

## RzF - 166 - zu § 138 Abs. 1 Satz 2 FlurbG

---

Flurbereinigungsgericht Koblenz, Urteil vom 21.03.2019 - 9 C 11673/18.OVG = RdL 2020, 321 - 323 (Leitsatz und Gründe)= NVwZ-RR 2020, 903-904 (Leitsatz und Gründe) (Lieferung 2021)

### Leitsätze

---

1. Eine auf Feststellung der Nichterledigung eines Widerspruchs gerichtete Klage ist unzulässig (subsidiär), wenn ein Kläger seine Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können. (Rn 47) (Redaktioneller Leitsatz)
2. Das gilt auch, soweit eine Leistungs- oder Gestaltungsklage nicht mehr möglich ist. (Rn 47 und 51) (Redaktioneller Leitsatz)
3. Zur Abhilfe eines begründeten Widerspruchs bei Ausführungshandlungen genügt die bloße Zusage. Bei Planänderungen ersetzt der Erlass eines Nachtrags den Abhilfebescheid. (Rn 56) (Redaktioneller Leitsatz)

### Aus den Gründen

---

- 1 Der Kläger begehrt die Feststellung, dass sein Widerspruch vom 4. Mai 2004 gegen den Nachtrag I zum Flurbereinigungsplan in dem Flurbereinigungsverfahren A. noch nicht erledigt ist.
- 2 Er ist Vollerwerbsswinzer und unter der Ordnungsnummer 468.01 Teilnehmer des am 30. November 1998 angeordneten Flurbereinigungsverfahrens A., in dem ihm u. a. das Grundstück Gemarkung A., Flur 27, Flurstück-Nr. 82 mit einer Fläche von 3845 qm zugeteilt wurde. Das eine Hanglage aufweisende, als Weinberg genutzte Grundstück grenzt südlich mit einer Breite von ca. 81 m an die Landesstraße (L) ...; über die gesamte an die Straße angrenzende Breite ist es mit einer vermutlich von Privatpersonen zu nicht mehr bekannten Zeitpunkten errichteten Trockenmauer versehen, die den Hang zur Straße hin abstützt.
- 3 Mit Wirkung vom 20. Oktober 2003 wurden die Beteiligten unter Anordnung der sofortigen Vollziehung in den Besitz der neuen Grundstücke (Abfindungsgrundstücke) eingewiesen. Nach Nr. VII 1. der Überleitungsbestimmungen vom 30. September 2003 gingen bauliche Anlagen und Einfriedungen (als solche auch Mauern) in den Besitz des Empfängers der Landabfindung über.
- 4 Zunächst mit Schreiben vom 15. Januar 2004 erhob der Kläger Widerspruch gegen den Flurbereinigungsplan, mit dem er - neben anderen nicht mehr streitgegenständlichen Punkten - geltend machte, er nehme die ihm zugewiesene Parzelle Flur 27, Flurstück Nr. 82 nur an, "wenn die Grenzpunkte oberhalb der Straßenbegrenzungsmauer versetzt werden, oder die Mauer gründlich saniert wird." Es seien bereits deutliche Schäden an der Mauer sichtbar.

- 5 Mit dem Nachtrag I zum Flurbereinigungsplan wurde zur Ord.-Nr. 468.01 u. a. das - ursprünglich 2.932 qm große - Grundstück Gemarkung A., Flur 27, Flurstück-Nr. 82 um 7,37 ar mit 283,66 Werteinheiten auf nunmehr 36,69 ar mit 1451,37 Werteinheiten vergrößert.
- 6 Am 4. Mai 2004 erhob der Kläger Widerspruch gegen den durch den Nachtrag I geänderten Flurbereinigungsplan und führte zur Begründung aus, die ihm zugewiesene Parzelle Nr. 82 nehme er nur an, "wenn die Stützmauer der L ... ordnungsgemäß saniert wird. Es sind schon deutliche Schäden an der Mauer sichtbar. An der oberen rechten Abgrenzung der Parzelle soll der Grenzpunkt um ca. 0,75 m zum Berg hin versetzt werden. Im mittleren Bereich der Parzelle ist eine Weinbergsmauer nach vorne gewölbt, die ebenfalls saniert werden muss." Ferner solle auf die (ihm ebenfalls zugeteilte) Parzelle Flur 25, Flurstück 91 nach der Ernte 2004 Erde aufgeschüttet werden, damit die Parzelle durchgängig bewirtschaftet werden könne.
- 7 Daraufhin wurde mit Nachtrag II zum Flurbereinigungsplan zur Ord.-Nr. 468.01 Folgendes geregelt:
- 8 1. Das Flurstück Gemarkung A., Flur 27 Nr. 82 mit 3.669 qm und 1451,37 WE wird um 143 qm mit 21,94 WE auf nunmehr 3812 qm mit 1473,31 WE vergrößert. Zahlt für die Mehrausweisung von 21,94 WE einen Geldbetrag von 112,18 EUR an die Kasse der Teilnehmergeinschaft.
- 9 2. Das Flurstück Gemarkung A., Flur 25 Nr. 91 wird auf Kosten der Teilnehmergeinschaft so hergerichtet, dass es durchgängig im Direktzug zu bewirtschaften ist.
- 10 3. Im Flurstück Gemarkung A., Flur 27 Nr. 82 wird die teilweise schadhafte Stützmauer zur L 107 auf Kosten der Teilnehmergeinschaft saniert.
- 11 In das Verzeichnis der Maßnahmen ("Teil 4: Wasser, Bodenverbesserung") wurde die Maßnahme zu 3. des Nachtrags II als Festsetzung Nr. 4.9, Anlage Nr. 610 "Sanierung vorhandener Weinbergsmauern" mit der besonderen Regelung "entlang der L 107 auf einer Länge von ca. 30 m" aufgenommen.
- 12 Am 17. März 2005 erklärte der Kläger zur Niederschrift des Dienstleistungszentrums Ländlicher Raum (DLR) ..., er erhebe Widerspruch "gegen die Festsetzungen im Nachtrag II." Zwar sei er mit der Zuteilung der Mehrausweisung in seinem Abfindungsgrundstück Flur 27 Nr. 82 einverstanden. Der im Nachtrag festgesetzte Preis sei ihm jedoch zu hoch, weil es sich im Wesentlichen um "Unland" handele; wenn der Geldausgleich auf 60,00 EUR reduziert werde, sei sein Widerspruch erledigt. Er weise darauf hin, dass sich der Zustand der straßenseitigen Mauer an diesem Grundstück weiter verschlechtert habe; es seien dort noch andere Mauern schadhaft. Er bitte diesbezüglich um einen Ortstermin.
- 13 Mit Nachtrag III zum Flurbereinigungsplan wurde daraufhin zur Ord.-Nr. 468.01 in Bezug auf das Flurstück Nr. 82 noch festgelegt, dass der im Nachtrag II festgesetzte Geldausgleich in Höhe von 112,18 EUR für eine Mehrausweisung von 21,94 WE um 52,18 EUR auf 60,00 EUR reduziert werde.

