

Lösungsskizze

Eine verwaltungsgerichtliche Klage des E hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

I. Verwaltungsrechtsweg § 40 I VwGO

Mit seiner Klage wehrt sich E gegen die Folgen des Straßenausbaus und verlangt die Rückgängigmachung des Eingriffs. In einem solchen Fall richtet sich die Rechtsnatur der Streitigkeit nach der Rechtsnatur des abzuwehrenden Eingriffs.¹ Der Straßenbau erfolgt aufgrund des Landesstraßengesetzes, eines öffentlich-rechtlichen Gesetzes, und ist somit selbst öffentlich-rechtlicher Natur. Die Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich.

Ausdrückliche abdrängende Spezialnormen kämen in Betracht, wenn es sich um eine Klage auf Entschädigung wegen Enteignung (Art. 14 II S. 4 GG) oder wegen enteignungsgleichen Eingriffs aus Aufopferungsgrundsätzen (§ 40 II, S.1, 3. Fall VwGO) handeln würde. Jedoch verlangt E, „den früheren Zustand wieder herzustellen“. Sein Verlangen richtet sich also auf die Rückgängigmachung eines hoheitlichen Handelns und nicht auf Geldentschädigung. Entsprechendes gilt für die abdrängende Sonderzuweisung des § 40 II, S. 1, 3. Fall VwGO (Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten), da auch diese Vorschrift nur für Klagen auf Schadensersatz in Geld gilt, nicht dagegen für den Anspruch auf Folgenbeseitigung.² Der Verwaltungsrechtsweg ist daher nach der Generalklausel des § 40 VwGO gegeben.

II. Statthafte Klageart

In Betracht käme ein Folgenbeseitigungsantrag i.S.d. § 113 I S. 2 VwGO, wenn ein Verwaltungsakt vollzogen worden wäre. Der Folgenbeseitigungsantrag ist vom Gesetz als Annexantrag zur Anfechtungsklage ausgestaltet. Zu prüfen ist daher, ob im vorliegenden Fall ein Verwaltungsakt i.S.d. § 35 VwVfG ergangen ist, der durch den Straßenbau vollzogen wurde. Eine Planfeststellung, die ein Verwaltungsakt wäre,³ ist laut Sachverhalt nicht erforderlich gewesen und nicht erfolgt. Die Anordnung des Straßenausbaus durch das Tiefbauamt der Stadt hat keine Rechtswirkungen gegenüber dem Bürger, sondern ist nur ein verwaltungsinterner Akt ohne Außenwirkung.

¹ BVerwGE 50, 282; VGH Mannheim NJW 1985, 1482; Kopp, VwGO, 10. Aufl. 1994, § 40 Rn. 8.

² Vgl. Kopp, VwGO, § 40 Rn.73.

³ Vgl. Kopp, VwVfG, 5. Aufl. 1991, § 74 Rn. 1, 4.

Ein Verwaltungsakt wäre die Widmung der erweiterten Straße.⁴ § 113 I S. 2 VwGO bezieht sich aber auf die Folgen des Vollzugs eines Verwaltungsakts. Der Straßenausbau, insbesondere die Inanspruchnahme des Grundstücks des E, ist aber keine Folge der Widmung. Dies ergibt sich daraus, dass zunächst der Straßenausbau erfolgte und erst später die Widmung vorgenommen wird. Der frühere Straßenausbau kann nicht Folge einer späteren Widmung sein. Der Straßenausbau erfolgte somit nicht in Vollzug eines Verwaltungsaktes. Also kann es sich nicht um einen Antrag nach § 113 I S. 2 VwGO handeln.

Eine Verpflichtungsklage käme in Betracht, wenn die Wiederherstellung des früheren Zustandes ein Verwaltungsakt ist. E geht es jedoch um die Abwehr einer tatsächlichen Gefahr, E erstrebt insofern nicht eine rechtliche Regelung, sondern die tatsächliche Wiederherstellung des früheren Zustandes, d.h. das Wiederanschütten des Grundstücksteils. Dieser tatsächliche Vorgang ist kein Verwaltungsakt, sondern schlichtes Verwaltungshandeln.

Die Verurteilung der Stadt zur Vornahme einer Handlung, Duldung oder Unterlassung in Form schlichten Verwaltungshandelns kann E also nur durch eine **allgemeine Leistungsklage** erreichen, die in der VwGO nicht ausdrücklich geregelt ist, deren Zulässigkeit die VwGO jedoch voraussetzt, vgl. nur §§ 43 II, 111 VwGO.

