückversetzung des Beschuldigten in den Strafvollzug. Dafür ordnete sie die Verlängerung der Probezeit um zwei Jahre an. Diese Anordnung erweist sich in Anbetracht des Schuldspruchs, der zu ergehen hat, und der Gründe, welche zur Verweigerung des bedingten Strafvollzugs führen (vgl. Erw. Ziff. 4.6.2.), zweifellos als gerechtfertigt. Da die Staatsanwaltschaft auf Berufung verzichtete, darf das vorinstanzliche Urteil nicht zu Ungunsten des Beschuldigten abgeändert werden (Art. 391 Abs. 2 StPO). Es kann daher offen bleiben, ob gar eine Rückversetzung in den Strafvollzug angebracht gewesen wäre.

6. Kostenfolgen

Ausgangsgemäss sind dem Beschuldigten die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens sowie drei Viertel der Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, aufzuerlegen. Ein Viertel der Kosten des Berufungsverfahrens sind auf die Gerichtskasse zu nehmen. Angesichts der äusserst prekären finanziellen Situation des Beschuldigten ist der ihm aufzuerlegende Kostenanteil sofort abzuschreiben.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig

   - der versuchten Nötigung im Sinne von Art. 181 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB und

   - des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB.

2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer unbedingt vollziehbaren Freiheitsstrafe von drei Monaten, unter Anrechnung der erstandenen Untersuchungs- und Sicherheitshaft von 357 Tagen.

3. Die mit Verfügung des Amts für Justizvollzug des Kantons Zürich vom 7. Juli 2009 für die bedingte Entlassung des Beschuldigten angesetzte Probezeit wird um zwei Jahre verlängert.
   Soweit die Dauer der nach Ziff. 2 anzurechnenden Untersuchungs- und Sicherheitshaft die Freiheitsstrafe übersteigt, wird sie auf den noch unverbüssten Rest der Strafe gemäss Urteil des Geschworenengerichts des Kantons Zürich vom 19. Juni 2001 angerechnet.

4. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Ziff. 5) wird bestätigt.

5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

   Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen:
   Fr. amtliche Verteidigung (ausstehend)

6. Die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens sowie drei Viertel der Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Ein Viertel der Kosten des Berufungsverfahrens wird auf die Gerichtskasse genommen. Der Kostenanteil des Beschuldigten wird sofort abgeschrieben.

7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

   - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten (übergeben)

- die Staatsanwaltschaft See/Oberland
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- die Privatklägerschaft

  (Eine begründete Urteilsausfertigung - und nur hinsichtlich ihrer eigenen Anträge (Art. 84 Abs. 4 StPO) - wird den Privatklägern nur zugestellt, sofern sie dies innert 10 Tagen nach Erhalt des Dispositivs verlangen.)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
- die Staatsanwaltschaft See/Oberland

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profils und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Löschungsdaten
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und B.

8. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 7. Juni 2013

Der Präsident:	Der Gerichtsschreiber:
Oberrichter lic.iur. Spiess	lic.iur. Hafner

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer

Geschäfts-Nr.: SB150472-O/U/cw

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, Ersatzoberrichterin lic. iur. Affolter und Ersatzoberrichter lic. iur. Ernst sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. Berchtold

Urteil vom 29. Juni 2016

in Sachen

1. **A.**_____,
2. **B.**_____,
3. **C.**_____,
4. **D.**_____,
5. **E.**_____,
6. **F.**_____,

Beschuldigte und Berufungskläger

1, 2, 3, 4, 5, 6 verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

Privatkläger

G._____,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Hausfriedensbruch**

Berufungen gegen Urteile des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 25. September 2015 (GG150128, GG150172, GG150127, GG150126, GG150130, GG150129)

Anklagen:

Die Anklagen der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl vom 14. April 2015 (Beschuldigte 1, 3, 4, 5 und 6) sowie vom 6. Juli 2015 (Beschuldigte 2) sind diesem Urteil beigeheftet (Urk. 26 [A._____], Urk. 55/24 [B._____], Urk. 56/29 [C._____], Urk. 57/32 [D._____], Urk. 58/23 [E._____], Urk. 59/38 [F._____]).

Urteile der Vorinstanz:

a) Beschuldigter 1:

1. Der Beschuldigte ist schuldig des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB.

2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 30.– und einer Busse von Fr. 300.–.

3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt. Die Busse ist zu bezahlen.

4. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen.

5. Die Privatklägerin wird mit ihrem Schadenersatzbegehren auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.

6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	1'000.00	die weiteren Auslagen betragen:
Fr.	500.00	Gebühr für das Vorverfahren
Fr.	50.00	Kosten der Kantonspolizei

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

7. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.

b) Beschuldigte 2:

1. Die Beschuldigte ist schuldig des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB.

2. Die Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 85.– und einer Busse von Fr. 300.–.

3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Die Busse ist zu bezahlen.

4. Bezahlt die Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen.

5. Die Privatklägerin wird mit ihrem Schadenersatzbegehren auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.

6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	1'000.00	die weiteren Auslagen betragen:
Fr.	500.00	Gebühr für das Vorverfahren
Fr.	50.00	Kosten der Kantonspolizei

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

7. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden der Beschuldigten auferlegt.

8. Der Beschuldigten wird weder eine Prozessentschädigung noch eine persönliche Umtriebsentschädigung zugesprochen.

c) Beschuldigter 3:

1. Der Beschuldigte ist schuldig des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB.

2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 30.– und einer Busse von Fr. 300.–.

3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Die Busse ist zu bezahlen.

4. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen.

5. Der von der Stadtpolizei Zürich am 15. August 2014 sichergestellte und bei der Kantonspolizei Zürich lagernde Schraubenzieher (Asservat-Nr. ...) wird eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.

6. Die von der Stadtpolizei Zürich am 15. August 2014 sichergestellten und bei der Kantonspolizei Zürich lagernden Gegenstände:

   - 1 Lederjacke (Asservat-Nr. ...)
   - 1 Jeanshose (Asservat-Nr. ...)

7. werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheides auf erstes Verlangen herausgegeben bzw. nach Ablauf einer dreimonatigen Frist von der Lagerbehörde vernichtet.

8. Die Privatklägerin wird mit ihrem Schadenersatzbegehren auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.

9. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	1'000.00	die weiteren Auslagen betragen:
Fr.	500.00	Gebühr für das Vorverfahren
Fr.	50.00	Kosten der Kantonspolizei

   Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

10. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.

d) Beschuldigte 4:

1. Die Beschuldigte ist schuldig des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB.

2. Die Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 30.– und einer Busse von Fr. 300.–.

3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Die Busse ist zu bezahlen.

4. Bezahlt die Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen.

5. Die von der Stadtpolizei Zürich am 15. August 2014 sichergestellten und bei der Kantonspolizei Zürich lagernden Gegenstände:

   - 1 Engländerzange, 1 Rohrzange, 1 Spitzzange, 1 Rolle Klebeband, 1 Säge, 1 Werkzeugaufsatz-Set und 1 Filzstift (Asservat-Nr. ...)

   werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.

6. Die von der Stadtpolizei Zürich am 15. August 2014 sichergestellten und bei der Kantonspolizei Zürich lagernden Gegenstände:

   - 1 Trainerhose (Asservat-Nr. ...)
   - 1 Pullover (Asservat-Nr. ...)

   werden der Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheides auf erstes Verlangen herausgegeben bzw. nach Ablauf einer dreimonatigen Frist von der Lagerbehörde vernichtet.

7. Die Privatklägerin wird mit ihrem Schadenersatzbegehren auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.

8. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	1'000.00	die weiteren Auslagen betragen:
Fr.	500.00	Gebühr für das Vorverfahren
Fr.	50.00	Kosten der Kantonspolizei

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

9. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden der Beschuldigten auferlegt.

e) Beschuldigter 5:

1. Die Beschuldigte ist schuldig des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB.

2. Die Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 30.– und einer Busse von Fr. 300.–.

3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Die Busse ist zu bezahlen.

4. Bezahlt die Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen.

5. Die von der Stadtpolizei Zürich am 15. August 2014 sichergestellten und bei der Kantonspolizei Zürich lagernden Gegenstände:

   - 1 Engländerzange, 1 Rohrzange, 1 Spitzzange, 1 Rolle Klebeband, 1 Säge, 1 Werkzeugaufsatz-Set und 1 Filzstift (Asservat-Nr. ...)

   werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.

6. Die von der Stadtpolizei Zürich am 15. August 2014 sichergestellten und bei der Kantonspolizei Zürich lagernden Gegenstände:

   - 1 Trainerhose (Asservat-Nr. ...)
   - 1 Pullover (Asservat-Nr. ...)

7. werden der Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheides auf erstes Verlangen herausgegeben bzw. nach Ablauf einer dreimonatigen Frist von der Lagerbehörde vernichtet.

8. Die Privatklägerin wird mit ihrem Schadenersatzbegehren auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.

9. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	1'000.00	die weiteren Auslagen betragen:
Fr.	500.00	Gebühr für das Vorverfahren
Fr.	50.00	Kosten der Kantonspolizei

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

10. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden der Beschuldigten auferlegt.

f) Beschuldigter 6:

1. Der Beschuldigte ist schuldig des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB.

2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 30.– und einer Busse von Fr. 300.–.

3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Die Busse ist zu bezahlen.

4. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen.

5. Die von der Stadtpolizei Zürich am 15. August 2014 sichergestellten und bei der Kantonspolizei Zürich lagernden Gegenstände:

   - 1 Geissfuss (Asservat-Nr. ...)
   - 1 Brecheisen (Asservat-Nr. ...)
   - 1 Wollmaske (Asservat-Nr. ...)

   werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.

6. Das von der Stadtpolizei Zürich am 15. August 2014 sichergestellte und bei der Bezirksgerichtskasse unter der Sachkautions-Nr. ... lagernde Transparent/Plakat aus Stoff (Asservat-Nr. ...) wird eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.

7. Die von der Stadtpolizei Zürich am 15. August 2014 sichergestellten und bei der Kantonspolizei Zürich lagernden Gegenstände:

   - 1 Jacke, 1 T-Shirt und 1 Hose (Asservat-Nr. ...)

   werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheides auf erstes Verlangen herausgegeben bzw. nach Ablauf einer dreimonatigen Frist von der Lagerbehörde vernichtet.

8. Die Privatklägerin wird mit ihrem Schadenersatzbegehren auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.

9. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	1'000.00	die weiteren Auslagen betragen:
Fr.	500.00	Gebühr für das Vorverfahren
Fr.	50.00	Kosten der Kantonspolizei

   Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

10. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung der Beschuldigten:
(Urk. 66 S. 3)

1.a) Es sei festzustellen, dass die Urteile GG150128 (A._____), GG150130 (E._____) und GG150172 (B._____) des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 25. September 2015 bezüglich der jeweiligen Dispositivziffer 5 in Rechtskraft erwachsen sind.

1.b) Es sei festzustellen, dass die Urteile GG150126 (D._____ und GG150127 (C._____) des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 25. September 2015 bezüglich der jeweiligen Dispositivziffern 5, 6 und 7 in Rechtskraft erwachsen sind.

1.c) Es sei festzustellen, dass das Urteil GG150 129 (F._____) des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 25. September 2015 bezüglich der Dispositivziffern 5, 6, 7 und 8 in Rechtskraft erwachsen ist.

2.a) Die jeweiligen Dispositivziffern 1, 2, 3, 4, 6 und 7 der Urteile GG150128 (A._____) und GG150130 (E._____) des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht vom 25. September 2015 seien aufzuheben.

2.b) Die Dispositivziffern 1, 2, 3, 4, 6, 7 und 8 des Urteils GG150172 (B._____) des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 25. September 2015 seien aufzuheben.

2.c) Die Dispositivziffern 1, 2, 3, 4, 8 und 9 des Urteils GG150126 (D._____) und GG150127 (C._____) des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 25. September 2015 seien aufzuheben.

2.d) Die Dispositivziffern 1, 2, 3, 4, 9 und 10 des Urteils GG150129 (F._____) des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 25. September 2015 seien aufzuheben.

3. Das Strafverfahren (Unt. Nr. 2014/131105715) gegen D._____, C._____, A._____, F._____, E._____ und B._____ vom Vorwurf betreffend Hausfriedensbruch H._____-Strasse ..., ... Zürich, am 15. August 2014, freizusprechen.

4. Eventualiter seien D._____, C._____, A._____, F._____, E._____ und B._____ vom Vorwurf betreffend Hausfriedensbruch H._____-Strasse ..., ... Zürich, am 15. August 2014, freizusprechen.

5. Die Kosten des Vorverfahrens, des erstinstanzlichen Hauptverfahrens und des Berufungsverfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen.

6. D._____, C._____, A._____, F._____, E._____ und B._____ sei für ihren anwaltlichen Aufwand im Berufungsverfahren eine Entschädigung im Umfang der beteiligten Honorarnote zuzusprechen.

7. B._____ sei für ihren anwaltlichen Aufwand im erstinstanzlichen Hauptverfahren eine Entschädigung von Fr. 2'914.90 zuzusprechen.

8. B._____ sei für ihre Umtriebe im Vorverfahren und im erstinstanzlichen Hauptverfahren eine Entschädigung von Fr. 562.50 zuzusprechen.

b) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl:
(Urk. 60 und 61, schriftlich)

Bestätigung der vorinstanzlichen Urteile.

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Die begründete Ausfertigung der eingangs wiedergegebenen Urteile des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 25. September 2015 wurden von den Beschuldigten am 16. Oktober 2015 (Urk. 45/2 [Beschuldiger 1]; Urk. 55/40 [Beschuldigte 2]), am 19. Oktober 2015 (Urk. 56/45/2 [Beschuldigter 3]; Urk. 58/45/2 [Beschuldigter 5]), am 20. Oktober 2015 (Urk. 57/46/2 [Beschuldigte 4]) bzw. am 30. Oktober 2015 (Urk. 59/45/2 [Beschuldigter 6]) entgegen genommen. Mit Eingaben ihres Verteidigers vom 2. November 2015 erklärten die Beschuldigten 1-6 rechtzeitig Berufung (Urk. 49 [Beschuldigter 1]; Urk. 55/42 [Beschuldigte 2]; Urk. 56/49 [Beschuldigter 3]; Urk. 57/50 [Beschuldigte 4]; Urk. 58/48 [Beschuldigter 5]; Urk. 59/49 [Beschuldigter 6]). Den Berufungserklärungen liess der Verteidiger mit Eingaben vom 26. November 2015 in allen sechs Berufungsverfahren Erklärungen der Beschuldigten zur Mehrfachvertretung folgen (Urk. 51; 55/44; 56/51; 57/52; 58/50; 59/51 je mit Beilagen).

2. Mit Beschlüssen vom 7. Dezember 2015 wurden die sechs Verfahren unter der vorliegenden Verfahrensnummer SB150472 vereinigt und es wurden die Verfahren SB150473, SB150474, SB150476, SB150477 und SB150478 abgeschrieben (Urk. 53; Urk. 55/47; Urk. 56/54; Urk. 57/55; Urk. 58/53; Urk. 59/54). Mit nämlichen Beschlüssen wurde der nach damaliger Ansicht als Privatklägerin fungierenden G._____ AG und der Anklagebehörde zudem Frist angesetzt, um einerseits Anschlussberufung oder ein begründetes Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen sowie andererseits zu erklären, ob sie mit der schriftlichen Durchführung des Berufungsverfahrens einverstanden seien. Mit Eingaben vom 14. Dezember 2015 teilte die Anklagebehörde den Verzicht auf Anschlussberufung und ihr Einverständnis mit der Durchführung des schriftlichen Berufungsverfahrens mit (Urk. 60 S. 3; Urk. 61 S. 1). Letzteres erklärte namens der G._____ AG auch I._____ (vgl. Urk. 63). Zur Frage der Anschlussberufung liess sich die G._____ AG demgegenüber nicht verlauten.

3. Mit Präsidialverfügung vom 20. Januar 2016 wurde die schriftliche Durchführung des Berufungsverfahrens angeordnet und es wurde den Beschuldigten Frist zur Erstattung der schriftlichen Berufungsbegründung angesetzt (Urk. 64). Der Verteidiger reichte namens der Beschuldigten 1-6 mit Eingabe vom 12. Februar 2016 die schriftliche Berufungsbegründung samt Beilagen ein (Urk. 66; Urk. 67/1-7). Mit Präsidialverfügung vom 15. Februar 2016 wurde die Berufungsbegründung der G._____ AG, der Anklagebehörde und der Vorinstanz zugestellt. Weiter wurde der G._____ AG und der Anklagebehörde Frist zur Erstattung der Berufungsantwort sowie der Vorinstanz Frist zur freigestellten Vernehmlassung angesetzt (Urk. 68). Die Anklagebehörde teilte mit Eingabe vom 17. Februar 2016 und die Vorinstanz mit ebensolcher vom Folgetag den Verzicht auf Beantwortung der Berufung respektive Vernehmlassung mit (Urk. 70; Urk. 71). Die G._____ AG liess sich nicht verlauten.

4. Mit Präsidialverfügung vom 7. April 2016 wurde festgehalten, dass sich richtigerweise nicht die G._____ AG, sondern die Privatperson G._____ im vorliegenden Verfahren als Privatkläger konstituiert hat, und es wurde dem Privatkläger Frist zur Beantwortung der Berufung der Beschuldigten angesetzt (Urk. 72). Innert erstreckter Frist erstattete der Privatkläger die Berufungsantwort vom 23. Mai 2016 (Urk. 76), welche den Parteien mit Präsidialverfügung vom 30. Mai 2016 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 77). Die daraufhin eingereichte Stellungnahme der Verteidigung vom 2. Juni 2016 (Urk. 79) wurde den Parteien mit Präsidialverfügung vom 6. Juni 2016 zugestellt (Urk. 80). Die Parteien liessen sich daraufhin nicht mehr verlauten.

5. Das Verfahren ist spruchreif.

II. Prozessuales

1. Umfang der Berufung

1.1. Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung. Die Rechtskraft des angefochtenen Urteils wird somit im Umfang der Berufungsanträge gehemmt, während die von der Berufung nicht erfassten Punkte in Rechtskraft erwachsen (vgl. BSK StPO-Eugster, Art. 402 N 1 f.).

1.2. Die Beschuldigten beantragen gemäss ihrer Berufungserklärung die Einstellung der Verfahren respektive eventualiter von den Vorwürfen des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB freigesprochen zu werden, unter entsprechender Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (Urk. 66 S. 3 ff.). Explizit nicht angefochten und damit in Rechtskraft erwachsen sind die vorinstanzlichen Entscheide über die Zivilforderung sowie über die sichergestellten Gegenstände, was vorab mittels Beschluss festzustellen ist.

2. Zulässigkeit der Mehrfachvertretung

2.1. Ein Rechtsanwalt kann grundsätzlich im gleichen Strafverfahren nicht mehrere mitangeklagte Personen verteidigen, da in diesem Fall unweigerlich die Gefahr eines Interessenkonflikts entsteht, der gestützt auf das Anwaltsberufs- und Strafprozessrecht einen Verfahrensausschluss eines Verteidigers rechtfertigen kann (Pra 87 Nr. 98 S. 215). Von besonderen Ausnahmefällen abgesehen, dürfen Anwälte daher keine Mehrfachverteidigungen von Mitangeschuldigten ausüben. Dies selbst dann nicht, wenn die Mandanten der Doppelvertretung zustimmen, oder wenn der Verteidiger beabsichtigt, für alle Angeschuldigten auf Freispruch zu plädieren. Eine Mehrfachverteidigung ist jedoch im Interesse der Verfahrenseffizienz ausnahmsweise erlaubt, sofern die Mitangeschuldigten durchwegs identische und widerspruchsfreie Sachverhaltsdarstellungen geben und ihre Prozessinteressen nach den konkreten Umständen nicht divergieren. Diese Rechtsprechung steht im Einklang mit Art. 12 lit. c BGFA, wonach Rechtsanwälte Konflikte mit den

Interessen ihrer Klientschaft vermeiden sollen (BGer 6B_1073/2010 vom 21. Juni 2011 E. 1.2.2 mit Hinweisen).

2.2. Dem soeben zitierten Entscheid 6B_1073/2010 vom 21. Juni 2011 lag eine mit diesem Verfahren vergleichbare Konstellation zugrunde. Parallelen finden sich insbesondere darin, dass auch vorliegend sämtliche Mitbeschuldigten im gesamten Verfahren nicht geständig waren respektive Freisprüche verlangten, sich dabei nicht gegenseitig belasteten, sondern ausnahmslos die Aussagen verweigerten und den Verteidiger, der zuvor lediglich die Beschuldigte 2 vertrat, für das Berufungsverfahren gemeinsam mandatierten. Analog zu den Erwägungen des Bundesgerichts im angeführten Entscheid kann daher konstatiert werden, dass die Beschuldigten eine gemeinsame Verteidigungsstrategie wählten und keine Differenzen hinsichtlich der Sachverhaltsdarstellung oder der rechtlichen Würdigung bestehen. Es sind damit insgesamt keine konkreten gegenläufigen Interessen der Beschuldigten auszumachen, sondern es ist von einer völlig übereinstimmenden Interessenlage auszugehen. Unter diesen Umständen ist die Mehrfachvertretung im vorliegenden Verfahren in Nachachtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung ausnahmsweise zulässig, zumal sie zudem zweifellos der Prozessökonomie dienlich ist.

2.3. Ergänzend sei in diesem Zusammenhang und im Hinblick auf die Vorbringen der Verteidigung, sie sei lediglich im Besitz von Kopien des Strafantrags (Urk. 2) und des Formulars "Geltendmachung von Rechten als Privatklägerschaft" (Urk. 8) gewesen (Urk. 70 S. 4), angefügt, dass der Verteidigung naturgemäss bekannt war, dass es sich bei den in ihrem Besitze befindlichen Dokumenten nicht um Originalakten handelte. Spätestens im Verfahren vor der erkennenden Kammer bestand für die Verteidigung sodann ein Recht auf Einsicht in alle Akten und damit die Möglichkeit, die Originale des Strafantrags und des Formulars "Geltendmachung von Rechten als Privatklägerschaft" einzusehen. Wenn die Verteidigung in der Berufungsbegründung aufgrund der Anfertigung von Kopien teilweise von unrichtigen Tatsachen ausgegangen sein mag, hat sie dies mithin selber zu vertreten. Es ist jedoch ohnehin nicht ersichtlich, dass ihr respektive den Beschuldigten ein relevanter Nachteil daraus entstanden wäre, zumal die entscheidende

Frage nach der Legitimation zur Strafantragstellung von Amtes wegen zu klären ist (dazu nachfolgende Erw. 3.3.1.-3.3.4.).

3. Prozessuale Einwendungen

3.1. Die Verteidigung begründet ihren Hauptantrag auf Einstellung der Strafverfahren gegen sämtliche sechs Beschuldigten mit verschiedenen prozessualen Argumenten, auf die nachfolgend einzugehen ist.

3.2.1. Bei chronologischer Betrachtung der Geschehnisse des 15. August 2014 besteht der erste Einwand der Verteidigung darin, die Polizei hätte in der betreffenden Nacht gar nicht von sich aus tätig werden dürfen, da es sich beim Hausfriedensbruch im Sinne von Art. 186 StGB um ein Antrags- und nicht um ein Offizialdelikt handle und der Strafantrag erst am 19. August 2014 gestellt worden sei (Urk. 66 S. 15).

3.2.2. Gemäss Polizeirapport vom 28. August 2014 wurde das vorliegende Verfahren dadurch in Gang gesetzt, dass die Stadtpolizei in der Tatnacht um ca. 02.10 Uhr von einer Anwohnerin die telefonische Meldung erhielt, die Liegenschaft an der H._____-Strasse ... werde gerade aufgebrochen und mehrere Personen würden das Gebäude besetzen. Nachdem der Sachverhalt durch eine Streifenwagenpatrouille bestätigt worden war, forderten die daraufhin angerückten Polizeikräfte die Hausbesetzer auf, die Liegenschaft innert einer Frist von fünf Minuten zu verlassen. Dies taten die Besetzer schliesslich selbständig, nachdem sie die von innen verbarrikadierte Haustüre freimachten. In der Folge führten die Polizeibeamten eine Personen- und Effektenkontrolle durch, wobei bei den Beschuldigten 3, 4 und 6 diverses Einbruchswerkzeug sowie die Kleidung sicherstellt wurden. Während die weiteren Angehaltenen unmittelbar vor Ort auf freien Fuss gesetzt wurden, wurden die Beschuldigten 3, 4 und 6 in das Haftsachen-Detektivbüro überführt, wo sie nach Durchführung jeweils einer Einvernahme ebenfalls entlassen wurden (Urk. 1 S. 7).

3.2.3. Sobald die Polizei auf Anhaltspunkte stösst, die die Begehung einer strafbaren Handlung als *möglich* erscheinen lassen, nimmt sie ihre Ermittlungstätigkeit

auf. Zum Ermittlungsverfahren zählen sämtliche polizeilichen Erhebungen zum Zwecke der Aufklärung einer Straftat, die vor der Eröffnung einer Strafuntersuchung vorgenommen werden (Landshut/Bosshard, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., 2. Aufl. 2014, Art. 299 N 10). Das polizeiliche Ermittlungsverfahren bildet zusammen mit der Untersuchung der Staatsanwaltschaft das der Ermittlung des für eine Straftat relevanten Sachverhalts dienende Vorverfahren, welches in den Art. 299 ff. StPO geregelt ist. Wird eine Straftat nur auf Antrag hin verfolgt, wird ein Vorverfahren erst eingeleitet, wenn der Strafantrag gestellt ist (Art. 303 Abs. 1 StPO). Dies schliesst aber nicht aus, dass die Strafverfolgungsbehörden bei Dringlichkeit schon vorher sichernde Massnahmen ergreifen dürfen (vgl. Art. 303 Abs. 2 StPO; Riklin, OFK-StPO, 2. Aufl. 2014, Art. 303 N 2). So ist es den Strafverfolgungsbehörden erlaubt, bereits vor Antragstellung beispielsweise die Personalien eines Tatverdächtigen aufzunehmen, Tatbeteiligte zu befragen oder allenfalls vorhandene Beweismittel sicherzustellen (BSK StPO-Riedo/Boner, Art. 303 N 21; Landshut/Bosshard, a.a.O., Art. 303 N 16).

3.2.4. Dem Einwand der Verteidigung kann nach dem Gesagten insoweit zugestimmt werden, als es sich beim Hausfriedensbruch um ein Antragsdelikt handelt, weshalb grundsätzlich ein Vorverfahren erst bei Vorliegen eines Strafantrags eingeleitet werden darf. Da es sich bei den von der Stadtpolizei in der betreffenden Nacht vorgenommenen Abklärungen, insbesondere den Personen- und Effektenkontrollen, nicht zuletzt aufgrund der nächtlichen Uhrzeit der Geschehnisse um klassische Fälle von unaufschiebbaren sichernden Massnahmen handelte, die zu einem späteren Zeitpunkt zweifelsohne nicht hätten nachgeholt werden können, und die Polizeibeamten mit Fug davon ausgehen durften, der Eigentümer sei mit der Besetzung der betreffenden Liegenschaft nicht einverstanden (vgl. dazu nachstehende Erw. IV./3.1.), erweist sich das Vorgehen der Polizei als gesetzeskonform und die Berufung in diesem Punkt als unbegründet.

3.3.1. Ihre Anträge auf Einstellung der Verfahren begründen die Beschuldigten sodann hauptsächlich damit, es mangle an einem gültigen Strafantrag. Der bei den Akten liegende Strafantrag vom 19. August 2014 sei von einer Person gestellt worden, die dazu nicht berechtigt gewesen sei (Urk. 66 S. 6 ff.).

3.3.2.1. Ist eine Tat – wie der Hausfriedensbruch im Sinne von Art. 186 StGB – nur auf Antrag strafbar, so stellt das Vorliegen eines gültigen Strafantrags eine Prozessvoraussetzung dar, bei deren Fehlen das Verfahren nicht anhand zu nehmen oder einzustellen ist (Art. 310 Abs. 1 lit. a und 319 Abs. 1 lit. d StPO; BSK StGB-Riedo, Art. 30 N 108). Berechtigt, einen Strafantrag zu stellen, ist jede Person, die zumindest behauptet, durch die angezeigte Tat verletzt worden zu sein (Art. 30 StGB). "Verletzt" ist ausschliesslich der Träger des unmittelbar angegriffenen Rechtsguts, nicht aber die durch die Tat bloss mittelbar betroffene Person. Bei Eigentumsdelikten gilt indessen neben dem Eigentümer der Sache auch jemand als verletzt, in dessen Rechtskreis die Tat unmittelbar eingreift, und derjenige, dem eine besondere Verantwortung für die Erhaltung der Sache obliegt, z.B. ein Mieter oder jemand, dem sie anvertraut wurde (Donatsch, OFK-StGB, 2. Aufl. 2014, Art. 30 N 6).

3.3.2.2. Zunächst ist mit Verweis auf die Erwägungen in der Präsidialverfügung vom 7. April 2016 festzuhalten, dass die Strafanzeige von I._____ in Vertretung der Privatperson G._____ angemeldet wurde. Zumindest in den Rubra ihrer Eingaben an die Berufungsinstanz wurde die Privatklägerschaft auch von der Verteidigung von Anfang an korrekt bezeichnet (Urk. 49, Urk. 51, Urk. 66 und Urk. 79). Die Vorinstanz dagegen ging davon aus, dass die G._____ AG den Strafantrag gestellt habe. Sie übersah indessen, dass auf der betreffenden Zeile des Strafantragsformulars bei der Bezeichnung der geschädigten Person der Zusatz "AG" gestrichen wurde. Die Vorinstanz ging zwar auch von der Eigentümerschaft "G._____" aus, erkannte jedoch eine Anzeigeberechtigung für die "G._____ AG" als Liegenschaftenverwalterin. Entsprechend änderte die Vorinstanz das Rubrum. Wie die Verteidigung monierte (Urk. 79 S. 5), nahm die Vorinstanz damit in der Tat einen Parteiwechsel vor, ohne den Parteien das rechtliche Gehör zu gewähren. Die unrichtige Annahme der Vorinstanz wurde im Berufungsverfahren mit der erwähnten Verfügung jedoch inzwischen korrigiert. Die Verteidigung konnte sich zu den Wechseln der Bezeichnung der Privatklägerschaft in ihren Eingaben im Berufungsverfahren vom 12. Februar 2016 (Urk. 66) und 2. Juni 2016 (Urk. 79) ausreichend äussern, womit dem Anspruch der Beschuldigten auf rechtliches Gehör nunmehr Genüge getan ist. Anzufügen bleibt im Hinblick auf die diesbezügli-

chen Vorbringen der Verteidigung (Urk. 66 S. 11 f.), dass das Vorgehen der Vorinstanz keinen Verdacht auf ein strafbares Verhalten des Vorderrichters zu begründen vermag.

3.3.2.3. Bei G._____, mit vollem Namen G._____, handelt es sich um den Alleineigentümer der von den Beschuldigten besetzten Liegenschaft und damit um die unmittelbar geschädigte Person (Urk. 55/36/1; Urk. 48 S. 4; Urk. 76 S. 3). Aufgrund dessen war G._____ persönlich zweifelsohne zur Antragstellung berechtigt. Damit reduziert sich die entscheidende Frage darauf, ob I._____ als Vertreterin von G._____ einen gültigen Strafantrag stellen konnte.

3.3.3.1. Das Recht, Strafantrag zu stellen, ist grundsätzlich höchstpersönlicher Natur und unübertragbar, doch kann ein Vertreter zur Abgabe der Willenserklärung ermächtigt werden (Donatsch, a.a.O., Art. 30 N 8). Einer speziellen, auf den konkreten Fall zugeschnittenen ausdrücklichen oder konkludenten Ermächtigung bedarf der Bevollmächtigte jedoch nur bei Verletzung höchstpersönlicher immaterieller Rechtsgüter, welche dem Berechtigten naturgemäss innewohnen oder von ihrem Status herrühren, wie beispielsweise Leib und Leben, Ehre, persönliche Freiheit, Eheschliessung oder Kindesverhältnis. Nach der Rechtsprechung ist es in Fällen, in denen die Verletzung materieller Rechtsgüter in Frage steht, die nicht direkt von der Person des Berechtigten, sondern etwa vom Inhalt einer vertraglichen Beziehung abhängen, darüber hinaus zulässig, dem Vertreter die Entscheidung zu überlassen, ob er Strafantrag erheben will (Vertretung im Willen). In solchen Fällen ist die Vertretung durch eine generelle, vor der Tat erteilte Ermächtigung zulässig; einer speziellen Ermächtigung für den Einzelfall bedarf es diesfalls nicht. Die Ermächtigung des Vertreters zur Antragstellung darf in der Regel angenommen werden, wenn das betreffende Delikt materielle Rechtsgüter verletzt, mit deren Wahrung oder Verwaltung der Vertreter allgemein betraut ist (BGE 122 IV 207 E. 3c mit Hinweisen). Mangels einer entsprechenden Vorschrift in der StPO bedarf es zur Gültigkeit des Strafantrags keiner schriftlichen Vollmacht für den Vertreter (Trechsel/Jean-Richard, in Trechsel/Pieth [Hrsg.], StGB PK, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 30 N. 5). Allerdings wird zu verlangen sein, dass auch die Bevollmächtigung den Formerfordernissen von Art. 304 Abs. 1 StPO genügt,

da die Behörden sonst kaum in der Lage sind, die Gültigkeit des Strafantrags zu überprüfen (BSK StGB-Riedo, Art. 30 N 90).

3.3.3.2. Da der Strafantrag – wie erwähnt – nicht namens der G._____ AG, sondern im Namen von G._____ gestellt wurde, sind die vorinstanzlichen Erwägungen, wonach die G._____ AG aufgrund der Vertretungsverhältnisse gemäss Handelsregisterauszugs Liegenschaftsverwalterin von G._____ gewesen sei, als solche ein rechtlich geschütztes Interesse an der Einhaltung des Hausrechts gehabt habe und daher berechtigt gewesen sei, Strafantrag zu stellen (Urk. 48 S. 4), bei der Beurteilung der Gültigkeit des Strafantrags nicht zielführend. Massgeblich ist vielmehr die Position von I._____. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass keine schriftliche Vollmacht von G._____ an I._____ im Recht liegt. Angesichts der vorstehend angeführten Rechtsprechung ist eine solche für die Bejahung der Gültigkeit des Strafantrags jedoch nicht zwingend notwendig. Wie der Privatkläger in seiner Berufungsantwort – die entgegen den Vorbringen der Verteidigung (Urk. 79 S. 3) nicht missbräuchlich ist, da sie einerseits auf gerichtliche Fristansetzung hin erfolgte (vgl. Urk. 72) und andererseits keine Rede davon sein kann, G._____ habe sich am Verfahren nicht beteiligt (dazu nachfolgende Erw. IV./3.1.) – ausführen lässt, ergibt sich die Vollmacht von I._____ zur Antragstellung in seinem Namen daraus, dass sie die betreffende Liegenschaft an der H._____-Strasse ..., ... Zürich, für den Privatkläger verwaltete (Urk. 76 S. 4). Als Liegenschaftenverwalterin war I._____ unter anderem zur Wahrung des Hausrechts verpflichtet und damit gemäss der angeführten Rechtsprechung ohne spezielle Vollmacht zur Antragstellung namens des Privatklägers ermächtigt (und wäre – dies als Ergänzung – dazu gar in eigenem Namen berechtigt gewesen). Dass die Stellung von I._____ als Liegenschaftenverwalterin gegenüber Feldwebel J._____, der den Strafantrag entgegen nahm respektive diesen ausfüllte (a.a.O.), kundgetan wurde, ergibt sich sodann aus dem Strafantrag selber, wurde I._____ darin doch ausdrücklich als Liegenschaftenverwalterin bezeichnet (Urk. 2). Den gesetzlichen Formerfordernissen wurde damit Genüge getan; anders zu entscheiden, käme überspitztem Formalismus gleich. Auf die Abnahme der weiteren angebotenen Beweismittel (Zeugeneinvernahmen, vgl. Urk. 76) kann unter diesen Umständen verzichtet werden.

3.3.4. Der von I._____ ausdrücklich in ihrer Funktion als Liegenschaftenverwalterin namens des geschädigten Hauseigentümers G._____ gestellte Strafantrag erweist sich damit als rechtsgültig. Eine Einstellung der Verfahren gegen die Beschuldigten ist nicht angezeigt.

III. Sachverhalt

Auf die in allen Punkten zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen zur Sachverhaltserstellung kann verwiesen werden (z.B. Urk. 48 S. 5 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Die vorhandenen Beweismittel lassen keinen anderen Schluss zu, als dass die Beschuldigten tatsächlich gemeinsam in die Liegenschaft an der H._____-Strasse ... in ... Zürich eindrangen und sich darin aufhielten, wie es ihnen vorgeworfen wird. Der Sachverhalt wird von den Beschuldigten insoweit denn auch nicht bestritten, was zwar einerseits der Tatsache geschuldet ist, dass diese während des gesamten Untersuchungs- und Gerichtsverfahrens allesamt von ihrem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch machten und auf Aussagen zum Sachverhalt verzichteten. Andererseits stellte jedoch auch die Verteidigung den Sachverhalt nicht in Frage und sprach selber vom "rund zweistündige[n] Verweilen der Beschuldigten in der Liegenschaft H._____-Strasse ..., ... Zürich" (Urk. 66 S. 15). Der in der Anklage geschilderte Sachverhalt ist daher erstellt und der nachfolgenden rechtlichen Würdigung zugrunde zu legen.

IV. Rechtliche Würdigung

1. Die Beschuldigten wenden sich gegen die Qualifikation ihres Handelns als Hausfriedensbruch im Sinne von Art. 186 StGB. Sie führen hauptsächlich ins Feld, ein Täter im Sinne von Art. 186 StGB müsse gegen den Willen des Berechtigten handeln. Erforderlich sei eine deutliche Willenskundgebung des Letzteren, aus welcher erkennbar sei, dass das Hausrecht ausgeübt werde. Der Eigentümer der betreffenden Liegenschaft, G._____, habe sich im vorliegenden Strafverfahren nicht ein einziges Mal dahingehend geäussert, dass sich die Beschuldigten

nicht in der Liegenschaft H._____-Strasse ..., ... Zürich, aufhalten dürften. Es gebe in den Akten keine Anhaltspunkte, dass das Eindringen und rund zweistündige Verweilen der Beschuldigten in der Liegenschaft gegen den Willen von G._____ stattgefunden habe. Es sei hinlänglich bekannt, dass sich die Eigentümer von leerstehenden Liegenschaften bei einer Hausbesetzung oftmals gar nicht dafür interessierten, das Vorgehen von solchen Personen tolerierten oder in der Folge gar Zwischennutzungsverträge abschlössen. Dass sich G._____ kein einziges Mal zum inkriminierten Vorfall habe verlauten lassen, sei ein klares Indiz, dass er mit dem Eindringen und rund zweistündigen Verweilen einverstanden gewesen sei oder es ihn schlichtweg nicht interessiert habe (Urk. 66 S. 15 f.; Urk. 79 S. 7 f.).

2. Was die rechtlichen Aspekte des Art. 186 StGB angeht, kann auf die zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (z.B. Urk. 48 S. 11; Art. 82 Abs. 4 StPO).

3.1. Zutreffend an der Argumentation der Verteidigung ist zunächst, dass der Tatbestand des Hausfriedensbruchs eine erkennbare Willenskundgebung des Berechtigten erfordert (BSK StGB II-Delnon/Rüdy, Art. 186 N 26). Diese muss jedoch zum einen nicht ausdrücklich kundgetan werden, sondern kann auch konkludent erfolgen, und kann zum anderen auch durch einen Vertreter vorgenommen werden (BSK StGB II-Delnon/Rüdy, Art. 168 N 26). Es ist daher von vornherein unbehelflich, wenn der Verteidiger einwendet, G._____ habe sich während des gesamten Verfahrens nicht verlauten lassen, stellte dieser doch – zwar nicht persönlich, aber gültig vertreten durch I._____, was einer persönlichen Erklärung gleichkommt – einen gültigen Strafantrag sowie Zivilansprüche und äusserte er sich auch im Berufungsverfahren (Urk. 76). Massgeblich für die Beurteilung des Tatvorwurfs sind jedoch ohnehin die Verhältnisse im Tatzeitpunkt. Diesbezüglich ist einerseits entscheidend, dass – wie die Vorinstanz richtig feststellte (Urk. 48 S. 11) – grundsätzlich auch ein leerstehendes Haus ein geschütztes Objekt darstellt, selbst wenn dieses in naher Zukunft nicht benützt werden soll, da nicht der Besitz geschütztes Rechtsgut ist, sondern der Wille des Berechtigten (BGE 118 IV 167 E. 3). Dass ein Eindringen in Häuser, welche sich in fremdem Eigentum

befinden, in den allermeisten Fällen gegen den Willen der Eigentümerschaft erfolgt, ist allgemein bekannt und braucht nicht weiter erläutert zu werden. Auch wenn in gewissen Fällen Hausbesetzungen von der Eigentümerschaft toleriert werden mögen, gilt das soeben Gesagte grundsätzlich auch für (vorübergehend) unbewohnte Liegenschaften. Gerade angesichts der notorischen Tatsache, dass Hausbesetzungen vielfach gewaltsam aufgelöst werden müssen, kann entgegen der Ansicht der Verteidigung keine Rede davon sein, dass im Falle einer unbewohnten Liegenschaft ohne weiteres von einer gleichgültigen Haltung des Eigentümers bezüglich einer Besetzung durch Dritte oder gar von einem Einverständnis des Eigentümers zu einem solchen Eindringen ausgegangen werden darf. Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass die betreffende Liegenschaft durch Türen verschlossen war, wodurch der Wille des Eigentümers, ein Eindringen trotz Leerstand nicht zu wünschen, für jedermann deutlich ersichtlich war. Einer zusätzlichen ausdrücklichen Kundgebung bedurfte es nicht. Das Eindringen der Beschuldigten in die Liegenschaft und das Verweilen in dieser fand mithin gegen den erkennbaren Willen des Eigentümers statt. Von einem nachträglich erklärten Desinteresse von G._____ kann – wie bereits erläutert – nicht ausgegangen werden.

3.2. Da die Beschuldigten ohne Zweifel wussten, dass die betreffende Liegenschaft nicht in ihrem Eigentum stand und sie vor dem Eindringen zudem verschlossene Türen aufzubrechen hatten, mussten sie zweifellos mit der konkreten Wahrscheinlichkeit rechnen, dass das Betreten und das Verweilen in der Liegenschaft gegen den Willen des Eigentümers erfolgte und ihnen daher nicht erlaubt war. Indem sie die Liegenschaft dennoch betraten und in ihr verweilten, nahmen sie zumindest im Sinne eines Eventualvorsatzes in Kauf, gegen das Hausrecht des Eigentümers zu verstossen. Durch das an prominenter Stelle aufgehängte Transparent mit der Aufschrift "BESETZT" taten sie diesen Willen zudem ausdrücklich gegen aussen kund und erweckten gar den Anschein eines gewissen Stolzes auf ihr Treiben.

4. Nach dem Gesagten erfüllten die Beschuldigten durch das in der Anklage umschriebene Handeln den Tatbestand des Hausfriedensbruchs im Sinne von

Art. 186 StGB in objektiver und subjektiver Hinsicht und sind entsprechend schuldig zu sprechen.

V. Strafzumessung

1. Die Vorinstanz hat den Strafrahmen des Art. 186 StGB von Geldstrafe oder bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe korrekt definiert und die theoretischen Grundlagen der Strafzumessung zutreffend dargelegt (Urk. 48 S. 12 f.). Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, kann auf diese Ausführungen verwiesen werden.

2.1. Die Vorinstanz hat im Rahmen der konkreten Strafzumessung sodann objektive und subjektive Umstände genannt, welche sich auf das Verschulden aller Beschuldigten auswirken (z.B. Urk. 48 S. 13). Dem gibt es nicht viel hinzuzufügen. Objektiv ist insbesondere das gewaltsame Eindringen der Beschuldigten, welche verschlossene Türen aufzubrechen hatten, verschuldenserhöhend zu gewichten. Neben der relativ kurzen Verweildauer in der Liegenschaft ist in objektiver Hinsicht verschuldensmindernd zu berücksichtigen, dass die Beschuldigten die Liegenschaft allesamt freiwillig und auf erste Aufforderung hin wieder verliessen, wobei sie jedoch immerhin eine von innen angebrachte Fixierung der Eingangstüre entfernen mussten. Ebenso wirkt verschuldensmindernd, dass es sich bei der betretenen Liegenschaft um eine unbewohnte und unvermietete handelte. Durch das unbefugte Eindringen wurde mithin – mit Ausnahme immerhin der die Polizei alarmierenden Anrainerin – niemand unmittelbar gestört. Subjektiv ist neben den zutreffenden von der Vorinstanz angeführten Umständen, wobei insbesondere die erkennbare Planung ins Gewicht fällt, zu berücksichtigen, dass das Eindringen der Beschuldigten alleine aus egoistischen Motiven geschah und rücksichtslos ausgeführt wurde. Die Beschuldigten handelten ohne Not und es wäre ihnen ein Leichtes gewesen, sich gesetzeskonform zu verhalten.

2.2. Die vorinstanzliche Qualifikation des Verschuldens der Beschuldigten als insgesamt noch leicht erscheint der objektiven und subjektiven Tatschwere an-

gemessen. Die Einsatzstrafen aufgrund der Tatkomponente sind je auf 20 Tagessätze Geldstrafe festzusetzen.

2.3. Die persönlichen Verhältnisse der einzelnen Beschuldigten können den angefochtenen Entscheiden entnommen werden (z.B. Urk. 48 S. 13 f.). Im Berufungsverfahren wurden von den Beschuldigten keine ergänzenden Angaben gemacht respektive auf die Personalakten sowie die Ausführungen in den angefochtenen Entscheiden verwiesen (Urk. 66 S. 5). Eine Vorstrafe weist einzig der Beschuldigte 1 auf. Diese ist jedoch nicht einschlägig, und die Tat lag im Zeitpunkt der Begehung des vorliegend zu beurteilenden Delikts bereits mehr als sieben Jahre zurück. Mit der Vorinstanz ist daher festzustellen, dass den persönlichen Verhältnissen in allen sechs Fällen keine Strafzumessungsrelevanz zukommt.

2.4. Unter Berücksichtigung des Strafrahmens, des noch leichten Verschuldens der Beschuldigten sowie des Verschlechterungsverbots (Art. 391 Abs. 2 StPO) sind die Beschuldigten 1-6 je mit einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu bestrafen. Entsprechend den in den vorinstanzlichen Erkenntnissen festgehaltenen wirtschaftlichen Verhältnissen der Beschuldigten ist die Tagessatzhöhe bei den Beschuldigten 1, 3, 5 und 6 sowie der Beschuldigten 4 auf Fr. 30.– und bei der Beschuldigten 2 auf Fr. 85.– festzusetzen.

3. Zutreffend wurde von der Vorinstanz erwogen, dass die objektiven Voraussetzungen des bedingten Vollzugs der Geldstrafe erfüllt sind und dieser auch zu gewähren ist, da nicht davon ausgegangen werden muss, die Strafe würde dadurch ihre Wirkung verlieren. Dass die Vorinstanz bei den Beschuldigten 2 - 6 eine Probezeit von zwei Jahren anordnete, diese im Falle des Beschuldigten 1 angesichts seiner Vorstrafe aus dem Jahr 2008 jedoch auf drei Jahre ansetzte, ist genauso nachvollziehbar und daher nicht zu beanstanden. Dabei bleibt es auch im Berufungsverfahren. Hingegen erscheint es in der vorliegenden Konstellation nicht angezeigt, die bedingten Geldstrafen mit Bussen zu verbinden (Art. 42. Abs. 4 StGB), zumal keine "Schnittstellenproblematik" gegeben ist (dazu BGE 134 IV 1 E. 4.5 und BGE 134 IV 60 E. 7.3) und die Ausfällung von Verbindungsbussen neben den bedingten Geldstrafen als "Denkzettel" nicht nötig erscheint.

VI. Kosten und Entschädigung

Die Beschuldigten unterliegen mit ihren Berufungsanträgen gänzlich. Ausgangsgemäss werden sie für das Vorverfahren und die Verfahren vor beiden Instanzen vollumfänglich solidarisch kostenpflichtig (Art. 426 Abs. 1 StPO; Art. 428 Abs. 1 StPO).

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die Urteile des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 25. September 2015 wie folgt in Rechtskraft erwachsen sind:

   a) Urteile GG150128 (A._____), GG150130 (E._____) und GG150172 (B._____) je bezüglich Dispositivziffer 5 (Zivilforderung);

   b) Urteile GG150126 (D._____) und GG150127 (C._____) je bezüglich der Dispositivziffern 5, 6 (Entscheid über sichergestellte Gegenstände) und 7 (Zivilforderung);

   c) Urteil GG150129 (F._____) bezüglich der Dispositivziffern 5 - 7 (Entscheid über sichergestellte Gegenstände) sowie 8 (Zivilforderung).

2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. a) Der Beschuldigte 1 A._____ ist schuldig des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB.

b) Die Beschuldigte 2 B._____ ist schuldig des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB.

c) Der Beschuldigte 3 C._____ ist schuldig des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB.

d) Die Beschuldigte 4 D._____ ist schuldig des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB.

e) Der Beschuldigte 5 E._____ ist schuldig des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB.

f) Der Beschuldigte 6 F._____ ist schuldig des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB.

2. a) Die Beschuldigten 1, 3, 4, 5 und 6 werden je bestraft mit einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 30.–.

b) Die Beschuldigte 2 wird bestraft mit einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 85.–.

3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit für den Beschuldigten 1 auf 3 Jahre und für die Beschuldigten 2-6 auf 2 Jahre festgesetzt.

4. Die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositive werden bestätigt.

5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 4'000.– festgesetzt.

6. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden den Beschuldigten unter solidarischer Haftung auferlegt.

7. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an

- die Verteidigung in siebenfacher Ausfertigung für sich und zuhanden der Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl

- den Privatkläger

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz mit dem Ersuchen um Vornahme der notwendigen Mitteilungen an die Kantonspolizei Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formularen A

8. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 29. Juni 2016

Der Präsident:	Der Gerichtsschreiber:
Oberrichter lic. iur. Spiess	lic. iur. Berchtold

Zur Beachtung:

Der/die Verurteilte wird auf die Folgen der Nichtbewährung während der Probezeit aufmerksam gemacht:

Wurde der Vollzug einer Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit aufgeschoben, muss sie vorerst nicht bezahlt werden. Bewährt sich der/die Verurteilte bis zum Ablauf der Probezeit, muss er/sie die Geldstrafe definitiv nicht mehr bezahlen (Art. 45 StGB); Analoges gilt für die bedingte Freiheitsstrafe.

Eine bedingte Strafe bzw. der bedingte Teil einer Strafe kann im Übrigen vollzogen werden (Art. 46 Abs. 1 bzw. Abs. 4 StGB),

- wenn der/die Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht,
- wenn der/die Verurteilte sich der Bewährungshilfe entzieht oder die Weisungen missachtet.

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer

Geschäfts-Nr.: SB160021-O/U/cw

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Burger, Präsident, die Ersatzoberrichter lic. iur. Amacker und lic. iur. Ernst sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Aardoom

Urteil vom 3. Mai 2016

in Sachen

A._____

Beschuldigter und Berufungskläger

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Hausfriedensbruch**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 2. Oktober 2015 (GB150079)

Anklage:

Der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 8. Mai 2015 ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist betreffend des Vorwurfs des Hausfriedensbruchs "unter Bahnviadukt", B._____-Strasse, ... Zürich im Sinne von Art. 186 StGB nicht schuldig und wird freigesprochen.

2. Der Beschuldigte ist des Hausfriedensbruchs an der B._____-Strasse ..., ... Zürich, im Sinne von Art. 186 StGB schuldig.

3. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 15 Tagessätzen zu Fr. 30.–. Die Geldstrafe ist zu bezahlen.

4. Auf den Widerruf der mit Urteil der Staatsanwaltschaft des Kantons Zug vom 5. September 2014 bedingt ausgesprochenen Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu je Fr. 30.–, entsprechend Fr. 600.–, wird verzichtet, hingegen wird die Probezeit von zwei Jahren um ein Jahr verlängert.

5. Auf den Widerruf der mit Urteil der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 14. Oktober 2014 bedingt ausgesprochenen Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu je Fr. 30.–, entsprechend Fr. 1'350.– wird verzichtet, hingegen wird die Probezeit von drei Jahren um ein Jahr verlängert.

6. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf Fr. 600.–. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

7. Die Kosten werden dem Beschuldigten auferlegt.

8. Die Kosten des Strafbefehls Nr. ... vom 8. Mai 2015 im Umfang von Fr. 800.– werden dem Beschuldigten zu Fr. 400.– auferlegt. Die restlichen

Kosten werden der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat zur Abschreibung überlassen.

9. Es werden dem Beschuldigten keine Prozess- und Umtriebsentschädigungen zugesprochen.

Berufungsanträge:

a) Des Beschuldigten:
(Urk. 47 S. 1)

Freispruch betr. B._____-Strasse ... .

b) Der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat:

Keine Anträge

c) Der Privatklägerschaft:

Keine Anträge

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Hinsichtlich des Verfahrensgangs bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens kann vollumfänglich auf die vollständigen und zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 40 S. 3 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

1.2. Mit vorstehend wiedergegebenem Urteil vom 2. Oktober 2015 wurde der Beschuldigte des Hausfriedensbruchs an der B._____-Strasse ..., ... Zürich schuldig gesprochen. Vom gleichen Vorwurf, begangen unter dem Bahnviadukt an der B._____-Strasse in ... Zürich, wurde er freigesprochen. Dafür wurde er mit einer Geldstrafe von 15 Tagessätzen zu Fr. 30.– bestraft, ohne Gewährung eines Aufschubs. Auf den Widerruf zweier bedingt ausgesprochener Geldstrafen von 20 resp. 45 Tagessätzen zu je Fr. 30.– wurde hingegen verzichtet, aber die jeweiligen Probezeiten um je ein Jahr verlängert. Die Kosten des Verfahrens wurden den Beschuldigten vollumfänglich auferlegt, jene des Strafbefehls ... vom 8. Mai 2015 zur Hälfte (Urk. 40 S. 15).

1.3. Gegen dieses Urteil erhob der Beschuldigte am 19. Oktober 2015 mündlich Berufung (Urk. 32). Die Berufungserklärung ging am 20. Januar 2016 ebenfalls fristgerecht ein (Urk. 41). Mit Verfügung vom 4. Februar 2016 wurde den Privatklägern 1 und 2 sowie der Staatsanwaltschaft Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erheben oder ein Nichteintreten auf die Berufung des Beschuldigten zu beantragen. Weiter wurde der Beschuldigte ersucht, diverse Unterlagen zu seinen finanziellen Verhältnissen einzureichen (Urk. 43). Innert Frist liess sich niemand vernehmen. Mit seiner Berufungserklärung reichte der Beschuldigte diverse Unterlagen ein (Urk. 42/1 - 15). Diese sind, obwohl nicht explizit beantragt, zu Gunsten des Beschuldigten als Beweismittelanträge zu behandeln und zu den Akten zu nehmen.

1.4. In der Folge wurde zur Berufungsverhandlung vorgeladen (Urk. 46), welche heute im Beisein des Beschuldigten stattfand (Prot. II. S. 3). Vorfragen waren anlässlich der Berufungsverhandlung keine zu entscheiden, und – abgesehen von der Einvernahme des Beschuldigten – mussten keine weiteren Beweise erhoben werden (Prot. II S. 3 ff.). Das vorliegende Urteil erging im Anschluss an die Berufungsverhandlung (Prot. II S. 16 f.).

2. Umfang der Berufung

2.1. Berufung erhoben hat einzig der Beschuldigte. Er lässt das vorinstanzliche Urteil mit Ausnahme des teilweisen Freispruchs anfechten (Urk. 112 S. 2).

2.2. Bei dieser Ausgangslage sind lediglich Dispositivziffer 1 (Freispruch vom Vorwurf des Hausfriedensbruchs unter dem Bahnviadukt an der B._____-Strasse) sowie Dispositivziffer 6 (Kostenfestsetzung) des vorinstanzlichen Urteils nicht angefochten und entsprechend in Rechtskraft erwachsen (Art. 399 Abs. 3 StPO in Verbindung mit Art. 402 und 437 StPO, Art. 404 StPO). Das ist vorab vorzumerken. Im übrigen Umfang steht der angefochtene Entscheid im Rahmen des Berufungsverfahrens unter Berücksichtigung des Verschlechterungsverbotes zur Disposition (Art. 391 Abs. 2 StPO).

3. Formales

3.1. Soweit für die tatsächliche und die rechtliche Würdigung des eingeklagten Sachverhaltes auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen wird, so erfolgt dies in Anwendung von Art. 82 Abs. 4 StPO, auch ohne, dass dies jeweils explizit Erwähnung findet.

3.2. Im Übrigen ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sich die urteilende Instanz nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen muss (vgl. Entscheid des Bundesgerichts 6B_170/2011 vom 10. November 2011 E. 1.2.). Die Berufungsinstanz kann sich somit auf die für ihren Entscheid wesentlichen Punkte beschränken.

4. Sachverhalt

4.1. Vorbemerkung

Der Beschuldigte war längere Zeit nicht sesshaft und wohnte in einem Wohnwagen. Einer geregelten Arbeitstätigkeit geht er noch stets nicht nach. Er gibt zwar an, Gelegenheitsarbeiten nachzugehen, ist aber fürsorgeabhängig. Seit wenigen Tagen lebt er mit Frau und Kind zusammen in einer Wohnung im Kanton Appenzell.

Soweit aus den Akten ersichtlich, ist diese Art der Lebensführung frei gewählt und schätzt er die nicht-sesshaften Lebensweise. Dies ist sein gutes Recht. Es versteht sich aber von selbst, dass damit sämtliche, vor allem auch die negativen, Folgen dieser Lebensweise eben so frei gewählt sind und er die entsprechenden Konsequenzen zu tragen hat. Ein Anspruch auf Ausgleich der dadurch entstandenen und frei gewählten Nachteile gibt es nicht. Eben so von selbst versteht sich zudem, dass ihm durch diese Lebensweise keine anderen oder besseren Rechte zustehen, als allen anderen Bürgern. Sämtliche Konsequenzen, insbesondere die nachteiligen, sind somit frei gewählt und damit ausschliesslich selbst verschuldet.

4.2. Sachverhalt

Der Beschuldigte hat den äusseren Ablauf des Sachverhalts, wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, anerkannt. Dieses Geständnis steht in Einklang mit den Akten und es ist dementsprechend vom Sachverhalt wie in der Anklage umschrieben auszugehen.

5. Rechtliche Würdigung/Widerrechtlichkeit

5.1. Die Vorinstanz hat den Sachverhalt einer sorgfältigen rechtlichen Würdigung unterzogen und sich eingehend mit den vom Beschuldigten vorgebrachten Einwendungen auseinandergesetzt. Es kann somit, um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, vollumfänglich auf die erstinstanzlichen Ausführungen verwiesen werden (Urk. 40 S. 5 ff.). Auch der Beschuldigte selbst anerkennt in seiner Berufungserklärung, hinsichtlich der Privatklägerin 1 einen Hausfriedensbruch begangen zu haben (Urk. 41 S. 5).

5.2. In Ergänzung dazu hat der Beschuldigte einen ganzen Wust von zum Teil schon im erstinstanzlichen Verfahren geäusserten Einwendungen vorgebracht. Vorauszuschicken gilt es hier, das auf seine Ausführungen hinsichtlich der Besetzung des Areals unter der Brücke nicht einzugehen ist, da er diesbezüglich freigesprochen wurde (Urk. 41 S. 1 - 5). Es ist im folgenden einzig auf Ausführungen im Zusammenhang mit dem Hausfriedensbruch an der B._____-Strasse ... einzugehen. Soweit nicht schon im zutreffenden erstinstanzlichen Urteil behandelt, gilt was folgt.

5.3. Der Beschuldigte macht vorab geltend, dass er in einem rechtfertigenden Notstand im Sinne von Art. 17 StGB gehandelt habe. Indem man ihm seine Fahrhabe mit dem darin enthaltenen Gut entzogen habe, sei die in der Bundesverfassung garantierte Eigentumsfreiheit verletzt worden. Und nur durch das Eindringen in die Liegenschaft an der B._____-Strasse, wo sie auf eine warme Bleibe mit sanitären Anlagen und auf Raum für ihre Effekten gestossen seien, hätten sie sich und ihr Eigentum vor der Zerstörung retten können (Urk. 41 S. 5 f.; Prot. II S. 8).

5.4. Art. 17 StGB sieht unter anderem vor, dass rechtmässig handelt, wer sich durch Begehung einer Straftat aus einer nicht anders abwendbaren Gefahr rettet, wenn er dadurch höherwertige Interessen wahrt. Abgesehen davon, dass der Beschuldigte, wie eingangs erwähnt, sich selbst in diese Lage gebracht hat und somit die Situation selbst verschuldet hat, ist es vorliegend mehr als fraglich, ob überhaupt je die Gefahr einer Verletzung von Rechtsgütern auf Seiten des Beschuldigten bestanden hat. Diese Frage braucht aber nicht genauer überprüft zu werden, denn Notstand muss stets subsidiär sein. Das heisst, es darf sich keine andere Möglichkeit zur Rettung bieten. Vorliegend hätten aber Alternativen zur Hausbesetzung bestanden, nämlich, um es mit den Worten der Vorinstanz zu sagen, welche treffender nicht sein könnten: Er hätte genau so gut woanders hingehen können (Urk. 40 S. 9). Und zwar selbst der Beschuldigte als Obdach- und Mittelloser. In der Stadt Zürich muss niemand wider Willen im Freien übernachten, jedermann hat zur Nachtzeit Zugang zu einem gesicherten und beheizten Unterschlupf, genannt seien hier etwa Notschlafstellen oder der "Pfuusbus". Eine solche Institution hätte auch der Beschuldigte ohne weiteres aufsuchen können.

Auch andere aus seiner Gruppe fanden Ausweichmöglichkeiten (Prot. II S. 9 und 13). Es bestand überhaupt keine Notwendigkeit, in das Haus einzudringen.

5.5. Dasselbe gilt im übrigen auch für die Fahrhabe. Auch diese hätte sich irgend wo anders unterbringen lassen, beispielsweise auf einem Parkplatz. Dass diese in der Regel kostenpflichtig sind, ändert nichts an der rechtlichen Ausgangslage, wonach der Beschuldigte diese ohne weiteres an einem anderen Ort hätte parkieren können, zumal er schon Monate zuvor aufgefordert wurde, diese zu entfernen. Wenn der Beschuldigte ausführt, dass er für seine Fahrzeuge keine anderen Parkplätze gefunden hat, so meint er wohl damit, dass er keine kostenlosen Parkplätze gefunden hat. Solche gibt es aber in der Stadt Zürich nicht mehr, geschweige denn hat jemand Anspruch darauf, auch der Beschuldigte nicht. Dies hätte er wissen müssen und es wäre ihm ohne weiteres möglich gewesen, die behauptet "Not-"situation frühzeitig abzuwenden, etwa indem er sich von diesen Fahrzeugen getrennt und in eine stationäre Bleibe gewechselt hätte. Auch hierfür bestehen in der Stadt Zürich Alternativen, gerade für Obdach- und Mittellose.

5.6. Der Rechtfertigungsgrund der Notwehr kommt alleine schon deshalb nicht in Frage, weil eine allfällige Gefahr - so sie denn überhaupt je bestanden hätte, wovon allerdings auf Grund der vom Beschuldigten geschilderten Umstände nicht auszugehen ist - keine unmittelbare war, da er ja lange vor dem angedrohten behördlichen Eingreifen in die leer stehende Liegenschaft eingedrungen ist (Art. 15 StGB).

5.7. Der Beschuldigte kann sich auch nicht auf Art. 52 StGB berufen (Urk. 41 S. 7). Wohl kann unter bestimmten Voraussetzungen von einer Strafverfolgung abgesehen werden, wenn Schuld und Tatfolgen geringfügig sind. Diese Voraussetzungen sind jedoch vorliegend nicht erfüllt. Wie nachfolgend unter 6.2. noch aufzuzeigen sein wird, ist seine Schuld keineswegs gering. Zudem waren auch die Folgen seines Tuns alles andere als geringfügig, wurde doch in der Folge ein erhebliches polizeiliches Aufgebot notwendig. Zudem wäre vorliegend die Strafbefreiung auch unter spezial- und generalpräventiven Gesichtspunkten nicht zu rechtfertigen. Der Beschuldigte ist ein uneinsichtiger Wiederholungstäter und Hausbesetzungen sind in der Stadt Zürich ein weit verbreitetes Delikt, welches

konsequent zu ahnden ist, um die zahlreichen Nachahmungstäter von ihrer Delinquenz abzuhalten.

5.8. Auch der vom Beschuldigten angerufene Art. 54 StGB kommt vorliegend nicht zur Anwendung. Wohl können Täter, die von den unmittelbaren Folgen ihrer Tat schwer betroffen sind von einer Strafverfolgung verschont werden. Soweit der Beschuldigte durch sein Verhalten Nachteile zu tragen hat, sind diese lediglich indirekter Natur. Denn der Hausfriedensbruchs hat beim Beschuldigten keine direkten Folgen, sondern höchstens indirekte. Direkte Folgen beim Hausfriedensbruch hatte einzig der Hauseigentümer zu tragen, indem sein Eigentum verletzt wurde.

5.9. Zusammenfassend kann somit in Übereinstimmung mit der Vorinstanz festgehalten werden, dass der Beschuldigte im Wissen um die Fremdheit der Liegenschaft absichtlich eingedrungen ist und keinerlei Rechtfertigungsgründe vorliegen. Der Beschuldigte hat sich somit des Hausfriedensbruchs zum Nachteil der Privatklägerin 1 schuldig gemacht und ist dafür zu bestrafen.

6. Strafzumessung

6.1. Die Vorinstanz hat die Kriterien der Strafzumessung korrekt dargestellt, weshalb vollumfänglich darauf verwiesen werden kann.