14 Mit Schreiben vom 15. Mai 2006 erhob der Kläger abermals Widerspruch und wiederholte sein Vorbringen, er nehme die ihm zugewiesene Parzelle Nr. 82 nur an, wenn die Stützmauer der L ... ordnungsgemäß saniert sei. Ferner verlangte er die Anlegung von drei Parknischen bei der Mauersanierung sowie die Versetzung eines Grenzpunktes.

15 Zu diesem als Widerspruch gegen den Nachtrag III gewerteten Schreiben nahm das DLR ... mit Schreiben vom 30. Mai 2006 Stellung und führte insbesondere aus, die Sanierung der Stützmauer auf dem Flurstück Nr. 82 auf Kosten der Teilnehmergeinschaft sei bereits im Nachtrag II (Punkt 3) festgesetzt. Die Maßnahme sei in der Planung berücksichtigt, der Zeitpunkt der Ausführung stehe aber noch nicht fest. Die beantragten Parknischen könnten nur bei Entstehung nicht wesentlicher Mehrkosten oder bei Übernahme der Mehrkosten durch den Kläger hergestellt werden. Die Grenze des Flurstücks werde nach Erneuerung der Stützmauer an die Mauer angepasst.

16 In einem Ortstermin am 4. Oktober 2006 wurde festgestellt, die Anlegung einer Ausweichstelle sei möglich, "wo ohnehin Mauer saniert werden muss." Bei einer weiteren Ortsbesichtigung am 23. September 2008 wurden die sanierungsbedürftigen Teilabschnitte der Mauer sowie die Positionierung der Ausweichstelle in Anwesenheit des Klägers festgestellt und in einem Plan zeichnerisch festgehalten.

17 Nachdem der Kläger mit Schreiben seiner damaligen Verfahrensbevollmächtigten vom 26. September 2008 Zweifel an einer den Regeln der Technik entsprechenden und alle Mängel umfassenden Sanierung der Weinbergsmauer geäußert und um Erklärung dazu gebeten hatte, erwiderte das DLR ... mit Schreiben vom 8. Oktober 2008 hierauf, die nunmehr anstehende Sanierung der sanierungsbedürftigen Abschnitte der Mauer sei mit dem Kläger in dem Ortstermin am 23. September 2008 besprochen worden. Die Ermittlung des Umfangs der Sanierungsabschnitte und der erforderlichen Maßnahmen erfolge entsprechend der langjährig gesammelten Erfahrungen und sei sowohl mit der oberen Fachbehörde als auch mit dem zuständigen Ministerium abgestimmt. Die Ausführung werde gemäß den Regeln der Technik, den örtlichen Erfordernissen und den Anforderungen der angrenzenden weinbaulichen Nutzung erfolgen. Es sei beabsichtigt, die Bauarbeiten in enger Abstimmung mit dem Kläger durchzuführen. Zuvor hatte der mit der Durchführung der Sanierungsmaßnahme beauftragte Verband der Teilnehmergeinschaften Rheinland-Pfalz (VTG) in einer Stellungnahme vom 30. September 2008 zur Mauersanierung entlang der L ... auf dem Grundstück Nr. 82 festgehalten, die Schäden würden seitens DLR und VTG erkannt und seien Bestandteil der geplanten Sanierungsmaßnahmen; es seien teilweise deutliche Schäden wie Ausbrüche und Ausbauchungen erkennbar, aber nicht auf der gesamten Länge der Mauer entlang des Grundstücks. An diesen Schadstellen sei die Mauer auf Dauer nicht mehr stabil und gefährde den Verkehr auf der L ... . Der Kläger werde vor Ausführung der Arbeiten nochmals hinzugezogen, um vor Ort die einzelnen notwendigen Sanierungen festzulegen.

