

Lösungsvorschlag (Sanitäter)

© [Klaus Grupp \(Universität des Saarlandes\)](#) und [Ulrich Stelkens \(Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer\)](#)

Bearbeitung für Hauptstadtfälle: Georg Hellmich

Stand der Bearbeitung: Juli 2014

Das VG Berlin wird der Klage *Robertskys* stattgeben, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Die Klage ist zulässig, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen der §§ 40 ff. VwGO vorliegen.

Anmerkung: Für die Prüfung der Sachentscheidungsvoraussetzungen im Verwaltungsprozess siehe [diesen Hinweis](#).

I. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 VwGO)

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO gegeben, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt. Eine **öffentlich-rechtliche Streitigkeit** liegt vor, wenn die für die Streitentscheidung maßgebenden Normen dem öffentlichen Recht angehören. Fraglich ist demnach, ob die Einstellung des Stipendiums nach öffentlichen Normen erfolgte. Dies wäre jedenfalls dann der Fall, wenn die Gewährung des Stipendiums nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften erfolgt wäre, da die Rückgängigmachung einer Maßnahme die gleiche Rechtsnatur haben muss, wie die Maßnahme selber.

Hier hat der Regierende Bürgermeister ohne gesetzliche Grundlage nur aufgrund der Haushaltsermächtigungen Stipendien verteilt. Gewährt ein Hoheitsträger Leistungen, so besteht mangels entgegenstehender gesetzlicher Regelungen grundsätzlich Wahlfreiheit zwischen einer privatrechtlichen und einer hoheitsrechtlichen Handlungsform.¹ Stipendien können durchaus auch durch Abschluss privatrechtlicher Verträge vergeben werden (und werden auch immer dann durch privatrechtlichen Vertrag vergeben, wenn ein Stipendium von Privaten, z.B. einer privatrechtlich organisierten Stiftung vergeben wird).² Da es sich bei der Gewährung eines Stipendiums um einen verlorenen Zuschuss handelte, bestand jedoch kein Anlass für eine privatrechtliche Ausgestaltung des Stipendiumsverhältnisses. Hier ergibt sich auch aus dem Gesamtzusammenhang letztlich unmissverständlich, dass der Regierende Bürgermeister von einer öffentlich-rechtlichen Handlungsform Gebrauch machen wollte, indem er die Worte „Ihrem Antrag gemäß bewillige ich“ verwendete und eine Rechtsbehelfsbelehrung nach § 58 VwGO beifügte. Letzteres zeigt auch, dass der Regierende Bürgermeister von einer Stipendiumsfestsetzung durch Verwaltungsakt ausgeging. Demnach beurteilt sich die Stipendiumsgewährung

¹ Maurer, § 3 Rn. 25.

² Zum Stipendienvertrag vgl. z. B. Szalai, SächsVBl 2010, 229, 231 ff.



nach öffentlichem Recht.³

Anmerkung: Siehe hierzu auch den [Ihr Kinderlein, kaufet-Fall](#). Letztlich falsch, weil irrelevant, wäre es, hier auf die verschiedenen Abgrenzungstheorien einzugehen. Die Theorien helfen (wenn auch nur bedingt) weiter, wenn man zwar weiß, welche Norm für den Streit maßgebend ist, nicht aber, ob diese dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist. Hier geht es jedoch gerade darum zu klären, nach welchen Normen der Streit zu entscheiden ist (vgl. *Maurer*, § 3 Rn. 16 f.).

Die Streitigkeit ist somit öffentlich-rechtlich. Der Verwaltungsrechtsweg wäre somit eröffnet.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers, wie es sich bei verständiger Würdigung der Rechtslage darstellt (§ 88 VwGO). *Robertsy* wendet sich mit seiner Klage gegen die Einstellung des Stipendiums durch den Bescheid vom 12. April. Die Anfechtungsklage wäre die richtige Klageart (§ 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO), wenn es sich bei diesem Schreiben um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 VwVfG handelt.⁴

Anmerkung: Zur Bestimmung der Rechtsnatur einer behördlichen Maßnahme siehe [diesen Hinweis](#).

1. Stipendiumseinstellung nur deklaratorisch?

Fraglich ist insofern nur, ob eine Regelung vorliegt. An einer Regelung fehlte es, wenn die **Einstellung nur rein deklaratorisch** erfolgt wäre. Dies wäre der Fall, wenn kein Rechtsgrund für die Stipendiumsgewährung vorläge. Dann könnte es sich bei dem Einstellungsschreiben lediglich um eine formlose Mitteilung einer bestehenden Rechtslage handeln, nicht um eine eigenständige Regelung. Da der Rechtsgrund für die Stipendiumsbeewilligung in dem Beewilligungsbescheid vom 5. Januar zu sehen ist, der seinerseits einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG darstellt, wäre hieran allenfalls zu denken, wenn die Gewährung des Stipendiums unter einer **auflösenden Bedingung** i.S.d. § 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG gestanden hätte und diese Bedingung eingetreten wäre. Denn dann wäre die Stipendiumsbeewilligung als Rechtsgrund für die Zahlungen mit Eintritt der Bedingung von selbst entfallen (vgl. § 43 Abs. 2 VwVfG).

Anmerkung: Zur Bestimmung des Regelungsinhalts eines Verwaltungsakts siehe [diesen Hinweis](#).

Als auflösende Bedingung im Stipendiumsbeewilligungsbescheid käme hier jedoch allenfalls die Klausel in Betracht, nach der die vorgesehenen Materialien von der KPM zu beziehen sind. Eine für die Annahme einer Bedingung zwingend notwendige besonders enge Verknüpfung zwischen der Klausel und der Stipendiumsvergabe⁵ lässt sich aber dem Beewilligungsbescheid nicht entnehmen: Die

³ Vgl. BVerwG NJW 1969, 809.