III. Klagebefugnis

Der Streit, ob auf die allgemeine Leistungsklage § 42 II VwGO analog anzuwenden ist,⁵ kann hier dahinstehen, da E auf jeden Fall geltend machen kann, er werde durch die fortdauernde Inanspruchnahme eines Teils seines Grundstücks in seinem Eigentum (Art. 14 GG) verletzt.

IV. Klagegegner

Die VwGO enthält keine Regelung darüber, wer richtiger Beklagter einer Leistungs- oder Feststellungsklage ist. § 78 I Nr.1 VwGO bezieht sich nur auf Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen. Grundsätzlich gilt daher das Rechtsträgerprinzip, bei der Klage gegen die öffentliche Hand muss also der Verwaltungsträger, hier die Stadt, verklagt werden.

Die Klage des E ist damit als gegen die Stadt gerichtete Leistungsklage zulässig.

⁴ Dinglicher VA iSd § 35 S. 2, Fall 2 VwVfG. Vgl. Kopp, VwVfG § 35, Rn. 67, Salzwedel in: Erichsen, Allg. VerwR, 10. Aufl. 1995, § 43 Rn. 9.

⁵ Vgl. pro die hM. BVerwGE 36, 199; 60, 150; NJW 1983, 899; Schenke JuS 1982, 910; Schmitt-Glaeser, VerwProzR, 13. Aufl. 1994, Rn. 387; aA. Erichsen DVBl. 1982, 100; Achterberg, Allg. VerwR, 2. Aufl. 1986, § 24 Rn. 116.

B. Begründetheit der Klage

Die Leistungsklage ist begründet, wenn E gegen die Stadt einen Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes hat. Anspruchsgrundlage könnte ein **Folgenbeseitigungsanspruch** sein.

0. Der FBA als Anspruchsgrundlage

Der FBA ist als Anspruchsgrundlage gesetzlich nicht geregelt, sondern ein von Rechtsprechung und Lehre entwickeltes Rechtsinstitut. Ausgangspunkt der Entwicklung war die Anerkennung eines Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruchs. § 113 I S. 2 VwGO spricht von der Rückgängigmachung der Vollziehung eines VA und ist seiner Rechtsfolge nach auf die Beseitigung der Vollzugsfolgen eines VA gerichtet, der später wegen Rechtswidrigkeit aufgehoben oder zurückgenommen wurde. Dieser Anspruch setzte jedoch einen Verwaltungsakt voraus. Für die Fälle, in denen durch sonstiges schlichtes Verwaltungshandeln ein rechtswidriger Zustand herbeigeführt wurde, wurde ein sog. schlichter Beseitigungsanspruch entwickelt. Beide Ansprüche sind aufgrund der neueren Rechtsentwicklungen in einem einheitlichen Folgenbeseitigungsanspruch aufgegangen.⁶ Die Voraussetzungen sind aber für Beeinträchtigungen durch Verwaltungsakt die gleichen wie für Beeinträchtigungen durch schlichtes Verwaltungshandeln. Die Unterscheidung hat daher im Wesentlichen nur noch terminologische Bedeutung, praktisch ist sie überflüssig und wird insbes. vom BVerwG nicht getroffen.

Der FBA ist grundsätzlich allgemein anerkannt. Eine ausführliche dogmatische Begründung erübrigt sich daher. Im Wesentlichen werden heute noch zwei Rechtsgrundlagen diskutiert, nämlich einerseits das Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 III GG, und andererseits die Abwehrfunktion der Grundrechte. Der FBA ist damit letztlich eine spezielle Ausprägung des grundrechtlichen Abwehranspruchs.⁷

⁶ Vgl. insbes. die Grundsatzentscheidung BVerwG DÖV 1971, 858; Wolff/Bachof/Stober, VerwR I, 10. Aufl. 1994, § 52, Rn. 15 ff.

⁷ BVerwG DÖV 1971, 859; Redeker DÖV 1987, 194, 196 f.; Kempen, Der Eingriff des Staates in das Eigentum, 1991, 308 ff.; BVerwG DÖV 1989, 774, 775.

I. Voraussetzungen des FBA

1. Hoheitliches Handeln

Der Ausbau des Feldweges zu einer Straße erfolgte, wie oben ausgeführt, aufgrund des öffentlich-rechtlichen Landesstraßengesetzes, so dass der Ausbau selbst hoheitlichen Charakter trägt.