6.2. Als grundsätzlich überzeugend erweisen sich die Ausführungen zur Strafzumessung. Wohl ist wahr, dass er sich nur für eine Nacht und einen Morgen in der Liegenschaft aufgehalten hat und es sich nicht um eine bewohnte Liegenschaft gehandelt hat. Dies ist jedoch bedeutend länger, als es beispielsweise ein Hausfriedensbrecher tut, welcher sich trotz Hausverbot in eine Ladengeschäft begibt, um einzukaufen. Zudem ist auch nicht davon auszugehen, dass der Beschuldigte das Haus so bald verlassen hätte, wenn er nicht polizeilicherseits dazu aufgefordert worden wäre, gab er doch anlässlich der Berufungsverhandlung an, dass er länger dort hätte bleiben wollen, wenn es gegangen wäre (Prot. II S. 12). Seine ursprüngliche Absicht war somit auf einen länger dauernden Verbleib gerichtet. Dass er sich vor Kälte schützen wollte mag zwar sein, es gilt aber auch hier zu berücksichtigen, dass er sich selbst in diese Situation gebracht hat und er

deshalb auch die entsprechenden Folgen zu tragen hat. Insgesamt erweist sich somit die Einsatzstrafe von 10 Tagen in Anbetracht des nicht mehr leichten Verschuldens als eher mild.

6.3. Zu den vorinstanzlichen Ausführungen zu den persönlichen Verhältnissen gibt es zu ergänzen, dass der Beschuldigte mittlerweile Vater geworden ist. Er lebt mit Frau und Tochter im Kanton Appenzell. Seine finanziellen Verhältnisse betreffend Sozialhilfe, Miete und Krankenkasse haben sich nicht verändert, weshalb auf die vorinstanzlichen Ausführungen verwiesen werden kann (Prot. II S. 5 f.; Urk. 40 S. 12). Auf Grund seiner beiden einschlägigen Vorstrafen und seiner doch ausgeprägten Uneinsichtigkeit ist eine erhebliche Erhöhung auf eine insgesamt über der vorinstanzlichen liegende Strafe angezeigt. Auf Grund des Verschlechterungsverbots muss es aber bei den ausgefällten 15 Tagessätzen sein Bewenden haben. Dies gilt insbesondere auch für die Sanktionsform der Geldstrafe, denn vorliegend wäre auch ohne weiteres eine Freiheitsstrafe in Betracht zu ziehen gewesen, welche sich aber auf Grund des Verschlechterungsverbots verbietet.

6.4. Die Tagessatzhöhe von Fr. 30.– ist auf Grund der angespannten finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten nicht zu beanstanden.

7. Strafvollzug

7.1. Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen unter welchen der bedingte Strafvollzug gewährt werden kann zutreffend und vollständig aufgeführt, weshalb vollumfänglich darauf verwiesen werden kann (Urk. 40 S. 12 f.).

7.2. Als ebenso zutreffend erweisen sich die Erwägungen zur Verweigerung des bedingten Strafvollzugs. Der Beschuldigte weist drei Vorstrafen auf, wovon zwei einschlägige. Besonderen Anlass zur Sorge geben diesbezüglich seine Ausführungen zur Sache, in welchen er klar und deutlich zu erkennen gibt, dass er sich zu seinem kriminellen Tun legitimiert fühlt und sich nicht als Täter, sondern als Opfer fühlt und damit die Tatsachen in ihr Gegenteil verdreht. Davon zeugen auch seine zahlreichen Bahnfahrten ohne im Besitz eines gültigen Fahrausweises

zu sein (Urk. 42). Ein solch gerütteltes Mass an Uneinsichtigkeit lässt keinerlei Hoffnung aufkommen, dass er sich in Zukunft wohl verhalten wird. Es muss ihm eine ungünstige Prognose gestellt werden und dementsprechend ist die Geldstrafe zu vollziehen.

8. Widerruf

8.1. Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen für den Widerruf der bedingten Strafe korrekt aufgeführt und es kann vollumfänglich darauf verwiesen werden (Urk. 40 S. 13 f.). In seinen Erwägungen im konkreten Fall kommt die Vorinstanz zum Schluss, dass vorliegend eine Verwarnung genügt und die Probezeit lediglich zu verlängern sei. Dies mit der Begründung, dass in diesem Verfahren eine unbedingte Geldstrafe ausgefällt werde, seine finanziellen Verhältnisse knapp seien und deshalb, auch wegen der baldigen Vaterschaft, davon auszugehen sei, dass ihn dies genügend beeindrucken werde um sich inskünftig um ein rechtskonformes Leben zu bemühen (Urk. 40 S. 14). Dieser Ansicht ist auf Grund des oben unter 7.2. gesagten nicht zu folgen. Es erübrigt sich indessen weiter auf diesen Punkt einzugehen, weil das Verschlechterungsverbot eine Änderung des erstinstanzlichen Entscheides zu Ungunsten des Beschuldigten verbietet.

9. Kosten- und Entschädigungsfolgen

9.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen zu bestätigen. Nachdem der Beschuldigte mit seiner Berufung vollständig unterliegt, sind ihm die Kosten vollumfänglich aufzuerlegen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 2. Oktober 2015 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Freispruch) und 6 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig des Hausfriedensbruchs an der B._____-Strasse ..., ... Zürich, im Sinne von Art. 186 StGB.

2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 15 Tagessätzen zu Fr. 30.–.

3. Der Vollzug der Geldstrafe wird nicht aufgeschoben.

4. Die mit Urteil der Staatsanwaltschaft des Kantons Zug vom 5. September 2014 angesetzte Probezeit wird um 1 Jahr verlängert.

5. Die mit Urteil der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 14. Oktober 2014 angesetzte Probezeit wird um 1 Jahr verlängert.

6. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziff. 7 - 9) wird bestätigt.

7. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'000.–.

8. Die Kosten des Berufungsverfahrens, werden dem Beschuldigten auferlegt jedoch sofort abgeschrieben.

9. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

   - den Beschuldigten (übergeben)
   - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
   - die Privatklägerschaft

     (Eine begründete Urteilsausfertigung - und nur hinsichtlich ihrer eigenen Anträge (Art. 84 Abs. 4 StPO) - wird Privatklägern nur zugestellt, sofern sie dies innert 10 Tagen nach Erhalt des Dispositivs verlangen.)

   sowie in vollständiger Ausfertigung an

   - den Beschuldigten

- die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und Formular B
- die Staatsanwaltschaft des Kantons Zug (Unt. Nr. 1A 14 1035, im Dispositiv)
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat (Unt. Nr. A-2/2014/04764, im Dispositiv)
- die Vorinstanz.

10. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 3. Mai 2016

Der Präsident:	Die Gerichtsschreiberin:
Oberrichter lic. iur. Burger	lic. iur. Aardoom

Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer

Geschäfts-Nr.: UE120134-O/U/mp

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. K. Balmer, Präsident, Dr. P. Martin und Ersatzoberrichter lic. iur. A. Schärer sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Hürlimann

Beschluss vom 23. Juli 2012

in Sachen

A._____ AG,
Beschwerdeführerin

gegen

1. **B._____**,
2. **Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl**,

Beschwerdegegner

betreffend **Nichtanhandnahme**

Beschwerde gegen die Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 23. Mai 2012, EAST3/2012/2420

Erwägungen:

I.

1. Die A._____ AG (Beschwerdeführerin) erstattete am 11. April 2012 bei der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl (Staatsanwaltschaft) Strafanzeige, unter anderem gegen "Unbekannte Täterschaft, Mieter an der C._____-Strasse ..., möglicherweise B._____, D._____ Bar", E._____ und einen Angestellten der Elektrizitätswerke der Stadt Zürich (EWZ). Dies, weil Strom fälschlicherweise auf den Namen der Beschwerdeführerin bezogen worden sei (Urk. 7/1). Nachdem die Beschwerdeführerin aufgefordert worden war, die Strafanzeige zu ergänzen und mit Unterlagen zu dokumentieren (Urk. 7/5), wurden in der "modifizierten Strafanzeige bzw. Ergänzungen" nur noch E._____ und B._____ als Beschuldigte beziehungsweise "verdächtige Personen" genannt. Sodann machte die Beschwerdeführerin weitere Ausführungen zum Sachverhalt und reichte Beilagen ein (Urk. 7/6, Urk. 7/7/1-3). Die Staatsanwaltschaft entschied darauf mit Verfügung vom 23. Mai 2012, keine Strafuntersuchung anhand zu nehmen (Urk. 3 = Urk. 7/8).

2. Gegen die Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 18. Juni 2012 innert Frist Beschwerde. Sie beantragte sinngemäss die Aufhebung der Nichtanhandnahmeverfügung und stellte Beweisanträge, welche im Fall einer Gutheissung der Beschwerde von den Untersuchungsbehörden zu behandeln wären (Urk. 2).

3. In der Beschwerdeschrift wurde lediglich B._____ (Beschwerdegegner 1) als Beschuldigter genannt (vgl. Urk. 2). Folglich ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde gegen die Nichtanhandnahme der Strafuntersuchung nur betreffend ihn erhob.

4. Nachdem die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist, konnte auf die Einholung einer Vernehmlassung verzichtet werden (Art. 390 Abs. 2 StPO).

5. Lediglich soweit erforderlich, das heisst für die Entscheidfindung notwendig, ist nachfolgend auf die Vorbringen der Beschwerdeführerin einzugehen.

II.

1. In ihrer Strafanzeige vom 11. April 2012 führte die Beschwerdeführerin zur Sache (teils sinngemäss) aus, der Beschwerdegegner 1 und weitere Personen würden seit dem 21. September 2011 die Liegenschaft an der C._____-Strasse ... besetzen, wobei diesbezüglich ein separates Strafverfahren hängig sei. Sie, die Beschwerdeführerin, habe die EWZ wiederholt darauf aufmerksam gemacht, dass die Beschwerdeführerin nie Mieterin in der fraglichen Liegenschaft gewesen sei. Nun werde die Beschwerdeführerin jedoch betrieben für unbezahlte Stromrechnungen und dies mit der Begründung, die "D._____ Bar" habe bei einem persönlichen Besuch eines Vertreters der EWZ bestätigt, dass die Beschwerdeführerin als Betreiberin der "D._____ Bar" Strombezügerin sei (Urk. 7/1). In der Ergänzung zur Strafanzeige führte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen zur Sache aus, es sei derzeit aufgrund der hängigen Zivil- und Strafverfahren gegen den Beschwerdegegner 1 nicht bekannt, ob er in der Zeit vom 6. September 2011 bis zum 31. Oktober 2011 rechtmässiger Mieter der Liegenschaft C._____-Strasse ... gewesen sei. Aufgrund des Datenschutzes erhalte sie, die Beschwerdeführerin, keine näheren Angaben über die "mietrechtliche und tatsächliche" Situation an der C._____-Strasse ... und könne daher keine näheren Informationen zur Sache liefern. Man vermute jedoch, dass E._____ Druck auf die EWZ ausübe, damit diese die Stromrechnungen bewusst falsch adressierten (Urk. 7/6).

Den Strafanzeigen der Beschwerdeführerin ist sodann zu entnehmen, dass im Zusammenhang mit der Angelegenheit, welche zur Strafanzeige führte, offensichtlich auch Zivil- und Betreibungsverfahren pendent sind (vgl. u.a. "Übersicht Zivilverfahren", Urk. 7/1 S. 2).

2. Die Staatsanwaltschaft hält in der Nichtanhandnahmeverfügung zusammengefasst fest, den Beschuldigten werde sinngemäss vorgeworfen, sie hätten in den Räumlichkeiten an der C._____-Strasse ... in Zürich im Namen und auf Rechnung der Beschwerdeführerin Strom bezogen oder seien daran beteiligt. Dieses Verhalten erfülle jedoch keinen Straftatbestand. Auch auf Aufforderung hin habe die Beschwerdeführerin nicht darlegen können, inwieweit die Beschuldigten strafrecht-

lich relevant gehandelt hätten. Damit seien die Voraussetzungen für die Eröffnung einer Strafuntersuchung im Moment nicht geben (Urk. 3).

3. In der Beschwerdeschrift führt die Beschwerdeführerin zur Nichtanhandnahmeverfügung aus, der Strombezug sei eine direkte Folge der Hausbesetzung an der C._____-Strasse ... durch den Beschwerdegegner 1. Sodann macht die Beschwerdeführerin Ausführungen zu einem F._____, welcher behaupte, er habe bis Februar 2012 an der C._____-Strasse ... gewohnt und habe dort Strom bezogen. In Zusammenhang mit F._____ erwähnt die Beschwerdeführerin auch ein Strafverfahren, welches die Staatsanwaltschaft See/Oberland (offenbar) gegen einen G._____ wegen Veruntreuung von Geldern eröffnet habe (Urk. 2).

4. Gemäss Art. 309 Abs. 1 StPO verfügt die Staatsanwaltschaft die Eröffnung einer Untersuchung, wenn sich aus den Informationen und Berichten der Polizei, aus der Strafanzeige oder aus ihren eigenen Feststellungen ein hinreichender Tatverdacht ergibt, wenn sie Zwangsmassnahmen anordnet sowie wenn sie von der Polizei über schwere Straftaten oder andere schwer wiegende Ereignisse informiert wurde. Gelangt sie hingegen zum Schluss, dass die fraglichen Straftatbestände oder die Prozessvoraussetzungen eindeutig nicht erfüllt sind, Verfahrenshindernisse bestehen oder gemäss Art. 8 StPO aus Opportunitätsgründen auf eine Strafverfolgung zu verzichten ist, verfügt sie die Nichtanhandnahme (Art. 310 Abs. 1 StPO). Der Zweck der Untersuchung besteht nach Art. 308 Abs. 1 StPO darin, den Sachverhalt so weit zu ermitteln, dass das Vorverfahren entweder mit einem Strafbefehl, einer Anklage oder einer Einstellung abgeschlossen werden kann. Bei der Verfolgung dieses Zwecks steht der Staatsanwaltschaft ein gewisser Ermessensspielraum zu. Dies bedeutet unter anderem, dass die Staatsanwaltschaft nicht jeglicher Spur und jedem Hinweis nachzugehen hat, auch wenn sich eine beschuldigte Person oder ein Geschädigter solches vorstellt. Die Staatsanwaltschaft darf dann die Untersuchung - z.B. aufgrund einer Anzeige - nicht anhand nehmen, wenn mit Sicherheit feststeht, dass der zur Beurteilung vorliegende Sachverhalt unter keinen Straftatbestand fällt oder wenn mit anderen Worten eine Anzeige zum Vornherein aussichtslos ist, weil offensichtlich keine Straftatbestände oder Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Ebenso ist keine Un-

tersuchung anhand zu nehmen, wenn Prozesshindernisse wie z.B. Verjährung gegeben sind. Eine Nichtanhandnahmeverfügung darf jedoch nicht ergehen, wenn es bloss zweifelhaft ist, ob ein Straftatbestand vorliegt (vgl. zum Ganzen: Niklaus Schmid, Handbuch des schweiz. Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, N 1231; Niklaus Schmid, StPO Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, Art. 309 N 3 f., Art. 310 N 1 ff.; Nathan Landshut, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur StPO, Zürich 2010, Art. 309 N 11-14, N 19-23, Art. 310 N 2 ff.; sowie auch Niklaus Schmid, in: Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1999, N 4 ff. zu § 38 alt StPO/ZH).

5. Die diesem Verfahren zugrunde liegende Strafanzeige der Beschwerdeführerin steht offenbar in Zusammenhang mit einer von ihr geltend gemachten "Hausbesetzung" an der C._____-Strasse ... in Zürich (vgl. u.a. Urk. 2). Soweit aus den Akten ersichtlich, läuft wegen dieser "Hausbesetzung" ein separates Strafverfahren (EAST3/2011/5557). Wie bereits erwähnt, wirft die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner 1 vor, er habe im Namen der Beschwerdeführerin und auf deren Rechnung an der C._____-Strasse ... in Zürich Strom bezogen (oder tue dies noch immer) respektive sei an einem solchen Vorgehen beteiligt. Welche (konkreten) Handlungen der Beschwerdegegner 1 genau vorgenommen haben soll, wurde nicht ausgeführt. Die "Hausbesetzung", welche die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner 1 vorwirft, ist einerseits Teil eines separaten Strafverfahrens und begründet andererseits in Bezug auf den Strombezug auf fremde Rechnung keine Strafbarkeit. Vielmehr erscheint angesichts der vorliegenden Akten die gemäss Beschwerdeführerin fälschlicherweise an sie erfolgte Rechnungsstellung für in der Liegenschaft C._____-Strasse ... in Zürich bezogenen Strom als eine zivilrechtliche Problematik, welche entsprechend auf dem Zivilweg anzugehen ist.

Zusammenfassend ergibt sich damit, dass nicht ersichtlich ist, welche Tatbestände der Beschwerdegegner 1 erfüllt haben soll respektive inwieweit sich dieser strafbar gemacht haben soll. Jedenfalls finden sich in den vorliegenden Akten keine Anhaltspunkte für ein strafrechtlich relevantes Verhalten des Beschwerdegegners 1 in Zusammenhang mit der gemäss Beschwerdeführerin falschen

Rechnungsstellung für Strom. Unter diesen Umständen nahm die Staatsanwaltschaft zu Recht keine Strafuntersuchung anhand.

6. Die Beschwerde ist folglich abzuweisen.

III.

Die Kosten des Verfahrens sind ausgangsgemäss von der Beschwerdeführerin zu tragen (Art. 428 Abs. 1 StPO). In Anwendung von § 17 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 600.– festzusetzen. Mangels Aufwendungen ist dem Beschwerdegegner 1 keine Entschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 600.– und wird der Beschwerdeführerin auferlegt.

3. Schriftliche Mitteilung an:
   - die Beschwerdeführerin (gegen Gerichtsurkunde)
   - den Beschwerdegegner 1 (unter Beilage von Urk. 2 in Kopie; gegen Gerichtsurkunde)
   - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl (unter Beilage von Urk. 2, gegen Empfangsbestätigung) sowie - nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. nach Erledigung allfälliger Rechtsmittel - unter Rücksendung der beigezogenen Akten (Urk. 7)

4. Rechtsmittel:

   Gegen diesen Entscheid kann **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

   Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang an gerechnet, bei der Ersten öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

   Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen

richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Zürich, 23. Juli 2012

Obergericht des Kantons Zürich
III. Strafkammer

Der Präsident:	Die Gerichtsschreiberin:
lic. iur. K. Balmer	lic. iur. R. Hürlimann

Anhang 3

Kantonale Merkblätter zum Umgang mit Hausbesetzungen

Stadt Zürich
Stadtpolizei

Merkblatt
Hausbesetzungen in der Stadt Zürich

1. Grundlagen

Die Hausbesetzung erfüllt den Tatbestand von Artikel 186 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Hausfriedensbruch). Hausfriedensbruch ist ein Antragsdelikt. Das heisst: Damit die Polizei handeln kann, muss bei ihr ein Strafantrag gestellt werden. Die Polizei prüft geeignete Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands, insbesondere die Räumung der besetzten Liegenschaft.

2. Räumung

Die Räumung einer besetzten Liegenschaft soll nicht nur für den Moment, sondern auf Dauer erfolgreich sein. Deshalb muss hinreichend klar sein, dass die Liegenschaft unmittelbar nach der Räumung abgebrochen oder legal genutzt wird. Die angetroffenen Personen werden wegen Hausfriedensbruchs (und eventueller Sachbeschädigung) bei der Staatsanwaltschaft verzeigt. Sind die Voraussetzungen für die zwangsweise Räumung gegeben (vgl. nachfolgend) und wird das Objekt nach Ablauf der festgesetzten Frist von den Besetzern und Besetzerinnen nicht verlassen, wird eine Räumung durch die Polizei vorgenommen.

Die Entsorgung der von Besetzern mitgebrachten Einrichtungsgegenstände geht in der Regel zu Lasten der Verursacher.

3. Räumungsvoraussetzungen

Die polizeiliche Räumung setzt einen gültigen Strafantrag voraus und zudem einen der drei folgenden Sachverhalte:

- **Abbruch-/Baubewilligung**
  Eine rechtskräftige Abbruchbewilligung oder eine rechtskräftige Baubewilligung inkl. Baufreigabe liegt vor. Die unverzügliche Aufnahme der Abbruch-/Bauarbeiten muss belegt werden.

- **Neunutzung**
  Die rechtmässige Nutzung der Liegenschaft für die Zeit nach deren Räumung kann durch Vertrag mit Drittpersonen oder vergleichbaren Unterlagen in Aussicht gestellt und belegt werden.

- **Sicherheit/Denkmalschutz**
  Die Besetzung gefährdet unmittelbar die Sicherheit von Personen oder denkmalgeschützte Bauteile oder Einrichtungen.

4. Meldestelle Stadtpolizei Zürich

Telefon 044 411 71 17 bzw. Anzeige auf der nächsten Polizeiwache.

5. Vermittlungsstellen

Neutrale Stellen können gegebenenfalls Unterstützung leisten, wenn Verhandlungen zwischen den Parteien nicht möglich sind oder zu keinem Ziel führen.

Kontaktmöglichkeiten bei Wohnungssuche:

Verein Domicil (Gemeinnützige Wohnungsvermittlung)
Kanzleistrasse 80, 8004 Zürich
Tel 044 245 90 25

Jugendwohnnetz
Gartenhofstrasse 15, 8004 Zürich
Telefon 044 298 20 40/ www.juwo.ch

Dieses Merkblatt finden Sie auch unter der Internetseite http://www.stzh.ch

Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Basel-Stadt

Kantonspolizei

Merkblatt Hausbesetzungen im Kanton Basel-Stadt

Stand: April 2017

Grundlagen

Die Hausbesetzung erfüllt den Tatbestand von Art. 186 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Hausfriedensbruch). Hausfriedensbruch ist ein Antragsdelikt. Damit die Polizei handeln kann, muss bei der Polizei oder Staatsanwaltschaft daher ein Strafantrag gestellt werden. Die Polizei prüft anschliessend geeignete Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands, insbesondere die Räumung der besetzen Liegenschaft.

Räumung

Die Räumung einer besetzten Liegenschaft soll nicht nur für den Moment, sondern auf Dauer erfolgreich sein. Deshalb muss hinreichend klar sein, dass die Liegenschaft unmittelbar nach der Räumung baulich gesichert wird. Die angetroffenen Personen werden wegen Hausfriedensbruch (und eventuell Sachbeschädigung) bei der Staatsanwaltschaft verzeigt.

Die polizeiliche Räumung setzt einen gültigen Strafantrag voraus und zudem einen der folgenden Sachverhalte:

- **Sicherung der Liegenschaft**
  Die Liegenschaft wird zeitnah nach der polizeilichen Räumung vom Eigentümer baulich gesichert und /oder durch privates Sicherheitspersonal bewacht.
- **Gefährdung der Sicherheit / Denkmalschutz**
  Die Besetzung gefährdet unmittelbar die Sicherheit von Personen oder denkmalgeschützte Bauteile oder Einrichtungen.

Sind die Voraussetzungen für eine zwangsweise Räumung gegeben und wird das Objekt nach Ablauf der festgesetzten Frist von den Besetzern und Besetzerinnen nicht verlassen, wird eine Räumung durch die Polizei vorgenommen.

Die Entsorgung der von den Besetzern mitgebrachten Einrichtungsgegenstände geht in der Regel zu Lasten der Verursacher.

Vermittlungsstellen / Beratungsstellen

Neutrale Stellen können gegebenenfalls Unterstützung leisten, wenn Verhandlungen zwischen den Parteien nicht möglich sind oder zu keinem Ziel führen:

Staatliche Schlichtungsstelle für Mietstreitigkeiten
Utengasse 36
4005 Basel
Tel: 061 267 85 21 / www.mietberatung.bs.ch/

IG Wohnen
Soziale Wohnungsvermittlung und Kontaktstelle Wohnbegleitung
Leonhardsstr. 38
4051 Basel
Telefon: 061 271 06 16
www.ig-wohnen.ch

Hauseigentümerverband Basel-Stadt
Aeschenvorstadt 71
4010 Basel
Tel : 061 205 16 16
E-Mail: info@hev-bs.ch
www.hev-bs.ch

Anhang 4

Politische Vorstösse in den Kantonsparlamenten

2017.SR.000070

Interfraktionelle Motion GB/JA!, AL/GPB-DA/PdA (Seraina Patzen, JA!/Lea Bill, GB/Christa Ammann, AL/Tabea Rai, AL/Tamara Funiciello, JUSO): Die Stadt Bern braucht eine politische Haltung im Umgang mit Hausbesetzungen

Die Koordinationsstelle Zwischennutzung der Stadt Bern hat unter anderem den Auftrag, bei der Besetzung von leerstehenden Häusern zwischen den BesetzerInnen und den HauseigentümerInnen zu vermitteln, falls dies von beiden Seiten gewünscht wird. Wünscht keine der beiden Seiten eine Vermittlung, übernimmt die Koordinationsstelle
Zwischennutzung keine Aufgaben rund um eine Hausbesetzung. Die Verwaltung und der Gemeinderat sind in diesen Fällen nicht in die Diskussionen involviert und werden auch im Falle einer polizeilichen Räumung einer Hausbesetzung nicht einbezogen.
Die Stadt Zürich geht seit vielen Jahren sehr pragmatisch mit Hausbesetzungen um: Diese werden nur dann von der Polizei geräumt, wenn eine gültige Abbruch- oder Baubewilligung vorliegt, eine Neunutzung unmittelbar bevorsteht oder Sicherheitsbedenken aufgrund des Zustands der Liegenschaft bestehen.[1]
Diesen pragmatischen Umgang mit Hausbesetzungen wünschen wir uns auch für die Stadt Bern. Der Gemeinderat und die Verwaltung müssen eine klare politische Haltung im Umgang mit Hausbesetzungen haben und diese gegenüber allen Beteiligten vertreten.
Der Gemeinderat wird deshalb beauftragt:

1. Klare Richtlinien zu erlassen, wann die polizeiliche Räumung eines besetzten Hauses in der Stadt Bern vom Gemeinderat toleriert wird. Diese Richtlinien sehen insbesondere vor, dass besetze Häuser nur dann geräumt werden, wenn:
   a. eine rechtskräftige Abbruchbewilligung oder eine rechtskräftige Baubewilligung inkl. Baufreigabe vorliegt. In diesem Zusammenhang muss die unverzügliche Aufnahme der Bauarbeiten belegt werden können. Im Falle eines Abbruchs muss belegt werden, dass die Bewilligung für den Neubau vorliegt und die Bauarbeiten unmittelbar nach dem Abbruch begonnen werden.
   b. eine Neunutzung der Liegenschaft unmittelbar bevor steht und durch neue Mietverträge o.ä. belegt werden kann.
   c. die betroffene Liegenschaft nachweislich in einem so schlechten Zustand ist, dass sie aus Sicherheitsgründen nicht bewohnbar ist.
2. Diese Richtlinien gegenüber HauseigentümerInnen sowie der Kantonspolizei durchzusetzen. Die Kantonspolizei muss demnach vor der Räumung einer Hausbesetzung die Zustimmung des Gemeinderates einholen.
3. Den Auftrag der Koordinationsstelle Zwischennutzung so zu erweitern, dass sie bei einer Hausbesetzung von sich aus auf die Beteiligten zugeht und über das Angebot der Vermittlung sowie die bestehenden Richtlinien informiert. Zudem soll sie ihre Vermittlungstätigkeiten gemäss den gemeinderätlichen Richtlinien gestalten und mit der Zielsetzung arbeiten, dass polizeiliche Räumungen möglichst zu vermeiden sind.

Bern, 09. März 2017
Erstunterzeichnende: Seraina Patzen, Christa Ammann, Tabea Rai, Tamara Funiciello, Lea Bill
Mitunterzeichnende: Katharina Gallizzi, Ursina Anderegg, Regula Tschanz, Leena Schmitter, Stéphanie Penher, Eva Krattiger, Franziska Grossenbacher, Mohamed Abdirahim, Peter Marbet,

---

[1] https://www.stadt-zuerich.ch/content/dam/stzh/pd/Deutsch/Stadtpolizei/Publikationen%20und%20Broschueren/20111025_Merkblatt_Hausbesetzung_2.pdf

Nadja Kehrli-Feldmann, Katharina Altas, Yasemin Cevik, Fuat Köçer, Johannes Wartenweiler, Bettina Stüssi, Ladina Kirchen Abegg, Edith Siegenthaler, Barbara Nyffeler, Halua Pinto de Magalhães, Lukas Meier, Nora Krummen, Michael Sutter, Timur Akçasayar, Martin Krebs, Daniel Egloff, Luzius Theiler, Regula Bühlmann

2017.SR.000046

Postulat Fraktion GFL/EVP (Michael Burkard/Patrik Wyss, GFL): Prüfung der Praxis von Zürich und Genf bei Hausbesetzungen

In Bern genügt bei einer Hausbesetzung ein Strafantrag der Eigentümerschaft, damit die Liegenschaft polizeilich geräumt werden kann. In Zürich und Genf hingegen muss nebst einem Strafantrag auch eine Baubewilligung vorliegen, bevor zu einer polizeilichen Räumung geschritten wird. Die in Zürich und Genf gelebte Praxis soll verhindern, dass Liegenschaften über längere Zeit leer stehen.[1]
Vor diesem Hintergrund wird der Gemeinderat höflich eingeladen zu prüfen, ob die Praxis von Zürich und Genf bei Hausbesetzungen auch in Bern angewandt werden könnte.

Bern, 02. März 2017
Erstunterzeichnende: Michael Burkard, Patrik Wyss
Mitunterzeichnende: Danielle Cesarov-Zaugg, Marcel Wüthrich, Lukas Gutzwiller, Janine Wicki, Manuel C. Widmer, Brigitte Hilty Haller, Bettina Jans-Troxler

[1] siehe beispielsweise den Artikel „Geordnetes Chaos" von Valerie Zaslawski in der NZZ vom 14.10.2016 (http://www.nzz.ch/schweiz/zwischennutzungen-als-stadtentwicklung-geordnetes-chaos-ld.121967)

Anzug betreffend Umgang mit Häuserbesetzungen und Leerständen in Basel | 17.5192.01

Leerstehende Liegenschaften sind für eine Stadt wie Basel, in der der Druck auf den Wohnungsmarkt verhältnismässig gross ist, unschön. Trotzdem gibt und wird es immer wieder Beispiele von Liegenschaften geben, die leer stehen und besetzt werden.

In den letzten 12 Monaten kam es zu einigen polizeilichen Räumungen besetzter Liegenschaften in Basel. Die Vorbedingungen, die zu den Räumungen führen, sind oftmals unklar. Dies führt teilweise zu unschönen Situationen, die allen Beteiligten unangenehm sind und auch die Arbeit der Polizei verkomplizieren.

In Zürich wird seit einigen Jahren ein Modell angewandt, das die Faktoren definiert, die zur Räumung einer besetzten Liegenschaft führen. Diese sind (Online abgerufen am 7. April 2017 unter: www.stadt-zuerich.ch/pd/de/index/stadtpolizei_zuerich/ueber_uns/organisation_stapozuerich/test-Einsatzabteilung.html):

Die polizeiliche Räumung setzt einen gültigen Strafantrag voraus und zudem einen der drei folgenden Sachverhalte:

Abbruch-/Baubewilligung

Eine rechtskräftige Abbruchbewilligung oder eine rechtskräftige Baubewilligung inkl. Baufreigabe liegt vor. Die unverzügliche Aufnahme der Abbruch-/Bauarbeiten muss belegt werden.

Neunutzung

Die rechtmässige Nutzung der Liegenschaft für die Zeit nach deren Räumung kann durch Vertrag mit Drittpersonen oder vergleichbaren Unterlagen in Aussicht gestellt und belegt werden.

Sicherheit/Denkmalschutz

Die Besetzung gefährdet unmittelbar die Sicherheit von Personen oder denkmalgeschützte Bauteile oder Einrichtungen.

In der Interpellationsbeantwortung der Regierung zur Interpellation 13.5187 der Anzugstellerin hat der Regierungsrat festgehalten, dass er von dem Merkblatt der Stadt-Zürich Kenntnis hat, für Basel jedoch die bewährte Einzelfallbeurteilung vorzieht. Unter anderem hielt er fest: *"Wo keine Störungen oder andere Gründe für eine rasche Räumung vorliegen, werden in Basel-Stadt zuerst das Gespräch und eine einvernehmliche Lösung gesucht." (Interpellationsbeantwortung 13.5187.02)*

Dieser Grundsatz ist sicher sinnvoll, da dadurch mögliche Eskalationen verhindert werden können. Gleichwohl bringt die Einzelfallbeurteilung Unsicherheit für die Polizei, die Liegenschaftsbesitzer und die Besetzer mit sich. Räumungen machen aus Sicht der Unterzeichnenden Sinn, wenn leerstehende Liegenschaften unmittelbar nach der Räumung abgerissen oder legal genutzt werden. Andernfalls steht sich die Frage nach einer sinnvollen Zwischennutzung.

Deshalb bitten die Unterzeichnenden den Regierungsrat zu prüfen und zu berichten, wie das Zürcher Modell im Umgang mit Hausbesetzungen in Basel umgesetzt werden kann.

Salome Hofer, Alexandra Dill, Tanja Soland, Thomas Gander, Christian von Wartburg, Toya Krummenacher, Tonja Zürcher, Otto Schmid, Claudio Miozzari, Dominique König-Lüdin, Barbara Wegmann, Kerstin Wenk

Interpellation Nr. 31 (Mai 2013)
betreffend Haus- und Geländebesetzungen in Basel

13.5187.01

In den vergangenen Wochen wurden einerseits ein Gelände im Hafenareal und andererseits der ehemalige Schiessstand in Allschwil, der im Besitz der Immobilien Basel-Stadt ist, besetzt. Die Meinungen bezüglich solcher Raumaneignungen gehen stark auseinander, festzuhalten ist jedoch in diesen beiden Fällen, dass sich die Gruppierungen sehr friedlich, transparent und offen verhalten.

Basel als ebenso offene Stadt sollte in der Lage sein, solche alternativen Lebensformen tolerieren zu können, vor allem wenn die Gruppierungen für Wasser und Strom aufkommen möchten.

Zürich könnte in dieser Frage als Vorbild dienen: Seit einiger Zeit wird in der Limmatstadt sehr tolerant und offen mit dem Thema umgegangen, Besetzungen werden erst dann geräumt, wenn tatsächliche Probleme (Lärmklagen, etc.) auftauchen oder das Gebäude einer anderen Nutzungsbestimmung zugeführt werden soll, respektive abgerissen und einem neuen Gebäude weichen muss. Dieses Vorgehen ist insbesondere in Bezug auf möglichen Widerstand bei einer Räumung sehr sinnvoll.

Leerstehende Gebäude, deren zukünftige Nutzung noch nicht klar ist, oder erst in einem oder mehreren Jahren gebaut wird und brach liegende Gelände, die vorübergehend ungenutzt sind, könnten Orte darstellen, die eben gerade für Menschen mit alternativen Lebensideen und anderen Vorstellungen lebenswert sind. Solange sich die Anwohner nicht gestört fühlen und die Zukunft der Immobilie oder Fläche nicht definiert ist, macht eine Räumung keinen Sinn. Räumen um der Räumungswillen ist hier der falsche Ansatz.

In diesem Zusammenhang stellen sich deshalb folgende Fragen:

1. Kennt der Regierungsrat das "Zürcher Modell" in Sachen Besetzungen und wie schätzt er dieses ein?
2. Hat sich der Regierungsrat bereits Gedanken gemacht, in Zukunft ähnlich mit Besetzungen umzugehen, wie dies in Zürich gehandhabt wird?
3. Anerkennt der Regierungsrat, dass eine Räumung ohne konkreten Belästigungs- oder Nutzungsgrund das Problem der Hausbesetzung nicht löst, sondern auf andere Immobilien und Orte verschiebt?
4. Wie gedenkt der Regierungsrat im Fall der Wagenburg im Hafenareal, an dem der Regierungsrat Stadtentwicklungs-Interessen hat, weiter vorzugehen?
5. Am 26. April 2013 wurde bekannt, dass der Schiessstand in Allschwil im Mai abgerissen werden soll und die Besetzer dazu aufgerufen werden, das Gebäude zu verlassen. Eine konkrete Bauplanung für die geplante Bebauung und den Park liegt jedoch noch nicht vor. Warum kann mit dem Abriss und damit auch der Räumung des Gebäudes nicht noch gewartet werden, zumindest so lange, wie die Besetzung keine direkten Probleme verursacht?
6. Wie stellt sich der Regierungsrat grundsätzlich zum Bedürfnis von einigen Wenigen, ausserhalb der definierten Räume und Nutzungen zu leben und ist er nicht auch der Meinung, dass sich Basel als offene Stadt dieses Bedürfnis leisten kann?

Salome Hofer

Der Grosse Rat des Kantons Basel-Stadt

Beschluss
Nr. **17/38/27.2G**
Vom **20.09.2017**
P175192

Anzug Salome Hofer und Konsorten betreffend Umgang mit Häuserbesetzungen und Leerständen in Basel

17.5192.01, Text Anzug vom 15.05.2017

://: erledigt / nicht überwiesen

Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt

An den Grossen Rat

13.5187.02

PD/P135187
Basel, 30. Mai 2013

Regierungsratsbeschluss vom 28. Mai 2013

Interpellation Nr. 31 von Salome Hofer betreffend „Haus und Geländebesetzungen in Basel“

(Eingereicht vor der Grossratssitzung vom 15.05.2013)

"In den vergangenen Wochen wurden einerseits ein Gelände im Hafenareal und andererseits der ehemalige Schiessstand in Allschwil, der im Besitz der Immobilien Basel-Stadt ist, besetzt. Die Meinungen bezüglich solcher Raumaneignungen gehen stark auseinander, festzuhalten ist jedoch in diesen beiden Fällen, dass sich die Gruppierungen sehr friedlich, transparent und offen verhalten.
Basel als ebenso offene Stadt sollte in der Lage sein, solche alternativen Lebensformen tolerieren zu können, vor allem wenn die Gruppierungen für Wasser und Strom aufkommen möchten.
Zürich könnte in dieser Frage als Vorbild dienen: Seit einiger Zeit wird in der Limmatstadt sehr tolerant und offen mit dem Thema umgegangen, Besetzungen werden erst dann geräumt, wenn tatsächliche Probleme (Lärmklagen, etc.) auftauchen oder das Gebäude einer anderen Nutzungsbestimmung zugeführt werden soll, respektive abgerissen und einem neuen Gebäude weichen muss. Dieses Vorgehen ist insbesondere in Bezug auf möglichen Widerstand bei einer Räumung sehr sinnvoll.
Leerstehende Gebäude, deren zukünftige Nutzung noch nicht klar ist, oder erst in einem oder mehreren Jahren gebaut wird und brach liegende Gelände, die vorübergehend ungenutzt sind, könnten Orte darstellen, die eben gerade für Menschen mit alternativen Lebensideen und anderen Vorstellungen lebenswert sind. Solange sich die Anwohner nicht gestört fühlen und die Zukunft der Immobilie oder Fläche nicht definiert ist, macht eine Räumung keinen Sinn. Räumen um der Räumungswillen ist hier der falsche Ansatz.

In diesem Zusammenhang stellen sich deshalb folgende Fragen:

1. Kennt der Regierungsrat das "Zürcher Modell" in Sachen Besetzungen und wie schätzt er dieses ein?
2. Hat sich der Regierungsrat bereits Gedanken gemacht, in Zukunft ähnlich mit Besetzungen umzugehen, wie dies in Zürich gehandhabt wird?
3. Anerkennt der Regierungsrat, dass eine Räumung ohne konkreten Belästigungs- oder Nutzungsgrund das Problem der Hausbesetzung nicht löst, sondern auf andere Immobilien und Orte verschiebt?
4. Wie gedenkt der Regierungsrat im Fall der Wagenburg im Hafenareal, an dem der Regierungsrat Stadtentwicklungs-Interessen hat, weiter vorzugehen?
5. Am 26. April 2013 wurde bekannt, dass der Schiessstand in Allschwil im Mai abgerissen werden soll und die Besetzer dazu aufgerufen werden, das Gebäude zu verlassen. Eine konkrete Bauplanung für die geplante Bebauung und den Park liegt jedoch noch nicht vor. Warum kann mit dem Abriss und damit auch der Räumung des Gebäudes nicht noch gewartet werden, zumindest so lange, wie die Besetzung keine direkten Probleme verursacht?

6. Wie stellt sich der Regierungsrat grundsätzlich zum Bedürfnis von einigen Wenigen, ausserhalb der definierten Räume und Nutzungen zu leben und ist er nicht auch der Meinung, dass sich Basel als offene Stadt dieses Bedürfnis leisten kann?

Salome Hofer"

1. Einleitende Bemerkungen

Der Regierungsrat pflegt mit den Schweizer Städten einen engen Austausch in allen Politikbereichen, auch in Fragen des Umgangs mit Haus- und Geländebesetzungen. Dabei geht es nicht um eine Vereinheitlichung der politischen Arbeit in den einzelnen Städten, sondern um die Analyse der unterschiedlichen Ansätze und Vorgehensweisen und um Erfahrungsaustausch.

In Basel-Stadt sind die Verhältnisse überschaubar, relativ wenige Liegenschaften stehen überhaupt leer und Besetzungen sind vergleichsweise selten. Zudem haben sich die Besetzergruppen in den letzten Jahren stets verhandlungsbereit verhalten und sie suchen in der Regel einen mit dem Grundeigentümer und der Nachbarschaft möglichst geordneten Status. Einen solchen Status zumindest für eine zeitlich befristete Dauer zu ermöglichen, stellt für Bewilligungsbehörden zuweilen eine grosse Herausforderung dar. Wo sich die Frage einer polizeilichen Räumung trotzdem stellt, wird in sorgfältiger Abklärung im Einzelfall geprüft, welche Möglichkeiten und Massnahmen am besten den rechtmässigen Zustand wieder herstellen. Verhältnismässigkeit und Nachhaltigkeit sind in Basel-Stadt wichtige Grundsätze der Entscheidungsfindung, ebenso die klare Priorisierung innerhalb des Ermessens der Kantonspolizei. In der Regel wird in Basel-Stadt erst dann polizeilich geräumt, wenn das Antragsdelikt Hausfriedensbruch mit einem gültigen Strafantrag angezeigt ist, eine einvernehmliche Lösung nicht zustande kommt und / oder die Sicherheit von Personen sowie denkmalgeschützte Bauteile oder Einrichtungen gefährdet sind. Die Basler Praxis baut primär auf Kommunikation und die Suche nach vernünftigen, gut nachvollziehbaren Lösungen. Immobilien im Besitz des Kantons werden in der Regel zwischengenutzt, bis mit den Umbau- oder Abbrucharbeiten begonnen werden kann. Dieses bewährte „Basler Modell" ist auf die Verhältnisse in Basel-Stadt zugeschnitten und kann im Einzelfall durchaus gleich wie in Zürich gehandhabt werden. Es ist jedoch nicht angezeigt, die Einzelfall-Lösung durch die Übernahme einer Standard-Praxis aus ungleichen Verhältnissen zu ersetzen. Die Fragen und Antworten im Einzelnen:

Zu Frage 1: Kennt der Regierungsrat das "Zürcher Modell" in Sachen Besetzungen und wie schätzt er dieses ein?

Die Stadt Zürich hat ihr Vorgehen bei der Räumung von besetzten Liegenschaften in den letzten Jahren standardisiert und macht damit gute Erfahrungen, die dem Regierungsrat bekannt sind. Die Stadtpolizei Zürich hat über Jahre eine gefestigte und vom Bundesgericht sanktionierte Praxis entwickelt (BGE 119 Ia 28, insbesondere E.2. p. 30ff.). Diese orientiert sich massgeblich am Verhältnismässigkeitsprinzip und an der Nachhaltigkeit einer Räumung. Die polizeiliche Räumung wird an bestimmte Voraussetzungen geknüpft. In erster Linie ist dies das Vorliegen eines gültigen Strafantrags wegen Hausfriedensbruch (Art. 186 StGB). Aber auch die Erfüllung der drei folgenden Sachverhalte in jedem Einzelfall:

1) Vorliegen einer rechtskräftigen Abbruch- oder Baubewilligung,
2) Beschlüsse über eine rechtmässige Neunutzung
3) Nachweisliche Gefährdung der Sicherheit von Personen oder denkmalgeschützter Bauteile oder Einrichtungen.

Die Stadtpolizei Zürich hat eine Meldestelle eingerichtet; gegebenenfalls können neutrale Vermittlungsstellen Unterstützung leisten, wenn Verhandlungen zwischen den Parteien nicht möglich sind oder zu keinem Ziel führen. Dazu ist im September 2006 ein "Merkblatt" herausgegeben worden (http://www.stzh.ch). Die darin formulierten Voraussetzungen sollen sowohl die nötige

Priorisierung der Einsätze sicherstellen, als auch die Nachhaltigkeit der Räumungen. Mit dieser Praxis können rund 80% der Hausbesetzungen ohne Polizeiaktion beendet werden.

Die Zürcher Praxis bewährt sich in der Stadt Zürich, die vergleichsweise stark von dieser Problematik betroffen ist.

Zu Frage 2: Hat sich der Regierungsrat bereits Gedanken gemacht, in Zukunft ähnlich mit Besetzungen umzugehen, wie dies in Zürich gehandhabt wird?

Die sorgfältige Einzelfallprüfung hat sich in Basel-Stadt bewährt, falls die Situationsanalyse ein Vorgehen nach "Zürcher Modell" empfiehlt, kann dieses auch in Basel-Stadt angewendet werden. Aus Sicht des Regierungsrats hat sich die innovative und aktive Zwischennutzungspolitik in Basel bewährt (z.B. Restaurant Feldberg, Bäumleingasse 9, Hinterhofbar) und soll weitergeführt werden.

Zu Frage 3: Anerkennt der Regierungsrat, dass eine Räumung ohne konkreten Belästigungs- oder Nutzungsgrund das Problem der Hausbesetzung nicht löst, sondern auf andere Immobilien und Orte verschiebt?

Hausbesetzungen sind grundsätzlich eine widerrechtliche Aneignung bzw. Nutzung von fremdem Eigentum, die auf Antrag als Hausfriedensbruch bestraft wird. Die Besetzerinnen und Besetzer verschaffen sich mit ihrem illegalen Vorgehen einen persönlichen Vorteil, der als Grundanspruch einzelner Personen oder Gruppen keine Legitimität geniesst. Wo keine Störungen oder andere Gründe für eine rasche Räumung vorliegen, wird in Basel-Stadt zuerst das Gespräch und eine einvernehmliche Lösung gesucht. Der Kanton ist bei der Vermietung von Arealen und Gebäuden dem Gleichbehandlungsgebot verpflichtet und kann nicht einzelne Gruppierungen bevorteilen. Der Kanton setzt zudem über die Subjekthilfe beträchtliche Mittel für die Unterstützung finanziell benachteiligter Einwohnerinnen und Einwohner ein. Wo keine Störungen oder andere Gründe für eine rasche Räumung vorliegen wird in Basel-Stadt in der Regel, wie oben beschrieben, zuerst das Gespräch und eine einvernehmliche Lösung gesucht.

Zu Frage 4: Wie gedenkt der Regierungsrat im Fall der Wagenburg im Hafenareal, an dem der Regierungsrat Stadtentwicklungs-Interessen hat, weiter vorzugehen?

Die Schweizerischen Rheinhäfen (SRH) dulden vorübergehend (bis nach den Sommerferien 2013) und in Absprache mit dem Kanton Basel-Stadt den Wagenplatz auf dem ExMigrol-Areal beim Klybeckquai. Dies, um den Wagenleuten die Suche nach einem definitiven Standort zu ermöglichen. Eine längere Duldung der Besetzung ist aus Gründen fehlender Erschliessung (Strom- Wasser- und Abwasseranschluss im besetzten Arealabschnitt), unmittelbar angrenzender Störfallbetriebe sowie von Lärmemissionen in direkter Nachbarschaft nicht vertretbar. Es sei an dieser Stelle daran erinnert, dass das Territorium des Kantons Basel-Stadt nur das dicht bebaute Zentrum der trinationalen Agglomeration abbildet und kleiner ist als die Fläche einer Berggemeinde wie z. B. Blatten im Lötschental; der funktionale Lebens- und Arbeitsraum umfasst die gesamte trinationale Region. Die SRH planen nach den Sommerferien den Beginn einer Arealentwicklung mit regulärer Zwischennutzung.

Zu Frage 5: Am 26. April 2013 wurde bekannt, dass der Schiessstand in Allschwil im Mai abgerissen werden soll und die Besetzer dazu aufgerufen werden, das Gebäude zu verlassen. Eine konkrete Bauplanung für die geplante Bebauung und den Park liegt jedoch noch nicht vor. Warum kann mit dem Abriss und damit auch der Räumung des Gebäudes nicht noch gewartet werden, zumindest so lange, wie die Besetzung keine direkten Probleme verursacht?

Mit den Besetzern des Schiessplatzes Allschwil wurde seitens Immobilien Basel-Stadt und den Gemeindebehörden von Allschwil das Gespräch gesucht. Dabei wurde kommuniziert, dass eine Zwischennutzung aus verschiedenen Gründen nicht möglich ist. Das Gebäude war nicht für eine permanente Nutzung gebaut, es wurde als Schiessstand konzipiert und intensiv genutzt. Das Areal ist aufgrund des Schiessbetriebs mit Giftstoffen belastet und die Bauteile der Gebäude waren am Ende ihrer Lebensdauer angelangt. Die Personensicherheit war im Gebäude und auf dem Areal nicht gewährleistet und als Eigentümer-Vertreterin konnte Immobilien Basel-Stadt die Verantwortung für die Nutzung und allfällige Folgen nicht übernehmen.
Da das Gebiet um den Allschwilerweiher von einer grossen Öffentlichkeit bereits intensiv genutzt wird, war eine zusätzliche Nutzung im Sinne der Besetzerinnen und Besetzer für die unmittelbare Nachbarschaft und die Gemeinde Allschwil nicht tolerierbar. Das Areal ist zudem zonenrechtlich für Wohnen und andere von den Besetzern angestrebte Nutzungen nicht zugelassen, Anlässe für eine grössere Anzahl Personen sind aus Sicherheitsgründen unzulässig und das Bewohnen war aufgrund fehlender Wohnhygiene nicht bewilligungsfähig.
Deshalb wurde der Abbruch des Schiessstands beschlossen und die Besetzerinnen und Besetzer wiederholt aufgefordert, das Gebäude zu verlassen. Da dies nicht erfolgte, musste der Schiessstand am 14. Mai 2013 polizeilich geräumt werden.

Zu Frage 6: Wie stellt sich der Regierungsrat grundsätzlich zum Bedürfnis von einigen Wenigen, ausserhalb der definierten Räume und Nutzungen zu leben und ist er nicht auch der Meinung, dass sich Basel als offene Stadt dieses Bedürfnis leisten kann?

Unsere Rechtsordnung und das hohe Wohlstandsniveau ermöglichen den einzelnen Menschen die bestmögliche Entfaltung und Selbstbestimmung nach dem Prinzip, dass die eigene Freiheit dort endet, wo jene des Nächsten beginnt. In Basel-Stadt herrscht traditionell eine grosse Toleranz und Offenheit gegenüber eigenwilligen und experimentellen Lebensentwürfen ausserhalb der Mehrheitsgesellschaft. Mit der zunehmenden Lebenserwartung und Migration wird die Gesellschaft immer vielfältiger und komplexer, der Kanton trägt dieser Entwicklung in seinen Strategien zur Kulturpolitik, Wohnraumförderung, Lebensqualität und Sicherheit im öffentlichen Raum, Diversität und Integration sowie in der Entwicklung der Regelangebote in Jugendarbeit, Bildung und Gesundheit Rechnung. Gesellschaftliche Neuerungen und Experimente sind Leistungen von Einzelnen und der Zivilgesellschaft und der Staat hat sich nach Überzeugung des Regierungsrates im Sinne eines Dienstleisters und Ermöglichers gegenüber gesellschafltichen Experimenten zu verhalten. Dabei wird er sich auf seine Kernaufgaben beschränken und die Freiheit des Einzelnen im Rahmen der Rechtsordnung schützen müssen.

Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt

Dr. Guy Morin
Präsident

Barbara Schüpbach-Guggenbühl
Staatsschreiberin

Ein Beispiel in Sachen Machbarkeit: Als die Linien in die Täler in Richtung Aesch und Dornach über den Aeschenplatz zu führen waren, sagten Leute, beim Postreitergebäude stelle sich ein grosses Problem. Doch die Ingenieure haben eine Lösung gefunden. Die Linien 10 und 11 fahren nun dort durch. Es geht nicht an, dass man "Geht nicht" sagt.

Es liegen nun sechs ausgewählte Vorschläge vor, die von sehr grosser Bedeutung sind. Diese werden dazu beitragen, dass das Netz flexibler und schneller wird. Von besonderer Bedeutung ist sicherlich die Verbindung vom Auberg zur Inneren Margarethenstrasse. Gerade zur Zeit der Fasnacht wäre diese von grossem Vorteil, auch für den Automobilverkehr, weil der völlig überlastete Knoten am Centralbahnplatz deutlich entlastet würde.

Überweisen Sie diese Motion - auch als Zeichen gegenüber jenen, welche jeweils "Geht nicht" sagen.

Abstimmung

JA heisst Überweisung, NEIN heisst Nichtüberweisung.

Ergebnis der Abstimmung

72 Ja, 16 Nein, 2 Enthaltungen. *[Abstimmung # 228, 20.09.17 21:49:03]*

Der Grosse Rat beschliesst

auf die Motion 17.5238 einzutreten und sie dem Regierungsrat zur Stellungnahme innert drei Monaten zu **überweisen**.

27. Anzüge 1 - 16 (Anzüge 1 und 2)

[20.09.17 21:49:21]

1. Anzug Stephan Luethi-Brüderlin und Konsorten betreffend Aktenzeichen "Tram- und Businfotafeln im Bahnhof SBB" nach wie vor ungelöst

[20.09.17 21:49:21, BVD, 17.5188.01, NAE]

Der Regierungsrat ist bereit, den Anzug 17.5188 entgegenzunehmen.

Der Grosse Rat beschliesst

stillschweigend, auf den Anzug 17.5188 einzutreten und ihn dem Regierungsrat zu **überweisen**.

2. Anzug Salome Hofer und Konsorten betreffend Umgang mit Häuserbesetzungen und Leerständen in Basel

[20.09.17 21:49:51, JSD, 17.5192.01, NAN]

Der Regierungsrat ist nicht bereit, den Anzug 17.5192 entgegenzunehmen.

David Jenny (FDP): Nicht ganz überraschend folgt die FDP-Fraktion dem Regierungsrat, indem sie die Überweisung dieses Anzugs ablehnt. Mit diesem Anzug möchte die Ratslinke einen weiteren Schritt in Richtung einer kalten Enteignung der Liegenschaftseigentümer in Basel machen.

Die Anzugsteller wollen nach dem Prinzip "first come, first served" diejenige Besetzergruppe, die aus irgendwelchen Gründen auf eine Liegenschaft zugreift, die Gnade behördlicher Duldung erweisen und den Eigentümer indirekt zwingen, in Zwischennutzungen einzuwilligen, da ihm die Durchsetzung seines Eigentumsrechts abgesprochen wird. Der nächste logische Schritt wäre wohl die Forderung nach einer staatlichen Stelle, die alle leerstehenden Liegenschaften zur Besetzung ausschreibt. Wollen wir das wirklich? Wir können heute entscheiden, ob wir einen solchen Umgang mit der Eigentumsfreiheit, die - Sie mögen das nicht lieben - verfassungsrechtlich durch den Bund und den Kanton geschützt ist, wollen.

Der Anzug steht quer in der Landschaft. Kürzlich haben beide Kammern der eidgenössischen Räte die Motion Feller angenommen, welche die Bedingungen für die Anwendbarkeit von Artikel 926 ZGB lockern will, damit gegen Hausbesetzer besser vorgegangen werden kann. In Bern ist richtig erkannt worden, dass nicht eine zu rasche Räumung das Problem ist, sondern eine zu langsame. Künftig wird zivilrechtlich die Frist, innert der ein Besitzer vor verbotener Eigenmacht selber mit Gewalt erwehren darf, verlängert werden. Wollen wir aber in Basel die Situation haben, dass ein Eigentümer Besetzer selber zivilrechtlich vertreiben darf, während die Polizei sagen muss, dass ihr durch die Politik die Hände gebunden seien? Das kann doch nicht sein!

Wir sollten vielmehr die Zürcher Praxis einführen. Ansonsten schaffen wir einen Konflikt zu Bundesrecht. Die Zürcher Praxis kann nur bei Räumungen aufgrund des Strafrechts Anwendung finden. Es wird immer gesagt, dass das Bundesgericht dies gutgeheissen habe. Doch es gibt einen einzigen Entscheid, und der stammt aus dem Jahr 1993 und betrifft eine Genfer Angelegenheit. Dort wurde klargelegt, dass der Genfer Generalstaatsanwalt nicht befugt ist, die Vollstreckung eines zivilrechtlichen Urteils zu verweigern, da dies einer Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips gleichkommen würde. Das Bundesgericht hat zudem - dies in der deutschen Übersetzung - weiter festgehalten, dass die zuständigen Beamten zweifellos über einen gewissen Ermessensspielraum für die Ausübung der Operation verfügen; sie dürfen die Vollstreckung aber nicht lange hinausschieben und sich damit dem Urteil und der Anwendung des dem Prozess entscheidenden Rechtes widersetzen. Es ist vor allem nicht möglich, den sozialen Frieden im Wohnungswesen aufrechtzuerhalten, indem dauernd die Ansprüche der Eigentümer verletzt werden, die ihre Güter nicht auf den Markt bringen. Sollte es sich als notwendig erweisen, muss der kantonale Gesetzgeber im Rahmen des Bundesrechts geeignete Massnahmen beschliessen. Das heisst, dass wir, wenn überhaupt, auf gesetzlichem Wege vorgehen müssten; wir sollten nicht einfach die Eigenmacht von Hausbesetzern zuungunsten der Hauseigentümer schützen.

Ich bitte Sie, diesen Anzug nicht zu überweisen.

Thomas Gander (SP): Ich habe natürlich gewusst, dass David Jenny auf die Eigentumsrechte eingehen wird, weshalb ich im Vorfeld nochmals meine Schulunterlagen durchgesehen habe. Dennoch verzichte ich darauf, einen Vortrag über die verschiedenen Theorien zu halten. So könnte man beispielsweise über die interessante Frage diskutieren, ob die Verbindung von Mensch und Eigentum einfach so naturgegeben sei, aber das würde wohl zu weit führen. Ohnehin möchte ich nicht zu sehr auf das Thema Eigentumsrechte eingehen, sondern vielmehr eine andere Perspektive vorschlagen. Mir ist nämlich im Zusammenhang mit den Diskussionen über das Zürcher Modell aufgefallen, dass dieses eng mit dem Aspekt der Zwischennutzung verbunden ist. Zwischennutzungen haben in den letzten Jahren starken Auftrieb erhalten, sodass man sie regelrecht ökonomisiert hat. So gibt es Unternehmen, die sich nur noch um Zwischennutzungen kümmern. Solche Zwischennutzungen - das ist wohl für alle einsichtig - schaffen eine kulturelle Vielfalt, attraktive Angebote und schliessen Lücken; sie leiten auch Modernisierungsschübe und Innovation in einer Stadt ein; insofern leisten sie einen Beitrag zur Stadtentwicklung. Wohl alle von uns benutzen bewusst - und manchmal auch unbewusst - solche Zwischennutzungen, die manchmal ja zu festen Nutzungen übergehen. Der Blick zurück zeigt, dass solche Zwischennutzungen nicht immer in einem geregelten Rahmen entstanden sind. Selbst wenn wir sie heute als gut ansehen, sind sie oftmals nicht gemäss den Grundsätzen einer rechtsstaatlichen Ordnung entstanden. Besetzungen haben in unseren wie auch in anderen europäischen Städten einen Beitrag zur Stadtentwicklung beigetragen, wie dies das Beispiel Hamburg besonders gut zeigt. Es trifft aber auch zu, dass solche Besetzungen zu Konflikten, zu Auseinandersetzungen mit der Polizei führen können. Sie können aber auch zu interessanten Lösungen führen, die im Sinne aller Akteure, eines Quartiers wie auch der Stadt sind.

Bei diesem Vorstoss geht es keineswegs darum, zu einem Rechtsbruch aufzufordern. Vielmehr geht es darum, den Handlungsspielraum für die Behörden, die Polizei und die Eigentümer zu erweitern. Zudem soll auch der Gewaltprävention ein besonderes Augenmerk gegeben werden. Im Bereich von Hausbesetzungen ist es nämlich sehr wichtig, den Mittelweg zwischen Eskalation und Deeskalation zu finden, wobei es dabei sehr viele Faktoren zu berücksichtigen gilt, wie ich aus meiner persönlichen beruflichen Erfahrung weiss. Ein Faktor sind auch Gesetze, die manchmal auch zu wenig Spielraum zulassen, sodass die Polizei oder die Behörden nur eine beschränkte Auswahl an Handlungsoptionen haben. Mit diesem Vorstoss soll der Spielraum ausgedehnt werden. Das war übrigens der Erfolgsfaktor am Zürcher Modell: Weil geregelte Zwischennutzungen möglich wurden, ist die Zahl von Eskalationen deutlich zurückgegangen.

Zwischenfrage

Pascal Messerli (SVP): Sollten die Hauseigentümer nicht selber entscheiden dürfen, ob sie mit Hausbesetzern Lösungen finden wollen? Muss ihnen der Staat gänzlich die Eigentumsgarantie entwenden?

Thomas Gander (SP): Mit diesem Vorstoss wird den Eigentümern dieses Recht nicht genommen.

RR Baschi Dürr, Vorsteher JSD: Der Regierungsrat bittet Sie nachdrücklich, diesen Anzug nicht zu überweisen.

Thomas Gander, es ist meine tiefe Überzeugung, dass es ohne Eigentumsrechte keine Freiheitsrechte - und ohne Freiheitsrechte keine Menschenrechte - gibt. Es trifft aber zu, dass es hier nicht um die Eigentumsrechte geht. Es geht aber auch nicht um die Frage, inwiefern Zwischennutzungen sinnvoll sind und wie sie allenfalls von der Verwaltung unterstützt werden könnten. Auch dem Regierungsrat ist bewusst, dass die Wohnungsthematik in einem so dicht bebauten Kanton sehr hohen Rang hat.

Der Vorstoss orientiert sich am Merkblatt aus dem Kanton Zürich, mit dem geregelt ist, wie polizeilich vorzugehen sei, wenn Personen ein privates Areal widerrechtlich besetzen. Es geht dabei nicht in erster Linie um staatliche Areale. Die Anzugstellerin zitiert zwar eine ältere Interpellationsbeantwortung des Regierungsrates, in welcher von einer Einzelfallbeurteilung im Gegensatz zu einer ständigen Regel die Rede ist; doch damals ging es um ein staatliches Areal beim Hafen. Das Merkblatt aus Zürich betrifft aber ausschliesslich private Areale.

Im Anzugstext steht weiters: "Die Vorbedingungen, die zu den Räumungen führen, sind oftmals unklar." Dem muss ich klar widersprechen. Seit Jahr und Tag ist ausgesprochen klar, sodass man keineswegs sagen kann, dass je Unverständnis darüber herrschte, was die Polizei in diesem Zusammenhang machte.

Unser Merkblatt von April orientiert sich im Übrigen sehr am Zürcher Merkblatt. Darin halten wir fest, was wir schon seit Längerem postulieren: "Damit die Polizei handeln kann, muss bei der Polizei oder Staatsanwaltschaft daher ein Strafantrag gestellt werden." Der Eigentümer muss ausserdem insofern einen Beitrag leisten, indem er das Gebäude entsprechend sichert, damit es nicht gleich wieder zu einer Besetzung kommt, sobald die Polizei abzieht. Schliesslich findet sich noch ein Passus bezüglich Sicherheit und Denkmalschutz, was aber in der Praxis nicht von besonderer Bedeutung ist.

Zürich hat da eine andere Praxis, die aber nicht klarer wäre als die unsrige. Die Zürcher Praxis verlangt, dass eine Neunutzung bereits definiert sein muss. Eine solche Forderung stellen wir nicht auf; wir wollen sie auch nicht in Zukunft stellen. Wir sind nämlich überzeugt, dass damit die Eigentumsrechte zu stark verletzt würden. Ausserdem würde mit der Überweisung dieses Anzugs gegenüber den Investoren das falsche Signal gesendet. Damit wir aber dem herrschenden Wohnungsdruck etwas entgegensetzen können, ist es notwendig, dass mehr gebaut wird, wozu jedoch auch private, genossenschaftliche oder auch staatliche Investoren auf Platz sein müssen. Wenn wir solche eigenartige Eigentumseinschränkungen vorsehen würden, würden Investoren eher abgeschreckt.

Wir bitten Sie, diesen Anzug nicht zu überweisen. Der Regierungsrat sieht sich aber keineswegs von seiner Pflicht entbunden, in Sachen Entspannung des Wohnungsdrucks aktiv zu bleiben.

Jeremy Stephenson (LDP): Obschon wir heute über Parkplätze, Tramschlaufen, Tramschienen und Solaranlagen lange debattiert haben, sodass die Zeit weit vorgerückt ist, sollten wir für dieses Geschäft dennoch hellwach bleiben.

Die Eigentumsrechte sind eines der höchsten Güter in unserer Verfassung. Hausbesetzer verhalten sich widerrechtlich, sodass ihre Taten verfolgt werden müssen. Aus unserer Sicht geht die Wahrung der Eigentumsgarantie vor. Wir sollten diesen Hausbesetzern nicht den Finger reichen, weil sie ansonsten die Hand nehmen würden, um ihr illegales Tun fortzuführen.

Thomas Gander, es ist gar freundlich, hier von "Zwischennutzungen" zu sprechen. Sicherlich gibt es Zwischennutzungen, die diesen Namen verdienen, da sie auf einer Absprache mit den Eigentümern basieren. Doch hier geht es um Hausbesetzungen - das ist etwas gänzlich Anderes.

Tonja Zürcher (GB): Ich danke David Jenny für die Aufzählung an Ideen, die sich auch noch realisieren liessen. Doch darum geht es hier gar nicht.

