

# **AR\_GERICHTE OG O4V-16-33 vom 6. Juli 2017**

AR Gerichte, 2017-07-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ar\\_gerichte OG\\_O4V-16-33](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ar_gerichte OG_O4V-16-33)

FR: AR\_GERICHTE OG O4V-16-33 du 6 juillet 2017

IT: AR\_GERICHTE OG O4V-16-33 del 6 luglio 2017

## **Regeste**

Obergericht Appenzell Ausserrhoden 4. Abteilung Urteil vom 6. Juli 2017 Mitwirkende Obergerichtspräsident E. Zingg Oberrichterinnen D. Cadosch Autolitano, M. Gasser Aebischer, Oberrichter E. Graf, P. Louis Obergerichtsschreiber T. Bienz

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der prozessualen Voraussetzungen ergibt, dass das Obergericht (Verwaltungsrechtliche Abteilung) nach Art. 54 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG, bGS 143.1) in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 Ziff. 16 des Gesetzes über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (EG zum ZGB, bGS 211.1) und Art. 45 Abs. 1 des Gemeindegesetzes (GG, bGS 151.11) zur Behandlung der Beschwerde gegen den Rekursentscheid der Vorinstanz vom 31. Mai 2016 zuständig ist. Weil zur Bestellung des Erbenvertreters im Kanton Appenzell Ausserrhoden eine Verwaltungsbehörde zuständig ist, richtet sich das Verfahren nach kantonalem öffentlichen Recht (Berner Kommentar, Stephan Wolf, N. 148 zu Art. 602 ZGB). Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht. Als Mitglied der Erbgemeinschaft E\_\_\_ und F\_\_\_ selig ist die Beschwerdeführerin zur Anfechtung des an sie gerichteten negativen Rekursentscheides legitimiert. Auf die Beschwerde ist deshalb grundsätzlich einzutreten. Nicht einzutreten ist auf die Beschwerde jedoch, soweit sich nachfolgend ergibt, dass der Gemeinderat B\_\_\_ die Begehren der Beschwerdeführerin vom 18. Juni 2016 hätte behandeln müssen. Darauf wird weiter unten zurückzukommen sein.

### **E. 2.1**

Gemäss Art. 602 Abs. 3 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB, SR 210) kann die zuständige Behörde auf Begehren eines Miterben für die Erbgemeinschaft bis zur Teilung der Erbschaft eine Vertretung bestellen. Nach Art. 3 Abs. 1 Ziff. 16 EG zum ZGB bildet die (allfällige) Bestellung eines Erbenvertreters eine Obliegenheit des Gemeinderats. Die Behörde kann den Erbenvertreter generell mit der Nachlassverwaltung (als Generalerbenvertreter) einsetzen oder ihn nur mit der Vornahme einzelner Handlungen betrauen (als Seite 7 Spezialerbenvertreter). Der Erbenvertreter ist jedoch weder zur Erbteilung befugt noch hat er die Auflösung der Erbgemeinschaft zu beschleunigen (Urteil des Bundesgerichts 5D\_133/2010 vom 12. Januar 2011 E. 5.2.2; BK-Wolf, N. 162 zu Art. 602 ZGB).

### **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin hat den Gemeinderat B\_\_\_ mit Eingabe vom 18. Juni 2016 ersucht, sie zur Vornahme einzelner Handlungen in Bezug auf die Liegenschaft in D\_\_\_ zu beauftragen bzw. zu ermächtigen. Konkret geht es dabei um die Instandstellungsarbeiten

der elektrischen Installationen d.h. um spezifische Verwaltungshandlungen für ein Nachlassaktivum, wofür die Einsetzung eines Spezialerbenvertreters möglich ist. Durch den Verweis auf Art. 602 Abs. 3 ZGB hat die Beschwerdeführerin im erwähnten Gesuch klar zum Ausdruck gebracht, dass es ihr bei ihren Anträgen konkret um ihre Einsetzung als Erbenvertreterin für diese Verwaltungshandlungen und nicht etwa um die Durchführung von vorsorglichen Massnahmen ging. Für die allfällige Anordnung eines Erbenvertreters ist zweifellos gemäss Art. 3 Abs. 1 Ziff. 16 EG zum ZGB der Gemeinderat erstinstanzlich zuständig. Dass die entsprechenden Begehren seinen Zuständigkeitsbereich tangieren, war für den Gemeinderat daher durchaus erkennbar, zumal dieser bereits in der Vergangenheit Erbenvertreter für dieselbe Erbengemeinschaft eingesetzt hat. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass zu diesem Zeitpunkt beim Obergericht bereits eine Beschwerde der Beschwerdeführerin betreffend Einsetzung einer Erbenvertretung für die Liegenschaft in Spanien hängig war, welche mit Urteil vom 24. November 2016 abgewiesen wurde (Verfahren Nr. O4V 15 11). Die Beschwerdeführerin hat am 18. Juni 2016 erstmalig ihre Einsetzung als Erbenvertreterin für bestimmte Verwaltungshandlungen betreffend die Liegenschaft D\_\_\_ beantragt. Damit steht fest, dass der zuständige Gemeinderat B\_\_\_ am 27. Juli 2016 zu Unrecht nicht auf deren Gesuch vom 18. Juni 2016 eingetreten ist und dieser das Gesuch hätte behandeln müssen. Im Folgenden gilt es zu prüfen, wie das Schreiben des Gemeinderats vom 27. Juli 2016 zu qualifizieren ist.