⁴ U. *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 35 Rn. 12 und 15.

⁵ Vgl. U. *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 36 Rn. 87.

Stipendiumsgewährung soll erkennbar nicht mit dem Materialbezug bei der KPM stehen und fallen. Vielmehr enthält der Bescheid vom 5. Januar mehrere Regelungen: Einmal die Stipendiumsvergabe, dann die Regelung hinsichtlich des Fertigstellungszeitraums und die Materialbeschaffungsklausel. Diese Regelungen bestehen unabhängig voneinander, wobei jedoch die Existenz der Hauptregelung (Stipendiumsvergabe) Voraussetzung für die beiden anderen Regelungen ist. Dies wird auch daran deutlich, dass für den Fall einer Abweichung von diesen Klauseln ein eigenständiges „Verfahren“ vorgesehen ist. *Robertsy* soll sich nämlich dann an den Kulturdezernenten *Dawo* wenden. Erst dann soll über die weitere Vorgehensweise entschieden werden. Es handelt sich bei den Klauseln somit um selbständige Regelungen, die neben die Hauptregelung treten.

Somit ist der Rechtsgrund für die Stipendiumsgewährung nicht bereits „automatisch“ entfallen, vielmehr bestand die Stipendiumsbevolligung fort.

2. Regelungsgehalt des Bescheides vom 12. April

Mit dem Bescheid vom 12. April wurde *Robertsy* mitgeteilt, dass die Auszahlung des Stipendiums ab dem 1. Mai eingestellt werde. Nach dem bloßen Wortlaut enthält dieses Schreiben demnach nur die Ankündigung einer Zahlungseinstellung. Allerdings hat der Oberbürgermeister zugunsten *Robertsy*s die Gewährung des Stipendiums durch Verwaltungsakt festgesetzt. Diese Festsetzung ist noch nicht erledigt (s.o. A. III.) und wäre wirksam und bestandskräftig, wenn sie nicht aufgehoben worden ist (§ 43 Abs. 2 VwVfG). Ohne Aufhebung des Bewilligungsbescheides wäre die Mitteilung der Stipendiumseinstellung also von vornherein wirkungslos, weil dem die bestandskräftige Bewilligung der Zahlung entgegenstünde. Gerade deshalb ist fraglich, ob der Bescheid vom 12. April als Aufhebung des Bewilligungsbescheides zu verstehen ist. Ausdrücklich ist dies dem Text des Bescheides nicht zu entnehmen.

Die Aufhebung ergibt sich jedoch konkludent aus dem Einstellungsbescheid. Ohne Aufhebung der Bewilligung würde sich der Regierende Bürgermeister mit seiner Einstellung widersprüchlich verhalten. Dies konnte *Robertsy* nicht annehmen, vielmehr musste er bei verständiger Würdigung der Sachlage davon ausgehen, dass die Stipendiumsbevolligung nicht mehr gelten sollte. Unklarheiten bestanden in dieser Hinsicht nicht. Generell kann in Fällen, in denen der ursprüngliche Verwaltungsakt durch einen anderen, diesem widersprechenden Verwaltungsakt ersetzt wird, hierin die konkludente Rücknahme des ursprünglichen Verwaltungsakts gesehen werden, solange der Wille, den ersten Verwaltungsakt aufzuheben, zumindest erkennbar wird.⁶

3. Ergebnis zu II.

Dementsprechend enthält die Einstellung der Stipendienauszahlung durch das Schreiben vom 12. April eine eigenständige Regelung, ist also ein Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG. Somit ist die Anfechtungsklage im Klageverfahren die statthafte Klageart.

III. Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO)

Robertsy müsste nach § 42 Abs. 2 VwGO durch die Stipendiumseinstellung in seinen Rechten verletzt sein können. Durch die Einstellung des Stipendiums könnte

⁶ vgl. BVerwG, 6 C 3/11 v. 9.5.2012, Abs. 39 f. = BVerwGE 143, 87 Abs. 39 f.; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 48 Rn. 244.

Robertsy hier in seinem ihm durch die Stipendiumsbevolligung gewährten Recht auf Stipendiumsauszahlung verletzt sein. *Robertsy* ist somit klagebefugt.

Anmerkung: Die Adressatentheorie ist hier wohl nicht einschlägig, da es weniger um die Abwehr von Grundrechtsbeeinträchtigungen geht als um die Frage, ob *Robertsy* auch weiterhin einen Anspruch auf staatliche Leistungen hat. Siehe hierzu [diesen Hinweis](#).

IV. Vorverfahren

Die Durchführung eines Vorverfahrens war hier nach § 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO entbehrlich, da der Regierende Bürgermeister von Berlin auch eine oberste Landesbehörde ist. Eine nach § 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO zulässige Ausnahmeregelung lässt sich den §§ 26, 27 AZG nicht entnehmen.

V. Passive Prozessführungsbefugnis

Richtiger Beklagter wäre nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO das Land Berlin.

VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Robertsy ist nach § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligtenfähig und nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Das Land Berlin ist nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligtenfähig und handelt im Prozess nach § 62 Abs. 3 VwGO durch seine gesetzlichen Vertreter.

VII. Ergebnis zu A.

Da ersichtlich auch die Klagefrist nach § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO gewahrt wurde, ist die Klage *Robertsy*s zulässig.

