

Übungsfall Allgemeines Verwaltungsrecht: Umwege einer Urne

Von Prof. Dr. **Hinnerk Wißmann**, Wiss. Mitarbeiter Dr. **Boas Kümper**, Münster*

Sachverhalt¹

Im Februar 2012 verstarb der Witwer W. Sein Sohn und gesetzlicher Alleinerbe S veranlasste eine einfache Urnenbestattung in einer Reihengrabstätte, die am 17.2.2012 auf dem Friedhof der Stadt M vollzogen wurde. Sein Vater, der zeitlich ein bescheidener Mensch gewesen sei, hätte sich gewiss keine aufwendige Bestattung gewünscht. Auch sei für ihn, den S, ein prunkvolles Grab nicht wichtig, da er ohnehin in der weit entfernten Großstadt X wohne. Der Friedhof wird von M als gemeindliche öffentliche Einrichtung unterhalten; die Benutzung ist durch Satzung geregelt.

Die G, eine frühere Geliebte des W, hielt die von S veranlasste Bestattung für allzu schlicht und unangemessen. Sie wandte sich an den zuständigen Sachbearbeiter B mit dem Wunsch, die Urne des W gegen Erstattung der Kosten in die prachtvolle Wahlgrabstätte ihrer Familie umbetten zu lassen. Dem B war durchaus bewusst, dass G nicht das Verfügungsrecht über den Verbleib der Urne innehatte, sondern richtigerweise die Entscheidung über Art und Ort der Bestattung nach den einschlägigen Bestimmungen des Landes-Bestattungsgesetz (LBestG) dem S als Hinterbliebenen des W zustand. B meinte aber dennoch, dem Wunsch der G nachgeben zu können, weil S schon nichts gegen die Umbettung haben werde, solange er keine weiteren Kosten tragen müsse. B verfügte Anfang April 2012 daher schriftlich gegenüber G, dass die Umbettung vollzogen werden könne, und veranlasste kurz darauf nach dem Nachweis der Kostenerstattung die Umbettung durch die Arbeiter des Friedhofs.

Nach einem Wechsel des Sachbearbeiters wird Anfang Juni 2013 auch dem S der an G ergangene Bescheid und eine

Mitteilung über die Umbettung übermittelt. S ist empört und versucht umgehend, bei der Friedhofsverwaltung die Rückgängigmachung der Umbettung durchzusetzen. G, der von Seiten der Friedhofsverwaltung Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt wird, macht dagegen geltend, ihr sei durch die Verfügung des B im April 2012 das Recht zuerkannt worden, die Urne des W in ihrer Familiengrabstätte zu verwahren; dieses könne ihr nicht mehr entzogen werden und stünde einer erneuten Umbettung der Urne entgegen.

Bearbeitervermerk

Hat S gegen die Stadt M einen Anspruch auf Rückbettung der Urne in die Reihengrabstätte? Bearbeitungszeitpunkt ist der 19.6.2013. Die Vorschriften des LBestG sind über die Angabe im Sachverhalt hinaus nicht zu berücksichtigen.

Hauptprobleme des Falls – Schwerpunktsetzung

Die Klausur verzichtet auf eine Prüfung der Sachurteilsvoraussetzungen einer Klage; Bearbeiter sollten den Anspruchsaufbau, der auch in der Verpflichtungs- und allgemeiner Leistungsklage gilt, sicher beherrschen und konsequent durchführen. Der Schwerpunkt im Aufbau der Prüfung liegt darin, den ungeschriebenen Anspruch auf Folgenbeseitigung mit der Prüfung seiner Voraussetzungen zu verzahnen, die ihrerseits überwiegend gesetzlich bestimmt sind. Dabei spielt sachlich die Frage nach der Bestandskraft der (ersten) Umbettungsverfügung eine zentrale Rolle. Insgesamt gilt wieder, dass das Allgemeine Verwaltungsrecht in Klausuren in der Regel durch unbekannte Materien „eingekleidet“ wird, eigentliche Kenntnisse dort regelmäßig aber nicht verlangt werden, sondern klassische Fragestellungen (Folgenbeseitigungsanspruch, § 48 VwVfG, Lösung von Dreieckskonstellationen) im Mittelpunkt stehen.

Lösungsvorschlag

In Betracht kommt ein Folgenbeseitigungsanspruch (FBA) des S gegen die Stadt M auf Rückbettung der Urne in die ursprüngliche Reihengrabstätte.²

Hinweis zum Aufbau: Gut vertretbar war auch ein Prüfungsaufbau, der zunächst im Rahmen der §§ 48/50 VwVfG einen Anspruch auf Aufhebung der Umbettung als für G begünstigenden VA behandelt und im Anschluss daran den FBA prüft (§ 113 Abs. 1 S. 2 VwGO); allerdings richtete sich das Begehren des S primär auf die Rückbettung als Realhandeln, weshalb die inzidente Behandlung der Rücknahmeproblematik den Bearbeitervermerk genauer „trifft“.