2. Eingriff in ein subjektives Recht

Der Straßenausbau hat einen breiten Streifen des Grundstücks des E in Anspruch genommen, so dass ein Eingriff in das Eigentumsrecht des E (Art. 14 GG) vorliegt.

3. Rechtswidrigkeit des geschaffenen Zustandes

Der geschaffene Zustand müsste rechtswidrig sein. Das ist dann stets der Fall, wenn der Eingriff materiell rechtswidrig ist. Entscheidend ist nämlich, ob der grundrechtliche Status rechtswidrig verändert worden ist und deshalb wieder hergestellt werden muss. Da das Eigentumsrecht seinem Inhaber die alleinige Benutzungs- und Verfügungsbefugnis zuweist, ist es grundsätzlich rechtswidrig, wenn die Stadt auf dem Grundeigentum des E eine Straße baut.

4. Ausschluss der Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit wäre aber ausgeschlossen, wenn die Stadt aufgrund eines Vertrages oder aufgrund einer wirksamen einseitigen Gestattung des E berechtigt war. E hat die Anliegererklärung nicht unterschrieben und auch sonst kein Einverständnis erklärt, an einem Vertrag oder einer Gestattung fehlt es daher. Zu überlegen wäre, ob E eine schlüssige Gestattung vorgenommen hat. E ist jedoch lediglich untätig geblieben. Angesichts des Umstandes, dass dem E eine Erklärung zugesandt worden ist, und es für ihn leicht möglich gewesen wäre, die Erklärung zurückzuschicken, konnte die Stadt nicht annehmen, dass E anstelle der schriftlichen Erklärung durch bloßes Untätigbleiben die Erlaubnis zum Straßenbau geben wollte. Hinzu kommt, dass es in einem solchen Fall an einer wirksamen Freistellungserklärung der Stadt S bezüglich der Erschließungskosten fehlen würde. Dass die Stadt irrig angenommen hat, E habe die Erklärung unterschrieben, ist insoweit unerheblich.

Nach dem Sachverhalt ist aber demnächst mit einer nachträglichen ordnungsgemäßen Widmung zu rechnen. Ein Gericht hat seiner Entscheidung die Sach- und Rechtslage zugrunde zu legen, die sich ihm im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bietet.⁸ Danach hat ein Gericht seiner Entscheidung nicht eine künftige, tatsächliche oder rechtlich

⁸ Siehe hierzu und im folgenden BVerw G DVBl. 1989, 44 ff.

nur mögliche Entwicklung zugrunde zu legen, sondern grundsätzlich die gegenwärtige gegebene Sach- und Rechtslage. Selbst eine von einer Widmung ausgehende nachträgliche Legalisierungswirkung lässt jedoch grundsätzlich die Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung unberührt, und kann allenfalls zu einem Ausschluss des Folgenbeseitigungsanspruchs aus Treu und Glauben führen.⁹ (Dies wird daher unten geprüft.)

Die Eigentumsbeeinträchtigung ist somit rechtswidrig.

5. Eine andauernde Veränderung des tatsächlichen Zustandes zum Nachteil des Geschädigten als Folge des hoheitlichen Handelns liegt hier in der andauernden Inanspruchnahme des Grundstücks.

6. Der FBA besteht nicht, wenn die Folgenbeseitigung nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar ist.¹⁰ Vorliegend greift keiner dieser Gesichtspunkte ein. Darauf, dass die öffentliche Straße ggf. notwendig ist, kann man hier nicht abstellen. Denn die Stadt könnte das Grundstück z.B. im Wege der Enteignung an sich bringen. Ohne diesen Weg zu beschreiten, kann die Stadt das Grundstück nicht einfach behalten.