### **E. 3.1**

Eine Verfügung ist ein individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird (BGE 137 II 409 E. 6.1.; 121 II 473 E. 2a). Eine Verwaltungshandlung ist somit als Verfügung zu qualifizieren, wenn sie diese Strukturelemente aufweist. Nach Lehre und Rechtsprechung kann auch eine Verfügung vorliegen, wenn sie nicht als solche bezeichnet wird oder wenn eine Rechtsmittelbelehrung fehlt (Urteil C-237/2013 des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Dezember 2014 E. 4.2). Massgebend ist ein materieller Verfügungsbegriff (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. Zürich 2016, Rn 872). Gemäss Art. 30 Abs. 1 VRPG und Art. 45 Abs. 1 GG kann unter Vorbehalt abweichender Regelungen gegen Verfügungen des Gemeinderats Rekurs beim Regierungsrat erhoben werden. Aus einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung dürfen der betroffenen Person keine Nachteile erwachsen. Ist die Rechtsmittelbelehrung bei einer weiterziehbaren Verfügung unterblieben, so ist die Einreichung des Rechtsmittels innert zwei Monaten seit Zustellung der Verfügung zulässig (Art. 34 Abs. 1 und 2 VRPG). Eine Rechtsverweigerungsbeschwerde ist nur zulässig, sofern kein ordentliches Rechtsmittel gegeben ist (Art. 42 Abs. 1 VRPG).

### **E. 3.2**

Der Gemeinderat B\_\_\_ hat mit Schreiben vom 27. Juli 2016 als hoheitliche Behörde festgestellt, dass die Begehren der Beschwerdeführerin nicht in seinen Zuständigkeitsbereich fallen. Das Schreiben ist vom Vize-Gemeindepräsidenten und vom Gemeindegeschreiber unterzeichnet und trägt den Briefkopf der Gemeinde. Darin wurde die Zuständigkeit seitens des Gemeinderats B\_\_\_ ausdrücklich verneint und daraus abgeleitet, es könne nicht auf die Begehren der Beschwerdeführerin eingetreten werden. Dies bedeutet, dass damit im materiellen Sinn eine negative Verfügung eröffnet wurde, auch wenn der Gemeinderat lediglich (fälschlicherweise) seine Unzuständigkeit festgestellt hat. Ausgehend vom materiellen Verfügungsbegriff handelt es sich beim Schreiben vom 27. Juli 2016 trotz fehlender Be-

zeichnung um eine Nichteintretens-Verfügung, wobei das Fehlen der nach Art. 18 VRPG erforderlichen Rechtsmittelbelehrung bloss als Form- und Eröffnungsfehler zu qualifizieren ist (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O). Als förmliches Anfechtungsobjekt hätte diese Nichteintretens-Verfügung gemäss Art. 30 Abs. 1 VRPG mittels Rekurs an den Regierungsrat weitergezogen werden können, weshalb keine formelle Rechtsverweigerung vorlag. Eine Rechtsverweigerungsbeschwerde war daher aufgrund von deren Subsidiarität im vorliegenden Fall ausgeschlossen. Aus dem Fehlen oder der Unrichtigkeit einer Rechtsmittelbelehrung darf einer Partei jedoch kein Rechtsnachteil erwachsen, wenn sie sich in guten Treuen darauf verlassen durfte (BGE 129 II 125 E. 3.3). Die Beschwerdeführerin hat sich erst im Beschwerdeverfahren vor dem Obergericht anwaltlich vertreten lassen, weshalb ihr als Laiin nicht vorgeworfen werden kann, sie hätte den Verfügungscharakter des Schreibens vom 27. Juli 2016 erkennen und dagegen Rekurs erheben müssen. Dies gilt umso mehr, als dass ihr wegen der fehlenden Rechtsmittelbelehrung eine Frist von zwei Monaten zur Rekuserhebung offen gestanden wäre und sie diese Frist mit ihrer Rechtsverweigerungsbeschwerde vom 22. August 2016 offensichtlich eingehalten hat. Die Rechtsverweigerungsbeschwerde vom 22. August 2016 an die Vorinstanz ist demzufolge als Rekurs umzudeuten, denn nur so entsteht der Beschwerdeführerin durch das Fehlen einer Rechtsmittelbelehrung kein Nachteil. Demzufolge hätte die Vorinstanz nicht eine formelle Rechtsverweigerung, sondern korrekterweise die Anfechtung einer Nichteintretens-Verfügung behandeln müssen. Der Gemeinderat B\_\_\_ dagegen wäre verpflichtet gewesen, zuständigkeits halber auf die Begehren der Beschwerdeführerin einzutreten und diese zu behandeln.