Eine andere Anspruchsgrundlage als der FBA ist schwer vorstellbar, weil das Begehren des S eindeutig auf die Wiederherstellung des vorherigen Zustands gerichtet ist. Insbesondere scheidet ein Amtshaftungsanspruch § 839

* Prof. Dr. *Hinnerk Wißmann* ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungswissenschaften, Kultur- und Religionsverfassungsrecht der Universität Münster; Dr. *Boas Kümper* ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl.

¹ Der Fall war im Sommersemester 2013 an der Universität Münster Gegenstand der Abschlussklausur zur Vorlesung Allgemeines Verwaltungsrecht. Die Bearbeitungszeit betrug 120 Minuten. Die einschlägige Norm des Ausgangsfalls ist § 12 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 S. 1 Bestattungsgesetz NRW. Der Fall wurde in der Originalaufgabe ergänzt durch die weitere Frage: „Erläutern Sie die Begriffe ‚unbestimmter Rechtsbegriff‘ und ‚Ermessen‘ in ihrer Bedeutung für das Verhältnis von Legislative, Exekutive und Judikative.“ Vom Abdruck der Lösungshinweise zu dieser Aufgabe wird hier aus Raumgründen abgesehen; weiterführend dazu *Jestaedt*, in: *Erichsen/Ehlers* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. Aufl. 2010, § 11 Rn. 5 ff., 10 ff., 27 ff.; *Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18. Aufl. 2011, § 7 Rn. 1 ff., 7 ff., 26 ff.; *Hoffmann-Riem*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 10 Rn. 38 ff., 56 ff., 70 ff. Fallbearbeitung und Zusatzfrage standen im Verhältnis von 14:4 von 18 Punkten.

² Zu Inhalt und Ziel des FBA *Schoch*, *Jura* 1993, 470 (483 f.); *Bumke*, *JuS* 2005, 22 (24 f.); *Maurer* (Fn. 1), § 30 Rn. 1 f.

BGB/Art. 34 GG aus, da dieser aufgrund seiner Konstruktion als mittelbare Staatshaftung allein auf Schadensersatz in Geld gerichtet sein kann.

I. Grundlage des FBA

Die Herleitung des FBA ist im Einzelnen umstritten:³ Teilweise wird er auf eine Analogie zu §§ 1004, 12, 862 BGB, teilweise auf das Rechtsstaatsprinzip, namentlich den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gemäß Art. 20 Abs. 3 GG und die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, gestützt; vielfach werden die Freiheitsgrundrechte in ihrer Abwehrfunktion als Grundlage des FBA genannt. Die genaue Herleitung muss indes nicht entschieden werden, weil der FBA in der Sache gewohnheitsrechtlich anerkannt ist.⁴

Ein FBA des S setzt voraus, dass die Stadt M durch hoheitliches Handeln in ein subjektives Recht des S eingegriffen und dadurch einen rechtswidrigen Zustand geschaffen hat, der noch andauert. Ferner dürfen keine Ausschlussgründe rechtlicher oder tatsächlicher Art bestehen.⁵

II. Voraussetzungen des FBA

1. Hoheitliches Handeln

Ein den FBA auslösendes hoheitliches Handeln kann in jedem öffentlich-rechtlichen Verwaltungshandeln liegen; insofern gelten die allgemeinen Kriterien der Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht.⁶ Der tatsächliche Vorgang der Umbettung ist als solcher zwar rechtlich neutral.⁷ Doch dient die tatsächliche Umbettung dem Vollzug der gegenüber G erlassenen Umbettungsverfügung vom April 2012. Die Umbettungsverfügung stellt sich als Verwaltungsakt nach § 35 VwVfG NRW dar, weil es sich zweifelsfrei um eine hoheitliche Regelung eines Einzelfalls durch eine Behörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts mit Außenwir-

kung handelt. Der tatsächliche Vollzug eines Verwaltungsakts teilt dessen Rechtsnatur, ist also ebenfalls als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren.⁸ Somit stellt die Umbettung der Urne ein hoheitliches Handeln der Stadt M dar.

2. Eingriff in ein subjektives Recht

Durch das hoheitliche Handeln muss ein subjektives Recht des Anspruchstellers beeinträchtigt worden sein.⁹ Das Bestimmungsrecht des S über Art und Ort der Bestattung nach LBestG stellt ein subjektives öffentliches Recht des S dar, das durch die Umbettung übergangen und daher durch das Handeln der Stadt M in zurechenbarer Weise beeinträchtigt wurde.¹⁰

3. Schaffung und Fortdauern eines rechtswidrigen Zustands

Der FBA setzt ferner voraus, dass durch das hoheitliche Handeln ein rechtswidriger Zustand geschaffen wurde, der noch andauert.¹¹

a) Widerspruch des Zustands zum materiellen Recht

Entscheidend ist nicht die Rechtswidrigkeit der Umbettungsverfügung, sondern die Rechtswidrigkeit des durch deren Vollzug geschaffenen Zustands.¹² Hier weicht der Aufbewahrungsort der Urne von dem von S bestimmten ab, so dass ein Widerspruch zum Bestimmungsrecht nach den einschlägigen Vorschriften des LBestG vorliegt.