II. Zwischenergebnis: Die Voraussetzungen für einen FBA sind gegeben.

III. Mitwirkendes Verschulden des E

Fraglich ist jedoch, welche Bedeutung dem Umstand zukommt, dass E gegen die Inanspruchnahme seines Grundstücks zunächst nichts unternommen hat und den Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes erst nach Fertigstellung der Straße geltend macht, obwohl E ohne Weiteres die Stadtverwaltung auf ihren Irrtum hätte hinweisen können, so die Einstellung der Bauarbeiten auf seinem Grundstück hätte erreichen können und damit die rechtswidrige Beeinträchtigung seines Eigentums einschließlich der Folgen hätte verhindern können. Diese Mitverantwortlichkeit des E fällt auch ins Gewicht, denn der Umstand, dass die Stadt dann möglicherweise eine Enteignung eingeleitet hätte, muss außer Betracht bleiben, weil dadurch nur ein rechtmäßiger Zustand herbeigeführt worden wäre. Die Rspr. und die Literatur bejahen in derartigen Fällen mitwirkenden Verschuldens eine analoge Anwendung des § 254 BGB. Soweit den Anspruchsteller eine Mitverantwortung an den ihn belastenden Folgen des Verwaltungshandelns trifft, wird sein Anspruch gekürzt. § 254 BGB enthalte einen allgemeinen Rechtsgedanken, der im Zivilrecht wie im öffentlichen Recht sowohl bei verschuldensabhängigen als auch bei verschuldensunabhängigen Ansprüchen

⁹ Vgl. Köckerbauer JuS 1988, 782, 785 mwN.; anders wenn die Legalisierung bereits durchgeführt ist; vgl. Maurer § 29 Rn. 15.

¹⁰ Maurer § 29 Rn. 14; ausführl. Ossenbühl, aaO, S. 266 ff., 269 ff.; Schloer JA 1992, 39, 44.

gelte.¹¹ Wenn der Umfang der Folgenbeseitigung tatsächlich teilbar ist, dann kann die Folgenbeseitigung dem Mitverschulden entsprechend reduziert werden. Probleme wirft die Rspr. jedoch in Fällen wie dem vorliegenden auf, in denen die Folgenbeseitigung ihrem Inhalt nach nicht teilbar ist. So kann im vorliegenden Fall die Straße sinnvollerweise nicht teilweise wieder entfernt werden. Früher ging die Rspr. davon aus, dass bei überwiegendem Verschulden der Anspruch ganz entfällt, während ein nicht überwiegendes Verschulden bei unteilbarer Folgenbeseitigung unberücksichtigt bleibt.¹² Dieser Rspr. ist zutreffend entgegeng gehalten worden, dass sie dem Grad des jeweiligen Mitverschuldens nicht genügend Rechnung trage. Deshalb hat man in der Literatur den FBA bei Mitverschulden und unteilbarer Folgenbeseitigung nur bejaht, wenn der Betroffene sich an den Folgen beteiligt.

In neuerer Zeit vertritt auch das BVerwG die Auffassung, dass bei nur teilweise Mitverschulden ein vollständiger Ausschluss unbillig sei. Anders als die Literatur geht die Rechtsprechung aber nicht den Weg einer Kostenbeteiligung des Bürgers, sondern nimmt eine Änderung des Anspruchsinhalts vor: In diesem Fall schlage die Folgenbeseitigung analog § 251 I BGB in einen Geldanspruch gegen den Staat um (**sog. Folgenentschädigung**), der entsprechend des Mitverschuldensanteils zu kürzen sei. Nur noch dann, wenn sich die Verwirklichung des Folgenbeseitigungsanspruches als unzulässige Rechtsausübung darstellt, soll nach dieser Ansicht ein gänzlicher Ausschluss des Anspruchs in Betracht kommen.¹³

In der Literatur wird diese Ansicht heftig kritisiert. Überwiegend wird bereits die Anwendung des § 254 BGB auf den FBA generell abgelehnt. Bedenklich sei daran nämlich bereits, dass eine schadensersatzrechtliche, das Mitverschulden betreffende Regelung herangezogen werde, da der FBA ein verschuldensunabhängiger, nicht ein auf Schadensersatz gerichteter Restitutionsanspruch sei.¹⁴

Weiterhin ist dem BVerwG entgegenzuhalten, dass eine Berücksichtigung des Mitverschuldens eine Einschränkung der Grundrechte darstellt, aus denen der FBA folgt. Eine solche Einschränkung bedürfe nach dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes einer gesetzlichen Grundlage. Eine gesetzliche Grundlage könne § 254 BGB oder ein aus ihm abgeleiteter Rechtsgedanke jedoch nicht darstellen, weil § 254 BGB auf das Schadensrecht zugeschnitten ist, nicht dagegen auf den FBA. Bei der analogen Anwendung des § 254 BGB

¹¹ BVerwG NJW 1990, 2484, 2485; VGH Mannheim NJW 1985, 1482; OVG Lüneburg 1991, 78, 79; zustimmend Ossenbühl aaO., S. 272; Maurer, aaO., § 29 Rn. 18.

¹² Sog. Alles-oder-Nichts-Prinzip: BVerwG DVBl. 1971, 857, 861; Bachof, DÖV 1971, 861.