Was ist der Hintergrund dieses Anzugs? Die Wohnungsnot. Dennoch gibt es etliche Liegenschaften, die für Monate oder gar Jahre freistehen. Hier kommt es zu keiner Nutzung - sie werden nicht vermietet, auch nicht umgebaut, es passiert schlicht nichts. So kommt es vor, dass solche Liegenschaften besetzt werden, weil man der Ansicht ist, dass es besser sei, sie zumindest in spannende Wohn- oder Kulturräume umzuwandeln; es kommt auch vor, dass ein Quartierzentrum entsteht, das dann bei der Bevölkerung sehr beliebt ist. Leider gibt es auch Besetzungen, die keine tolle Nutzung enthalten - aber zumindest kommt es zu einer Nutzung.

Weil es sich aber immer noch Besetzungen handelt, können sie gemäss der Basler Praxis relativ einfach wieder geräumt werden. Es müssen nicht hohe Hürden genommen werden, um eine Räumung durchzusetzen. Oftmals ist es dann so, dass nach einer Räumung die Öffnungen zugemauert werden, worauf eine Liegenschaft wieder für Monate und Jahre leer steht.

Mit diesem Vorstoss wird nicht etwa die Einführung des Kommunismus verlangt oder die Abschaffung des Privateigentums. Vielmehr geht es nur darum, zu prüfen, ob und in welcher Form man sich am Zürcher Modell orientieren könnte. Das Zürcher Modell unterscheidet sich nicht grundsätzlich von der Basler Praxis. Der wesentliche Unterschied ist aber, dass eine Räumung nur dann durchgeführt wird, wenn die Liegenschaft direkt danach tatsächlich wieder genutzt wird. Eine polizeiliche Räumung der Räumung willen ist jedoch nicht vorgesehen. Greift der Eigentümer selber ein, ist ihm das überlassen.

Generell ist natürlich festzuhalten, dass eine polizeiliche Räumung auch Kosten verursacht, wobei das Risiko besteht, dass Sachschaden entsteht. Man riskiert zudem auch, dass Menschen verletzt werden. Hier in Basel setzt man ja doch massiv Gummischrot ein, sodass nicht auszuschliessen ist, dass es folglich zu Verletzungen kommt.

Die Zürcher Praxis ist erprobt. Es ist keinesfalls so, dass in Zürich quasi jede leerstehende Liegenschaft gleich besetzt würde oder dass nicht mehr gebaut werden könnte.

Ohnehin verfolgt der Anzug einen sehr pragmatischen Ansatz. Besetzungen wären weiterhin illegal. Es würden aber Regelungen geschaffen, gemäss welchen klar wäre, ab wann eine polizeiliche Räumung ein verhältnismässiges Vorgehen wäre. Aus diesem Grund bitte ich Sie im Namen der Fraktion Grünes Bündnis, den Anzug zu überweisen.

Pascal Messerli (SVP): Auch die SVP-Fraktion ist gegen die Überweisung dieses Anzugs.

Es besteht durchaus Druck auf dem Wohnungsmarkt. Aber es kann nicht als Lösung angesehen werden, dass man zulässt, dass fremdes Eigentum in Anspruch genommen wird. Wir sprechen hier von einer Straftat. Wird diese begangen, braucht es sicherlich nicht noch weitere Voraussetzungen, welche eine Räumung begründen würden. Die Haltung der SP ist schon widersprüchlich: Man schreibt sich die Grundrechte auf die Fahne und wirbt im Tram mit der EMRK, während aber hier die Eigentumsgarantie, Artikel 26 der Bundesverfassung, keine Rolle spielen soll wie auch nicht die Wirtschaftsfreiheit, Artikel 27 der Bundesverfassung. Haben Grundeigentümer denn keine Grundrechte?

Natürlich ist es nicht wirklich effizient, wenn leerstehende Gebäude nicht genutzt werden. Aber man kann doch nicht Grundrechte und das Strafrecht ignorieren. So funktioniert eine Gesellschaft nicht. Wir sind eine Gesellschaft mit Regeln.

Es mag sein, dass Hauseigentümer eine Besetzung tolerieren, was vielleicht darauf zurückgeht, dass man miteinander eine Lösung gefunden hat. Man kann aber keinen Eigentümer dazu zwingen, eine Besetzung tolerieren zu müssen. Thomas Gander hat zutreffend bemerkt, dass es auch sinnvolle Zwischennutzungen geben kann. Doch mit diesem Anzug würde die Eigentumsgarantie quasi abgeschafft.

Zwischenfrage

Sarah Wyss (SP): Vergleichen Sie jetzt wirklich ernsthaft die Menschenrechte mit der diesbezüglichen Zürcher Praxis?

Pascal Messerli (SVP): Die Eigentumsgarantie ist ein Menschenrecht - das können Sie in der Bundesverfassung nachlesen.

Salome Hofer (SP): Auch ich bin der Meinung, dass Hausbesetzungen illegal sind. Es geht aber in diesem Vorstoss um etwas anderes: Ich bin nicht gegen Eigentum und möchte auch nicht irgendjemandem seinen Besitz nehmen - das möchten sicherlich auch nicht alle Mitunterzeichnenden. Es geht also nicht um Enteignung oder die Legalisierung von Hausbesetzungen, sondern darum, den Zeitpunkt einer Räumung besser zu regeln. Im Wesentlichen geht es also darum, das bereits bestehende Merkblatt um einen Punkt zu ergänzen.

In Zürich hat man eine pragmatische Lösung gefunden. Eine nachfolgende Neunutzung oder eine bevorstehender Abbruch muss nicht mit einer Bewilligung "bewiesen" werden, hierfür reicht es aus, dass man Pläne vorlegen kann.

Ich kann den Ausführungen zu den Zwischennutzungen zustimmen. Es trifft in der Tat zu, dass eine Zwischennutzung nicht zwingend eine Hausbesetzung mit sich bringen muss. Thomas Gander hat jedenfalls aufgezeigt, welche positiven Folgen Hausbesetzungen nach sich ziehen können.

Dass es leerstehende, nicht genutzte Wohnungen gibt, ist problematisch. Gewisse Leute lösen dieses Problem nicht so, wie wir uns das als demokratisch gewählte Grossräte vorstellen. Mir geht es darum, dass, wenn diese Gebäude geräumt werden - was absolut legitim ist -, eine Räumung möglichst deeskalierend ablaufen kann. Hierfür ist es notwendig, dass es Rahmenbedingungen gibt, die für alle Beteiligten klar sind.

Ich danke Ihnen für die Überweisung.

Zwischenfrage

Mark Eichner (FDP): Im Anzugstext wird das Zürcher Merkblatt zitiert und es heisst dort unter "Abbruch- / Baubewilligung": "Eine rechtskräftige Abbruchbewilligung oder eine rechtskräftige Baubewilligung inkl. Baufreigabe liegt vor. Die unverzügliche Aufnahme der Abbruch-/Bauarbeiten muss belegt werden." Sie haben aber vorhin gesagt, dass es ausreichen würde, wenn man Pläne vorlegen könne. Das widerspricht sich. Sind Sie sich bewusst, dass Sie mit der gewählten Formulierung sämtlichen Nachbarn einer betroffenen Liegenschaft die Möglichkeit geben, eine Liegenschaft besetzt zu halten, indem sie Einsprache gegen ein Bauprojekt einlegen?

Salome Hofer (SP): Ich möchte betonen, dass nur einer der drei Sachverhalte zutreffen muss: Es muss also entweder eine Bau- oder Abbruchbewilligung vorliegen oder nachgewiesen werden, dass durch Vertrag mit Drittpersonen oder vergleichbaren Unterlagen eine Neunutzung in Aussicht gestellt und belegt werden kann, oder es kann vorgebracht werden, dass die Besetzung unmittelbar die Sicherheit von Personen oder denkmalgeschützte Bauteile oder Einrichtungen gefährdet.

Abstimmung

JA heisst Überweisung, NEIN heisst Nichtüberweisung.

Ergebnis der Abstimmung

44 Ja, 47 Nein. *[Abstimmung # 229, 20.09.17 22:17:14]*

Der Grosse Rat beschliesst

den Anzug **abzulehnen**.

Der Anzug 17.5192 ist **erledigt**.

11.01.18

canton de vaud

MAI 2015 **14_INT_262**

RÉPONSE DU CONSEIL D'ETAT
à l'interpellation Catherine Labouchère et consorts – Violation de la propriété par des occupants illicites (" squatters "), cela suffit !

Rappel

Le district de Nyon connaît depuis de nombreux mois des cas de maisons occupées illicitement —squattées. Cela a été le cas, notamment dans les communes de Coppet, Founex, Commugny, Tannay et Nyon. Ces maisons étaient vides temporairement parce qu'elles étaient en cours d'autorisation pour des transformations ou destinées à être démolies. Certaines de ces occupations ont fait l'objet de la part des occupants illicites de communications à la presse, revendiquant leur droit à s'y installer et ils ont même installé des boîtes aux lettres pour attester de leur domicile.

Les réactions non seulement des propriétaires, mais aussi de la population sont vives et contribuent à un réel sentiment d'insécurité et de malaise. Des plaintes sont déposées, des procédures menées souvent pendant des mois pour que, parfois, une évacuation soit prononcée. Dans ces circonstances, il ne faut pas s'étonner du mécontentement croissant des gens et des réflexes de ras-le-bol qui se manifestent.

S'il est vrai que le logement, notamment à des loyers abordables n'est pas toujours facile dans le district de Nyon, le filet social est significatif tant dans le canton que dans les communes. Les gens ne sont pas laissés au bord de la route lorsqu'ils ont besoin d'aide.

Face à ce problème de plus en plus fréquent et qui inquiète, les questions suivantes sont posées au Conseil d'Etat :

1. *Quelle est sa vision de ce problème qui devient récurrent ?*
2. *Quelles sont les possibilités légales de procéder au plus vite à l'expulsion des occupants illicites ? Sont-elles pleinement exploitées dans notre canton ? Le Conseil d'Etat les considère-t-il comme suffisantes ?*
3. *Comment fait-il appliquer les sanctions qui découlent de la violation du droit constitutionnel à la propriété ?*
4. *Quelle coordination avec les communes pour intervenir ?*
5. *Quelles mesures va-t-il prendre pour prévenir de tels cas ?*

Merci au Conseil d'Etat pour ses réponses.

Réponse

Préambule

Dans sa réponse à l'interpellation Guy-Philippe BOLAY intitulée "Pourquoi les squatters bénéficient-ils de droits supérieurs à ceux des légitimes propriétaires" (13_INT_106), le Conseil d'Etat avait déjà eu l'occasion de faire part de sa position sur le sujet, en indiquant quelles bases légales

existantes pouvaient être invoquées par le propriétaire dont l'immeuble serait occupé illégalement et quelles procédures judiciaires et administratives pouvaient être mises en œuvre en vue de récupérer la possession du bâtiment. Il était également question de la création d'un Groupe de travail, mené au sein de l'Administration cantonale, regroupant les divers partenaires concernés par cette problématique (police, ministère public, autorités judiciaires civiles, préfectures, autorités communales, etc.), dont l'objectif était d'examiner l'opportunité de créer une directive formelle permettant l'expulsion immédiate des squatters par l'Etat, sur le modèle de la directive établie en 2013 traitant des campements illicites de gens du voyages sur des terrains non officiels.

La présente réponse à l'interpellation de Mme la Députée Catherine Labouchère est ainsi l'occasion de rapporter le contenu des réflexions menées par le Groupe de travail en question.

Réponses aux questions

1. Quelle est sa vision de ce problème qui devient récurrent ?

   Ainsi qu'il a déjà eu l'occasion d'en faire part, le Conseil d'Etat partage les préoccupations des propriétaires d'immeubles occupés de manière illicite. Les travaux menés par le Groupe de travail précité en sont la preuve. Ceci dit, le résultat amène à des conclusions identiques à celles précédemment évoquées dans la réponse à l'interpellation BOLAY, **à savoir que le cadre légal existant paraît être le seul apte à traiter cette problématique**. Ainsi, l'élaboration d'une directive prévoyant l'expulsion forcée des squatters ne s'avère pas envisageable faute de respecter les principes généraux du droit. Dans le même sens, la création d'une base légale formelle, permettant l'expulsion immédiate des squatters par la police, se révélerait extrêmement délicate, étant donné que le cadre légal existant est lui-même déjà fort restrictif en la matière. En conséquence, le Conseil d'Etat parvient systématiquement au même raisonnement : en application de l'article 927 du Code civil suisse (CC), le propriétaire de l'immeuble occupé illicitement demeure le seul à pouvoir agir auprès des autorités judiciaires compétentes, en vue d'obtenir une décision portant sur l'expulsion des occupants et de récupérer ainsi pleine possession de son bien. L'article 927 CC offre en effet au propriétaire la possibilité de déposer une action auprès des autorités civiles, appelée "action en réintégrande", dont l'objectif est la restitution de la chose usurpée et la réparation du dommage causé. Celle-ci suit les règles habituelles de procédure et implique que les autorités judiciaires disposent d'un certain laps de temps pour statuer, excepté les mesures provisionnelles urgentes qu'elles peuvent prendre en cours d'instruction. En outre, l'article 927 CC est à distinguer de l'article 926 CC, traitant du droit de défense du propriétaire troublé dans sa possession, dont le détail de la mise en oeuvre sera développé ci-dessous.

2. Quelles sont les possibilités légales de procéder au plus vite à l'expulsion des occupants illicites ? Sont-elles pleinement exploitées dans notre canton ? Le Conseil d'Etat les considère-t-il comme suffisantes ?

   Ainsi qu'il l'a déjà précisé dans sa réponse à l'interpellation BOLAY, l'art. 926 CC permet à celui dont la possession est troublée, de repousser ce trouble mais également d'exercer un droit de reprise sur l'immeuble occupé illicitement. Il s'agit en quelque sorte d'une réaction de légitime défense à disposition du propriétaire, qui lui donne la possibilité d'agir au besoin par la force et sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'action en réintégrande prévue par l'article 927 CC. Ceci dit, pour pouvoir être mise en œuvre de manière conforme au droit, c'est-à-dire sans que l'on puisse ensuite reprocher au propriétaire d'avoir agi par la contrainte et de façon illicite, il y a lieu que cette réaction réponde aux deux conditions cumulatives

suivantes : premièrement, elle doit être immédiate. En second lieu, l'objet doit avoir été enlevé au possesseur par la violence ou clandestinement. Si ces conditions sont réunies, le possesseur est légitimé à faire usage de la force pour récupérer son bien, que ce soit directement ou par l'intermédiaire de la police, sans décision judiciaire sur le fonds.

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser ceci de la manière suivante : 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 [...]". Dans le cadre d'expulsion de squatters, la Haute Cour commente la teneur de l'art. 926, al. 2 CC en déclarant qu'il "s'agit d'un droit de justice propre qui ne nécessite, en principe, ni le concours ni l'assentiment des autorités. Cependant, bien que la loi ne le précise pas, ces dernières peuvent, sans violer le droit civil fédéral au préjudice de l'usurpateur, prêter assistance au possesseur et procéder elles-mêmes, par leurs agents, à l'expulsion. Certains auteurs estiment d'ailleurs que le possesseur ne peut recourir lui-même à la force que s'il ne peut pas obtenir cette assistance en temps utile[1]. Il est admis que les actes d'usurpation ou de trouble de la possession visés à l'art. 926 CC, portent atteinte non seulement aux intérêts du possesseur troublé ou évincé, mais aussi à l'ordre public ; Les autorités cantonales peuvent donc, en l'absence de dispositions spécifiques, venir à l'aide du possesseur sur la base des règles concernant le maintien de l'ordre public [...]" (Arrêt du 8 mai 1991 publié à la Semaine judiciaire, SJ 1991, p. 602ss).

Fort de cette appréciation, le GT cantonal s'est penché sur la possibilité qu'une directive, émise par le Conseil d'Etat, formalise cette procédure en indiquant comment la mettre en œuvre concrètement, sur requête d'un propriétaire privé.

Après étude du cadre légal et nonobstant le raisonnement qui précède, il s'est avéré à l'issue des travaux, que cette solution n'était pas envisageable en pratique faute de pouvoir garantir, dans chaque cas d'application, le respect des conditions prévues par l'article 926 CC, en particulier la condition d'immédiateté.

En effet, sur la base de cette disposition, le possesseur lésé est contraint de réagir **immédiatement** sans quoi son recours à la force devient **illicite** et son droit de reprise également.

La notion d'immédiateté est interprétée au sens très strict. En effet, le propriétaire doit réagir sans aucun retard, c'est-à-dire non pas dès la connaissance de l'occupation illicite par des squatters, mais bien *dès l'arrivée de ces derniers dans l'immeuble*. En d'autres termes, la réaction initiale du possesseur doit avoir lieu dans le prolongement immédiat de l'acte d'usurpation pour pouvoir justifier l'exercice de son droit de reprise par la force, suivant l'article 926, alinéa 1 CC. Si cet acte est découvert ultérieurement, soit même après un délai se comptant encore en *heures*, le recours à la force et l'intervention de la police peuvent être considérés comme illicites. Le droit de reprendre possession de la chose par la force s'éteint si elle n'est pas exercée immédiatement au motif qu'il n'est plus possible de prétendre à un trouble à l'ordre public. Dans ce cas, seule l'action en réintégrande prévue par l'article 927 CC reste envisageable et seules les autorités judiciaires civiles demeurent compétentes pour prononcer l'expulsion et requérir l'appui de la force publique.

Ainsi, l'exigence d'immédiateté se révèle difficile à remplir, sachant qu'elle nécessite que le

propriétaire informe sans délai les squatters de son refus de les tolérer et entreprenne tout aussi rapidement les démarches nécessaires pour obtenir leur évacuation. Par ailleurs et surtout, si l'occupation illicite est déjà effective *plus de quelques heures* avant que le propriétaire n'intervienne, il sera quasi impossible d'établir que le droit de reprise prévu par l'article 926, alinéa 2 CC est encore applicable et par corollaire que l'ordre public est encore troublé (arrêt du TF du 23 octobre 1980, publié in SJ 1981 P. 114, consid. 6c, p.122).

Cet élément d'immédiateté est également celui qui impose de traiter différemment les gens du voyage - pour lesquels une directive d'expulsion immédiate a été mise en oeuvre en 2013 par le Conseil d'Etat - des squatters. Dans le cas des gens du voyage occupant un terrain de manière illicite, il est très souvent inutile de saisir la justice car, en principe, ils ont quitté le terrain déjà quelques jours après leur installation, avant que des mesures aient pu être ordonnées par la justice, même à titre provisionnel. En cela, le recours à l'article 927 CC n'est quasi pas envisageable à l'égard des gens du voyage, au contraire des squatters qui restent souvent plusieurs semaines voire plusieurs mois dans une même habitation et face auxquels les autorités judiciaires ont tout loisir d'intervenir selon les règles ordinaires de procédure.

Reprenant l'ensemble des éléments développés, le Conseil d'Etat parvient à la conclusion que la création d'une directive permettant à la police de faire évacuer les squatters, sur la seule demande du propriétaire immobilier, ne répondrait que très rarement aux conditions fixées par l'article 926 CC et risquerait ainsi de se révéler illicite dans bien des cas car en violation du droit fédéral. Il appartient aux seules juridictions civiles de rétablir à titre provisoire ou définitif une situation conforme au droit, sur la base de l'action en réintégrande de l'article 927, alinéa 3 CC.

Pour clore, le Conseil d'Etat précise qu'il s'est également penché sur la possibilité de se munir d'une base légale au sens strict sous la forme d'une mesure de police d'ordre général. Il est toutefois parvenu à la même conclusion négative. Pour être conforme à l'ordre juridique suisse, suivant les règles prévalant au sein de notre ordre constitutionnel en matière de respect des droits fondamentaux, la mesure de police tendant à garantir le maintien de la propriété ne pourrait se justifier que si la valeur des intérêts en jeu et la gravité de l'atteinte portée nécessitaient une intervention immédiate et impossible à obtenir en temps utiles par la voie civile, ce qui n'est manifestement pas le cas en l'espèce. En d'autres termes, un éventuel devoir d'intervention de l'Etat, requis par un citoyen atteint dans l'un de ses droits fondamentaux, ne saurait exister de façon absolue ou inconditionnelle. Il dépend de la gravité de l'atteinte ainsi que de l'ensemble des circonstances dans lesquelles l'Etat est appelé à agir par l'intermédiaire des forces de police (ATF 119 Ia 28 consid. 2, p. 31). En conséquence, la création d'une base légale générale, permettant l'intervention de la police et l'expulsion des squatters dans tous les cas et sur seule requête d'un propriétaire immobilier, se révélerait contraire aux principes généraux du droit et aux conditions fixées par l'article 926 CC.

3. Comment fait-il appliquer les sanctions qui découlent de la violation du droit constitutionnel à la propriété ?

Dès l'instant qu'une décision judiciaire, fondée sur les dispositions du Code civil suisse, est rendue au profit du propriétaire par le tribunal compétent, les forces de l'ordre entreprennent les démarches nécessaires à l'expulsion du squat, sur la base de la réquisition du magistrat. Il en va de même si l'expulsion peut être mise en œuvre sur la base d'une décision de l'autorité communale fondée sur l'article 93, alinéa 2 de la loi vaudoise sur l'aménagement du territoire et

les constructions (LATC). Cette disposition stipule que lorsque le bâtiment est insalubre ou dangereux, la municipalité peut ordonner l'évacuation des occupants. Pour l'y aider, elle peut disposer de l'appui de la Police cantonale et, le cas échéant, du corps de police communal compétent, conformément à l'article 61 de la Loi sur la procédure administrative (LPA). Cette façon de faire a d'ailleurs été utilisée pour l'évacuation du squat de Chavannes-de-Bogis en 2013. Elle suppose toutefois que la commune constate la dangerosité ou l'insalubrité des lieux et ordonne l'évacuation pour des motifs sécuritaires ou sanitaires.

4. Quelle coordination avec les communes pour intervenir ?

   Lorsqu'une décision d'expulsion doit être mise en œuvre, une concertation entre les autorités cantonales et communales - notamment par l'intermédiaire de la police - a systématiquement lieu en vue de prévoir les modalités d'expulsion et le suivi. Il va de soi que le propriétaire de l'immeuble est également associé aux réflexions. Dans les cas d'application survenus jusqu'ici, notamment dans l'exemple cité de Chavannes-de-Bogis, plusieurs séances de coordination ont été nécessaires, organisées sous l'égide de la Police cantonale et de la Municipalité concernée, comprenant la participation d'une vingtaine de représentants, tous corps de métiers confondus (autorités communales, préfet, police, notaire, pompiers, sanitaires, déménageurs, dépanneurs, société protectrice des animaux, menuisier, génie civil, entreprise de sécurité privée). Lors de telles interventions, ce ne sont pas moins d'une centaine de personnes qui sont susceptibles d'être mobilisées sur le terrain pour que l'évacuation se déroule dans de bonnes conditions. Il faut en effet préciser que tant le propriétaire que les occupants doivent se voir garantir leurs droits sur leurs biens. Ainsi, les effets personnels des occupants seront triés, inventoriés et conservés afin qu'ils puissent les récupérer à l'issue de l'intervention.

5. Quelles mesures va-t-il prendre pour prévenir de tels cas ?

   Comme il ressort de l'analyse qui précède, le Conseil d'Etat a une marge de manoeuvre extrêmement limitée dans cette thématique règlementée par le droit fédéral. Il appartient avant tout aux propriétaires d'immeubles inoccupés de prendre des mesures de sécurisation afin d'empêcher des tiers d'y pénétrer et d'y demeurer de façon illicite. Le Conseil d'Etat continuera de sensibiliser les responsables. Ainsi, des contacts sont régulièrement pris par les services de police cantonaux et communaux avec les propriétaires pour les rendre attentifs à cette problématique. Il va renforcer cette communication en rappelant aux communes, par le biais des associations communales mais également des préfets, les moyens à leur disposition. Le Conseil d'Etat compte également sur la participation active des autorités municipales dans l'information aux propriétaires d'immeubles inhabités.

   Par ailleurs, la Police cantonale se tient à disposition des autorités communales de façon constante pour les aider à gérer la présence de squatters sur leur territoire et les renseigner. A cet égard, elle se tient régulièrement informée de l'existence de squats dans le canton, dont elle étudie les potentiels risques qu'ils représentent pour la sécurité publique, en particulier lorsqu'ils ont engendré des interventions de police pour divers troubles.

[1] Commentaire bernois : Emil Stark, Das Sachenrecht, 2ème édition, ad art. 926, n. 17 et 23.

Ainsi adopté, en séance du Conseil d'Etat, à Lausanne, le 6 mai 2015.

Le président :	Le chancelier :
P.-Y. Maillard	*V. Grandjean*

FEDERATION ROMANDE IMMOBILIERE
Case postale 5607, 1002 LAUSANNE
Tél. 021 341 41 42, Fax 021 341 41 46
www.fri.ch, mail@fri.ch

UNION SUISSE DES PROFESSIONNELS
DE L'IMMOBILIER
Case postale 1215, 1001 LAUSANNE
Tél. 058 796 33 00, Fax 058 796 33 82
www.uspi.ch, info@uspi.ch

Prise de position
15.3531- Motion Conseil national (Feller)
Renforcer les moyens de défense contre les squatters en assouplissant les conditions d'application de l'article 926 du Code civil

1. Enjeux

La motion demande au Conseil fédéral de prendre les mesures nécessaires pour que les propriétaires d'immeubles occupés de façon illicite par des squatters puissent exercer le droit de reprise prévu à l'article 926 du Code civil (CC) à des conditions plus souples, en particulier concernant les délais à respecter.

Cette motion a été acceptée par le Conseil national, le 3 mai 2017, par 128 voix contre 57 et 1 abstention. Le 15 août 2017, la CAJ-E a décidé de proposer, par 8 voix contre 4 et 1 abstention, d'adopter la motion.

2. Position de la FRI et de l'USPI Suisse

La FRI et l'USPI Suisse recommandent d'accepter la motion.

3. Motifs

L'article 926 CC permet à celui dont la possession est troublée de repousser ce trouble et d'exercer un droit de reprise de l'immeuble occupé illicitement - soit directement, soit par l'intermédiaire de la police - sans être obligé de recourir à une action en réintégrande (au sens de l'article 927 CC) et d'attendre une décision de justice sur le fond. Le texte de l'article 926 CC précise que le propriétaire concerné doit agir « aussitôt ».

I. Le premier problème, c'est que la jurisprudence du Tribunal fédéral n'a jamais défini de façon claire et constante ce qu'il faut entendre par « aussitôt », ce qui place le propriétaire concerné et, le cas échéant, les autorités policières locales dans une situation d'insécurité juridique.

II. On peut déduire d'un arrêt du Tribunal fédéral publié dans la Semaine judiciaire (SJ 1991, pages 602 et suivantes) que si le droit de reprise est exercé dans un délai inférieur à 24 heures, la condition temporelle de l'article 926 CC est respectée. Or - et c'est le deuxième problème -, en obligeant le propriétaire d'immeuble à agir en moins de 24 heures, on enlève quasiment toute portée pratique à l'article 926 CC. Quid par exemple si l'occupation illicite intervient un vendredi soir ou un samedi soir ? Cela doit être corrigé. On pourrait imaginer, par exemple, que le délai dans lequel le propriétaire doit réagir soit porté à au moins 24 heures ou à 48 heures.

III. Le troisième problème, c'est que la doctrine n'est pas d'un grand secours pour comprendre ce qu'il faut entendre par « aussitôt ». Dans son avis du 19 août 2015, le Conseil fédéral prétend que « l'article 926 CC, s'il est interprété selon la doctrine dominante, offre au droit de défense du possesseur la flexibilité requise » notamment en ce qui concerne les délais. L'avis du Conseil fédéral est très discutable. Dans un avis de droit donné le 11 janvier 2016[1], le professeur Amédéo Wermelinger relève qu'en réalité, il n'y a pas d'unité de doctrine. Si les auteurs plus anciens semblent encore enclins à accorder au dépossédé un délai pouvant se compter en jours, les auteurs plus récents ont pour la plupart abandonné une telle position.

Le professeur Amédéo Wermelinger considère que l'avis du Conseil fédéral du 19 août 2015 « doit être tenu pour un miroir aux alouettes ». Il relève que « l'attitude du Conseil fédéral qui s'appuie principalement sur un auteur de 1909 pour justifier du fait que le possesseur dispose de quelques jours pour réagir, alors que la doctrine dominante actuelle semble bien plus sévère, ne dénote pas d'un grand sérieux (...) ». Enfin, il relève que la position du Conseil fédéral est une réponse « politique et non juridique », exprimée en fonction « du peu d'empressement à se saisir du dossier ».

Lausanne, le 4 septembre 2017/OF
Renseignements complémentaires :
Olivier Feller, secrétaire général de la FRI, 021 341 41 42
Frédéric Dovat, secrétaire général de l'USPI Suisse, 058 796 33 00
Stefanie Meier-Gubser, responsable de l'antenne fédérale FRI et USPI Suisse, 058 796 99 59
(Antenne fédérale FRI/USPI, Kapellenstrasse 14, Case postale, 3001 Berne)

[1] Cet avis de droit peut être obtenu sur simple demande au secrétariat de la FRI (mail@fri.ch).

11.01.18

canton de vaud

AOÛT 2013 **13_INT_106**

RÉPONSE DU CONSEIL D'ETAT
à l'interpellation Guy-Philippe Bolay - Pourquoi les squatters bénéficient-ils de droits supérieurs à ceux des légitimes propriétaires ?

1 RAPPEL DE L'INTERPELLATION

Ces derniers mois à Pully, et notamment en ce début d'année à propos de l'occupation d'une ancienne ferme située sur les hauts de la commune de Bourg-en-Lavaux, la presse s'est faite l'écho d'un certain nombre d'interrogations qui justifient la présente interpellation.

On constate notamment que l'occupation illégale d'un logement sans consentement du propriétaire ne semble susciter aucune réaction de la police, alors qu'un cambrioleur qui entre également par effraction dans un logement serait immédiatement emprisonné. Le squat est en effet une occupation illicite, mais rien n'est prévu dans le code des obligations.

En outre, pour mettre fin à une telle occupation illégale, c'est au propriétaire de faire toutes les avances de frais et d'intervenir sur le plan judiciaire. Les démarches sont particulièrement longues, car, comme le relève le procureur général du Canton de Vaud, dans l'édition du 23 février 2013 de 24Heures, ce type de comportement délictueux reste dans le bas de gamme en matière de gravité.

Le propriétaire ne peut plus accéder à son propre logement et le comble, si l'on croit l'article susmentionné, les squatters bénéficient même de l'aide de la police pour les protéger.

Sur une problématique similaire, le Conseil d'Etat a estimé que l'occupation non autorisée de terrains privés par des gens du voyage nécessitait des mesures permettant de mieux coordonner l'action des autorités et, si nécessaire, l'évacuation forcée et la dénonciation des infractions constatées. Ces réflexions et les nouveaux outils mis en place pourraient donner des idées pour les occupations illégales de logements.

Sur ces bases, nous souhaitons poser les questions suivantes au Conseil d'Etat :

1. *Pourquoi un squatter entrant dans un logement par effraction est-il traité différemment d'un cambrioleur ?*
2. *Quelles sont les dispositions légales (fédérale ou cantonale) qui rendent impossibles une intervention de la police dès le constat de l'occupation illégale de l'immeuble ?*
3. *Le Conseil d'Etat est-il conscient qu'une telle différence de traitement entre squatter et propriétaire pourrait inciter certaines personnes à vouloir faire justice eux-mêmes ?*
4. *Est-il possible d'imaginer une solution plus rapide et plus simple que la procédure civile, avec la nécessité d'un prononcé d'expulsion ?*
5. *Est-ce que les nouveaux outils contre le stationnement illicite des gens du voyage mis en place par le Conseil d'Etat sont généralisables aux occupations illégales*

d'immeubles (notamment ordre d'évacuation délivré par un préfet, exécution par la gendarmerie, encaissement immédiat d'une garantie d'amende) ?

6. *Si les compétences cantonales ne sont pas suffisantes pour assurer le respect du droit de propriété que propose le Conseil d'Etat pour favoriser une révision de la législation fédérale ?*

2 REPONSE DU CONSEIL D'ETAT

2.1 Préambule

Les nouvelles directives adoptées par le Canton de Vaud, qui permettent l'évacuation rapide des gens du voyage en cas d'occupation illicite de terrains privés, ont rapidement soulevé la question de savoir si de telles mesures pouvaient également s'appliquer à des squatters. D'emblée, il y a lieu de préciser une distinction essentielle entre les squatters et les gens du voyage. La présence des gens du voyage sur des terrains privés porte non seulement atteinte aux ayants droit de ces terrains, mais est également susceptible de troubler l'ordre et la sécurité publics. Par exemple, les campements et les cortèges de caravanes représentent des troubles de la circulation routière ; il y a également des conséquences environnementales liées à l'abandon de déchets et détritus, voire des problèmes de pollution suite au déversement de produits toxiques dans les rivières et cours d'eau. Dès lors, il est nécessaire d'avoir une prise en charge particulière pour les gens du voyage, ce qui n'est pas forcément le cas pour les squatters car, sans minimiser les désagréments que leur présence peut engendrer pour les propriétaires fonciers, il n'est pas immédiatement démontrable que celle-ci suscite un trouble général à l'ordre et à la sécurité publics.

Actuellement, plusieurs moyens de défense sont à la disposition des propriétaires lésés. Premièrement, le cas du squat remplit les conditions de la violation de domicile de l'art. 186 du Code pénal (CP). Il en résulte qu'une plainte pénale peut être déposée par la victime, ce qui pourra rendre envisageable l'intervention de la police. Deuxièmement, l'action possessoire de l'art. 926 du Code civil (CC) permet à celui dont la possession est troublée, de repousser ce trouble, mais également d'exercer un droit de reprise sur l'immeuble occupé illicitement (art. 926, al. 2 CC). Ce second moyen de défense suit les règles de la procédure civile.

2.2 Réponse aux questions

2.2.1 Pourquoi un squatter entrant dans un logement par effraction est-il traité différemment d'un cambrioleur

Le squatter commet une violation de domicile au sens de l'art. 186 CP, qui peut revêtir deux formes : soit l'auteur pénètre dans les lieux contre la volonté de l'ayant droit, soit il y demeure au mépris de l'injonction de sortir que lui a adressé l'ayant droit (ATF 128 IV 81). Par ailleurs, cette infraction n'est poursuivie que sur plainte et la sanction s'y rapportant va d'une peine pécuniaire à une peine privative de liberté de trois ans au plus.

En revanche, le cambrioleur à l'œuvre commet à la fois une violation de domicile (art. 186 CP), mais également des dommages à la propriété (art. 144 CP), un vol (art. 139 CP), voire un brigandage (140 CP), s'il s'en prend au propriétaire présent dans la maison. Il y aura donc un concours de plusieurs infractions, dont certaines sont poursuivies d'office et sont qualifiées de crimes au sens de la loi, donc sanctionnées de façon sévère.

La différence tient notamment dans l'intention de commettre l'infraction, c'est-à-dire que le squatter a uniquement l'intention de pénétrer sans droit dans une propriété privée et d'y demeurer, alors que le cambrioleur a, en plus, l'intention de s'approprier, de détruire ou de porter atteinte à des biens mobiliers. Il peut également y avoir un risque pour l'intégrité physique et psychique du propriétaire, si celui-ci se trouve présent au moment des faits. Il y a donc un degré de gravité plus élevé dans le cadre

d'un cambriolage, ainsi qu'un risque de récidive non négligeable, ce qui implique l'intervention immédiate de la police en vue de l'appréhension, de l'arrestation provisoire et de la mise à disposition du délinquant auprès du Ministère public.

2.2.2 Quelles sont les dispositions légales (fédérale ou cantonale) qui rendent impossible une intervention de la police dès le constat de l'occupation illégale de l'immeuble ?

Il n'existe aucune base légale qui rende impossible l'intervention de la police dans ce genre de situations. Toutefois, il convient de relever, qu'en règle générale, pour ce qui concerne le domaine privé, la police n'intervient que sur réquisition d'une autorité judiciaire ou administrative. En effet, il est nécessaire de rappeler que, sauf péril en la demeure, la Police cantonale n'a pas de compétence indépendante pour intervenir dans un domicile et y déloger les occupants (cf. article 22 de la Loi sur la police cantonale). L'application de la clause générale de police - dont la mise en oeuvre est de la compétence du Conseil d'Etat - ne peut également se faire que dans des cas extrêmes, à titre d'ultima ratio et pour autant que l'ordre public soit fortement troublé. De sorte que, dans la majorité des cas, la police doit fonder son intervention sur une décision judiciaire ou administrative (par exemple, une décision du Tribunal civil, du juge de paix, voire du préfet ou dans le cadre de la mise en œuvre d'une décision administrative, conformément à l'article 60 de la Loi sur la procédure administrative). S'agissant de la procédure liée à l'article 926 CC, le Tribunal fédéral a d'ailleurs déclaré que "pour le surplus, il appartient au droit public cantonal de déterminer si l'assistance peut être accordée au possesseur, et par quelle autorité" (SJ 1991, p. 602ss). A ce sujet, la jurisprudence admet qu'il existe un devoir d'intervention de l'Etat lorsqu'un citoyen voit certains de ses droits fondamentaux atteints (droit de conscience et de croyance ou liberté de réunion et d'expression). En revanche, la question est laissée ouverte quant à la garantie de la propriété de l'article 26 de la Constitution fédérale (TF 1P.175/2002).

2.2.3 Le Conseil d'Etat est-il conscient qu'une telle différence de traitement entre squatter et propriétaire pourrait inciter certaines personnes à vouloir faire justice eux-mêmes ?

Le Conseil d'Etat est bien conscient que la problématique des squatters peut entraîner passablement de frustration du côté des propriétaires lésés, mais il n'encourage en aucune façon ces personnes à faire justice elles-mêmes. Néanmoins, il y a lieu de relever que, suivant les circonstances du cas, la victime a le droit de se défendre (légitime défense, art. 15 CP) pour se protéger de toute attaque à un droit personnel, telle que la maîtrise sur son domicile (ATF 102 IV 1). La jurisprudence précise également que "celui qui ordonne vainement à un tiers non autorisé de quitter les locaux dont il a la maîtrise, est confronté à un comportement actif durablement contraire au droit ; il est la victime d'une violation de domicile et se trouve en état de légitime défense à l'endroit de l'auteur de cette violation" (SJ 1997, p. 337). Cet exercice de la légitime défense est toutefois réservé pour les cas particulièrement graves et ne doit s'exercer qu'en respectant le principe de la proportionnalité.

2.2.4 Est-il possible d'imaginer une solution plus rapide et plus simple que la procédure civile, avec la nécessité d'un prononcé d'expulsion ?

La première piste de réflexion concerne le cas particulier des bâtiments insalubres ou dangereux prévu par l'art. 93, al. 2 de la Loi vaudoise sur l'aménagement du territoire et les constructions (LATC). Cette disposition stipule que lorsque le bâtiment est insalubre ou dangereux, la municipalité peut ordonner l'évacuation des squatters. Dans ce cas précis, la présence des squatters représente un danger pour la sécurité publique, au vu de la vétusté du bâtiment, et il se justifie donc d'intervenir rapidement pour procéder à l'évacuation.

En outre, une autre solution pourrait consister à créer des directives propres, de la même façon que l'on a procédé à l'égard du stationnement illicite de campements de gens du voyage. Toutefois, comme on vient de l'indiquer, les directives applicables aux gens du voyage et, dans ce cadre, l'intervention du

préfet et des services de police, reposent avant tout sur le constat nécessaire d'un trouble à l'ordre et la sécurité publics, ce qui n'est pas forcément le cas des squatters. Cela étant, au vu de la recrudescence de cas litigieux dans le canton liés à cette problématique, il paraît opportun de s'y pencher à nouveau et d'évaluer la possibilité d'élaborer des directives particulières à ce sujet. Pour ce faire, un groupe de travail (GT), coordonné entre la Police cantonale et le Ministère public notamment, devrait se réunir prochainement (probablement dès le mois de septembre) pour débattre de cette question.

2.2.5 Est-ce que les nouveaux outils contre le stationnement illicite des gens du voyage mis en place par le Conseil d'Etat sont généralisables aux occupations illégales d'immeubles (notamment ordre d'évacuation délivré par un préfet, exécution par la gendarmerie, encaissement immédiat d'une garantie d'amende) ?

On renvoie à ce qui a été dit au point 2.2.4. Il reviendra en effet au GT de déterminer si ces nouveaux outils sont également applicables aux squatters.

2.2.6 Si les compétences cantonales ne sont pas suffisantes pour assurer le respect du droit de propriété que propose le Conseil d'Etat pour favoriser une révision de la législation fédérale ?

En l'espèce, il convient de retenir que les compétences cantonales sont suffisantes, de même que les bases légales fédérales. Des solutions pratiques pourront être développées au travers du GT précité.

Ainsi adopté, en séance du Conseil d'Etat, à Lausanne, le 21 août 2013.

Le président :	Le chancelier :
P.-Y. Maillard	*V. Grandjean*

Zürich, 26. September 2016

KR-Nr. 298/2016

MOTION von Nina Fehr Düsel (SVP, Zürich), Marc Bourgeois (FDP, Zürich) und Roland Scheck (SVP, Zürich)

betreffend Räumung von Hausbesetzungen

Der Regierungsrat wird beauftragt, eine Rechtsgrundlage vorzulegen, welche die zuständigen Behörden verpflichtet, Hausbesetzungen innert 48 Stunden nach Anzeige zu räumen.

Nina Fehr Düsel
Marc Bourgeois
Roland Scheck

298/2016

Begründung:

Hausbesetzungen und rechtsfreie Räume werden in der Stadt Zürich und auch andernorts immer wieder toleriert. Neuestes Beispiel ist das Koch-Areal in Albisrieden. Seit Jahren sorgt rechtsfreier Raum, der von der Stadt Zürich geduldet wird, für unhaltbare Zustände im Quartier.
Letztes Jahr sind laut der Stadtpolizei 117 Reklamationen wegen massiver Lärmimmissionen eingegangen, in diesem Jahr sind es bereits 171 Reklamationen: 137 Meldungen gingen telefonisch bei der Stadtpolizei ein und 34 Anzeigen schriftlich beim Stadtrichteramt.

Statt für Ordnung zu sorgen und den rechtswidrigen Zustand zu beenden, hat die Stadt Zürich als Eigentümerin des besetzten Areals zwei direkt angrenzenden Mietern eine städtische Wohnung an einem andern Ort angeboten. Derartige Zustände sind in einem Rechtsstaat unhaltbar; sie sind eine Kapitulation des Rechtsstaates. Zudem sind besetzte Häuser und Liegenschaften zum Teil Ausgangspunkt für gewalttätige Demonstrationen. Die gewaltigen Schäden, wie seinerzeit im besetzten Binz-Areal, zahlen nachher die Steuerzahler.

Stadtrat und Polizeivorstand Richard Wolff legt hier eine «Toleranz» an den Tag, die unter keinem Titel akzeptiert werden kann. So hat er bereits im «Landboten» vom 18. September 2013 gesagt: «Wir brauchen einen unaufgeregten Umgang mit Hausbesetzungen» .Ebenso will er Hausbesetzer für die angerichteten Schäden nicht finanziell zur Verantwortung ziehen. Hier muss der Rechtsstaat endlich durchgreifen und konsequent gegen solche Machenschaften vorgehen.

Wenn die Verantwortlichen der Stadt Zürich nicht handeln wollen, so müssen es die kantonalen Behörden und Instanzen tun. Weder in der Stadt Zürich noch im übrigen Kantonsgebiet dürfen rechtsfreie Räume geduldet werden. Sicherheit zu gewährleisten ist die erste Staatsaufgabe.

Daher ist eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, welche die Behörden verpflichtet, illegale Besetzungen innert 48 Stunden nach Anzeige zu räumen.

Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich

KR-Nr. 298/2016

Sitzung vom 26. Oktober 2016

1030. Motion (Räumung von Hausbesetzungen)

Kantonsrätin Nina Fehr Düsel, Zürich, sowie die Kantonsräte Marc Bourgeois und Roland Scheck, Zürich, haben am 26. September 2016 folgende Motion eingereicht:

Der Regierungsrat wird beauftragt, eine Rechtsgrundlage vorzulegen, welche die zuständigen Behörden verpflichtet, Hausbesetzungen innert 48 Stunden nach Anzeige zu räumen.

Begründung:

Hausbesetzungen und rechtsfreie Räume werden in der Stadt Zürich und auch andernorts immer wieder toleriert. Neuestes Beispiel ist das Koch-Areal in Albisrieden. Seit Jahren sorgt rechtsfreier Raum, der von der Stadt Zürich geduldet wird, für unhaltbare Zustände im Quartier.

Letztes Jahr sind laut der Stadtpolizei 117 Reklamationen wegen massiver Lärmimmissionen eingegangen, in diesem Jahr sind es bereits 171 Reklamationen: 137 Meldungen gingen telefonisch bei der Stadtpolizei ein und 34 Anzeigen schriftlich beim Stadtrichteramt.

Statt für Ordnung zu sorgen und den rechtswidrigen Zustand zu beenden, hat die Stadt Zürich als Eigentümerin des besetzten Areals zwei direkt angrenzenden Mietern eine städtische Wohnung an einem andern Ort angeboten. Derartige Zustände sind in einem Rechtsstaat unhaltbar; sie sind eine Kapitulation des Rechtsstaates. Zudem sind besetzte Häuser und Liegenschaften zum Teil Ausgangspunkt für gewalttätige Demonstrationen. Die gewaltigen Schäden, wie seinerzeit im besetzten Binz-Areal, zahlen nachher die Steuerzahler.

Stadtrat und Polizeivorstand Richard Wolff legt hier eine «Toleranz» an den Tag, die unter keinem Titel akzeptiert werden kann. So hat er bereits im «Landboten» vom 18. September 2013 gesagt: «Wir brauchen einen unaufgeregten Umgang mit Hausbesetzungen». Ebenso will er Hausbesetzer für die angerichteten Schäden nicht finanziell zur Verantwortung ziehen. Hier muss der Rechtsstaat endlich durchgreifen und konsequent gegen solche Machenschaften vorgehen.

Wenn die Verantwortlichen der Stadt Zürich nicht handeln wollen, so müssen es die kantonalen Behörden und Instanzen tun. Weder in der Stadt Zürich noch im übrigen Kantonsgebiet dürfen rechtsfreie Räume geduldet werden. Sicherheit zu gewährleisten ist die erste Staatsaufgabe.

Daher ist eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, welche die Behörden verpflichtet, illegale Besetzungen innert 48 Stunden nach Anzeige zu räumen.

Auf Antrag der Sicherheitsdirektion

beschliesst der Regierungsrat:

I. Zur Motion Nina Fehr Düsel, Marc Bourgeois und Roland Scheck, Zürich, wird wie folgt Stellung genommen:

Der Regierungsrat hat in seinen Legislaturzielen für die Jahre 2007–2011 unter anderem folgenden Schwerpunkt definiert: «Objektive und subjektive Sicherheit fördern durch verstärkte Bekämpfung von Gewaltdelikten und eine vernetzte Gewaltprävention» (Legislaturziel 16). Als Massnahme 16.1 wurde dabei festgehalten, dass die Entstehung rechtsfreier Räume und die Verslumung zu vermeiden seien. Veranstaltungen und Örtlichkeiten, an denen scheinbar ungestraft gegen die Rechtsordnung verstossen werden dürfe, seien zu verhindern, da diese eine schwere Beeinträchtigung des Sicherheitsgefühls verursachten. Diese Zielvorgaben haben nach wie vor ihre Gültigkeit. Der Regierungsrat hat kein Verständnis dafür, wenn rechtsfreie Räume im Kanton Zürich geduldet werden.

Grundsätzlich ist es Sache der Grundeigentümerin oder des Grundeigentümers (bzw. der berechtigten Person) zu entscheiden, ob sie bzw. er bereit ist, eine Hausbesetzung auf der betroffenen Liegenschaft zu dulden. Dementsprechend liegt dieser Entscheid bei Liegenschaften, die der Stadt Zürich gehören, auch bei Letzterer. Unabhängig davon gelten bei besetzten Grundstücken sämtliche Bestimmungen der Rechtsordnung uneingeschränkt, so auch diejenigen, die dem Schutz der Umgebung vor Beeinträchtigungen wie insbesondere der Nachbarschaft vor übermässigen Lärmimmissionen dienen. Zudem müssen alle anderen Vorschriften wie feuer-, gesundheits- und gewerbepolizeiliche Vorgaben eingehalten werden. Es versteht sich von selbst, dass die zuständigen Behörden verpflichtet sind, den entsprechenden Normen Nachachtung zu verschaffen.

Wer gegen den Willen der Berechtigten ein Haus besetzt, erfüllt den Straftatbestand des Hausfriedensbruchs gemäss Art. 186 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB; SR 311.0). Hausbesetzerinnen und Hausbesetzer werden auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Liegt im Einzelfall ein Strafantrag vor, und gelingt es der Polizei nicht, die Hausbesetzerinnen und Hausbesetzer zum freiwilligen Abzug zu bewegen, räumt sie die besetzte Liegenschaft, wenn nötig unter Anwendung von Zwang, aber auch in Berücksichtigung der Verhältnismässigkeit. Zudem sind die fehlbaren Personen zu verzeigen und strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen. Die Polizei klärt jeweils auch ab, ob die Besetzerinnen und Besetzer weitere Straftaten wie die unrechtmässige Entziehung von Energie oder Sachbeschädigungen begangen haben.

Werden bei Hausbesetzungen Gesetzesverstösse festgestellt, ohne dass diese unter den gegebenen Umständen von der zuständigen Behörde geahndet werden, setzen sich die verantwortlichen Personen allenfalls dem Vorwurf eines strafrechtlich relevanten Verhaltens aus. Im Weiteren kann die Untätigkeit einer Behörde auch ein aufsichtsrechtliches Einschreiten zur Folge haben. Wie verschiedenen Medienberichten entnommen werden konnte, ist z. B. der zuständige Statthalter im Zusammenhang mit den Vorkommnissen auf dem besetzten Koch-Areal in Zürich als Aufsichtsorgan tätig geworden und hat ein aufsichtsrechtliches Verfahren eröffnet.

Im geltenden kantonalen Polizeirecht findet sich keine einzige Bestimmung, welche die Einhaltung einer bestimmten Frist vorschreibt, soweit es um polizeitaktisches Handeln geht. Bei der Festlegung des polizeilichen Vorgehens sind strategische Überlegungen wichtig, weshalb strikte Zeitvorgaben allgemein nicht sinnvoll sind. Der Regierungsrat geht davon aus, dass bei besetzten Liegenschaften, wo auch immer diese sich im Kanton Zürich befinden, unter den vorstehend erläuterten Voraussetzungen ein Einschreiten seitens der Behörden bzw. der zuständigen Polizeiorgane erfolgt. Nicht zielführend wäre es dabei, in zeitlicher oder sachlicher Hinsicht eine bestimmte Vorgehensweise vorzuschreiben, weil mit einer solchen zu wenig auf die Umstände des Einzelfalls eingegangen werden könnte. Vor diesem Hintergrund ist die verlangte gesetzliche Verpflichtung der Behörden, illegale Besetzungen innert längstens 48 Stunden nach Anzeige zu räumen, abzulehnen.

Der Regierungsrat beantragt deshalb dem Kantonsrat, die Motion KR-Nr. 298/2016 nicht zu überweisen.

II. Mitteilung an die Mitglieder des Kantonsrates und des Regierungsrates sowie an die Sicherheitsdirektion.

Vor dem Regierungsrat
Der Staatsschreiber:
Husi

Anhang 5

Schreiben an Gerichts- und Polizeibehörden sowie Hauseigentümerverbände inklusive Fragekatalog

burckhardt

burckhardt AG
Mühlenberg 7
Case postale 258
CH - 4010 Bâle

Prof. Ramon Mabillard
Avocat et notaire
mabillard@burckhardtlaw.com
http://www.burckhardtlaw.com

T +41 58 881 01 01
D +41 58 881 00 40
F +41 58 881 01 09

CASE POSTALE 258 - CH-4010 BÂLE

Tribunal Civile
Mme Aline Sofer
Place du Bourg-de-Four 1
Bâtiment A
1211 Genève 3

Bâle, le 18 décembre 2017

Procédure pratique en cas de squattage

Chère Madame,

A l'acceptation de la motion Feller du 9 juin 2015 (15.3531) le Parlement fédéral a chargé le Conseil fédéral de prendre les mesures nécessaires pour que les propriétaires d'immeubles occupés de façon illicite par des squatters puissent exercer le droit de reprise prévu à l'article 926 CC à des conditions plus souples.

Dans un premier temps, il faudra clarifier quelles procédures sont mises en place actuellement dans la pratique et quels problèmes y sont liés. C'est pourquoi le Conseil fédéral m'a chargé de préparer un avis de droit à ce sujet.

Le Conseil fédéral a explicitement émis le vœu que, dans le cadre de mon mandat, je prenne contact avec les autorités chargées de cas de squattage. C'est bien volontiers que je me tourne vers vous avec les questions suivantes:

- Combien de procédures concernant des cas de squattage d'immeubles les tribunaux civils ont-ils eu à juger durant les cinq à dix dernières années?
- Quelles prétentions devaient être jugées dans ce cadre?
- Quels types de procédures ont été utilisés dans ce cadre? Y a-t-il eu des mesures provisoires? Y a-t-il eu des procédures d'exécution? Y a-t-il des procédures d'exécution? Y a-t-il eu des cas d'application de l'art. 257 CPC dans des cas clairs?
- Combien de temps les procédures judiciaires ont-elles duré en moyenne?
- Sur quelles bases juridiques les actions, respectivement les requêtes, ont été approuvées, respectivement rejetées?

- Comment les décisions de non-entrée en matière ont-elles été motivées?
- Y a-t-il des questions supplémentaires qui, de votre point de vue, ont besoin d'une réglementation?

Par avance, je vous remercie de bien vouloir répondre par écrit aux questions ci-dessus dans la mesure du possible. Si vous préférez plutôt répondre par oral, mes collaborateurs Me Kaspar Schudel et Me Mark Walther se tiennent à votre disposition à votre lieu de travail pour une interview. Pour prendre rendez-vous ainsi que pour toute question, Me Kaspar Schudel se tient à votre disposition à tout moment par téléphone (058 881 01 01) ou par e-mail (schudel@burckhardtlaw.com).

Par avance, je vous remercie de vos efforts et vous prie d'agréer, chère Madame, à mes salutations distinguées.

Prof. Ramon Mabillard

burckhardt

burckhardt AG
Mühlenberg 7
Case postale 258
CH - 4010 Bâle

Prof. Ramon Mabillard
Avocat et notaire
mabillard@burckhardtlaw.com
http://www.burckhardtlaw.com

T +41 58 881 01 01
D +41 58 881 00 40
F +41 58 881 01 09

CASE POSTALE 258 - CH-4010 BÂLE

Tribunal pénal
Mme Catherine Vernier
Rue des Chaudronniers 9
Bâtiment H
1211 Genève 3

Bâle, le 18 décembre 2017

Procédure pratique en cas de squattage

Chère Madame,

A l'acceptation de la motion Feller du 9 juin 2015 (15.3531) le Parlement fédéral a chargé le Conseil fédéral de prendre les mesures nécessaires pour que les propriétaires d'immeubles occupés de façon illicite par des squatters puissent exercer le droit de reprise prévu à l'article 926 CC à des conditions plus souples.

Dans un premier temps, il faudra clarifier quelles procédures sont mises en place actuellement dans la pratique et quels problèmes y sont liés. C'est pourquoi le Conseil fédéral m'a chargé de préparer un avis de droit à ce sujet.

Le Conseil fédéral a explicitement émis le vœu que, dans le cadre de mon mandat, je prenne contact avec les autorités chargées de cas de squattage. C'est bien volontiers que je me tourne vers vous avec les questions suivantes:

- Combien de procédures en relation avec le squattage d'immeubles le tribunal pénal a-t-il eu à juger durant les cinq à dix dernières années?
- Quelles infractions relatives au squattage d'immeubles ont fait l'objet de la procédure?
- Dans quelle mesure la question relative au moment de la suppression de la perturbation, respectivement de sa durée, a été prise en compte?
- Combien de temps a duré la procédure en moyenne?
- Des parties civiles se sont-elles à chaque fois constituées? Si oui, qu'est-ce qu'elles ont fait valoir en justice?

- Le tribunal pénal avait-il dans ce cadre à juger des prétentions civiles par voie d'adhésion?
- Dans combien de cas les prétentions civiles ont-elles été jugées? Dans combien de cas les prétentions civiles ont-elles été renvoyées à la voie civile?
- Y a-t-il des questions supplémentaires qui, de votre point de vue, ont besoin d'une réglementation?

Par avance, je vous remercie de bien vouloir répondre par écrit aux questions ci-dessus dans la mesure du possible. Si vous préférez plutôt répondre par oral, mes collaborateurs Me Kaspar Schudel et Me Mark Walther se tiennent à votre disposition à votre lieu de travail pour une interview. Pour prendre rendez-vous ainsi que pour toute question, Me Kaspar Schudel se tient à votre disposition à tout moment par téléphone (058 881 01 01) ou par e-mail (schudel@burckhardtlaw.com).

Par avance, je vous remercie de vos efforts et vous prie d'agréer, chère Madame, à mes salutations distinguées.

Prof. Ramon Mabillard

burckhardt

burckhardt AG
Mühlenberg 7
Case postale 258
CH - 4010 Bâle

Prof. Ramon Mabillard
Avocat et notaire
mabillard@burckhardtlaw.com
http://www.burckhardtlaw.com

T +41 58 881 01 01
D +41 58 881 00 40
F +41 58 881 01 09

CASE POSTALE 258 - CH-4010 BÂLE

Tribunal administratif de première instance Genève
M. Philippe DUBOIS
Rue Ami-Lullin 4
Case postale 3888
1211 Genève

Bâle, le 18 décembre 2017

Procédure pratique en cas de squattage

Cher Monsieur,

A l'acceptation de la motion Feller du 9 juin 2015 (15.3531) le Parlement fédéral a chargé le Conseil fédéral de prendre les mesures nécessaires pour que les propriétaires d'immeubles occupés de façon illicite par des squatters puissent exercer le droit de reprise prévu à l'article 926 CC à des conditions plus souples.

Dans un premier temps, il faudra clarifier quelles procédures sont mises en place actuellement dans la pratique et quels problèmes y sont liés. C'est pourquoi le Conseil fédéral m'a chargé de préparer un avis de droit à ce sujet.

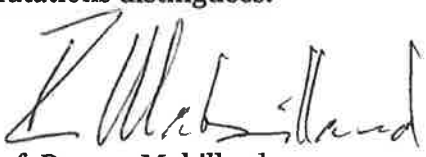
Le Conseil fédéral a explicitement émis le vœu que, dans le cadre de mon mandat, je prenne contact avec les autorités chargées de cas de squattage. C'est bien volontiers que je me tourne vers vous avec les questions suivantes:

- Combien de procédures en relation avec le squattage d'immeubles le tribunal administratif a-t-il eu à juger durant les cinq à dix dernières années?
- Dans quels domaines du droit administratif ces procédures tombaient-elles?
- Quels réclamations, griefs, respectivement motifs de recours, ont été invoqués?
- Le jugement de quelles bases juridiques a été l'objet de la procédure, respectivement à quelle base juridique les parties renvoyaient-elles?
- Combien de temps les procédures ont duré en moyenne?
- Sur quelles bases juridiques les réclamations, respectivement les recours ont-ils été acceptés ou rejetés?

- Comment des éventuelles non-entrées en matière ont-elles été motivées?
- Y a-t-il en particulier des mesures provisoires relatives aux squattages?
- Y a-t-il des questions supplémentaires qui, de votre point de vue, ont besoin d'une réglementation?

Par avance, je vous remercie de bien vouloir répondre par écrit aux questions ci-dessus dans la mesure du possible. Si vous préférez plutôt répondre par oral, mes collaborateurs Me Kaspar Schudel et Me Mark Walther se tiennent à votre disposition à votre lieu de travail pour une interview. Pour prendre rendez-vous ainsi que pour toute question, Me Kaspar Schudel se tient à votre disposition à tout moment par téléphone (058 881 01 01) ou par e-mail (schudel@burckhardtlaw.com).

Par avance, je vous remercie de vos efforts et vous prie d'agréer, cher Monsieur, à mes salutations distinguées.



Prof. Ramon Mabillard

burckhardt

burckhardt AG
Mühlenberg 7
Case postale 258
CH - 4010 Bâle

Prof. Ramon Mabillard
Avocat et notaire
mabillard@burckhardtlaw.com
http://www.burckhardtlaw.com

T +41 58 881 01 01
D +41 58 881 00 40
F +41 58 881 01 09

CASE POSTALE 258 - CH-4010 BÂLE

Police Cantonale de Genève
Service de presse et des relations publiques
Chemin de la Gravière 5
1227 Acacias

Bâle, le 18 décembre 2017

Procédure pratique en cas de squattage

Mesdames et Messieurs,

A l'acceptation de la motion Feller du 9 juin 2015 (15.3531) le Parlement fédéral a chargé le Conseil fédéral de prendre les mesures nécessaires pour que les propriétaires d'immeubles occupés de façon illicite par des squatters puissent exercer le droit de reprise prévu à l'article 926 CC à des conditions plus souples.

Dans un premier temps, il faudra clarifier quelles procédures sont mises en place actuellement dans la pratique et quels problèmes y sont liés. C'est pourquoi le Conseil fédéral m'a chargé de préparer un avis de droit à ce sujet.

Le Conseil fédéral a explicitement émis le vœu que, dans le cadre de mon mandat, je prenne contact avec les autorités chargées de cas de squattage. C'est bien volontiers que je me tourne vers vous avec les questions suivantes:

- Combien d'immeubles sont squattés dans la ville de Genève en ce moment? Combien d'immeubles privés et combien d'immeubles commerciaux sont touchés?
- Combien d'immeubles ont été squattés dans la ville de Genève durant les cinq à dix dernières années?
- Combien de temps ces immeubles ont été squattés?
- Combien d'opérations de police ont été réalisées dans les dix dernières années pour cause de squattage d'immeubles?
- Quelles mesures de police ont été/sont envisagées, respectivement réalisées, contre les cas de squattage d'immeubles?

- Existe-t-il des mesures de prévention?
- Sur quelles bases juridiques la police cantonale du canton de Genève se base-t-elle pour réaliser des mesures de police?
- Quelles exigences ont été développées dans la pratiques concernant les critères, les conditions et concernant la réalisation des mesures de police?
- Quelles conditions doivent en particulier être réunies pour l'évacuation d'un immeuble squatté?
- Pour quel motif des requêtes de mesures de police (en particulier d'évacuations) de propriétaires ont-elles été rejetées, respectivement pas réalisées, dans les cinq à dix dernières années? Qu'est-ce qui a été recommandé aux propriétaires dans ces cas?
- Comment la doctrine d'intervention de la police cantonale de Genève concernant les squats s'est-elle développée dans les dix dernières années? Un changement est-il en vue?
- Y a-t-il des questions supplémentaires qui, de votre point de vue, ont besoin d'une réglementation?

Par avance, je vous remercie de bien vouloir répondre par écrit aux questions ci-dessus dans la mesure du possible. Si vous préférez plutôt répondre par oral, mes collaborateurs Me Kaspar Schudel et Me Mark Walther se tiennent à votre disposition à votre lieu de travail pour une interview. Pour prendre rendez-vous ainsi que pour toute question, Me Kaspar Schudel se tient à votre disposition à tout moment par téléphone (058 881 01 01) ou par e-mail (schudel@burckhardtlaw.com).

Par avance, je vous remercie de vos efforts et vous prie d'agréer, Mesdames et Messieurs, à mes salutations distinguées.

Prof. Ramon Mabillard

burckhardt

burckhardt AG
Mühlenberg 7
Case postale 258
CH - 4010 Bâle

Prof. Ramon Mabillard
Avocat et notaire
mabillard@burckhardtlaw.com
http://www.burckhardtlaw.com

T +41 58 881 01 01
D +41 58 881 00 40
F +41 58 881 01 09

CASE POSTALE 258 - CH-4010 BÂLE

Tribunal d'arrondissement de Lausanne
Mme Caroline Schulz
Palais de justice de Montbenon
Allée E.-Ansermet 2
1014 Lausanne

Bâle, le 18 décembre 2017

Procédure pratique en cas de squattage

Chère Madame,

A l'acceptation de la motion Feller du 9 juin 2015 (15.3531) le Parlement fédéral a chargé le Conseil fédéral de prendre les mesures nécessaires pour que les propriétaires d'immeubles occupés de façon illicite par des squatters puissent exercer le droit de reprise prévu à l'article 926 CC à des conditions plus souples.

Dans un premier temps, il faudra clarifier quelles procédures sont mises en place actuellement dans la pratique et quels problèmes y sont liés. C'est pourquoi le Conseil fédéral m'a chargé de préparer un avis de droit à ce sujet.

Le Conseil fédéral a explicitement émis le vœu que, dans le cadre de mon mandat, je prenne contact avec les autorités chargées de cas de squattage. C'est bien volontiers que je me tourne vers vous avec les questions suivantes:

Tribunal civil

- Combien de procédures concernant des cas de squattage d'immeubles les tribunaux civils ont-ils eu à juger durant les cinq à dix dernières années?
- Quelles prétentions devaient être jugées dans ce cadre?
- Quels types de procédures ont été utilisés dans ce cadre? Y a-t-il eu des mesures provisoires? Y a-t-il eu des procédures d'exécution? Y a-t-il des procédures d'exécution? Y a-t-il eu des cas d'application de l'art. 257 CPC dans des cas clairs?
- Combien de temps les procédures judiciaires ont-elles duré en moyenne?

- Sur quelles bases juridiques les actions, respectivement les requêtes, ont été approuvées, respectivement rejetées?
- Comment les décisions de non-entrée en matière ont-elles été motivées?
- Y a-t-il des questions supplémentaires qui, de votre point de vue, ont besoin d'une réglementation?