Seite 9

### **E. 3.3**

In Anbetracht dieser Umstände bleibt nichts anderes übrig, als die Sache in Aufhebung des angefochtenen Entscheids der Vorinstanz vom 15. November 2016 und des Nichteintretens-Entscheids des Gemeinderats B\_\_\_ vom 27. Juli 2016 zur materiellen Behandlung an den Gemeinderat B\_\_\_ zurückzuweisen. Auf die übrigen Anträge der Beschwerdeführerin, namentlich die beantragte direkte Beauftragung als Spezialerbenvertreterin durch das Obergericht kann jedoch nicht eingetreten werden, da das Obergericht ansonsten in den erstinstanzlichen Zuständigkeitsbereich des Gemeinderats B\_\_\_ eingreifen würde. Das Gericht erlaubt sich diesbezüglich jedoch den Hinweis, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Falle von Dringlichkeit bzw. des Vorliegens von Gefahr im Verzug jeder Miterbe allein zur Wahrung der Interessen des Nachlasses oder zur Erhaltung von Erbschaftsobjekten handeln kann. Ein dringlicher Fall liegt vor, wenn das Interesse der Erben-gemeinschaft ein rasches Vorgehen erfordert, was bei Unterhaltsarbeiten an einer Liegen-schaft der Fall sein kann, die unaufschiebbar sind, wenn der Eintritt eines Gebäudescha-dens abgewehrt werden soll (BK-Wolf, N. 91 zu Art. 602 mit Hinweisen auf die bundesge-richtliche Rechtsprechung). Bei der erforderlichen Behandlung der Begehren der Be-schwerdeführerin könnte der Gemeinderat bei gegebener Dringlichkeit die Alleinvertretung vorfrageweise in seine Überlegungen miteinbeziehen. Angesichts einer drohenden Busse durch das Starkstrominspektorat und der drohenden Unterbrechung der Stromversorgung für die vermietete Wohnung könnten hier solche Verhältnisse durchaus vorliegen. Wäre die Dringlichkeit zu bejahen, könnte die Beschwerdeführerin ohne vorhergehende Einsetzung eines Erbenvertreters die Durchführung der Instandstellungsarbeiten veranlassen, wobei es vorstellbar wäre, für die dadurch anfallenden

Kosten den Mietzins verwenden. Ob tatsächlich Dringlichkeit besteht, hätte aber im Streitfall der Zivilrichter zu entscheiden.

#### **E. 4**

Zusammenfassend steht damit fest, dass die Beschwerde gutzuheissen ist, soweit darauf eingetreten werden kann.

#### **E. 5**

Nach Art. 19 Abs. 3 i. V. m. Art. 53 Abs. 1 VRPG ist im Beschwerdeverfahren vor Obergericht gebühren- und kostenpflichtig, wer ganz oder teilweise unterliegt oder auf dessen Rechtsmittel nicht eingetreten wird. Da die Beschwerdeführerin im Wesentlichen obsiegt, werden ihr keine Kosten auferlegt. Bezüglich der Vorinstanz und der Gemeinde wird in Anwendung von Art. 22 Abs. 1 VRPG auf eine Kostenerhebung verzichtet.