b) Duldungspflicht des S aufgrund der Umbettungsverfügung

Ein durch hoheitliches Handeln geschaffener Zustand ist indes nicht rechtswidrig und vermag einen FBA nicht zu begründen, wenn den Anspruchsteller eine Duldungspflicht trifft.¹³ Eine Duldungspflicht kann insbesondere durch einen Verwaltungsakt im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG NRW be-

³ Siehe dazu m.w.N. bei *Schoch*, Jura 1993, 478 (480 f.); *Maurer* (Fn. 1), § 30 Rn. 5 f.; *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2012, 1079 (1080); *Erbguth*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2013, § 41 Rn. 3; *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 360 ff. § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO, der es dem Verwaltungsgericht ermöglicht, auf entsprechenden Antrag einen Anfechtungstenor mit der Anordnung der Folgenbeseitigung zu verbinden, liefert keine Begründung den FBA, sondern setzt diesen voraus; vgl. nur *Maurer* (Fn. 1), § 30 Rn. 4.

⁴ So auch BVerwGE 94, 100 (103); *Hendler*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2001, Rn. 849; *Bumke*, JuS 2005, 22; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 2013, Rn. 1204.

⁵ Vgl. die Übersichten etwa bei *Hendler* (Fn. 4), Rn. 850 ff.; *Bumke*, JuS 2005, 22 ff.; *Maurer* (Fn. 1), § 30 Rn. 7 ff.; *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2012, 1079 (1080); *Erbguth* (Fn. 3), § 41 Rn. 4 ff.; *Detterbeck* (Fn. 4), Rn. 1205 ff.

⁶ *Schoch*, Jura 1993, 478 (482); *Bumke*, JuS 2005, 22; *Maurer* (Fn. 1), § 30 Rn. 8; *Detterbeck* (Fn. 4), Rn. 1205; *Erbguth* (Fn. 3), § 41 Rn. 4.

⁷ Allgemein für Realakte *Maurer* (Fn. 1), § 3 Rn. 30 ff.; *Detterbeck* (Fn. 4), Rn. 33 ff.; *Erbguth* (Fn. 3), § 5 Rn. 16 ff.

⁸ *Sodan*, in: *Sodan/Ziekow* (Hrsg.), VwGO-Kommentar, 3. Aufl. 2010, § 40 Rn. 323; *Ehlers*, in: *Schoch/Schneider/Bier* (Hrsg.), VwGO-Kommentar, 25. EL, Stand: April 2013, § 40 Rn. 392. Für Leistungsansprüche begründen entsprechende Erwägungen nach der sog. Kehrseitentheorie deren öffentlich-rechtliche Natur; vgl. dazu *Maurer* (Fn. 1), § 10 Rn. 7b; *Detterbeck* (Fn. 4), Rn. 602.

⁹ Vertiefend zu den hier nicht problematischen Anforderungen *Hendler* (Fn. 4), Rn. 864 ff.; *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 3), S. 374 f.; *Erbguth* (Fn. 3), § 41 Rn. 5.

¹⁰ Zum hier nicht näher zu erörternden Merkmal der „Zurechenbarkeit“ bzw. „Unmittelbarkeit“ der Folgen *Hendler* (Fn. 4), Rn. 862 f.; *Bumke*, JuS 2005, 22 (23); *Detterbeck* (Fn. 4), Rn. 1207 f.

¹¹ Vertiefend hierzu *Hendler* (Fn. 4), Rn. 855 ff.; *Bumke*, JuS 2005, 22 (23 f.); *Erbguth* (Fn. 3), § 41 Rn. 6 f.; *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 3), S. 378 ff.

¹² Zu dieser Unterscheidung anschaulich *Schoch*, Jura 1993, 478 (483); *Hendler* (Fn. 4), Rn. 860; *Bumke*, JuS 2005, 22 (23); *Detterbeck* (Fn. 4), Rn. 1209; *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 3), S. 378 ff.

¹³ *Hendler* (Fn. 4), Rn. 856; *Erbguth* (Fn. 3), § 41 Rn. 6; *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 3), S. 380 ff.

gründet werden, der mit seiner Regelungswirkung den durch das hoheitliche Handeln geschaffenen Zustand legalisiert.¹⁴ Hier könnte eine entsprechende Duldungspflicht des S durch die Umbettungsverfügung als Verwaltungsakt begründet worden sein.

Um einen entsprechenden Rechtsgrund für die Umbettung bilden zu können, müsste die Umbettungsverfügung zunächst wirksam im Sinne des § 43 VwVfG NRW sein. Dies setzt zunächst ihre Bekanntgabe gegenüber ihrem Adressaten bzw. dem von ihr Betroffenen voraus, § 43 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 41 Abs. 1 S. 1 VwVfG NRW. Da es hier um die Begründung einer Duldungspflicht gegenüber S geht, ist auf die Bekanntgabe gegenüber S, nicht auf die gegenüber G abzustellen.¹⁵ Die Umbettungsverfügung wurde S Anfang Juni 2012 i.S.d. § 41 Abs. 1 S. 1 VwVfG NRW bekannt gegeben und damit ihm gegenüber wirksam.