B. Begründetheit

Die Klage *Robertsy*s ist nach § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO begründet, soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig ist und *Robertsy* dadurch in seinen Rechten verletzt. Da *Robertsy* hier einen sich aus der Stipendiumsbevolligung ergebenden Anspruch auf Gewährung des Stipendiums hat, seine Rechte sich also aus der Stipendiumsbevolligung ergeben, ist er in seinen Rechten bereits verletzt, wenn die Einstellung des Stipendiums rechtswidrig ist.

Anmerkung: Zur Prüfung der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts siehe [diesen Hinweis](#).

Wie bereits festgestellt, kann die Einstellung nur als Aufhebung des Bescheides vom 5. Januar nach den §§ 48 ff. VwVfG i.V.m. § 1 VwVfG Bln⁷ zu verstehen sein. Diese erfolgte mit Wirkung für die Zukunft, da die bereits ausgezahlten Beträge nicht zurückgefordert wurden.

Als Ermächtigungsgrundlage für diesen Aufhebungsbescheid kommen dementsprechend § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG oder § 49 Abs. 2 bzw. 3 VwVfG in Betracht. Der Aufhebungsbescheid ist rechtmäßig, wenn er formell und materiell rechtmäßig ist.

⁷ Auf den Verweis in das Berliner Landesrecht bzgl. des VwVfG wird nachfolgend verzichtet.

I. Formelle Rechtmäßigkeit des Bescheides vom 12. April, insbesondere Anhörung

Der Bescheid vom 12. April ist formell rechtmäßig, wenn der Regierende Bürgermeister für dessen Erlass zuständig war und die einschlägigen Verfahrensvorschriften eingehalten hat. Laut Sachverhalt war der Regierende Bürgermeister zuständig.

1. Durchführung einer Anhörung

Fraglich ist bezüglich des Verwaltungsverfahrens nur, ob *Robertsky* vor Erlass des Bescheides wirksam nach § 28 VwVfG angehört worden ist. Eine solche Anhörung war nach § 28 Abs. 1 VwVfG geboten, da der Aufhebungsbescheid den *Robertsky* begünstigenden Bewilligungsbescheid mit Wirkung für die Zukunft aufhebt und somit in *Robertskys* Rechte aus dem Bewilligungsbescheid eingreift. Eine Ausnahme vom Anhörungserfordernis nach § 28 Abs. 2 VwVfG ist hier nicht gegeben.

Jedoch hat eine Anhörung vor Erlass des Bescheides nicht stattgefunden: *Robertsky* ist vor Erlass des Bescheides keine Gelegenheit gegeben worden, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern. Zwar hatte er Gelegenheit, sich anlässlich des offiziellen Besuchs des Kulturdezernenten in seiner Werkstatt zu der Frage zu äußern, inwieweit er die Produkte der KPM für sein Kunstwerk verwenden kann und will. Diese Frage war auch für die Entscheidung über die Einstellung erheblich. Jedoch ist *Robertsky* vom Kulturdezernenten nicht auf die möglichen Konsequenzen hinsichtlich der Nichtverwendung der Materialien hingewiesen worden. Die Anhörung kann aber nur ihren Sinn erfüllen, wenn die Behörde den beabsichtigten Verwaltungsakt nach Art und Inhalt so konkret umschreibt, dass für den Beteiligten hinreichend klar und erkennbar ist, weshalb und wozu er sich äußern soll und mit welcher eingreifenden Entscheidung er zu welchem Zeitpunkt zu rechnen hat. Andernfalls hat der Betroffene letztlich keine Möglichkeit, durch eine Darstellung seiner Sicht der Dinge Einfluss auf das Verfahren zu nehmen. Gerade dies ist aber Sinn und Zweck der Anhörung.⁸ Die erfolgte Anhörung war somit nicht ordnungsgemäß mit der Folge, dass sie als nicht erfolgt anzusehen ist.⁹

2. Heilung der fehlenden Anhörung

Dieser Verfahrensfehler könnte aber nach § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG unbeachtlich sein. Dann müsste die erforderliche Anhörung des *Robertsky* vor Abschluss des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (§ 45 Abs. 2 VwVfG) nachgeholt worden sein. Eine Heilung kann nur bewirkt werden, wenn der Sinn der Anhörung, die Einflussnahme auf die Entscheidung durch die Stellungnahme des Beteiligten, noch erreicht werden kann.¹⁰ Ob dieser Sinn in einem gerichtlichen Verfahren noch erfüllt werden kann ist umstritten.

Die erforderliche Anhörung *Robertskys* könnte schon mit dem Einlegen der Klage beim VG Berlin und der Klageerwiderung durch *Bussi* nachgeholt worden sein, weil der Betroffene auch im gerichtlichen Verfahren gehört wird.¹¹ Dagegen spricht aber, dass zwischen dem rechtlichen Gehör vor Gericht und bei den Verwaltungsbehörden unterschieden werden muss. Die Nachholung der Anhörung muss also grundsätzlich im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens vorgenommen werden, d.h. nicht „durch“

⁸ *Bonk/Kallerhoff*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 28 Rn. 34.

⁹ *Bonk/Kallerhoff*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 28 Rn. 68, 71.

¹⁰ *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 45 Rn. 85.

¹¹ OVG Berlin NVwZ 1993, 198.

das Gericht sondern allenfalls „vor“ dem Gericht erfolgen.¹²

Teilweise wird die Möglichkeit der Heilung durch nachträgliche Anhörung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren gänzlich angezweifelt, weil die Behörde im Prozess keine unparteiische Rolle mehr einnimmt.¹³ Diese Auffassung ist aber mit § 45 Abs. 2 VwVfG nicht gut vereinbar, der insoweit von der Möglichkeit einer Heilung im Rahmen eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens ausgeht.