¹³ BVerwG NJW 1989, 2484, 2485 unter Hinweis auf die vergleichbare Regelung in § 74 II S. 3 VwVfG.

¹⁴ Schoch, VerwArch 1988, 1, 53 f.; Rupp DVBl. 1972, 233.

im Rahmen des § 1004 BGB, der Amtshaftung und der Enteignung, handele es sich nämlich um Ansprüche einfachgesetzlicher Natur, die durch die Anwendung einfach-gesetzlicher Normen beschränkt werden können. Dies könne jedoch bei dem unmittelbar aus den Grundrechten folgenden FBA wegen des Vorbehalts des Gesetzes nicht gelten.¹⁵

Auch die geänderte, § 251 I BGB analog anwendende Rechtsprechung sieht sich erheblichen Bedenken ausgesetzt. Zum einen räume sie nicht die grundsätzliche, an die Anwendung des § 254 anknüpfende Kritik aus. Zum anderen führe die Anwendung des § 251 I BGB auf den FBA zu einem Bruch mit dem bisherigen Verständnis des FBA, wonach dieser nur auf Naturalherstellung gerichtet ist, und würde dadurch die Grenzen zwischen den verschiedenen Anspruchsgrundlagen im System der öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen¹⁶ verwischen.¹⁷ Folgt man aus den genannten Gründen der Literatur, so kann die Untätigkeit des E nicht über § 254 BGB (ggf. i.V.m. § 251 I BGB) als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens in Ansatz gebracht werden. E hat damit – vorbehaltlich der Prüfung, ob die Verwirklichung des Anspruchs eine unzulässige Rechtsausübung darstellen würde – einen ungekürzten Anspruch auf Beseitigung der belastenden Wirkungen durch den Straßenbau.

(Selbstverständlich ist es mit entsprechender Argumentation möglich, der Auffassung der Rechtsprechung zu folgen und demnach die Prüfung hier zu beenden. Wichtig ist, dass die Problematik überhaupt gesehen wurde.)

III. Ausschluss des FBA wegen Verstoßes gegen den Grundsatz von Treu und Glauben

Der an sich bestehende FBA könnte jedoch durch den auch im öffentlichen Recht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben ausgeschlossen sein.¹⁸ Ein Verstoß gegen § 242 BGB analog in Form der unzulässigen Rechtsausübung läge vor, wenn die Wiederherstellung eines früheren Zustandes verlangt würde, obwohl auf der Grundlage der materiellen Rechtslage die Beseitigung der Folgen ausgeschlossen ist. Das ist beispielsweise durch nachträgliche Legalisierung möglich.¹⁹ Eine solche nachträgliche Legalisierung könnte durch die nach dem Sachverhalt demnächst erfolgende Widmung eintreten. Rechtsfolge einer Widmung ist, dass die gewidmete Sache öffentliche Sache wird. Diese Rechtsfolge hat grundsätzlich jeder gegen

¹⁵ Schenke JuS 1990,370, 374; Schoch, VerwArch 1988,1, 54.

¹⁶ FBA, Ansprüche aus Amtshaftung, Aufopferungsentschädigung.

¹⁷ Schenke, JuS 1990, 370,376 f.

¹⁸ Vgl. BVerwG DVBl. 1989, 44, 45 f.; Rupp DVBl. 1972, 233; Schoch, aaO. S. 54; Schenke, JuS 1990, 370, 375.

¹⁹ BVerwG DVBl. 1989, 44, 45.

sich gelten zu lassen.²⁰ Wenn der vom Grundstück des E in Anspruch genommene Streifen öffentliche Sache geworden sein wird, muss E die darin liegende Beeinträchtigung seines Eigentums dulden. Er hat dann keinen Anspruch mehr darauf, dass die über sein Grundstück führende öffentliche Straße beseitigt wird. Im vorliegenden Fall ist die Widmung jedoch noch nicht erfolgt. Die bloße Möglichkeit, dass die Behörde rechtmäßige Zustände herbeiführen kann, genügt für die Annahme einer unzulässigen Rechtsausübung jedoch nicht. Denn bei einem Leistungsantrag hat das Gericht seiner Entscheidung grundsätzlich nur die Sach- und Rechtslage zugrunde zu legen, die sich im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bietet.²¹ Künftige, tatsächliche oder rechtlich nur mögliche Entwicklungen hat das Gericht daher nicht zu beachten. Später eintretende Umstände können vielmehr nur im Wege der Vollstreckungsabwehrklage gemäß §§167 I S.1 VwGO, 767 I ZPO geltend gemacht werden und können daher auch dem Beseitigungsanspruch im Erkenntnisverfahren nicht entgegenstehen.²² Nur ausnahmsweise kann der Einwand unzulässiger Rechtsausübung begründet sein, wenn schon jetzt die gesicherte Erwartung besteht, die Behörde werde von der Möglichkeit der Legalisierung alsbald Gebrauch machen. Laut Sachverhalt ist das Widmungsverfahren in bezug auf die erweiterte Straße entweder bereits eingeleitet worden oder soll zumindest unverzüglich erfolgen, so dass ausnahmsweise die spätere Legalisierung zu berücksichtigen wäre. Es handelte sich hier um einen Fall des „dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est“.²³