Allerdings könnte der Verwaltungsakt nichtig sein. Ein nichtiger Verwaltungsakt ist unwirksam (§ 43 Abs. 3 VwVfG NRW) und vermag daher eine Duldungspflicht nicht zu begründen.¹⁶ Da ein benannter Nichtigkeitsgrund nach § 44 Abs. 2 VwVfG nicht vorliegt,¹⁷ kommt allein eine Anwendung der Generalklausel nach § 44 Abs. 1 VwVfG NRW in Betracht. Danach ist ein Verwaltungsakt nichtig, soweit er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist. Als besonders schwerwiegende Fehler im Sinne des § 44 Abs. 1 VwVfG NRW gelten solche

Rechtsverstöße, die eine Wirksamkeit des Verwaltungsakts geradezu als unerträglich erscheinen lassen, weil sie mit tragenden Verfassungsprinzipien oder der Rechtsordnung immanenten wesentlichen Wertvorstellungen unvereinbar sind.¹⁸ Der bloße Verstoß gegen formelles oder materielles Recht genügt indes nicht,¹⁹ da die Nichtigkeit eines Verwaltungsakts die Ausnahme darstellt.²⁰ Im vorliegenden Fall wurde das Bestimmungsrecht des S gemäß § 12 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 S. 1 LBestG missachtet. Darin liegt zwar ein Verstoß gegen materielles Recht, nicht aber eine Verletzung tragender Verfassungsprinzipien oder anderer zentraler Werte der Rechtsordnung; vielmehr wäre der Gesetzgeber weitgehend frei darin, das Bestimmungsrecht in anderer Weise zu regeln. Auch der Umstand, dass sich B bei Erlass der Umbettungsverfügung der fehlenden Berechtigung der G bewusst war, begründet nicht einen besonders schwerwiegenden Verstoß i.S.d. § 44 Abs. 1 VwVfG NRW; vielmehr müssen zu dem bewussten Hinwegsetzen über einschlägige Rechtsvorschriften weitere Umstände treten, wie z.B. das Ansinnen, dem Betroffenen Rechtsschutzmöglichkeiten abzuschneiden oder vollendete Tatsachen zu schaffen.²¹

Selbst wenn man von einem besonders schwerwiegenden Fehler ausginge, müsste für eine Nichtigkeit gemäß § 44 Abs. 1 VwVfG NRW noch die Offensichtlichkeit dieses Fehlers hinzutreten. Ein Fehler ist i.S.d. § 44 Abs. 1 VwVfG NRW offensichtlich, wenn sich einem verständigen Durchschnittsbetrachter die Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsakts geradezu aufdrängen muss, dem Verwaltungsakt seine Fehlerhaftigkeit gewissermaßen „auf die Stirn geschrieben“ steht.²² Der Umbettungsverfügung vom April 2012, die lediglich besagt, dass die Umbettung vollzogen werden könne, lässt sich jedoch nicht ohne weiteres entnehmen, dass durch sie das Bestimmungsrecht des S als Hinterbliebenen übertragen wurde. Es fehlt daher (auch) an der Offensichtlichkeit des Fehlers im Sinne des § 44 Abs. 1 VwVfG NRW.

Damit steht die Umbettungsverfügung als wirksamer Verwaltungsakt dem FBA zunächst entgegen; selbst ein rechts-

¹⁴ Schoch, Jura 1993, 478 (483); Bumke, JuS 2005, 22 (24); Maurer (Fn. 1), § 30 Rn. 10; Detterbeck (Fn. 4), Rn. 1010.

¹⁵ Diese Bekanntgabe gegenüber G erlangt erst für die Frage einer evtl. Rechtsposition der G Bedeutung, dazu unten, III. 3. c) aa).

¹⁶ Bei der Prüfung der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts ist es zweckmäßig, die Ausschlussgründe für die Nichtigkeit des § 44 Abs. 3 sowie die benannten Nichtigkeitsgründe des § 44 Abs. 2 vor der Generalklausel des § 44 Abs. 1 VwVfG zu prüfen (siehe etwa Maurer [Fn. 1], § 10 Rn. 32; Detterbeck [Fn. 4], Rn. 618; Will/Rathgeber, JuS 2012, 1057 [1058]); normlogisch zwingend ist dies jedoch nicht (so auch Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs [Hrsg.], VwVfG-Kommentar, 7. Aufl. 2008, § 44 Rn. 101; a.A. Kopp/Ramsauer, VwVfG-Kommentar, 14. Aufl. 2013, § 44 Rn. 7).