Damit dem o.g. Sinn der Anhörung noch Rechnung getragen werden kann, und daher eine Anhörung „vor“ dem und nicht „durch“ das Verwaltungsgericht erfolgt, ist erforderlich, dass die Behörde das Vorbringen des Beteiligten in ihrer gerichtlichen Stellungnahme zur Kenntnis nimmt und würdigt. Die Stellungnahme muss demnach wie eine „anlässlich“ der Klageerwidrerung ergangene Entscheidung das Vorbringen des Beteiligten in einer Abwägung würdigen.¹⁴

Eine solche Würdigung durch den Regierenden Bürgermeister liegt hier vor. Sämtliche Bedenken des *Robertsky* wurden in der Abwägungsentscheidung beachtet.

Anmerkung: A. A. vertretbar. Zur Verfassungsmäßigkeit des § 45 VwVfG, insbesondere der erweiterten Heilungsmöglichkeiten nach § 45 Abs. 2 VwVfG, vgl. *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 45 Rn. 13 ff. In einer Verwaltungsrechtsklausur muss diese Frage nicht näher angesprochen werden, solange der Sachverhalt insoweit nicht eindeutige Hinweise gibt. Zur Heilung des Anhörungserfordernis *Schoch*, JURA 2007, 28 ff.

Zur Möglichkeit der Heilung eines Verfahrensfehlers wenn Ausgangs- und Widerspruchsbehörde nicht identisch sind vgl. die [Saarheimer Lösung](#).

3. Ergebnis zu 2.

Dementsprechend wurde der Verfahrensfehler nach § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG geheilt, so dass der Bescheid als formell rechtmäßig zu behandeln ist.

III. Materiellrechtliche Vereinbarkeit des Bescheides vom 12. April mit § 48 VwVfG

Der Aufhebungsbescheid müsste auch materiell rechtmäßig sein. Dies wäre der Fall, wenn die Voraussetzungen für eine Aufhebung nach § 48 VwVfG, also für die Rücknahme der Stipendiumsbevolligung, vorlagen. Nach dieser Vorschrift kann ein rechtswidriger Verwaltungsakt (auch nur) mit Wirkung für die Zukunft zurückgenommen werden.

Anmerkung: Nach der Systematik des § 48 VwVfG ist eigentliche Ermächtigungsgrundlage für die Rücknahme eines Verwaltungsaktes immer § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG. § 48 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Abs. 2 bis 4 VwVfG schränkt diese Ermächtigung nur für den Fall des begünstigenden Verwaltungsaktes ein.

Anmerkung: Eine Prüfung dieser Vorschrift kann jedenfalls in einer Hausarbeit nicht mit dem Hinweis unterbleiben, dass nach h.M. rechtswidrige Verwaltungsakte erst

¹² BVerwG 68, 267, 274f.; Maurer, § 10 Rn. 39.

¹³ Vgl. VG Berlin NJW 2002, 1063, 1064; *Schoch*, JURA 2007, 28, 31; *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 45 Rn. 85.

¹⁴ Vgl. OVG Lüneburg NVwZ-RR 2002, 822; BayVGH BayVBl. 2004, 149, 150.



recht auch nach § 49 VwVfG aufgehoben werden können (vgl. *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 49 Rn. 6; anders *Ehlers*, *GewArch* 1999, 305 ff., 312). Da hier ein Widerruf nach § 49 VwVfG im Ergebnis nicht in Betracht kommt, muss auf jeden Fall als sonstige Aufhebungsmöglichkeit § 48 VwVfG geprüft werden. Generell verlangt ein Gutachten, dass sämtliche in Betracht kommenden Ermächtigungsgrundlagen durchgeprüft werden (im Zivilrecht werden ja auch alle in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen geprüft). Im Hinblick auf das genannte Erst-Recht-Argument erscheint es andererseits nicht als geschickt, die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes als Voraussetzung des Widerrufs nach § 49 VwVfG zu prüfen, auf § 48 VwVfG - wenn man die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes bejaht - also gar nicht einzugehen. Aufgrund dieses Erst-Recht-Schlusses ist die Rechtmäßigkeit des aufzuhebenden Verwaltungsaktes nämlich gar kein echtes Tatbestandsmerkmal des Widerrufs mehr.

1. Rechtswidrigkeit der Stipendiumsgewährung

Fraglich ist also zunächst, ob der Bewilligungsbescheid rechtswidrig ist. Hier kommt eine Rechtswidrigkeit wegen Fehlens einer gesetzlichen oder satzungsrechtlichen Subventionsermächtigung, wegen rechtswidriger Beifügung der Materialbeschaffungsklausel oder wegen Verstoßes gegen Art. 108 Abs. 3 AEUV in Betracht.

a) Rechtswidrigkeit wegen Fehlens einer gesetzlichen oder satzungsrechtlichen Subventionsermächtigung

Die Rechtswidrigkeit könnte sich hier aus dem Fehlen einer gesetzlichen Subventionsermächtigung ergeben. Dann müsste der Vorbehalt des Gesetzes des Art. 20 Abs. 3 GG nicht nur für die Eingriffs-, sondern auch für die Leistungs- oder jedenfalls die Subventionsverwaltung gelten.

Anmerkung: Siehe hierzu auch den [Ihr Kinderlein, kaufet-Fall](#), den [Märchenstunde-Fall](#) und den [Mittelstandsförderung-Fall](#).

