

# **AR\_GERICHTE OG O4V-17-36 vom 14. August 2019**

AR Gerichte, 2019-08-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ar\\_gerichte OG\\_O4V-17-36](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ar_gerichte OG_O4V-17-36)

FR: AR\_GERICHTE OG O4V-17-36 du 14 août 2019

IT: AR\_GERICHTE OG O4V-17-36 del 14 agosto 2019

## **Regeste**

Obergericht Appenzell Ausserrhoden 4. Abteilung Die von den Beschwerdeführern gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde an das Bundesgericht hat dieses mit Entscheid vom 14. August 2019 abgewiesen (1C-647/2018). Urteil vom 30. August 2018 M

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gemäss Art. 59 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG, bGS 143.1) i. V. m. Art. 2 Abs. 1 VRPG hat das Obergericht seine Zuständigkeit von Amtes wegen zu Seite 4 prüfen, bevor es auf die Behandlung einer Sache eintritt. Die Zuständigkeitsprüfung umfasst die Prüfung der sachlichen, örtlichen und funktionellen Zuständigkeit. Dabei handelt es sich um Sachurteilsvoraussetzungen, d.h. um Vorbedingungen, die erfüllt sein müssen, damit das Gericht sich materiell mit der Sache befassen und darüber entscheiden darf (MARKUS BOOG: in: Basler Kommentar BGG, 2. Aufl., 2011, N. 12 zu Art. 29 BGG). Die funktionelle Zuständigkeit betrifft die Stufenfolge der Instanzen innerhalb der Justizhierarchie, die im Rechtsmittelverfahren nacheinander zur Behandlung derselben Sache zuständig sind (BOOG, a.a.O, N. 10 zu Art. 29 BGG). Die gesetzlich begründete Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde schliesst gleichzeitig die Zuständigkeit einer anderen Behörde aus. Verwaltungsbefugnisse dürfen von der nach allgemeiner Regel zuständigen Behörde grundsätzlich nicht auf eine andere Behörde übertragen werden (Verbot der Delegation von Verwaltungsbefugnissen). Diese Grundsätze gelten sowohl für die Zuständigkeit von Rechtsmittelbehörden als auch für die Zuständigkeit der erstinstanzlichen Verwaltungsbehörden (BGE 133 II 181 E. 5.1.3).

### **E. 1.1**

Die Beschwerde an das Obergericht ist zulässig gegen letztinstanzliche Verfügungen der Verwaltungsbehörden (Art. 54 Abs. 1 VRPG). Der Begriff der Letztinstanzlichkeit bedeutet nach dem Gesagten, dass der kantonale Instanzenzug formell durchlaufen werden muss, damit sich das Obergericht materiell mit einer Beschwerde befasst. Nach Art. 31 des Gesetzes über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (EG zum ZGB, bGS 211.1) kann gegen Beschlüsse und Verfügungen der Körperschaften des öffentlichen Rechts innert 20 Tagen beim Regierungsrat rekuriert werden. Streitigkeiten, die sich bei Flurgenossenschaften aus dem Betrieb des Unternehmens ergeben, werden in erster Instanz vom Departement Bau und Volkswirtschaft (früher Gemeindedirektion) entschieden (Art. 188 EG zum ZGB). Gemäss konstanter kantonaler Rechtspraxis ist diese Bestimmung so zu verstehen, dass jeder einzelne Genossenschafter das Recht hat, Beschlüsse der Hauptversammlung direkt beim Departement Bau und Volkswirtschaft anzufechten (AR GVP 1988 1070 E. 6). Die Entscheide des Departements können anschliessend an den Regierungsrat weitergezogen werden (Art. 20 Abs.1 VRPG; vgl. auch HANS-JÜRIG

SCHÄR, Kommentar zum Gesetz über das Verwaltungsverfahren des Kantons Appenzell Ausserrhoden, 1985, Rn 12 zu den Vorbemerkungen zu Art. 18-29).