¹⁷ Eine Nichtigkeit nach § 44 Abs. 2 Nr. 6 VwVfG NRW wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) dürfte nicht überzeugend zu begründen sein: Zwar sind bei der Auslegung des Begriffs der „guten Sitten“ die Grundrechte in ihrer objektiv-rechtlichen Dimension zu berücksichtigen (dazu Will/Rathgeber, JuS 2012, 1057 [1060]), und einer Umbettung kann die von der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Totenruhe entgegenstehen (vgl. etwa OVG NRW NVwZ 2000, 217 [218]). Doch darf dies nicht dazu führen, dass der Nichtigkeitsgrund des § 44 Abs. 1 Nr. 6 VwVfG NRW den Charakter einer Generalklausel erhält, was sowohl der Regelungssystematik des § 44 VwVfG NRW als auch dem Grundsatz der Wirksamkeit auch rechtswidriger Verwaltungsakte (§ 43 Abs. 2 VwVfG NRW) widerspräche.

¹⁸ Siehe etwa BVerwG NVwZ 1998, 1061 (1062); Sachs (Fn. 16), § 44 Rn. 103 f.; Kopp/Ramsauer (Fn. 16), § 44 Rn. 8; Will/Rathgeber, JuS 2012, 1057 (1060).

¹⁹ Deutlich Detterbeck (Fn. 4), Rn. 613, 617; Will/Rathgeber, JuS 2012, 1057 (1061); vgl. ferner Sachs (Fn. 16), § 44 Rn. 105; Kopp/Ramsauer (Fn. 16), § 44 Rn. 30. Auch ein Verstoß gegen Unionsrecht führt nicht bereits für sich genommen zur Nichtigkeit eines Verwaltungsakts: BVerwG NVwZ 2000, 1039 (1040); BVerwG NVwZ 2011, 1016 (1017).

²⁰ Dazu Sachs (Fn. 16), § 44 Rn. 2 und § 43 Rn. 13, 514 ff.: „grundsätzliche Wirksamkeitsvermutung“ auch für rechtswidrige Verwaltungsakte; Will/Rathgeber, JuS 2012, 1057 (1063).

²¹ Vgl. Kopp/Ramsauer (Fn. 16), § 44 Rn. 24; großzügiger Sachs (Fn. 16), § 44 Rn. 106: allgemein für Nichtigkeit von „Willkürmaßnahmen“.

²² Will/Rathgeber, JuS 2012, 1057 (1060); Kopp/Ramsauer (Fn. 16), § 44 Rn. 12; vgl. ferner Sachs (Fn. 16), § 44 Rn. 126; Erbuth (Fn. 3), § 15 Rn. 5.

widriger, aber wirksamer Verwaltungsakt kann eine Duldungspflicht begründen.²³

c) Aufhebbarkeit der Umbettungsverfügung

Dies bedeutet jedoch nicht, dass ein FBA nur erfolgreich geltend gemacht werden kann, indem Anfechtungsklage gegen den wirksamen Verwaltungsakt gemäß § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO verbunden mit dem Vollzugsfolgenbeseitigungsantrag nach § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO erhoben wird. Vielmehr kann die Behörde auf das Folgenbeseitigungsbegehren des S hin, aber auch von Amts wegen, die Aufhebung des Verwaltungsakts aussprechen und dann zugleich über die Folgenbeseitigung entscheiden. Womöglich ist die Behörde dazu sogar verpflichtet und ihr Rücknahmeermessen auf Null reduziert. Es fragt sich daher, ob die Umbettungsverfügung aufgehoben, insbesondere als rechtswidriger Verwaltungsakt auf der Grundlage von § 48 Abs. 1 VwVfG NRW zurückgenommen werden kann bzw. muss.²⁴

aa) Tatbestandsvoraussetzungen des § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG NRW

Die Umbettungsverfügung vom April 2012 ist wegen des Verstoßes gegen die einschlägigen Vorschriften des LBestG ein rechtswidriger Verwaltungsakt i.S.d. § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG NRW.

Ein Verwaltungsakt, der ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründet, darf gemäß § 48 Abs. 1 S. 2 VwVfG NRW nur unter den Einschränkungen der Abs. 2 bis 4 zurückgenommen werden. Die Umbettungsverfügung vom April 2012 wurde G gegenüber im Sinne des § 41 Abs. 1 S. 1 VwVfG NRW bekannt gegeben und begründet als nach § 43 Abs. 1 S. 1 VwVfG NRW wirksamer Verwaltungsakt zu ihren Gunsten ein Besitzrecht bzgl. der Urne. Sie stellt deshalb einen begünstigenden Verwaltungsakt i.S.d. § 48 Abs. 1 S. 2 VwVfG dar, der nur unter den Voraussetzungen der Abs. 2 bis 4 zurückgenommen werden darf. § 50 VwVfG NRW, der diese Einschränkungen der Aufhebbarkeit ausschließt, ist nicht anwendbar, denn er setzt die tatsächliche Einlegung eines Drittrechtsbehelfs voraus; die bloße Möglichkeit, dass ein Drittbetroffener Rechtsbehelfe einlegen könnte, genügt ausweislich des Wortlauts nicht.²⁵

²³ *Hendler* (Fn. 4), Rn. 861; *Bumke*, JuS 2005, 22 (24); *Maurer* (Fn. 1), § 30 Rn. 10; *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2012, 1079 (1080); *Erbguth* (Fn. 3), § 41 Rn. 6; zur Problematik der nachträglichen Legalisierung *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 3), S. 383 m.w.N.