Als gesetzliche Grundlage käme hier nur das Haushaltsgesetz (Art. 85 Abs. 1 S. 1 VvB) in Betracht, in dem die Mittel für die Kunstförderung bereitgestellt werden. Fraglich ist, ob die Ausweisung der Mittel im Haushaltsgesetz, dem nach § 3 Abs. 2 LHO keine unmittelbare Außenwirkung zukommt, und die Verteilung nach Verwaltungsvorschriften („Förderungsgrundsätzen der Kulturverwaltung des Berliner Senats für die Projekt- und Stipendienförderung“) den Anforderungen des Vorbehalts des Gesetzes genügen.

Hinsichtlich der Gewährung von Leistungen durch den Bund oder die Länder ist höchst umstritten, ob der in Art. 20 Abs. 3 GG vorausgesetzte Vorbehalt des formellen (und materiellen) Gesetzes auch im Bereich der Leistungsverwaltung gilt.¹⁵ Aus Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip folgt, dass der Gesetzgeber zumindest alle wesentlichen Fragen, die den Bürger und das Gemeinwesen betreffen, selbst regeln muss und sie nicht in das Ermessen der Verwaltung stellen darf. Als wesentlich im Sinne dieser Theorie gelten vor allem auch solche Entscheidungen, die wesentlich

¹⁵ vgl. hierzu Bungenberg/Motzkus, *WiVerw* 2013, 73, 82 ff.; Ehlers, *DVBl.* 2014, 1, 3 f.; Maurer, § 6 Rn. 19 ff.

für die Verwirklichung von Grundrechten sind. Dies ist dann der Fall, wenn die Entscheidungen Maßnahmen betreffen, von denen eine erhebliche Gefahr für grundrechtlich gesicherte Freiheiten ausgeht.¹⁶ Staatliche Kunstförderung könnte in Hinblick auf Art. 5 Abs. 3 GG eine derartige erhebliche Gefahrenintensität aufweisen. Es besteht die Gefahr, dass durch selektive Kunstförderung letztlich eine „weiche Zensur“ eingeführt wird, indem der Staat nur ihm genehme Kunstrichtungen fördert.¹⁷ Dies würde der in Art. 5 Abs. 3 GG enthaltenen objektiven Wertentscheidung widersprechen, dass Kunst gerade frei von staatlichen Einflüssen sein soll. Fördert der Staat also die Kunst, so ist er zu einer strikten Neutralität verpflichtet. Dies schließt eine selektive Förderung der Kunst nicht aus - eine generelle Verteilung nach dem „Gießkannenprinzip“ würde bei den begrenzten Haushaltsmitteln jede Kunstförderung sinnlos machen. Kriterien der Verteilung dürfen aber nicht die Inhalte und die Tendenzen einer bestimmten Kunstrichtung sein, sondern lediglich wirtschaftliche Kriterien, aber auch die eines gewissen qualitativen Standards der zu fördernden künstlerischen Darbietungen. Da die einzelne Vergabeentscheidung unter Berücksichtigung dieser Gebote durchaus schwierig zu treffen sein kann, könnte Art. 5 Abs. 3 GG verlangen, dass der unmittelbar demokratisch legitimierte Gesetzgeber im Fall von Bundes- und Landesmaßnahmen bzw. der unmittelbar demokratisch legitimierte Stadtrat im Fall von Gemeindemaßnahmen hinsichtlich der Mittelvergabe durch die Exekutive zumindest organisations- und verfahrensrechtliche Regelungen trifft, die den Entscheidungsspielraum der entscheidenden Stelle eingrenzen und die Sachgerechtigkeit der Förderung schützen.¹⁸

Gegen diese Argumente sprechen aber jedenfalls bei kommunaler Kunstförderung Praktikabilitäts Gesichtspunkte: Hier handelt es sich oft nur um einmalige Aktionen, schon wegen der begrenzten Mittel der Kommunen. Es wäre letztlich unverhältnismäßig, vom Land Berlin etwa zu verlangen, dass es für die Vergabe von einigen Stipendien im Rahmen einer Imagekampagne ein Vergabegesetz erarbeitet. Bezüglich des Demokratieprinzips ist außerdem zu beachten, dass dem Haushaltsgesetz zwar keine direkte Wirkung im Außenverhältnis zukommt (vgl. § 3 Abs. 2 LHO). Die etatmäßige Bereitstellung der zur Subvention erforderlichen Mittel enthält aber eine parlamentarische Willensäußerung und damit eine hinreichende Legitimation verwaltungsmäßigen Handelns.¹⁹

Im Übrigen genügt diese Vergabepaxis auch dem Rechtsstaatsprinzip: Dieses erfordert, dass das Handeln der Exekutive immer einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle unterliegen muss. Ein effektiver Rechtsschutz muss nach Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet sein. Aus den sehr allgemein gehaltenen Zweckangaben im Haushaltsgesetz ist zwar nicht abzulesen, wem ein Stipendium zustehen könnte und wem nicht. Anhand dieser Angaben allein ist eine verwaltungsgerichtliche Kontrolle also nicht möglich. Der Regierende Bürgermeister durfte demnach auch nicht „einfach so“ kraft haushaltsgesetzlicher Ermächtigung die Mittel verteilen. Die leistungsbegründenden Tatbestände müssen vielmehr - wie hier geschehen - durch Verwaltungsvorschriften präzisiert werden. Diese Verwaltungsvorschriften können

¹⁶ [BVerfGE 80, 124, 132.](#)

¹⁷ ausführlich hierzu Lenski, in: Franzius u. a. [Hrsg], Beharren - Bewegen - Festschrift für Michael Klöpfer, 2013, S. 104, 112 ff., 115 ff.

¹⁸ Vgl. zum Ganzen *Gersdorf*, JuS 1994, 955, 959 f.