### **E. 1.2**

Im vorliegenden Fall ist nicht aktenkundig, dass die Beschwerdeführer den Beschluss der Beschwerdegegnerin vom 20. Mai 2017 direkt beim Departement Bau und Volkswirtschaft angefochten haben. Ihre Beschwerde richtet sich denn auch nicht gegen einen diesbezüglichen Rekursentscheid des Regierungsrates, sondern dessen Genehmigungsbeschluss der Statutenänderung. Alle materiellen Einwände der Beschwerdeführer, die sich gegen die am 20. Mai 2017 beschlossene Statutenänderung Seite 5 richten, hätten nach Art. 188 EG zum ZGB zuerst in einem Verfahren vor dem Departement Bau und Volkswirtschaft vorgebracht werden müssen. Ein solches Verfahren haben die Beschwerdeführer jedoch offenbar nicht eingeleitet. Damit müsste das Obergericht im vorliegenden Fall quasi erstinstanzlich über die von den Beschwerdeführern erhobenen materiellen Einwände entscheiden. Dies würde Art. 54 Abs. 1 VRPG widersprechen, wonach die verwaltungsgerichtliche Beschwerde nur gegen letztinstanzliche Verfügungen der Verwaltungsbehörden zulässig ist.

Nach Auffassung des Obergerichts hätten die anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer durch die Konsultierung der kantonalen Verfahrensbestimmungen den gesetzlich vorgeschriebenen Instanzenzug erkennen müssen, zumal der Beschwerdeführer 2 zum Zeitpunkt des Beschlusses immerhin Präsident der Flurgenossenschaft war. Bei allfälligen Unklarheiten wäre es den Beschwerdeführern im Übrigen zuzumuten gewesen, sich beim zuständigen Departement über den Verfahrenslauf zu erkundigen, anstatt ein halbes Jahr den Genehmigungsbeschluss des Regierungsrates bzw. eine allfällige öffentliche Auflage der Statutenänderung abzuwarten. Im Weiteren ist hervorzuheben, dass weder die Beschwerdeführer noch die anderen Mitgliedern der Flurgenossenschaft Adressaten des angefochtenen Beschlusses vom 31. Oktober 2017 waren, sondern die Beschwerdegegnerin. Die Beschwerdeführer waren damit durch den angefochtenen Beschluss nicht formell beschwert, womit auch keine fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung bzw. ein allfälliger darauf zurückführender Vertrauenstatbestand zugunsten der Beschwerdeführer ersichtlich ist (vgl. dazu BGE 134 I 199 E. 1.3.1). Mangels Einhaltung des Instanzenzuges kann daher nicht auf die Beschwerde eingetreten werden. Da die 20-tägige Anfechtungsfrist gemäss Art. 188 i. V. m. Art. 31 EG zum ZGB zum Zeitpunkt der Beschwerdeeingabe am 4. Dezember 2017 längst abgelaufen war, erübrigt sich eine Weiterleitung der Eingabe an das zuständige Departement Bau und Volkswirtschaft im Sinne von Art. 2 Abs. 2 VRPG, da auch dieses nicht mehr auf die Beschwerde eintreten könnte. Dies gilt umso mehr, als dass es den Beschwerdeführern auch an der erforderlichen materiellen Beschwer fehlt, wie sich nachfolgend zeigen wird.

### **E. 2**

Gemäss Art. 59 i.V. m. Art. 32 Abs. 1 VRPG ist zur Beschwerde berechtigt, wer ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung hat (sog. materielle Beschwer) oder durch das Gesetz dazu ermächtigt ist. Die Beschwerde einer Drittperson, die nicht Adressatin der Verfügung ist, kommt nach der Rechtsprechung nur in engen Grenzen in Frage (Urteil des BGER 2C\_1158/2012 vom 27. August 2013 E. 2.3.2; Urteil des BVGer C-8614/2010 vom 27. März 2012 E. 1.2.3 je mit Hinweis auf BGE 130 V 560 E. 3.5). Dritte können zur Beschwerde legitimiert sein, sofern sie ein eigenes

schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung haben und in Seite 6 einer besonderen, beachtenswerten nahen Beziehung zur Streitsache stehen (vgl. BGE 139 II 279 E. 2.2; 130 V 560 E. 3.4). Die notwendige Beziehungsnähe liegt nur dann vor, wenn der Drittperson durch die streitige Verfügung ein unmittelbarer Nachteil entsteht (vgl. BGE 130 V 560 E. 3.5). Neben der spezifischen Beziehungsnähe zur Streitsache muss der Beschwerdeführer einen praktischen Nutzen aus einer allfälligen Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids ziehen, d.h. seine Situation muss durch den Ausgang des Verfahrens in relevanter Weise beeinflusst werden können. Das schutzwürdige Interesse besteht im Umstand, einen materiellen oder ideellen Nachteil zu vermeiden, den der angefochtene Entscheid mit sich bringen würde. Ein bloss mittelbares oder ausschliesslich allgemeines öffentliches Interesse begründet – ohne die erforderliche Beziehungsnähe zur Streitsache selber – keine Parteistellung (BGE 139 II 279 E. 2.2). Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, ist jeweils in Bezug auf die konkrete Einzelfallkonstellation zu prüfen (BGE 130 V 560 E. 3.4).

### **E. 2.1**

Die Beschwerdeführer begründen ihre Legitimation aus dem Umstand, dass sie Grundeigentümer von Grundstücken sind, welche zur Flurgenossenschaft B\_\_\_ gehören. Beide würden sich gegen die weitere Überbauung des Gebiets „D\_\_\_“ wehren, vielmehr strebten sie eine Rückzonung an. Die Widmung der Strasse würde dazu führen, dass im Strassenperimeter zahlreiche weitere Grundstücke überbaut werden könnten, dass Mehrverkehr entstünde und daraus Immissionen auf ihre Grundstücke und finanzielle Mehrbelastungen für den Unterhalt und den Ausbau der Strasse resultierten. Da sie an der Hauptversammlung vom 20. Mai 2017 gegen die Widmung gestimmt hätten, hätten sie ein schützenswertes Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Beschlusses.

### **E. 2.2**

Voraussetzung dafür, dass eine Strasse im privaten Eigentum als öffentlich gilt, ist einerseits die Verfügungsmacht des Gemeinwesens über die Strasse und andererseits die Widmung der Strasse zum Gemeingebrauch durch das Gemeinwesen (sog. „Widmungsakt“) (AR GVP 23/2011 Nr. 1502 S. 19). Die Widmung einer im Privateigentum stehenden Sache zum Gemeingebrauch setzt nach Lehre und Rechtsprechung voraus, dass dem Gemeinwesen die Verfügungsmacht über die Sache wie folgt zukommt: Die Verfügungsmacht des Gemeinwesens kann sich aus einem zivilrechtlichen Titel ergeben (Eigentum, beschränktes dingliches Recht) oder aber öffentlich-rechtlich begründet werden: dies setzt eine explizite (förmliche oder formlose) Zustimmung des privaten Eigentümers oder eine unmittelbar wirkende öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung voraus (WIEDERKEHR/RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band II, 2014, Rn 148 zu §8). Die auf Zustimmung der privaten Strasseneigentümer hin erfolgte Widmung zum Gemeingebrauch erfolgt als rechtsgestaltender Verwaltungsakt durch das Gemeinwesen und nicht etwa durch die betreffenden Privatpersonen (ANDRÉ WERNER MOSER, Der Seite 7 öffentliche Grund, 2011 S. 41 Fn. 205). Die Widmung kann im Kanton Appenzell Ausserrhoden nach Art. 2 des Strassengesetzes (StrG, bGS 731.11) durch die ausdrückliche Zustimmung des Eigentümers oder die Errichtung einer Dienstbarkeit erreicht werden (Abs. 2). Bei Flurgenossenschaften erfolgt die Widmung dadurch, dass diese ihre Strassen dem allgemeinen Verkehr öffnen (Abs. 3).