²⁴ Die Prüfung der Rücknehmbarkeit konnte auch später als Frage der rechtlichen Möglichkeit der Folgenbeseitigung erfolgen.

²⁵ Allerdings wird vereinzelt vertreten, bereits die bloße Möglichkeit einer Drittanfechtung nach § 50 VwVfG NRW führe bereits zum Ausschluss bzw. zur Reduzierung des Vertrauensschutzes des durch den Verwaltungsakt Begünstigten, insbesondere wo diesem die Betroffenheit des Dritten bekannt ist und er daher mit der Einlegung eines Drittrechtsbehelfs rechnen muss (etwa *Horn*, DÖV 1990, 864 ff.). Die ganz über-

Die Umbettungsverfügung enthält weder eine Geld- noch eine teilbare Sachleistung, so dass die Einschränkungen des § 48 Abs. 2 VwVfG NRW nicht eingreifen. G könnte danach allenfalls einen Anspruch auf Ersatz ihres Vertrauensschadens gemäß § 48 Abs. 3 S. 1 VwVfG NRW haben. Zum Teil wird aber auch für die Fälle des § 48 Abs. 3 VwVfG eine Beschränkung der Rücknahme gefordert: Der Vertrauensschutz im Sinne eines Bestandsschutzes sei über den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in das Rücknahmeermessen nach § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG einzubeziehen.²⁶ Dagegen spricht allerdings, dass in systematischer Hinsicht allein § 48 Abs. 2 VwVfG NRW den Bestandsschutz als Hinderungsgrund für eine Aufhebung normiert, während § 48 Abs. 3 VwVfG NRW Vertrauensschutz allein in Form von Vermögensschutz gewährt.²⁷

Selbst wenn man jedoch Vertrauensschutz im Rahmen des Rücknahmeermessens berücksichtigen wollte, ließe sich ein schutzwürdiges Vertrauen der G nur schwer begründen, denn die Berechtigung des S musste sich ihr zumindest aufdrängen, so dass nach § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 3 VwVfG NRW Vertrauensschutz wegen grob fahrlässiger Unkenntnis von der Rechtswidrigkeit der Umbettungsverfügung ausscheiden würde.²⁸ Zudem erscheint ihr Vertrauen in einer Abwägung nicht schutzwürdig, weil die Interessen des S andernfalls ungerichtet zurückstehen müssten.

bb) Einhaltung der Rücknahmefrist nach § 48 Abs. 4 VwVfG NRW?

Fraglich ist jedoch, ob die Rücknahme ausgeschlossen ist, weil die Jahresfrist des § 48 Abs. 4 VwVfG NRW abgelaufen ist. In diesem Fall ließe sich die Umbettungsverfügung nicht mehr aufheben und bliebe als Rechtsgrund der Umbettung bestehen. Ob die Jahresfrist im Juni 2013 bereits abgelaufen ist, hängt davon ab, ob man Fristbeginn im April 2012 annimmt.

wiegende Auffassung verlangt aber für die Anwendung des § 50 VwVfG die tatsächliche Einlegung des Drittrechtsbehelfs (siehe etwa *Sachs* [Fn. 16] § 50 Rn. 65, 68; *Kastner*, in: *Fehling/Kastner/Störmer* [Hrsg.], *Verwaltungsrecht – Handkommentar*, 3. Aufl. 2013, § 50 VwVfG Rn. 9; *Kopp/Ramsauer* [Fn. 16], § 50 Rn. 4, *Ehlers/Kallerhoff*, Jura 2009, 823 [828]). Dafür spricht nicht zuletzt der eindeutige Wortlaut der Vorschrift, weshalb auch naheliegt, dass die Bearbeiter, denen derartige Streitfragen selbstverständlich nicht bekannt sein müssen, überwiegend die Anwendbarkeit des § 50 VwVfG NRW verneinen.

²⁶ *Ehlers/Kallerhoff*, Jura 2009, 823 (832); *Kopp/Ramsauer* (Fn. 16), § 48 Rn. 134 ff.; *Erbguth* (Fn. 3), § 16 Rn. 18; *Detterbeck* (Fn. 4), Rn. 705.

²⁷ BVerwGE 85, 79 (84); BVerwG BayVBl. 1988, 184 f.; *Sachs* (Fn. 16), § 48 Rn. 179 ff.; *Maurer* (Fn. 1), § 11 Rn. 28; *Ruffert*, in: *Erichsen/Ehlers* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. Aufl. 2010, § 24 Rn. 36; *Peine*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 10. Aufl. 2011, Rn. 950.

²⁸ Zu den Anforderungen *Ehlers/Kallerhoff*, Jura 2009, 823 (830 f.); *Kopp/Ramsauer* (Fn. 16) § 48 Rn. 121 ff.

