



5A\_781/2017

**Urteil vom 20. Dezember 2017**  
**II. zivilrechtliche Abteilung**

\_\_\_\_\_  
Besetzung

Bundesrichter von Werdt, Präsident,  
Bundesrichter Schöbi, Bovey,  
Gerichtsschreiberin Gutzwiller.

\_\_\_\_\_  
Verfahrensbeteiligte

**A.** \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführerin,

**gegen**

**B.** \_\_\_\_\_,  
Beschwerdegegnerin.

\_\_\_\_\_  
Gegenstand

Erbenvertretung,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Appenzell Ausserrhoden, 4. Abteilung, vom 24. November 2016 (O4V 15 11).

## Sachverhalt:

### A.

**A.a** A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ sind die Töchter und Erbinnen der C.C.\_\_\_\_\_ (verstorben 2000) und des D.C.\_\_\_\_\_ (verstorben 2006). Der Nachlass des Nachverstorbenen enthält mehrere Liegenschaften, eine davon in U.\_\_\_\_\_/Spanien. Seit 2007 ist beim Kreisgericht Rheintal die von A.\_\_\_\_\_ eingereichte Erbteilungsklage hängig. Im Rahmen einer vom Teilungsgericht durchgeführten informellen Steigerung einigten sich die Schwestern am 13. bzw. 27. Januar 2012 auf die Übertragung der Liegenschaft in U.\_\_\_\_\_/Spanien zum Anrechnungswert von Fr. 25'600.-- auf A.\_\_\_\_\_. Am 17. April 2012 versandte das Kreisgericht den Parteien einen Vereinbarungsentwurf, auf dessen Grundlage die Übertragung der Liegenschaft in Spanien hätte vorgenommen werden sollen; dieser enthielt nach Auffassung des Kreisgerichts auch die ursprünglich vorgesehenen Steigerungsbedingungen, die sich u.a. auf ein Konto der Erblasser bei der Bank E.\_\_\_\_\_ bezogen. B.\_\_\_\_\_ erklärte ihr Einverständnis dazu. Demgegenüber teilte A.\_\_\_\_\_ dem Kreisgericht mit, dass sie mit dem Vereinbarungsentwurf nicht einverstanden sei; sie stellte Forderungen, die vor einer allfälligen Eigentumsübertragung zu erfüllen seien. Das Kreisgericht war der Auffassung, dass über die Forderungen von A.\_\_\_\_\_ erst im Erbteilungsurteil zu entscheiden sei, und es stellte in der Folge fest, dass die Liegenschaft in Spanien mangels Einigung unter den Parteien über die Modalitäten nur bzw. erst im Endurteil zu Eigentum zugewiesen bzw. übertragen werden könne.

**A.b** Am 28. Juli 2014 ersuchte A.\_\_\_\_\_ den Gemeinderat von V.\_\_\_\_\_ um ihre Einsetzung als Erbenvertreterin zwecks Verschreibung der Liegenschaft in Spanien und Auflösung des dazugehörigen Kontos bei der Bank E.\_\_\_\_\_; sie formulierte den an sie zu erteilenden Auftrag und legte einen Tätigkeitskatalog wie auch eine Honorarvereinbarung vor. Mit Beschluss vom 27. August 2014 setzte der Gemeinderat V.\_\_\_\_\_ A.\_\_\_\_\_ zu näher spezifizierten, vom Gesuch teilweise abweichenden Bedingungen und Auflagen als Erbenvertreterin ein.

**A.c** A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ führten je Beschwerde beim Regierungsrat des Kantons Appenzell Ausserrhoden. Während B.\_\_\_\_\_ anstelle von A.\_\_\_\_\_ die Einsetzung einer neutralen Person beantragte, verlangte A.\_\_\_\_\_ die Gutheissung ihres Gesuchs samt

unverändertem Auftrag, Tätigkeitskatalog und Honorarvereinbarung. Mit Entscheid vom 28. April 2015 vereinigte der Regierungsrat die beiden Beschwerdeverfahren, hob den Beschluss des Gemeinderates V.\_\_\_\_\_ vom 27. August 2014 auf und wies das Gesuch der A.\_\_\_\_\_ vollumfänglich ab.

**B.**

Am 3. Juni 2015 führte A.\_\_\_\_\_ Beschwerde beim Obergericht Appenzell Ausserrhoden. Mit Urteil vom 24. November 2016 (zugestellt am 6. September 2017) wies das Obergericht die Beschwerde kostenfällig ab.

**C.**

Mit Eingabe vom 5. Oktober 2017 wendet sich A.\_\_\_\_\_ (Beschwerdeführerin) an das Bundesgericht, dem sie beantragt, sie mit Auftrag und Vollmacht gemäss Gesuch vom 28. Juli 2014 als Erbenvertreterin einzusetzen; eventuell sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ausserdem ersucht sie um unentgeltliche Rechtspflege.