### **E. 2.3**

Das Obergericht hat im Rahmen der Sachverhaltsermittlung beim Grundbuchamt der Gemeinde C\_\_\_ Grundbuchauszüge der Parzellen Nrn. 002 und 001 der Beschwerdeführer eingeholt. Dabei stellte es fest, dass auf diesen Parzellen ein Dienstbarkeitsvertrag „betreffend Öffentlicher Fussweg und beschränkter öffentlicher Fahrweg“ vom 5. August 1952 angemerkt ist (act. 19/1). Gemäss Ziff. 1 dieses Vertrags „erteilen die jeweiligen Eigentümer der Grundstücke in D\_\_\_ und E\_\_\_ dem bestehenden, durch ihre Grundstücke führenden Weg, ausgehend von der Landstrasse F\_\_\_ und dann über D\_\_\_ nach E\_\_\_ hinaufführend am Haus Nr. 004 vorbei und weiter über Polygonpunkt 2275 bis an die Grenze gegen die Gemeinde F\_\_\_ beim Pol. Punkt 2006 die servitutarische Anerkennung als öffentlichen Fussweg und als Fahrweg für die Grundstücke in D\_\_\_ und E\_\_\_“. Dieser Dienstbarkeitsvertrag wurde sowohl von den damaligen Eigentümern als auch vom damaligen Gemeindehauptmann „namens der Öffentlichkeit“ unterzeichnet. Aufgrund des angemerkten Titels „Beschränkter öffentlicher Fahrweg“ kann die Schlussfolgerung gezogen werden, dass die damaligen Grundeigentümer der Parzellen in D\_\_\_ und E\_\_\_ durch diesen Dienstbarkeitsvertrag anerkannt haben, dass der bestehende Weg bis zum Abzweiger Wanderweg auf der Parzelle Nr. 003 von der Allgemeinheit befahren werden kann und vom Abzweiger Wanderweg aus in nördlicher Richtung von der Allgemeinheit nur noch als Fussweg benutzt werden darf. Die öffentlich befahrbare Strecke gemäss Dienstbarkeitsvertrag deckt sich damit mit der Flurgenossenschaftsstrasse (vgl. Art. 2 Abs. 1 der Statuten). Die entsprechende Grundbuchanmerkung hat nach der Gründung der Flurgenossenschaft weiterhin Gültigkeit. Auch wenn der Dienstbarkeitsvertrag nicht als Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen, sondern lediglich angemerkt ist, basiert der Vertrag auf einer ausdrücklichen Zustimmung der „jeweiligen“ Eigentümer, welche damit auch für deren Rechtsnachfolger gilt. Die Zustimmung der Gemeinde zur Öffentlicherklärung (Unterschrift des Gemeindehauptmanns) ist als eigentlicher Widmungsakt zu qualifizieren.

### **E. 2.4**

In Anbetracht dieser Sachlage kommt das Obergericht zu Schluss, dass für die Flurgenossenschaftsstrasse B\_\_\_ bereits eine öffentliche Widmung zum Gemeingebrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 StrG besteht, womit die beschlossene Statutenänderung nur noch deklaratorische Bedeutung haben kann. Insofern versteht es sich von selbst, dass für die Statutenänderung kein öffentliches Auflageverfahren erforderlich war, werden doch Seite 8 dadurch weder das Projekt noch der Kostenverteiler tangiert (Art. 170 Abs. 3 EG zum ZGB e contrario). Eine öffentliche Auflage mit Einspracheverfahren müsste vielmehr bei einer allfälligen Entwidmung durchgeführt werden (Art. 2 Abs. 5 StrG i.V. m. Art. 37 StrG). Damit ist ein Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführer an der Aufhebung des Genehmigungsbeschlusses der Vorinstanz vom 31. Oktober 2017 und des Beschlusses der Flurgenossenschaft vom 20. Mai 2017 zu verneinen, lässt sich doch auf diesem Weg die bereits seit Jahren bestehende Widmung nicht verhindern. Infolgedessen fehlt es den Beschwerdeführern auch an der materiellen Beschwer, womit auch aus diesem Grund nicht auf die Beschwerde eingetreten werden kann.

### **E. 3**

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten ist. Nach Art. 19 Abs. 3 i. V. m. Art. 59 VRPG ist im Beschwerdeverfahren vor Obergericht gebühren- und kostenpflichtig, wer ganz oder teilweise unterliegt oder auf dessen

Rechtsmittel nicht eingetreten wird. Den Beschwerdeführern ist unter solidarischer Haftung ausgangsgemäss eine Entscheidegebühr aufzuerlegen, wobei eine Gebühr von Fr. 1'500.00 als angemessen erscheint (Art. 4a des Gesetzes über die Gebühren in Verwaltungssachen (bGS 233.2). Auf die Zusprechung einer Parteientschädigung ist bei diesem Verfahrensausgang zu verzichten (Art. 53 Abs. 3 VRPG e contrario).

Seite 9

Das Obergericht erkennt:

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