Für den Fristbeginn ist gemäß § 48 Abs. 4 VwVfG NRW die Kenntnis der Behörde maßgeblich. Dabei kommt es nicht auf die mögliche Kenntnis einer abstrakten Gesamtbehörde, sondern auf die Kenntnis der zuständigen Organisationseinheit an;²⁹ nicht abzustellen ist hingegen auf eine bestimmte konkrete Person. Daher ist es unerheblich, dass nach Erlass der Umbettungsverfügung ein Sachbearbeiterwechsel stattfand. B wusste nach dem Sachverhalt bereits bei Erlass der Umbettungsverfügung Anfang April 2012 von deren Rechtswidrigkeit, die Jahresfrist ist entgegen dem Wortlaut des § 48 Abs. 4 VwVfG NRW („Erhält ... Kenntnis“) nicht nur bei späterer Kenntniserlangung anwendbar, sondern auch, soweit die Rechtswidrigkeit der Behörde bereits bei Erlass des VA bekannt war.³⁰

Umstritten ist allerdings der Bezugsrahmen für den Beginn der Rücknahmefrist. Im Schrifttum wird vielfach für eine Bearbeitungsfrist plädiert, die bereits mit Kenntnis der Rechtswidrigkeit beginne.³¹ Danach läge der Fristbeginn im April 2012. Gegen ein Verständnis des § 48 Abs. 4 VwVfG NRW als Bearbeitungsfrist spricht jedoch, dass danach die Behörde gegebenenfalls zu einer Entscheidung über die Rücknahme vor Eintritt der Entscheidungsreife gezwungen würde,³² was mit Blick auf den Charakter der Rücknahme als Ermessensentscheidung nicht überzeugt. Zudem spricht die Wortwahl „rechtfertigen“ in § 48 Abs. 4 VwVfG NRW dafür, dass allein die Kenntnis der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts noch nicht genügt, sondern die Behörde vollständige Kenntnis der entscheidungserheblichen Tatsachen haben muss.³³ Vor allem die Rechtsprechung behandelt die Rücknahmefrist deshalb als Entscheidungsfrist, die erst zu laufen beginnt, wenn sämtliche entscheidungserheblichen Tatsachen zur Kenntnis der Behörde gelangt sind.³⁴ Im vorliegenden Fall kann der von S geltend gemachte Rückbittungsanspruch die Ausübung des Rücknahmeermessens beeinflussen. Erst im Juni 2013 hatte die Stadt M daher Kenntnis der entscheidungserheblichen Tatsachen. Damit ist bei Annahme einer

Entscheidungsfrist die Jahresfrist des § 48 Abs. 4 VwVfG NRW noch nicht abgelaufen.³⁵

cc) Rücknahmeermessen

Die Rücknahme eines Verwaltungsakts steht gemäß § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG NRW („kann“) im Ermessen der Behörde. Sind allerdings die Voraussetzungen eines FBA erfüllt, so muss die Behörde im Rahmen ihrer Ermessenserwägungen berücksichtigen, dass durch ihr vorangegangenes Handeln ein rechtswidriger Zustand geschaffen wurde. Deshalb reduziert sich das Ermessen der Behörde zugunsten des Anspruchsberechtigten regelmäßig auf Null,³⁶ d.h. es ist allein die Beseitigung des rechtswidrigen Zustands ermessensfehlerfrei i.S.d. § 40 VwVfG NRW. Für eine Ermessensreduzierung auf Null spricht außerdem die Willkürlichkeit der Erstentscheidung (der Umbettung im April 2012). Ist somit von einer Reduzierung des Rücknahmeermessens auf Null auszugehen und die Stadt M zur Rücknahme verpflichtet, so kann sie über das Folgenbeseitigungsbegehren zugleich mit der Rücknahme entscheiden. Dem FBA steht dann die Umbettungsverfügung nicht als Grundlage einer Duldungspflicht entgegen.³⁷

III. Kein Ausschluss des FBA

Der FBA ist ausgeschlossen, wenn die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht nicht möglich ist.³⁸ Die tatsächliche Rückführung der Urne in die ursprüngliche Reihengrabstätte ist nicht aus-

²⁹ BVerwGE 70, 356 (364); *Ehlers/Kallerhoff*, Jura 2009, 823 (833); *Sachs* (Fn. 16), § 48 Rn. 213 ff.

³⁰ BVerwGE 66, 61 (63); *Kopp/Ramsauer* (Fn. 16), § 48 Rn. 152.

³¹ Siehe etwa *Ehlers/Kallerhoff*, Jura 2009, 832 (833 f.); *Ruffert* (Fn. 27), § 24 Rn. 22; *Kopp/Ramsauer* (Fn. 16), § 48 Rn. 155.

³² Grundlegend BVerwGE 70, 356 (363); ebenso etwa *Peine* (Fn. 27), Rn. 956.

³³ So auch BVerwGE 70, 356 (362); anders *J. Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2012, Rn. 747, demzufolge das BVerwG von einer Bearbeitungsfrist ausgeht und die Kenntnis der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts genügen lässt.