18 Mit Bescheid vom 20. Mai 2009 erteilte der Landesbetrieb Mobilität (LBM) .. dem VTG die Sondernutzungserlaubnis zur Anlegung einer Haltebucht an der freien Strecke der L ... (im Bereich der Stützmauer am Flurstück Nr. 82) zur Bewirtschaftung der Weinberge des Klägers, mit Maßgaben zur Gestaltung und Bauausführung. Nach Abschluss des Flurbereinigungsverfahrens sei der Kläger Unterhaltungspflichtiger und Rechtsnachfolger des Erlaubnisnehmers.

19 Nachdem die damaligen Verfahrensbevollmächtigten des Klägers mit weiterem Schreiben vom 13. Juli 2009 an das DLR, mit dem sie ergänzend zu verschiedenen Punkten der vom Kläger geltend gemachten Ansprüche und Interessen vortrugen, u. a. auch um verbindliche Feststellung dazu gebeten hatten, wann die - im Einzelnen für drei Teilbereiche der Mauer aufgeführten - Maßnahmen an der an drei Stellen sanierungsbedürftigen Mauer vorgenommen werden sollen, teilte das DLR mit Schreiben vom 21. Juli 2009 mit, nach Auskunft des ausführenden VTG sei die Mauersanierung an dem in Rede stehenden Grundstück bis auf die Erneuerung einer Mauerabdeckung und das Zumauern von zwei Treppenaufgängen abgeschlossen; die wegen anderer Prioritäten jetzt unterbrochenen Arbeiten würden danach fortgesetzt. Dem Schreiben war ein Lageplan beigelegt, in dem die "fertigen" und "noch auszuführenden" Sanierungsarbeiten farblich markiert waren.

20 Spätestens im Verlauf des Sommers 2010 wurden die vorgesehenen Sanierungsmaßnahmen an der Trockenmauer bautechnisch abgeschlossen.

21 Mit Schreiben vom 18. Oktober 2010 sprach der Kläger dem DLR seinen "herzlichen Dank für die nach meiner Einschätzung vorbildlich durchgeführte Trockenmauersanierung" aus; zugleich bat er darum, noch "die Anplanierung der Parzelle" vorzunehmen, die für die Neubepflanzung seines Grundstücks noch vor dem Winter dringend erforderlich sei.

22 Mit Nachtrag VIII zum Flurbereinigungsplan wurde zu Ord.-Nr. 468.01 (u. a.) das Flurstück Nr. 82 des Klägers mit einem Geh- und Fahrrecht zur Weinbergsbearbeitung belastet. Schließlich erging zur Ord.-Nr. 468.01 noch der Nachtrag IX zum Flurbereinigungsplan, mit dem Folgendes bestimmt wurde:

23 1. Die östliche Grenze des Flurstücks Gemarkung A., Flur 27, Nr. 82 mit 3.812 qm und 1.473,31 WE wird geringfügig geändert. Hierdurch vergrößert sich die Fläche um 3 qm und 5,14 WE auf nunmehr 3.845 qm mit 1.478,45 WE.

24 2. Zahlt für die Mehrausweisung von 5,14 WE einen Geldausgleich von 29,20 WE an die Kasse der Teilnehmergeinschaft.

25 Unter dem 23. November 2011 erging in dem Flurbereinigungsverfahren die vorzeitige Ausführungsanordnung. Seinen hiergegen aus Gründen, die nicht die Sanierung der Trockenmauer betrafen, eingelegten Widerspruch nahm der Kläger mit Schreiben vom 28. November 2012 zurück.

26 Mit Schreiben vom 22. August 2017 wandte sich der Kläger erneut an das DLR und trug vor, die im Rahmen des Flurbereinigungsverfahrens in den Jahren 2009/2010 neu gebaute Stützmauer an der L ..., deren Ausführung er kontinuierlich verfolgt habe und die nach seiner Überzeugung auch fachgerecht und auf lange Zeit standsicher hergestellt worden sei, habe sich an einer Stelle nach vorn geschoben. Er bitte um Auskunft, wer für diesen Schaden, bei dem es sich aus seiner Sicht um einen Folgeschaden aus der Flurbereinigung handele, verantwortlich sei. Hierauf teilte das DLR dem Kläger mit Schreiben vom 30. August 2017 mit, in dem Flurbereinigungsverfahren seien mit der vorzeitigen Ausführungsanordnung mit Wirkung vom 31. Januar 2012 die neuen Flurstücke mit allen Bestandteilen rechtlich an die Stelle der alten Grundstücke aller an der Flurbereinigung beteiligten Eigentümer getreten; mit der vorzeitigen