Tribunal pénal

- Combien de procédures en relation avec le squattage d'immeubles le tribunal pénal a-t-il eu à juger durant les cinq à dix dernières années?
- Quelles infractions relatives au squattage d'immeubles ont fait l'objet de la procédure?
- Dans quelle mesure la question relative au moment de la suppression de la perturbation, respectivement de sa durée, a été prise en compte?
- Combien de temps a duré la procédure en moyenne?
- Des parties civiles se sont-elles à chaque fois constituées? Si oui, qu'est-ce qu'elles ont fait valoir en justice?
- Le tribunal pénal avait-il dans ce cadre à juger des prétentions civiles par voie d'adhésion?
- Dans combien de cas les prétentions civiles ont-elles été jugées? Dans combien de cas les prétentions civiles ont-elles été renvoyées à la voie civile?
- Y a-t-il des questions supplémentaires qui, de votre point de vue, ont besoin d'une réglementation?

Par avance, je vous remercie de bien vouloir répondre par écrit aux questions ci-dessus dans la mesure du possible. Si vous préférez plutôt répondre par oral, mes collaborateurs Me Kaspar Schudel et Me Mark Walther se tiennent à votre disposition à votre lieu de travail pour une interview. Pour prendre rendez-vous ainsi que pour toute question, Me Kaspar Schudel se tient à votre disposition à tout moment par téléphone (058 881 01 01) ou par e-mail (schudel@burckhardtlaw.com).

Par avance, je vous remercie de vos efforts et vous prie d'agréer, chère Madame, à mes salutations distinguées.

Prof. Ramon Mabillard

burckhardt

burckhardt AG
Mühlenberg 7
Case postale 258
CH - 4010 Bâle

Prof. Ramon Mabillard
Avocat et notaire
mabillard@burckhardtlaw.com
http://www.burckhardtlaw.com

T +41 58 881 01 01
D +41 58 881 00 40
F +41 58 881 01 09

CASE POSTALE 258 - CH-4010 BÂLE

Cour de droit administratif et public du
Tribunal cantonal
M. Christophe Baeriswyl
Avenue Eugène-Rambert 15
1014 Lausanne

Bâle, le 18 décembre 2017

Procédure pratique en cas de squattage

Cher Monsieur,

A l'acceptation de la motion Feller du 9 juin 2015 (15.3531) le Parlement fédéral a chargé le Conseil fédéral de prendre les mesures nécessaires pour que les propriétaires d'immeubles occupés de façon illicite par des squatters puissent exercer le droit de reprise prévu à l'article 926 CC à des conditions plus souples.

Dans un premier temps, il faudra clarifier quelles procédures sont mises en place actuellement dans la pratique et quels problèmes y sont liés. C'est pourquoi le Conseil fédéral m'a chargé de préparer un avis de droit à ce sujet.

Le Conseil fédéral a explicitement émis le vœu que, dans le cadre de mon mandat, je prenne contact avec les autorités chargées de cas de squattage. C'est bien volontiers que je me tourne vers vous avec les questions suivantes:

- Combien de procédures en relation avec le squattage d'immeubles le tribunal administratif a-t-il eu à juger durant les cinq à dix dernières années?
- Dans quels domaines du droit administratif ces procédures tombaient-elles?
- Quels réclamations, griefs, respectivement motifs de recours, ont été invoqués?
- Le jugement de quelles bases juridiques a été l'objet de la procédure, respectivement à quelle base juridique les parties renvoyaient-elles?
- Combien de temps les procédures ont duré en moyenne?
- Sur quelles bases juridiques les réclamations, respectivement les recours ont-ils été acceptées ou rejetés?

- Comment des éventuelles non-entrées en matière ont-elles été motivées?
- Y a-t-il en particulier des mesures provisoires relatives aux squattages?
- Y a-t-il des questions supplémentaires qui, de votre point de vue, ont besoin d'une réglementation?

Par avance, je vous remercie de bien vouloir répondre par écrit aux questions ci-dessus dans la mesure du possible. Si vous préférez plutôt répondre par oral, mes collaborateurs Me Kaspar Schudel et Me Mark Walther se tiennent à votre disposition à votre lieu de travail pour une interview. Pour prendre rendez-vous ainsi que pour toute question, Me Kaspar Schudel se tient à votre disposition à tout moment par téléphone (058 881 01 01) ou par e-mail (schudel@burckhardtlaw.com).

Par avance, je vous remercie de vos efforts et vous prie d'agréer, cher Monsieur, à mes salutations distinguées.

Prof. Ramon Mabillard

burckhardt

burckhardt AG
Mühlenberg 7
Case postale 258
CH - 4010 Bâle

Prof. Ramon Mabillard
Avocat et notaire
mabillard@burckhardtlaw.com
http://www.burckhardtlaw.com

T +41 58 881 01 01
D +41 58 881 00 40
F +41 58 881 01 09

CASE POSTALE 258 - CH-4010 BÂLE

Police Lausanne
Corps de police
Rue St-Martin 33
1002 Lausanne

Bâle, le 18 décembre 2017

Procédure pratique en cas de squattage

Mesdames et Messieurs,

A l'acceptation de la motion Feller du 9 juin 2015 (15.3531) le Parlement fédéral a chargé le Conseil fédéral de prendre les mesures nécessaires pour que les propriétaires d'immeubles occupés de façon illicite par des squatters puissent exercer le droit de reprise prévu à l'article 926 CC à des conditions plus souples.

Dans un premier temps, il faudra clarifier quelles procédures sont mises en place actuellement dans la pratique et quels problèmes y sont liés. C'est pourquoi le Conseil fédéral m'a chargé de préparer un avis de droit à ce sujet.

Le Conseil fédéral a explicitement émis le vœu que, dans le cadre de mon mandat, je prenne contact avec les autorités chargées de cas de squattage. C'est bien volontiers que je me tourne vers vous avec les questions suivantes:

- Combien d'immeubles sont squattés dans la ville de Lausanne en ce moment? Combien d'immeubles privés et combien d'immeubles commerciaux sont touchés?
- Combien d'immeubles ont été squattés dans la ville de Lausanne durant les cinq à dix dernières années?
- Combien de temps ces immeubles ont été squattés?
- Combien d'opérations de police ont été réalisées dans les dix dernières années pour cause de squattage d'immeubles?
- Quelles mesures de police ont été/sont envisagées, respectivement réalisées, contre les cas de squattage d'immeubles?

- Existe-t-il des mesures de prévention?
- Sur quelles bases juridiques la police cantonale du canton de Vaud se base-t-elle pour réaliser des mesures de police?
- Quelles exigences ont été développées dans la pratiques concernant les critères, les conditions et concernant la réalisation des mesures de police?
- Quelles conditions doivent en particulier être réunies pour l'évacuation d'un immeuble squatté?
- Pour quel motif des requêtes de mesures de police (en particulier d'évacuations) de propriétaires ont-elles été rejetées, respectivement pas réalisées, dans les cinq à dix dernières années? Qu'est-ce qui a été recommandé aux propriétaires dans ces cas?
- Comment la doctrine d'intervention de la police cantonale de Vaud concernant les squats s'est-elle développée dans les dix dernières années? Un changement est-il en vue?
- Y a-t-il des questions supplémentaires qui, de votre point de vue, ont besoin d'une réglementation?

Par avance, je vous remercie de bien vouloir répondre par écrit aux questions ci-dessus dans la mesure du possible. Si vous préférez plutôt répondre par oral, mes collaborateurs Me Kaspar Schudel et Me Mark Walther se tiennent à votre disposition à votre lieu de travail pour une interview. Pour prendre rendez-vous ainsi que pour toute question, Me Kaspar Schudel se tient à votre disposition à tout moment par téléphone (058 881 01 01) ou par e-mail (schudel@burckhardtlaw.com).

Par avance, je vous remercie de vos efforts et vous prie d'agréer, Mesdames et Messieurs, à mes salutations distinguées.

Prof. Ramon Mabillard

burckhardt

burckhardt AG
Mühlenberg 7
Postfach 258
CH - 4010 Basel

Ramon Mabillard
Prof. Dr.iur., LL.M., Advokat und Notar
mabillard@burckhardtlaw.com
http://www.burckhardtlaw.com

T +41 58 881 01 01
D +41 58 881 00 40
F +41 58 881 01 09

POSTFACH 258 - CH-4010 BASEL

Regionalgericht Bern – Mittelland
Zivilabteilung
Frau Tania Sanchez
Effingerstrasse 34
3008 Bern

Basel, 13. Dezember 2017

Praktisches Vorgehen bei Hausbesetzungen

Sehr geehrte Frau Sanchez

Mit Annahme der Motion Feller vom 9. Juni 2015 (15.3531) hat das eidgenössische Parlament den Bundesrat beauftragt, Vorschläge auszuarbeiten, die es den Eigentümern von unrechtmässig besetzten Liegenschaften erleichtert, sich gemäss Artikel 926 ZGB ihres Eigentums wieder zu bemächtigen.

In einem ersten Schritt soll abgeklärt werden, wie nach geltendem Recht bei Hausbesetzungen heute praktisch vorgegangen wird und welche Probleme sich dabei stellen, weshalb ich vom Bundesrat mit der Erstellung eines entsprechenden Gutachtens beauftragt wurde.

Dabei wurde ausdrücklich gewünscht, dass ich zwecks Bestandsaufnahme mit den allfällig mit Hausbesetzungen befassten Behörden Kontakt aufnehme. Gerne wende ich mich daher mit folgenden Fragen an Sie:

- Wieviele Verfahren im Zusammenhang mit Hausbesetzungen hatte das Regionalgericht Bern-Mittelland, Zivilabteilung, in den letzten fünf bis zehn Jahren zu beurteilen?
- Welche Anspruchsgrundlagen waren dabei zu beurteilen?
- Welche Verfahrensarten gelangten dabei zur Anwendung? Gab es vorsorgliche Massnahmen? Gab es Vollstreckungsverfahren? Gab es Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen i.S.v. Art. 257 ZPO?
- Wie lange dauerten die gerichtlichen Verfahren im Schnitt?

- Auf welchen Rechtsgrundlagen wurden die Klagen bzw. die Gesuche gutgeheissen bzw. abgewiesen?
- Wie wurden allfällige Nichteintretensentscheide begründet?
- Haben sich zusätzliche Fragestellungen ergeben, die Ihrer Ansicht nach weiteren Regelungsbedarf aufwerfen?

Ich danke Ihnen dafür, dass Sie die obenstehenden Fragen nach Ihren Möglichkeiten schriftlich beantworten. Falls Sie lieber mündlich Auskunft geben möchten, stehen Ihnen meine Mitarbeiter, Herr MLaw Kaspar Schudel und Herr MLaw Mark Walther, gerne auch für ein mündliches Interview an Ihrem Standort zur Verfügung. Für die Vereinbarung eines solchen Termins sowie bei jeglichen Rückfragen können Sie gerne Herrn Schudel jederzeit telefonisch (058 881 01 01) oder per E-Mail (schudel@burckhardtlaw.com) kontaktieren.

Ich danke Ihnen vielmals für Ihre Bemühungen und verbleibe

mit freundlichen Grüssen

Prof. Dr. Ramon Mabillard

burckhardt

burckhardt AG
Mühlenberg 7
Postfach 258
CH - 4010 Basel

Ramon Mabillard
Prof. Dr.iur., LL.M., Advokat und Notar
mabillard@burckhardtlaw.com
http://www.burckhardtlaw.com

T +41 58 881 01 01
D +41 58 881 00 40
F +41 58 881 01 09

POSTFACH 258 - CH-4010 BASEL

per E-Mail
Regionalgericht Bern – Mittelland
Strafabteilung
Herr René Graf

rene.graf@justice.be.ch

Basel, 13. Dezember 2017

Praktisches Vorgehen bei Hausbesetzungen

Sehr geehrter Herr Graf

Mit Annahme der Motion Feller vom 9. Juni 2015 (15.3531) hat das eidgenössische Parlament den Bundesrat beauftragt, Vorschläge auszuarbeiten, die es den Eigentümern von unrechtmässig besetzten Liegenschaften erleichtert, sich gemäss Artikel 926 ZGB ihres Eigentums wieder zu bemächtigen.

In einem ersten Schritt soll abgeklärt werden, wie nach geltendem Recht bei Hausbesetzungen heute praktisch vorgegangen wird und welche Probleme sich dabei stellen, weshalb ich vom Bundesrat mit der Erstellung eines entsprechenden Gutachtens beauftragt wurde.

Dabei wurde ausdrücklich gewünscht, dass ich zwecks Bestandsaufnahme mit den allfällig mit Hausbesetzungen befassten Behörden Kontakt aufnehme. Gerne wende ich mich daher mit folgenden Fragen an Sie:

- Wieviele Verfahren im Zusammenhang mit Hausbesetzungen hatte das Regionalgericht Bern-Mittelland, Strafabteilung, in den letzten fünf bis zehn Jahren zu beurteilen.
- Welche Straftatbestände waren im Zusammenhang mit Hausbesetzungen Gegenstand des Verfahrens bzw. waren angeklagt?
- Inwiefern war hierbei die Frage nach dem Zeitpunkt der Beseitigung der Störung bzw. nach deren Dauer zu berücksichtigen?
- Wie lange dauerte das Verfahren im Schnitt?

- Hat sich jeweils eine Privatklägerschaft konstituiert? Wenn ja, welche Rechtsbegehren wurden gestellt?
- Hatte das Regionalgericht Bern-Mittelland, Strafabteilung, hierbei adhäsionsweise über Zivilforderungen zu entscheiden?
- Wieviele Fälle wurden im Zivilpunkt entschieden? Wieviele Fälle wurden im Zivilpunkt auf den Zivilweg verwiesen?
- Haben sich zusätzliche Fragestellungen ergeben, die Ihrer Ansicht nach weiteren Regelungsbedarf aufwerfen?

Ich danke Ihnen dafür, dass Sie die obenstehenden Fragen nach Ihren Möglichkeiten schriftlich beantworten. Falls Sie lieber mündlich Auskunft geben möchten, stehen Ihnen meine Mitarbeiter, Herr MLaw Kaspar Schudel und Herr MLaw Mark Walther, gerne auch für ein mündliches Interview an Ihrem Standort zur Verfügung. Für die Vereinbarung eines solchen Termins sowie bei jeglichen Rückfragen können Sie gerne Herrn Schudel jederzeit telefonisch (058 881 01 01) oder per E-Mail (schudel@burckhardtlaw.com) kontaktieren.

Ich danke Ihnen vielmals für Ihre Bemühungen und verbleibe

mit freundlichen Grüssen

Prof. Dr. Ramon Mabillard

burckhardt

burckhardt AG
Mühlenberg 7
Postfach 258
CH - 4010 Basel

Ramon Mabillard
Prof. Dr.iur., LL.M., Advokat und Notar
mabillard@burckhardtlaw.com
http://www.burckhardtlaw.com

T +41 58 881 01 01
D +41 58 881 00 40
F +41 58 881 01 09

POSTFACH 258 - CH-4010 BASEL

per E-Mail
Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Herr Robert Burkhard

robert.burkhard@justice.be.ch

Basel, 13. Dezember 2017

Praktisches Vorgehen bei Hausbesetzungen

Sehr geehrter Herr Präsident

Mit Annahme der Motion Feller vom 9. Juni 2015 (15.3531) hat das eidgenössische Parlament den Bundesrat beauftragt, Vorschläge auszuarbeiten, die es den Eigentümern von unrechtmässig besetzten Liegenschaften erleichtert, sich gemäss Artikel 926 ZGB ihres Eigentums wieder zu bemächtigen.

In einem ersten Schritt soll abgeklärt werden, wie nach geltendem Recht bei Hausbesetzungen heute praktisch vorgegangen wird und welche Probleme sich dabei stellen, weshalb ich vom Bundesrat mit der Erstellung eines entsprechenden Gutachtens beauftragt wurde.

Dabei wurde ausdrücklich gewünscht, dass ich zwecks Bestandsaufnahme mit den allfällig mit Hausbesetzungen befassten Behörden Kontakt aufnehme. Gerne wende ich mich daher mit folgenden Fragen an Sie:

- Wieviele Verfahren im Zusammenhang mit Hausbesetzungen hatte das Verwaltungsgericht Bern in den letzten fünf bis zehn Jahren zu beurteilen.
- In welche Bereiche des Verwaltungsrechts fielen diese Verfahren?
- Welche Rügen, Beschwerde-bzw. Rekursgründe wurden vorgebracht?
- Die Beurteilung welcher gesetzlichen Grundlagen war Gegenstand des Verfahrens bzw. auf welche gesetzliche Grundlage beriefen sich die Parteien?
- Wie lange dauerten die Verfahren im Schnitt?

- Auf welchen Rechtsgrundlagen wurden die Beschwerden bzw. die Rekurse gutgeheissen bzw. abgewiesen?
- Wie wurden allfällige Nichteintretensentscheide begründet?
- Gab es insbesondere vorsorgliche Massnahmen im Zusammenhang mit Hausbesetzungen?
- Haben sich zusätzliche Fragestellungen ergeben, die Ihrer Ansicht nach weiteren Regelungsbedarf aufwerfen?

Ich danke Ihnen dafür, dass Sie die obenstehenden Fragen nach Ihren Möglichkeiten schriftlich bis zum beantworten. Falls Sie lieber mündlich Auskunft geben möchten, stehen Ihnen meine Mitarbeiter, Herr MLaw Kaspar Schudel und Herr MLaw Mark Walther, gerne auch für ein mündliches Interview an Ihrem Standort zur Verfügung. Für die Vereinbarung eines solchen Termins sowie bei jeglichen Rückfragen können Sie gerne Herrn Schudel jederzeit telefonisch (058 881 01 01) oder per E-Mail (schudel@burckhardtlaw.com) kontaktieren.

Ich danke Ihnen vielmals für Ihre Bemühungen und verbleibe

mit freundlichen Grüssen

Prof. Dr. Ramon Mabillard

burckhardt

burckhardt AG
Mühlenberg 7
Postfach 258
CH - 4010 Basel

Ramon Mabillard
Prof. Dr.iur., LL.M., Advokat und Notar
mabillard@burckhardtlaw.com
http://www.burckhardtlaw.com

T +41 58 881 01 01
D +41 58 881 00 40
F +41 58 881 01 09

POSTFACH 258 - CH-4010 BASEL

Kantonspolizei Bern
Rechtsdienst
Waisenhausplatz 32
Postfach
3001 Bern

Basel, 13. Dezember 2017

Praktisches Vorgehen bei Hausbesetzungen

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Annahme der Motion Feller vom 9. Juni 2015 (15.3531) hat das eidgenössische Parlament den Bundesrat beauftragt, Vorschläge auszuarbeiten, die es den Eigentümern von unrechtmässig besetzten Liegenschaften erleichtert, sich gemäss Artikel 926 ZGB ihres Eigentums wieder zu bemächtigen.

In einem ersten Schritt soll abgeklärt werden, wie nach geltendem Recht bei Hausbesetzungen heute praktisch vorgegangen wird und welche Probleme sich dabei stellen, weshalb ich vom Bundesrat mit der Erstellung eines entsprechenden Gutachtens beauftragt wurde.

Dabei wurde ausdrücklich gewünscht, dass ich zwecks Bestandsaufnahme mit den allfällig mit Hausbesetzungen befassten Behörden Kontakt aufnehme. Gerne wende ich mich daher mit folgenden Fragen an Sie:

- Wieviele Liegenschaften sind zu diesem Zeitpunkt in der Stadt Bern besetzt? Wieviele Privat- und wieviele Gewerbeliegenschaften sind betroffen?
- Wieviele Liegenschaften waren in den letzten fünf bis zehn Jahren in der Stadt Bern besetzt?
- Wie lange sind bzw. waren diese Liegenschaften besetzt?
- Wieviele Polizeieinsätze wurden in den vergangenen zehn Jahren wegen Hausbesetzungen durchgeführt?

- Welche polizeilichen Massnahmen wurden/werden gegen Hausbesetzungen eingeleitet resp. durchgeführt?
- Gibt es Präventionsmassnahmen?
- Auf welche gesetzlichen Grundlagen stützt sich die Kantonspolizei Bern bei der Durchführung der polizeilichen Massnahmen?
- Welche Vorgaben zu den Voraussetzungen, Bedingungen und zur Durchführung polizeilicher Massnahmen wurden in Ihrer Praxis entwickelt?
- Welche Voraussetzungen müssen insbesondere für die Räumung einer besetzten Liegenschaft erfüllt sein?
- Mit welcher Begründung wurden in den letzten fünf bis zehn Jahren Gesuche von Eigentümern zur Durchführung polizeilicher Massnahmen (insb. Räumungen) abgewiesen bzw. nicht umgesetzt? Was wurde den Eigentümern in diesem Fall empfohlen?
- Wie hat sich die Einsatzdoktrin der Kantonspolizei Bern betreffend Hausbesetzungen in den letzten zehn Jahren entwickelt? Wird eine Änderung beabsichtigt?
- Haben sich zusätzliche Fragestellungen ergeben, die Ihrer Ansicht nach weiteren Regelungsbedarf aufwerfen?

Ich danke Ihnen dafür, dass Sie die obenstehenden Fragen nach Ihren Möglichkeiten schriftlich beantworten. Falls Sie lieber mündlich Auskunft geben möchten, stehen Ihnen meine Mitarbeiter, Herr MLaw Kaspar Schudel und Herr MLaw Mark Walther, gerne auch für ein mündliches Interview an Ihrem Standort zur Verfügung. Für die Vereinbarung eines solchen Termins sowie bei jeglichen Rückfragen können Sie gerne Herrn Schudel jederzeit telefonisch (058 881 01 01) oder per E-Mail (schudel@burckhardtlaw.com) kontaktieren.

Ich danke Ihnen vielmals für Ihre Bemühungen und verbleibe

mit freundlichen Grüssen

Prof. Dr. Ramon Mabillard

burckhardt

burckhardt AG
Mühlenberg 7
Postfach 258
CH - 4010 Basel

Ramon Mabillard
Prof. Dr.iur., LL.M., Advokat und Notar
mabillard@burckhardtlaw.com
http://www.burckhardtlaw.com

T +41 58 881 01 01
D +41 58 881 00 40
F +41 58 881 01 09

POSTFACH 258 - CH-4010 BASEL

per E-Mail
Bezirksgericht Zürich

nadine.karaszek@gerichte-zh.ch

Basel, 13. Dezember 2017

Praktisches Vorgehen bei Hausbesetzungen

Sehr geehrte Frau Karaszek, sehr geehrte Damen und Herren

Mit Annahme der Motion Feller vom 9. Juni 2015 (15.3531) hat das eidgenössische Parlament den Bundesrat beauftragt, Vorschläge auszuarbeiten, die es den Eigentümern von unrechtmässig besetzten Liegenschaften erleichtert, sich gemäss Artikel 926 ZGB ihres Eigentums wieder zu bemächtigen.

In einem ersten Schritt soll abgeklärt werden, wie nach geltendem Recht bei Hausbesetzungen heute praktisch vorgegangen wird und welche Probleme sich dabei stellen, weshalb ich vom Bundesrat mit der Erstellung eines entsprechenden Gutachtens beauftragt wurde.

Dabei wurde ausdrücklich gewünscht, dass ich zwecks Bestandsaufnahme mit den allfällig mit Hausbesetzungen befassten Behörden Kontakt aufnehme. Gerne wende ich mich daher mit folgenden Fragen an Sie:

Bezirksgericht Zürich, Abteilung Zivilrecht

- Wieviele Verfahren im Zusammenhang mit Hausbesetzungen hatte das Bezirksgericht Zürich, Abteilung Zivilrecht, in den letzten fünf bis zehn Jahren zu beurteilen?
- Welche Anspruchsgrundlagen waren dabei zu beurteilen?
- Welche Verfahrensarten gelangten dabei zur Anwendung? Gab es vorsorgliche Massnahmen? Gab es Vollstreckungsverfahren? Gab es Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen i.S.v. Art. 257 ZPO?

- Wie lange dauerten die gerichtlichen Verfahren im Schnitt?
- Auf welchen Rechtsgrundlagen wurden die Klagen bzw. die Gesuche gutgeheissen bzw. abgewiesen?
- Wie wurden allfällige Nichteintretensentscheide begründet?
- Haben sich zusätzliche Fragestellungen ergeben, die Ihrer Ansicht nach weiteren Regelungsbedarf aufwerfen?

Bezirksgericht Zürich, Abteilung Strafrecht

- Wieviele Verfahren im Zusammenhang mit Hausbesetzungen hatte das Bezirksgericht, Abteilung Strafrecht, in den letzten fünf bis zehn Jahren zu beurteilen.
- Welche Straftatbestände waren im Zusammenhang mit Hausbesetzungen Gegenstand des Verfahrens bzw. waren angeklagt?
- Inwiefern war hierbei die Frage nach dem Zeitpunkt der Beseitigung der Störung bzw. nach deren Dauer zu berücksichtigen?
- Wie lange dauerte das Verfahren im Schnitt?
- Hat sich jeweils eine Privatklägerschaft konstituiert? Wenn ja, welche Rechtsbegehren wurden gestellt?
- Hatte das Bezirksgericht Zürich, Abteilung Strafrecht, hierbei adhäsionsweise über Zivilforderungen zu entscheiden?
- Wieviele Fälle wurden im Zivilpunkt entschieden? Wieviele Fälle wurden im Zivilpunkt auf den Zivilweg verwiesen?
- Haben sich zusätzliche Fragestellungen ergeben, die Ihrer Ansicht nach weiteren Regelungsbedarf aufwerfen?

Ich danke Ihnen dafür, dass Sie die obenstehenden Fragen nach Ihren Möglichkeiten schriftlich beantworten. Falls Sie lieber mündlich Auskunft geben möchten, stehen Ihnen meine Mitarbeiter, Herr MLaw Kaspar Schudel und Herr MLaw Mark Walther, gerne auch für ein mündliches Interview an Ihrem Standort zur Verfügung. Für die Vereinbarung eines solchen Termins sowie bei jeglichen Rückfragen können Sie gerne Herrn Schudel jederzeit telefonisch (058 881 01 01) oder per E-Mail (schudel@burckhardtlaw.com) kontaktieren.

Ich danke Ihnen vielmals für Ihre Bemühungen und verbleibe

mit freundlichen Grüssen

Prof. Dr. Ramon Mabillard

burckhardt

burckhardt AG
Mühlenberg 7
Postfach 258
CH - 4010 Basel

Ramon Mabillard
Prof. Dr.iur., LL.M., Advokat und Notar
mabillard@burckhardtlaw.com
http://www.burckhardtlaw.com

T +41 58 881 01 01
D +41 58 881 00 40
F +41 58 881 01 09

POSTFACH 258 - CH-4010 BASEL

Bezirksgericht Winterthur
Herr Andreas Oehler
Lindstrasse 10
8400 Winterthur

Basel, 13. Dezember 2017

Praktisches Vorgehen bei Hausbesetzungen

Sehr geehrte Herr Präsident

Mit Annahme der Motion Feller vom 9. Juni 2015 (15.3531) hat das eidgenössische Parlament den Bundesrat beauftragt, Vorschläge auszuarbeiten, die es den Eigentümern von unrechtmässig besetzten Liegenschaften erleichtert, sich gemäss Artikel 926 ZGB ihres Eigentums wieder zu bemächtigen.

In einem ersten Schritt soll abgeklärt werden, wie nach geltendem Recht bei Hausbesetzungen heute praktisch vorgegangen wird und welche Probleme sich dabei stellen, weshalb ich vom Bundesrat mit der Erstellung eines entsprechenden Gutachtens beauftragt wurde.

Dabei wurde ausdrücklich gewünscht, dass ich zwecks Bestandsaufnahme mit den allfällig mit Hausbesetzungen befassten Behörden Kontakt aufnehme. Gerne wende ich mich daher mit folgenden Fragen an Sie:

Bezirksgericht Winterthur, Abteilung Zivilrecht

- Wieviele Verfahren im Zusammenhang mit Hausbesetzungen hatte das Bezirksgericht Winterthur, Abteilung Zivilrecht, in den letzten fünf bis zehn Jahren zu beurteilen?
- Welche Anspruchsgrundlagen waren dabei zu beurteilen?
- Welche Verfahrensarten gelangten dabei zur Anwendung? Gab es vorsorgliche Massnahmen? Gab es Vollstreckungsverfahren? Gab es Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen i.S.v. Art. 257 ZPO?

- Wie lange dauerten die gerichtlichen Verfahren im Schnitt?
- Auf welchen Rechtsgrundlagen wurden die Klagen bzw. die Gesuche gutgeheissen bzw. abgewiesen?
- Wie wurden allfällige Nichteintretensentscheide begründet?
- Haben sich zusätzliche Fragestellungen ergeben, die Ihrer Ansicht nach weiteren Regelungsbedarf aufwerfen?

Bezirksgericht Winterthur, Abteilung Strafrecht

- Wieviele Verfahren im Zusammenhang mit Hausbesetzungen hatte das Bezirksgericht, Abteilung Strafrecht, in den letzten fünf bis zehn Jahren zu beurteilen.
- Welche Straftatbestände waren im Zusammenhang mit Hausbesetzungen Gegenstand des Verfahrens bzw. waren angeklagt?
- Inwiefern war hierbei die Frage nach dem Zeitpunkt der Beseitigung der Störung bzw. nach deren Dauer zu berücksichtigen?
- Wie lange dauerte das Verfahren im Schnitt?
- Hat sich jeweils eine Privatklägerschaft konstituiert? Wenn ja, welche Rechtsbegehren wurden gestellt?
- Hatte das Bezirksgericht, Abteilung Strafrecht, hierbei adhäsionsweise über Zivilforderungen zu entscheiden?
- Wieviele Fälle wurden im Zivilpunkt entschieden? Wieviele Fälle wurden im Zivilpunkt auf den Zivilweg verwiesen?
- Haben sich zusätzliche Fragestellungen ergeben, die Ihrer Ansicht nach weiteren Regelungsbedarf aufwerfen?

Ich danke Ihnen dafür, dass Sie die obenstehenden Fragen nach Ihren Möglichkeiten schriftlich beantworten. Falls Sie lieber mündlich Auskunft geben möchten, stehen Ihnen meine Mitarbeiter, Herr MLaw Kaspar Schudel und Herr MLaw Mark Walther, gerne auch für ein mündliches Interview an Ihrem Standort zur Verfügung. Für die Vereinbarung eines solchen Termins sowie bei jeglichen Rückfragen können Sie gerne Herrn Schudel jederzeit telefonisch (058 881 01 01) oder per E-Mail (schudel@burckhardtlaw.com) kontaktieren.

Ich danke Ihnen vielmals für Ihre Bemühungen und verbleibe

mit freundlichen Grüssen

Prof. Dr. Ramon Mabillard

burckhardt

burckhardt AG
Mühlenberg 7
Postfach 258
CH - 4010 Basel

Ramon Mabillard
Prof. Dr.iur., LL.M., Advokat und Notar
mabillard@burckhardtlaw.com
http://www.burckhardtlaw.com

T +41 58 881 01 01
D +41 58 881 00 40
F +41 58 881 01 09

POSTFACH 258 - CH-4010 BASEL

per E-Mail
Verwaltungsgericht des Kantons Zürich
Frau Lucia Eigensatz

l.eigensatz@vgrzh.ch

Basel, 13. Dezember 2017

Praktisches Vorgehen bei Hausbesetzungen

Sehr geehrte Frau Eigensatz

Mit Annahme der Motion Feller vom 9. Juni 2015 (15.3531) hat das eidgenössische Parlament den Bundesrat beauftragt, Vorschläge auszuarbeiten, die es den Eigentümern von unrechtmässig besetzten Liegenschaften erleichtert, sich gemäss Artikel 926 ZGB ihres Eigentums wieder zu bemächtigen.

In einem ersten Schritt soll abgeklärt werden, wie nach geltendem Recht bei Hausbesetzungen heute praktisch vorgegangen wird und welche Probleme sich dabei stellen, weshalb ich vom Bundesrat mit der Erstellung eines entsprechenden Gutachtens beauftragt wurde.

Dabei wurde ausdrücklich gewünscht, dass ich zwecks Bestandsaufnahme mit den allfällig mit Hausbesetzungen befassten Behörden Kontakt aufnehme. Gerne wende ich mich daher mit folgenden Fragen an Sie:

- Wieviele Verfahren im Zusammenhang mit Hausbesetzungen hatte das Verwaltungsgericht in den letzten fünf bis zehn Jahren zu beurteilen.
- In welche Bereiche des Verwaltungsrechts fielen diese Verfahren?
- Welche Rügen, Beschwerde-bzw. Rekursgründe wurden vorgebracht?
- Die Beurteilung welcher gesetzlichen Grundlagen war Gegenstand des Verfahrens bzw. auf welche gesetzliche Grundlage beriefen sich die Parteien?
- Wie lange dauerten die Verfahren im Schnitt?

- Auf welchen Rechtsgrundlagen wurden die Beschwerden bzw. die Rekurse gutgeheissen bzw. abgewiesen?
- Wie wurden allfällige Nichteintretensentscheide begründet?
- Gab es insbesondere vorsorgliche Massnahmen im Zusammenhang mit Hausbesetzungen?
- Haben sich zusätzliche Fragestellungen ergeben, die Ihrer Ansicht nach weiteren Regelungsbedarf aufwerfen?

Ich danke Ihnen dafür, dass Sie die obenstehenden Fragen nach Ihren Möglichkeiten schriftlich beantworten. Falls Sie lieber mündlich Auskunft geben möchten, stehen Ihnen meine Mitarbeiter, Herr MLaw Kaspar Schudel und Herr MLaw Mark Walther, gerne auch für ein mündliches Interview an Ihrem Standort zur Verfügung. Für die Vereinbarung eines solchen Termins sowie bei jeglichen Rückfragen können Sie gerne Herrn Schudel jederzeit telefonisch (058 881 01 01) oder per E-Mail (schudel@burckhardtlaw.com) kontaktieren.

Ich danke Ihnen vielmals für Ihre Bemühungen und verbleibe

mit freundlichen Grüssen

Prof. Dr. Ramon Mabillard

burckhardt

burckhardt AG
Mühlenberg 7
Postfach 258
CH - 4010 Basel

Ramon Mabillard
Prof. Dr.iur., LL.M., Advokat und Notar
mabillard@burckhardtlaw.com
http://www.burckhardtlaw.com

T +41 58 881 01 01
D +41 58 881 00 40
F +41 58 881 01 09

POSTFACH 258 - CH-4010 BASEL

Stadt Zürich
Stadtpolizei Zürich
Gefahrenabwehr und Einsatz
Fachbereich Kooperation
Herr Simon Wichert
Postfach
8021 Zürich

Basel, 13. Dezember 2017

Praktisches Vorgehen bei Hausbesetzungen

Sehr geehrter Herr Wichert

Mit Annahme der Motion Feller vom 9. Juni 2015 (15.3531) hat das eidgenössische Parlament den Bundesrat beauftragt, Vorschläge auszuarbeiten, die es den Eigentümern von unrechtmässig besetzten Liegenschaften erleichtert, sich gemäss Artikel 926 ZGB ihres Eigentums wieder zu bemächtigen.

In einem ersten Schritt soll abgeklärt werden, wie nach geltendem Recht bei Hausbesetzungen heute praktisch vorgegangen wird und welche Probleme sich dabei stellen, weshalb ich vom Bundesrat mit der Erstellung eines entsprechenden Gutachtens beauftragt wurde.

Dabei wurde ausdrücklich gewünscht, dass ich zwecks Bestandsaufnahme mit den allfällig mit Hausbesetzungen befassten Behörden Kontakt aufnehme. Gerne wende ich mich daher mit folgenden Fragen an Sie:

- Wieviele Liegenschaften sind zu diesem Zeitpunkt in der Stadt Zürich besetzt? Wieviele Privat- und wieviele Gewerbeliegenschaften sind betroffen?
- Wieviele Liegenschaften waren in den letzten fünf bis zehn Jahren in der Stadt Zürich besetzt?
- Wie lange sind bzw. waren diese Liegenschaften besetzt?
- Wieviele Polizeieinsätze wurden in den vergangenen zehn Jahren wegen Hausbesetzungen durchgeführt?

- Welche polizeilichen Massnahmen wurden/werden gegen Hausbesetzungen eingeleitet resp. durchgeführt?
- Gibt es Präventionsmassnahmen?
- Auf welche gesetzlichen Grundlagen stützt sich die Stadtpolizei Zürich bei der Durchführung der polizeilichen Massnahmen?
- Welche Vorgaben zu den Voraussetzungen, Bedingungen und zur Durchführung polizeilicher Massnahmen wurden in Ihrer Praxis entwickelt?
- Welche Voraussetzungen müssen insbesondere für die Räumung einer besetzten Liegenschaft erfüllt sein?
- Mit welcher Begründung wurden in den letzten fünf bis zehn Jahren Gesuche von Eigentümern zur Durchführung polizeilicher Massnahmen (insb. Räumungen) abgewiesen bzw. nicht umgesetzt? Was wurde den Eigentümern in diesem Fall empfohlen?
- Wie hat sich die Einsatzdoktrin der Stadtpolizei Zürich betreffend Hausbesetzungen in den letzten zehn Jahren entwickelt? Wird eine Änderung beabsichtigt?
- Haben sich zusätzliche Fragestellungen ergeben, die Ihrer Ansicht nach weiteren Regelungsbedarf aufwerfen?

Ich danke Ihnen dafür, dass Sie die obenstehenden Fragen nach Ihren Möglichkeiten schriftlich beantworten. Falls Sie lieber mündlich Auskunft geben möchten, stehen Ihnen meine Mitarbeiter, Herr MLaw Kaspar Schudel und Herr MLaw Mark Walther, gerne auch für ein mündliches Interview an Ihrem Standort zur Verfügung. Für die Vereinbarung eines solchen Termins sowie bei jeglichen Rückfragen können Sie gerne Herrn Schudel jederzeit telefonisch (058 881 01 01) oder per E-Mail (schudel@burckhardtlaw.com) kontaktieren.

Ich danke Ihnen vielmals für Ihre Bemühungen und verbleibe

mit freundlichen Grüssen

Prof. Dr. Ramon Mabillard

burckhardt

burckhardt AG
Mühlenberg 7
Postfach 258
CH - 4010 Basel

Ramon Mabillard
Prof. Dr.iur., LL.M., Advokat und Notar
mabillard@burckhardtlaw.com
http://www.burckhardtlaw.com

T +41 58 881 01 01
D +41 58 881 00 40
F +41 58 881 01 09

POSTFACH 258 - CH-4010 BASEL

per E-Mail
Stadtpolizei Winterthur

stapomedia@win.ch

Basel, 13. Dezember 2017

Praktisches Vorgehen bei Hausbesetzungen

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Annahme der Motion Feller vom 9. Juni 2015 (15.3531) hat das eidgenössische Parlament den Bundesrat beauftragt, Vorschläge auszuarbeiten, die es den Eigentümern von unrechtmässig besetzten Liegenschaften erleichtert, sich gemäss Artikel 926 ZGB ihres Eigentums wieder zu bemächtigen.

In einem ersten Schritt soll abgeklärt werden, wie nach geltendem Recht bei Hausbesetzungen heute praktisch vorgegangen wird und welche Probleme sich dabei stellen, weshalb ich vom Bundesrat mit der Erstellung eines entsprechenden Gutachtens beauftragt wurde.

Dabei wurde ausdrücklich gewünscht, dass ich zwecks Bestandsaufnahme mit den allfällig mit Hausbesetzungen befassten Behörden Kontakt aufnehme. Gerne wende ich mich daher mit folgenden Fragen an Sie:

- Wieviele Liegenschaften sind zu diesem Zeitpunkt in der Stadt Winterthur besetzt? Wieviele Privat- und wieviele Gewerbeliegenschaften sind betroffen?
- Wieviele Liegenschaften waren in den letzten fünf bis zehn Jahren in der Stadt Winterthur besetzt?
- Wie lange sind bzw. waren diese Liegenschaften besetzt?
- Wieviele Polizeieinsätze wurden in den vergangenen zehn Jahren wegen Hausbesetzungen durchgeführt?

- Welche polizeilichen Massnahmen wurden/werden gegen Hausbesetzungen eingeleitet resp. durchgeführt?
- Gibt es Präventionsmassnahmen?
- Auf welche gesetzlichen Grundlagen stützt sich die Stadtpolizei Winterthur bei der Durchführung der polizeilichen Massnahmen?
- Welche Vorgaben zu den Voraussetzungen, Bedingungen und zur Durchführung polizeilicher Massnahmen wurden in Ihrer Praxis entwickelt?
- Welche Voraussetzungen müssen insbesondere für die Räumung einer besetzten Liegenschaft erfüllt sein?
- Mit welcher Begründung wurden in den letzten fünf bis zehn Jahren Gesuche von Eigentümern zur Durchführung polizeilicher Massnahmen (insb. Räumungen) abgewiesen bzw. nicht umgesetzt? Was wurde den Eigentümern in diesem Fall empfohlen?
- Wie hat sich die Einsatzdoktrin der Stadtpolizei Winterthur betreffend Hausbesetzungen in den letzten zehn Jahren entwickelt? Wird eine Änderung beabsichtigt?
- Haben sich zusätzliche Fragestellungen ergeben, die Ihrer Ansicht nach weiteren Regelungsbedarf aufwerfen?

Ich danke Ihnen dafür, dass Sie die obenstehenden Fragen nach Ihren Möglichkeiten schriftlich beantworten. Falls Sie lieber mündlich Auskunft geben möchten, stehen Ihnen meine Mitarbeiter, Herr MLaw Kaspar Schudel und Herr MLaw Mark Walther, gerne auch für ein mündliches Interview an Ihrem Standort zur Verfügung. Für die Vereinbarung eines solchen Termins sowie bei jeglichen Rückfragen können Sie gerne Herrn Schudel jederzeit telefonisch (058 881 01 01) oder per E-Mail (schudel@burckhardtlaw.com) kontaktieren.

Ich danke Ihnen vielmals für Ihre Bemühungen und verbleibe

mit freundlichen Grüssen

Prof. Dr. Ramon Mabillard

burckhardt

burckhardt AG
Mühlenberg 7
Postfach 258
CH - 4010 Basel

Ramon Mabillard
Prof. Dr.iur., LL.M., Advokat und Notar
mabillard@burckhardtlaw.com
http://www.burckhardtlaw.com

T +41 58 881 01 01
D +41 58 881 00 40
F +41 58 881 01 09

POSTFACH 258 - CH-4010 BASEL

per E-Mail
Zivilgericht Basel-Stadt
Dr. Markus Grolimund

markus.grolimund@bs.ch

Basel, 13. Dezember 2017

Praktisches Vorgehen bei Hausbesetzungen

Sehr geehrter Dr. Grolimund

Mit Annahme der Motion Feller vom 9. Juni 2015 (15.3531) hat das eidgenössische Parlament den Bundesrat beauftragt, Vorschläge auszuarbeiten, die es den Eigentümern von unrechtmässig besetzten Liegenschaften erleichtert, sich gemäss Artikel 926 ZGB ihres Eigentums wieder zu bemächtigen.

In einem ersten Schritt soll abgeklärt werden, wie nach geltendem Recht bei Hausbesetzungen heute praktisch vorgegangen wird und welche Probleme sich dabei stellen, weshalb ich vom Bundesrat mit der Erstellung eines entsprechenden Gutachtens beauftragt wurde.

Dabei wurde ausdrücklich gewünscht, dass ich zwecks Bestandsaufnahme mit den allfällig mit Hausbesetzungen befassten Behörden Kontakt aufnehme. Gerne wende ich mich daher mit folgenden Fragen an Sie:

- Wieviele Verfahren im Zusammenhang mit Hausbesetzungen hatte das Zivilgericht Basel in den letzten fünf bis zehn Jahren zu beurteilen?
- Welche Anspruchsgrundlagen waren dabei zu beurteilen?
- Welche Verfahrensarten gelangten dabei zur Anwendung? Gab es vorsorgliche Massnahmen? Gab es Vollstreckungsverfahren? Gab es Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen i.S.v. Art. 257 ZPO?
- Wie lange dauerten die gerichtlichen Verfahren im Schnitt?

- Auf welchen Rechtsgrundlagen wurden die Klagen bzw. die Gesuche gutgeheissen bzw. abgewiesen?
- Wie wurden allfällige Nichteintretensentscheide begründet?
- Haben sich zusätzliche Fragestellungen ergeben, die Ihrer Ansicht nach weiteren Regelungsbedarf aufwerfen?

Ich danke Ihnen dafür, dass Sie die obenstehenden Fragen nach Ihren Möglichkeiten schriftlich beantworten. Falls Sie lieber mündlich Auskunft geben möchten, stehen Ihnen meine Mitarbeiter, Herr MLaw Kaspar Schudel und Herr MLaw Mark Walther, gerne auch für ein mündliches Interview an Ihrem Standort zur Verfügung. Für die Vereinbarung eines solchen Termins sowie bei jeglichen Rückfragen können Sie gerne Herrn Schudel jederzeit telefonisch (058 881 01 01) oder per E-Mail (schudel@burckhardtlaw.com) kontaktieren.

Ich danke Ihnen vielmals für Ihre Bemühungen und verbleibe

mit freundlichen Grüssen

Prof. Dr. Ramon Mabillard

burckhardt

burckhardt AG
Mühlenberg 7
Postfach 258
CH - 4010 Basel

Ramon Mabillard
Prof. Dr.iur., LL.M., Advokat und Notar
mabillard@burckhardtlaw.com
http://www.burckhardtlaw.com

T +41 58 881 01 01
D +41 58 881 00 40
F +41 58 881 01 09

POSTFACH 258 - CH-4010 BASEL

per E-Mail
Strafgericht Basel-Stadt
Herr Patrick Suter

patrick.suter@bs.ch

Basel, 13. Dezember 2017

Praktisches Vorgehen bei Hausbesetzungen

Sehr geehrte Herr Suter

Mit Annahme der Motion Feller vom 9. Juni 2015 (15.3531) hat das eidgenössische Parlament den Bundesrat beauftragt, Vorschläge auszuarbeiten, die es den Eigentümern von unrechtmässig besetzten Liegenschaften erleichtert, sich gemäss Artikel 926 ZGB ihres Eigentums wieder zu bemächtigen.

In einem ersten Schritt soll abgeklärt werden, wie nach geltendem Recht bei Hausbesetzungen heute praktisch vorgegangen wird und welche Probleme sich dabei stellen, weshalb ich vom Bundesrat mit der Erstellung eines entsprechenden Gutachtens beauftragt wurde.

Dabei wurde ausdrücklich gewünscht, dass ich zwecks Bestandsaufnahme mit den allfällig mit Hausbesetzungen befassten Behörden Kontakt aufnehme. Gerne wende ich mich daher mit folgenden Fragen an Sie:

- Wieviele Verfahren im Zusammenhang mit Hausbesetzungen hatte das Strafgericht Basel in den letzten fünf bis zehn Jahren zu beurteilen.
- Welche Straftatbestände waren im Zusammenhang mit Hausbesetzungen Gegenstand des Verfahrens bzw. waren angeklagt?
- Inwiefern war hierbei die Frage nach dem Zeitpunkt der Beseitigung der Störung bzw. nach deren Dauer zu berücksichtigen?
- Wie lange dauerte das Verfahren im Schnitt?

- Hat sich jeweils eine Privatklägerschaft konstituiert? Wenn ja, welche Rechtsbegehren wurden gestellt?
- Hatte das Strafgericht hierbei adhäsionsweise über Zivilforderungen zu entscheiden?
- Wieviele Fälle wurden im Zivilpunkt entschieden? Wieviele Fälle wurden im Zivilpunkt auf den Zivilweg verwiesen?
- Haben sich zusätzliche Fragestellungen ergeben, die Ihrer Ansicht nach weiteren Regelungsbedarf aufwerfen?

Ich danke Ihnen dafür, dass Sie die obenstehenden Fragen nach Ihren Möglichkeiten schriftlich beantworten. Falls Sie lieber mündlich Auskunft geben möchten, stehen Ihnen meine Mitarbeiter, Herr MLaw Kaspar Schudel und Herr MLaw Mark Walther, gerne auch für ein mündliches Interview an Ihrem Standort zur Verfügung. Für die Vereinbarung eines solchen Termins sowie bei jeglichen Rückfragen können Sie gerne Herrn Schudel jederzeit telefonisch (058 881 01 01) oder per E-Mail (schudel@burckhardtlaw.com) kontaktieren.

Ich danke Ihnen vielmals für Ihre Bemühungen und verbleibe

mit freundlichen Grüssen

Prof. Dr. Ramon Mabillard

burckhardt

burckhardt AG
Mühlenberg 7
Postfach 258
CH - 4010 Basel

Ramon Mabillard
Prof. Dr.iur., LL.M., Advokat und Notar
mabillard@burckhardtlaw.com
http://www.burckhardtlaw.com

T +41 58 881 01 01
D +41 58 881 00 40
F +41 58 881 01 09

POSTFACH 258 - CH-4010 BASEL

Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt
Verwaltungsgericht
Frau Gabrielle Kremo
Bäumleingasse 1
4051 Basel

Basel, 13. Dezember 2017

Praktisches Vorgehen bei Hausbesetzungen

Sehr geehrte Frau Kremo

Mit Annahme der Motion Feller vom 9. Juni 2015 (15.3531) hat das eidgenössische Parlament den Bundesrat beauftragt, Vorschläge auszuarbeiten, die es den Eigentümern von unrechtmässig besetzten Liegenschaften erleichtert, sich gemäss Artikel 926 ZGB ihres Eigentums wieder zu bemächtigen.

In einem ersten Schritt soll abgeklärt werden, wie nach geltendem Recht bei Hausbesetzungen heute praktisch vorgegangen wird und welche Probleme sich dabei stellen, weshalb ich vom Bundesrat mit der Erstellung eines entsprechenden Gutachtens beauftragt wurde.

Dabei wurde ausdrücklich gewünscht, dass ich zwecks Bestandsaufnahme mit den allfällig mit Hausbesetzungen befassten Behörden Kontakt aufnehme. Gerne wende ich mich daher mit folgenden Fragen an Sie:

- Wieviele Verfahren im Zusammenhang mit Hausbesetzungen hatte das Verwaltungsgericht in den letzten fünf bis zehn Jahren zu beurteilen.
- In welche Bereiche des Verwaltungsrechts fielen diese Verfahren?
- Welche Rügen, Beschwerde-bzw. Rekursgründe wurden vorgebracht?
- Die Beurteilung welcher gesetzlichen Grundlagen war Gegenstand des Verfahrens bzw. auf welche gesetzliche Grundlage beriefen sich die Parteien?
- Wie lange dauerten die Verfahren im Schnitt?

- Auf welchen Rechtsgrundlagen wurden die Beschwerden bzw. die Rekurse gutgeheissen bzw. abgewiesen?
- Wie wurden allfällige Nichteintretensentscheide begründet?
- Gab es insbesondere vorsorgliche Massnahmen im Zusammenhang mit Hausbesetzungen?
- Haben sich zusätzliche Fragestellungen ergeben, die Ihrer Ansicht nach weiteren Regelungsbedarf aufwerfen?

Ich danke Ihnen dafür, dass Sie die obenstehenden Fragen nach Ihren Möglichkeiten schriftlich beantworten. Falls Sie lieber mündlich Auskunft geben möchten, stehen Ihnen meine Mitarbeiter, Herr MLaw Kaspar Schudel und Herr MLaw Mark Walther, gerne auch für ein mündliches Interview an Ihrem Standort zur Verfügung. Für die Vereinbarung eines solchen Termins sowie bei jeglichen Rückfragen können Sie gerne Herrn Schudel jederzeit telefonisch (058 881 01 01) oder per E-Mail (schudel@burckhardtlaw.com) kontaktieren.

Ich danke Ihnen vielmals für Ihre Bemühungen und verbleibe

mit freundlichen Grüssen

Prof. Dr. Ramon Mabillard

burckhardt

burckhardt AG
Mühlenberg 7
Postfach 258
CH - 4010 Basel

Ramon Mabillard
Prof. Dr.iur., LL.M., Advokat und Notar
mabillard@burckhardtlaw.com
http://www.burckhardtlaw.com

T +41 58 881 01 01
D +41 58 881 00 40
F +41 58 881 01 09

POSTFACH 258 - CH-4010 BASEL

per E-Mail
Kantonspolizei Basel-Stadt
Herr Topak Yerguz

medien@jsd.bs.ch

Basel, 13. Dezember 2017

Praktisches Vorgehen bei Hausbesetzungen

Sehr geehrte Damen und Herren, sehr geehrter Herr Yerguz

Mit Annahme der Motion Feller vom 9. Juni 2015 (15.3531) hat das eidgenössische Parlament den Bundesrat beauftragt, Vorschläge auszuarbeiten, die es den Eigentümern von unrechtmässig besetzten Liegenschaften erleichtert, sich gemäss Artikel 926 ZGB ihres Eigentums wieder zu bemächtigen.

In einem ersten Schritt soll abgeklärt werden, wie nach geltendem Recht bei Hausbesetzungen heute praktisch vorgegangen wird und welche Probleme sich dabei stellen, weshalb ich vom Bundesrat mit der Erstellung eines entsprechenden Gutachtens beauftragt wurde.

Dabei wurde ausdrücklich gewünscht, dass ich zwecks Bestandsaufnahme mit den allfällig mit Hausbesetzungen befassten Behörden Kontakt aufnehme. Gerne wende ich mich daher mit folgenden Fragen an Sie:

- Wieviele Liegenschaften sind zu diesem Zeitpunkt in der Stadt Basel besetzt? Wieviele Privat- und wieviele Gewerbeliegenschaften sind betroffen?
- Wieviele Liegenschaften waren in den letzten fünf bis zehn Jahren in der Stadt Basel besetzt?
- Wie lange sind bzw. waren diese Liegenschaften besetzt?
- Wieviele Polizeieinsätze wurden in den vergangenen zehn Jahren wegen Hausbesetzungen durchgeführt?

- Welche polizeilichen Massnahmen wurden/werden gegen Hausbesetzungen eingeleitet resp. durchgeführt?
- Gibt es Präventionsmassnahmen?
- Auf welche gesetzlichen Grundlagen stützt sich die Kantonspolizei Basel-Stadt bei der Durchführung der polizeilichen Massnahmen?
- Welche Vorgaben zu den Voraussetzungen, Bedingungen und zur Durchführung polizeilicher Massnahmen wurden in Ihrer Praxis entwickelt?
- Welche Voraussetzungen müssen insbesondere für die Räumung einer besetzten Liegenschaft erfüllt sein?
- Mit welcher Begründung wurden in den letzten fünf bis zehn Jahren Gesuche von Eigentümern zur Durchführung polizeilicher Massnahmen (insb. Räumungen) abgewiesen bzw. nicht umgesetzt? Was wurde den Eigentümern in diesem Fall empfohlen?
- Wie hat sich die Einsatzdoktrin der Kantonspolizei Basel-Stadt betreffend Hausbesetzungen in den letzten zehn Jahren entwickelt? Wird eine Änderung beabsichtigt?
- Haben sich zusätzliche Fragestellungen ergeben, die Ihrer Ansicht nach weiteren Regelungsbedarf aufwerfen?

Ich danke Ihnen dafür, dass Sie die obenstehenden Fragen nach Ihren Möglichkeiten schriftlich beantworten. Falls Sie lieber mündlich Auskunft geben möchten, stehen Ihnen meine Mitarbeiter, Herr MLaw Kaspar Schudel und Herr MLaw Mark Walther, gerne auch für ein mündliches Interview an Ihrem Standort zur Verfügung. Für die Vereinbarung eines solchen Termins sowie bei jeglichen Rückfragen können Sie gerne Herrn Schudel jederzeit telefonisch (058 881 01 01) oder per E-Mail (schudel@burckhardtlaw.com) kontaktieren.

Ich danke Ihnen vielmals für Ihre Bemühungen und verbleibe

mit freundlichen Grüssen

Prof. Dr. Ramon Mabillard

burckhardt

burckhardt AG
Mühlenberg 7
Case postale 258
CH - 4010 Bâle

Prof. Ramon Mabillard
Avocat et notaire
mabillard@burckhardtlaw.com
http://www.burckhardtlaw.com

T +41 58 881 01 01
D +41 58 881 00 40
F +41 58 881 01 09

CASE POSTALE 258 - CH-4010 BÂLE

Chambre Genevoise Immobilière
M. Léonard Vernet, Président
Rue de la Rôtisserie 4
CP 3344
1211 Genève 3

Bâle, le 18 décembre 2017

Procédure pratique en cas de squattage

Monsieur le Président,

A l'acceptation de la motion Feller du 9 juin 2015 (15.3531) le Parlement fédéral a chargé le Conseil fédéral de prendre les mesures nécessaires pour que les propriétaires d'immeubles occupés de façon illicite par des squatters puissent exercer le droit de reprise prévu à l'article 926 CC à des conditions plus souples.

Dans un premier temps, il faudra clarifier quelles procédures sont mises en place actuellement dans la pratique et quels problèmes y sont liés. C'est pourquoi le Conseil fédéral m'a chargé de préparer un avis de droit à ce sujet.

Le Conseil fédéral a explicitement émis le vœu que, dans le cadre de mon mandat, je prenne contact avec les autorités chargées de cas de squattage et aussi avec les chambres immobilières. C'est bien volontiers que je me tourne vers vous avec les questions suivantes:

- Est-ce que des membres de la régie sont à présent ou ont été durant les dix dernières années concernés par des cas de squattage? Si oui, combien?
- Par quel moyen les membres concernés par des cas de squattage ont-ils essayé d'éviter des cas de squattage, respectivement demandé l'évacuation de l'immeuble?
- Dans quel délai des mesures ont été requises depuis le début du squattage de l'immeuble?

- Avez-vous des membres qui ont fait appel à la police pour évacuer un immeuble squatté? Si oui, dans quel délai depuis le début du squattage de l'immeuble la police a-t-elle été informé? L'immeuble a-t-il pu être ainsi évacué?
- Avez-vous des membres qui ont fait appel aux tribunaux civils ou au juge de paix pour évacuer un immeuble squatté?
- Quelles autres mesures concrètes ont été prises par les membres pour repousser des cas de squattage, respectivement pour évacuer un immeuble squatté?
- Quelle mesure concrète prend la régie quand des immeubles des membres sont occupés?
- Combien de temps cela dure en moyenne pour évacuer un immeuble?
- Pour évacuer un immeuble a-t-il des obstacles qui rendent l'évacuation plus difficile?
- Trouvez-vous que les possibilités existantes d'aller à l'encontre des cas de squattage sont suffisantes? Si non, quelles mesures additionnelles verriez-vous comme utiles?
- Y a-t-il des questions supplémentaires qui, de votre point de vue, ont besoin d'une réglementation?

Par avance, je vous remercie de bien vouloir répondre par écrit aux questions ci-dessus dans la mesure du possible. Si vous préférez plutôt répondre par oral, mes collaborateurs Me Kaspar Schudel et Me Mark Walther se tiennent à votre disposition à votre lieu de travail pour une interview. Pour prendre rendez-vous ainsi que pour toute question, Me Kaspar Schudel se tient à votre disposition à tout moment par téléphone (058 881 01 01) ou par e-mail (schudel@burckhardtlaw.com).

Par avance, je vous remercie de vos efforts et vous prie d'agréer, Monsieur le Président, à mes salutations distinguées.

Prof. Ramon Mabillard

burckhardt

burckhardt AG
Mühlenberg 7
Case postale 258
CH - 4010 Bâle

Prof. Ramon Mabillard
Avocat et notaire
mabillard@burckhardtlaw.com
http://www.burckhardtlaw.com

T +41 58 881 01 01
D +41 58 881 00 40
F +41 58 881 01 09

CASE POSTALE 258 - CH-4010 BÂLE

Chambre vaudoise immobilière
Mme. Anne Gaussen Rapit, Présidente
Rue du Midi 15
case postale 5607
1002 Lausanne

Bâle, le 18 décembre 2017

Procédure pratique en cas de squattage

Madame la Présidente,

A l'acceptation de la motion Feller du 9 juin 2015 (15.3531) le Parlement fédéral a chargé le Conseil fédéral de prendre les mesures nécessaires pour que les propriétaires d'immeubles occupés de façon illicite par des squatters puissent exercer le droit de reprise prévu à l'article 926 CC à des conditions plus souples.

Dans un premier temps, il faudra clarifier quelles procédures sont mises en place actuellement dans la pratique et quels problèmes y sont liés. C'est pourquoi le Conseil fédéral m'a chargé de préparer un avis de droit à ce sujet.

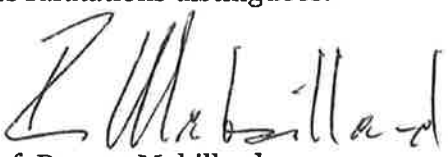
Le Conseil fédéral a explicitement émis le vœu que, dans le cadre de mon mandat, je prenne contact avec les autorités chargées de cas de squattage et aussi avec les chambres immobilières. C'est bien volontiers que je me tourne vers vous avec les questions suivantes:

- Est-ce que des membres de la régie sont à présent ou ont été durant les dix dernières années concernés par des cas de squattage? Si oui, combien?
- Par quel moyen les membres concernés par des cas de squattage ont-ils essayé d'éviter des cas de squattage, respectivement demandé l'évacuation de l'immeuble?
- Dans quel délai des mesures ont été requises depuis le début du squattage de l'immeuble?

- Avez-vous des membres qui ont fait appel à la police pour évacuer un immeuble squatté? Si oui, dans quel délai depuis le début du squattage de l'immeuble la police a-t-elle été informé? L'immeuble a-t-il pu être ainsi évacué?
- Avez-vous des membres qui ont fait appel aux tribunaux civils ou au juge de paix pour évacuer un immeuble squatté?
- Quelles autres mesures concrètes ont été prises par les membres pour repousser des cas de squattage, respectivement pour évacuer un immeuble squatté?
- Quelle mesure concrète prend la régie quand des immeubles des membres sont occupés?
- Combien de temps cela dure en moyenne pour évacuer un immeuble?
- Pour évacuer un immeuble a-t-il des obstacles qui rendent l'évacuation plus difficile?
- Trouvez-vous que les possibilités existantes d'aller à l'encontre des cas de squattage sont suffisantes? Si non, quelles mesures additionnelles verriez-vous comme utiles?
- Y a-t-il des questions supplémentaires qui, de votre point de vue, ont besoin d'une réglementation?

Par avance, je vous remercie de bien vouloir répondre par écrit aux questions ci-dessus dans la mesure du possible. Si vous préférez plutôt répondre par oral, mes collaborateurs Me Kaspar Schudel et Me Mark Walther se tiennent à votre disposition à votre lieu de travail pour une interview. Pour prendre rendez-vous ainsi que pour toute question, Me Kaspar Schudel se tient à votre disposition à tout moment par téléphone (058 881 01 01) ou par e-mail (schudel@burckhardtlaw.com).

Par avance, je vous remercie de vos efforts et vous prie d'agréer, Madame la Présidente, à mes salutations distinguées.



Prof. Ramon Mabillard

burckhardt

burckhardt AG
Mühlenberg 7
Postfach 258
CH - 4010 Basel

Ramon Mabillard
Prof. Dr.iur., LL.M., Advokat und Notar
mabillard@burckhardtlaw.com
http://www.burckhardtlaw.com

T +41 58 881 01 01
D +41 58 881 00 40
F +41 58 881 01 09

POSTFACH 258 - CH-4010 BASEL

HEV Bern und Umgebung
Dr. Adrian Haas, Präsident
Schwarztorstrasse 31
Postfach 338
3000 Bern 14

Basel, 13. Dezember 2017

Praktisches Vorgehen bei Hausbesetzungen

Sehr geehrter Dr. Haas

Mit Annahme der Motion Feller vom 9. Juni 2015 (15.3531) hat das eidgenössische Parlament den Bundesrat beauftragt, Vorschläge auszuarbeiten, die es den Eigentümern von unrechtmässig besetzten Liegenschaften erleichtert, sich gemäss Artikel 926 ZGB ihres Eigentums wieder zu bemächtigen.

In einem ersten Schritt soll abgeklärt werden, wie nach geltendem Recht bei Hausbesetzungen heute praktisch vorgegangen wird und welche Probleme sich dabei stellen, weshalb ich vom Bundesrat mit der Erstellung eines entsprechenden Gutachtens beauftragt wurde.

Dabei wurde ausdrücklich gewünscht, dass ich zwecks Bestandsaufnahme mit den allfällig mit Hausbesetzungen befassten Behörden sowie mit den Hauseigentümerverbänden Kontakt aufnehme. Gerne wende ich mich daher mit folgenden Fragen an Sie:

- Waren Mitglieder des Hauseigentümerverbands in den letzten zehn Jahren oder gegenwärtig von Hausbesetzungen betroffen? Wenn ja, wieviele?
- Auf welchem Weg haben von Hausbesetzungen betroffene Mitglieder versucht, die Hausbesetzung abzuwenden bzw. die Liegenschaft räumen zu lassen?
- Innert welcher Frist ab Zeitpunkt der Hausbesetzung wurde um Massnahmen ersucht?

- Haben Mitglieder zwecks Räumung einer besetzten Liegenschaft die Polizei in Anspruch genommen? Falls ja, innert welcher Frist ab Besetzung wurde die Polizei benachrichtigt? Konnte die Liegenschaft sodann geräumt werden?
- Haben Mitglieder zwecks Räumung einer besetzten Liegenschaft die Zivilgerichte oder den Friedensrichter in Anspruch genommen?
- Welche weiteren konkreten Massnahmen haben die Mitglieder ergriffen, um die Hausbesetzung abzuwehren bzw. um eine besetzte Liegenschaft zu räumen?
- Was für konkrete Massnahmen ergreift der Hauseigentümerverband, wenn Liegenschaften von Mitgliedern besetzt werden?
- Wie lange dauert es durchschnittlich, bis eine Liegenschaft geräumt wird?
- Gibt es Hürden, welche eine Räumung erschweren?
- Erachten Sie die bestehenden Möglichkeiten, gegen Hausbesetzungen vorzugehen, als ausreichend? Falls nein, welche zusätzlichen Massnahmen resp. Handhabe würden Sie als hilfreich erachten?
- Haben sich zusätzliche Fragestellungen ergeben, die Ihrer Ansicht nach weiteren Regelungsbedarf aufwerfen?

Ich danke Ihnen dafür, dass Sie die obenstehenden Fragen nach Ihren Möglichkeiten schriftlich beantworten. Falls Sie lieber mündlich Auskunft geben möchten, stehen Ihnen meine Mitarbeiter, Herr MLaw Kaspar Schudel und Herr MLaw Mark Walther, gerne auch für ein mündliches Interview an Ihrem Standort zur Verfügung. Für die Vereinbarung eines solchen Termins sowie bei jeglichen Rückfragen können Sie gerne Herrn Schudel jederzeit telefonisch (058 881 01 01) oder per E-Mail (schudel@burckhardtlaw.com) kontaktieren.