Das Bundesgericht hat die kantonalen Akten, aber keine Vernehmlassungen eingeholt.

**Erwägungen:**

**1.**

**1.1** Anlass zur Beschwerde gibt ein kantonal letzt- und oberinstanzlicher Rechtsmittelentscheid (Art. 75 und Art. 90 BGG), mit welchem ein Gesuch um Anordnung einer Erbenvertretung (Art. 602 Abs. 3 ZGB) abgewiesen wurde. Es handelt sich um eine Zivilsache im Sinn von Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 5 BGG in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit, so dass die Beschwerde in Zivilsachen nur zulässig ist, wenn der Mindeststreitwert von Fr. 30'000.-- erreicht wird (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG) oder wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG). Gemäss angefochtenem Entscheid (bzw. vorab zugestelltem Dispositiv) liegt der Streitwert unter Fr. 30'000.--. Demgegenüber behauptet die Beschwerdeführerin, der Streitwert übersteige Fr. 30'000.--, weil zum Anrechnungswert der Liegenschaft von Fr. 25'600.-- der Saldo des Kontos bei der Bank E.\_\_\_\_\_ von Fr. 4'696.05 (EUR 3'881.04 zu einem Umrechnungskurs von 1.21) hinzuzurechnen sei. Die Frage, ob das Streitwertfordernis erfüllt ist, kann hier offenbleiben, denn die Einsetzung eines

Erbenvertreter gilt als eine vorsorgliche Massnahme gemäss Art. 98 BGG (Urteile 5A\_787/2008 vom 22. Januar 2009 E. 1.1; 5A\_267/2012 vom 21. November 2012 E. 2; 5A\_241/2014 vom 28. Mai 2014 E. 1.2; 5A\_813/2014 vom 24. November 2014 E. 1; 5A\_554/2016 vom 25. April 2017 E. 1.1), weshalb – wie bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG) – einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden kann. Auch die Anwendung von Bundesgesetzen prüft das Bundesgericht im Rahmen von Art. 98 BGG nur auf die Verletzung des Willkürverbots (Art. 9 BV) hin (vgl. Urteil 5A\_857/2016 vom 8. November 2017 E. 2; zum Begriff der Willkür: BGE 141 I 49 E. 3.4). Die Beschwerdeführerin beruft sich denn auch auf eine ganze Palette verfassungsrechtlicher Grundsätze (Art. 8, Art. 9, Art. 26 und Art. 29 Abs. 1 und 2 BV). Der mit Bezug auf die Frage des Streitwerts erhobene Vorwurf der Verletzung des Anspruchs auf ein faires Verfahren (S. 3 der Beschwerde) erweist sich damit als gegenstandslos. Dasselbe gilt für die fünf Fragen, welche die Beschwerdeführerin als Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zu erkennen glaubt (S. 4 der Beschwerde).

**1.2** Für die Geltendmachung der Verletzung verfassungsmässiger Rechte gilt das strenge Rügeprinzip (Art. 106 Abs. 2 BGG). Das bedeutet, dass klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids darzulegen ist, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (vgl. BGE 134 I 83 E. 3.2). Der Beschwerdeführer muss anhand der Subsumtion im Einzelnen darlegen, inwiefern das kantonale Gericht verfassungswidrig entschieden haben soll und der angefochtene Entscheid deshalb an einem qualifizierten Mangel leidet (BGE 134 II 244 E. 2.2).

Von vornherein nicht eingetreten werden kann auf die Beschwerde insoweit, als die Beschwerdeführerin die Verletzung von Art. 8 BV (Gleichheitsgebot) und Art. 26 BV (Eigentumsgarantie) rügt. Weder legt sie dar, welche Aspekte dieser Bestimmungen betroffen sein sollten, noch führt sie aus, worin eine entsprechende Verfassungsverletzung liegen könnte; die Behauptung, es sei diskriminierend und verletze das Recht auf Gleichbehandlung, wenn sie, die Beschwerdeführerin, trotz ihrer zwanzigjährigen Erfahrung mit der im Ausland gelegenen Liegenschaft als Erbenvertreterin unberücksichtigt bleibe (Art. 8 BV), bzw. das angefochtene Urteil bewirke eine materielle Enteignung (Art. 26 BV), genügt den Begründungsanforderungen nicht.