Ausführungsanordnung sei die auf dem Abfindungsgrundstück Nr. 82 errichtete Trockenmauer in das Eigentum und die Unterhaltung des Klägers übergeben worden. Als Grundstückseigentümer obliege diesem auch die Verkehrssicherungspflicht, so dass die von ihm gewünschte Erneuerung der Weinbergsmauer in seiner Verantwortung liege. Auf weitere Schreiben der Verfahrensbevollmächtigten des Klägers vom 6. Oktober 2017, 30. Januar 2018, 29. Mai 2018, 17. September 2018 sowie vom 18. Oktober 2018 hielt das DLR mit Schreiben vom 26. Oktober 2017, 12. Juni 2018 und vom 29. Oktober 2018 an seiner Rechtsauffassung fest.

27 Am 21. Dezember 2018 hat der Kläger die vorliegende Klage erhoben, zu deren Begründung er im Wesentlichen Folgendes geltend macht:

28 Das Widerspruchsverfahren sei nach wie vor nicht erledigt. Der Beklagte habe sich im laufenden Widerspruchsverfahren auf Verhandlungen eingelassen, weshalb er darauf habe vertrauen dürfen, dass eine rechtswirksame Entscheidung über seinen Widerspruch noch ergehen werde. Seinem Widerspruch sei allenfalls teilweise abgeholfen worden, ohne dass eine abschließende, rechtlich verbindliche Entscheidung über den Rest getroffen worden sei. Weder sei ein Abhilfebescheid nach § 72 VwGO ergangen, noch gebe es einen Widerspruchsbescheid. Allein aus seiner Äußerung im Widerspruchsverfahren aufgrund eines optischen Eindrucks von der Mauer könne nicht geschlossen werden, dass sich das Widerspruchsverfahren für ihn erübrigt habe. Schon aus Gründen der Rechtsicherheit und Rechtsklarheit bedürfe es aber eines Abhilfebescheids oder eines Widerspruchbescheids. Mit der bisherigen Nichtentscheidung würden ihm wesentliche Rechte abgeschnitten.

29 Ihm als Nichtfachmann sei das Gefahrenpotential der überlangen Trockenmauer an der L ... nicht bekannt gewesen. Eine förmliche Übergabe der Mauer an ihn sei nicht erfolgt. Entgegen der Ansicht des Beklagten könne in seiner Äußerung, er bedanke sich herzlich für die nach seiner Einschätzung vorbildlich durchgeführte Trockenmauersanierung, keine Abnahme des Bauwerks und damit auch keine Erklärung der Annahme des Abfindungsgrundstücks gesehen werden. Seine Aussage könne vielmehr nur so verstanden werden, dass er sich allein aufgrund des optischen Eindrucks für die Sanierung bei dem Beklagten habe bedanken wollen, ohne als baufachlicher Laie damit auch die Ordnungsgemäßheit und Nachhaltigkeit der Sanierung bescheinigen zu wollen. Insoweit gehe der Hinweis des Beklagten, er habe als erfahrener Steillagenwinzer die Ausführung der Sanierungsmaßnahmen begleitet, völlig fehl.

30 Zu berücksichtigen sei auch, dass die Trockenmauer gerade auch der Sicherung der L ... diene, weshalb der Sachverstand des LBM hätte intensiv einbezogen werden müssen. Die Verkehrssicherungspflicht entlang der L ... sei nicht Aufgabe der angrenzenden privaten Eigentümer. Es hätte vielmehr vorab geprüft werden müssen, ob die Mauer aufgrund ihrer Funktion Teil des Straßenkörpers der L ... sei und daher nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 des Landesstraßengesetzes - LStrG - vom LBM hätte errichtet und unterhalten werden müssen. Maßgebend sei insoweit die dienende Funktion der Mauer für Straßenzwecke, die hier gegeben sei. Denn Hauptfunktion der Stützmauer sei es, das Abrutschen des Hanges auf die L ... zu verhindern. Diese Funktion der Stützmauer hätte vom Beklagten im Rahmen des Flurbereinigungsverfahrens in die Eigentums- und Sanierungsüberlegungen einbezogen werden müssen. Denn das Flurbereinigungsverfahren biete auch die Gelegenheit, die Pflichten den jeweiligen Baulastträgern zuzuordnen.

31 Ihm seien stillschweigend erhebliche zusätzliche Nachteile durch Unterhalts- und Verkehrssicherungspflichten für diese Mauer auferlegt worden, ohne dass ein Wertausgleich für die

erhebliche Mauerlänge bei den bisher zugeteilten Werteinheiten berücksichtigt worden sei. An der erforderlichen Aufklärung, dass er zur Übernahme der Mauer nicht verpflichtet sei, habe es seitens des Beklagten gefehlt; insbesondere sei er über die Folgen einer Übernahme dieser langen und hohen Mauer nicht ausreichend informiert worden. Vielmehr sei er regelrecht eingeschüchtert worden, die Flächen samt der Mauer zu übernehmen. Der Beklagte hätte ihn darüber aufklären müssen, dass er statt einer 12 m langen Mauer nun eine 81 m lange und 2,75 m hohe Mauer mit erheblichen Verkehrssicherungspflichten und hohen finanziellen Risiken gerade in Bezug auf die Funktionssicherung der L ... zu Eigentum erhalte. Dies hätte Einfluss auf die zugeteilten Werteinheiten haben müssen.