Ich danke Ihnen vielmals für Ihre Bemühungen und verbleibe

mit freundlichen Grüssen

Prof. Dr. Ramon Mabillard

burckhardt

burckhardt AG
Mühlenberg 7
Postfach 258
CH - 4010 Basel

Ramon Mabillard
Prof. Dr.iur., LL.M., Advokat und Notar
mabillard@burckhardtlaw.com
http://www.burckhardtlaw.com

T +41 58 881 01 01
D +41 58 881 00 40
F +41 58 881 01 09

POSTFACH 258 - CH-4010 BASEL

Hauseigentümerverband Zürich
Herr Gregor Rutz, Präsident
Albisstrasse 28
8038 Zürich-Wollishofen

Basel, 13. Dezember 2017

Praktisches Vorgehen bei Hausbesetzungen

Sehr geehrter Herr Rutz

Mit Annahme der Motion Feller vom 9. Juni 2015 (15.3531) hat das eidgenössische Parlament den Bundesrat beauftragt, Vorschläge auszuarbeiten, die es den Eigentümern von unrechtmässig besetzten Liegenschaften erleichtert, sich gemäss Artikel 926 ZGB ihres Eigentums wieder zu bemächtigen.

In einem ersten Schritt soll abgeklärt werden, wie nach geltendem Recht bei Hausbesetzungen heute praktisch vorgegangen wird und welche Probleme sich dabei stellen, weshalb ich vom Bundesrat mit der Erstellung eines entsprechenden Gutachtens beauftragt wurde.

Dabei wurde ausdrücklich gewünscht, dass ich zwecks Bestandsaufnahme mit den allfällig mit Hausbesetzungen befassten Behörden sowie mit den Hauseigentümerverbänden Kontakt aufnehme. Gerne wende ich mich daher mit folgenden Fragen an Sie:

- Waren Mitglieder des Hauseigentümerverbands in den letzten zehn Jahren oder gegenwärtig von Hausbesetzungen betroffen? Wenn ja, wieviele?
- Auf welchem Weg haben von Hausbesetzungen betroffene Mitglieder versucht, die Hausbesetzung abzuwenden bzw. die Liegenschaft räumen zu lassen?
- Innert welcher Frist ab Zeitpunkt der Hausbesetzung wurde um Massnahmen ersucht?

- Haben Mitglieder zwecks Räumung einer besetzten Liegenschaft die Polizei in Anspruch genommen? Falls ja, innert welcher Frist ab Besetzung wurde die Polizei benachrichtigt? Konnte die Liegenschaft sodann geräumt werden?
- Haben Mitglieder zwecks Räumung einer besetzten Liegenschaft die Zivilgerichte oder den Friedensrichter in Anspruch genommen?
- Welche weiteren konkreten Massnahmen haben die Mitglieder ergriffen, um die Hausbesetzung abzuwehren bzw. um eine besetzte Liegenschaft zu räumen?
- Was für konkrete Massnahmen ergreift der Hauseigentümerverband, wenn Liegenschaften von Mitgliedern besetzt werden?
- Wie lange dauert es durchschnittlich, bis eine Liegenschaft geräumt wird?
- Gibt es Hürden, welche eine Räumung erschweren?
- Erachten Sie die bestehenden Möglichkeiten, gegen Hausbesetzungen vorzugehen, als ausreichend? Falls nein, welche zusätzlichen Massnahmen resp. Handhabe würden Sie als hilfreich erachten?
- Haben sich zusätzliche Fragestellungen ergeben, die Ihrer Ansicht nach weiteren Regelungsbedarf aufwerfen?

Ich danke Ihnen dafür, dass Sie die obenstehenden Fragen nach Ihren Möglichkeiten schriftlich beantworten. Falls Sie lieber mündlich Auskunft geben möchten, stehen Ihnen meine Mitarbeiter, Herr MLaw Kaspar Schudel und Herr MLaw Mark Walther, gerne auch für ein mündliches Interview an Ihrem Standort zur Verfügung. Für die Vereinbarung eines solchen Termins sowie bei jeglichen Rückfragen können Sie gerne Herrn Schudel jederzeit telefonisch (058 881 01 01) oder per E-Mail (schudel@burckhardtlaw.com) kontaktieren.

Ich danke Ihnen vielmals für Ihre Bemühungen und verbleibe

mit freundlichen Grüssen

Prof. Dr. Ramon Mabillard

burckhardt

burckhardt AG
Mühlenberg 7
Postfach 258
CH - 4010 Basel

Ramon Mabillard
Prof. Dr.iur., LL.M., Advokat und Notar
mabillard@burckhardtlaw.com
http://www.burckhardtlaw.com

T +41 58 881 01 01
D +41 58 881 00 40
F +41 58 881 01 09

POSTFACH 258 - CH-4010 BASEL

HEV Basel-Stadt
Helmut Hersberger, Präsident
Aeschenvorstadt 71
4010 Basel

Basel, 13. Dezember 2017

Praktisches Vorgehen bei Hausbesetzungen

Sehr geehrter Herr Hersberger

Mit Annahme der Motion Feller vom 9. Juni 2015 (15.3531) hat das eidgenössische Parlament den Bundesrat beauftragt, Vorschläge auszuarbeiten, die es den Eigentümern von unrechtmässig besetzten Liegenschaften erleichtert, sich gemäss Artikel 926 ZGB ihres Eigentums wieder zu bemächtigen.

In einem ersten Schritt soll abgeklärt werden, wie nach geltendem Recht bei Hausbesetzungen heute praktisch vorgegangen wird und welche Probleme sich dabei stellen, weshalb ich vom Bundesrat mit der Erstellung eines entsprechenden Gutachtens beauftragt wurde.

Dabei wurde ausdrücklich gewünscht, dass ich zwecks Bestandsaufnahme mit den allfällig mit Hausbesetzungen befassten Behörden sowie mit den Hauseigentümerverbänden Kontakt aufnehme. Gerne wende ich mich daher mit folgenden Fragen an Sie:

- Waren Mitglieder des Hauseigentümerverbands in den letzten zehn Jahren oder gegenwärtig von Hausbesetzungen betroffen? Wenn ja, wieviele?
- Auf welchem Weg haben von Hausbesetzungen betroffene Mitglieder versucht, die Hausbesetzung abzuwenden bzw. die Liegenschaft räumen zu lassen?
- Innert welcher Frist ab Zeitpunkt der Hausbesetzung wurde um Massnahmen ersucht?

- Haben Mitglieder zwecks Räumung einer besetzten Liegenschaft die Polizei in Anspruch genommen? Falls ja, innert welcher Frist ab Besetzung wurde die Polizei benachrichtigt? Konnte die Liegenschaft sodann geräumt werden?
- Haben Mitglieder zwecks Räumung einer besetzten Liegenschaft die Zivilgerichte oder den Friedensrichter in Anspruch genommen?
- Welche weiteren konkreten Massnahmen haben die Mitglieder ergriffen, um die Hausbesetzung abzuwehren bzw. um eine besetzte Liegenschaft zu räumen?
- Was für konkrete Massnahmen ergreift der Hauseigentümerverband, wenn Liegenschaften von Mitgliedern besetzt werden?
- Wie lange dauert es durchschnittlich, bis eine Liegenschaft geräumt wird?
- Gibt es Hürden, welche eine Räumung erschweren?
- Erachten Sie die bestehenden Möglichkeiten, gegen Hausbesetzungen vorzugehen, als ausreichend? Falls nein, welche zusätzlichen Massnahmen resp. Handhabe würden Sie als hilfreich erachten?
- Haben sich zusätzliche Fragestellungen ergeben, die Ihrer Ansicht nach weiteren Regelungsbedarf aufwerfen?

Ich danke Ihnen dafür, dass Sie die obenstehenden Fragen nach Ihren Möglichkeiten schriftlich beantworten. Falls Sie lieber mündlich Auskunft geben möchten, stehen Ihnen meine Mitarbeiter, Herr MLaw Kaspar Schudel und Herr MLaw Mark Walther, gerne auch für ein mündliches Interview an Ihrem Standort zur Verfügung. Für die Vereinbarung eines solchen Termins sowie bei jeglichen Rückfragen können Sie gerne Herrn Schudel jederzeit telefonisch (058 881 01 01) oder per E-Mail (schudel@burckhardtlaw.com) kontaktieren.

Ich danke Ihnen vielmals für Ihre Bemühungen und verbleibe

mit freundlichen Grüssen

Prof. Dr. Ramon Mabillard

burckhardt

burckhardt AG
Mühlenberg 7
Case postale 258
CH - 4010 Bâle

Prof. Ramon Mabillard
Avocat et notaire
mabillard@burckhardtlaw.com
http://www.burckhardtlaw.com

T +41 58 881 01 01
D +41 58 881 00 40
F +41 58 881 01 09

CASE POSTALE 258 - CH-4010 BÂLE

Fédération romande immobilière
M. Olivier Feller
Rue du Midi 15
1002 Lausanne

Bâle, le 18 décembre 2017

Procédure pratique en cas de squattage

Monsieur le Conseil national,

A l'acceptation de votre motion du 9 juin 2015 (15.3531) le Parlement fédéral a chargé le Conseil fédéral de prendre les mesures nécessaires pour que les propriétaires d'immeubles occupés de façon illicite par des squatters puissent exercer le droit de reprise prévu à l'article 926 CC à des conditions plus souples.

Dans un premier temps, il faudra clarifier quelles procédures sont mises en place actuellement dans la pratique et quels problèmes y sont liés. C'est pourquoi le Conseil fédéral m'a chargé de préparer un avis de droit à ce sujet.

Le Conseil fédéral a explicitement émis le vœu que, dans le cadre de mon mandat, je prenne contact avec les autorités chargées de cas de squattage et aussi avec les chambres immobilières. C'est bien volontiers que je me tourne vers vous avec les questions suivantes:

- Est-ce que des membres de la régie sont à présent ou ont été durant les dix dernières années concernés par des cas de squattage? Si oui, combien?
- Par quel moyen les membres concernés par des cas de squattage ont-ils essayé d'éviter des cas de squattage, respectivement demandé l'évacuation de l'immeuble?
- Dans quel délai des mesures ont été requises depuis le début du squattage de l'immeuble?

- Avez-vous des membres qui ont fait appel à la police pour évacuer un immeuble squatté? Si oui, dans quel délai depuis le début du squattage de l'immeuble la police a-t-elle été informé? L'immeuble a-t-il pu être ainsi évacué?
- Avez-vous des membres qui ont fait appel aux tribunaux civils ou au juge de paix pour évacuer un immeuble squatté?
- Quelles autres mesures concrètes ont été prises par les membres pour repousser des cas de squattage, respectivement pour évacuer un immeuble squatté?
- Quelle mesure concrète prend la régie quand des immeubles des membres sont occupés?
- Combien de temps cela dure en moyenne pour évacuer un immeuble?
- Pour évacuer un immeuble a-t-il des obstacles qui rendent l'évacuation plus difficile?
- Trouvez-vous que les possibilités existantes d'aller à l'encontre des cas de squattage sont suffisantes? Si non, quelles mesures additionnelles verriez-vous comme utiles?
- Y a-t-il des questions supplémentaires qui, de votre point de vue, ont besoin d'une réglementation?

Par avance, je vous remercie de bien vouloir répondre par écrit aux questions ci-dessus dans la mesure du possible. Si vous préférez plutôt répondre par oral, mes collaborateurs Me Kaspar Schudel et Me Mark Walther se tiennent à votre disposition à votre lieu de travail pour une interview. Pour prendre rendez-vous ainsi que pour toute question, Me Kaspar Schudel se tient à votre disposition à tout moment par téléphone (058 881 01 01) ou par e-mail (schudel@burckhardtlaw.com).

Par avance, je vous remercie de vos efforts et vous prie d'agréer, Monsieur, à mes salutations distinguées.

Prof. Ramon Mabillard

Anhang 6

Stellungnahme des Tribunal civil Genève

28.05.18

République et canton de Genève
POUVOIR JUDICIAIRE
Tribunal civil

Genève, le 25 mai 2018

Tribunal de première instance
Place du Bourg-de-Four 1
Case postale 3736
1211 GENEVE 3

Professeur Ramon MABILLARD
Maître Kaspar SCHUDEL
BURCKHARDT AG
Mühlenberg 7
Case postale 258
4010 Bâle

Votre demande du 12 avril 2018 d'accès à 3 décisions judiciaires dans le cadre de votre recherche scientifique

Professeur,
Maître,

Nous vous transmettons ci-joint les documents demandés en date du 12 avril 2018.

En vous souhaitant bonne réception de la présente, nous vous prions d'agréer, Professeur, Maître, nos salutations distinguées.

Pour le Tribunal
Greffe des transcriptions/délivrance d'actes
Gex Eugene (Pu)

Annexes : ment.

2805.18

REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/6187/2009-11 **JTPI/8761/2011**

JUGEMENT

DU TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE

11ème Chambre

DU MERCREDI 25 MAI 2011

Entre

Monsieur [redacted], domicilié [redacted], demandeur comparant par Me Elisabeth GABUS-THORENS, avocate, rue du Général-Dufour 11, 1204 Genève, en l'Etude de laquelle il fait élection de domicile.

Et

[redacted], ayant son siège [redacted], défenderesse comparant par Me Serge ROUVINET, avocat, quai du Rhône 8, case postale 5256, 1211 Genève 11, en l'Etude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent jugement est communiqué pour notification aux parties par le greffe le 26 mai 2011

EN FAIT

1. En 2004 environ, [redacted] a acquis un bateau à moteur de marque [redacted], dont le numéro de matricule est le n° 996.749.204 et dont la longueur de coque est de 9.20 mètres. En raison de problèmes avec l'office des poursuites, [redacted] a demandé à sa fille, [redacted], de mettre le bateau à son nom ([redacted], PV d'enquêtes du 3 mars 2010, p. 2).

2. [redacted] a fait la connaissance de [redacted] en 2005 au travers de l'activité de la société de transport de son épouse ([redacted], PV de CP du 18 décembre 2009, p. 2).

3. Le 15 novembre 2007, [redacted] et [redacted] ont signé une convention de prêt par laquelle [redacted] prêtait la somme de Frs 30'000.- à [redacted] et ce dernier lui remettait en gage le bateau appartenant à sa fille (pièce 1 dem.). La somme de Frs 30'000.- a été remise en espèces à [redacted] par [redacted] le même jour ([redacted], PV de CP du 18 décembre 2009, p. 2; [redacted], PV d'enquêtes du 3 mars 2010, p. 2; pièce 21 dem.).

4. [redacted] indique que [redacted] l'a informé à cette occasion de ce qu'il souhaitait vendre le bateau. Il lui a alors proposé d'acheter le bateau pour le prix de Frs 110'000.-, dont à déduire le montant du prêt de Frs 30'000.- et payable en plusieurs échéances. Il est précisé à cet égard que le prix de Frs 110'000.- correspondait à la valeur vénale du bateau, selon une expertise réalisée le 13 janvier 2007, et qu'à ce jour, [redacted] ne s'est pas acquitté du paiement d'un autre montant que celui de Frs 30'000.- remis à [redacted] le 15 novembre 2007 (pièce 9 dem.; [redacted], PV de CP du 18 décembre 2009, p. 2-3; [redacted], PV d'enquêtes du 3 mars 2010, p. 2).

5. [redacted] et [redacted] n'ont pas signé sur le moment d'accord au sujet de la vente du bateau, mais un contrat de vente a été signé postérieurement par [redacted] et [redacted] (pièce 5 déf.; A. [redacted], PV d'enquêtes du 3 mars 2010, p. 10). [redacted] estime néanmoins être devenu propriétaire du bateau le 15 novembre 2007, bien qu'il ait indiqué à la police, le 27 décembre 2007, être uniquement le détenteur du bateau, et non son propriétaire (cf. pièce 10 dem., p. 2).

6. Le bateau a été immatriculé au nom de [redacted] le 16 novembre 2007. D'après le document d'immatriculation, le n° de matricule du bateau est le n° [redacted], la première mise en circulation du bateau remonte à 1962, le n° de la coque est le n° [redacted], et les deux moteurs du bateau ont une puissance de 89.40 kW chacun (pièce 2 dem.).

EN DROIT

A. Les parties ont signé un contrat d'assurance qui se définit comme un contrat par lequel le preneur d'assurance s'engage au paiement d'une prime à laquelle est subordonnée la prestation de l'assureur; celle-ci consiste dans une promesse de nature généralement pécuniaire en cas de réalisation d'un risque (BRULHART, *Droit des assurances privées*, 2008, p. 40).

Le contrat d'assurance est régi par la LCA, le CO étant applicable pour tout ce qui n'est pas réglé par la LCA (BRULHART, op. cit., p. 30).

A ceci s'ajoute l'application de conditions d'assurance qui sont constituées des conditions générales d'assurance de la compagnie d'assurance, lesquelles forment le contenu standard du contrat et des conditions particulières, sous réserve de ce que lesdites conditions ne soient pas en contradiction avec des règles impératives ou semi-impératives de la LCA (KUHN/MONTAVON, *Droit des assurances privées*, 1994, p. 66).

In casu, la défenderesse allègue que le contrat de vente passé entre le demandeur et [redacted] n'est pas valable, les circonstances entourant la conclusion de ce contrat de vente étant floues et la volonté de ceux-ci de conclure ledit contrat de vente n'étant pas réelle.

Ces critiques ne sauraient cependant remettre en question la validité du contrat d'assurance signé par les parties, ce que la défenderesse ne fait d'ailleurs pas expressément. Il importe en effet peu à cet égard de savoir si [redacted] était bien le propriétaire du bateau au moment de sa destruction, ou s'il n'en était que le détenteur, ce qui est à tout le moins clairement établi. Les accords passés à ce sujet entre le demandeur et [redacted] ne changent dans tous les cas rien aux obligations contractuelles de l'assurance vis-à-vis du preneur d'assurance.

Il est en effet relevé que la police d'assurance mentionnait expressément que le conducteur le plus fréquent du bateau n'était pas le demandeur, mais Liviu LATIS.

B. La défenderesse conteste par ailleurs que le bateau détruit dans l'explosion du 27 décembre 2007 soit le bateau assuré, le n° de la coque, la date de la première mise en circulation du bateau et la puissance des moteurs indiqués dans la police d'assurance n'étant pas les mêmes que ceux qui figurent sur le document d'immatriculation du bateau.

Le demandeur n'a pas été en mesure d'expliquer ces différences.

Cela étant, si l'on se réfère à la proposition d'assurance remplie par les parties le 16 novembre 2007, l'on constate que le chapitre relatif aux indications concernant le bateau est rempli de façon très lacunaire. A titre d'exemple, on peut relever que

le numéro de plaque du bateau n'est pas indiqué, que le poids du bateau est de 0, ou qu'aucun numéro n'est indiqué pour le moteur n° 2. Le n° de coque donne pour sa part l'impression d'avoir été choisi au hasard (3 4 5 6 7 etc.).

Ces éléments laissent à penser que le demandeur ne disposait pas, au moment de remplir ce document, d'autres documents lui permettant de remplir cette proposition d'assurance de manière détaillée, et a peut-être fourni les informations demandées de mémoire ou aléatoirement.

Bien que ce manque de rigueur soit critiquable, il ne semble en revanche pas avoir eu d'incidence sur la conclusion du contrat d'assurance ou sur l'identification de l'objet assuré.

En effet, comme l'ont expliqué les employées de la défenderesse entendues au cours de la procédure, seul le n° de matricule du bateau est relevant pour identifier le bateau assuré. Les autres indications ne sont que secondaires.

Le demandeur étant également l'employé de la défenderesse, on peut supposer qu'il était au courant de cette exigence.

Le n° de matricule indiqué dans la proposition d'assurance est en effet exact. Il en va de même des indications générales relatives au type de bateau (marque, taille, etc.).

Force est dès lors de constater qu'en dépit des différences susmentionnées, il ne fait pas de doute que le bateau détruit est bien le bateau faisant l'objet du contrat d'assurance conclu entre les parties.

C. Selon l'art. 51 LCA, lorsque la somme assurée dépasse la valeur d'assurance (surassurance), l'assureur n'est pas lié par le contrat envers le preneur, si celui-ci a conclu le contrat dans l'intention de se procurer un profit illicite par le moyen de la surassurance. L'assureur a droit à toute la prestation convenue.

La défenderesse allègue que le demandeur a délibérément surassuré le bateau, la valeur de celui-ci étant nécessairement inférieure à celle annoncée, la défenderesse considérant que les moteurs, d'après les indications données par le demandeur au moment de la conclusion de la police d'assurance, ne sont pas les mêmes que ceux qui ont fait l'objet de l'expertise réalisée au mois de janvier 2007.

Ce raisonnement ne peut être suivi par le Tribunal. En effet, comme il a déjà été relevé ci-dessus, les indications figurant dans le contrat d'assurance sur le n° de coque du bateau, sur l'année de mise en circulation et sur les moteurs du bateau sont manifestement erronées, mais cela n'a pas de conséquence sur la validité du contrat conclu.

Les employées de la défenderesse ont par ailleurs confirmé que l'année de mise en circulation du bateau ne changeait rien à la valeur de celui-ci du moment que celle-ci était établie par une expertise.

Or, dans le cas d'espèce, l'expertise réalisée au mois de janvier 2007 a bien retenu que la valeur vénale du bateau, en se fondant sur une première mise circulation en 1962, s'élevait à Frs 110'000.-.

Dans la mesure où les autres indications relatives au bateau et aux moteurs figurant dans l'expertise sont les mêmes que celles indiquées dans le document d'immatriculation du bateau, établi le même jour que la police d'assurance, il doit être retenu que le bateau et les moteurs de celui-ci assurés par le demandeur sont bien les mêmes que ceux ayant fait l'objet de l'expertise.

Les indications secondaires erronées figurant dans la proposition d'assurance n'y changent rien.

Aucun cas de surassurance n'est ainsi établi par la défenderesse.

D. L'art. 40 LCA dispose que si l'ayant droit ou son représentant, dans le but d'induire l'assureur en erreur, dissimule ou déclare inexactement des faits qui auraient exclu ou restreint l'obligation de l'assureur, ou si, dans le but d'induire l'assureur en erreur, il ne fait pas ou fait tardivement les communications que lui impose l'art. 39 de la présente loi, l'assureur n'est pas lié par le contrat envers l'ayant droit.

Il faut ainsi d'abord, d'un point de vue objectif, que la dissimulation ou la déclaration inexacte porte sur des faits qui sont propres à influencer l'existence ou l'étendue d'une obligation de l'assureur, autrement dit que sur la base d'une déclaration correcte des faits en question, l'assureur n'aurait versé qu'une prestation moindre ou même aucune prestation (NEF, *Commentaire bâlois*, n° 16 ad art. 40 LCA et les références citées). Il faut en outre, d'un point de vue subjectif, que l'ayant droit ait agi avec la conscience et la volonté d'induire l'assurance en erreur, sans qu'il importe qu'il soit parvenu ou non à ses fins (NEF, op. cit., n° 17 et 24 ad art. 40 LCA). En vertu de l'art. 8 CC - selon lequel chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit - il incombe à l'assureur de prouver l'intention frauduleuse (arrêt 5C.11/2002 du 11 avril 2002 in JdT 2001 531; NEF, op. cit., n° 25, 57 et 61ss ad art. 40 LCA; VIRET, *Droit des assurances privées*, 3ème éd., 1991, p. 143). Si cette preuve ne peut être déduite des seules circonstances objectives, soit de l'inexactitude relative aux circonstances du sinistre ou au montant du dommage (PFISTER, *Versicherungsbetrug: zivilrechtliche Aspekte* in MÜNCH/GEISER, *Schaden -Haftung -Versicherung*, n° 21.27 et les réf. citées), elle doit en principe être tenue pour rapportée lorsque l'assureur prouve que l'ayant droit a falsifié des

titres (facture, quittance, attestation) ou lorsqu'une erreur dans l'indication du montant du dommage est exclue, de telle sorte que l'ayant droit ne pouvait qu'être conscient de l'inexactitude du montant indiqué (NEF, op. cit., n° 62 et 64 ad art. 40 LCA et les réf. citées) (ATF 5C.2/2007 du 17 octobre 2007).

En l'espèce, il n'est nullement établi que le demandeur aurait volontairement donné des indications erronées à la défenderesse au moment de la conclusion du contrat d'assurance sur des faits propres à influencer l'existence ou l'étendue des obligations de celle-ci.

En effet, comme déjà exposé ci-dessus, les accords passés entre le demandeur et [redacted] ne changent rien au fait que le demandeur était à tout le moins le détenteur du bateau et le preneur d'assurance.

De même, les indications erronées relatives à la coque et aux moteurs du bateau n'ont pas été déterminantes dans la décision de l'assurance de conclure le contrat ou d'accepter les modalités d'assurance figurant dans ce contrat.

Le Tribunal relève par ailleurs à ce sujet que la défenderesse aurait pu se rendre compte par elle-même des différences qu'elle critique aujourd'hui, puisque le demandeur a dû lui fournir une copie du rapport d'expertise avant qu'elle ne donne son aval définitif à la conclusion du contrat.

Enfin, les circonstances du sinistre ont été confirmées durant la procédure par les témoins entendus, de sorte que l'on ne peut considérer que le demandeur a fourni à la défenderesse des informations inexactes à ce sujet.

La défenderesse échoue ainsi à démontrer que les conditions de l'art. 40 LCA seraient réalisées d'une façon ou d'une autre.

Reste par conséquent à examiner si la couverture d'assurance est ou non donnée dans le cas d'espèce.

E. En vertu du chapitre C1 des conditions générales d'assurance, l'assurance casco couvre les conséquences d'un incendie, à savoir les dommages causés par le feu, l'explosion et la foudre, étant précisé que les dommages consécutifs à un court-circuit sont assurés dans la mesure où il s'agit de dommages à caractère accidentel.

L'art. C.4.1 des conditions générales précise à cet égard que ne sont pas assurés les dommages sans caractère accidentel (dommages dus à l'utilisation du bateau), en particulier les dommages sans influence extérieure violente ou imputables à un défaut interne (p. ex. absence ou gel de liquides, erreur de manipulation, défaut et usure du matériel, usure, contrainte excessive, panne de composants électriques et électroniques), surchauffe du moteur et dommages (gonflement) subis par les bateaux en bois quand ils restent longtemps dans l'eau.

Dans le cas d'espèce, l'explosion du bateau a, avec une vraisemblance confinant à la certitude, été causée par une fuite de gaz. C'est la seule explication plausible que la police a pu trouver, et c'est également celle que retient le demandeur lui-même.

La fuite de gaz proviendrait quant à elle du frigo ou du grill installés [redacted] sur le bateau.

Le Tribunal relève à cet égard que la procédure a permis d'établir que ces deux installations avaient été mises en place par [redacted] lui-même au cours de l'année 2007 et que contrairement aux prescriptions légales en la matière, elles n'avaient jamais été contrôlées par un expert pouvant s'assurer que les normes de sécurité étaient bien respectées.

Il faut ainsi retenir que la fuite de gaz est due à un défaut des installations mises en place par [redacted], à un défaut de pose de ces installations ou encore à une erreur de manipulation. Dans toutes ces hypothèses, cependant, le défaut doit être justifié de "défaut interne" au sens de l'art. C.4.1 des conditions générales, de sorte que la clause d'exclusion d'assurance trouve application.

Il en découle que le demandeur devra être débouté de ses conclusions.

F. Le demandeur qui succombe sera en outre condamné en tous les dépens, comprenant une équitable indemnité de procédure de Frs 10'000.- valant participation aux honoraires du conseil de la défenderesse (art. 176 et 181 aLPC).

* * *

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE :

Statuant contradictoirement et par voie de procédure ordinaire

1. Déboute [redacted] de toutes ses conclusions.

2. Condamne [redacted] en tous les dépens, comprenant une équitable indemnité de procédure de Frs 10'000.- valant participation aux honoraires du conseil de [redacted].

3. Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La Greffière	Le Juge
Eliane MARTINS	Patrick CHENAUX

Indication des voies de recours

*Conformément aux art. **308** ss du code de procédure civile (CPC), la présente décision peut faire l'objet d'un appel par devant la Cour de justice dans les **30 jours** qui suivent sa notification.*

***L'appel** doit être adressé à la Cour de justice, place du Bour-de-Four 1, case postale 3108, 1211 Genève 3.*

MTI

28.05.18

REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/3480/2013-20 **JTPI/11083/2013**

JUGEMENT

DU TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE

20ème Chambre

DU MERCREDI 28 AOUT 2013

Entre

[redacted], domicilié [redacted], partie requérante comparant par Me GRUMBACH Philippe, avocat, [redacted], en l'étude duquel il fait élection de domicile.

Et

[redacted], domicilié c/o [redacted], [redacted], [redacted], partie citée défaillante.

Le présent jugement est communiqué pour notification aux parties par le greffe le 30 août 2013.

EN FAIT

1. [redacted], né le [redacted] et de nationalité suisse, est décédé veuf, le [redacted], à Genève (pce 1, req.).

2. Il a laissé pour héritiers légaux:

   - sa fille, [redacted];

   - son fils, [redacted];

   - son petit-fils, [redacted] et

   - sa petite-fille, [redacted] (pce 2, req.)

3. [redacted] est décédé le [redacted]; sa succession a été répudiée par ses deux héritières (pce 3, req.).

4. Par ordonnance du [redacted], la Justice de paix a désigné Me [redacted], notaire à Genève, en qualité de représentant de la communauté héréditaire, lui confiant notamment la mission d'exercer une gestion conservatoire de la succession (pce 1, req.).

5. Parmi les actifs composant la succession de feu [redacted] se trouvent diverses propriétés foncières sises aux [redacted]s à [redacted], ainsi qu'un terrain agricole sur la commune de Corsier (pce 4, req.).

6. En raison du désaccord des héritiers quant aux modalités du partage de la succession, [redacted] a déposé, le 3 décembre 2010, une action en partage auprès du Tribunal de première instance (pce 5, req.).

7. Par jugement n° [redacted] du 13 septembre 2012, le Tribunal de première instance a :

   - ordonné le partage de la succession de feu [redacted];

   - dit que les droits des héritiers légaux dans la succession sont de 3.5/8ème pour [redacted], 3.5/8ème pour [redacted] et 1/8ème pour [redacted];

   - arrêté la liste des actifs et passifs de la succession;

   - ordonné la vente aux enchères publiques de divers biens mobiliers et immobiliers, notamment des propriétés foncières mentionnées ci-dessus;

- dit que l'ensemble des actifs de la succession devra, une fois l'ensemble des passifs déduits, être réparti entre les héritiers à concurrence de leur part successorale respective, et

- confié à Me [redacted] la mission de procéder à toutes les opérations utiles à l'exécution du partage (pce 4, req.).

8. Dans l'intervalle, soit au mois de novembre 2010, [redacted] s'était installé dans l'appartement sis au rez-de-chaussée du [redacted], sans l'accord de ses co-héritiers (pces 10 et 11, req.).

9. Le 30 décembre 2010, [redacted] a déposé une requête en réintégrande auprès du Tribunal de céans en raison du comportement de [redacted] (pce 13, req.).

10. Par jugement n° JTPI/[redacted] du 12 juillet 2011, confirmé par arrêt de la Cour de justice n° ACJC/1629/2011 du 16 décembre 2011, le Tribunal de première instance a condamné [redacted] à libérer immédiatement de sa personne, de tout bien et de tout autre occupant l'appartement sis [redacted] (pces 14 et 15, req.).

    En substance, le Tribunal a considéré que la décision unilatérale de [redacted] de s'installer dans l'un des logements appartenant à la succession, sans le consentement unanime de ses co-héritiers, constituait une usurpation au sens de l'article 927 CC.

11. Par requête déposée au Tribunal de première instance le 26 mars 2012, [redacted] a demandé l'exécution de la décision susmentionnée (pce 16, req.).

12. Par jugement n° JTPI/12381/2012 du 10 septembre 2012, le Tribunal de première instance a ordonné l'exécution immédiate de l'arrêt de la Cour de justice ACJC/1629/2011 du 16 décembre 2011, autorisé [redacted] à requérir l'évacuation par la force publique de [redacted], de sa personne et de ses biens de l'appartement sis [redacted], et dit que l'intervention de la force publique devra être précédée de l'intervention d'un huissier judiciaire (pce 16, req.).

    Ce jugement n'a fait l'objet d'aucun recours (pce 17, req.).

13. [redacted] a finalement quitté l'appartement du [redacted] le 31 janvier 2013 après intervention d'un huissier judiciaire (pce 18, req.).

14. Le 1er février 2013, [redacted] s'est rendu à [redacted] pour visiter les différents immeubles composant la succession de feu [redacted], en vue de

la mise aux enchères publiques de ces immeubles conformément au mandat qui lui a été confié par le Tribunal de première instance (pce 18, req.).

Arrivé à l'immeuble sis [redacted], [redacted] a constaté que les clés ne correspondaient plus aux serrures en place et personne n'a répondu aux coups frappés à la porte (pce 18, req.).

15. Expulsé de l'immeuble se trouvant au [redacted], [redacted] s'est installé dans l'immeuble sis au [redacted].

Jean-Rodolphe CHRIST n'a ainsi pas été en mesure de se rendre à l'intérieur du bâtiment (pce 18, req.).

16. Par acte déposé au greffe du Tribunal le 12 février 2013, [redacted] a formé une requête en réintégrande à l'encontre de [redacted], avec demande de mesures superprovisionnelles et provisionnelles. Au fond, il a conclu à ce que le Tribunal condamne [redacted] à évacuer immédiatement de sa personne, de tout bien et de tout autre occupant l'immeuble sis [redacted], ordonne à Me Gérard REYMOND, huissier judiciaire au registre cantonal genevois, subsidiairement à la force publique, de procéder à l'expulsion de [redacted] des locaux sis au [redacted], si celui-ci ne l'a pas spontanément exécuté à compter de la notification de l'ordonnance sur mesures provisionnelles, et mette à la charge de [redacted] les frais engendrés par son expulsion, avec suite de frais et dépens.

En substance, le requérant expose que la vente aux enchères publiques des biens immobiliers faisant partie de la succession de feu [redacted] était fixée au 25 avril 2013 et que les visites desdits biens immobiliers étaient quant à elles prévues les 12, 14, 16, 19, 21 et 23 mars 2013. Or, l'occupation illicite des locaux par le cité empêchait la mise en œuvre du jugement du 13 septembre 2012 du Tribunal de céans, ordonnant la vente aux enchères publiques des propriétés appartenant à l'hoirie.

17. Par ordonnance n° OTPI/227/2013 du 13 février 2013, le Tribunal, statuant sur mesures superprovisionnelles, a:

- condamné [redacted] à évacuer immédiatement de sa personne, de tout bien et de tout autre occupant l'immeuble sis [redacted];
- ordonné d'ores et déjà à Me Gérard REYMOND, huissier judiciaire, subsidiairement à la force publique, de procéder à l'expulsion de [redacted] des locaux sis [redacted], si celui-ci ne s'exécute pas spontanément;

- dit que la présente ordonnance déploiera ses effets jusqu'à l'exécution de la nouvelle décision qui sera rendue après audition des parties;

- et a réservé le sort des frais.

18. Par ordonnance sur mesures provisionnelles n° OTPI/797/2013 du 30 mai 2013, le Tribunal a notamment confirmé les mesures superprovisionnelles ordonnées le 13 février 2013, a constaté que Jean-Rodolphe CHRIST avait déjà validé les mesures provisionnelles par une action au fond, a dit que l'ordonnance déploierait ses effets jusqu'à droit jugé ou accord entre les parties, a mis les frais judiciaires à la charge de [redacted] et a renvoyé le sort des dépens et des frais engendrés par l'expulsion de [redacted] à la procédure au fond.

19. Par ordonnance du 2 mai 2013, le Tribunal de céans a imparti un délai au 21 mai 2013 à [redacted] pour déposer sa réponse.

20. Face au silence du cité, un délai supplémentaire au 20 juin 2013 lui a été accordé et son attention attirée sur le fait qu'en absence de réponse de sa part, le Tribunal rendrait une décision finale si la cause était en l'état d'être jugée ou, à défaut, citerait les parties aux débats principaux.

21. Malgré le second délai imparti, le cité ne s'est pas déterminé quant à la présente requête.

EN DROIT

A. Le Tribunal de céans est compétent tant à raison du lieu (art. 29 al. 1 lit. a CPC) que de la matière (art. 86 LOJ).

B. Selon l'article 147 CPC, une partie est défaillante lorsqu'elle omet d'accomplir un acte de procédure dans le délai prescrit ou ne se présente pas lorsqu'elle est citée à comparaître.

La procédure suit son cours sans qu'il soit tenu compte du défaut, à moins que la loi n'en dispose autrement (al. 2).

C. a) Celui qui estime que sa prétention relève d'un cas clair peut agir par la voie de la procédure sommaire pour faire reconnaître son droit (art. 248 let. b CPC). La protection dans les cas clairs est soumise aux conditions suivantes : l'état de fait n'est pas litigieux ou est susceptible d'être immédiatement prouvé, et la situation juridique est claire (art. 257 al. 1 let. a et b CPC).

Un état de fait n'est pas litigieux lorsqu'il est incontesté. Un état de fait est incontesté lorsque le défendeur ne remet pas en cause d'une manière substantielle les allégations du demandeur, étant précisé qu'on ne peut pas déduire du simple

défaut du défendeur que ce dernier ne remet pas les faits en cause (BOHNET, in Code de procédure civile commenté, 2011, n° 7 ad art. 257 CPC; HOFMANN, in Schweizerische Zivilprozessordnung, Commentaire bâlois, n° 10 ad art. 257 CPC).

Le défendeur peut admettre les faits pertinents soit formellement, soit par défaut de produire une écriture de réponse si le tribunal a opté pour une détermination sous forme écrite, soit par défaut de comparaître si l'audition des parties a été ordonnée (HALDY, Les procédures spéciales, in le Code de procédure civile, aspects choisis, p.155).

Une situation juridique est claire si la norme s'applique au cas concret et y déploie ses effets de manière évidente sur la base d'une doctrine et d'une jurisprudence éprouvée (BOHNET, op. cit., n° 13 et 16 ad art. 257 CPC).

Le juge apprécie librement si la requête constitue un cas clair (HOFMANN/ LÜSCHER, *Le Code de procédure civile*, Berne, 2009, p. 166). Lorsque le juge considère que les conditions légales sont remplies, il accorde la protection. Dans ce cas, la décision est définitive et elle est revêtue de l'autorité de la chose jugée une fois entrée en force. En revanche, si le juge considère que la protection ne peut pas être accordée, il doit refuser d'entrer en matière et déclarer la demande irrecevable, le litige demeurant entier (BOHNET, op. cit., n. 23 ad art. 257 CPC).

b) A teneur de l'article 560 CC, les héritiers acquièrent de plein droit l'universalité de la succession dès que celle-ci est ouverte (al. 1); ils sont saisis des créances et actions, des droits de propriété et autres droits réels, ainsi que des biens qui se trouvaient en la possession du défunt, et ils sont personnellement tenus de ses dettes, le tout sous réserve des exceptions prévues par la loi (al. 2).

S'il y a plusieurs héritiers, tous les droits et obligations compris dans la succession restent indivis jusqu'au partage (art. 602 al. 1 CC). Les héritiers sont propriétaires et disposent en commun des biens qui dépendent de la succession, sauf les droits de représentation et d'administration réservés par le contrat ou la loi (art. 602 al. 2 CC).

Les héritiers acquièrent de plein droit la possession des biens du de cujus; il s'agit d'une possession fictive, indépendante de la maîtrise effective des biens, mais qui confère aux héritiers toutes les prérogatives liées à la possession qu'avait le de cujus : moyens de défense de la possession selon les articles 926 ss CC, présomption du droit d'après les articles 930 ss CC et moyens de défense du meilleur droit en application des art. 934 et 936 CC (STEINAUER, Le droit des successions, n. 947; STARK, Berner Kommentar, IV/3/1, 2001, n. 129 ad art. 919 CC).

Selon l'article 653 CC, les droits et les devoirs des communistes sont déterminés par les règles de la communauté légale ou conventionnelle qui les unit (al. 1) ; à défaut d'autre règle, les droits des communistes, en particulier celui de disposer de la chose, ne peuvent être exercés qu'en vertu d'une décision unanime (art. 653 al. 2 CC).

En matière successorale, tant l'administration que la disposition des biens de la succession sont régies par le principe de la main commune, selon lequel les décisions sont prises en commun et à l'unanimité (GUINAND/STETTLER/ LEUBA, Droit des successions, 2005, p. 205, n. 427).

Les héritiers ne sauraient en principe agir séparément pour la succession; ils ne peuvent procéder en justice, en règle générale, que tous ensemble ou, à défaut, par l'intermédiaire d'un représentant de la communauté héréditaire (art. 602 al. 3 CC), d'un exécuteur testamentaire (art. 518 CC) ou d'un administrateur officiel (art. 554 CC; ATF 125 III 219 consid. 1a = JdT 2000 I 259).

A la demande de l'un des héritiers, l'autorité compétente peut désigner un représentant de la communauté héréditaire jusqu'au moment du partage (art. 602 al. 3 CC). Ce représentant doit être placé sur la même ligne qu'un exécuteur testamentaire ou qu'un administrateur de la succession, qu'il peut agir indépendamment de la volonté des différents héritiers individuels ou de leur majorité, en vertu d'un droit qui lui est propre, qu'il a ainsi la qualité pour agir ou défendre dans un procès, engager des poursuites ou résister à des poursuites pour la succession, et que sa mission peut l'obliger à agir contre l'un ou l'autre des héritiers individuellement (ATF 53 II 202 = JdT 1927 I 495).

c) Les articles 926 à 929 CC organisent la protection de la possession en tant qu'état de fait. Cette protection trouve sa justification dans le souci de protéger la paix publique: non seulement le possesseur a intérêt à ce que sa maîtrise ne soit ni troublée ni usurpée, mais il est d'intérêt général que des tiers ne modifient pas unilatéralement la situation de fait constitutive de la possession, même s'ils prétendent être au bénéfice de droits préférables (STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 313).

Selon l'article 927 al. 1 CC, quiconque usurpe une chose en la possession d'autrui est tenu de la rendre, même s'il y prétend un droit préférable. Cette restitution n'aura pas lieu si le défendeur établit aussitôt un droit préférable qui l'autoriserait à reprendre la chose au demandeur (art. 927 al. 2 CC).

Le possesseur est déchu de son action s'il ne réclame pas la cessation du trouble aussitôt après avoir connu le fait et l'auteur de l'atteinte portée à son droit (art. 929 al. 1 CC).

Pour l'exercice des actions possessoires, le requérant a le choix entre la procédure pour cas clair et la procédure ordinaire ou simplifiée selon la valeur litigieuse (HOHL, Procédure civile, tome II, édition 2010, n° 1701).

d) En l'espèce, le requérant a été chargé, par ordonnance du 12 juillet 2007, de représenter la succession de feu [redacted] au sens de l'article 602 al. 3 CC. En outre, par jugement du 13 septembre 2012, le Tribunal de céans a ordonné la vente aux enchères publiques des biens mobiliers et immobiliers faisant partie de la succession de [redacted], notamment du bien immobilier [redacted], et a confié au requérant la mission de procéder à toutes les opérations utiles à l'exécution du partage.

Partant, le requérant bénéficie de la qualité pour agir dans le cadre de la présente requête.

Pour le surplus, le cité, bien que valablement atteint, ne s'est pas déterminé quant à la présente requête et n'a pas contesté l'état de fait. Les faits pertinents étant admis, le Tribunal considère dès lors que l'état de fait n'est pas litigieux.

Il apparait également que la situation juridique est claire. En effet, il ressort des pièces produites que le cité, ayant dû quitter l'appartement du [redacted] le 31 janvier 2013 après l'intervention d'un huissier judiciaire, a unilatéralement décidé de s'installer le 1er février 2013 dans l'immeuble sis [redacted], appartenant à la succession, et ce, sans l'accord unanime de ses co-héritiers. Il est également établi que le requérant, lequel disposait des clés, n'a pu accéder audit immeuble, le cité ayant modifié les serrures.

Il est par conséquent établi que le comportement du cité constitue une usurpation illicite au sens de l'article 927 CC, de sorte que l'action en réintégrande sera admise.

D. Le Tribunal ordonne des mesures d'exécution sur requête de la partie qui a eu gain de cause (art. 236 al. 3 CPC par renvoi de l'article 219 CPC).

En l'espèce, le requérant a conclu à ce qu'il soit ordonné à Me Gérard REYMOND, huissier judiciaire au registre cantonal genevois, subsidiairement à la force publique, de procéder à l'expulsion de [redacted] si celui-ci ne devait pas s'exécuter spontanément à compter de la notification de l'ordonnance sur mesures provisionnelles.

Le recours à la force publique fait partie des mesures adéquates et proportionnées dans le cas d'espèce, prévues par l'article 343 CPC.

Lorsque l'évacuation porte sur un logement, l'exécution du jugement par la force publique est précédée de l'intervention d'un huissier judiciaire (art 29 al. 3 LACC).

En l'espèce, en application des dispositions susvisées, le Tribunal autorisera le requérant, si le cité ne s'est pas spontanément exécuté à compter de la notification de l'ordonnance sur mesures provisionnelles et une fois que le présent jugement sera exécutoire, à recourir aux services de Me Gérard REYMOND et, au besoin, à la force publique, pour en obtenir l'exécution.

E. Les frais, qui comprennent les frais judiciaires et les dépens, sont mis à la charge de la partie succombante (art. 95 al. 1 et 106 al. CPC).

En l'espèce, les frais judiciaires, arrêtés à CHF 1'000.- à titre d'émolument de décision (art. 26 RTFMC), sont compensés avec l'avance fournie par le requérant (art. 111 al. 2 CPC) et mis à la charge du cité qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). L'avance de CHF 1'000.- sera dès restituée au requérant.

Les dépens sont fixés selon le tarif (art. 105 al. 2 CPC). Ils comprennent notamment les débours nécessaires et le défraiement d'un représentant professionnel (art. 95 al. 3 CPC). Le tribunal fixe les dépens d'après le dossier et en chiffres ronds incluant la taxe sur la valeur ajoutée (art. 26 al. 1 LACC); les débours nécessaires sont estimés sauf élément contraire à CHF 3% du défraiement et s'ajoutent à celui-ci (art. 25 LACC).

En l'espèce, compte tenu de la faible complexité du dossier, les dépens seront fixés à CHF 1'000.-, débours et TVA inclus. En conséquence, le cité sera condamné à verser au requérant la somme de CHF 1'000.- à titre de dépens.

S'agissant des frais d'exécution, ceux-ci doivent être supportés par la partie succombante. Le Tribunal d'exécution peut rendre une nouvelle décision sur ces frais, une fois la procédure d'exécution terminée et ces frais connus (STAEHELIN, in ZPO Komm., Schulthess 2010, ad art. 343 n. 26).

En l'espèce, le Tribunal ignore si l'expulsion du cité sera nécessaire et le cas échéant le montant desdits frais. Par conséquent, il ne peut être fait droit aux conclusions du requérant tendant à ce que les frais engendrés par l'expulsion soient mis à la charge du cité.

* * *

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE :

Statuant par voie de procédure sommaire:

1. Condamne [redacted] à évacuer immédiatement de sa personne, de tout bien et de tout autre occupant l'appartement sis [redacted].

2. Ordonne à Me Gérard REYMOND, huissier judiciaire, subsidiairement à la force publique, de procéder à l'expulsion de [redacted] des locaux sis au [redacted], si celui-ci ne s'est pas spontanément exécuté à compter de la notification de l'ordonnance sur mesures provisionnelles, et ce, dès que le présent jugement sera exécutoire.

3. Arrête les frais judiciaires à CHF 1'000.- et les compense avec l'avance fournie par Jean-Rodolphe CHRIST..

   Les met à la charge de [redacted].

   Ordonne la restitution à Jean-Rodolphe CHRIST de la somme de CHF 1'000.-.

4. Condamne [redacted] à payer à Jean-Rodolphe CHRIST la somme de CHF 1'000.- TTC à titre de dépens.

5. Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La Greffière	La Juge
Barbara LEBLOND	Hanna KALA

Indication des voies de recours

Conformément aux articles 308 ss du Code de procédure civile (CPC), la présente décision peut faire l'objet d'un appel par devant la Cour de justice, place du Bourg-de-Four 1, case postale 3108, 1211 Genève 3, dans les 10 jours qui suivent sa notification (art. 314 al. 1 CPC).

La suspension des délais prévue par l'article 145 al. 1 CPC ne s'applique pas à la procédure sommaire.

2805.18

REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/14286/2014-18 **JTPI/15800/14**

JUGEMENT

DU TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE

18 ème Chambre

DU MARDI 9 DECEMBRE 2014

Entre

[redacted], domiciliée [redacted], requérante comparant par Me Marc-Alec BRUTTIN, avocat, rue du Mont-de-Sion 8, 1206 Genève, en l'Etude duquel elle fait élection de domicile.

Et

Monsieur [redacted], [redacted], cité comparant par Me Lassana DIOUM, avocat, Budin & Associés, rue Sénebier 20, case postale 166, 1211 Genève 12, en l'Etude duquel il fait élection de domicile.

Le présent jugement est communiqué pour notification aux parties par le greffe le 11 décembre 2014

EN FAIT

1. [redacted] est une société anonyme qui a pour but la promotion de la coopération économique internationale, fourniture de tous services d'information, assistance et conseils en matière financière sur les marchés suisses et internationaux; financement d'opérations commerciales, investissements mobiliers et immobiliers, prise de participations dans d'autres sociétés, à l'exclusion de celles prohibées par la LFAIE.

2. [redacted], représenté par [redacted] et [redacted] ont conclu un contrat de bail à loyer portant sur un appartement de 4 pièces au 2ème étage de l'immeuble sis [redacted], avec une cave (H) au 2ème sous-sol et un box fermé (n° 103) au 1er sous-sol, pour une durée de deux ans, soit du 1er mars 2012 au 28 février 2014, renouvelable ensuite tacitement d'année en année au prix de CHF 8300.- par mois; ledit bail précise concernant la destination des locaux : "à l'usage d'habitation personnelle de [redacted]".

3. Le logement a été mis gracieusement à disposition de [redacted], fille de l'actionnaire principal de [redacted] et le loyer est payé par [redacted].

4. [redacted] a épousé en date du 22 octobre 2013 [redacted] qui s'est installé avec son épouse dans le logement.

5. Suite à leur séparation, [redacted] a, par courriel du 14 avril 2014, sollicité de [redacted] qu'il restitue les clefs du logement.

6. Par courrier du même jour, [redacted] s'est prévalu du fait qu'ils étaient mariés, raison pour laquelle il avait fait ouvrir le logement, dont les serrures avaient été changées sans son aval, et changer les cylindres.

7. Ce dernier n'ayant pas quitté les lieux, [redacted] a, par courrier recommandé du 19 mai 2014, formellement invité le cité à quitter le logement et modifier l'adresse de la société [redacted] qui se trouvait au [redacted]

8. Par courrier de son conseil du 30 juin 2014, le cité s'est prévalu du fait que l'appartement était devenu le domicile conjugal du couple.

9. [redacted], par la plume de son conseil, a répondu à ce courrier en rappelant que le bail avait été conclu par [redacted], laquelle payait le loyer et l'appartement mis à disposition gracieusement de [redacted] pour son usage personnel et que partant elle se trouvait contrainte d'agir par toute voie de droit.

10. Par acte adressé au greffe du Tribunal de première instance le10 juillet 2014, reçu le 11 juillet 2014, [redacted] a formé une requête de protection de cas clair, concluant à ce qu'il soit ordonné à [redacted] et tout tiers de quitter immédiatement l'appartement de 4 pièces, sis au 2ème étage de l'immeuble [redacted], sous la menace de la peine d'amende prévue par l'art. 292 CP et avec les mesures d'exécutions, ainsi qu'à la condamnation de ce dernier au paiement de CHF 33'200.- avec intérêts à 5% l'an dès le 1er juillet 2014, à titre de réparation du dommage causé par l'occupation illicite de l'appartement d'avril à juillet 2014 et CHF 8'300.- par mois supplémentaire.

11. Les parties ont été entendues lors de l'audience du 14 octobre 2014; la requérante a précisé que le bail avait été résilié par [redacted] le 12 mars 2014 avec effet immédiat et la régie avait accepté le congé pour le 28 février 2015; elle a exposé que le logement avait été mis à disposition de [redacted] et n'a pas contesté que cette dernière avait épousé le cité; le cité soutient n'avoir jamais quitté le logement et confirmé ne payer aucun loyer; il allègue avoir déposé des mesures protectrices.

12. Le Tribunal a gardé la cause à juger, suite à l'audience de plaidoirie du 18 novembre 2014.

EN DROIT

A. Celui qui estime que sa prétention relève d'un cas clair peut agir par la voie de la procédure sommaire pour faire reconnaître son droit (art. 248 let. b CPC). La protection dans les cas clairs est soumise aux conditions suivantes : l'état de fait n'est pas litigieux ou est susceptible d'être immédiatement prouvé et la situation juridique est claire (art. 257 al. 1 let. a et b CPC).

Un état de fait n'est pas litigieux lorsqu'il est incontesté. Un état de fait est incontesté lorsque le défendeur ne remet pas en cause d'une manière substantielle les allégations du demandeur, étant précisé qu'on ne peut pas déduire du simple défaut du défendeur que ce dernier ne remet pas les faits en cause (BOHNET, in Code de procédure civile commenté, 2011, n° 7 ad art. 257 CPC; HOFMANN, in Schweizerische Zivilprozessordnung, Commentaire bâlois, n° 10 ad art. 257 CPC).

Un état de fait est susceptible d'être immédiatement prouvé lorsque les faits peuvent être immédiatement prouvés à l'audience. La preuve se fera essentiellement sur la base de titres (HOHL, Procédure civile, tome II, 2010, n° 1662, p. 304 ; BOHNET, op. cit., n. 11 ad art. 257 CPC).

Une situation juridique est claire si la norme s'applique au cas concret et y déploie ses effets de manière évidente sur la base d'une doctrine et d'une jurisprudence

éprouvée. En matière pécuniaire, les cas susceptibles de faire l'objet d'une protection en raison de leur clarté sont ceux qui pourraient aboutir au prononcé d'une mainlevée provisoire de l'opposition (BOHNET, op. cit., nn° 13 et 16 ad art. 257 CPC).

Le créancier a le choix entre la mainlevée provisoire et les cas clairs. C'est à lui d'évaluer les avantages et les risques de chacune des procédures (HOFMANN, op. cit., n° 29- 30 ad art. 257 CPC).

Lorsque le juge considère que les conditions légales sont remplies, il accorde la protection. Dans ce cas, la décision est définitive et elle est revêtue de l'autorité de la chose jugée une fois entrée en force. En revanche, si le juge considère que la protection ne peut pas être accordée, il doit refuser d'entrer en matière et déclarer la demande irrecevable, le litige demeurant entier. La requête ne peut pas être déclarée mal fondée. Si le juge parvient à la conclusion, sur la base des éléments à sa disposition, que la demande n'est pas fondée, il doit déclarer la requête irrecevable (BOHNET, op. cit., n. 11 ad art. 257 CPC).

B. La réintégrande, prévue par l'art. 927 CC, a pour but de protéger la possession, soit le fait; elle oblige quiconque usurpe une chose en possession d'autrui à la lui rendre, même s'il y prétend un droit préférable, ce sous réserve du cas où l'usurpateur établit aussitôt un droit préférable qui l'autoriserait à reprendre la chose au possesseur. Constitue une usurpation de la possession l'acte par lequel une personne enlève au possesseur la maîtrise effective de la chose.

C. Si le possesseur a donné son consentement, on ne peut parler d'immixtion illicite ATF 50 III 141).

D. Le prêt à usage est un contrat par lequel le prêteur s'oblige à céder gratuitement l'usage d'une chose que l'emprunteur s'engage à lui rendre après s'en être servi (art. 305 CO). Il s'agit donc d'un contrat qui porte sur la cession de l'usage d'une chose pendant une certaine durée (cf. TERCIER, Les contrats spéciaux, 2e éd, n. 2296 et 2299).

E. Les art. 309 à 311 CO règlent la durée du contrat, la résiliation anticipée et le congé ordinaire.

F. Dans le cas d'espèce, la requérante a agi à l'encontre de [redacted] sur la base des articles 927 ss CC. Il ressort de la procédure que ce dernier a été autorisé à occuper le logement par [redacted], en sa qualité de possesseur du logement, suite à son mariage avec cette dernière. Faute d'acte d'usurpation, la requérante ne peut agir sur la base de la réintégrante. Le cité invoque pour le surplus les dispositions du droit du bail et la qualité de logement conjugal du bien mis à disposition, alors que la partie requérante soutient être liée par un contrat de

prêt à titre gratuit avec [redacted]. La situation juridique n'étant ainsi manifestement pas claire et les conditions de la réintégrante pas réalisées, le Tribunal n'entrera par conséquent pas en matière sur la requête.

G. Les frais, lesquels comprennent les frais judiciaires et les dépens, seront mis à la charge de la requérante, qui succombe intégralement (art. 95, 96, 104 al. 1 et 106 al 1 CPC, art 26 et 86 RTTFMC).

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE :

Statuant par voie de procédure sommaire :

1. Déclare irrecevable la requête de protection en cas clair formée par [redacted].

2. Arrête les frais judiciaires à CHF 3'000.-.

   Les met à la charge de la requérante et les compense avec l'avance effectuée par cette dernière.

3. Condamne [redacted] à payer à [redacted] le montant de CHF 1'000.- TTC à titre de dépens.

4. Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La Greffière	La Présidente
Rachèle EGGMANN	Milena GUGLIELMETTI

Indication des voies de recours

Conformément aux art. 308 ss du code de procédure civile (CPC), la présente décision peut faire l'objet d'un appel par-devant la Cour de justice dans les 10 jours qui suivent sa notification.

L'appel doit être adressé à la Cour de justice, place du Bourg-de-Four 1, case postale 3108, 1211 Genève 3.

Anhang 7

Stellungnahme des Tribunal d'arrondissement de Lausanne (civile et pénal)

08 02 18

canton de vaud
LIBERTÉ ET PATRIE

TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE LAUSANNE

Allée Ernest-Ansermet
Palais de justice de Montbenon
1014 Lausanne

Professeur
Ramon Mabillard
Burckhardt AG
Mühlenberg 7
Case postale 258
4010 Bâle

N/réf	V/réf	Date
PBR/mno (à rappeler dans toute correspondance)		5 février 2018

Procédure pratique en cas de squattage – votre courrier du 18 décembre 2017

Monsieur le Professeur,

En réponse à votre courrier du 18 décembre 2017 relatif à l'objet cité en marge, je ne puis vous adresser qu'une réponse très incomplète par rapport à toutes les questions auxquelles vous auriez aimé avoir des réponses.

Tribunal civil : nous ne disposons pas d'un outil informatique permettant de répondre à vos questions avec précision. Le nombre de procédures en relation avec des cas de squattage est extrêmement bas. Ces procédures se comptent sur les doigts d'une main pour une année, exceptionnellement des deux mains pour une autre. Ces procédures tendaient à l'évacuation de toute personne, de tout objet, voire dans quelques rares cas d'animaux dans les immeubles occupés. A l'appui de leurs prétentions, les parties demanderesses se fondent généralement sur l'action pétitoire ou l'action possessoire ; il a pu arriver qu'une indemnité soit requise, en sus de l'évacuation.

Toutes les procédures ont pu être utilisées : les parties passent principalement par la voie des mesures provisionnelles, qui suffisent souvent à vider la querelle. Plus rarement, on a pu passer par la procédure du cas clair. Il n'y a à ma connaissance pas de procédure ordinaire qui soit allée jusqu'à son terme, la négociation étant privilégiée et l'immeuble ainsi évacué. Il a aussi pu arriver qu'à l'issue d'une procédure de mesures provisionnelles, la partie requérante ait obtenu directement l'évacuation par la police en se fondant sur l'ordonnance de mesures provisionnelles faisant droit à sa conclusion en évacuation.

La durée de la procédure est variable, mais je crois pouvoir dire que les choses sont allées relativement rapidement. Il n'est pas possible d'être plus précis. Je signale enfin que la difficulté à laquelle est confronté le greffe est de pouvoir identifier les occupants et surtout de pouvoir notifier convenablement la pièce de procédure de la partie demanderesse.

Tribunal pénal : il y a encore moins d'affaires qui arrivent devant le tribunal. C'est à ce point que je ne peux répondre à vos questions. Il faudrait peut-être demander cela au Ministère public. Je n'ai pas vu de cas dans lesquels des prétentions civiles auraient été jugées par la voie pénale. Il a pu rarement arriver qu'une plainte ait été déposée pour violation de domicile, et qu'il faille juger l'occupant pour d'autres infractions. La plainte pénale pour violation de domicile uniquement est généralement retirée lorsque l'évacuation intervient. Ici encore, la conciliation est privilégiée, plus encore que pour d'autres matières, si j'ose l'écrire ainsi.

Je vous prie de croire, Monsieur le Professeur, à l'expression de mes sentiments distingués.

Le Premier Président:

Pierre Bruttin

Anhang 8

Stellungnahme des Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal

canton de vaud

TRIBUNAL CANTONAL

Av. Eugène-Rambert 15
1014 Lausanne

Cour de
droit administratif et public

T. +41 21 316 12 58

Courrier A :
Burckhardt AG
A l'att. de **Prof. Ramon Mabillard**
Avocat et notaire
Mühlenberg 7
Case postale 258
4010 Bâle

Lausanne, le 22 décembre 2017/ohi

Concerne : Votre courrier du 18 décembre 2017 concernant la procédure pragtique en cas de squattage

Monsieur le Professeur,

Notre collaborateur M. Baeriswyl nous a transmis le courrier que vous lui avez adressé le 18 décembre dernier concernant la procédure en cas de squattage.

Le Tribunal administratif, puis la Cour de droit administratif et public (CDAP) du Tribunal cantonal – Cour qui lui a succédé après la fusion du Tribunal administratif avec le Tribunal cantonal – n'ont pas eu à traiter de procédures en relation avec le squattage d'immeubles.

En regrettant de ne pouvoir vous donner plus d'informations, nous vous prions d'agréer, Monsieur le Professeur, l'expression de notre considération distinguée.

Le président de la CDAP:

Guillaume Vianin

Anhang 9

Stellungnahme des Regionalgerichts Bern-Mittelland (Zivilabteilung)

26.01.18

Regionalgericht
Bern-Mittelland

Zivilabteilung

Effingerstrasse 34
3008 Bern
Telefon 031 635 46 00
Fax 031 634 50 65
regionalgericht-zivil.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/regionalgerichte

A-Post

Prof. Dr. iur. Ramon Mabillard
Burckhardt AG
Mühlenberg 7
Postfach 258
4010 Basel

Verfahren Nr.: CIV 18 3

Bern, 25. Januar 2018

Ihre Anfrage vom 13. Dezember 2017 betreffend praktisches Vorgehen bei Hausbesetzungen

Sehr geehrter Herr Professor

Ich beziehe mich auf Ihre Anfrage vom 13. Dezember 2017 betreffend zivilrechtliche Verfahren wegen Hausbesetzungen. Leider ergeben sich aus unserer Geschäftskontrolle keine exakten Angaben zu Ihren Fragen. Rückfragen bei den mit Mietrecht, vorsorglichen Massnahmen und Rechtsschutz in klaren Fällen befassten Kolleginnen und Kollegen lassten aber folgende Antworten zu:

Seit 2011 (Inkrafttreten ZPO; Schaffung Regionalgericht Bern-Mittelland) gab es nur vereinzelte Fälle im Zusammenhang mit Hausbesetzungen, es gab zudem (ebenfalls wenige) Fälle im Zusammenhang mit Besetzungen unbebauter Grundstücke.

Im Zusammenhang mit Hausbesetzungen im engeren Sinn (s. oben) gab es sicher ein Verfahren, das mit einem teilweise gutheissenden Entscheid endete. Das entsprechende Gesuch wurde als Gesuch um vorsorgliche Massnahme behandelt und gestützt auf Art. 261 ZPO i.V. mit Art. 641 ZGB geprüft. Im Erkenntnisentscheid wurde zugleich die direkte Vollstreckung angeordnet (Zwangsräumung). Vom Eingang des Gesuchs bis zum Erkenntnisentscheid dauerte das Verfahren rund einen Monat. Der Vollstreckungsauftrag wurde rund drei Wochen nach Eröffnung des Erkenntnisentscheids erteilt.

Wahrscheinlich gab es weitere Gesuche, auf die wegen ungenügender Bezeichnung der Gesuchsgegnerschaft nicht eingetreten werden konnte, oder die aus diesem Grund zurückgezogen wurden. Für die rechtssuchenden Hauseigentümer dürfte die grösste Schwierigkeit bei einem zivilprozessualen Vorgehen sein, die Personalien der Besetzenden in Erfahrung zu bringen.

Freundliche Grüsse

Regionalgericht Bern-Mittelland
Zivilabteilung

Die Gerichtsschreiberin

Sanchez

Anhang 10

Stellungnahme des Regionalgerichts Bern-Mittelland (Strafabteilung)

Kaspar Schudel

Von: Ramon Mabillard <Mabillard@burckhardtlaw.com>
Gesendet: Dienstag, 5. Juni 2018 08:05
An: rmabillard@gmx.ch
Betreff: WG: Gutachten in Erfüllung der Motion Feller (15.3531): Bestandsaufnahme

---

Von: Graf René, JUSTICE-RG-BM-Bern-H7 [mailto:Rene.Graf@justice.be.ch]
Gesendet: Dienstag, 6. März 2018 07:16
An: Kaspar Schudel
Betreff: AW: Gutachten in Erfüllung der Motion Feller (15.3531): Bestandsaufnahme

Lieber Herr Schudel

Ich beziehe mich auf Ihre Anfrage vom 13.12.2017 und unser Telefongespräch von letzter Woche. Ihre Fragen kann ich wie folgt beantworten:

- Die Zahl der Verfahren lässt sich nicht beziffern. Es gab beim Regionalgericht Bern-Mittelland in den letzten fünf Jahren wohl insgesamt weniger als fünf Verfahren.
- Angeklagt wurde insbesondere Hausfriedensbruch und auch etwa Sachbeschädigung. Es kam aber auch vor, dass sich Hausbesetzer auch wegen Landfriedensbruchs oder Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte zu verantworten hatten, weil sie sich z.B. an unbewilligten, gewalttätigen Demonstrationen beteiligten oder sich Kontrollen durch die Polizei widersetzten.
- Die Dauer des Delikts (Hausfriedensbruch) wirkt sich auf die Strafzumessung aus.
- Die Verfahrensdauer in zwei bekannten Fällen betrug zwischen drei bis vier Monaten.
- Wenn überhaupt, dann haben sich Hauseigentümer konstituiert oder, wenn es bei der Anhaltung Probleme gab, Polizeibeamte als Privatkläger. Als Zivilansprüche wurde Schadenersatz und Genugtuung geltend gemacht.
- Über die Zivilforderungen entschied das Strafgericht adhäsionsweise.
- Es ist nicht bekannt, dass Zivilkläger in solchen Verfahren auf den Zivilweg verwiesen worden wären.
- Wir haben keine Punkte, die nach weiterem Reglungsbedarf verlangen.