Dann müsste die Widmung rechtmäßig erfolgen können. Zur Widmung ist grundsätzlich die Zustimmung des Eigentümers erforderlich.²⁴ Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass es sich bei der Widmung wegen des Zustimmungserfordernisses von Eigentümer und Unterhaltspflichtigem um einen „zweiseitigen VA“ bzw. einen „Gesamtakt“ handele, mit der Folge, dass die Widmung schon dem äußeren Tatbestand nach nicht zustande kommt, wenn eine wirksame Zustimmung als Element des Gesamtaktes fehlt.²⁵ Nach den neueren Straßengesetzen ist aber die Zustimmung des Eigentümers keine Gültigkeits- sondern eine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung.²⁶ Wegen der fehlenden Zustimmung des E wäre die

²⁰ Vgl. § 35 S. 2, 2. Alt. VwVfG

²¹ Vgl. BVerwGE 29, 304; 41, 227; DÖV 1982, 409, 410; DVBl. 1989,44, 45; NJW 1990, 2700, 2701.

²² Vgl. hierzu und im folgenden BVerwG DVBl. 1989,44,45 f.

²³ Vgl. Köckerbauer JuS 1988, 782, 785.

²⁴ Vgl. die dem § 2 FStrG entsprechenden landesrechtlichen Regelungen, hier § 6 II NStrG.

²⁵ Salzwedel, in: Erichsen, § 43 Rn.7 f.

²⁶ Pappermann/Löhr/Andriske, Recht der öffentlichen Sachen, 1987, S. 30 ff; Papier, Recht der öffentlichen

Widmung damit zumindest rechtswidrig. Ohne Zustimmung des E könnte die Widmung rechtmäßigerweise nur erfolgen, wenn die Stadt das Grundstück, notfalls durch Enteignung, erwirbt.²⁷ Dann wäre auch eine vorzeitige Besitzeinweisung möglich.²⁸ Dafür, dass die Stadt von einem solchen Vorgehen Gebrauch macht, bestehen aber keine Anhaltspunkte, so dass es sich bisher lediglich um eine theoretische Möglichkeit des Vorgehens für die Stadt handelt, die für sich allein den Einwand unzulässiger Rechtsausübung nicht begründen kann. Dieser Gesichtspunkt steht dem FBA daher nicht entgegen.

Der FBA könnte jedoch analog § 242 BGB wegen widersprüchlichen Verhaltens ausgeschlossen sein (*Venire contra factum proprium*). Das frühere Verhalten des E liegt hier in der wissentlichen Duldung der Straßenbauarbeiten. Die Stadt S konnte insofern – wenn auch irrtümlich – davon ausgehen, dass auch E zugestimmt hatte und in Zukunft nichts gegen die erbaute Straße einwenden würde. Zu diesem früheren Dulden setzt sich E in Widerspruch, wenn er nun nachträglich die Beseitigung der Straße verlangt. Hinzu kommt, dass er selbst angesichts seiner Untätigkeit nicht glauben konnte, er könne nachträglich wieder die Beseitigung der Straße verlangen. Der FBA ist daher wegen widersprüchlichen Verhaltens des E analog § 242 BGB ausgeschlossen.

C. Ergebnis

Die Klage des E auf Folgenbeseitigung ist zwar zulässig, aber unbegründet und hat daher keine Aussicht auf Erfolg.

Sachen, 2. Aufl. 1984, S.46 f.; ders., in: Grimm/Papier, Straßen- und Wegerecht NW 1986, S. 450 f.; BGH DÖV 1968, 132.

²⁷ Vgl. z.B. § 2 II FStrG.

²⁸ Vgl. §18 f. FStrG.