32 Aus fachlicher Sicht hätte die Stützmauer nicht als Trockenmauer gebaut werden dürfen, sondern eher z. B. in Stahlbeton oder als Gabionenwand. Denn sie halte dem erheblichen Bergdruck nicht stand und zeige bereits erhebliche Schäden (Ausbauchungen), die dringend saniert werden müssten. Dies beruhe auch darauf, dass der Bergdruck früher oberhalb der jetzigen Stützmauer durch mehrere Terrassenmauern abgefangen bzw. gemildert worden sei, die jedoch beseitigt worden seien. Zudem werde der Druck auf die Trockenmauer durch das direkt hangseitig abfließende Oberflächenwasser noch erheblich verstärkt, so dass immer wieder mit Schäden zu rechnen sei; deshalb hätte es vor dem Bau einer umfassenden gutachterlichen Bewertung bedurft.

33 Wenn aber die Sanierung der Stützmauer bisher nicht nachhaltig erfolgt bzw. die Grundlage der immer wieder auftretenden Mauerschäden nicht endgültig beseitigt worden sei, so könne das Widerspruchsverfahren mit dem erkennbaren Ziel einer dauerhaften Sanierung der Hangmauer noch nicht erledigt sein. Vielmehr bleibe offen, ob mit Rücksicht auf die erheblichen Verkehrssicherungs- und Instandhaltungspflichten mit der bloßen Sanierung von wenigen Metern der Mauer überhaupt eine wertgleiche Abfindung erfolgt sei.

34 Der Kläger beantragt,

35 festzustellen, dass sein Widerspruch vom 4. Mai 2004 noch nicht erledigt ist.

36 Der Beklagte beantragt,

37 die Klage abzuweisen.

38 Er trägt vor, entgegen der Ansicht des Klägers sei dem Widerspruch vom 4. Mai 2004 durch die Flurbereinigungsbehörde abgeholfen worden. Denn im Nachtrag II zum Flurbereinigungsplan vom 31. Mai 2005 sei zur Ausräumung des Widerspruchs als Maßnahme zur Herstellung einer wertgleichen Landabfindung unter anderem die Sanierung der Trockenmauer entlang der L ... auf Kosten der Beigeladenen festgesetzt worden. Die sanierungsbedürftigen Abschnitte der Mauer seien in einem Ortstermin am 23. September 2008 mit dem Kläger besprochen worden; die Sanierung sei in den Jahren 2009/2010 sodann entsprechend den Regeln der Technik, den örtlichen Erfordernissen und nach den Anforderungen für die angrenzende weinbauliche Nutzung ausgeführt worden. Die Flurbereinigungsbehörde habe in der Erklärung des Klägers in seinem Schreiben vom 18. Oktober 2010, er bedanke sich für die nach seiner Einschätzung vorbildlich durchgeführte Trockenmauersanierung, eine Abnahme des Bauwerks sehen dürfen. Auch wenn der Kläger kein "Baufachmann" sei, habe die Flurbereinigungsbehörde davon ausgehen dürfen, dass für ihn als langjährigem Winzer der dortigen Gemarkung erkennbar gewesen sei, inwieweit eine

Trockenmauersanierung gut oder weniger gut durchgeführt worden sei. Als Alteigentümer eines Teilstücks der streitbefangenen Mauer hätten ihm sowohl das Gefahrenpotential als auch die ihm obliegenden Unterhaltungs- und Verkehrssicherungspflichten bekannt gewesen sein müssen; dies habe er im Übrigen in seinem Schreiben vom 17. August 2006 an das DLR bestätigt, in dem er um weitere Informationen zur Sanierung vor dem Hintergrund gebeten habe, dass er und die nachfolgenden Eigentümer der Grundstücke zukünftig für die Stützmauer haften müssten. Im Übrigen habe der Kläger die Ausführung der Sanierungsmaßnahme kontinuierlich begleitet, wie er mit Schreiben vom 22. August 2017 selbst dargelegt habe.

39 Eines Abhilfebescheids i. S. v. § 72 VwGO habe es nicht bedurft. Vielmehr habe die mit Nachtrag II zum Flurbereinigungsplan festgesetzte und dem Kläger bekanntgegebene Zusage der Sanierung der teilweise schadhafte Stützmauer zur L ... auf Kosten der Beigeladenen den Abhilfebescheid ersetzt. Diese Regelung sei bestandskräftig geworden, da hiergegen kein Widerspruch erhoben worden sei.

40 Zwar habe der Kläger im Zuge der Landabfindung mehr Mauersubstanz entlang der L ... erhalten; dem stehe jedoch ein Verlust an Mauersubstanz aus dem Altbesitz gegenüber, so dass er in der Summe im Neubesitz weniger Mauersubstanz als im Altbesitz erhalten habe und eine Mehrung der Unterhaltungslast nicht entstanden sei.