Seite 10

#### **E. 6.1**

Nach Art. 53 Abs. 3 VRPG hat die obsiegende Partei in der Regel Anspruch auf eine Entschädigung für die notwendigen Kosten und Auslagen. Die Entschädigung setzt sich zusammen aus einem Honorar und den Barauslagen; die Mehrwertsteuer wird als Zuschlag in Rechnung gestellt (Art. 3 der Verordnung über den Anwaltstarif, AT, bGS 145.53). In Verfahren vor dem Obergericht in Verwaltungssachen wird das Honorar pauschal festgelegt (Art. 13 Abs. 1 lit. c AT) und beträgt Fr. 1'000.-- bis Fr. 10'000.-- (Art. 16 Abs. 1 AT). Innerhalb des für eine Pauschale gesetzten Rahmens richtet sich das Honorar nach den besonderen Umständen des Falles. In Betracht fallen namentlich Art und Umfang der Bemühungen, die Schwierigkeiten des Falles sowie die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten (Art. 17 AT). Grundsätzlich kann die mögliche Bandbreite der Honorare unterteilt werden in

- a) einfache, unterdurchschnittlich aufwändige Fälle, in denen ein Honorar von Fr. 1'000.-- bis zu Fr. 4'000.-- zu sprechen ist;
- b) mittlere Fälle, die durchschnittlich schwierige Rechts- und/oder Sachverhaltsfragen betreffen und einen durchschnittlichen Aufwand benötigten, in denen ein Honorar in der Grössenordnung von Fr. 4'000.-- bis Fr. 7'000.-- angemessen erscheint; und
- c) schwierige Fälle sowohl bezüglich Sachverhalts- und/oder Rechtsfragen, in denen überdurchschnittlich umfangreiche Eingaben notwendig waren und umfangreiche Akten zu studieren waren, was ein Honorar von Fr. 7'000.-- bis Fr. 10'000.--, bzw. in aussergewöhnlichen Fällen bis zu Fr. 15'000.-- rechtfertigt.

#### **E. 6.2**

Der Anwalt der Beschwerdeführerin hat mit Eingabe vom 28. Juni 2017 eine Kostennote in der Höhe von Fr. 3'934.30 eingereicht. Gemäss seinen Angaben wurde der Aufwand durch die Duplik der Beschwerdegegnerin vom 31. März 2017 nochmals erhöht. Das Obergericht kommt in Würdigung der nachträglichen Eingabe der Beschwerdeführerin vom 16. Juni 2017 zum Schluss, dass sich diese im Wesentlichen nicht mit dem strittigen Anfechtungsobjekt, d.h. der Nichteintretens-Verfügung des Gemeinderats, sondern mit materiellen Fragen der Erbenvertretung und ab. S. 3 mit der Liegenschaft in Spanien befasst, welche nicht Gegenstand dieses Verfahrens bildet. Dem Aufwand und den Anforderungen angemessen erscheint ein Honorar aus dem unteren Bereich der Honorarpauschalen (Fr. 1'000.-- bis Fr.

4'000.--) in der Höhe von Fr. 2'900.--. Hinzu kommen die ausgewiesenen Barauslagen von Fr. 142.85 sowie die Mehrwertsteuer von 8%, was insgesamt zu einer Entschädigung von Fr. 3'286.30 führt. Entsprechend der je fehlerhaften Beurteilung wird die Parteientschädigung zur Hälfte dem Kanton und zur Hälfte der Gemeinde B\_\_\_ auferlegt. Aufgrund des Nichteintretens auf die übrigen Anträge und des Umstands, dass erstinstanzlicher Parteiaufwand nicht entschädigt wird (Art. 24 Abs. 3 lit. c VRPG) wird der Beschwerdeführerin für die vorinstanzlichen Verfahren kein Auslagenersatz zugesprochen. Seite 11

Das Obergericht erkennt:

1. Die Beschwerde von A\_\_\_ wird insofern gutgeheissen, als der vorinstanzliche Entscheid und der Nichteintretensentscheid des Gemeinderates aufgehoben werden und die Sache zu neuem Entscheid an den zur Behandlung der Streitsache zuständigen Gemeinderat B\_\_\_ zurückgewiesen wird. Im Übrigen wird auf die Beschwerde nicht eingetreten.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Der Beschwerdeführerin wird eine Parteientschädigung von Fr. 3'286.30 für das Beschwerdeverfahren zugesprochen (Barauslagen und Mehrwertsteuer inbegriffen), welche ihr je zur Hälfte von der Vorinstanz und vom Gemeinderat B\_\_\_ zu erbringen sind.

4 Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben werden, wenn er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken könnte oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 82 ff. Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110, Art. 93 BGG). Andernfalls ist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegeben (Art. 113 ff. BGG). In beiden Fällen ist die Beschwerde beim Schweizerischen Bundesgericht, Avenue du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, schriftlich einzureichen. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind - soweit vorhanden - beizulegen (Art. 42 BGG). Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 BGG).

5. Zustellung an die Beschwerdeführerin über deren Anwalt, die Vorinstanz, den Gemeinderat B\_\_\_ sowie an C\_\_\_.

Im Namen der 4. Abteilung des Obergerichts

Der Obergerichtspräsident:

lic. iur. Ernst Zingg Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Toni Bienz

versandt am: 2.11.17

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.