¹⁹ Vgl. für Subventionen durch Bund oder Land: BVerwGE 6, 282, 287; 18, 352, 353; 58, 45, 49; BVerwG NJW 1977, 1838; 1979, 2059 f.

zwar gegenüber dem Bürger keine Rechte und Pflichten der Verwaltung begründen. Sie bewirken aber, dass sich die Verwaltung durch die auf sie gestützte Vergabep Praxis selbst bindet. Das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG verbietet der Behörde dann, von dieser Praxis willkürlich abzuweichen. Liegen solche Vorschriften vor, kann das Verwaltungsgericht kontrollieren, ob in einem bestimmten Fall von diesen Richtlinien abgewichen worden ist und ob jemand aufgrund Art. 3 Abs. 1 GG einen Rechtsanspruch auf ein Stipendium hat. Es kann weiter prüfen, ob diese Vergabep Praxis die haushaltsrechtliche Zweckbestimmung beachtet.²⁰ Eine wirksame gerichtliche Kontrolle ist somit gewährleistet und dem Rechtsstaatsprinzip Genüge getan. Daher war auch ein materielles Gesetz für die Stipendiumsvergabe nicht erforderlich.²¹

Anmerkung: A. A. vertretbar. Für die Promotionsförderung existiert in Berlin beispielsweise das [Gesetz zur Förderung des wissenschaftlichen und künstlerischen Nachwuchses \(NaFöG\)](#).

Der Bewilligungsbescheid vom 5. Januar ist damit nicht schon mangels Ermächtigungsgrundlage rechtswidrig.

b) Rechtswidrigkeit der Stipendiumsgewährung wegen Beifügens der Materialbeschaffungsklausel

Der Bescheid vom 5. Januar könnte aber rechtswidrig sein, wenn die Materialbeschaffungsklausel rechtswidrig wäre und dies den Bewilligungsbescheid im Ganzen rechtswidrig macht.

Anmerkung: Die Frage des Verhältnisses zwischen Nebenbestimmungen und Hauptverwaltungsakt ist insgesamt wenig geklärt, so dass vertiefte Kenntnisse in diesen Zusammenhang kaum erwartet werden können.

aa) Möglichkeit der „Infizierung“ der gesamten Stipendiumsgewährung wegen der Rechtswidrigkeit einer Nebenbestimmung?

Insoweit ist maßgeblich, dass sowohl das „Ob“ als auch das „Wie“ der Subventionsgewährung im Ermessen der Behörde steht, so dass die Behörde den Bescheid nach § 36 Abs. 2 VwVfG im Rahmen des § 40 VwVfG auch mit Nebenbestimmungen versehen durfte. Dabei geht das Gesetz von einer einheitlichen Ermessensentscheidung hinsichtlich der Gesamtregelung aus (Haupt-Verwaltungsakt mit Nebenbestimmungen), die deshalb auch nur einheitlich als rechtswidrig oder rechtmäßig qualifiziert werden kann. Ist somit bei einem Verwaltungsakt, dessen Erlass im Ermessen der Behörde steht, (nur) eine Nebenbestimmung rechtswidrig, „infiziert“ dies die Gesamtregelung (Haupt-Verwaltungsakt ggf. mit weiteren Nebenbestimmungen), weil die Beifügung der rechtswidrigen Nebenbestimmung Ausdruck einer insgesamt fehlerhaften Ausübung der einheitlichen Ermessensentscheidung ist.²²

²⁰ BVerwGE 6, 282, 287.

²¹ Vgl. hierzu auch BVerwG DVBl. 1963, 859; BVerwGE 104, 220, 223; U. Stelkens, VVDStRL 71 (2012), 369, 380 f.

²² U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 36 Rn. 23.

bb) Rechtswidrigkeit der Nebenbestimmung

Fraglich ist daher, ob der Stipendiumsgewährung eine rechtswidrige Nebenbestimmung beigefügt wurde. Bei der Materialbeschaffungsklausel könnte es sich um eine Auflage i.S.d. § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG handeln, die ein selbständiger, wenn auch zu der Hauptregelung akzessorischer Verwaltungsakt wäre²³ und deshalb etwa auch auf Grundlage des VwVG Bln vollstreckt werden kann (§ 1 Abs. 1 VwVfG Bln i.V.m. § 9 VwVG²⁴). Eine Auflage ist eine Nebenbestimmung, durch die dem Begünstigten ein Tun, Dulden oder Unterlassen vorgeschrieben wird (§ 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG). Eine solche Nebenbestimmung ist in der Materialbezugs Klausel zu sehen: *Robertsky* wird eindeutig aufgegeben, dass er neuwertige Materialien für die Erstellung seines Konzepts bei der KPM zu beziehen hat.