Wenn sich noch weitere Fragen aufdrängen sollten, lassen Sie es mich bitte wissen.

Mit freundlichen Grüssen

René Graf

René Graf, Gerichtssekretär, federführender Gerichtsschreiber
Regionalgericht Bern-Mittelland, Amthaus, Hodlerstrasse 7, 3011 Bern
Telefon 031 636 31 06 / Fax 031 634 50 66
rene.graf@justice.be.ch

Von: Kaspar Schudel [mailto:Schudel@burckhardtlaw.com]
Gesendet: Donnerstag, 21. Dezember 2017 10:36
An: Graf René, JUSTICE-RG-BM-Bern-H7
Betreff: AW: Gutachten in Erfüllung der Motion Feller (15.3531): Bestandsaufnahme

Sehr geehrter Herr Graf

Haben Sie vielen Dank für Ihre umgehende Rückmeldung.

Wir sind uns dieses Umstands bewusst und werden dem entsprechend nachgehen.

Bei den Anfragen an die Strafgerichte liegt unser Fokus auch vor allem auf den adhäsionsweise geltend gemachten privatrechtlichen Ansprüchen und wie damit umgegangen wird.

Ich wünsche Ihnen schöne Festtage und alles Gute zum neuen Jahr.

Mit freundlichen Grüssen
Kaspar Schudel

Kaspar Schudel
MLaw, Advokat

Eingetragen im Anwaltsregister des Kantons Basel-Stadt

burckhardt AG
Anwälte · Notare · Steuerexperten
Mühlenberg 7, Postfach 258
CH - 4010 Basel, Schweiz

Tel +41 58 881 01 01
Direkt +41 58 881 00 75
Fax +41 58 881 01 09

E-Mail schudel@burckhardtlaw.com
Web www.burckhardtlaw.com

Diese Mitteilung erfolgt vertraulich und nur zum Gebrauch durch den oder die Adressaten. Sie kann durch das gesetzliche Berufs-, Amts- oder Geschäftsgeheimnis geschützte Informationen enthalten. Sollte sie irrtümlich an Sie erfolgt sein, dürfen Sie die erhaltenen Informationen weder nutzen noch offen legen. Bitte benachrichtigen Sie uns gegebenenfalls telefonisch +41 58 881 01 01 oder mit Antwort-Mail info@burckhardtlaw.com und löschen Sie diese Nachricht und alle Anhänge dazu unverzüglich. Besten Dank.

Von: Graf René, JUSTICE-RG-BM-Bern-H7 [mailto:Rene.Graf@justice.be.ch]
Gesendet: Mittwoch, 13. Dezember 2017 14:38
An: Kaspar Schudel
Cc: Schaer Christine, JUSTICE-RG-BM-Bern-H7
Betreff: AW: Gutachten in Erfüllung der Motion Feller (15.3531): Bestandsaufnahme

Sehr geehrter Herr Schudel

Ihre Anfrage ist bei uns eingetroffen. Sind Sie sich aber bewusst, dass solche Verfahren teilweise bereits durch die Staatsanwaltschaften im Strafbefehlsverfahren abgeschlossen werden, ohne dass sich die urteilenden Gericht damit befassen müssen?

Mit freundlichen Grüssen

René Graf

René Graf, Gerichtssekretär, federführender Gerichtsschreiber
Regionalgericht Bern-Mittelland, Amthaus, Hodlerstrasse 7, 3011 Bern
Telefon 031 636 31 06 / Fax 031 634 50 66
rene.graf@justice.be.ch

Von: Kaspar Schudel [mailto:Schudel@burckhardtlaw.com]
Gesendet: Mittwoch, 13. Dezember 2017 14:26
An: Graf René, JUSTICE-RG-BM-Bern-H7
Cc: Ramon Mabillard
Betreff: Gutachten in Erfüllung der Motion Feller (15.3531): Bestandsaufnahme

Sehr geehrter Herr Graf

Mit Annahme der Motion Feller vom 9. Juni 2015 (15.3531) hat das eidgenössische Parlament den Bundesrat beauftragt, Vorschläge auszuarbeiten, die es den Eigentümern von unrechtmässig besetzten Liegenschaften erleichtert, sich gemäss Artikel 926 ZGB ihres Eigentums wieder zu bemächtigen. In einem ersten Schritt soll abgeklärt werden, wie nach geltendem Recht bei Hausbesetzungen heute praktisch vorgegangen wird und welche Probleme sich dabei stellen, weshalb Prof. Dr. Ramon Mabillard vom Bundesrat mit der Erstellung eines entsprechenden Gutachtens beauftragt wurde.

Wie am Montag telefonisch besprochen, sende ich Ihnen im Auftrag von Prof. Dr. Ramon Mabillard im Anhang das Schreiben mit den entsprechenden Fragen zu vorstehender Sache.

Ich danke Ihnen bereits im Voraus für Ihre Bemühungen und verbleibe

mit freundlichen Grüssen
Kaspar Schudel

Kaspar Schudel
MLaw, Advokat

Eingetragen im Anwaltsregister des Kantons Basel-Stadt

burckhardt AG
Anwälte · Notare · Steuerexperten
Mühlenberg 7, Postfach 258
CH - 4010 Basel, Schweiz

Tel +41 58 881 01 01
Direkt +41 58 881 00 75
Fax +41 58 881 01 09

E-Mail schudel@burckhardtlaw.com
Web www.burckhardtlaw.com

Diese Mitteilung erfolgt vertraulich und nur zum Gebrauch durch den oder die Adressaten. Sie kann durch das gesetzliche Berufs-, Amts- oder Geschäftsgeheimnis geschützte Informationen enthalten. Sollte sie irrtümlich an Sie erfolgt sein, dürfen Sie die erhaltenen Informationen weder nutzen noch offen legen. Bitte benachrichtigen Sie uns gegebenenfalls telefonisch +41 58 881 01 01 oder mit Antwort-Mail info@burckhardtlaw.com und löschen Sie diese Nachricht und alle Anhänge dazu unverzüglich. Besten Dank.

Anhang 11

Stellungnahme des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern

Kaspar Schudel

Von: Ramon Mabillard <Mabillard@burckhardtlaw.com>
Gesendet: Dienstag, 5. Juni 2018 08:07
An: rmabillard@gmx.ch
Betreff: WG: Gutachten in Erfüllung der Motion Feller (15.3531): Bestandsaufnahme

---

Von: Burkhard Robert, JUSTICE-VG-Bern [mailto:Robert.Burkhard@justice.be.ch]
Gesendet: Freitag, 15. Dezember 2017 15:40
An: Kaspar Schudel
Betreff: AW: Gutachten in Erfüllung der Motion Feller (15.3531): Bestandsaufnahme

Sehr geehrter Herr Schudel

Wie am Telefon besprochen bestätige ich Ihnen, dass das Verwaltungsgericht bisher keine Verfahren im Zusammenhang mit Hausbesetzungen zu behandeln hatte. Fragen des Besitzesschutzes stellen sich wohl eher vor den Zivilgerichten.

Ich wünsche Ihnen ein schönes Wochenende und verbleibe mit freundlichen Grüssen
Robert Burkhard

Von: Kaspar Schudel [mailto:Schudel@burckhardtlaw.com]
Gesendet: Mittwoch, 13. Dezember 2017 14:26
An: Burkhard Robert, JUSTICE-VG-Bern
Cc: Ramon Mabillard
Betreff: Gutachten in Erfüllung der Motion Feller (15.3531): Bestandsaufnahme

Sehr geehrter Herr Präsident

Mit Annahme der Motion Feller vom 9. Juni 2015 (15.3531) hat das eidgenössische Parlament den Bundesrat beauftragt, Vorschläge auszuarbeiten, die es den Eigentümern von unrechtmässig besetzten Liegenschaften erleichtert, sich gemäss Artikel 926 ZGB ihres Eigentums wieder zu bemächtigen. In einem ersten Schritt soll abgeklärt werden, wie nach geltendem Recht bei Hausbesetzungen heute praktisch vorgegangen wird und welche Probleme sich dabei stellen, weshalb Prof. Dr. Ramon Mabillard vom Bundesrat mit der Erstellung eines entsprechenden Gutachtens beauftragt wurde.

Wie am Montag telefonisch besprochen, sende ich Ihnen im Auftrag von Prof. Dr. Ramon Mabillard im Anhang das Schreiben mit den entsprechenden Fragen zu vorstehender Sache.

Ich danke Ihnen bereits im Voraus für Ihre Bemühungen und verbleibe

mit freundlichen Grüssen
Kaspar Schudel

Kaspar Schudel
MLaw, Advokat

Eingetragen im Anwaltsregister des Kantons Basel-Stadt

burckhardt AG
Anwälte · Notare · Steuerexperten
Mühlenberg 7, Postfach 258
CH - 4010 Basel, Schweiz

Tel +41 58 881 01 01
Direkt +41 58 881 00 75
Fax +41 58 881 01 09

E-Mail schudel@burckhardtlaw.com
Web www.burckhardtlaw.com

Diese Mitteilung erfolgt vertraulich und nur zum Gebrauch durch den oder die Adressaten. Sie kann durch das gesetzliche Berufs-, Amts- oder Geschäftsgeheimnis geschützte Informationen enthalten. Sollte sie irrtümlich an Sie erfolgt sein, dürfen Sie die erhaltenen Informationen weder nutzen noch offen legen. Bitte benachrichtigen Sie uns gegebenenfalls telefonisch +41 58 881 01 01 oder mit Antwort-Mail info@burckhardtlaw.com und löschen Sie diese Nachricht und alle Anhänge dazu unverzüglich. Besten Dank.

Anhang 12

Stellungnahme der Kantonspolizei Bern

22.01.18

Kantonspolizei Bern

Polizeikommando

Polizei- und
Militärdirektion
des Kantons Bern

Police cantonale bernoise

Commandement de police

Direction de la police
et des affaires militaires
du canton de Berne

POLICE

Waisenhausplatz 32
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 638 78 78
Telefax +41 31 638 78 79
www.police.be.ch

Der Kommandant-Stellvertreter

burkhardt AG
z.H. Herrn Prof. Dr. Ramon Mabillard
Mühlenberg 7
Postfach 258
4010 Basel

123 318 – 109 454 / pmwi/pmsd

19. Januar 2018

Praktisches Vorgehen bei Hausbesetzungen Stadt Bern

Sehr geehrter Herr Mabillard

Zu Ihren Fragen können wir wie folgt Stellung nehmen

1. Wie viele Liegenschaften sind zu diesem Zeitpunkt in der Stadt Bern besetzt? Wie viele Privat- und wie viele Gewerbeliegenschaften sind betroffen?

   Da die Polizei nicht zwingend Kenntnis von der Besetzung einer Liegenschaft hat, können wir hierzu keine Angaben machen.

2. Wie viele Liegenschaften waren in den letzten fünf bis zehn Jahren in der Stadt Bern besetzt?

   Siehe Antwort zu Frage 1.

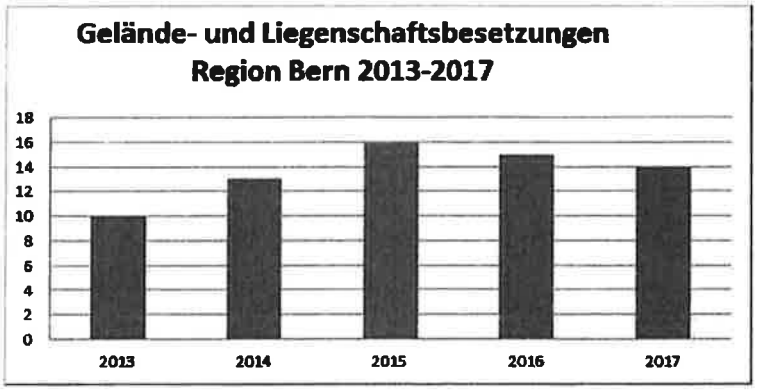
3. Wie lange sind bzw. waren diese Liegenschaften besetzt?

   Die Besetzungsdauer reicht von einigen wenigen Stunden bis hin zu mehreren Jahren.

4. Wie viele Polizeieinsätze wurden in den vergangenen zehn Jahren wegen Hausbesetzungen durchgeführt?

   Wie bei Frage 1 und 2 ausgeführt, werden keine eigentlichen Statistiken über Häuserbesetzungen und somit über damit zusammenhängende Polizeieinsätze geführt. Die nachfolgend aufgeführten Fallzahlen stützen sich auf das polizeiliche Journal.

Anzahl Besetzungen: 2013: n=10 / 2014: n=13 / 2015: n=16 / 2016: n=15 / 2017: n=14



Es kann jedoch erwähnt werden, dass grundsätzlich jede der Polizei gemeldete Besetzung eine Polizeiaktion resp. polizeiliche Massnahmen auslöst. Es kommt jedoch nicht in jedem Fall zu einer polizeilichen Räumung. Die Massnahmen reichen von der reinen (rechtlichen) Beratung der Liegenschaftsbesitzer, über eine Fristsetzung durch die Polizei - sofern die gesetzlichen Grundlagen vorhanden sind -, bis zur tatsächlichen Räumung der Objekte als letzte Massnahme. Es kann festgehalten werden, dass der grösste Teil der Besetzungen ohne Zwangsräumung beendet werden kann, das heisst die Besetzer verlassen die Objekte selbständig oder es werden entsprechende Zwischennutzungsverträge zwischen den Hausbesetzern und den Hauseigentümern abgeschlossen.

5. Welche polizeilichen Massnahmen wurden/werden gegen Hausbesetzungen eingeleitet resp. durchgeführt?

   Siehe dazu Fragen 4 und 8. Im Falle von polizeilichen Räumungen werden die Besetzer zudem zuhanden der zuständigen Staatsanwaltschaft rapportiert. Meistens handelt es sich hierbei um Antragsdelikte wie Hausfriedensbruch und Sachbeschädigung, weshalb die Besetzer nur auf entsprechenden Strafantrag des Inhabers des Hausrechts hin verzeigt werden. In einigen Fällen kommen zudem weitere Straftatbestände wie Gewalt und Drohung gegen Beamte, Gefährdung des Lebens, Hinderung einer Amtshandlung sowie möglicherweise Nötigung zur Anwendung.

6. Gibt es Präventionsmassnahmen?

   Die Immobilienverwaltung der Stadt Bern betreibt eine Zwischennutzungsstelle, welche die Vermittlerrolle zwischen Besetzern und Inhabern des Hausrechts ausübt. Für nähere Details hierzu verweise ich auf die erwähnte Amtsstelle.

7. Auf welche gesetzlichen Grundlagen stützt sich die Kantonspolizei Bern bei der Durchführung der polizeilichen Massnahmen?

   - *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101)*
   - *Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB; SR 311.0)*
   - *Schweizerische Strafprozessordnung (StPO; SR 312.0)*

- *Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB; SR 210)*
- *Polizeigesetz des Kantons Bern (PolG; BSG 551.1)*
- *Baugesetz des Kantons Bern (BauG; BSG 721.0)*
- *Verordnung über die Gebühren der Kantonsverwaltung (GebV; BSG 154.21)*
- *Interne Dienstbefehle und Weisungen der Kantonspolizei Bern*

8. Welche Vorgaben zu den Voraussetzungen, Bedingungen und zur Durchführung polizeilicher Massnahmen wurden in Ihrer Praxis entwickelt?

   Im Fall eines Strafverfahrens stützt sich die Polizei für die Ergreifung von allfälligen Zwangsmassnahmen auf die StPO, im sicherheitspolizeilichen Bereich auf die Bestimmungen des PolG.

   Die Grundlage für eine polizeiliche Räumung im Strafverfahren bildet nebst dem Betretungsbeschluss immer auch ein entsprechender Strafantrag. Berechtigter im Sinne von Art. 186 StGB ist derjenige, welcher die Verfügungsgewalt der betroffenen Räume beziehungsweise des betroffenen Geländes (falls umfriedet) innehat. Somit ist nicht nur der Eigentümer, sondern auch ein Mieter zum Stellen des Strafantrages berechtigt. Auch juristische Personen können Berechtigte sein.

   Handelt es sich beim Besetzer um einen unberechtigten „Eindringling", so hat der Eigentümer bei der Kantonspolizei Bern einen Strafantrag wegen Hausfriedensbruch (Art. 186 StGB) einzureichen.

   Bestehen konkrete Pläne des Eigentümers zur weiteren Nutzung eines beispielsweise unbewohnten Gebäudes, welche aufgrund der Besetzung nicht realisiert werden können, wird der Eigentümer allenfalls in seiner Handlungsfreiheit eingeschränkt. Der Besetzer erfüllt damit möglicherweise den Tatbestand der Nötigung (Art. 181 StGB). Als weiteres Delikt kann unter Umständen der Tatbestand der Sachbeschädigung (Art. 144 StGB) erfüllt sein. Ob diese Delikte angezeigt werden können, wird jeweils im Einzelfall geprüft.

   Liegt ein Strafantrag des Berechtigten vor und halten sich die unberechtigten Personen immer noch im betreffenden Gebäude auf, so können die polizeilichen Ermittlungen zur Verfolgung der Straftat (und zur Beweiserhebung, vgl. dazu Art. 306 Abs. 2 StPO) eingeleitet sowie die entsprechenden strafprozessualen Zwangsmassnahmen ergriffen werden. Als Zwangsmassnahmen in Betracht kommen insbesondere die vorläufige Festnahme nach Art. 217 StPO sowie die Beschlagnahmung von allfälligen Gegenständen zu Beweis- und Sicherungszwecken nach Art. 263ff. StPO. Die strafprozessualen Zwangsmassnahmen unterliegen gemäss Art. 197 StPO allerdings dem Verhältnismässigkeitsprinzip, weshalb immer im Rahmen der Prüfung der Umstände des Einzelfalles zu entscheiden ist, ob die Durchführung einer Zwangsmassnahme erforderlich ist. Ebenfalls müssen die jeweiligen gesetzlichen Voraussetzungen zur Durchführung der Zwangsmassnahme vorliegen (beispielsweise vorläufige Festnahme nur unter engen gesetzlichen Voraussetzungen möglich). Sofern keine Zwangsmassnahmen vorgenommen werden müssen, wird die polizeiliche Räumung gestützt auf das Polizeigesetz des Kantons Bern (Gefahrenabwehr) durchgeführt.

   Unabhängig von den strafprozessualen Möglichkeiten ist das Vorliegen eines ausdrücklichen Räumungsantrags für den tatsächlichen Beizug der Polizei zur Räumung sinnvoll.

9. Welche Voraussetzungen müssen insbesondere für die Räumung einer besetzten Liegenschaft erfüllt sein?

   Vergleiche dazu auch Antwort 8. Es muss eine strafbare Handlung nach StGB vorliegen (z.B. Sachbeschädigung, Hausfriedensbruch). Diese Delikte setzen einen Strafantrag nach Art. 30 StGB voraus. Daneben verlangt die Kantonspolizei Bern zudem einen "Antrag zur polizeilichen Räumung". Damit ersucht der geschädigte Eigentümer explizit, dass die Liegenschaft polizeilich geräumt wird. Er ermächtigt die Polizei zudem ausdrücklich, das Grundstück / Gebäude sowie sämtliche dazugehörenden Räumlichkeiten nötigenfalls auch gewaltsam zu betreten. Er erklärt sich ferner damit einverstanden, auf die Geltendmachung finanzieller Ansprüche gegen die Kantonspolizei Bern und den Kanton zu verzichten. Im Weiteren erklärt er sich bereit, mittels baulichen Massnahmen alles tatsächlich Zumutbare vorzukehren, um eine erneute Besetzung zu verhindern.

   Als weitere Voraussetzung für eine Räumung können möglicherweise auch Widerhandlungen gegen das Baupolizeirecht im Falle einer gefährlichen Bausubstanz (z.B. bei Abbruchobjekten) als rechtliche Grundlage hinzugezogen werden.

10. Mit welcher Begründung wurden in den letzten fünf bis zehn Jahren Gesuche von Eigentümern zur Durchführung polizeilicher Massnahmen (insb. Räumungen) abgewiesen bzw. nicht umgesetzt? Was wurde den Eigentümern in diesem Fall empfohlen?

    Bis vor kurzem wurde den Geschädigten trotz der Möglichkeit zur Ergreifung der strafprozessualen Massnahmen geraten, wenn immer möglich ein zivilrechtlicher Räumungsbeschluss zu erwirken (nach Art. 343 Abs. 1 lit. d ZPO). Bei einem Gebäude / Grundstück, welches dem Gemeinwesen zusteht, sollte zumindest ein Räumungsantrag der betroffenen Gemeinde vorliegen. In der Praxis zeigte sich jedoch, dass diese Vorgehensweise, also die Beschreitung des zivilrechtlichen Weges, für die Betroffenen sehr aufwändig ist. Zudem zeigte sich anhand eines praktischen Beispiels, dass dieser Weg rechtlich grundsätzlich nicht durchführbar ist, da im Zivilverfahren nur Klagen gegen bekannte Personen eingereicht werden können. Die allermeisten Besetzer sind jedoch bis zur eigentlichen Räumung für den Geschädigten namentlich nicht identifizierbar und treten, wenn überhaupt, mit Synonymen auf. Somit hält der Gang zum Zivilgericht nicht Bestand. Kommt hinzu, dass ein Zivilverfahren recht lange dauert und die Besetzer sich auf eine mögliche polizeiliche Räumung bestens vorbereiten können. Im Weiteren sind Exmissionen, und das sind solche beim Vorliegen eines Räumungsauftrages des zuständigen Zivilgerichtes, grundsätzlich nur beim Vorliegen eines Mietverhältnisses vorgesehen. Auch dieses fehlt naturgemäss bei Besetzungen durchwegs. De facto stellt der zivilrechtliche Weg die Inhaber des Hausrechts und damit auch die Polizei vor nicht unerhebliche Schwierigkeiten bei der Durchführung solcher Zwangsräumungen.

    Unabhängig davon gäbe es grundlegend die Möglichkeit, eine polizeiliche Räumung basierend auf Art. 1 Abs. 2 des Polizeigesetzes des Kantons Bern i.V.m. Art. 926 ZGB vorzunehmen. Dies entspricht jedoch nicht der Praxis der Kantonspolizei Bern. Die Räumungen werden i.d.R. basierend auf gerichtspolizeiliche Gründe durchgeführt.

11. Wie hat sich die Einsatzdoktrin der Kantonspolizei Bern betreffend Hausbesetzungen in den letzten zehn Jahren entwickelt? Wird eine Änderung beabsichtigt?

Wie bei den Antworten 9 und 10 dargelegt, wird für eine Räumung grundsätzlich das Vorliegen einer strafbaren Handlung vorausgesetzt. Der Gang vor das Zivilgericht ist nicht mehr von Nöten und vorgesehen.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass Zwangsräumungen aus rein taktischen Überlegungen möglichst rasch, also innerhalb weniger Tage, anzustreben sind.

12. Haben sich zusätzliche Fragestellungen ergeben, die Ihrer Ansicht nach weiteren Regelungsbedarf aufwerfen?

Zurzeit sind keine erkennbar.

Freundliche Grüsse

Der Kommandant-Stellvertreter

Peter Baumgartner

Anhang 13

Stellungnahme des Bezirksgerichts Zürich (Abteilung Zivil- und Strafrecht)

Kaspar Schudel

Von: Ramon Mabillard <Mabillard@burckhardtlaw.com>
Gesendet: Dienstag, 5. Juni 2018 08:06
An: rmabillard@gmx.ch
Betreff: WG: Gutachten in Erfüllung der Motion Feller (15.3531): Bestandsaufnahme
Anlagen: Schreiben ans Bezirksgericht Zürich (Abteilung Zivil- und Strafrecht) (0427154).pdf

---

Von: Medien Bezirksgericht Zürich [mailto:medien.zuerich@gerichte-zh.ch]
Gesendet: Montag, 18. Dezember 2017 15:30
An: Kaspar Schudel
Cc: Karaszek Nadine Bezirksgericht Zürich
Betreff: WG: Gutachten in Erfüllung der Motion Feller (15.3531): Bestandsaufnahme

Sehr geehrter Herr Prof. Dr. Mabillard,
sehr geehrter Herr Advokat Schudel

Besten Dank für Ihre Anfrage vom 13. Dezember 2017 betr. praktisches Vorgehen bei Hausbesetzungen. Im Auftrag des Präsidiums kann ich diese gerne wie folgt beantworten:

Unsere Statistiken finden Sie unter folgendem Link: http://www.gerichte-zh.ch/organisation/obergericht/rechenschaftsbericht.html. Die Statistiken beruhen auf generellen juristischen Betreffen (Schlagworten), mit welchen wir die Geschäfte erfassen, wie z.B. „Forderung", „Ausweisung", etc. Hausbesetzungen werden statistisch nicht erfasst. Es ist uns daher nicht möglich, aufgrund der Statistiken zu eruieren, in welchen und wie vielen Fällen Hausbesetzungen Hintergrund von Verfahren an unserem Gericht waren. Die Frage könnte nur mittels einer manuell durchgeführten Recherche in sämtlichen Akten der vergangenen Jahre beantwortet werden, was angesichts der Vielzahl der vom Bezirksgericht Zürich behandelten Verfahren (über 20'000 Verfahren pro Jahr) aus Ressourcengründen nicht möglich ist.

Ihre materiellen Fragen können wir leider ebenfalls nicht generell beantworten, da die Antworten in erster Linie vom jeweiligen Sachverhalt, der Fallkonstellation, der Verfahrensart etc. abhängen. Um Ihre Fragen seriös zu beantworten, müssten wir jedes Dossier, das einen entsprechenden Hintergrund aufweist, einzeln auswerten, was – wie vorstehend ausgeführt – schon deshalb nicht möglich ist, weil wir die entsprechenden in der Vergangenheit behandelten Fälle nicht ohne Weiteres als solche erkennen können und eine generelle Recherche in sämtlichen Akten zu aufwändig wäre.

Wir bedauern, Ihnen nicht weiterhelfen zu können, und danken Ihnen für Ihr Verständnis.

Freundliche Grüsse
Sabina Motta

BEZIRKSGERICHT ZÜRICH

Sabina Motta, lic. iur.
Medien- und Informationsbeauftragte

Badenerstrasse 90
Postfach
8036 Zürich

Telefon: +41 (0)44 248 26 00 (Direktwahl)
Telefon: +41 (0)44 248 21 29 (Sekretariat)

E-Mail: medien.zuerich@gerichte-zh.ch
Webseite: www.gerichte-zh.ch

Arbeitstage: Montag, Mittwoch und Donnerstag

Diese Mitteilung beinhaltet möglicherweise vertrauliche Informationen und richtet sich ausschliesslich an die adressierten Personen oder Organisationen. Falls Sie nicht zu diesen Personen gehören, bitten wir Sie, die Nachricht zu löschen und den/die Absender/in zu informieren. Die weitere Verwendung einer solchen Nachricht ist nicht zulässig.

Von: Kaspar Schudel [mailto:Schudel@burckhardtlaw.com]
Gesendet: Mittwoch, 13. Dezember 2017 14:25
An: Karaszek Nadine Bezirksgericht Zürich
Cc: Ramon Mabillard
Betreff: Gutachten in Erfüllung der Motion Feller (15.3531): Bestandsaufnahme

Sehr geehrte Frau Karaszek

Mit Annahme der Motion Feller vom 9. Juni 2015 (15.3531) hat das eidgenössische Parlament den Bundesrat beauftragt, Vorschläge auszuarbeiten, die es den Eigentümern von unrechtmässig besetzten Liegenschaften erleichtert, sich gemäss Artikel 926 ZGB ihres Eigentums wieder zu bemächtigen. In einem ersten Schritt soll abgeklärt werden, wie nach geltendem Recht bei Hausbesetzungen heute praktisch vorgegangen wird und welche Probleme sich dabei stellen, weshalb Prof. Dr. Ramon Mabillard vom Bundesrat mit der Erstellung eines entsprechenden Gutachtens beauftragt wurde.

Wie gestern telefonisch besprochen, sende ich Ihnen im Auftrag von Prof. Dr. Ramon Mabillard im Anhang das Schreiben mit den entsprechenden Fragen zu vorstehender Sache.

Ich danke Ihnen bereits im Voraus für Ihre Bemühungen und verbleibe

mit freundlichen Grüssen
Kaspar Schudel

Kaspar Schudel
MLaw, Advokat

Eingetragen im Anwaltsregister des Kantons Basel-Stadt

burckhardt AG
Anwälte · Notare · Steuerexperten
Mühlenberg 7, Postfach 258
CH - 4010 Basel, Schweiz

Tel +41 58 881 01 01
Direkt +41 58 881 00 75
Fax +41 58 881 01 09

E-Mail schudel@burckhardtlaw.com
Web www.burckhardtlaw.com

Diese Mitteilung erfolgt vertraulich und nur zum Gebrauch durch den oder die Adressaten. Sie kann durch das gesetzliche Berufs-, Amts- oder Geschäftsgeheimnis geschützte Informationen enthalten. Sollte sie irrtümlich an Sie erfolgt sein, dürfen Sie die erhaltenen Informationen weder nutzen noch offen legen. Bitte benachrichtigen Sie uns gegebenenfalls telefonisch +41 58 881 01 01 oder mit Antwort-Mail info@burckhardtlaw.com und löschen Sie diese Nachricht und alle Anhänge dazu unverzüglich. Besten Dank.

Anhang 14

Stellungnahme des Bezirksgerichts Winterthur (Abteilung Zivil- und Strafrecht)

16.01.18

Bezirksgericht Winterthur

Lindstrasse 10
8400 Winterthur
Telefon 052 234 83 83
Telefax 052 234 83 84

Prof. Dr. iur. Ramon Mabillard
burckhardt AG
Mühlenberg 7
Postfach 258
4010 Basel

/K12012018_2/AOe

Winterthur, 12. Januar 2018

Praktisches Vorgehen bei Hausbesetzungen
Ihre Anfrage vom 13. Dezember 2017

Sehr geehrter Herr Prof. Dr. Mabillard

Ihre eingangs erwähnte Anfrage kann ich nach einer Umfrage bei unseren Richterinnen und Richtern wie folgt kurz beantworten:

Im Bereich des **Zivilrechts** sind mir folgende **drei Fälle** gemeldet worden:

- In einem Fall ging es um die Besetzung einer **unbebauten Liegenschaft**. Ein **Verein** besetzte mit diversen Wohnwagen eine städtische Liegenschaft beim Schützenweiher (die Mitglieder des Vereins haben sich für ein Leben auf Rädern entschieden und forderten vom Staat, dafür kostenlos Land zu erhalten). Strafrechtliche Mittel waren nicht möglich (mangels Haus kein Hausfriedensbruch). Zivilrechtlich lief es wie eine normale Ausweisung nach klarem Recht (Art. 257 ZPO). Eine Schwierigkeit war die Vielzahl der Besetzer (ständig wechselnd), so dass es für die Klägerin Probleme bei der Passivlegitimation gab (Wer soll alles eingeklagt werden? Was passiert, wenn sich im Prozess herausstellt, dass jemand nur Besucher war? Etc.). Zudem gab es Zustellprobleme, und Vorladungen und Entscheid mussten publiziert werden.
- Zwei weitere Fälle im Bereich des klaren Rechts (Art. 257 ZPO; mit Vollstreckungsanträgen):

  Der eine Fall betraf eine **Tiefgarage**, in welcher sich ein **Obdachloser** mehrere Tage auf einem Parkfeld mit seinem "Postiwägeli" und einem Schlafsack niederliess. Die Mieter des Parkplatzes wollten ihn gerichtlich wegweisen lassen. Glücklicherweise ist er dann kurz nach dem Eingang des Begehrens von selbst wieder abgezogen. Das Hauptproblem war, an welche Adresse und wie überhaupt Zustellungen an diese Person möglich gewesen wären. Die Rechtsgrundlage wurde dann nicht mehr weiter abgeklärt.

Der andere Fall betraf ein **besetztes Haus mit mehreren Hausbesetzern**. Die Eigentümer klagten gestützt auf Art. 641 ZGB gegen die ihnen bekannten Personen, die sich im Haus aufhielten. Es wurde ein Vollstreckungsbefehl erteilt, da nicht eingewendet wurde, dass sich noch weitere (nicht ins Recht gefasste Personen) im Haus befänden. Ob die Liegenschaft dann wirklich geräumt werden konnte, ist nicht bekannt.

Im Bereich des **Strafrechts** gab es in den letzten zehn Jahren an unserem Gericht **keine** strafrechtlichen **Fälle** zum Thema Hausbesetzungen. Fälle mit Beteiligten aus der Hausbesetzer-Szene gab es zwar, doch ging es in diesen Verfahren um andere Fragen, wie z.B. Drohungen etc.. In einem Fall war Gewalt und Drohung gegen Polizeibeamte (Art. 285 StGB) ein Thema. Die Vorfälle spielten sich ausserhalb der Liegenschaft, auf der öffentlichen Strasse, ab. Die Eigentümerin der besetzten Liegenschaft stellte bewusst keine Strafanträge wegen Hausfriedensbruchs, weil damit immer negative Publizität verbunden ist.

Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass Hausbesetzungen das Bezirksgericht Winterthur in den vergangenen fünf bis zehn Jahren nicht wesentlich beschäftigt haben. Ich hoffe dennoch, Ihnen mit diesen Angaben gedient zu haben.

Freundliche Grüsse

BEZIRKSGERICHT WINTERTHUR
Gerichtspräsident:

lic. iur. A. Oehler

Kaspar Schudel

Von: Ramon Mabillard <Mabillard@burckhardtlaw.com>
Gesendet: Dienstag, 5. Juni 2018 08:07
An: rmabillard@gmx.ch
Betreff: WG: Anfrage Prof. Mabilliard zu Hausbesetzungen

Von: Huizinga Andreas Bezirksgericht Winterthur [mailto:andreas.huizinga@gerichte-zh.ch]
Gesendet: Donnerstag, 14. Dezember 2017 14:24
An: Kaspar Schudel
Betreff: Anfrage Prof. Mabilliard zu Hausbesetzungen

Sehr geehrter Herr Schudel

Ich nehme Bezug auf die ans Bezirksgericht Winterthur gerichtete Anfrage zu Fällen betr. Hausbesetzungen (Zivilrecht/Strafrecht) und teile Ihnen mit, dass ich als Bezirksrichter in Winterthur und derzeit als Richter am Obergericht des Kantons Zürich in den letzten 5 Jahren nicht mit Hausbesetzungen konfrontiert war.

Freundlicher Gruss

Andreas Huizinga

Andreas Huizinga, RA lic. iur.
Ersatzoberrichter

Obergericht Zürich
II. Zivilkammer
Hirschengraben 15
8001 Zürich

Tel.: 044 257 94 97
Mail: andreas.huizinga@gerichte-zh.ch
web: www.gerichte-zh.ch

Anhang 15

Stellungnahme des Verwaltungsgerichts Zürich

25.01.18

Verwaltungsgericht
des Kantons Zürich

Zentralkanzlei

Militärstrasse 36
Postfach
8090 Zürich
Telefon 043 257 50 00
JV.2018.00014

Herr Prof. Dr. iur. Ramon Mabillard
Burckhardt AG
Mühlenberg 7
Postfach 258
4010 Basel

Zürich, 19. Januar 2018/LE

Praktische Vorgehen bei Hausbesetzungen

Sehr geehrter Herr Professor Dr. Mabillard

Ich habe Ihre Anfrage vom 13. Dezember 2017 von den Abteilungsvorsitzenden prüfen lassen.

Gemäss diesen Rückmeldungen hat das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich bisher keine Verfahren im Zusammenhang mit Hausbesetzungen beurteilt.

Ich danke Ihnen für die Anfrage.

Mit freundlichen Grüssen
Die Generalsekretärin

lic. iur. Lucia Eigensatz

Anhang 16

Stellungnahme der Stadtpolizei Zürich

Stadt Zürich
Stadtpolizei

Stadtpolizei Zürich
Einsatzabteilung
Lagezentrum und Operationen
Gefahrenabwehr und Einsatz
Fachbereich Kooperation

Zürich, 25. Januar 2018

Praktisches Vorgehen bei Hausbesetzungen

Antwortschreiben auf den Fragenkatalog i.Z.m. der Motion Feller (15.3531)

Sehr geehrter Herr Prof. Dr. Mabillard

Gerne beantworte ich Ihre Fragen, um in dieser Form das praktische Vorgehen der Stadtpolizei Zürich bei Hausbesetzungen zu erläutern. Unter dem Hinweis, dass wir verpflichtet sind, administrative Daten nach fünf Jahren zu löschen, muss ich die Aussagekraft meiner Antworten generell auf den Zeitrahmen von 2013 bis Januar 2018 einschränken.

1) Aktuell (Stand: 25.01.2018) sind in der Stadt Zürich 17 Liegenschaften besetzt. Darunter sind eine Gewerbe- und 16 Wohnliegenschaften.

2) Hier gilt es, zwischen Momentaufnahmen und Bestandsaufnahmen über den gesamten Zeitraum hinweg zu unterscheiden. In den vergangenen fünf Jahren waren jeweils 15 bis 25 Liegenschaften **zeitgleich** besetzt. Die kumulierte Gesamtzahl an besetzten Objekten innerhalb der letzten fünf Jahre beträgt circa 150.

3) Das Spektrum reicht von wenigen Stunden bis zu acht Jahren. Im Durchschnitt ist eine Liegenschaft einige Wochen bis wenige Monate besetzt.

4) Die Stadtpolizei Zürich rückte in den vergangenen fünf Jahren im Zusammenhang mit besetzten Liegenschaften insgesamt circa 500 Mal vor Ort aus. Nebst den naheliegenden Gründen wie der eigentlichen Besetzung sowie einer Räumung (Hausfriedensbruch; evtl. Sachbeschädigung) schlägt eine ganze Reihe weiterer Ursachen/Delikte, die einen Polizeieinsatz in oder bei einer besetzten Liegenschaft nach sich zog, zu Buche. In quantitativer Hinsicht zusätzlich erwähnenswert sind insbesondere Lärmklagen, die im erwähnten Zeitraum über 200 Polizeieinsätze generierten.

5) Die polizeilichen Massnahmen im Zusammenhang mit Hausbesetzungen können den Kategorien *Prävention*, *Legalisierung*, *Strafverfolgung* und *Räumung* zugewiesen werden.

Prävention: Die Stadtpolizei Zürich ist bestrebt, möglichst frühzeitig Kenntnis über eine Liegenschaft zu erlangen, die über das Potential verfügt, besetzt zu werden. Sollte Letzteres der Fall sein, wird die Eigentümerschaft des betreffenden Objektes dahingehend sensibilisiert sowie deren Haltung abgeholt. Bei ablehnender Haltung hinsichtlich einer allfälligen Besetzung beraten die zuständigen Fachspezialisten der Stadtpolizei Zürich die Eigentümerschaft in Bezug auf mögliche Verhinderungsmassnahmen. Im Fokus steht dabei stets die Überführung des Objekts in eine temporäre Nutzung (bspw. Studentenwohnungen). Sollte eine so genannte Zwischennutzung nicht möglich oder nicht zweckmässig sein, so steht als Alternativmassnahme die Herabsetzung der Objekt-Attraktivität für Besetzungen im Zentrum (bspw. Entfernen der sanitären Einrichtungen).

Legalisierung: Ist die Besetzung eines Objektes bereits erfolgt und steht die Eigentümerschaft einer (temporären) Duldung der Besetzung positiv gegenüber, so zielt die polizeiliche Beratung in Richtung einer Überführung des Besetzungszustandes in einen legalen und geordneten Zustand auf Basis eines Gebrauchsleihvertrages. Gerade bei Liegenschaften, die abgebrochen oder totalsaniert werden, jedoch eine Umsetzung konkreter baulicher Massnahmen zeitlich noch nicht absehbar ist, stellt dieses Vorgehen oftmals der pragmatischste Umgang mit der Situation dar.

Strafverfolgung: Äussert die Eigentümerschaft einer besetzten Liegenschaft den Willen, die Besetzer strafrechtlich belangen zu wollen und liegt diese Absichtsäusserung in Form eines unterzeichneten Strafantrages vor, so vollzieht die Stadtpolizei Zürich eine Personenkontrollaktion in einer besetzten Liegenschaft, um auf diese Weise die Einleitung von Strafverfahren zu gewährleisten. Die beschriebene Massnahme dient ausschliesslich dem Zweck der Strafverfolgung und ist nicht mit einer Räumung gleichzusetzen. Ggf. können polizeitaktische Überlegungen eine solche Massnahme verzögern oder in Härtefällen ganz verhindern.

Räumung: Damit die Stadtpolizei Zürich eine Räumung vollzieht, muss eine Reihe an Bedingungen erfüllt sein. Grundvoraussetzung ist stets das Vorliegen eines Strafantrages gegen die Besetzer. Zusätzlich muss eine der drei nachfolgenden Bedingungen erfüllt sein (siehe Merkblatt im Anhang):

a) Eine rechtskräftige Abbruch- oder eine rechtskräftige Baubewilligung inkl. Baufreigabe muss belegt werden.

b) Die rechtmässige Nutzung der Liegenschaft für die Zeit nach deren Räumung kann durch Vertrag mit Drittpersonen (...) belegt werden.

c) Die Besetzung gefährdet unmittelbar die Sicherheit von Personen oder denkmalgeschützten Bauteile oder Einrichtungen.

Bei a) und b) kommt als weitere Bedingung hinzu, dass die Voraussetzungen für eine nachhaltig erfolgreiche Räumung gegeben sein müssen. Bei a) müssen bspw. unmittelbar nach einer polizeilichen Räumung die entsprechenden Bauarbeiten aufgenommen werden. Bei b) muss der unmittelbare Einzug von Nachnutzern oder die unmittelbare Aufnahme von entsprechenden Vorbereitungsarbeiten nachgewiesen werden. Einzig bei c) wird der Passus „nachhaltig erfolgreich" grosszügig ausgelegt, da nebst dem Privateigentum weitere Schutzgüter konkret gefährdet sind und demzufolge eine Räumung nicht aufgeschoben werden kann.

6) Siehe Rubrik *Prävention* unter Antwort 5

7) - Kantonales Polizeigesetz (PolG); insbesondere §§ 10, 20, 21, 33, 37 und 41
   - Art. 244 Abs. 2 StPO
   - Art. 186 StGB und Art. 144 StGB

8) Die in dieser Frage aufgeworfenen Punkte werden mehrheitlich in den Antworten 5 und 10 geklärt. Darüber hinaus ist in diesem Zusammenhang erwähnenswert, dass sämtliche polizeilichen Massnahmen unter enger Einbindung der Eigentümerschaft erfolgen, woraus sich für diese ggf. Pflichten ergeben können. Dies beginnt bereits unmittelbar nach einer Hausbesetzung, indem der Eigentümervertreter in schriftlicher Form seine Haltung in strafrechtlicher Hinsicht äussern muss, da sich das weitere polizeiliche Vorgehen danach richtet, ob ein Strafantrag, eine Kenntnisnahme betreffend Strafantrag oder ein Verzicht auf Strafantrag vorliegt. Weitere Verpflichtungen betreffen die bereits erwähnte Dokumentenvorlegung (Bewilligungen, Verträge etc.), die Anwesenheitspflicht vor Ort bei polizeilichen Interventionen (v.a. für die Strafantragsunterzeichnung bei Räumungen) oder die Pflicht zur Umsetzung von Objektsicherungsmassnahmen zwecks Verhinderung einer neuerlichen Besetzung. Einige dieser Pflichten können nicht auf gesetzlicher Basis eingefordert werden. Im Dialog mit der Eigentümerschaft können die Gründe und die Zweckmässigkeit der jeweiligen Pflichteinforderung nachvollziehbar dargelegt werden, was in den allermeisten Fällen zu einer hohen Akzeptanz führt.

9) Siehe Rubrik *Räumung* unter Antwort 5

10) Bei der Stadtpolizei Zürich erfolgt keine systematische Registrierung von vergangenen Gesuchen von Eigentümern zur Durchführung polizeilicher Massnahmen bzw. von allfälligen Rückweisungen dieser Gesuche. Folglich kann diese Frage nur allgemein – ohne Verweis auf konkrete Zahlen oder Vorfälle – beantwortet werden.
Wie in der Antwort 5 beschrieben, können polizeitaktische Überlegungen dazu führen, dass eine Massnahme in oder bei einer besetzten Liegenschaft nicht unmittelbar durchgeführt wird. Wenn bspw. polizeiliche Erkenntnisse auf einer Lagebeurteilung basierend zum Ergebnis führen, dass eine polizeiliche Intervention unmittelbar oder mittelbar zu einer schweren Störung der öffentlichen Sicherheit führen würde, so kann diese Massnahme aufgeschoben bzw. temporär ausgesetzt werden, obwohl ein entsprechendes Ersuchen der Eigentümerschaft an die Polizei gerichtet wurde. In dieser Konstellation manifestiert sich der Grundsatz der Verhältnismässigkeit bzw. die Priorität der Gefahrenabwehr gemäss PolG gegenüber dem strafprozessualen Verfolgungszwang. Es handelt sich hierbei jedoch um absolute Ausnahmefälle.
Dass ein Ersuchen um polizeiliche Räumung einer besetzten Liegenschaft abgewiesen werden muss, kommt im Vergleich häufiger vor. Die Begründung basiert stets auf nicht erfüllten Räumungsvoraussetzungen gemäss städtischem Merkblatt (siehe Anhang). In Abhängigkeit der konkret vorliegenden Situation erfolgen Empfehlungen an die Eigentümerschaft zumeist hinsichtlich einer temporären Lösung in Form von Gebrauchsleihe/Zwischennutzung.

11) Der polizeiliche Umgang mit Hausbesetzungen ist stets ein Balanceakt, der rechtliche und politische Aspekte mit berücksichtigen muss. So stellt die Thematik des knapp verfügbaren Wohnraumes und des damit verbundenen hohen Preisniveaus im Immobilienmarkt der Stadt Zürich seit Jahrzehnten einen zentralen Bestandteil des lokalen politischen und gesellschaftlichen Diskurses dar. Nebst den rechtlichen Grundlagen sind es vor allem die Bestimmungen im entsprechenden Merkblatt (siehe Anhang), die die polizeiliche Einsatzdoktrin bestimmen. Da dieses Merkblatt durch den Zürcher Stadtrat erlassen wurde, ist es indirekt demokratisch legitimiert. Unter Einbezug dieser Aspekte verfolgt die Stadtpolizei Zürich eine Praxis im Umgang mit

Hausbesetzungen, die zwar nicht in jedem Einzelfall den Interessen aller Beteiligten gerecht werden kann, aber sich in einer Gesamtschau bewährt hat. Im Sinne einer kontinuierlichen Weiterentwicklung erfolgen gelegentlich nuancierte Anpassungen in der polizeilichen Vorgehensweise; grundlegende Änderungen sind hingegen nicht geplant und aus Sicht der Stadtpolizei Zürich auch nicht notwendig.

12) Hausbesetzungen generieren mitunter komplexe Konstellationen, denen standardisierte Lösungen oftmals nicht gerecht werden können. Aus Sicht der Stadtpolizei Zürich kann daraus jedoch kein weiterer Regelungsbedarf abgeleitet werden, da die rechtlichen Grundlagen für ein adäquates polizeiliches Handeln gegeben sind.

Für Rück- und Zusatzfragen stehe ich Ihnen jederzeit unter 044 411 74 22 oder unter simon.wichert@zuerich.ch zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Fw mbA Simon Wichert
Chef Fachbereich Kooperation

Beilage: Merkblatt Hausbesetzungen in der Stadt Zürich

Stadt Zürich
Stadtpolizei

Merkblatt
Hausbesetzungen in der Stadt Zürich

1. Grundlagen

Die Hausbesetzung erfüllt den Tatbestand von Artikel 186 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Hausfriedensbruch). Hausfriedensbruch ist ein Antragsdelikt. Das heisst: Damit die Polizei handeln kann, muss bei ihr ein Strafantrag gestellt werden. Die Polizei prüft geeignete Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands, insbesondere die Räumung der besetzten Liegenschaft.

2. Räumung

Die Räumung einer besetzten Liegenschaft soll nicht nur für den Moment, sondern auf Dauer erfolgreich sein. Deshalb muss hinreichend klar sein, dass die Liegenschaft unmittelbar nach der Räumung abgebrochen oder legal genutzt wird. Die angetroffenen Personen werden wegen Hausfriedensbruchs (und eventueller Sachbeschädigung) bei der Staatsanwaltschaft verzeigt. Sind die Voraussetzungen für die zwangsweise Räumung gegeben (vgl. nachfolgend) und wird das Objekt nach Ablauf der festgesetzten Frist von den Besetzern und Besetzerinnen nicht verlassen, wird eine Räumung durch die Polizei vorgenommen.

Die Entsorgung der von Besetzern mitgebrachten Einrichtungsgegenstände geht in der Regel zu Lasten der Verursacher.

3. Räumungsvoraussetzungen

Die polizeiliche Räumung setzt einen gültigen Strafantrag voraus und zudem einen der drei folgenden Sachverhalte:

- **Abbruch-/Baubewilligung**
  Eine rechtskräftige Abbruchbewilligung oder eine rechtskräftige Baubewilligung inkl. Baufreigabe liegt vor. Die unverzügliche Aufnahme der Abbruch-/Bauarbeiten muss belegt werden.

- **Neunutzung**
  Die rechtmässige Nutzung der Liegenschaft für die Zeit nach deren Räumung kann durch Vertrag mit Drittpersonen oder vergleichbaren Unterlagen in Aussicht gestellt und belegt werden.

- **Sicherheit/Denkmalschutz**
  Die Besetzung gefährdet unmittelbar die Sicherheit von Personen oder denkmalgeschützte Bauteile oder Einrichtungen.

4. Meldestelle Stadtpolizei Zürich

Telefon 044 411 71 17 bzw. Anzeige auf der nächsten Polizeiwache.

5. Vermittlungsstellen

Neutrale Stellen können gegebenenfalls Unterstützung leisten, wenn Verhandlungen zwischen den Parteien nicht möglich sind oder zu keinem Ziel führen.

Kontaktmöglichkeiten bei Wohnungssuche:

Verein Domicil (Gemeinnützige Wohnungsvermittlung)
Kanzleistrasse 80, 8004 Zürich
Tel 044 245 90 25

Jugendwohnnetz
Gartenhofstrasse 15, 8004 Zürich
Telefon 044 298 20 40/ www.juwo.ch

Dieses Merkblatt finden Sie auch unter der Internetseite http://www.stzh.ch

Anhang 17

Stellungnahme des Zivilgerichts Basel-Stadt

Kaspar Schudel

Von: Ramon Mabillard <Mabillard@burckhardtlaw.com>
Gesendet: Dienstag, 5. Juni 2018 08:05
An: rmabillard@gmx.ch
Betreff: WG: Motion Feller

Von: Markus.Grolimund@bs.ch [mailto:Markus.Grolimund@bs.ch]
Gesendet: Freitag, 22. Dezember 2017 15:19
An: Kaspar Schudel
Betreff: Motion Feller

Sehr geehrter Herr Schudel

Mit Mail vom 13. Dezember haben Sie das Zivilgericht Basel-Stadt nach Fallbeispielen im Zusammenhang mit Hausbesetzungen angefragt. Unsere diesbezügliche Recherche hat für die letzten fünf Jahre keine Treffer ergeben. Im Zusammenhang mit Hausbesetzungen standen offen bar zwei Fällen des Appellationsgerichts Basel-Stadt. Bei beiden handelt es sich allerdings um strafrechtliche Fälle, bei welchen die von Ihnen nachgefragte Problematik nicht geprüft wurde. Es handelt sich hier um die Fälle HB.2016.42 (vom 23.8.16) und SB.2014.126 (vom 7.7.16). Sie finden diese unter der angegebenen Fallnummer auf der Seite des Appellationsgerichts www.appellationsgericht.bs.ch .

Gerne hoffe ich, Ihnen mit diesen Angaben dienen zu können und verbleibe

mit freundlichen Grüssen

Markus Grolimund

Zivilgericht Basel-Stadt
Markus Grolimund
Dr. iur. Advokat
Verwaltungschef und erster Gerichtsschreiber
Bäumleingasse 5, 4001 Basel

Tel: +41 61 267 63 65
Mail: markus.grolimund@bs.ch

Anhang 18

Stellungnahme des Strafgerichts Basel-Stadt

Kaspar Schudel

Von: Ramon Mabillard <Mabillard@burckhardtlaw.com>
Gesendet: Dienstag, 5. Juni 2018 08:06
An: rmabillard@gmx.ch
Betreff: WG: Gutachten in Erfüllung der Motion Feller (15.3531): Bestandsaufnahme

---

Von: Patrick.Suter@bs.ch [mailto:Patrick.Suter@bs.ch]
Gesendet: Montag, 18. Dezember 2017 19:04
An: Ramon Mabillard
Cc: Kaspar Schudel
Betreff: AW: Gutachten in Erfüllung der Motion Feller (15.3531): Bestandsaufnahme

Sehr geehrter Herr Prof. Dr. Mabillard,

meine Umfrage in obiger Angelegenheit bei den Präsidien hat keine Rückmeldungen ergeben. Dies dürfte daran liegen, dass sich das Strafgericht in den letzten Jahren wohl nicht sehr oft mit Hausbesetzungen zu befassen hatte. Da wir „Hausbesetzungs-Fälle" statistisch nicht auswerten, habe ich mir erlaubt, in unserer Sammlung schriftlicher Urteile mit den Schlagworten „Hausbesetzer" und „Hausbesetzung" zu suchen und bin letztlich für die letzten 10 Jahre nur auf zwei Urteile von Relevanz (Vorfälle aus den Jahren 2013 und 2014) gestossen. Der Tatbestand, der in diesen Fällen – d.h. im direkten Zusammenhang mit der Hausbesetzung – zur Diskussion stand, war der des Hausfriedensbruchs (Art. 186 StGB). Während es im Fall aus dem Jahr 2013 in erster Instanz zu zwei Schuldsprüchen gekommen ist, wurden die angeklagten Personen im Fall von 2014 mangels erstelltem Tatbestand vom Vorwurf des Hausfriedensbruchs freigesprochen. Im Fall aus dem Jahre 2013 wurde eine Person zudem im Berufungsverfahren freigesprochen (mangels Nachweis der Täterschaft). In beiden Fällen haben sich Privatkläger konstituiert, wobei im Fall aus dem Jahr 2014 kein Antrag auf Schadenersatz gestellt wurde. Die Schadenersatzforderung betreffend den Fall aus dem Jahr 2013 wurde jeweils zufolge mangelnder Substantiierung abgewiesen.

Ich hoffe, ich konnte Ihnen mit meiner kleinen Recherche dienlich sein und stehe für Fragen gerne zur Verfügung.

Ich grüsse Sie freundlich

Patrick Suter

Lic. iur. Patrick SUTER
Verwaltungschef
STRAFGERICHT Basel-Stadt
Schützenmattstrasse 20, 4009 Basel
Tel: +41 61 267 62 14
Fax : +41 61 267 62 75
Mail: patrick.suter@bs.ch

Von: Kaspar Schudel [mailto:Schudel@burckhardtlaw.com]
Gesendet: Mittwoch, 13. Dezember 2017 14:26
An: Suter, Patrick
Cc: Ramon Mabillard
Betreff: Gutachten in Erfüllung der Motion Feller (15.3531): Bestandsaufnahme

Sehr geehrter Herr Suter

Mit Annahme der Motion Feller vom 9. Juni 2015 (15.3531) hat das eidgenössische Parlament den Bundesrat beauftragt, Vorschläge auszuarbeiten, die es den Eigentümern von unrechtmässig besetzten Liegenschaften erleichtert, sich gemäss Artikel 926 ZGB ihres Eigentums wieder zu bemächtigen. In einem ersten Schritt soll abgeklärt werden, wie nach geltendem Recht bei Hausbesetzungen heute praktisch vorgegangen wird und welche Probleme sich dabei stellen, weshalb Prof. Dr. Ramon Mabillard vom Bundesrat mit der Erstellung eines entsprechenden Gutachtens beauftragt wurde.

Wie am Montag telefonisch besprochen, sende ich Ihnen im Auftrag von Prof. Dr. Ramon Mabillard im Anhang das Schreiben mit den entsprechenden Fragen zu vorstehender Sache.

Ich danke Ihnen bereits im Voraus für Ihre Bemühungen und verbleibe

mit freundlichen Grüssen
Kaspar Schudel

Kaspar Schudel
MLaw, Advokat

Eingetragen im Anwaltsregister des Kantons Basel-Stadt

burckhardt AG
Anwälte · Notare · Steuerexperten
Mühlenberg 7, Postfach 258
CH - 4010 Basel, Schweiz

Tel +41 58 881 01 01
Direkt +41 58 881 00 75
Fax +41 58 881 01 09

E-Mail schudel@burckhardtlaw.com
Web www.burckhardtlaw.com

Diese Mitteilung erfolgt vertraulich und nur zum Gebrauch durch den oder die Adressaten. Sie kann durch das gesetzliche Berufs-, Amts- oder Geschäftsgeheimnis geschützte Informationen enthalten. Sollte sie irrtümlich an Sie erfolgt sein, dürfen Sie die erhaltenen Informationen weder nutzen noch offen legen. Bitte benachrichtigen Sie uns gegebenenfalls telefonisch +41 58 881 01 01 oder mit Antwort-Mail info@burckhardtlaw.com und löschen Sie diese Nachricht und alle Anhänge dazu unverzüglich. Besten Dank.

Anhang 19

Stellungnahme des Verwaltungsgerichts Basel-Stadt

Kaspar Schudel

Von: Ramon Mabillard <Mabillard@burckhardtlaw.com>
Gesendet: Dienstag, 5. Juni 2018 08:05
An: rmabillard@gmx.ch
Betreff: WG: Anfrage betr. Entscheide im Zusammenhang mit Hausbesetzungen

---

Von: Gabrielle.Kremo@bs.ch [mailto:Gabrielle.Kremo@bs.ch]
Gesendet: Montag, 18. Dezember 2017 19:08
An: Ramon Mabillard; Kaspar Schudel
Betreff: Anfrage betr. Entscheide im Zusammenhang mit Hausbesetzungen

Sehr geehrter Herr Prof. Mabillard,
sehr geehrter Herr Schudel

Auf Ihre Anfrage muss ich Ihnen mitteilen, dass das Verwaltungsgericht BS zumindest in den letzten 10 Jahren keine Entscheide in Zusammenhang mit Hausbesetzungen gefällt hat. Dies haben meine Suchen mit elektronischen Mitteln als auch durch Nachfragen beim Vorsitzenden der öffentlichrechtlichen Abteilung ergeben. Schliesslich ist mir auch aus meiner eigenen langjährigen Erfahrung kein entsprechendes Urteil bekannt.

Mit freundlichen Grüssen

Appellationsgericht Basel-Stadt
lic. iur. Gabrielle Kremo
Erste Gerichtsschreiberin
Bäumleingasse 1, 4051 Basel

Tel: +41 (0)61 267 63 07
Mail: gabrielle.kremo@bs.ch

Anhang 20

Stellungnahme des Hauseigentümerverbands Bern

10 01 18

HEV Bern und Umgebung

Herr
Prof. Ramon Mabillard
burckhardt AG
Mühlenberg 7
Postfach 258
4010 Basel

Bern, 9. Januar 2018 LMH

Praktisches Vorgehen bei Hausbesetzungen

Sehr geehrter Herr Prof. Mabillard

Besten Dank für Ihre an unseren Präsidenten gerichtete Zuschrift vom 13. Dezember 2017 sowie Ihr Interesse.

Zu den aufgeworfenen Fragen kann ich als Geschäftsführer sowie Rechtsberater für unsere Mitglieder wie folgt summarisch Stellung nehmen:

Das Phänomen der Hausbesetzungen erfolgt nach unserer Auffassung phasenweise; im Jahr 2017 haben im Januar gleich zwei Hausbesetzungen parallel stattgefunden, einerseits ein leerstehendes Mehrfamilienhaus beim Kocherpark sowie die leerstehende alte Schreinerei auf dem ehemaligen VonRoll-Areal. Die Beendigung der Besetzung verlief unterschiedlich: während beim Kocherpark wüste Krawallszenen bei der polizeilichen Räumung stattgefunden haben, wurde mit den Besetzern im VonRoll-Areal durch die Eigentümerschaft eine Zwischennutzung in die Wege geleitet, welche wiederholt verlängert worden ist, aktuell nun bis zum 30. Januar 2018.

Im Dezember 2015 ist das leerstehende Zieglerspital für ein Wochenende besetzt worden, hier wurde auch durch Verhandeln ein geordneter Rückzug der Besetzer erreicht, ohne dass es zu nennenswerten Schäden gekommen wäre. Die Besetzung ist aus politischen Motiven erfolgt. Zudem ist in der erwähnten Berichtsperiode das leerstehende Verwaltungsgebäude des ehemaligen Tramdepots Burgernziel kurzzeitig besetzt worden, wobei es einem Vertreter der Eigentümerschaft gelungen ist, durch Verhandeln ein Abziehen der Besetzer zu erreichen. Ganz aktuell ist im Liebefeld eine Besetzung eines Geschäftslokals im Gange.

Auffallend an diesen fünf Beispielen der letzten zwei Jahre ist, dass es sich bei den Eigentümerschaften allesamt um juristische Personen und nicht um "klassische Hauseigentümer" – sprich Privatpersonen – handelt. Entsprechend ist auch in keinem der Fälle der Hauseigentümerverband seitens der Eigentümerschaften um Rat und Tat angefragt worden.

Hauseigentümerverband Bern und Umgebung
Schwarztorstrasse 31
Postfach 338 – 3000 Bern 14
Tel. 031 388 58 50
Fax 031 388 58 59
info@hev-bern.ch
www.hev-bern.ch

HEV Bern und Umgebung

Es liessen sich aus Zeitungsberichten weitere Besetzungen der letzten Jahre in der Stadt Bern (sowie auch in der Umgebung) anfügen, wobei hier Privatpersonen (und somit keine Firmen oder institutionelle Anleger) betroffen sind. Auch hier ist der Rechtsberatungsdienst nicht um Hilfe angegangen worden.

Erklärenderweise kann dazu bemerkt werden, dass die Stadt Bern in derartigen Fällen anbietet, Verhandlungen zwischen den involvierten Beteiligten (Hauseigentümerschaften sowie Hausbesetzer) durchzuführen, um eine Zwischennutzung zu erreichen. Zudem wenden sich Eigentümerschaften in derartigen Fällen gerne auch direkt an die Polizei – welche eine grosse Erfahrung auf diesem Gebiet aufweist – um das weitere Vorgehen zu besprechen.

Aus Kreisen von Liegenschaftsverwaltungen ist zu hören, dass man versucht, das Problem gar nicht erst entstehen zu lassen, indem bspw. bei Leerkündigungen aufgrund Sanierungsabsichten bis kurz vor Baubeginn vermietet oder zwischengenutzt wird, um einen Leerstand zu vermeiden bzw. den Anreiz einer Besetzung zu verhindern. Dies generiert natürlich einen etwas höheren Aufwand für die Verwaltungen, was jedoch durch die vermiedenen Schwierigkeiten im Falle einer Besetzung mehr als wettgemacht wird.

Aus diesen Beispielen ersehen Sie, dass der HEV in den wenigsten Fällen bis gar nicht um eine Auskunft bei Hausbesetzungen angegangen wird. Sollte ein ratsuchender Hauseigentümer an uns gelangen, würden wir die entsprechenden Möglichkeiten aufzeigen, jedoch als Verband keine konkreten Massnahmen ergreifen, da wir lediglich als Rechtsberatungsstelle für unsere Mitglieder fungieren.

Wir begrüssen die Motion Feller jedoch sehr und als Hüterin des Privateigentums erachten wir eine Verbesserung der Abwehrmöglichkeiten im Sinne von Art. 926 ZGB als notwendig und sinnvoll bzw. beobachten geplante Aushöhlungen dieser Norm auf politischer Ebene (bspw. dass Räumungsmöglichkeiten erst nach erteilter Baubewilligung möglich sein sollten, sog. "Zürcher Praxis") mit grösstem Missfallen; wir versuchen, derartige, hier stattfindende Bestrebungen tunlichst zu verhindern. Eine Umsetzung der Motion Feller würde somit wohl derartige politische Aushöhlungsversuche des Privateigentums auf kantonaler sowie auf Gemeindeebene eindämmen.

Ich hoffe, diese Ausführungen dienen Ihnen und ich stehe Ihnen für zusätzliche Fragen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen

Hauseigentümerverband
Bern und Umgebung

Der Sekretär:

Lukas Manuel Herren, Notar

Hauseigentümerverband Bern und Umgebung
Schwarztorstrasse 31
Postfach 338 – 3000 Bern 14
Tel. 031 388 58 50
Fax 031 388 58 59
info@hev-bern.ch
www.hev-bern.ch

Anhang 21

Stellungnahme des Hauseigentümerverbands Zürich

02.02.18

Ihre Immobilien. Unser Zuhause.

