

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

St. Gallen/Basel, den 21. Dezember 2020

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

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

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

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

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

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

2. Spezielle Bemerkungen

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

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

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

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

Mit vorzüglicher Hochachtung

Im Namen des Vorstandes



Prof. Dr. Patrick Guidon
Präsident SVR-ASM



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