Da es sich bei der Gewährung der Stipendien um Entscheidungen nach pflichtgemäßen Ermessen handelte, könnte die Beifügung einer Auflage grundsätzlich zulässig sein. Dann dürfte - wie der Wortlaut des § 36 Abs. 2 VwVfG nahelegt - die Befugnis, einen Verwaltungsakt, dessen Erlass im Ermessen der Behörde steht, mit einer Nebenbestimmung zu versehen, nicht davon abhängig sein, dass dies durch ein anderes Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist. Ob es aber auch in diesem Fall einer Ermächtigungsnorm für Nebenbestimmungen bedarf, § 36 Abs. 2 VwVfG also nur deklaratorischen Charakter hat,²⁵ bedarf keiner Entscheidung, wenn die Auflage schon aus anderen Gründen rechtswidrig ist. Sie könnte dem Zweck der Stipendiengewährung zuwiderlaufen und deshalb gegen § 36 Abs. 3 VwVfG verstoßen. Dies wäre schon dann der Fall, wenn sie weder geeignet noch tauglich zur Sicherung des Stipendienzwecks ist, weil auch in diesen Fällen der erstrebte Zweck vereitelt oder eingeschränkt werden kann.²⁶ Hier war der Stipendienzweck vom Abgeordnetenhaus eindeutig ausschließlich auf Kunst- und Künstlerförderung gerichtet. Zwar war als Fernziel auch eine allgemeine Verbesserung des Wirtschaftsstandorts angestrebt worden, dies sollte aber nicht unmittelbar mit den Stipendien selbst erreicht werden, sondern durch die hiermit hervorgerufene allgemeine „Kulturniveauerhöhung“. Eine enge Bindung der Künstler an die Materialien, die mehr oder weniger zufällig in der Region hergestellt werden, behindert diesen Zweck eher, als dass sie ihn fördert.²⁷ Die Auflage verstößt also gegen § 36 Abs. 3 VwVfG und ist somit rechtswidrig.

cc) Ergebnis zu b)

Der Zuwendungsbescheid war daher wegen Beifügung einer rechtswidrigen Nebenbestimmung insgesamt rechtswidrig.

c) Vereinbarkeit der Stipendiumsgewährung mit Art. 108 Abs. 3 AEUV

Die Stipendiumsgewährung könnte zudem gegen Art. 108 Abs. 3 AEUV i.V.m. [Art. 2 ff. der Verordnung \(EG\) Nr. 659/1999 über besondere Vorschriften zur Anwendung von Art. 93 des EG-Vertrages](#) verstoßen haben, nach dem die Mitgliedstaaten die beabsichtigte Einführung einer Beihilfe i.S.d. Art. 107 AEUV nur durchführen dürfen, wenn die Kommission insoweit deren Vereinbarkeit mit dem gemeinsamen Markt

²³ *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 36 Rn. 83.

²⁴ Auf den Verweis in das Berliner Landesrecht bzgl. des VwVG wird nachfolgend verzichtet.

²⁵ Vgl. hierzu *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 36 Rn. 137 f. m.w.N.

²⁶ Vgl. hierzu *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 36 Rn. 144 ff.

²⁷ *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 36 Rn. 145.

festgestellt hat, was wiederum voraussetzt, dass die Kommission von der Einführung dieser Beihilfe zuvor unterrichtet worden ist. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH führt die Unterlassung einer solchen Unterrichtung zur Rechtswidrigkeit der Beihilfegewährung, was die Mitgliedstaaten (bzw. die beihilfegewährende Stelle) verpflichtet, die Beihilfe von dem begünstigten Unternehmen zurück zu gewähren.²⁸ Hier lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen, dass das Land Berlin die Kommission über die Gewährung der Stipendien unterrichtet hat. Voraussetzung der sog. Notifizierungspflicht ist jedoch, dass es sich bei der Zuwendung überhaupt um eine Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV handelte, also um eine aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe gleich welcher Art, die durch Begünstigung bestimmter Unternehmen den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und deshalb den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt.

Gestützt auf Art. 109 AEUV i.V.m. [Art. 2 Abs. 1 der Verordnung \(EG\) Nr. 994/98 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen](#) hat die Kommission zur Klarstellung des Beihilfebegriffs die [Verordnung \(EU\) Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18. Dezember 2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen](#) erlassen. **Soweit die dort genannten Voraussetzungen einer De-minimis-Beihilfe erfüllt sind, gilt die Zuwendung als eine Maßnahme, die nicht alle Tatbestandsmerkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt und deshalb der Anmeldepflicht nach Art. 108 Abs. 3 AEUV nicht unterliegt (Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 994/98).**

Solche De-minimis-Beihilfen liegen nach [Art. 3 Abs. 2 der Verordnung \(EU\) Nr. 1407/2013](#) vor, wenn die Gesamtsumme der einem Unternehmen gewährten De-minimis-Beihilfen innerhalb von drei Steuerjahren 200.000,00 Euro nicht übersteigen. Hier lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen, dass *Escher* weitere Beihilfen i.S.d. [Verordnung \(EU\) Nr. 1407/2013](#) erhält und das ihm gewährte Stipendium liegt deutlich unter dem Schwellenwert des [Art. 3 Abs. 2 der Verordnung \(EU\) Nr. 1407/2013](#).

Somit unterfiel die Stipendiumsgewährung nicht der Notifizierungspflicht nach Art. 108 Abs. 3 AEUV, so dass der Bewilligungsbescheid auch insoweit nicht rechtswidrig ist, zumal auch den Pflichten nach [Art. 6 der Verordnung \(EU\) Nr. 1407/2013](#) Rechnung getragen wurde.

d) Ergebnis zu 1.

Der Zuwendungsbescheid ist daher nur wegen der Beifügung einer rechtswidrigen Nebenbestimmung insgesamt rechtswidrig.