Herrn
Prof. Dr. Ramon Mabillard
burckhardt AG
Mühlenberg 7
Postfach 258
4010 Basel

Zürich, 26. Januar 2018

Albert Leiser, Direktor
Telefon 044 487 17 71
Telefax 044 487 17 72, albert.leiser@hev-zuerich.ch

Praktisches Vorgehen bei Hausbesetzungen/Ihr Brief vom 13. Dezember 2017

Sehr geehrter Herr Prof. Dr. Mabillard

Wir bedanken uns für Ihren Brief vom 13. Dezember 2017 betreffend praktisches Vorgehen bei Hausbesetzungen.

Der Hauseigentümerverband Zürich (HEV Zürich) vertritt die Interessen von über 20'000 Mitgliedern im Grossraum Zürich. Der grösste Teil der Mitglieder sind Privatpersonen, die je etwa zur Hälfte Eigentümer von Einfamilienhäusern oder von einzelnen Mehrfamilienhäusern sind. Daneben sind auch zahlreiche in der der Immobilienbranche tätige Unternehmen – wie etwa Verwaltungen, Immobilienunternehmen oder Baufirmen – Mitglied des HEV Zürich. Gerne beantworten wir die gestellten Fragen.

- *War Ihr Unternehmen oder durch Sie verwaltete Liegenschaften in den letzten zehn Jahren oder gegenwärtig von Hausbesetzungen betroffen? Wenn ja, wie viele?*

  Eine kurzfristig über die Feiertage durchgeführte Umfrage hat ergeben, dass momentan nur wenige Eigentümer von einer Besetzung ihrer Liegenschaft betroffen zu sein scheinen. Von unserer Umfrage allerdings nicht erfasst wurden teilweise über die Stadtgrenze hinaus bekannte Fälle von Besetzungen wie etwa des Binz- und des Labitzke-Areals oder die bereits längere Zeit andauernde Besetzung des Koch-Areals. Zuletzt genanntes Areal hat die Stadt Zürich übrigens bereits in besetztem Zustand der UBS abgekauft. Aktuellstes Beispiel in der Stadt Zürich ist die bis vor einigen Tagen andauernde Besetzung eines Gebäudes der Heilsarmee.

  Wir gehen davon aus, dass in der Stadt Zürich momentan rund zwei Dutzend, in den letzten zehn Jahren mehrere Dutzend Liegenschaften unterschiedlicher Grösse von Besetzungen betroffen sind und waren. In Luzern war im Dezember 2017 und Januar 2018 die gleiche Liegenschaft gleich zweimal besetzt. Besetzungen scheinen vor allem ein städtisches Thema zu sein, vor allem in Zürich, etwas seltener auch in Genf oder momentan in Luzern. Rückmeldungen unserer Mitglieder aus ländlichen Gebieten, aber etwa auch aus St. Gallen, bestätigen

dies. Unabhängig von der tatsächlichen Anzahl Besetzungen sind wir der klaren Ansicht, dass jede Besetzung eine krasse Missachtung der Rechte der Eigentümer ist und daher zu ahnden und wenn immer möglich zu vermeiden ist. Der Schutz des Privateigentums ist eine der obersten Pflichten des Gemeinwesens.

- *Auf welchem Weg haben Sie versucht, die Hausbesetzung abzuwenden bzw. die Liegenschaft räumen zu lassen? Innert welcher Frist ab Zeitpunkt der Hausbesetzung wurde um Massnahmen ersucht?*

  Betroffene Eigentümer fordern in der Regel – sobald eine Besetzung bekannt wird – die Besetzer auf, die Liegenschaft innert Frist, unter Androhung von Strafanzeige wegen Hausfriedensbruch und Sachbeschädigung zu, verlassen. Da dies in der Regel nicht befolgt wird, erstattet der Eigentümer nach Verstreichen der Frist Strafanzeige und bietet die Polizei auf. Grössere Immobilienunternehmen greifen auch auf ihre eigenen Sicherheitsdienste zurück.

- *Haben Sie zwecks Räumung einer besetzten Liegenschaft die Polizei in Anspruch genommen? Falls ja, innert welcher Frist ab Besetzung wurde die Polizei benachrichtigt? Konnte die Liegenschaft sodann geräumt werden?*
- *Welche weiteren konkreten Massnahmen haben Sie ergriffen, um die Hausbesetzung abzuwehren bzw. um eine besetzte Liegenschaft zu räumen?*

  Die Dauer einer Besetzung – beziehungsweise die Durchsetzung einer Räumung durch die Polizei – hängt v.a. in Zürich massgeblich davon ab, ob politische Instanzen die Voraussetzungen dazu als gegeben ansehen.

  In der Stadt Zürich wird eine Liegenschaft nur dann geräumt, wenn eine Strafanzeige wegen Hausfriedensbruch **und** entweder eine gültige Abbruch-/Baubewilligung oder eine in Aussicht stehende belegte Neunutzung vorliegen. Diese Voraussetzungen sind im Zeitpunkt der Besetzung vielfach nicht gegeben, so dass Hausbesetzungen länger andauern können. Beim Binz-Areal etwa dauerte die Besetzung rund sieben Jahre. Da die Erteilung einer Baubewilligung ein baubehördliches Verfahren ist und je nach Umfang des Bauprojekts auch politische Instanzen einschliesst, kann es in der Hand kommunaler Behörden liegen, wie lange eine Besetzung effektiv andauert. Aus rechtstaatlicher Sicht sind dies unhaltbare Zustände.

  Mit dieser sogenannten "Hausräumungs-Praxis" verspricht sich die Stadt Zürich, besetzte Häuser sozusagen nur einmal räumen zu müssen. Bei einer "Räumung auf Vorrat", so die Argumentation, bestehe die Gefahr einer erneuten Besetzung.

  Diese "Nachsicht" gegenüber Besetzern wird schon seit vielen Jahren praktiziert, weshalb Eigentümer von leerstehenden Liegenschaften oftmals vorsorgen, indem sie ihre Liegenschaften unbewohnbar machen. Dies etwa durch Zerstörung der sanitären Anlagen und Fensterscheiben, Rückbau der Strom- und Wasserversorgung oder Flutung des Eingangsbereichs. Bei grösseren Arealen werden zudem auf Kosten der Eigentümer Bewachungsfirmen engagiert.

  Grössere Firmen sind dazu übergegangen, Besetzungen von leerstehenden Gebäuden mittels befristeter Miet- oder Gebrauchsverträge zu verhindern. Damit machen sie oftmals gute Erfahrungen, und die besetzten Liegenschaften wurden – wie zwischen Eigentümer und Besetzer vereinbart – unmittelbar bei Beginn der Abbruch- oder Umbauarbeiten verlassen.

- *Haben Sie zwecks Räumung einer besetzten Liegenschaft die Zivilgerichte oder den Friedensrichter in Anspruch genommen?*

Nein, dies war unseres Wissens nie der Fall. Da die Personalien der Besetzer oftmals nicht bekannt sind, kann keine Person eingeklagt werden.

In einem besonders auffälligen Fall, der uns bekannt ist, wurde ein Einfamilienhaus kurz nach dem Hinschied der alleine im Haus wohnenden Eigentümerin besetzt. Dies unmittelbar nachdem sich die Erbengemeinschaft auf dem zuständigen Notariat als neue Eigentümer eintragen liess. Die aufgebotene Polizei blieb trotz Strafanzeige, aber aufgrund einer fehlenden Baubewilligung, untätig. Die Besetzer verblieben daraufhin trotz mehrmaliger Aufforderung durch die Eigentümer im Haus. Die Besetzer verliessen das Haus erst, als einer der Erben im Garten des Hauses mit dem Häcksler laute Emissionen verursachte.

- *Gibt es Hürden, welche eine Räumung erschweren?*

  In der Stadt Zürich muss für eine Räumung eine Strafanzeige und eine gültige Abbruch- bzw. Baubewilligung oder eine Neunutzung vorliegen. Diese Praxis soll sich zunehmend auch in Städten anderer Kantone durchsetzen.

- *Erachten Sie die bestehenden Möglichkeiten, gegen Hausbesetzungen vorzugehen, als ausreichend? Falls nein, welche zusätzlichen Massnahmen resp. Handhabe würden Sie als hilfreich erachten?*

  Mehrheitlich herrscht Einigkeit darüber, dass der Eigentumsschutz der Hauseigentümer gegenüber den Besetzern besser gewährleistet werden muss. Insbesondere die Praxis in der Stadt Zürich, wonach neben der Strafanzeige wegen Hausfriedensbruch noch weitere Voraussetzungen vorliegen müssen, schafft stossende Ungerechtigkeiten.

  Es ist davon auszugehen, dass eine strengere Handhabung in anderen Kantonen und Gemeinden eine präventive Wirkung entfaltet. Damit wird dem Wunsch, ja der Pflicht nach Schutz des Eigentums Rechnung getragen und vermieden, dass durch wiederholtes Räumen und Besetzen hohe Kosten zulasten der Allgemeinheit entstehen.

  Nach unserem Dafürhalten verspricht deshalb am meisten Erfolg, wenn Liegenschaften unmittelbar nach Feststellung einer Besetzung und erfolgter Strafanzeige durch den Eigentümer von der Polizei vollständig geräumt werden. Danach muss es in der Verantwortung des Eigentümers liegen, die Liegenschaft so zu sichern, dass keine Besetzung mehr erfolgen kann.

Für Ihre Kenntnisnahme danken wir Ihnen herzlich. Selbstverständlich stehen wir bei Fragen jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen

Gregor Rutz
Präsident

Albert Leiser
Direktor

Anhang 22

Stellungnahme der Fédération romande immobilière
(*ein Teil gestrichen, da Zustimmung zur Publikation vom Autor verweigert, 7.9.2020*)

11.01.18

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

Monsieur le Professeur
Ramon Mabillard
Burckhardt AG
Mühlenberg 7
Case postale 258
4010 Bâle

Lausanne, le 10 janvier 2018 OF/st

Procédure pratique en cas de squattage

Monsieur le Professeur,

Votre lettre du 18 décembre dernier relative à l'objet cité en titre nous est bien parvenue et a retenu notre meilleure attention. Nous nous réjouissons d'apprendre que le Conseil fédéral vous a mandaté en vue de la rédaction d'un avis de droit à la suite de l'acceptation par les Chambres fédérales de la motion 15.3531 que nous avons déposée.

En annexe, nous vous prions de trouver quatre documents susceptibles d'alimenter vos réflexions :

1. Le texte de l'interpellation 13_INT_106 déposée par le député Guy-Philippe Bolay au Grand Conseil vaudois ainsi que le texte de la réponse du Conseil d'Etat vaudois du 21 août 2013.

2. Le texte de l'interpellation 14_INT_262 déposée par la députée Catherine Labouchère ainsi que le texte de la réponse du Conseil d'Etat vaudois du 6 mai 2015.

3. Un bref argumentaire en faveur de la motion 15.3531 adressé le 4 septembre 2017 à quelques Conseillers aux Etats par la Fédération romande immobilière et l'Union suisse des professionnels de l'immobilier.

4. Un avis de droit du 11 janvier 2016 rédigé par le professeur Amédéo Wermelinger concernant les conditions temporelles de l'exercice du droit de reprise selon l'article 926 al. 2 du Code civile.

Nous vous remercions de l'attention que vous prêterez à ces différents documents et restons à votre entière disposition.

Veuillez agréer, Monsieur le Professeur, l'expression de nos sentiments respectueux.

Le Secrétaire général :

Olivier Feller

Annexes ment.

11.01.18

canton de vaud

AOÛT 2013 **13_INT_106**

RÉPONSE DU CONSEIL D'ETAT
à l'interpellation Guy-Philippe Bolay - Pourquoi les squatters bénéficient-ils de droits supérieurs à ceux des légitimes propriétaires ?

1 RAPPEL DE L'INTERPELLATION

Ces derniers mois à Pully, et notamment en ce début d'année à propos de l'occupation d'une ancienne ferme située sur les hauts de la commune de Bourg-en-Lavaux, la presse s'est faite l'écho d'un certain nombre d'interrogations qui justifient la présente interpellation.

On constate notamment que l'occupation illégale d'un logement sans consentement du propriétaire ne semble susciter aucune réaction de la police, alors qu'un cambrioleur qui entre également par effraction dans un logement serait immédiatement emprisonné. Le squat est en effet une occupation illicite, mais rien n'est prévu dans le code des obligations.

En outre, pour mettre fin à une telle occupation illégale, c'est au propriétaire de faire toutes les avances de frais et d'intervenir sur le plan judiciaire. Les démarches sont particulièrement longues, car, comme le relève le procureur général du Canton de Vaud, dans l'édition du 23 février 2013 de 24Heures, ce type de comportement délictueux reste dans le bas de gamme en matière de gravité.

Le propriétaire ne peut plus accéder à son propre logement et le comble, si l'on croit l'article susmentionné, les squatters bénéficient même de l'aide de la police pour les protéger.

Sur une problématique similaire, le Conseil d'Etat a estimé que l'occupation non autorisée de terrains privés par des gens du voyage nécessitait des mesures permettant de mieux coordonner l'action des autorités et, si nécessaire, l'évacuation forcée et la dénonciation des infractions constatées. Ces réflexions et les nouveaux outils mis en place pourraient donner des idées pour les occupations illégales de logements.

Sur ces bases, nous souhaitons poser les questions suivantes au Conseil d'Etat :

1. *Pourquoi un squatter entrant dans un logement par effraction est-il traité différemment d'un cambrioleur ?*
2. *Quelles sont les dispositions légales (fédérale ou cantonale) qui rendent impossibles une intervention de la police dès le constat de l'occupation illégale de l'immeuble ?*
3. *Le Conseil d'Etat est-il conscient qu'une telle différence de traitement entre squatter et propriétaire pourrait inciter certaines personnes à vouloir faire justice eux-mêmes ?*
4. *Est-il possible d'imaginer une solution plus rapide et plus simple que la procédure civile, avec la nécessité d'un prononcé d'expulsion ?*
5. *Est-ce que les nouveaux outils contre le stationnement illicite des gens du voyage mis en place par le Conseil d'Etat sont généralisables aux occupations illégales*

d'immeubles (notamment ordre d'évacuation délivré par un préfet, exécution par la gendarmerie, encaissement immédiat d'une garantie d'amende) ?

6. *Si les compétences cantonales ne sont pas suffisantes pour assurer le respect du droit de propriété que propose le Conseil d'Etat pour favoriser une révision de la législation fédérale ?*

2 REPONSE DU CONSEIL D'ETAT

2.1 Préambule

Les nouvelles directives adoptées par le Canton de Vaud, qui permettent l'évacuation rapide des gens du voyage en cas d'occupation illicite de terrains privés, ont rapidement soulevé la question de savoir si de telles mesures pouvaient également s'appliquer à des squatters. D'emblée, il y a lieu de préciser une distinction essentielle entre les squatters et les gens du voyage. La présence des gens du voyage sur des terrains privés porte non seulement atteinte aux ayants droit de ces terrains, mais est également susceptible de troubler l'ordre et la sécurité publics. Par exemple, les campements et les cortèges de caravanes représentent des troubles de la circulation routière ; il y a également des conséquences environnementales liées à l'abandon de déchets et détritus, voire des problèmes de pollution suite au déversement de produits toxiques dans les rivières et cours d'eau. Dès lors, il est nécessaire d'avoir une prise en charge particulière pour les gens du voyage, ce qui n'est pas forcément le cas pour les squatters car, sans minimiser les désagréments que leur présence peut engendrer pour les propriétaires fonciers, il n'est pas immédiatement démontrable que celle-ci suscite un trouble général à l'ordre et à la sécurité publics.

Actuellement, plusieurs moyens de défense sont à la disposition des propriétaires lésés. Premièrement, le cas du squat remplit les conditions de la violation de domicile de l'art. 186 du Code pénal (CP). Il en résulte qu'une plainte pénale peut être déposée par la victime, ce qui pourra rendre envisageable l'intervention de la police. Deuxièmement, l'action possessoire de l'art. 926 du Code civil (CC) permet à celui dont la possession est troublée, de repousser ce trouble, mais également d'exercer un droit de reprise sur l'immeuble occupé illicitement (art. 926, al. 2 CC). Ce second moyen de défense suit les règles de la procédure civile.

2.2 Réponse aux questions

2.2.1 Pourquoi un squatter entrant dans un logement par effraction est-il traité différemment d'un cambrioleur

Le squatter commet une violation de domicile au sens de l'art. 186 CP, qui peut revêtir deux formes : soit l'auteur pénètre dans les lieux contre la volonté de l'ayant droit, soit il y demeure au mépris de l'injonction de sortir que lui a adressé l'ayant droit (ATF 128 IV 81). Par ailleurs, cette infraction n'est poursuivie que sur plainte et la sanction s'y rapportant va d'une peine pécuniaire à une peine privative de liberté de trois ans au plus.

En revanche, le cambrioleur à l'œuvre commet à la fois une violation de domicile (art. 186 CP), mais également des dommages à la propriété (art. 144 CP), un vol (art. 139 CP), voire un brigandage (140 CP), s'il s'en prend au propriétaire présent dans la maison. Il y aura donc un concours de plusieurs infractions, dont certaines sont poursuivies d'office et sont qualifiées de crimes au sens de la loi, donc sanctionnées de façon sévère.

La différence tient notamment dans l'intention de commettre l'infraction, c'est-à-dire que le squatter a uniquement l'intention de pénétrer sans droit dans une propriété privée et d'y demeurer, alors que le cambrioleur a, en plus, l'intention de s'approprier, de détruire ou de porter atteinte à des biens mobiliers. Il peut également y avoir un risque pour l'intégrité physique et psychique du propriétaire, si celui-ci se trouve présent au moment des faits. Il y a donc un degré de gravité plus élevé dans le cadre

d'un cambriolage, ainsi qu'un risque de récidive non négligeable, ce qui implique l'intervention immédiate de la police en vue de l'appréhension, de l'arrestation provisoire et de la mise à disposition du délinquant auprès du Ministère public.

2.2.2 Quelles sont les dispositions légales (fédérale ou cantonale) qui rendent impossible une intervention de la police dès le constat de l'occupation illégale de l'immeuble ?

Il n'existe aucune base légale qui rende impossible l'intervention de la police dans ce genre de situations. Toutefois, il convient de relever, qu'en règle générale, pour ce qui concerne le domaine privé, la police n'intervient que sur réquisition d'une autorité judiciaire ou administrative. En effet, il est nécessaire de rappeler que, sauf péril en la demeure, la Police cantonale n'a pas de compétence indépendante pour intervenir dans un domicile et y déloger les occupants (cf. article 22 de la Loi sur la police cantonale). L'application de la clause générale de police - dont la mise en oeuvre est de la compétence du Conseil d'Etat - ne peut également se faire que dans des cas extrêmes, à titre d'ultima ratio et pour autant que l'ordre public soit fortement troublé. De sorte que, dans la majorité des cas, la police doit fonder son intervention sur une décision judiciaire ou administrative (par exemple, une décision du Tribunal civil, du juge de paix, voire du préfet ou dans le cadre de la mise en œuvre d'une décision administrative, conformément à l'article 60 de la Loi sur la procédure administrative). S'agissant de la procédure liée à l'article 926 CC, le Tribunal fédéral a d'ailleurs déclaré que "pour le surplus, il appartient au droit public cantonal de déterminer si l'assistance peut être accordée au possesseur, et par quelle autorité" (SJ 1991, p. 602ss). A ce sujet, la jurisprudence admet qu'il existe un devoir d'intervention de l'Etat lorsqu'un citoyen voit certains de ses droits fondamentaux atteints (droit de conscience et de croyance ou liberté de réunion et d'expression). En revanche, la question est laissée ouverte quant à la garantie de la propriété de l'article 26 de la Constitution fédérale (TF 1P.175/2002).

2.2.3 Le Conseil d'Etat est-il conscient qu'une telle différence de traitement entre squatter et propriétaire pourrait inciter certaines personnes à vouloir faire justice eux-mêmes ?

Le Conseil d'Etat est bien conscient que la problématique des squatters peut entraîner passablement de frustration du côté des propriétaires lésés, mais il n'encourage en aucune façon ces personnes à faire justice elles-mêmes. Néanmoins, il y a lieu de relever que, suivant les circonstances du cas, la victime a le droit de se défendre (légitime défense, art. 15 CP) pour se protéger de toute attaque à un droit personnel, telle que la maîtrise sur son domicile (ATF 102 IV 1). La jurisprudence précise également que "celui qui ordonne vainement à un tiers non autorisé de quitter les locaux dont il a la maîtrise, est confronté à un comportement actif durablement contraire au droit ; il est la victime d'une violation de domicile et se trouve en état de légitime défense à l'endroit de l'auteur de cette violation" (SJ 1997, p. 337). Cet exercice de la légitime défense est toutefois réservé pour les cas particulièrement graves et ne doit s'exercer qu'en respectant le principe de la proportionnalité.

2.2.4 Est-il possible d'imaginer une solution plus rapide et plus simple que la procédure civile, avec la nécessité d'un prononcé d'expulsion ?

La première piste de réflexion concerne le cas particulier des bâtiments insalubres ou dangereux prévu par l'art. 93, al. 2 de la Loi vaudoise sur l'aménagement du territoire et les constructions (LATC). Cette disposition stipule que lorsque le bâtiment est insalubre ou dangereux, la municipalité peut ordonner l'évacuation des squatters. Dans ce cas précis, la présence des squatters représente un danger pour la sécurité publique, au vu de la vétusté du bâtiment, et il se justifie donc d'intervenir rapidement pour procéder à l'évacuation.

En outre, une autre solution pourrait consister à créer des directives propres, de la même façon que l'on a procédé à l'égard du stationnement illicite de campements de gens du voyage. Toutefois, comme on vient de l'indiquer, les directives applicables aux gens du voyage et, dans ce cadre, l'intervention du

préfet et des services de police, reposent avant tout sur le constat nécessaire d'un trouble à l'ordre et la sécurité publics, ce qui n'est pas forcément le cas des squatters. Cela étant, au vu de la recrudescence de cas litigieux dans le canton liés à cette problématique, il paraît opportun de s'y pencher à nouveau et d'évaluer la possibilité d'élaborer des directives particulières à ce sujet. Pour ce faire, un groupe de travail (GT), coordonné entre la Police cantonale et le Ministère public notamment, devrait se réunir prochainement (probablement dès le mois de septembre) pour débattre de cette question.

2.2.5 Est-ce que les nouveaux outils contre le stationnement illicite des gens du voyage mis en place par le Conseil d'Etat sont généralisables aux occupations illégales d'immeubles (notamment ordre d'évacuation délivré par un préfet, exécution par la gendarmerie, encaissement immédiat d'une garantie d'amende) ?

On renvoie à ce qui a été dit au point 2.2.4. Il reviendra en effet au GT de déterminer si ces nouveaux outils sont également applicables aux squatters.

2.2.6 Si les compétences cantonales ne sont pas suffisantes pour assurer le respect du droit de propriété que propose le Conseil d'Etat pour favoriser une révision de la législation fédérale ?

En l'espèce, il convient de retenir que les compétences cantonales sont suffisantes, de même que les bases légales fédérales. Des solutions pratiques pourront être développées au travers du GT précité.

Ainsi adopté, en séance du Conseil d'Etat, à Lausanne, le 21 août 2013.

Le président :	Le chancelier :
P.-Y. Maillard	*V. Grandjean*

11.01.18

canton de vaud

MAI 2015 **14_INT_262**

RÉPONSE DU CONSEIL D'ETAT
à l'interpellation Catherine Labouchère et consorts – Violation de la propriété par des occupants illicites (" squatters "), cela suffit !

Rappel

Le district de Nyon connaît depuis de nombreux mois des cas de maisons occupées illicitement —squattées. Cela a été le cas, notamment dans les communes de Coppet, Founex, Commugny, Tannay et Nyon. Ces maisons étaient vides temporairement parce qu'elles étaient en cours d'autorisation pour des transformations ou destinées à être démolies. Certaines de ces occupations ont fait l'objet de la part des occupants illicites de communications à la presse, revendiquant leur droit à s'y installer et ils ont même installé des boîtes aux lettres pour attester de leur domicile.

Les réactions non seulement des propriétaires, mais aussi de la population sont vives et contribuent à un réel sentiment d'insécurité et de malaise. Des plaintes sont déposées, des procédures menées souvent pendant des mois pour que, parfois, une évacuation soit prononcée. Dans ces circonstances, il ne faut pas s'étonner du mécontentement croissant des gens et des réflexes de ras-le-bol qui se manifestent.

S'il est vrai que le logement, notamment à des loyers abordables n'est pas toujours facile dans le district de Nyon, le filet social est significatif tant dans le canton que dans les communes. Les gens ne sont pas laissés au bord de la route lorsqu'ils ont besoin d'aide.

Face à ce problème de plus en plus fréquent et qui inquiète, les questions suivantes sont posées au Conseil d'Etat :

1. *Quelle est sa vision de ce problème qui devient récurrent ?*
2. *Quelles sont les possibilités légales de procéder au plus vite à l'expulsion des occupants illicites ? Sont-elles pleinement exploitées dans notre canton ? Le Conseil d'Etat les considère-t-il comme suffisantes ?*
3. *Comment fait-il appliquer les sanctions qui découlent de la violation du droit constitutionnel à la propriété ?*
4. *Quelle coordination avec les communes pour intervenir ?*
5. *Quelles mesures va-t-il prendre pour prévenir de tels cas ?*

Merci au Conseil d'Etat pour ses réponses.

Réponse

Préambule

Dans sa réponse à l'interpellation Guy-Philippe BOLAY intitulée "Pourquoi les squatters bénéficient-ils de droits supérieurs à ceux des légitimes propriétaires" (13_INT_106), le Conseil d'Etat avait déjà eu l'occasion de faire part de sa position sur le sujet, en indiquant quelles bases légales

existantes pouvaient être invoquées par le propriétaire dont l'immeuble serait occupé illégalement et quelles procédures judiciaires et administratives pouvaient être mises en œuvre en vue de récupérer la possession du bâtiment. Il était également question de la création d'un Groupe de travail, mené au sein de l'Administration cantonale, regroupant les divers partenaires concernés par cette problématique (police, ministère public, autorités judiciaires civiles, préfectures, autorités communales, etc.), dont l'objectif était d'examiner l'opportunité de créer une directive formelle permettant l'expulsion immédiate des squatters par l'Etat, sur le modèle de la directive établie en 2013 traitant des campements illicites de gens du voyages sur des terrains non officiels.

La présente réponse à l'interpellation de Mme la Députée Catherine Labouchère est ainsi l'occasion de rapporter le contenu des réflexions menées par le Groupe de travail en question.

Réponses aux questions

1. Quelle est sa vision de ce problème qui devient récurrent ?

   Ainsi qu'il a déjà eu l'occasion d'en faire part, le Conseil d'Etat partage les préoccupations des propriétaires d'immeubles occupés de manière illicite. Les travaux menés par le Groupe de travail précité en sont la preuve. Ceci dit, le résultat amène à des conclusions identiques à celles précédemment évoquées dans la réponse à l'interpellation BOLAY, **à savoir que le cadre légal existant paraît être le seul apte à traiter cette problématique**. Ainsi, l'élaboration d'une directive prévoyant l'expulsion forcée des squatters ne s'avère pas envisageable faute de respecter les principes généraux du droit. Dans le même sens, la création d'une base légale formelle, permettant l'expulsion immédiate des squatters par la police, se révélerait extrêmement délicate, étant donné que le cadre légal existant est lui-même déjà fort restrictif en la matière. En conséquence, le Conseil d'Etat parvient systématiquement au même raisonnement : en application de l'article 927 du Code civil suisse (CC), le propriétaire de l'immeuble occupé illicitement demeure le seul à pouvoir agir auprès des autorités judiciaires compétentes, en vue d'obtenir une décision portant sur l'expulsion des occupants et de récupérer ainsi pleine possession de son bien. L'article 927 CC offre en effet au propriétaire la possibilité de déposer une action auprès des autorités civiles, appelée "action en réintégrande", dont l'objectif est la restitution de la chose usurpée et la réparation du dommage causé. Celle-ci suit les règles habituelles de procédure et implique que les autorités judiciaires disposent d'un certain laps de temps pour statuer, excepté les mesures provisionnelles urgentes qu'elles peuvent prendre en cours d'instruction. En outre, l'article 927 CC est à distinguer de l'article 926 CC, traitant du droit de défense du propriétaire troublé dans sa possession, dont le détail de la mise en oeuvre sera développé ci-dessous.

2. Quelles sont les possibilités légales de procéder au plus vite à l'expulsion des occupants illicites ? Sont-elles pleinement exploitées dans notre canton ? Le Conseil d'Etat les considère-t-il comme suffisantes ?

   Ainsi qu'il l'a déjà précisé dans sa réponse à l'interpellation BOLAY, l'art. 926 CC permet à celui dont la possession est troublée, de repousser ce trouble mais également d'exercer un droit de reprise sur l'immeuble occupé illicitement. Il s'agit en quelque sorte d'une réaction de légitime défense à disposition du propriétaire, qui lui donne la possibilité d'agir au besoin par la force et sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'action en réintégrande prévue par l'article 927 CC. Ceci dit, pour pouvoir être mise en œuvre de manière conforme au droit, c'est-à-dire sans que l'on puisse ensuite reprocher au propriétaire d'avoir agi par la contrainte et de façon illicite, il y a lieu que cette réaction réponde aux deux conditions cumulatives

suivantes : premièrement, elle doit être immédiate. En second lieu, l'objet doit avoir été enlevé au possesseur par la violence ou clandestinement. Si ces conditions sont réunies, le possesseur est légitimé à faire usage de la force pour récupérer son bien, que ce soit directement ou par l'intermédiaire de la police, sans décision judiciaire sur le fonds.

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser ceci de la manière suivante : 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 [...]". Dans le cadre d'expulsion de squatters, la Haute Cour commente la teneur de l'art. 926, al. 2 CC en déclarant qu'il "s'agit d'un droit de justice propre qui ne nécessite, en principe, ni le concours ni l'assentiment des autorités. Cependant, bien que la loi ne le précise pas, ces dernières peuvent, sans violer le droit civil fédéral au préjudice de l'usurpateur, prêter assistance au possesseur et procéder elles-mêmes, par leurs agents, à l'expulsion. Certains auteurs estiment d'ailleurs que le possesseur ne peut recourir lui-même à la force que s'il ne peut pas obtenir cette assistance en temps utile[1]. Il est admis que les actes d'usurpation ou de trouble de la possession visés à l'art. 926 CC, portent atteinte non seulement aux intérêts du possesseur troublé ou évincé, mais aussi à l'ordre public ; Les autorités cantonales peuvent donc, en l'absence de dispositions spécifiques, venir à l'aide du possesseur sur la base des règles concernant le maintien de l'ordre public [...]" (Arrêt du 8 mai 1991 publié à la Semaine judiciaire, SJ 1991, p. 602ss).

Fort de cette appréciation, le GT cantonal s'est penché sur la possibilité qu'une directive, émise par le Conseil d'Etat, formalise cette procédure en indiquant comment la mettre en œuvre concrètement, sur requête d'un propriétaire privé.

Après étude du cadre légal et nonobstant le raisonnement qui précède, il s'est avéré à l'issue des travaux, que cette solution n'était pas envisageable en pratique faute de pouvoir garantir, dans chaque cas d'application, le respect des conditions prévues par l'article 926 CC, en particulier la condition d'immédiateté.

En effet, sur la base de cette disposition, le possesseur lésé est contraint de réagir **immédiatement** sans quoi son recours à la force devient **illicite** et son droit de reprise également.

La notion d'immédiateté est interprétée au sens très strict. En effet, le propriétaire doit réagir sans aucun retard, c'est-à-dire non pas dès la connaissance de l'occupation illicite par des squatters, mais bien *dès l'arrivée de ces derniers dans l'immeuble*. En d'autres termes, la réaction initiale du possesseur doit avoir lieu dans le prolongement immédiat de l'acte d'usurpation pour pouvoir justifier l'exercice de son droit de reprise par la force, suivant l'article 926, alinéa 1 CC. Si cet acte est découvert ultérieurement, soit même après un délai se comptant encore en *heures*, le recours à la force et l'intervention de la police peuvent être considérés comme illicites. Le droit de reprendre possession de la chose par la force s'éteint si elle n'est pas exercée immédiatement au motif qu'il n'est plus possible de prétendre à un trouble à l'ordre public. Dans ce cas, seule l'action en réintégrande prévue par l'article 927 CC reste envisageable et seules les autorités judiciaires civiles demeurent compétentes pour prononcer l'expulsion et requérir l'appui de la force publique.

Ainsi, l'exigence d'immédiateté se révèle difficile à remplir, sachant qu'elle nécessite que le

propriétaire informe sans délai les squatters de son refus de les tolérer et entreprenne tout aussi rapidement les démarches nécessaires pour obtenir leur évacuation. Par ailleurs et surtout, si l'occupation illicite est déjà effective *plus de quelques heures* avant que le propriétaire n'intervienne, il sera quasi impossible d'établir que le droit de reprise prévu par l'article 926, alinéa 2 CC est encore applicable et par corollaire que l'ordre public est encore troublé (arrêt du TF du 23 octobre 1980, publié in SJ 1981 P. 114, consid. 6c, p.122).

Cet élément d'immédiateté est également celui qui impose de traiter différemment les gens du voyage - pour lesquels une directive d'expulsion immédiate a été mise en oeuvre en 2013 par le Conseil d'Etat - des squatters. Dans le cas des gens du voyage occupant un terrain de manière illicite, il est très souvent inutile de saisir la justice car, en principe, ils ont quitté le terrain déjà quelques jours après leur installation, avant que des mesures aient pu être ordonnées par la justice, même à titre provisionnel. En cela, le recours à l'article 927 CC n'est quasi pas envisageable à l'égard des gens du voyage, au contraire des squatters qui restent souvent plusieurs semaines voire plusieurs mois dans une même habitation et face auxquels les autorités judiciaires ont tout loisir d'intervenir selon les règles ordinaires de procédure.

Reprenant l'ensemble des éléments développés, le Conseil d'Etat parvient à la conclusion que la création d'une directive permettant à la police de faire évacuer les squatters, sur la seule demande du propriétaire immobilier, ne répondrait que très rarement aux conditions fixées par l'article 926 CC et risquerait ainsi de se révéler illicite dans bien des cas car en violation du droit fédéral. Il appartient aux seules juridictions civiles de rétablir à titre provisoire ou définitif une situation conforme au droit, sur la base de l'action en réintégrande de l'article 927, alinéa 3 CC.

Pour clore, le Conseil d'Etat précise qu'il s'est également penché sur la possibilité de se munir d'une base légale au sens strict sous la forme d'une mesure de police d'ordre général. Il est toutefois parvenu à la même conclusion négative. Pour être conforme à l'ordre juridique suisse, suivant les règles prévalant au sein de notre ordre constitutionnel en matière de respect des droits fondamentaux, la mesure de police tendant à garantir le maintien de la propriété ne pourrait se justifier que si la valeur des intérêts en jeu et la gravité de l'atteinte portée nécessitaient une intervention immédiate et impossible à obtenir en temps utiles par la voie civile, ce qui n'est manifestement pas le cas en l'espèce. En d'autres termes, un éventuel devoir d'intervention de l'Etat, requis par un citoyen atteint dans l'un de ses droits fondamentaux, ne saurait exister de façon absolue ou inconditionnelle. Il dépend de la gravité de l'atteinte ainsi que de l'ensemble des circonstances dans lesquelles l'Etat est appelé à agir par l'intermédiaire des forces de police (ATF 119 Ia 28 consid. 2, p. 31). En conséquence, la création d'une base légale générale, permettant l'intervention de la police et l'expulsion des squatters dans tous les cas et sur seule requête d'un propriétaire immobilier, se révélerait contraire aux principes généraux du droit et aux conditions fixées par l'article 926 CC.

3. Comment fait-il appliquer les sanctions qui découlent de la violation du droit constitutionnel à la propriété ?

Dès l'instant qu'une décision judiciaire, fondée sur les dispositions du Code civil suisse, est rendue au profit du propriétaire par le tribunal compétent, les forces de l'ordre entreprennent les démarches nécessaires à l'expulsion du squat, sur la base de la réquisition du magistrat. Il en va de même si l'expulsion peut être mise en œuvre sur la base d'une décision de l'autorité communale fondée sur l'article 93, alinéa 2 de la loi vaudoise sur l'aménagement du territoire et

les constructions (LATC). Cette disposition stipule que lorsque le bâtiment est insalubre ou dangereux, la municipalité peut ordonner l'évacuation des occupants. Pour l'y aider, elle peut disposer de l'appui de la Police cantonale et, le cas échéant, du corps de police communal compétent, conformément à l'article 61 de la Loi sur la procédure administrative (LPA). Cette façon de faire a d'ailleurs été utilisée pour l'évacuation du squat de Chavannes-de-Bogis en 2013. Elle suppose toutefois que la commune constate la dangerosité ou l'insalubrité des lieux et ordonne l'évacuation pour des motifs sécuritaires ou sanitaires.

4. Quelle coordination avec les communes pour intervenir ?

   Lorsqu'une décision d'expulsion doit être mise en œuvre, une concertation entre les autorités cantonales et communales - notamment par l'intermédiaire de la police - a systématiquement lieu en vue de prévoir les modalités d'expulsion et le suivi. Il va de soi que le propriétaire de l'immeuble est également associé aux réflexions. Dans les cas d'application survenus jusqu'ici, notamment dans l'exemple cité de Chavannes-de-Bogis, plusieurs séances de coordination ont été nécessaires, organisées sous l'égide de la Police cantonale et de la Municipalité concernée, comprenant la participation d'une vingtaine de représentants, tous corps de métiers confondus (autorités communales, préfet, police, notaire, pompiers, sanitaires, déménageurs, dépanneurs, société protectrice des animaux, menuisier, génie civil, entreprise de sécurité privée). Lors de telles interventions, ce ne sont pas moins d'une centaine de personnes qui sont susceptibles d'être mobilisées sur le terrain pour que l'évacuation se déroule dans de bonnes conditions. Il faut en effet préciser que tant le propriétaire que les occupants doivent se voir garantir leurs droits sur leurs biens. Ainsi, les effets personnels des occupants seront triés, inventoriés et conservés afin qu'ils puissent les récupérer à l'issue de l'intervention.

5. Quelles mesures va-t-il prendre pour prévenir de tels cas ?

   Comme il ressort de l'analyse qui précède, le Conseil d'Etat a une marge de manoeuvre extrêmement limitée dans cette thématique règlementée par le droit fédéral. Il appartient avant tout aux propriétaires d'immeubles inoccupés de prendre des mesures de sécurisation afin d'empêcher des tiers d'y pénétrer et d'y demeurer de façon illicite. Le Conseil d'Etat continuera de sensibiliser les responsables. Ainsi, des contacts sont régulièrement pris par les services de police cantonaux et communaux avec les propriétaires pour les rendre attentifs à cette problématique. Il va renforcer cette communication en rappelant aux communes, par le biais des associations communales mais également des préfets, les moyens à leur disposition. Le Conseil d'Etat compte également sur la participation active des autorités municipales dans l'information aux propriétaires d'immeubles inhabités.

   Par ailleurs, la Police cantonale se tient à disposition des autorités communales de façon constante pour les aider à gérer la présence de squatters sur leur territoire et les renseigner. A cet égard, elle se tient régulièrement informée de l'existence de squats dans le canton, dont elle étudie les potentiels risques qu'ils représentent pour la sécurité publique, en particulier lorsqu'ils ont engendré des interventions de police pour divers troubles.

[1] Commentaire bernois : Emil Stark, Das Sachenrecht, 2ème édition, ad art. 926, n. 17 et 23.

Ainsi adopté, en séance du Conseil d'Etat, à Lausanne, le 6 mai 2015.

Le président :	Le chancelier :
P.-Y. Maillard	*V. Grandjean*

FEDERATION ROMANDE IMMOBILIERE
Case postale 5607, 1002 LAUSANNE
Tél. 021 341 41 42, Fax 021 341 41 46
www.fri.ch, mail@fri.ch

UNION SUISSE DES PROFESSIONNELS
DE L'IMMOBILIER
Case postale 1215, 1001 LAUSANNE
Tél. 058 796 33 00, Fax 058 796 33 82
www.uspi.ch, info@uspi.ch

Prise de position
15.3531- Motion Conseil national (Feller)
Renforcer les moyens de défense contre les squatters en assouplissant les conditions d'application de l'article 926 du Code civil

1. Enjeux

La motion demande au Conseil fédéral de prendre les mesures nécessaires pour que les propriétaires d'immeubles occupés de façon illicite par des squatters puissent exercer le droit de reprise prévu à l'article 926 du Code civil (CC) à des conditions plus souples, en particulier concernant les délais à respecter.

Cette motion a été acceptée par le Conseil national, le 3 mai 2017, par 128 voix contre 57 et 1 abstention. Le 15 août 2017, la CAJ-E a décidé de proposer, par 8 voix contre 4 et 1 abstention, d'adopter la motion.

2. Position de la FRI et de l'USPI Suisse

La FRI et l'USPI Suisse recommandent d'accepter la motion.

3. Motifs

L'article 926 CC permet à celui dont la possession est troublée de repousser ce trouble et d'exercer un droit de reprise de l'immeuble occupé illicitement - soit directement, soit par l'intermédiaire de la police - sans être obligé de recourir à une action en réintégrande (au sens de l'article 927 CC) et d'attendre une décision de justice sur le fond. Le texte de l'article 926 CC précise que le propriétaire concerné doit agir « aussitôt ».

I. Le premier problème, c'est que la jurisprudence du Tribunal fédéral n'a jamais défini de façon claire et constante ce qu'il faut entendre par « aussitôt », ce qui place le propriétaire concerné et, le cas échéant, les autorités policières locales dans une situation d'insécurité juridique.

II. On peut déduire d'un arrêt du Tribunal fédéral publié dans la Semaine judiciaire (SJ 1991, pages 602 et suivantes) que si le droit de reprise est exercé dans un délai inférieur à 24 heures, la condition temporelle de l'article 926 CC est respectée. Or - et c'est le deuxième problème -, en obligeant le propriétaire d'immeuble à agir en moins de 24 heures, on enlève quasiment toute portée pratique à l'article 926 CC. Quid par exemple si l'occupation illicite intervient un vendredi soir ou un samedi soir ? Cela doit être corrigé. On pourrait imaginer, par exemple, que le délai dans lequel le propriétaire doit réagir soit porté à au moins 24 heures ou à 48 heures.

III. Le troisième problème, c'est que la doctrine n'est pas d'un grand secours pour comprendre ce qu'il faut entendre par « aussitôt ». Dans son avis du 19 août 2015, le Conseil fédéral prétend que « l'article 926 CC, s'il est interprété selon la doctrine dominante, offre au droit de défense du possesseur la flexibilité requise » notamment en ce qui concerne les délais. L'avis du Conseil fédéral est très discutable. Dans un avis de droit donné le 11 janvier 2016[1], le professeur Amédéo Wermelinger relève qu'en réalité, il n'y a pas d'unité de doctrine. Si les auteurs plus anciens semblent encore enclins à accorder au dépossédé un délai pouvant se compter en jours, les auteurs plus récents ont pour la plupart abandonné une telle position.

Le professeur Amédéo Wermelinger considère que l'avis du Conseil fédéral du 19 août 2015 « doit être tenu pour un miroir aux alouettes ». Il relève que « l'attitude du Conseil fédéral qui s'appuie principalement sur un auteur de 1909 pour justifier du fait que le possesseur dispose de quelques jours pour réagir, alors que la doctrine dominante actuelle semble bien plus sévère, ne dénote pas d'un grand sérieux (...) ». Enfin, il relève que la position du Conseil fédéral est une réponse « politique et non juridique », exprimée en fonction « du peu d'empressement à se saisir du dossier ».

Lausanne, le 4 septembre 2017/OF
Renseignements complémentaires :
Olivier Feller, secrétaire général de la FRI, 021 341 41 42
Frédéric Dovat, secrétaire général de l'USPI Suisse, 058 796 33 00
Stefanie Meier-Gubser, responsable de l'antenne fédérale FRI et USPI Suisse, 058 796 99 59
(Antenne fédérale FRI/USPI, Kapellenstrasse 14, Case postale, 3001 Berne)

[1] Cet avis de droit peut être obtenu sur simple demande au secrétariat de la FRI (mail@fri.ch).

Anhang 23

Medienmitteilungen

Ihre Story, Ihre Informationen, Ihr Hinweis? feedback@20minuten.ch

Zürich-Altstetten 12. Februar 2018 14:28; *Akt: 12.02.2018 15:46*

Polizei verhaftet 14 junge Hausbesetzer

In Zürich-Altstetten fand am Montagmittag ein Polizeieinsatz statt. Grund waren Hausbesetzer, die ein Gebäude an der Baslerstrasse übernommen hatten.

ein aus i

Fehler gesehen?

Fehler beheben!

gegenüber des Einkaufszentrums Letzipark wurde in der Nacht auf Montag ein Haus besetzt. Am Gebäude an der Baslerstrasse 71 in Zürich-Altstetten hingen Transparente mit der Aufschrift «Bsetzipark» und «Besetzt» an der Fassade. Die Besetzer hatten sich mit Holzplatten verschanzt. «Das Gebäude war völlig verbarrikadiert, als die Polizei eintraf», sagt Marco Cortesi, Sprecher der Stadtpolizei Zürich. Es hätte Spezialeinheiten gebraucht, um ins Haus einzudringen.

Im Haus, das der Swiss Life gehört und bald durch ein Hochhaus mit Wohnungen ersetzt werden soll, befinden sich noch genutzte Büros diverser Mieter und viele Möbel. «Als am Morgen mehrere Personen zu ihren Arbeitsplätzen wollten, wurde ihnen von den Besetzern der Zutritt verwehrt», so Cortesi. In einem solchen Fall könne man ein Haus nicht besetzen. Dann greife die Polizei ein.

WERBUNG

nRead invented by Teads

Besetzer leisteten Widerstand mit Feuerlöscher

Die Eigentümerschaft habe am Morgen die Polizei alarmiert und Strafantrag wegen Hausfriedensbruch gestellt. Die Polizei umstellte anschliessend die Liegenschaft. Kurz nach Mittag wurde das Gebäude geräumt. Dabei wurden 14 junge Personen in Gewahrsam genommen, darunter vier Frauen. Die Besetzer hätten sich widerstandslos festnehmen lassen. Während der Räumung leisteten sie allerdings massiven Widerstand mit Wasser und Schaumlöscher. Dabei kam es zum Einsatz von Reizstoff.

1/4

Ein Leser-Reporter filmt, wie die Hausbesetzer aus dem Gebäude rufen.

(20M)

Mehr Themen

Dieses Küken schlüpfte aus einem Bio-Ei

Als ein Bümplizer davon hörte, dass aus Bio-Eiern unter Umständen Küken schlüpfen können, wagte er mit seiner Familie das Experiment. Nach 21 Tagen schlüpfte ein Küken.

Wanderer entdeckt Tierfriedhof im Tessin

Während einer Wanderung durchs Muggiotal im Tessin machte ein Leser einen grausigen Fund: An einem Hang entdeckte er mehrere Tierkadaver.

Honda Helvetic Tour

Nehme teil an der Honda Helvetic Tour und erlebe das Abenteuer! Neue App jetzt verfügbar!

Une info à nous transmettre? Une histoire à nous raconter? Ecrivez-nous à **web@20minutes.ch**

Genève

28 avril 2018 13:00; *Act: 28.04.2018 14:12*

Porte blindée contre squatters à la Coulou

par Maria Pineiro - Le collectif Prenons la ville envisageait d'occuper à nouveau un immeuble vide depuis des années dans le quartier de la Jonction.

Les membres du collectif Prenons la ville ont manifesté devant le 40 rue de la Coulouvrenière. (Photo: DR)

on off i

Une faute?

Signalez-la-nous!

rendez-vous avait été donné aux alentours de 10h samedi, non loin de Plainpalais. Une quinzaine de personnes réunissant des associations d'habitants, d'étudiants ou de partis politiques est ensuite partie en direction de la rue de la Coulouvrenière. Leur but: occuper à nouveau l'immeuble sis au numéro 40, déjà squatté le 17 mars lors d'une manifestation «pour le droit à la ville».

Une fois sur place, les militants jeunes et moins jeunes, une cinquantaine de personnes en tout, ont constaté l'impossibilité d'entrer dans le bâtiment convoité. «Une plaque blindée a été intallée sur la porte cette semaine, et nous avons pu observer une forte présence policière en civil ces derniers jours», a déploré Elise du collectif Prenons la ville.

WERBUNG

Ahead invented by Teads

«Le symbole de la peur»

«Cette plaque, c'est le symbole de la peur des spéculateurs, a poursuivi la jeune femme. Ils ne répondent pas à nos revendications, mais dans l'ombre, ils tentent de bloquer nos actions.» Prenons la ville projetait des activités enfantines et sportives sur le site durant le week-end.

Les diverses associations membres du collectif ont profité de cette réunion pour réaffirmer leur soutien au mouvement et à ses revendications. Ainsi des associations d'habitants de la Jonction (Jonx) et des Pâquis (Survap). Jean-Pierre Fioux, de Jonx, a rappelé la très forte densité de son quartier. «Le vrai scandale, ce n'est pas l'occupation d'un immeuble, c'est de le laisser vide durant des décennies», a-t-il estimé.

La faîtière des syndicats étudiants (Cuae) et l'association du logement pour étudiants Ciguë étaient également de la partie, regrettant le peu de place consacrée aux personnes en formation dans le canton. «L'Etat laisse les milieux immobiliers dicter leur loi», a déploré le représentant de la Cuae. Enfin, plusieurs membres du parti Solidarités, dont la candidate au Conseil d'Etat Jocelyne Haller, ou le secrétaire du parti, Pablo Cruchon étaient sur place.

Pablo Cruchon, secrétaire de Solidarités, a appelé à continuer les actions:

Enclencher une dynamique

«Des bâtiments vides comme celui-ci, il y en quatre ou cinq à Genève», a affirmé Raphaël, du collectif Prenons la ville. Le jeune homme se réjouit de la large mobilisation autour du mouvement, mais insiste que l'immeuble de la rue de la Coulouvrenière constitue la priorité du collectif.

«Nous avons envie que les gens se réapproprient la ville» a poursuivi Raphaël. Le collectif a clairement indiqué vouloir maintenir la pression sur les autorités: «Ceci n'est qu'un contretemps, nous sommes déterminés à faire de ces espaces vides des lieux de partage, de socialisation dans lesquels tous les habitants ont leur place. Nous ne nous arrêterons pas.»

Les manifestants ont symboliquement inscrit «vide» sur la porte du bâtiment à la meuleuse.

Les manifestants avaient tout de même prévu de rester sur place pour partager un repas.

Plus de sujets

Il heurte la glissière de sécurité à moto et décède

Un homme est mort mercredi soir près de Vex après avoir perdu la maîtrise de sa moto.

Alinghi a une immense cible sur sa voile

Presque invincible l'année dernière, le bateau d'Ernesto Bertarelli est le grand favori du 15e D35 Trophy 2018 qui débute vendredi.

Diverses offres d'emploi

Plus de 700 postes intéressants. Découvrez la diversité des emplois du Groupe Migros!

LE TEMPS

Les squatters de la route de Malagnou, les derniers des mohicans, Malagnou, juin 2017. © Nicolas Righetti / Lundi13

5 minutes de lecture

Genève

Antoine Harari
Publié dimanche 18 juin 2017 à 18:44, modifié mercredi 6 septembre 2017 à 16:47.

GENÈVE

A Genève, les irréductibles squatters conchois

Occupant une maison au 154, route de Malagnou depuis 2012, les membres du collectif Xénope s'opposent à une décision du Conseil d'Etat genevois qui veut les en chasser. Si Genève était une référence pour les squats jusqu'à il y a dix ans, ceux-ci sont aujourd'hui en voie d'extinction

Nous sommes en 2017 après Jésus-Christ. Tous les squats de Genève ont disparu. Tous? Non. Une petite maison d'irréductibles Conchois résiste encore et toujours aux forces de l'ordre. A Conches, les villas se négocient à plusieurs millions de francs. Pourtant, dans ce village tranquille en bordure de Genève, 13 jeunes occupent un bâtiment au 154, route de Malagnou. Flanquée à sa gauche des containers de l'association Carrefour Prévention, et à sa droite des logements étudiants de la Tortue, la maison du collectif Xénope se dresse sur plusieurs étages. Rafistolée de plusieurs planches en bois, la porte d'entrée a vécu.

Souriant, Jonathan nous attend au rez-de-chaussée. Cheveux courts sur le côté et frisés sur le dessus du crâne, l'apprenti électricien porte des petites lunettes carrées. Membre du collectif Xénope, nom donné à la maison en raison de son affectation première, celle d'étudier des xénopes, une sorte d'amphibiens, le jeune homme s'exprime au nom de ses camarades. Ensemble, ils protestent contre la décision du Conseil d'Etat de les expulser le 1er juillet prochain. En particulier, le conseiller d'Etat du Département des finances,

qu'ils surnomment avec humour «Sergio Dal Pipeau». «L'Etat nous mène en bateau et pratique la politique de l'autruche. Ils ne nous répondent jamais, et nous apprenons leurs décisions systématiquement par voie de presse», explique Jonathan.

Derniers des Mohicans

Tout en se remémorant, goguenard, la tentative de remise du «pipeau d'or» par leurs soins au conseiller d'Etat, Jonathan affirme être prêt à négocier: «On ne nous a rien offert en échange. Nous payons un loyer – même s'il est faible – car nous avons parfaitement conscience que les squats sont une pratique d'un autre temps.» Alors que le nombre de squatters a culminé aux alentours de 2000 personnes au début des années 2000 avec plus de 100 squats dans le canton, les membres de Xénope font figure aujourd'hui de derniers des Mohicans. Ils semblent être les ultimes héritiers de cette pratique. Interrogé sur les raisons de cette disparition, Jonathan hausse les épaules: «La répression juridique et policière est beaucoup plus violente aujourd'hui qu'à l'époque. Ce ne sont pas les squatters qui ont perdu mais les milieux immobiliers qui ont provisoirement gagné la bataille.»

Le Conseil d'Etat a décidé en 2016 d'expulser les habitants de Xénope pour y mettre une trentaine de réfugiés. Ardents défenseurs des personnes en exil, Jonathan et ses camarades Ivan et Rémi sont amers: «Nous étions responsables du mouvement No Bunkers après l'incendie des Tattes. Et nous sommes les premiers à dire que les requérants d'asile sont mal logés. Mais virer 15 personnes pour en mettre 30, c'est ridicule! L'Etat possède de nombreux bâtiments vides. Mais il n'en fait rien.» Présent depuis les débuts de l'occupation, Jonathan se souvient de leur arrivée: «Nous étions une cinquantaine. Nous avons contacté le rectorat d'entrée de jeu. Ils nous ont envoyé une force spéciale de la police. Ils nous criaient: «Sortez! Sortez!» Mais nous n'avons pas bougé.» Il se rappelle aussi cette première semaine d'occupation passée à la lumière des bougies à la suite des coupures de courant orchestrées par la police.

Héritiers des années 90

Assis sur l'une des chaises de la salle de réunion, Jonathan est entouré de livres. Méticuleusement classés, les ouvrages sont séparés par thèmes: Sexualité, Truands, Squat ou encore Police. «Ils s'intéressent à nous, alors on s'intéresse à eux», rigole-t-il. Cherchant désespérément un ouvrage qui recensait les squats des années 2000, il peste: «Lors de sa dernière perquisition en avril dernier, la police a emporté notre ordinateur où nous avions référencé tous les ouvrages. Du coup, on ne retrouve plus rien.»

Au premier étage se trouvent les espaces communautaires comme la salle de réunion et la cuisine. Dans la cave, les membres de Xénope ont installé divers ateliers. Fervents adeptes d'une démocratie directe, leurs décisions sont prises à l'unanimité et de manière horizontale comme à l'époque à Rhino où à Artamis. Membre du collectif, Carmen réfute pourtant une quelconque nostalgie de l'époque des squats. «Les années 90 ne nous manquent pas, mais c'est vrai que nous sommes un peu les héritiers de cette culture.»

Ateliers pratiques

Formant une communauté soudée, les habitants de Xénope comptent sur des gens de l'extérieur pour dynamiser leur offre culturelle, élément essentiel des mouvements de squat. A ces fins, ils ont organisé par le passé les CCC, Café, Croissant, Connaissance. Aujourd'hui, ce sont plutôt des ateliers pratiques, notamment de confection de meubles, ou des journées de travail agricole dans le potager qui ont lieu. En short et pull à capuche, la barbe taillée à la serpe et les mains burinées par le travail manuel, Ivan nous montre les différentes affiches préparées pour leur manifestation du 1er juillet. Entre les images d'époque qui rappellent les squats et les luttes sociales des années 90, le slogan «Malagnou restera» se lit un peu partout.

Recours au tribunal

Ayant fait recours au Tribunal des baux et loyers, les habitants savent qu'ils ont gagné quelques mois de répit. Mais à travers cette mobilisation, ce charpentier de profession espère «élargir le débat sur le logement en amenant une réflexion plus large sur la gentrification et la précarisation des locataires». Dégoûté, il en veut pour preuve les nouveaux duplex construits en lieu et place de l'Hôtel California, ancien squat mythique dans les années 2000 aux Pâquis. «C'est un symbole de la politique de la Ville», s'exclame-t-il.

Contacté, Roland Godel, porte-parole du Département des finances, ne partage pas la vision de Xénope: «Lors des discussions menées en 2014, il était parfaitement clair que le bail signé était d'une durée déterminée et non renouvelable.» Réfutant le caractère politique du dossier, il ajoute: «Les habitants de Malagnou semblent tentés de se poser en victimes d'un système, alors qu'ils ont eu le privilège de développer un projet dans des conditions remarquables.» Reste à savoir combien de temps les Conchois pourront survivre sans potion magique.

DOSSIER
Squats de Suisse, les incubateurs de la culture alternative ·

Encore 8 articles gratuits à lire ×

Das könnte Sie auch interessieren

Inwil LU - Nach Verkehrsunfall weiter gefahren...

Die Top 10 Besten Mac Anti-virus (2018)

Maladers GR - Anhänger mit Ladung gekippt

Hautärzte sind schockiert

Folge uns auf Twitter

Bern BE - Hausbesetzer attackieren Polizisten mit Feuerwerk und Abfallkübeln

22.02.2017 09:53 | Von: P.D.

An der Effingerstrasse in Bern BE probiert die Polizei ein Haus zu räumen. Die Besetzer setzen sich jedoch zur Wehr. Sie beschiessen die Beamten mit Feuerwerk.

Hausbesetzer schiessen Feuerwerk auf Polizisten. (Symbolbild) - kaytitan (CC0 Public Domain)

Am heutigen Mittwoch begab sich die Berner Polizei in Vollmontur in Richtung einer besetzten Liegenschaft an der Effingerstrasse in Bern. Vor Ort erwartete die Beamten allerdings eine heftige Gegenwehr. Die Besetzer schossen Feuerwerk auf die Polizisten und waren mit Abfallkübeln nach ihnen, wie die Zeitung "Der Bund" berichtet.

Wichtige Meldungen

Region Olten SO - Mutmasslicher Trickbetrüger ermittelt

Heerbrugg SG - Raub in Unterführung – Zeugenaufruf

Sitten VS - Motorradfahrer nach Verkehrsunfall verstorben

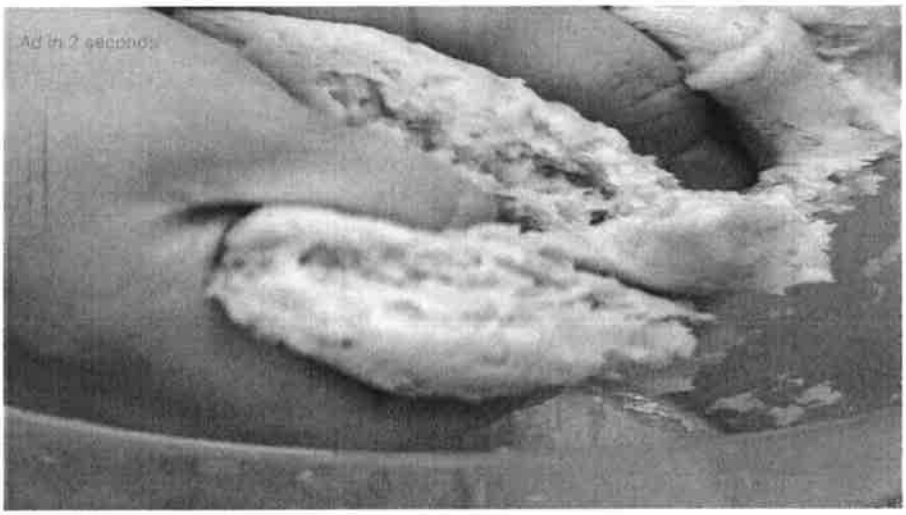
Inzwischen hat die Polizei den Einsatz bestätigt. "Aus Sicherheitsgründen haben wir die Effingerstrasse im Bereich des Einsatzes gesperrt", so Polizeisprecherin Corinne Müller. Auch die Feuerwehr ist vor Ort.

Wegen der Ausschreitungen ist die örtliche Tramlinie unterbrochen. "Auf den Linien 6, 7, 8 und 17 ist infolge eines Polizeieinsatzes mit Kursausfällen zu rechnen", ist einem Tweet von "Bernmobil" zu entnehmen.

Besetzer nennen sich "O du Fröhliche"

Seit einiger Zeit wird die besagte Liegenschaft von einer Gruppe, die sich "O du Fröhliche" nennt, besetzt. Das Haus gehört dem "Bundesamt für Bauten und Logistik". Weil die BBL das bis anhin leerstehende Gebäude nun selber räumen will, soll es jetzt geräumt werden.

Facebook Twitter Google+

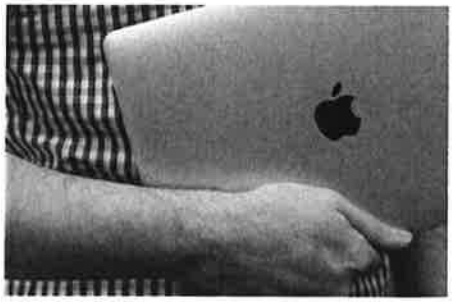


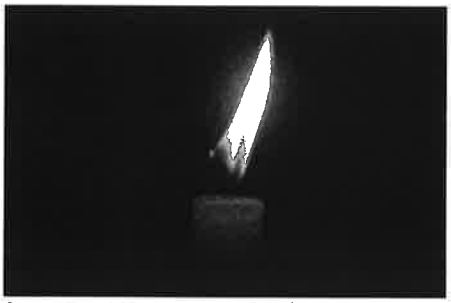
powered by ShowHeroes

Das könnte Sie auch interessieren

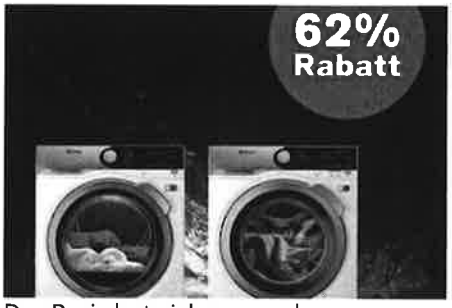
Sargans SG - Einbruch in Büroräumlichkeiten

Familien-Ferientipp: Kärnten


Die Top 10 Besten Mac Antivirus (2018)


Saas-Fee VS - Lawine fordert Todesopfer und Verletzte

Pfyn TG - Frau stirbt bei Reitunfall



Der Preis hat sich gewaschen

COPYRIGHT © 2013 -2018 WWW.POLIZEITICKER.CH (HTTP://WWW.POLIZEITICKER.CH)

ZÜRICH

Besetzung an der Hotzestrasse 30 in Zürich

FREIRÄUME - WOHNUNGSNOT 07.11.2017

In der Nacht auf heute, Dienstag den 07.11.2017, haben wir das Haus an der Hotzestrasse 30 besetzt. Solange wie möglich werden wir dieses Haus bewohnen, beleben und bespielen. Und wir tun dies nicht klammheimlich, sondern wollen mit der Besetzung ein Zeichen setzen, dass wir uns den Geschehnissen nicht einfach ergeben. Wir werden dem Haus Leben einhauchen, es pflegen und benutzen.

Die Eigentümerschaft Schweizerische Kaderorganisation (SKO) hat im Umgang mit den Vormieter*innen deutlich gezeigt, wo ihr Interesse liegt. Die Student*innen, Eltern, Kinder, Menschen, die im Haus wohnten und lebten wurden auf die Strasse gestellt, lange bevor mit dem Abriss des Hauses geschweige denn des Neubaus begonnen werden kann. Deutlich zeigt sich das daran, dass die zweite Haushälfte noch bewohnt ist.

In einer Stadt wie Zürich bedeutet Leerstand Verschwendung und solche vorzeitigen Kündigungen und Abriss auf Vorrat haben keinen Platz. Mit der Besetzung zeigen wir, dass wir uns gegen diese kapitalistische Stadtentwicklung wehren.

In Anlehnung an den Strassennamen haben wir Otfried Preusslers Geschichten zum Räuber Hotzenplotz unseren Familiennamen entnommen. So wie Preussler in seinem dritten Band ein subversives Motiv einführt, indem für Räuber Hotzenplotz die Unschuldvermutung nicht mehr gilt und der Polizist ihn ohne Beweise "drankriegen" will, so läuft es derzeit mit Hausbesetzungen in Zürich. Anfangs der 90er wurde in Zürich das sogenannte „Genfer Modell" eingeführt, gemäss welchem Häuser nur geräumt werden, falls eine weitere Nutzung der Liegenschaft vorliegt. In der letzten Zeit wurde diese Regelung verschiedene Male ausser Acht gelassen und die Polizei nahm eigenmächtig Räumungen von Häusern vor, die auch jetzt noch leer stehen. Wir prangern diese aktuelle Praxis deutlich an.

In diesem konkreten Fall rechnet selbst die Eigentümerschaft nicht mit einem Abriss-Beginn vor Ende Februar. Dass der Abriss und die folgende Grossbaustelle im Quartier nicht wirklich willkommen sind und mit Einsprachen der Anwohner*innen zu rechnen ist, ist dabei wohl noch ausser Acht gelassen.
Wir machen hiermit deutlich, dass wir eine solche Praxis nicht akzeptieren und bleiben widerspenstig!