³⁴ BVerwGE 66, 61 (64); sowie insbesondere BVerwGE 70, 356 (362 ff.); BVerwG DVBl. 2001, 1221 (1222); daran anschließend auch *Detterbeck* (Fn. 4), Rn. 713; *Peine* (Fn. 27), Rn. 956; *Kastner* (Fn. 25), § 48 VwVfG Rn. 64.

³⁵ Selbst wenn man von einer Bearbeitungsfrist ausgeht, wäre es nicht überzeugend, eine Rücknehmbarkeit wegen Fristablaufs abzulehnen, denn die Bekanntgabe der Umbettungsverfügung gegenüber S erfolgte erst im Juni 2013. Die Umbettungsverfügung wurde als Verwaltungsakt mit Doppelwirkung daher erst in diesem Zeitpunkt umfassend wirksam (vgl. dazu nur *Maurer* [Fn. 1], § 9 Rn. 65), und erst von diesem Zeitpunkt an konnte eine Duldungspflicht des S bestehen. G muss daher jedenfalls innerhalb der S zustehenden und noch offenen Rechtsbehelfsfrist eine Rücknahme der Umbettungsverfügung dulden, um einen Widerspruch zur Wertung des § 50 VwVfG NRW zu vermeiden. Die Bearbeiter konnten sich somit für eine Bearbeitungs- wie für eine Entscheidungsfrist entscheiden und dennoch letztlich zum gleichen Ergebnis gelangen.

³⁶ Ebenso *Schoch*, Jura 1993, 478 (485); *Bumke*, JuS 2005, 22 (27); *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2012, 1079 (1081 f.); *Erbguth* (Fn. 3), § 41 Rn. 9; *Detterbeck* (Fn. 4), Rn. 1215; insofern ist z.T. auch von einer „Folgenbeseitigungslast“ der Behörde die Rede; etwa *Grzeszick*, in: *Erichsen/Ehlers* (Fn. 1), § 45 Rn. 134; vgl. dazu m.w.N. *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 12 Rn. 56 ff.; anders etwa *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 3), S. 386.

³⁷ Entscheidend ist freilich, dass eine Ermessensreduzierung auf Null angenommen wird; ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Rücknahme genügt nicht.

³⁸ *Schoch*, Jura 1993, 478 (485); *Bumke*, JuS 2005, 22 (25); *Maurer* (Fn. 1), § 30 Rn. 14; *Detterbeck* (Fn. 4), Rn. 1213; *Erbguth* (Fn. 3), § 41 Rn. 8.

geschlossen.³⁹ In rechtlicher Hinsicht ist zu beachten, dass die Rückführung der Urne eine gesonderte Rückbettungsverfügung gegenüber G erfordert, mit der dieser die Duldung der Rückbettung aufgegeben wird und die einen selbständigen Verwaltungsakt darstellt.⁴⁰ Die Rückbettungsverfügung findet ihre Grundlage zwar nicht im FBA⁴¹ des S, da dieser allein im Verhältnis von S als durch die Umbettung Belastetem, nicht auch im Verhältnis zu G wirkt,⁴² doch lässt sich auf eine Annexbefugnis zu § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG NRW stützen.⁴³ Rechte der G stehen dem nicht entgegen, weil – wie ausgeführt – die Umbettungsverfügung zurückzunehmen ist. Schließlich steht auch die von Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistete Einhaltung der Totenruhe⁴⁴ der Rückführung der Urne nicht entgegen, weil das durch die Rückbettung wiederhergestellte Bestimmungsrecht des S ebenfalls der Verwirklichung der Totenwürde dient und bereits eine Umbettung vorgenommen wurde.⁴⁵

IV. Ergebnis

S steht ein FBA auf Rückbettung der Urne in die ursprüngliche Reihengrabstätte zu.

³⁹ Zur tatsächlichen Wiederherstellbarkeit und zur Frage, ob der FBA auch zur Herstellung eines vergleichbaren Zustands verpflichten kann, vgl. *Hendler* (Fn. 4), Rn. 868; *Bumke*, JuS 2005, 22 (24); *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2012, 1079 (1081).

⁴⁰ Dieser Punkt war allerdings von den Bearbeitern nicht notwendig anzusprechen, da wenig problematisch.

⁴¹ Dafür allerdings *Kopp/Ramsauer* (Fn. 16), § 48 Rn. 176.

⁴² Dazu m.w.N. *Detterbeck/Windthorst/Sproll* (Fn. 36), § 12 Rn. 46; *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 3), S. 384 ff.; *Erbguth* (Fn. 3), § 41 Rn. 9.

⁴³ So etwa Nds. OVG NdsVBl. 2007, 108 (109). Es ließe sich womöglich auch auf die allgemeine Ordnungsgewalt der Stadt M als Trägerin des Friedhofs als öffentlicher Einrichtung verweisen; vgl. dazu etwa *Müller*, in: *Wolff/Bachof/Stober* (Hrsg.), *Verwaltungsrecht II*, 7. Aufl. 2010, § 86 Rn. 61 ff.

⁴⁴ Vgl. dazu OVG NRW NVwZ 2000, 217.

⁴⁵ A.A. mit entsprechender Begründung vertretbar.