**1.3** Eine Berichtigung oder Ergänzung der Sachverhaltsfeststellungen kommt in Verfahren nach Art. 98 BGG nur in Frage, wenn die kan-

tonale Instanz verfassungsmässige Rechte verletzt hat. Wird Letzteres geltend gemacht, ist neben der Erheblichkeit der gerügten Tatsachefeststellung für den Ausgang des Verfahrens klar und detailliert darzutun, inwiefern diese verfassungswidrig, insbesondere willkürlich (Art. 9 BV), namentlich offensichtlich unhaltbar sein soll, d.h. mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehe, auf einem offenkundigen Versehen beruhe oder sich sachlich in keiner Weise rechtfertigen lasse (BGE 133 III 585 E. 4.1 mit Hinweisen). Die Beschwerdeführerin erhebt zwar zahlreiche Sachverhaltsrügen, zeigt indes nicht auf und es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die beanstandeten Sachverhaltsfeststellungen für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein könnten. Darauf ist nicht einzutreten.

## **2.**

**2.1** Die Kernerwägung des Obergerichts lautet dahin, dass die Verschreibung einer Liegenschaft in Spanien nicht als blosse Verwaltungshandlung, sondern als Vollzugshandlung zu qualifizieren ist, die nicht zu den Aufgaben des Erbenvertreters gehöre. Da sodann weder eine Teilungsvereinbarung noch ein Teilungsurteil vorliege, könne von vornherein keine Eigentumsübertragung vorgenommen werden; erst wenn das Teilungsurteil rechtskräftig vorliege, seien die Erbinnen ermächtigt, in Spanien die Übertragung der Liegenschaft auf die Beschwerdeführerin zu erwirken (E. 2.2 S. 14 des angefochtenen Urteils). Dasselbe gelte auch für die Auflösung des Kontos bei der Bank E.\_\_\_\_\_ (E. 2.3 S. 15 des angefochtenen Urteils). Gleichsam eventualiter fügt das Obergericht an, selbst wenn die Voraussetzungen für die Einsetzung eines Erbenvertreters erfüllt wären, was gerade nicht der Fall sei, könnte die Beschwerdeführerin wegen eines offensichtlichen Interessenkonflikts nicht als Erbenvertreterin eingesetzt werden (E. 3 des angefochtenen Entscheids).

**2.2** Zusammengefasst macht die Beschwerdeführerin geltend (S. 9 der Beschwerde), das Urteil sei willkürlich, denn es brauche gar keine Teilungsvereinbarung und kein Teilungsurteil, um die Liegenschaft in Spanien auf sie, die Beschwerdeführerin, zu übertragen, zumal das Einverständnis der Beschwerdegegnerin vorliege und es nur um den Vollzug des Einverständnisses gehe, was nur ein offiziell eingesetzter Erbenvertreter gemäss den spanischen Formalitäten bewerkstelligen könne. Es brauche auch deshalb kein Teilungsurteil, weil ein solches in Spanien keinerlei Gültigkeit habe. Ferner sei es willkürlich zu behaupten, eine Teilungsvereinbarung sei notwendig, denn die Beschwerdegegnerin habe auf die Liegenschaft in Spanien verzichtet und gemäss Basler Kommentar zum ZGB, N 19 zu Art. 602, sei in der Schweiz

die Mitwirkung eines Erben bei der Geltendmachung eines Anspruchs, auf den er verzichtet hat, nicht notwendig. Hingegen bedürfe es in Spanien für die gesetzeskonforme Umsetzung der Erbschaftsannahme und den Grundbucheintrag eines offiziellen Erbenvertreters.

**2.3** Gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB kann die zuständige Behörde auf Begehren eines Miterben für die Erbengemeinschaft bis zur Teilung eine Vertretung bestellen. Der Erbenvertreter wird für die Erbengemeinschaft bestellt und nicht als Vertreter und im Interesse eines einzelnen Erben (Urteil 5A\_241/2014 vom 28. Mai 2014 E. 2.1 mit Hinweis). Er ist im Rahmen seines Auftrags gesetzlicher Vertreter der Erbengemeinschaft, die er ohne ihre Zustimmung oder nachträgliche Genehmigung berechtigen und verpflichten kann, und schliesst im ihm übertragenen Tätigkeitsbereich eigenes Handeln der Erben für den Nachlass aus (Urteile 5A\_554/2016 vom 25. April 2017 E. 3.1; 5A\_416/2013 und 5A\_424/2013 vom 26. Juli 2013 E. 3.1). Für die Regelung rein interner Zwistigkeiten ist die Erbenvertretung nicht geeignet und auch nicht vorgesehen. Doch kann sie dafür sorgen, dass die Erbschaft im Interesse aller Erben verwaltet wird und Eigenmächtigkeiten einzelner Erben unterbunden werden (Urteil 5D\_133/2010 vom 12. Januar 2011 E. 5.2.2). Der Erbenvertreter hat die zweckmässige Verwaltung der Nachlassgegenstände zu gewährleisten. Anders als der Willensvollstrecker oder amtliche Erbschaftsverwalter (Art. 518 Abs. 2 ZGB) ist der Erbenvertreter nicht dazu berufen, die Erbteilung durchzuführen (Urteil 5A\_416/2013 vom 26. Juli 2013 E. 3.2; ABT/WEIBEL, Praxiskommentar Erbrecht, 3. Aufl. 2015, N. 74 zu Art. 602 ZGB; SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, 5. Aufl. 2015, N. 47 zu Art. 602 ZGB; WOLF, in: Berner Kommentar, 2014, N. 162 zu Art. 602 ZGB).