41 Von einer stillschweigenden Zuteilung der Trockenmauer und der damit verbundenen Pflichten könne keine Rede sein. Dem Kläger sei vielmehr mit der Besitzeinweisung im Jahre 2003 und der dazu gehörenden Grenzanzeige bekannt gewesen, dass er zukünftig die Unterhaltung und die Verkehrssicherung für die gesamte Mauer tragen müsse. Dies sei ihm in vielen Gesprächen immer wieder erklärt worden. Einen Widerspruch gegen die Besitzeinweisung habe er nicht erhoben.

42 Mit der vorzeitigen Ausführungsanordnung vom 23. Dezember 2011 sei die Trockenmauer als wesentlicher Bestandteil des Abfindungsflurstücks Gemarkung A. Flur 27 Nr. 82 in den Besitz und das Eigentum des Klägers übergegangen. Mit der Rücknahme seines hiergegen aus anderen Gründen eingelegten Widerspruchs sei die vorzeitige Ausführungsanordnung ebenfalls bestandskräftig und unanfechtbar, so dass kein Anspruch auf Sanierung der Mauer mehr bestehe und die Landzuteilung sowie alle anderen Regelungen des Flurbereinigungsplans sowie zum Besitz- und Eigentumsübergang bestandskräftig abgeschlossen seien. Eine Rechtsverletzung des Klägers sei mithin auszuschließen.

43 Die Beigeladene schließt sich dem Klageantrag an und unterstützt das Anliegen des Klägers.

44 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Beteiligten sowie auf die beigezogenen Behördenakten (1 Ordner) verwiesen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

#### Entscheidungsgründe

45 Die auf die Feststellung gerichtete Klage, dass der Widerspruch des Klägers vom 4. Mai 2004 noch nicht erledigt ist, hat keinen Erfolg.

- 46 Sie erweist sich bereits als unzulässig (1.), wäre im Falle ihrer Zulässigkeit aber auch unbegründet (2.).
- 47 1. Die Klage ist unzulässig, weil ihr der Grundsatz der Subsidiarität der Feststellungsklage nach § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO entgegensteht. Nach dieser Vorschrift kann die Feststellung nicht begehrt werden, soweit der Kläger seine Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können. Maßgeblich ist, ob der Kläger den mit der Feststellungsklage verfolgten Zweck mit einer Gestaltungs- (insbesondere Anfechtungs-), einer Verpflichtungs- oder auch einer allgemeinen Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können; dies gilt nach der ausdrücklichen Regelung in § 43 Abs. 2 Satz 1 a. E. VwGO auch, soweit eine Leistungs- oder Gestaltungsklage z. B. wegen Ablaufs von Fristen oder Verwirkung des Klagerechts nicht mehr möglich ist (vgl. z. B. W. R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, 23. Aufl. 2017, § 43, Rn. 26 und 27, m.w.N.).
- 48 Nach dem in der Klageschrift angekündigten und in der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag begehrt der Kläger lediglich die Feststellung, dass sein Widerspruch vom 4. Mai 2004 "noch nicht erledigt ist". Aus seiner umfangreichen Klagebegründung ergibt sich jedoch, dass der Kläger tatsächlich weitergehende Klageziele verfolgt:
- 49 So macht er zum einen geltend, mit der Zuteilung des Flurstücks Nr. 82 im Flurbereinigungsplan im Rahmen der Landabfindung seien ihm wegen der dort zur Landesstraße L ... hin befindlichen Trockenmauer erhebliche zusätzliche Nachteile durch Unterhaltungs- und Verkehrssicherungspflichten für diese Mauer auferlegt worden, ohne dass ein Wertausgleich für die erhebliche Mauerlänge bei den bisher zugeteilten Werteinheiten berücksichtigt worden sei. Der Umstand, dass ihm anstelle einer 12 m langen Mauer nun eine 81 m lange und 2,75 m hohe Mauer mit erheblichen Verkehrssicherungspflichten und hohen finanziellen Risiken gerade in Bezug auf die Funktionssicherung der L ... zu Eigentum zugeteilt worden sei, hätte Einfluss auf die zugeteilten Werteinheiten haben müssen. Mit diesem Vorbringen will der Kläger der Sache nach geltend machen, er sei wegen der unter Umständen erheblichen Unterhaltungs- und Verkehrssicherungspflichten, die mit der auf dem zugeteilten Flurstück Nr. 82 vorhandenen Trockenmauer als Nachteil verbunden seien, nicht im Sinne von § 44 Abs. 1 des Flurbereinigungsgesetzes - FlurbG - wertgleich abgefunden worden. Damit zielt er ersichtlich auf eine andere Abfindung ab, die mit einer Verpflichtungsklage auf entsprechende Änderung des Flurbereinigungsplans geltend zu machen (gewesen) wäre.
- 50 Alternativ dazu stützt der Kläger seine Klage erkennbar auch auf das Begehren, dass weitergehende bzw. andersartige Maßnahmen zur Sanierung der Trockenmauer festgelegt werden. Dies folgt aus seinem Vorbringen, die Sanierung der Stützmauer sei nicht nachhaltig erfolgt bzw. die Grundlage der immer wieder auftretenden Mauerschäden sei mit den angeordneten und durchgeführten Sanierungsmaßnahmen nicht endgültig beseitigt worden. Soweit er die Auffassung vertritt, die Stützmauer hätte nicht als Trockenmauer, sondern wegen des erheblichen Bergdrucks "z. B. in Stahlbeton oder als Gabionenwand" gebaut werden müssen, zielt er sogar auf die Anordnung nicht nur weitergehender, sondern grundsätzlich andersartiger Maßnahmen zur Abstützung des Hangs zur L ... ab. In jedem Fall wäre auch ein solches Begehren durch Verpflichtungsklage zu verfolgen, gerichtet auf eine weitere Änderung des Flurbereinigungsplans durch Anordnung weitergehender oder andersartiger Sanierungsmaßnahmen auf Kosten der Beigeladenen.