Familie Hotzenplotz
hotzenplotz@emailn.ch

Neue Zürcher Zeitung

Die Besetzerszene blüht

Fast schon alle paar Monate hört man in Bern von einer neuen, illegalen Besetzung. Nicht alle Aktivisten leisten aber derart starken Widerstand wie das Kollektiv «Oh du Fröhliche».

Valerie Zaslawski, Bern
22.2.2017, 10:41 Uhr

«Wir haben keinen Bock mehr, immer teurere Mieten bezahlen zu müssen. Deshalb haben wir uns entschieden, in einer Gemeinschaftsform solidarisch füreinander und miteinander zu leben, anstatt uns in Einzimmerappartments zu isolieren.» Mit diesen Worten begründeten vergangenen Dezember drei Vermummte in einem Youtube-Video ihre illegale Besetzung des Hauses Effingerstrasse 29 in Bern. Die Aktivisten sind Teil des Kollektivs «Oh du Fröhliche», dem rund 50 Personen angehören.

ANZEIGE

InRead Invented By Teads

19 Festgenommene, ein Verletzter

Aufgrund eines Strafantrags wegen Hausfriedensbruchs und Sachbeschädigung räumte die Berner Kantonspolizei am Mittwoch das besetzte Haus, welches dem Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL) gehört und von der Bundesverwaltung beansprucht wird. Zu Beginn wehrten sich die Besetzer mit Feuerwerkkörpern, Abfallkübeln und Bierflaschen gegen die Polizei. Diese antwortete mit Gummischrot. Die Effingerstrasse musste aus Sicherheitsgründen abgesperrt werden; der Verkehr kam zum Erliegen.

Schliesslich konnten sich die Einsatzkräfte Zutritt verschaffen zu den verbarrikadierten Räumlichkeiten; 19 Personen wurden festgenommen. Eine angehaltene Person erlitt im Zuge der Ereignisse eine Handverletzung. Ausserdem mussten sich fünf Polizisten ärztlich untersuchen lassen, wobei in zwei Fällen der Verdacht auf ein Hörtrauma besteht.

Bern bemüht sich um günstigen Wohnraum

Die «Effy 29», wie das Haus von den Aktivisten genannt wird, ist längst nicht das einzige besetzte Gebäude in der Bundesstadt – ganz abgesehen von der Reitschule. Die illegalen Besetzungen scheinen sich in den vergangenen Monaten gehäuft zu haben – und dies, obwohl die Stadt zahlreiche Anstrengungen unternimmt, um günstigen Wohnraum und organisierte Freiräume zur Verfügung zu stellen.

So wurden im Sommer 2016, ebenfalls an der Effingerstrasse, gleich drei vorübergehend leerstehende Liegenschaften, welche der Stiftung «Haus der Schweizerischen Krebsliga» gehören, vom Kollektiv «Cassiopeia» besetzt. Dieses konnte sich mit den Eigentümern aber auf eine vertraglich geregelte Zwischennutzung einigen. Gemäss der Stiftung verliessen die Besetzer das Gebäude Ende des vergangenen Jahres fristgerecht und friedlich. Weiter ist die alte Schreinerei auf dem Von-Roll-Areal, welche dem Kanton Bern gehört, von der Gruppe «Fabrikool» besetzt. Das Gebäude soll nun aus Sicherheitsgründen geräumt werden. Die Besetzer haben eine Frist bis am Donnerstagmittag.

Unterschiedlicher Umgang mit Besetzungen

Buch über die Anzahl der Besetzungen führt die Berner Kantonspolizei nicht; sie wird erst aktiv, wenn ein Strafantrag des Eigentümers vorliegt. Eine noch liberalere Praxis als Bern verfolgen Zürich und Genf: hier braucht es neben dem Strafantrag eine vorliegende Baubewilligung, um ein besetztes Haus polizeilich zu räumen.

Dass in Zürich und Genf Politik dem Recht vorgeht, hat nicht zuletzt mit der um sich greifenden Wohnungsnotbewegung zu tun, die gegen Ende des letzten Jahrhunderts eingesetzt hat. Bürgerliche Parteien kritisieren die Sonderrechte für Hausbesetzer; es gehe nicht an, dass Straftatbestände nur noch unter gewissen Bedingungen verfolgt würden.

Mehr zum Thema:

Geordnetes Chaos

Die Zeiten, in denen mit Pflastersteinen und Farbbeuteln Freiräume erkämpft wurden, sind vorbei. Heute werden Zwischennutzungen vermehrt staatlich unterstützt und von Kreativen umgesetzt.

VIDEO

«Wir sind pünktlich, die Feuerwehr kommt immer zu spät»

Seit den siebziger Jahren werden in Zürich Häuser und Industrieareale besetzt. Ein Stadtrundgang durch die Geschichte.

Stefan Hotz, Daniel Haslat und Flavio Pinter / 12.10.2016, 11:00

Wie viel Verständnis für Hausbesetzer?

Als Eigentümerin des besetzten Koch-Areals steht die Stadt Zürich zunehmend in Kritik

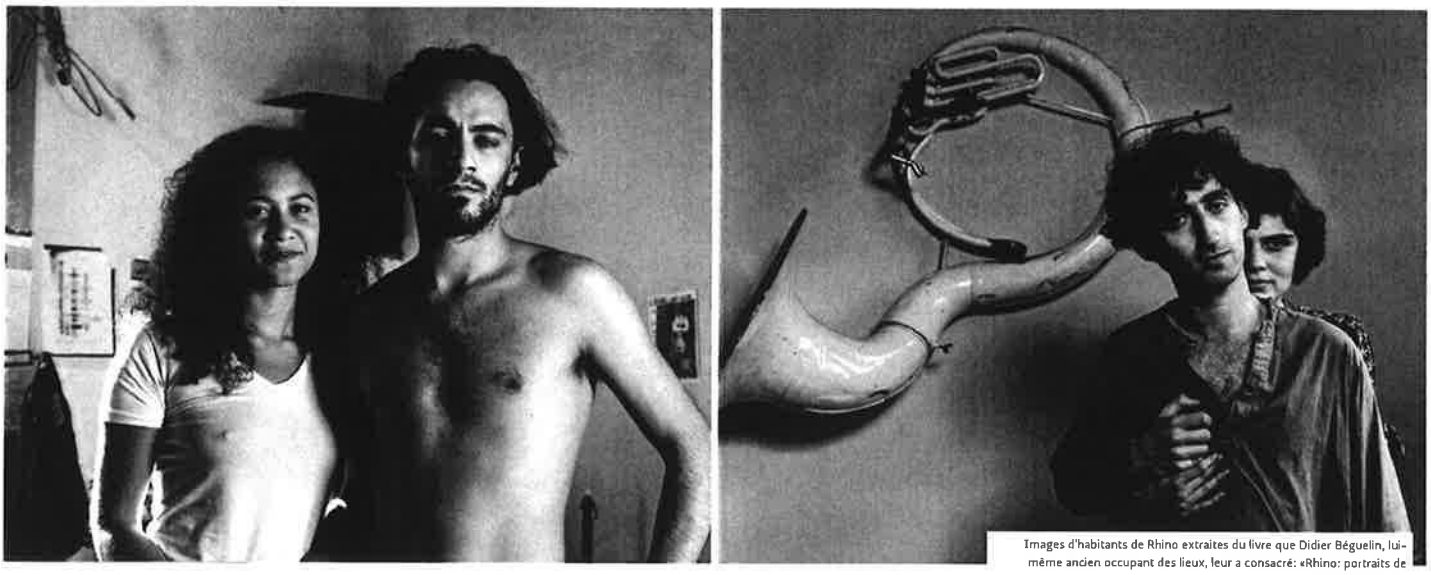
Christina Neuhaus / 25.8.2016, 05:30

Newsletter NZZ am Abend

Erfahren Sie, was heute wichtig war, noch wichtig ist oder wird! Der kompakte Überblick am Abend, dazu Lese-Empfehlungen aus der Redaktion. Hier können Sie sich mit einem Klick kostenlos anmelden.

Copyright © Neue Zürcher Zeitung AG. Alle Rechte vorbehalten. Eine Weiterverarbeitung, Wiederveröffentlichung oder dauerhafte Speicherung zu gewerblichen oder anderen Zwecken ohne vorherige ausdrückliche Erlaubnis von Neue Zürcher Zeitung ist nicht gestattet.

LE TEMPS



Images d'habitants de Rhino extraites du livre que Didier Béguelin, lui-même ancien occupant des lieux, leur a consacré: «Rhino: portraits de squatters» (2DK Editions). © DIDIER BÉGUELIN

8 minutes de lecture

Genève

Antoine Harari

Publié samedi 22 juillet 2017 à 00:16, modifié mercredi 6 septembre 2017 à 16:47.

GENÈVE

Genève orpheline de ses squats

Le 23 juillet 2007, Rhino était évacué par la police. Dix ans après, la culture alternative genevoise peine à retrouver son énergie créatrice. Malgré certaines initiatives institutionnelles, la relève tarde à venir

A l'étroit dans son costume, le procureur général, Daniel Zappelli, ne peut s'empêcher d'arborer un sourire satisfait lorsqu'il répond aux questions de Darius Rochebin sur le plateau du *19h30*. Nous sommes le 23 juillet 2007. Le matin même, le magistrat a procédé à l'évacuation du squat Rhino, le plus emblématique de Genève. Alors que le présentateur se mue pour l'occasion en défenseur des squatteurs, l'homme de loi souligne les chiffres: il y avait 127 squats à Genève, il n'y en aura bientôt plus aucun. C'est la fin d'une époque.

Rhino, pour «retour des habitants dans les immeubles non occupés». Dans le quartier des Tranchées, un feuilleton long de 19 ans s'achève. Alors que quelques années plus tôt les locataires pensaient pouvoir acheter eux-mêmes le bâtiment avec l'aide de la Ville, les policiers démontent en ce matin d'été la corne rouge, mythique enseigne du bâtiment. Ancien de Rhino, Fernando Sixto s'en souvient encore: «Nous étions sur le qui-vive, car nous savions que l'évacuation pourrait arriver à tout moment. La police a débarqué très tôt le matin. Ils ont fait descendre tous les habitants et nous sommes restes à 45 dans une petite pièce alors qu'ils évacuaient tout.»

Vue non datée de Rhino.
Didier Béguelin

Comme la plupart de ses anciens colocataires, le codirecteur de la Cave 12, un lieu de concert expérimental, est nostalgique: «Le Rhino était un endroit de découverte avec un esprit d'accueil unique. Il y avait énormément de passage. Vu que nous n'étions pas là pour faire de l'argent, les tarifs étaient très abordables.» Le milieu alternatif genevois a connu son âge d'or au milieu des années 90. Près de 2000 personnes habitaient alors dans des squats. Elles bénéficiaient de la tolérance des milieux politiques et de la doctrine en vigueur, qui voulait qu'un endroit vide dans lequel il n'y avait pas de projet pût être occupé. Le procureur général de l'époque, Bernard Bertossa, leur était aussi plutôt favorable.

Les gauchistes et les marginaux

Professeur de sociologie à l'EPFL, Luca Pattaroni situe le début de cette forme de culture alternative dans les années 70. «Les premiers squats ont commencé en 1975 dans le quartier des Grottes.» Mouvement de contestation de la société capitaliste, il naît à Genève de la rencontre de deux mouvements, celui dit des «gauchistes» et celui des «marginaux». «Dès le départ, il y avait l'envie de vivre une expérience totale. Avec un accueil du public mais aussi des sans-papiers. Ce devait être plus que des habitations. Il fallait des salles communes et des projets communautaires», raconte Luca Pattaroni.

« C'était un endroit magique. Nous habitions sur trois étages, avec les portes toujours grandes ouvertes. Nous étions ensemble, dans un sentiment de liberté que je n'ai jamais retrouvé nulle part »

— Iona, ancienne occupante du Rhino

«Parfois ça me manque de partager une cuisine avec plein de gens», confie Fernando Sixto, qui a pu rouvrir le projet de la Cave 12 grâce à l'aide de la Ville. Ancienne occupante de Rhino aujourd'hui repartie en France voisine, Iona partage ce sentiment. «C'était un endroit magique. Nous habitions sur trois étages, avec les portes toujours grandes ouvertes. Nous étions ensemble, dans un sentiment de liberté que je n'ai jamais retrouvé nulle part. Il y avait une créativité et une énergie incroyables.» Arrivée un peu par hasard, la jeune femme se met à travailler au BistrOK, la cantine du Rhino. Les squats ont été à l'origine des premiers restaurants bio et du terroir. «Nous offrions un plat du jour très bon pour 10 francs, du coup c'était un lieu de rencontre pour beaucoup de gens.»

Du parquet et des moulures au plafond

Servant parfois jusqu'à 80 couverts, le bar était autogéré par une dizaine de personnes. Contrairement à l'idée préconçue de squats sales et crasseux, Iona se rappelle d'appartements très bien entretenus. «C'était presque un squat de bourgeois, sourit-elle. Nous avions des moulures au plafond, du parquet. Et la plupart des habitants étaient des artistes avec le sens de la déco.»

Vue non datée de Rhino.
Didier Béguelin

Avec près de 80 habitants au pic de l'occupation, les membres de Rhino se réunissaient une fois par trimestre pour discuter des projets en cours. «C'était l'enfer! Chacun voulait apporter son grain de sel et nous votions à main levée», rigole Iona. Véritable baromètre émotionnel de ses habitants, la façade fonctionnait comme moyen d'expression: «Pour fêter les 10 ans, nous avions fait une devanture en mode Las Vegas. Le jour où la vente nous a été refusée, nous avons tout peint en noir. Nous avions aussi fait imprimer nos portraits en taille réelle ainsi que des photos de notre enfance. Pour montrer qu'il y avait des gens, des familles qui vivaient ici.»

Lire aussi: A Genève, les irréductibles squatters conchois

«Pour moi, il y a un avant et un après Rhino, note encore Iona, psychologue de formation. Sans cet endroit, je n'aurai jamais pu venir étudier en Suisse.» Sur les images d'archives, une centaine de manifestants sont massés devant Rhino le jour de l'évacuation. Rien en comparaison du mouvement suscité dans les années 90. Interrogée sur la faible mobilisation populaire suscitée par la fermeture, l'ancienne occupante se risque à une explication: «Nous avions peut-être perdu le soutien d'une partie de la population, qui ne comprenait pas pourquoi nous ne payions pas de loyer. Cette fermeture a été vécue comme un échec cuisant. C'est vrai aussi que les étudiants qui venaient manger tous les jours à midi ne sont pas nombreux à être venus nous défendre.»

Des jeunes prêts à tout

Deux semaines avant le Rhino, le squat de la Tour avait été évacué. Après, ce sera au tour d'Artamis de tomber. «Lors de notre première occupation d'Artamis, un mec a dessiné une porte sur la façade, un autre l'a tronçonnée et on s'est emmurés à l'intérieur à l'aide de brique et de ciment, se souvient Boris Edelstein. On avait même créé une radio pirate qui émettait depuis le Salève. S'en est suivie une longue bataille avec la Ville. Nous étions prêts à tout. On a même fait un sit-in devant le Palais de justice pendant une semaine.»

Tant et si bien que les élus finissent par craquer: la Ville accorde aux manifestants un bâtiment de l'ancien site des Services industriels, rue des Gazomètres. Perplexe, la presse de l'époque se fait l'écho, de loin, d'une manifestation nudiste en ville ou encore d'une partie de frisbee organisée dans un supermarché. Assis dans un café des Acacias, Boris, devenu informaticien, sourit: «Ça semble impossible aujourd'hui, mais

à l'époque il y avait même une police des squats. A chaque occupation, on les appelait. Ils venaient vérifier si ça craignait, et allaient rassurer les voisins. Ils étaient presque sympas.»

Même si la politique vis-à-vis des squatteurs s'est durcie et que les peines de prison ont augmenté, Boris explique la fin du mouvement par un changement de mentalité des nouvelles générations: «Vu qu'ils n'ont pas dû se battre pour les obtenir, ils ont considéré ces endroits comme un acquis. A l'époque, certaines occupations étaient très violentes. On n'avait rien à perdre. Certains fabriquaient même des cocktails Molotov pour les lancer sur la police. Nous, c'était plutôt des œufs et de la farine», lance-t-il, goguenard.

Le soutien des partis politiques était plus fort, ajoute le militant de l'époque: «Même la fille du procureur vivait dans un squat. Les loyers étaient chers, la spéculation un vrai problème. Le Parti socialiste soutenait plusieurs squats. Beaucoup d'artistes n'auraient jamais pu exister sans ce genre d'endroits. Sans eux, le metteur en scène Omar Porras ne serait peut-être jamais venu à Genève», avance-t-il.

> « Je regrette que Genève ait perdu ces îlots de culture. Il fallait les préserver, cela faisait partie du patrimoine de l'époque »
>
> — Omar Porras, directeur du théâtre lausannois TKM

Metteur en scène reconnu au niveau européen et actuel directeur du théâtre lausannois TKM, Omar Porras confirme: «On venait voir cela de toute l'Europe. J'arrivais moi-même de Kreuzberg, à Berlin. Dès le début j'ai été fasciné par la culture squat de Genève.» Entouré d'artistes, de peintres, de poètes, le Colombien comprend qu'il pourra concrétiser son rêve et fonder le Teatro Malandro. Habitant avec sa famille dans un squat rue Robert-Chouet, derrière la gare, il installe son théâtre dans un autre. «Chaque endroit développait son style. Au Garage il y avait des défilés de mode, des concerts de rhythm and blues, ou même de ska. La Cave 12, c'était la musique expérimentale et à Grange Canal le rap.»

Mais les années passent et les squatteurs, de plus en plus isolés, se radicalisent. De l'autre côté, des formes de logement coopératif ou même des appartements à bas prix voient le jour, rendant pour certains la pratique du squat obsolète. Ces lieux de vie n'offrent toutefois pas le «tout en un» qui amenait ce dynamisme culturel.

Lire aussi: Gaël Kamilindi, un destin de théâtre

«Je regrette que Genève ait perdu ces îlots de culture, dit

aujourd'hui Omar Porras. Il fallait les préserver, cela faisait partie du patrimoine de l'époque.» Il se souvient de la mine ébahie de directeurs de théâtres canadiens ou allemands venus voir sa troupe à l'œuvre dans leur squat. Conseiller d'Etat écologiste, Antonio Hodgers reconnaît le besoin d'endroits culturels à des prix abordables. «On n'a peut-être pas assez réfléchi lors de la fermeture des squats à l'impact que cela aurait sur la culture et sur la vie nocturne de la ville. Genève manque de lieux culturels bon marché pour les jeunes. C'est pour cela que nous voulons mettre sur pied des projets autogérés mais soutenus par les institutions gouvernementales.»

Pourtant Omar Porras reste sceptique face à la volonté de l'Etat. «Ce mouvement alternatif est né parce qu'il y avait un vrai manque de lieux de rencontre et de canaux de communication. Il s'est fait naturellement. Cela doit venir de l'intérieur, sinon cela ne peut pas durer.»

DOSSIER

Squats de Suisse, les incubateurs de la culture alternative ▪

Encore 8 articles gratuits à lire ×

Tages-Anzeiger

Hausbesetzer im Zürcher Kreis 4 lassen Ultimatum verstreichen

Das Gebäude der Heilsarmee im Zürcher Kreis 4 ist von den Besetzern trotz Ultimatum um Mitternacht nicht geräumt worden.

Pascal Unternährer
Redaktor Zürich
@tagesanzeiger 11.01.2018

1 | 4 Das Gebäude an der Ankerstrasse in Aussersihl war seit dem 23. November besetzt. Bild: Reto Oeschger (4 Bilder)

Das Heilsarmee-Haus an der Ankerstrasse 31 in Aussersihl ist noch immer im besetzten Zustand. Das ist insofern bemerkenswert, als die Hausbesetzer seit der Übernahme der Räumlichkeiten am 23. November 2017 schon drei Ultimaten der Religionsgemeinschaft haben verstreichen lassen. Das letzte ist um Mitternacht in der Nacht auf heute Donnerstag abgelaufen.

Nun dürfen die Besetzer bis Sonntag, 14. Januar, bleiben, wie Marianne Meyner bestätigt. Die Chefsekretärin der **Heilsarmee** hat den jungen Leuten eine weitere Fristerstreckung gewährt, wie sie sagt. Sie gibt sich zuversichtlich, dass die Besetzer diesmal abziehen werden. Denn erstmals seien sie selber aktiv geworden und hätten einen Vorschlag gemacht.

Artikel zum Thema

Ultimatum für Zürcher Besetzer im Heilsarmee-Haus

Am Freitag müssten die ungebetenen Gäste das Gebäude hinter dem Club Plaza verlassen – doch sie zeigen sich widerspenstig. Mehr...
Patrice Siegrist. 20.12.2017

Ungebetene Gäste im Heilsarmee-Gebäude in Zürich

Im Kreis 4 sind Hausbesetzer in ein leer stehendes Haus eingezogen. Die Eigentümer suchen das Gespräch. Mehr...
Patrice Siegrist. 24.11.2017

Polizei sägt Labitzke-Besetzer von Barrikade los

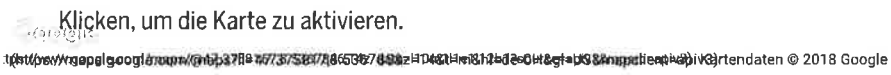
Die Bewohner des Labitzke-Areals haben am frühen Dienstagmorgen die Hohlstrasse in Altstetten verbarrikadiert. Ein Demonstrant hat sich so gut an den Barrikaden festgekettet, dass die Räumung Stunden dauerte. Mehr...
Von Stefan Hohler/Tina Fassbind 05.08.2014

Dossiers

Wohnen in Zürich

Ankerstrasse 31

(fullscreen/1013)



Das Vorweisen der Abbruchbewilligung für das Gebäude habe wohl den Ausschlag gegeben, meint Meyner. Die Besetzer schätzt sie als erfahren ein: «Sie kennen die Spielregeln.» Bei Vorliegen einer Abbruchbewilligung ist die Polizei verpflichtet, auf Antrag der Eigentümerschaft das Haus zu räumen.

Besetzer haben Abzug schriftlich bestätigt

Die Absichtserklärung, das Haus zu verlassen, hat Meyner nun schriftlich. «Ich hoffe, das klappt und keine polizeiliche Räumung nötig wird», sagt sie. Denn ansonsten werde es mit dem Bauzeitplan knapp.

Die Heilsarmee will das Gebäude abbrechen und Ende 2019 ein neues Wohnheim mit 36 Plätzen und einen Gemeindesaal eröffnen. Die Baubewilligung liegt längst vor, die Bauarbeiter hätten heute Donnerstagmorgen mit dem Rückbau beginnen sollen.

Die letzte gewaltsame Räumung war im Sommer 2014 jene des Labitzke-Areals, die von der Besetzerszene mit einer Blockierung der Hohlstrasse «gefeiert» wurde.

Bilder: Zürichs Hausbesetzungen der letzten 40 Jahre

Das Ressort Zürich auf Twitter

Das Zürich-Team der Redaktion versorgt Sie hier mit Nachrichten aus Stadt und Kanton.

@tagi folgen

1 | 7 **Koch-Areal: Seit 2013** Aktivisten besetzen das ehemalige UBS-Areal seit 2013. Seit Ende 2013 gehört das 30'000 Quadratmeter grosse Grundstück der Stadt Zürich. Bild: Reto Oeschger (7 Bilder)

(Tages-Anzeiger)

Erstellt: 11.01.2018, 09:25 Uhr

Ist dieser Artikel lesenswert?

Ja

Nein

BZ BERNER ZEITUNG

Hausbesetzer-Demo verläuft friedlich

Unter dem Motto «Steigi bleibt» demonstrierten am Samstag in der Berner Innenstadt rund 150 Personen. Sie wehrten sich gegen die Räumung des besetzten Gebäudes an der Bahnstrasse.

17.02.2018

1 | 14 Die Besetzer wollen in dem Haus bleiben, bis die derzeit von Einsprachen bestrittene Baubewilligung vorliegt. Bild: Jürg Spori (14 Bilder)

Rund 50 Personen trafen sich am frühen Samstagabend am Loebegge, um gegen die Räumung des besetzten Hauses an der Bahnstrasse zu demonstrieren.

Der Demonstranten blockierten anschliessend die Bundesgasse, wo sich das Büro von Gemeinderat Michael Aebersold (SP) befindet. Dieser war im Vorfeld der Kundgebung mit den Hausbesetzern im Gespräch gewesen.

Da man sich nicht einig geworden ist, haben die Stadtbehörden den Besetzern eine Frist zum Verlassen des Gebäudes gesetzt, die jedoch am Freitagmittag ungenutzt verstrichen ist.

Der Demonstrationszug, der mittlerweile auf rund 150 Personen angewachsen war, bewegte sich danach von der Bundesgasse zur Effingerstrasse, wo Hausbesetzer vor

Artikel zum Thema

Besetzer bleiben, Stadt wartet

Bern Trotz Ultimatum haben die Besetzer die städtische Liegenschaft an der Bahnstrasse 69 nicht verlassen. Die Stadt hofft, dass sie es noch tun. Die Besetzer aber denken nicht daran und wollen am Samstag demonstrieren. Mehr...
16.02.2018

Aebersold bleibt bei den Hausbesetzern hart

Bern Das Besetzerkollektiv an der Bahnstrasse in Bern erhält keine zweite Chance. Es gebe keinen Spielraum für eine Einigung, sagt Finanzdirektor Michael Aebersold. Mehr...
Von Christoph Hämmann 08.02.2018

Besetzer verspielen Vertrauen

Bern Das Besetzerkollektiv an der

rund einem Jahr ein Gebäude in Beschlag genommen hatten. Dort zündeten die Demonstranten Leuchtpetarden und skandierten «Effi lebt – Steigi bleibt».

Die Polizei begleitete das Geschehen, griff aber nicht ein. Zum Abschluss versammelten sich die Besetzer und ihre Sympathisanten vor dem «Steigi 69», wo sie im Garten ein Feuer anzündeten und eine Party steigen liessen.

(flo)

Erstellt: 17.02.2018, 18:21 Uhr

Ist dieser Artikel lesenswert?

Ja

Nein

Bahnstrasse in Bern muss die städtische Liegenschaft wieder verlassen. Es seien rote Linien überschritten worden, sagt Gemeinderat Michael Aebersold (SP).
Mehr...
Von Christoph Hämmann 07.02.2018

TagesWoche

Unerwünschte Quartieroase

Das besetzte Haus an der Türkheimerstrasse 75 hat sich innert Tagen zum Quartiertreffpunkt entwickelt. Da könnte bald Schluss sein: Der Eigentümer der jahrelang leerstehenden Liegenschaft hat ein Ultimatum gest

Renato Beck / 07.04.2017, 01:44 Uhr /

Bunter ists schon: Die Hausbesetzer haben die Türkheimerstrasse 75 neu eingekleidet. (Bild: Renato Beck)

Das besetzte Haus an der Türkheimerstrasse 75 hat sich innert Tagen zum Quartiertreffpunkt entwickelt. Damit könnte bald Schluss sein: Der Eigentümer der jahrelang leerstehenden Liegenschaft hat ein Ultimatum gestellt.

Eben gehen die letzten Portionen des Mittagessens über den Tisch, eine Gruppe junger Menschen sitzt auf der Kreuzung in Sonne, trinkt Kaffee, raucht selbstgedrehte Zigaretten. Eine Mutter mit drei Kindern verlässt das Haus und verspricht wiederzukommen. Zurückgelehntes Treiben im besetzten Haus an der Türkheimerstrasse 75, gleich beim Brausebad ums Ecl

Irgendwann fährt ein Polizeiauto im Schritttempo vorbei, nicht das erste an diesem Tag und wahrscheinlich auch nicht das letzte. Seit bald einer Woche ist das seit mehreren Jahren leerstehende Haus besetzt. Jetzt könnte sich das rasch ändern. Der mutmassliche Eigentümer, Inhaber der mysteriösen Yatu Immobilien AG, hat den Besetzern am Donnerstag ein Ultimatum gestellt. Im knappen Zweizeiler heisst es:

> *«Wir dulden die Besetzung nicht mehr. Verlassen Sie das Haus bis morgen Abend 17 Uhr.»*

Was danach geschieht, ist unklar. Wahrscheinlichste Variante ist eine Strafanzeige mit anschliessender polizeilicher Räumu wie es in den vergangenen Jahren in Basel fast immer passiert ist. Ob bereits eine Anzeige eingegangen ist, will die Polizei n sagen. Man teilt bloss mit, man stehe mit dem Hausbesitzer in Kontakt.

Anstelle des Häuschen aus dem Jahr 1893 soll ein vierstöckiger Block zu stehen kommen. (Bild: Renato Beck)

In den vergangenen Tagen habe die Polizeipräsenz zugenommen, erzählen zwei junge Männer, Vertreter der losen Besetzergruppe. Beamte in Zivil filmten das Haus ausgiebig, Streifenwagen fuhren vermehrt vorbei. Die anliegenden, nicht besetzten, aber ebenso leerstehenden Häuser wurden in den letzten Tagen unter Aufsicht von privatem Sicherheitspersonal zugemauert.

Bald könnte wieder eine Basler Hausbesetzung zu Ende gehen – vielleicht, so hoffen die Besetzer, findet sich aber doch noch eine Lösung. Karl* sagt: «Alles, was wir wollen, ist ein Gebrauchsleihvertrag bis zum Abriss. Wir bezahlen Strom und Wasser sowie die Versicherung, dafür bieten wir für das ganze Quartier einen Treffpunkt an.»

Keine Gespräche

Der Eigentümer ist bislang nicht darauf eingegangen. Die mit Yatu Immobilien verwobene Firma Aurenum AG erklärt auf Anfrage:

> *«Die Eigentümerschaft lehnt die illegale Besetzung der Liegenschaft als Eingriff in ihre Eigentumsrechte klar ab. Sie lehnt auch a seit Anfang an erfolgten, wiederholten anonymen Ultimaten und Drohungen strikte ab. Ein solches Vorgehen seitens der Besetze keine sinnvolle Basis für ein Gespräch.»*

Die Besetzer wiederum können diesen Vorwurf nicht nachvollziehen, man habe nie irgendwelche Drohungen ausgesprocher «Vielmehr verweigern die Eigentümer jedes Gespräch mit uns.» Reagiert hat dafür der Energie- und Wasserversorger IWB. D hat den Strom abgedreht und die Wasserzufuhr gekappt. Die Besetzer, zwischen zehn und fünfzehn Personen, versorgen sich Nachbarn.

Mittagstisch und Diskussionsabende

Plan der Besetzer wäre es, bis zum Abriss ohne kommerzielle Absichten Aktivitäten fürs Quartier anzubieten. Den Mittagsti weiterführen, Diskussionsrunden, Kindernachmittage. Karl sagt: «Es kann nicht sein, dass aus reinen Spekulationsgründen s ein tolles Haus einfach leer steht.»

Den Support der Nachbarschaft haben die Besetzer. Diese hilft mit Wasser und Lebensmitteln, schaut immer wieder vorbei. Kinder aus dem Quartier haben die kahlen Wände im weitgehend unmöblierten Innern bemalt. Die Nachbarn stehen, sagen Besetzer, hinter ihnen. An einem gemeinsamen Treffen habe man gemeinsam Aktivitäten definiert, die das Quartier beleben

Die ebenfalls leerstehende anliegende Liegenschaft hat der Eigentümer in den letzten Tagen zumauern lassen. (Bild: Renato Beck)

Die Nachbarschaft der Türkheimerstrasse 75 kämpft schon lange gegen den geplanten Neubau. 100 Einsprachen sind dagege eingegangen, dass die Häuser mit Baujahr 1893 und 1896 einem vierstöckigen Wohnblock weichen. Sie fürchten, der Neubau

passe nicht ins Quartier, sei viel zu wuchtig.

Geplant sind laut Aurenum AG im Block 19 Mietwohnungen und zwei Quartierläden unterzubringen sowie 15 unterirdische Parkplätze zu schaffen: «Es soll bezahlbarer, qualitativer Wohnraum an guter Lage geschaffen werden.»

Einsprachen abgelehnt

Die Chancen, dass bald gebaut werden kann, stehen gut. Das Bauinspektorat hat Ende Jahr Grünes Licht gegeben und sämtli Einsprachen abgelehnt. Noch laufen Rekursverfahren, enden auch diese zu Gunsten der Eigentümer, könnten schon im Som die Bagger auffahren.

«Damit könnten wir leben», sagt Karl. Die paar Monate würden reichen, um bleibende Wirkung im Quartier zu hinterlassen. Ultimatum will man verstreichen lassen. Heute Freitag findet ein Konzert statt, alle Quartierbewohner sind zu Kaffee und Kuchen eingeladen. «Es kann kommen, wer will, jeder ist herzlich willkommen», sagt Karl.

Die Besetzung ist als Akt fürs Quartier zu verstehen, sagt Karl: «Aber wir haben auch eine politische Botschaft.» Es könne ni sein, dass im rot-grünen Basel wertvoller Wohnraum einfach der Spekulation geopfert werde und wunderschöne Häuser übe Jahre leer stehen.

**Name geändert*

bz BASEL
nordwestschweiz

BASEL

Kantonspolizei beendet Hausbesetzung an der Gärtnerstrasse - zwei Personen festgenommen

von Olivia Meier — bz Basel • Zuletzt aktualisiert am 6.12.2017 um 19:47 Uhr

Die Besetzer machten mit einem Plakat auf sich aufmerksam.
© zvg

Heute Mittwoch wurde in der Gärtnerstrasse in Basel ein Haus besetzt. Die Besetzer wollten sich damit gegen die

«kapitalistische Stadtentwicklung» widersetzen. Dies teilten sie am Mittwochmorgen in einer Stellungnahme mit. Die Kantonspolizei Basel-Stadt konnte das Haus jedoch kurz darauf wieder räumen.

«Da wir auf solchen Wohnraum angewiesen sind, fordern wir, bleiben zu können!», schreiben die Besetzer eines Hauses an der Gärtnerstrasse. Aus dem Bleiben wurde aber nichts. Die Gärtnerstrasse 112, die von der Interessengemeinschaft Bedingungsloses Wohnen besetzt wurde, wurde noch am selben Tag von der Polizei wieder geräumt. Um 10.50 Uhr. Die Besetzer blieben also ungefähr drei bis vier Stunden im Haus.

Wie in einer Medienmitteilung der Polizei steht, seien zwei der Besetzer festgenommen worden. Es sei jedoch zu keinen Zwischenfällen gekommen: «Die Räumung der besetzten Liegenschaft verlief friedlich.» Der Eigentümer des Hauses stellte laut Polizei einen Strafantrag. Dies wirft Fragen auf, denn: Der Eigentümer steckt offenbar selbst in rechtlichen Schwierigkeiten. Laut Kantonsblatt besitzt er fünf Liegenschaften in Basel, die er kauft und anschliessend renoviert oder umbaut. Bei einer der Liegenschaften liess er laut einer anonymen Person der zuständigen Baufirma eine neue Heizung einbauen.

Die Rechnung bezahlte er nicht. Wie aus dem Kantonsblatt hervorgeht, nahm er die Vorladung zur Schlichtungsverhandlung nicht wahr. Gemäss des Geschädigten wurde die Summe von etwa 5000 Franken bis heute nicht beglichen und der Liegenschaftsbesitzer würde jeglichen Kontakt verweigern. Auch auf Anfragen der bz reagiert der Eigentümer des besetzten Hauses nicht.

In einer Medienmitteilung schreiben die Besetzer: «Besagtes Haus

eignet sich hervorragend zur Verwirklichung unserer Wohngemeinschaft.» Die Organisation könne nicht verstehen, «wieso die selbstverwaltete Nutzung von leerstehenden Häusern in Basel derart gewaltsam unterdrückt wird». Deshalb fordern die Aktivisten Wohnraum für alle und Wohnraum als bedingungslose Lebensgrundlage. Es sei nicht in Ordnung, dass in der ganzen Stadt Häuser abgerissen würden und durch «Luxusbauten» ersetzt würden. In einem Nachtrag der Besetzer steht: «Dieser Morgen an der Gärtnergasse zeigt exemplarisch auf, wie Basel-Stadt leider jegliche Stadtentwicklung von unten im Keim erstickt.»

© Copyright 2010 – 2018, bz Basel

BZ BERNER ZEITUNG

LIEBEFELD

Hausbesetzer sind im ehemaligen «Erzbierschof» vorerst geduldet

Liebefeld Die Eigentümerin des illegal besetzten Hauses an der Könizstrasse lässt noch offen, ob sie gegen die Besetzergruppe Anzeige erstattet. Die Gemeinde hält sich zurück.

Christoph Albrecht 08.01.2018

Die Liegenschaft an der Könizstrasse 276 soll verkauft werden. Die Besetzer haben etwas dagegen. Karte: Google Maps

«Pizzeria Anarkia» – so nennt sich das Kollektiv, das in der Nacht auf vergangenen Freitag das leer stehende Haus an der Könizstrasse 276 illegal besetzt hat. «Wir kreieren eine vielfältige Kulturstätte, eine Kreativwerkstatt, ein Ideenlabor, Ateliers und einen Treffpunkt», teilte die Gruppe am Wochenende mit.

Das Gebäude, in dem zuletzt eine Pizzeria sowie die in Konkurs gegangene Erzbierschof-Bar eingemietet waren, gehört einer Firma namens Caprise Living AG

Artikel zum Thema

Hausbesetzer im Ex-Erzbierschof

Liebefeld Ein leerstehendes Gewerbegebäude an der Könizstrasse in Liebefeld ist besetzt worden. Zuletzt befand sich dort eine Bar des inzwischen konkursiten Erzbierschofs. Mehr...
06.01.2018

Konkurs: Erzbierschof ist pleite

Bern/Köniz Nun ist endgültig Feierabend: Der Könizer Spezialbierhändler Erzbierschof hat Konkurs angemeldet. Mehr...
07.12.2017

mit Sitz im Kanton Zug. Sie hat die Liegenschaft Ende Oktober gekauft.

Die Hausbesetzer werfen der Immobilienfirma vor, dass diese das Gebäude einzig mit der Absicht erworben habe, den richtigen Zeitpunkt abzuwarten, um es dann gewinnbringend wieder abzustossen.

Währenddessen stehe der Raum aber leer und sei für das Quartier unzugänglich. «Diese Vorgehensweise akzeptieren wir nicht», legitimierte das Kollektiv die Besetzung in ihrem Schreiben.

Nicht Sache der Gemeinde

Bei der Eigentümerin ist die Verärgerung gross. «Wir haben mit Schrecken von der Besetzung Kenntnis genommen», sagt ein Sprecher der Caprise Living AG auf Anfrage. Die Anschuldigung des Besetzerkollektivs, die Eigentümerin betreibe Immobilienspekulation, sei falsch. «Wir haben die Liegenschaft vor kurzem an ein Start-up vermietet», so der Sprecher. Wegen der Besetzung könne das Unternehmen die Räumlichkeiten nun nicht wie geplant beziehen.

Ob die Eigentümerin Anzeige erstatten wird, liess der Sprecher der Immobilienfirma noch offen. Laut der Kantonspolizei Bern ist bis am Montagnachmittag keine Anzeige eingegangen.

Die Gemeinde Köniz hält sich aus der Sache raus, da die Angelegenheit «nicht in der Gemeindekompetenz» liege, wie der neue Könizer Liegenschaftsdirektor Thomas Brönnimann (GLP) auf Anfrage sagt. (Berner Zeitung)

Erstellt: 08.01.2018, 17:37 Uhr

Ist dieser Artikel lesenswert?

Ja

Nein

MARKTPLÄTZE IMMO JOBS TRAUER ABOPASS-SHOP ANMELDEN ABO E-PAPER X

Luzerner Zeitung

MENÜ NACHRICHTEN SPORT MAGAZIN AGENDA & KINO

Luzern Zentralschweiz Schweiz International Wirtschaft Kultur Panorama Bilder Videos

Luzern Zug Nidwalden Obwalden Schwyz Uri Freiamt

Luzerner Stadtverwaltung stellt Hausbesetzern ein Ultimatum

Transparente an der Fassade der Remise hinter der Villa Musegg zeugen von der Hausbesetzung durch Aktivisten der Gruppe «Pulp@». / *PD/Gruppe «Pulp@»*

Bild 1 von 2

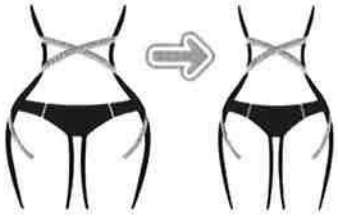
MUSEGG · Die Aktivisten, die am Wochenende Teile der städtischen Liegenschaft «Auf Musegg 1» besetzt haben, müssen das Haus bis am Donnerstag verlassen. Die Stadt hat den Hausbesetzern ein Ultimatum gestellt.

Aktualisiert: **11.04.2018, 18:00** 11. April 2018, 09:34

Die Remise, in der die Aktivisten der Gruppe «Pulp@» seit Samstag das obere Stockwerk besetzen, gehört zur historischen Villa «Musegg». Die Liegenschaft befindet sich im Eigentum der Stadt Luzern. Diese ist am Samstag über die Hausbesetzung informiert worden.

Zuerst wollte die Stadtverwaltung mit Massnahmen zuwarten und eine «einvernehmliche Lösung» anstreben (wir berichteten). Doch nun ist der Geduldsfaden gerissen: Die Stadt hat den Besetzerinnen und Besetzern ein Ultimatum gestellt, wie das Regionaljournal Zentralschweiz von Radio SRF am Mittwochmorgen berichtete. Bis am Donnerstag müssten die Hausbesetzer die Remise hinter der Villa verlassen. «Ansonsten behalten wir uns vor, die üblichen rechtlichen Schritte

ANZEIGE:



23 Kilo Bauch-Fett-weg
Jetzt risikolos bestellen.

Werben mit Business Click

ANZEIGE:

ARTIKEL ZUM THEMA

wegen Hausfriedensbruchs einzuleiten», so Stadträtin Franziska Bitzi. Sie vertritt während den Osterferien die zuständige Baudirektorin Manuela Jost.

Dem Wunsch der Aktivisten nach einer Zwischennutzung könne man nicht entsprechen. Grundsätzlich bemühe sich die Stadt um Zwischennutzungen, so Bitzi weiter. Das obere Stockwerk der Remise sei dafür aber ungeeignet. Nebst gesundheitsgefährdendem Schimmelbefall würden darin auch Infrastrukturen wie Küche oder Badezimmer fehlen.

Stadt Luzern: Hausbesetzer: Stadtrat erklärt sich *(26.04.2018)*

Hausbesetzung: Verärgerte Nachbarn machen Druck bei der Stadt *(25.04.2018)*

Luzern: Hausbesetzung Musegg: Parteien bemängeln Vorgehen des Stadtrats *(20.04.2018)*

Luzern: SVP fordert sofortige Räumung des besetzten Gebäudes *(19.04.2018)*

Musegg: Stadt Luzern will einvernehmliche Lösung *(18.04.2018)*

WERBUNG

In persönlichen Gesprächen am Montag und Dienstag – unter anderem durch Stadträtin Franziska Bitzi Staub – habe man die Hausbesetzter aufgefordert, den Raum freiwillig zu verlassen, teilte die Stadt Luzern am Mittwochmittag in einem nachgereichten Communiqué mit. Zudem sei die Gruppe schriftlich aufgefordert worden, den Raum bis am Donnerstagmorgen, 12. April 2018, um 9 Uhr zu verlassen.

Aktivisten kündigten Widerstand an

Sich einfach so zurückziehen wollen die Hausbesetzer aber nicht. «Wir werden sicher Widerstand leisten», sagte eine männliche Person mit dem Pseudonym «Andrea Fischer», die laut eigenen Angaben für die Kommunikation der Hausbesetzer zuständig ist, auf Anfrage unserer Zeitung. Man hoffe auf eine Stadt, die sich «auf Diskussionen einlässt und sich offen zeigt im Umgang mit Räumen, Eigentum und Liegenschaften».

Wie stark sich die Hausbesetzer gegen die Räumung tatsächlich wehren werden, bleibt fraglich. Fischer rang während dem telefonischen Interview immer wieder um Worte, wich konkreten Fragen aus. Wird die besetzte Liegenschaft den Ankündigungen zum Trotz schlussendlich etwa doch sang- und klanglos geräumt? «Das ist eine schwierige Frage. Schlussendlich geht es darum, dass man miteinander redet», so Andrea Fischer.

Stadt hat klare Erwartungen

Und was macht die Stadt, wenn die Aktivisten die Frist verstreichen lassen, ohne das besetzte Grundstück zu verlassen? «Das kann ich noch nicht abschliessend sagen. Mit der schriftlichen Fristsetzung haben wir die Voraussetzungen für eine allfällige Anzeige wegen Hausfriedensbruch geschaffen», sagte Stadträtin Franziska Bitzi am Mittwochnachmittag auf Anfrage. «Allerdings wäre im Falle einer Anzeige dann der Ball nicht mehr bei der Stadt, sondern bei der Staatsanwaltschaft, die dann die Ermittlungen aufnehmen würde», gab sie zu bedenken.

Die Stadt bevorzuge nach wie vor eine einvernehmliche Lösung. Man habe Anfang Woche die «Legalisierung» der Situation – die Möglichkeit einer Vereinbarung zum Gebrauch des Raums – geprüft. «Wegen des Schimmelbefalls können wir eine Zwischennutzung aber nicht verantworten.»

Für den Fall, dass die Hausbesetzung andauert, wären gemäss Bitzi mit der Bau-, Sozial-, Sicherheits- und der Bildungsdirektion gleich mehrere Stellen involviert. «In diesem Fall würde sich der Stadtrat nächste Woche mit dem Thema befassen.»

Man gehe aber davon aus, dass die Aktivisten das Haus fristgerecht verlassen. «Nächste Woche nimmt die Time-Out-Klasse im Hauptgebäude wieder den Schulbetrieb auf. Daher müsste bei einem Bleiben das vorübergehende Nebeneinander geklärt werden. Dabei wäre auch die Lage der Nachbarschaft zu berücksichtigen», betonte Bitzi.

Zu einer allfälligen Zwangsräumung wollte sich Bitzi im Moment nicht äussern. «Bei einem Augenschein vor Ort hatten wir nicht den Eindruck, dass die Besetzerinnen und Besetzer keine Sorge zum Haus tragen würden – abgesehen von der Scheibe, die sie eingeschlagen haben, um sich Zutritt zur Remise zu verschaffen.»

Weitere Schritte vorbehalten

Falls die Stadt mit den Hausbesetzern weiterverhandle, dann mit dem Ziel, irgendwo Ersatz für eine legale Zwischennutzung anbieten zu können, was aber bekanntlich nicht so einfach sei.

Eine weitere Nutzung des besetzten Obergeschosses der Remise steht für die Stadt laut Bitzi aber ausser Diskussion, «weil eine gesundheitliche Gefährdung nicht ausgeschlossen werden kann.» Es gebe ja auch schon Sanierungspläne für die gesamte Liegenschaft. «Die Ausschreibung für den Wettbewerb für ein Nutzungskonzept folgt noch in diesem Jahr.» Mit der Sanierung selbst müsse man aber zuwarten, bis die künftige Nutzung der einzelnen Gebäude auf dem Grundstück bekannt sei. Darum würde es keinen Sinn machen, die Remise losgelöst davon zu sanieren.

Bitzi machte aber auch klar: «Wenn die freiwillige Räumung erfolgt, verzichten wir auf rechtliche Schritte. Weitere Schritte behalten wir uns vor, auch wenn diese zuerst abgeklärt werden müssten.»

David von Moos

«Luzerner Zeitung am Mittag»: Newsletter abonnieren

Wir liefern Ihnen von Montag bis Samstag ab 11:30 Uhr eine Zusammenstellung der wichtigsten Ereignisse und Themen aus unserer Region und der Welt. Der kompakte Überblick am Mittag, zusammengestellt von unserer Redaktion.

Jetzt registrieren und den Newsletter abonnieren

LESEN SIE AUCH

vor 20 Stunden

Feuerwehr kämpft um historischen Saal nach Brand in Luzerner Hotel

Anzeige

Hol dir jetzt HAPPY HOME!

Für Entertainment ohne Ende! In jedem Raum und auf allen Geräten.

Jetzt profitieren

vor 23 Stunden

Brand in Hotel Schlüssel brach in Küche aus

Anzeige

Top Haushaltversicherung

smile.direct ist Testsieger bei comparis.ch inkl. attraktiven Prämien.

Jetzt 10% Internet-Rabatt sichern!

2.5.2018

37 Cars sollen unter den Schweizerhofquai

Anzeige

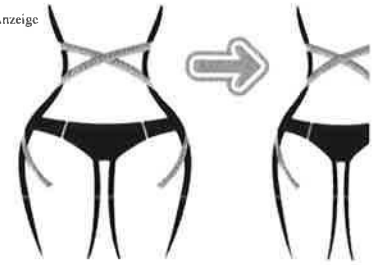
Happy Home

Für Entertainment ohne Ende! In jedem Raum und auf allen Geräten.

vor 21 Stunden

Gymi St. Klemens verliert Internat

Anzeige



23 Kilo Bauch-Fett-weg

Mit MedoRedux Tabletten! Aus Ihrer CH Apotheke.

Jetzt risikolos bestellen.

2.5.2018

Mehr Grün: Stadt Luzern verschönert «Freigleis»

Anzeige

Jobsuche mit Stichwörtern

- Opacc
  ProjektleiterIn OpaccERP Opacc Software AG
- GLANDON APARTMENTS
  Sachbearbeiter/in Immobilienbewirtschaftung 80-100% Glandon Apartments AG
- GLANDON APARTMENTS
  Head of Human Resources 100% (m/w) Glandon Apartments AG

ANZEIGE:

NEUSTE ARTIKEL

VIRTUAL REALITY *03.05.2018*

Dani Levy leistet filmische Pionierarbeit

ALTERSVORSORGE *03.05.2018*

Katzen in Schweizer Altersheimen

WM IN DÄNEMARK *03.05.2018*

Eishockey-Nati will Scharte auswetzen

STADT LUZERN *03.05.2018*

Brand im Hotel Schlüssel: Borromäus-Saal gerettet

GESUNDHEIT *03.05.2018*

Saunabesuche senken Schlaganfallrisiko

STERBEHILFE *03.05.2018*

Wissenschaftler muss zum Sterben nach Basel

NACHRICHTEN

Zentralschweiz Schweiz International Wirtschaft Kultur Panorama Digital Bilder Audio & Video

SPORT

Fussball Eishockey Handball Tennis Leichtathletik Motorsport Weitere Liveticker Resultate & Tabellen

MAGAZIN

Meinung Bonus Auto-Mobil Reisen-Freizeit Genuss Wettbewerbe Spiele Serien Namen & Notizen

AGENDA & KINO

Veranstaltungskalender Veranstaltungen erfassen Kino LZ Corner Veranstaltung bewerben

MARKTPLÄTZE

Marktplätze Jobs Immo Trauer AboPass-Shop Reisemagazin

LZ AKTIV

Lagerdraht Leserreisen LZ Weihnachtsaktion Medienkunde ZS Jassmeisterschaft

Kontakt Impressum Unternehmen Stellen Werbung Abos Medien AGB Copyright

NACH OBEN

Lausanne part en tournée à la rencontre de «ses» squatters

Squats La municipale Natacha Litzistorf visite les collectifs pour savoir ce qui se passe dans les propriétés de la Ville.

Laurent Antonoff / Cindy Mendicino 08.09.2017

1 | 6 Espace autogéré (6 Images)

Cela faisait quelques saisons qu'ils somnolaient, qu'ils s'embourgeoisaient peut-être, pour certains, et voilà que les squats lausannois reviennent sur le devant de la scène en cette fin d'été. Il y a tout d'abord eu la maison de l'Espace autogéré à César-Roux, repeinte en noir sans en informer les autorités communales au préalable, puis des moutons égorgés par le chien d'un proche du collectif Crétins des Alpes qui occupe une parcelle aux Prés-de-Vidy.

Ces cas sont remontés jusqu'au Conseil communal, obligeant la municipale du Logement, Natacha Litzistorf, à dévoiler qu'elle avait justement entamé un tour des squats au bénéfice d'un contrat de prêt à usage avec la Ville. Pour les recadrer? «Ce n'est pas le mot, mais je crois utile de rappeler qui détient l'autorité», prévient la municipale.

WERBUNG

Articles en relation

L'Espace autogéré de Lausanne affiche toujours la couleur

Habitat La bâtisse a été repeinte par ses occupants, sans en référer à la Ville. La Municipale en charge des squats a décidé de précipiter sa rencontre avec les occupants. Plus...

Par Laurent Antonoff 18.08.2017

Feed invented by Teads

Natacha Litzistorf l'avoue bien humblement, même si elle a fréquenté les squats genevois dans sa jeunesse estudiantine: elle hérite d'un dossier qu'elle ne maîtrise pas encore totalement, notamment par méconnaissance de cet univers. «A l'instar d'autres grandes villes européennes, Lausanne est ouverte à différents types de valeurs. Et elle est prête à collaborer avec ces collectifs qui ont une vision, un projet et une autre idée de comment habiter.»

Un guichet unique

Sauf que, jusqu'à présent, sans doute divisée par une aile dure et une autre plus permissive, la Municipalité de Lausanne ne s'est guère mêlée des histoires de squats. «Pour les affaires courantes, nous avons des répondants au sein de l'administration, mais pour ce qui est des urgences, comme un incendie ou autre chose, c'est plus délicat. J'aimerais mettre en place une sorte de guichet unique pour tout ce qui touche aux collectifs», avance la municipale.

A titre d'exemple, Lausanne ne sait pas toujours qui joindre si les pompiers ou la police doivent intervenir dans ses squats aujourd'hui. «Je vais donc exiger d'avoir, pour chacun d'eux, une personne de contact. La sécurité de ces endroits et de leurs occupants est de notre responsabilité.»

Natacha Litzistorf a jusqu'à présent visité trois des cinq squats lausannois: ceux des collectifs Fireballs au Châtelard, Crétins des Alpes à la route de Chavannes et La Louve à la route de Romanel. «Je les ai d'abord reçus dans mon bureau. Ils ont pris cela pour une convocation, ils n'ont pas aimé, mais il me fallait apprendre à les connaître et aussi marquer mon territoire.» Les membres du collectif Jardins de la Bourdache, à la route de Chavannes, lui échappent pour l'instant: «Il semblerait qu'ils sont actuellement très peu nombreux et peu présents.» A noter qu'il existe une vingtaine d'autres squats «privés» sur le territoire communal.

De ces premières prises de contact, l'élue retient une volonté de dialogue mutuelle. «Il faut dire que, globalement, tout se passe bien et mes services l'attestent. J'ai été bien accueillie. Nous pouvons avancer en confiance et en transparence. Et j'ai été claire avec eux: ce sont des endroits où la Ville a des projets.» C'est du côté du collectif de La Louve et de Fireballs que les premières modifications urbanistiques pourraient intervenir. Suivra, à l'horizon 2025, le développement des Prés-de-Vidy.

La dernière rencontre attendue concerne l'Espace autogéré, à César-Roux. «Je comprends que certains de leurs faits et gestes irritent les Lausannois, et je défends un traitement équitable de tous nos concitoyens. Cet endroit est autant mythique qu'emblématique, je tiens à le conserver, mais c'est tout le quartier qui est en mutation et l'Espace doit désormais s'inscrire dans ce nouveau contexte urbain», prévient la municipale. Avant d'ajouter: «Dans le mot autogéré, il y a aussi le mot géré.» (24 heures)

Créé: 08.09.2017, 07h04

Votre avis

Avez-vous apprécié cet article?

Oui

Non

Luzerner Hausbesetzer sind weiter gezogen

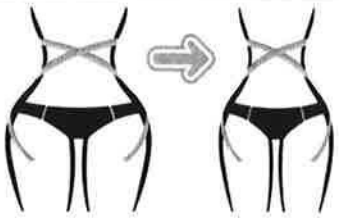
Die städtische Liegenschaft nahe der Museggmauer (oben) mit der Adresse Auf Musegg 1. / *Screenshot Google Earth*

STADT LUZERN · Die Hausbesetzer-Gruppe, welche am Freitag kurzzeitig in eine leer stehende Villa an der Obergrundstrasse eindrang, ist weiter gezogen. Die Gruppe besetzt nun den oberen Stock einer städtischen Liegenschaft nahe der Museggmauer.

08. April 2018, 05:00

«Pulp@ ist umgezogen», teilte die Besetzergruppe am Samstagabend spät per Mail mit, sie hätten ein neues Objekt bezogen. In einem Communiqué schreiben die Besetzer, man habe die leer stehende Liegenschaft an der Obergrundstrasse 95 (wir berichteten) «kurzfristig belebt, um ein aktives Zeichen gegen die Machtverhältnisse in der Stadt Luzern zu setzen». Während viele Menschen nicht mehr in der Stadt leben könnten, könnten vermögende Einzelpersonen Raum während Jahren beanspruchen, ohne ihn zu nutzen.

ANZEIGE:



23 Kilo Bauch-Fett-weg
Jetzt risikolos bestellen.

Werben mit Business Click

ANZEIGE:

Städtische Liegenschaft besetzt

Die Stadt Luzern verstecke sich hinter der falschen

Auslegung des Eigentumrechts, so die Gruppe weiter. Man wolle ihr nun die Gelegenheit geben, «mit gutem Beispiel voranzugehen». Sprich: Die Gruppe hat nun eine städtische Liegenschaft besetzt.

Und zwar das obere Stockwerk des Hauses mit der Adresse Auf Musegg 1. Dieses Stockwerk werde seit Jahren nicht benutzt, die Stadt verweise auf die vernachlässigte Pflege. Die Gruppe wolle die besetzten Räumlichkeiten in ein soziales Zentrum verwandeln, das allen offen stehe. Als Kontaktperson ist eine Andrea Fischer genannt.

An derselben Adresse hat laut Telefonbuch die Time-out-Klasse (TOK) ihren Sitz. Die Einsatzzentrale der Luzerner Polizei wollte auf Anfrage keine Auskunft zur neuen Hausbesetzung geben oder diese bestätigen.

mbe.

5 Gründe für Low Cost Flüge

ARTIKEL ZUM THEMA

Stadt Luzern: Hausbesetzer: Stadtrat erklärt sich *(26.04.2018)*

Hausbesetzung: Verärgerte Nachbarn machen Druck bei der Stadt *(25.04.2018)*

Luzern: Hausbesetzung Musegg: Parteien bemängeln Vorgehen des Stadtrats *(20.04.2018)*

Luzern: SVP fordert sofortige Räumung des besetzten Gebäudes *(19.04.2018)*

Musegg: Stadt Luzern will einvernehmliche Lösung *(18.04.2018)*

«Luzerner Zeitung am Mittag»: Newsletter abonnieren

Wir liefern Ihnen von Montag bis Samstag ab 11:30 Uhr eine Zusammenstellung der wichtigsten Ereignisse und Themen aus unserer Region und der Welt. Der kompakte Überblick am Mittag, zusammengestellt von unserer Redaktion.

Jetzt registrieren und den Newsletter abonnieren

LESEN SIE AUCH

vor 20 Stunden

Feuerwehr kämpft um historischen Saal nach Brand in Luzerner Hotel

Anzeige

Der neue VW Crafter.

8-Gang-Automatik für Front-, Heck- und Allradantrieb. Jetzt entdecken!

2.5.2018

37 Cars sollen unter den Schweizerhofquai

Anzeige

Top Haushaltversicherung

smile.direct ist Testsieger bei comparis.ch inkl. attraktiven Prämien.
Jetzt 10% Internet-Rabatt sichern!

vor 21 Stunden

Gymi St. Klemens verliert Internat

Anzeige

M, L, XL, USD.

GRÖSSTE ANLEIHENMARKT DER WELT. THINK USD BONDS. THINK Xtrackers ETFs.
Neugierig?

vor 23 Stunden

Brand in Hotel Schlüssel brach in Küche aus

Anzeige

Game of Thrones St 1-7

Früher als andere sehen. Jetzt streamen.
Sky.ch

2.5.2018

Mehr Grün: Stadt Luzern verschönert «Freigleis»

Anzeige

Jobsuche mit Stichwörtern

- ProjektleiterIn OpaceERP Opace Software AG
- Sachbearbeiter/in Immobilienbewirtschaftung 80-100% Glandon Apartments AG
- Head of Human Resources 100% (m/w) Glandon Apartments AG

ANZEIGE:

NEUSTE ARTIKEL

VIRTUAL REALITY *03.05.2018*

Dani Levy leistet filmische Pionierarbeit

ALTERSVORSORGE *03.05.2018*

Katzen in Schweizer Altersheimen

WM IN DÄNEMARK *03.05.2018*

Eishockey-Nati will Scharte auswetzen

STADT LUZERN *03.05.2018*

Brand im Hotel Schlüssel: Borromäus-Saal gerettet

GESUNDHEIT *03.05.2018*

Saunabesuche senken Schlaganfallrisiko

STERBEHILFE *03.05.2018*

Wissenschaftler muss zum Sterben nach Basel

NACHRICHTEN

Zentralschweiz Schweiz International Wirtschaft Kultur Panorama Digital Bilder Audio & Video

SPORT

Fussball Eishockey Handball Tennis Leichtathletik Motorsport Weitere Liveticker Resultate & Tabellen

MAGAZIN

Meinung Bonus Auto-Mobil Reisen-Freizeit Genuss Wettbewerbe Spiele Serien Namen & Notizen

AGENDA & KINO

Veranstaltungskalender Veranstaltungen erfassen Kino LZ Corner Veranstaltung bewerben

MARKTPLÄTZE

Marktplätze Jobs Immo Trauer AboPass-Shop Reisemagazin

LZ AKTIV

Lagerdraht Leserreisen LZ Weihnachtsaktion Medienkunde ZS Jassmeisterschaft

Kontakt Impressum Unternehmen Stellen Werbung Abos Medien AGB Copyright

NACH OBEN

Tages-Anzeiger

Ungebetene Gäste im Heilsarmee-Gebäude in Zürich

Im Kreis 4 sind Hausbesetzer in ein leer stehendes Haus eingezogen. Die Eigentümer suchen das Gespräch.

Steht seit dieser Woche leer: Die Heilsarmee-Liegenschaft an der Ankerstrasse im Kreis 4. Bild: TA

Zwei Transparente hängen an der Fassade des Heilsarmee-Gebäudes im Stadtkreis 4. Auf dem einen, dem professionell angefertigten, steht: «Wir planen an der Zukunft.» Das andere, ein mit Pinsel bemaltes Tuch, meldet: «Jetzt besetzt».

Hausbesetzer sind gestern Donnerstag in die leer stehende Liegenschaft hinter dem Club Plaza eingezogen. Die Nachricht verbreiteten sie via SMS: «Wir haben besetzt. Ankerstrasse 31. Kommt doch vorbei, jetzt oder später. Wir sind hier. Es gibt Kuchen, Kaffee und Kräutertee.» Ebenfalls seit gestern Donnerstag weiss die Heilsarmee von der Besetzung. Erst seit dieser Woche stünde das Gebäude leer, sagt ein Heilsarmee-Sprecher auf Anfrage. «Und am 8. Januar 2018 wird es definitiv abgerissen.»

Die Heilsarmee plant dort, wie das Transparent verrät, einen Neubau. «Wir haben eine Baubewilligung, um sowohl einen Gemeindesaal wie auch ein Wohnheim mit 36 Plätzen zu errichten», sagt der Sprecher. Die Parzelle erstreckt sich von der Grüngasse zur Ankerstrasse. Das neue Haus wird laut der Projektausschreibung die bereits heute vorhandene, markant gerundete Ecke übernehmen. Der Einzug ins neue Gebäude ist im Herbst 2019 geplant.

Bilder: Zürichs Hausbesetzungen der letzten 40 Jahre

Patrice Siegrist
Redaktor Zürich
@pasiegrist 24.11.2017

Artikel zum Thema

Einmal wurde gar ein Helikoptereinsatz nötig

Heute äussert sich der Zürcher Stadtrat zum besetzten Koch-Areal. Was aus den Besetzungen der letzten 40 Jahre wurde. Mehr...
Von Ev Manz 06.10.2016

Im Koch-Areal soll das Recht einziehen

Für Stadtpräsidentin Corine Mauch (SP) gefährdet die Rücksichtslosigkeit der Hausbesetzer die bewährte Praxis im Umgang mit Hausbesetzungen. Mehr...
Jürg Rohrer. 29.09.2016

Das Ressort Zürich auf Twitter

Das Zürich-Team der Redaktion versorgt Sie hier mit Nachrichten aus Stadt und Kanton.

@tagi folgen

1 | 7 **Koch-Areal: Seit 2013** Aktivisten besetzen das ehemalige UBS-Areal seit 2013. Seit Ende 2013 gehört das 30'000 Quadratmeter grosse Grundstück der Stadt Zürich. Bild: Reto Oeschger (7 Bilder)

Wie die Heilsarmee mit den neuen, ungebetenen Bewohnern umgehen will, ist noch unklar. Sie würden derzeit das weitere Vorgehen besprechen, sagt der Sprecher: «Wir stehen sowohl mit den Besetzern wie auch mit der Polizei in Kontakt.» Er gehe davon aus, dass noch heute Freitag ein Entscheid gefällt werde. Öffentliche kommuniziere die Heilsarmee aber erst, nachdem sie direkt mit den Besetzern gesprochen habe. Das Treffen finde wohl im Verlaufe des Wochenendes statt.

Vom Entscheid der Heilsarmee hängt der weitere Verlauf der Besetzung massgeblich ab. Ohne Anzeige durch den Eigentümer der Liegenschaft räumt die Stadtpolizei das Haus nicht. So will es die Stadt – obwohl die Hausbesetzer laut Strafrecht Hausfriedensbruch begehen. Im «Merkblatt Hausbesetzungen in der Stadt Zürich» ist festgehalten, was für Bedingungen erfüllt sein müssen, damit die Stadtpolizei räumen kann. Neben der Anzeige muss der Hausbesitzer auch eine Baubewilligung und eine Baufreigabe haben – ausser die Besetzung würde die Sicherheit von Personen oder denkmalgeschützte Bauteile oder Einrichtung gefährden. Damit will die Stadt erreichen, dass die Räumung einer besetzten Liegenschaft nicht nur für den Moment, sondern auf Dauer erfolgreich ist. (Tages-Anzeiger)

Erstellt: 24.11.2017, 16:05 Uhr

Ist dieser Artikel lesenswert?

Ja

Nein