**2.4** Das Hauptanliegen der Beschwerdeführerin geht auf die grundbuchliche Übertragung der Liegenschaft in Spanien auf sie als Eigentümerin, verbunden mit der Auflösung des seinerzeit von ihren Eltern eröffneten Bankkontos bei einer lokalen Bank. Sie ist der Auffassung, dies erfordere die Einsetzung eines Erbenvertreters.

Wie die Vorinstanz zutreffend feststellt, geht es bei der Eigentumsübertragung an einem Grundstück um den Vollzug einer Erbteilung, wozu der Erbenvertreter nicht befugt ist. In der Tat: Mehrere Erben erwerben das Eigentum an den Nachlassgegenständen zunächst zu gesamter Hand (Art. 602 Abs. 1 ZGB); sie bilden eine Erbengemeinschaft. Diese bleibt erhalten, bis der Nachlass geteilt und die Teilung vollzogen ist (Urteil 5D\_133/2010 vom 12. Januar 2011 E. 4.1). Die

Teilung erfolgt entweder durch Teilungsvereinbarung (Art. 607 Abs. 2 ZGB) oder durch Teilungsurteil (Art. 604 Abs. 1 ZGB). Dabei müssen sich weder die Teilungsvereinbarung noch das Teilungsurteil zwingend auf sämtliche Nachlassgegenstände beziehen; eine Teilung nur eines Teils des Nachlasses ist ohne weiteres zulässig. Liegt eine Teilungsvereinbarung oder ein Teilungsurteil vor, müssen diese je nach tatsächlicher Ausgangslage noch vollzogen werden. Wenn die Beschwerdeführerin die grundbuchliche Übertragung der Liegenschaft in Spanien auf sie als Eigentümerin verlangt, setzt dies eine Teilungsvereinbarung oder ein Teilungsurteil voraus. Unbestrittenermassen haben sich die Parteien nicht auf eine Teilung des Nachlasses bezüglich der Liegenschaft in Spanien einigen können (Bst. A.a), und es ist bisher kein Teilungsurteil dazu ergangen. Mit dem Hinweis auf SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, a.a.O., N. 19 zu Art. 602 ZGB, vermag die Beschwerdeführerin nichts auszurichten. Die Autoren befassen sich an der angegebenen Stelle mit der Problematik der Pflicht zur gemeinsamen Vertretung bzw. einer Ausnahme davon. Indes stellt die grundbuchliche Überschreibung des Eigentums an einem Grundstück keine Verwaltungs-, sondern eine Vollzugshandlung dar, sodass die Argumentationslinie der Beschwerdeführerin nicht zielführend ist. Damit steht fest, dass auf der Basis des gegenwärtigen Zustandes (fehlende Teilungsvereinbarung, kein Teilungsurteil) die Beschwerdeführerin die Übertragung des Grundstückes in Spanien noch gar nicht verlangen kann. Wie bereits dargelegt, könnte ein Erbenvertreter im Sinne von Art. 602 Abs. 3 ZGB ohnehin nicht mit einer derartigen Vollzugshandlung beauftragt werden. Der Vorwurf, die Vorinstanz habe Art. 602 ZGB willkürlich angewendet, erweist sich als unbegründet.

**2.5** Bei diesem Ergebnis ist der Rüge, es sei willkürlich, von einer Interessenkollision auszugehen, weshalb sie nicht als Erbenvertreterin eingesetzt werden könne, die Grundlage entzogen, so dass sich das Bundesgericht dazu, wie im Übrigen auch zu allen anderen Rügen, nicht zu äussern braucht.

### **3.**

Zusammenfassend ist die Beschwerde abzuweisen soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG); als unterliegende Partei hat sie keinen Anspruch auf eine Entschädigung (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Der Beschwerdegegnerin ist kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden (Art. 68 Abs. 2 BGG). Nach dem Ausgeführten erweist sich die Beschwerde von vornherein als aussichtslos,

weshalb das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen ist (Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG).

**Demnach erkennt das Bundesgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

**2.**

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

**3.**

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

**4.**

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Appenzell Ausserrhoden, 4. Abteilung, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 20. Dezember 2017

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

von Werdt

Gutzwiller