51 Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob einer Verpflichtungsklage auf Änderung des Flurbereinigungsplans die inzwischen eingetretene Bestandskraft der vorzeitigen Ausführungsanordnung vom 23. November 2011 entgegensteht, oder ob die Zulässigkeit einer Untätigkeitsklage auf Planänderung in Anwendung der Sonderregelung des § 142 Abs. 2 Satz 1 und 2 FlurbG zu verneinen wäre (vgl. zu letzterem das Senatsurteil vom 15. Juli 2010 - 9S C 11349/09.OVG -, RdL 2010, 325 und juris, Rn. 23 ff.). Denn der Grundsatz der Subsidiarität der Feststellungsklage greift - wie bereits ausgeführt - nach der ausdrücklichen Regelung in § 43 Abs. 2 Satz 1 a.E. VwGO auch dann, wenn eine Leistungs- oder Gestaltungsklage z. B. wegen Ablaufs von Fristen oder Verwirkung des Klagerechts nicht mehr möglich ist (vgl. z. B. W. R. Schenke, a.a.O., § 43, Rn. 26 f.).

52 Soweit das Begehren des Klägers darauf abzielt, dass die Sanierung der Trockenmauer durch den im Auftrag der Beigeladenen tätig gewordenen Verband der Teilnehmergeinschaften (VTG) nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden sei und deshalb der "Nachbesserung" bedürfe, käme schließlich auch eine sog. Ausbauklage - als allgemeine Leistungsklage - in Betracht; diese wäre allerdings gegen den Träger des Ausbaus, hier also die beigeladene Teilnehmergeinschaft, zu richten (vgl. dazu Wingerter/Mayr, FlurbG, 10. Aufl. 2018, § 61, Rn. 10 f., m.w.N.). Von einer entsprechenden Klageänderung hat der Kläger abgesehen, wohl auch mit Rücksicht darauf, dass für die Erhebung einer solchen Klage, ohne vorher ein konkretes Leistungsbegehren an die Beigeladene gerichtet zu haben, das Rechtsschutzbedürfnis fehlen dürfte. Denn nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung erscheint offen, ob die Beigeladene einem Nachbesserungsersuchen des Klägers folgen würde. Ob die Erhebung entsprechender Einwendungen gegenüber der Beigeladenen heute noch berechtigt wäre, bedarf hier aber keiner Vertiefung, weil der Grundsatz der Subsidiarität der Feststellungsklage - wie ausgeführt - schon dann greift, wenn eine Verfolgung des eigentlichen Zwecks der Klage durch Leistungsklage möglich gewesen wäre.

53 Hätte der Kläger mithin nach jeder Betrachtungsweise die von ihm behaupteten Rechte entweder durch Verpflichtungs- oder durch allgemeine Leistungsklage verfolgen können, so erweist sich die erhobene Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO als unzulässig.

54 2. Nur ergänzend weist der Senat darauf hin, dass die Feststellungsklage im Falle ihrer Zulässigkeit unbegründet wäre.

55 Der Kläger hat keinen Anspruch auf die Feststellung, dass sein Widerspruch vom 4. Mai 2004 noch nicht erledigt ist. Vielmehr wurde dem Widerspruchsbegehren des Klägers vom 4. Mai 2004 - auch, soweit es um das darin enthaltene, zwischen den Beteiligten allein noch streitige Begehren nach einer "ordnungsgemäßen Sanierung" der Stützmauer an der L ... geht - mit der Anordnung zu Nr. 3 des Nachtrags II zum Flurbereinigungsplan - konkretisiert durch die im Ortstermin vom 23. September 2008 getroffenen Feststellungen - vollständig abgeholfen.

56 Zunächst ist in der Aufnahme der Regelung zu 3. in den Nachtrag II zur Ord.-Nr. 468.01 verfahrensrechtlich eine hinreichende Entscheidung über die Abhilfe des Widerspruchs im Sinne von § 60 Abs. 1 Satz 1 FlurbG zu sehen; eines gesonderten Abhilfebescheides im Sinne von § 72 VwGO oder eines (stattgebenden) Widerspruchsbescheides bedurfte es insoweit nicht. Vielmehr genügt zur Abhilfe eines begründeten Widerspruchs bei Ausführungshandlungen, wie z. B. Baumaßnahmen, grundsätzlich die bloße Zusage; bei Planänderungen ersetzt der Erlass des Nachtrags den Abhilfebescheid (vgl. Wingerter/Mayr, a.a. O., § 60, Rn. 2).

57 Die Anordnung, dass die teilweise schadhafte Stützmauer zur L ... auf Kosten der Teilnehmergeinschaft saniert wird, hat dem Widerspruchsbegehren jedenfalls unter Berücksichtigung der im Ortstermin vom 23. September 2008 in Abstimmung auch mit dem Kläger vorgenommenen Konkretisierungen auch inhaltlich hinreichend Rechnung getragen. Der Kläger hatte lediglich eine "ordnungsgemäße Sanierung" begehrt, also eine den Regeln der Technik und den Erfordernissen der Bewirtschaftung seines Abfindungsgrundstücks entsprechende Sanierung (= Reparatur) der in Teilen schadhafte Trockenmauer verlangt, aber keine vollständige Neuerrichtung und schon gar keine Ersetzung durch eine andere Form der Hangabstützung, etwa durch Betonelemente oder Gabionen. Ein solches weitergehendes bzw. andersartiges Begehren (im Sinne einer entsprechenden Klarstellung seines Widerspruchsbegehrens) ist auch im weiteren Verlauf des Verfahrens, d. h. im Zuge der Umsetzung der Anordnung im Nachtrag II durch die damit beauftragte VTG bis zum Abschluss der Baumaßnahmen, vom Kläger - trotz regelmäßigen Schriftwechsels - nicht konkret geäußert worden. Vielmehr wurde der Kläger ausweislich der Verwaltungsakte immer wieder in die Umsetzung der Anordnung einbezogen und die Ausführung der Sanierungsmaßnahme regelmäßig mit ihm abgestimmt.

58 Soweit mit der Formulierung im Nachtrag II, die "teilweise" schadhafte Stützmauer sei zu sanieren, die genaue Lage und der Umfang der sanierungsbedürftigen Teilbereiche der Trockenmauer noch offengeblieben waren, ist die erforderliche Konkretisierung im Ortstermin vom 23. September 2008 erfolgt. Denn in diesem Ortstermin sind ausweislich der Verwaltungsakten sowohl die Lage der vom Kläger begehrten Ausweichstelle als auch Lage und Umfang der weiteren sanierungsbedürftigen Teilabschnitte der bestehenden Trockenmauer im Beisein des Klägers festgestellt worden. Das Ergebnis der Feststellungen wurde in einem Lageplan (vgl. Bl. 44 der VA) zeichnerisch festgehalten.

59 Mit der Durchführung der solchermaßen konkretisierten Sanierungsmaßnahmen und deren Abschluss spätestens im Sommer 2010 hat das Widerspruchsbegehren des Klägers auch bautechnisch seine Erledigung gefunden. Dass der Kläger dies seinerzeit auch so gesehen hat, ergibt sich aus seinem Schreiben vom 18. Oktober 2010 an das Dienstleistungszentrum Ländlicher Raum, mit dem der Kläger der Behörde seinen Dank für die - auch nach seiner Einschätzung - vorbildlich durchgeführte Trockenmauersanierung ausgesprochen hat.

60 Soweit der Kläger erstmals mit Schreiben vom 22. August 2017 aufgrund aus seiner Sicht zwischenzeitlich aufgetretener "Ausbauchungen" der sanierten Trockenmauer Bedenken an einer den tatsächlichen Anforderungen genügenden Ausführung der angeordneten Trockenmauersanierung vorgebracht hat, betrifft dies nicht die Frage der Erledigung seines Widerspruchsbegehrens, sondern die Frage einer ordnungsgemäßen planerischen und technischen Durchführung der in Erledigung seines Widerspruchsbegehrens angeordneten Trockenmauersanierung. Der Sache nach hat der Kläger damit ein Leistungsbegehren im Sinne einer Ausbauforderung wegen "Schlechterfüllung" der Bauausführung durch die

Beigeladene geltend gemacht, aber nicht eine unzureichende Erledigung seines Widerspruchsbegehrens durch die Flurbereinigungsbehörde. Ob die Einwände des Klägers gegen eine ordnungsgemäße Bauausführung begründet sind, kann im vorliegenden Verfahren gegen den Träger der Flurbereinigungsbehörde auch unabhängig von der Frage der Zulässigkeit des Feststellungsbegehrens nicht geklärt werden.

61 3. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Abs. 1 und Abs. 3, 159 VwGO i.V.m. § 147 Abs. 1 FlurbG. Da die Beigeladene sich dem Antrag des Klägers angeschlossen hat, ist sie gemäß §§ 154 Abs. 3, 159 VwGO hälftig an den Kosten des Verfahrens zu beteiligen. Die Höhe der Gebühren errechnet sich nach § 3 GKG.

62 Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils wegen der Kosten beruht auf § 167 VwGO i.V.m. §§ 708 ff. ZPO.

63 Gründe für die Zulassung der Revision nach § 132 Abs. 2 VwGO liegen nicht vor.

#### Beschluss

64 Der Streitwert wird auf 5.000,00 EUR festgesetzt (§ 52 Abs. 2 GKG)