2. Besondere Voraussetzungen für die Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte

Da die Stipendiumsbewilligung eine Begünstigung in Form einer laufenden Geldleistungsgewährung darstellt, wäre jedoch nach § 48 Abs. 1 S. 2 VwVfG seine Rücknahme nur nach Maßgabe des § 48 Abs. 2 S. 1 VwVfG möglich. Dementsprechend ist eine Rücknahme des Bewilligungsbescheides ausgeschlossen,

²⁸ vgl. Bungenberg/Motzkus, WiVerw 2013, 73, 103 ff.; Cremer, in: Callies/Ruffert, Art. 108 AEUV Rn. 13 ff.; Ehlers, DVBl. 2014, 1, 8.

soweit *Robertsy* auf dessen Bestand vertraut hat und sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme schutzwürdig ist. Fraglich ist daher zunächst, ob *Robertsy* auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat. Dem Sachverhalt lässt sich dies nicht ohne weiteres entnehmen, doch ist auch kein Grund ersichtlich, warum *Robertsy* nicht auf den Bestand des Bescheides vertraut haben sollte; denn von der Rechtswidrigkeit der Nebenbestimmung auf die Rechtswidrigkeit des Zuwendungsbescheides zu schließen, liegt nicht unbedingt auf der Hand. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte kann daher davon ausgegangen werden, dass ein Vertrauen bestand.²⁹ Dieses Vertrauen erscheint auch nach dem Regelbeispiel des § 48 Abs. 2 S. 2 VwVfG als schutzwürdig, da sich *Robertsy* in Vertrauen auf den Bestand der Stipendiumsgewährung eingerichtet hat.

3. Vorliegen einer ermessensgerechten Rücknahmeentscheidung

Selbst wenn man das Vertrauen *Robertsy*s (jedenfalls im Hinblick auf die zukünftige Stipendiumsgewährung) für nicht schutzwürdig hält,³⁰ ist jedenfalls keine am Zweck des Rücknahmeermessens des § 48 Abs. 2 S. 1 VwVfG orientierte Entscheidung getroffen worden (vgl. § 40 Alt. 1 VwVfG): Die Behörde hat sich nicht mit der Rechtswidrigkeit der Stipendiumsgewährung und mit der bei der Entscheidung nach § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG zu treffenden Abwägung zwischen den Geboten gesetzmäßiger Verwaltung und Vertrauensschutz auseinandergesetzt,³¹ sondern hat allein auf die Nichtbeachtung der Materialbeschaffungsklausel abgestellt, die eine Rücknahme des Zuwendungsbescheides wegen Rechtswidrigkeit dieser Nebenbestimmung als keinesfalls ermessensgerecht erscheinen lässt.

4. Ergebnis zu III.

Da die Behörde hinsichtlich der allein in Betracht kommenden Rücknahme der Stipendiumsgewährung wegen Rechtswidrigkeit der ihr beigefügten Nebenbestimmung jedenfalls kein Ermessen ausgeübt hat, kommt § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG als Rechtsgrundlage des Aufhebungsbescheides hier nicht in Betracht. Das Land Berlin war somit nicht nach § 48 Abs. 1 VwVfG ermächtigt, den Bescheid vom 5. Januar aufzuheben.

IV. Materiellrechtliche Vereinbarkeit des Bescheides vom 12. April mit § 49 VwVfG

Der Regierende Bürgermeister könnte jedoch zum Widerruf des Bewilligungsbescheides vom 5. Januar nach § 49 VwVfG ermächtigt gewesen sein.

1. Anwendbarkeit des § 49 Abs. VwVfG

Jedoch ist fraglich, ob diese Vorschrift überhaupt Anwendung finden kann, da es sich bei dem Bescheid vom 5. Januar - wie oben (B. III. 1. b) bb)) festgestellt - um einen rechtswidrigen Verwaltungsakt handelt, § 49 Abs. 3 VwVfG aber nur den Widerruf rechtmäßiger Verwaltungsakte ausdrücklich zulässt. Allerdings ist weitgehend anerkannt, dass rechtswidrige Verwaltungsakte erst recht auch nach § 49 Abs. 3 VwVfG mit Wirkung für die Vergangenheit widerrufen werden können, da dort, wo der rechtmäßige Verwaltungsakt widerrufen werden kann, der rechtswidrige keinen

²⁹ Vgl. BVerwGE 83, 195, 198.

³⁰ Vgl. *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 36 Rn. 23.

³¹ *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 48 Rn. 28.

Schutz vor Aufhebung verdient.³² Dies führt dazu, dass die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes letztlich kein eigenständiges Tatbestandsmerkmal des § 49 VwVfG mehr ist.

2. Widerrufsgrund des § 49 Abs. 3 Nr. 1 VwVfG

Da es sich bei der Stipendiumsgewährung um einen Verwaltungsakt handelt, der eine laufende Geldleistung zur Erfüllung eines bestimmten Zweckes (zumindest zur Erstellung des "Sanitäters") gewährt, kommt hier zunächst ein Widerruf (auch mit Wirkung ex nunc) nach § 49 Abs. 3 Nr. 1 VwVfG in Betracht. Dann müsste *Robertsky* die erhaltene Leistung nicht, nicht alsbald nach der Erbringung oder nicht mehr für den im Bewilligungsbescheid vom 5. Januar bestimmten Zweck verwenden.

Hier lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen, für welche Zwecke *Robertsky* die Stipendiumsmittel verbraucht hat bzw. verbrauchen will. Aus seinem Schreiben vom 30. März ergibt sich jedoch, dass er die Mittel jedenfalls nicht mehr zum Ankauf der von ihm benötigten Materialien bei der KPM verwenden will. Dies könnte zum Widerruf berechtigen, wenn der Ankauf der benötigten Materialien bei dieser Firma Teil der Zweckbindung der ihm gewährten Mittel ist. Dies wird man jedoch nicht annehmen können: Das Stipendium wird nicht allein zum Ankauf von Materialien gewährt, sondern soll dem Künstler die Herstellung des bezuschussten Kunstwerks schlechthin ermöglichen. Ob und welche Materialien *Robertsky* bezieht, ist ihm zunächst freigestellt. Nur dann, wenn er neuwertige Waschbecken u.ä. benötigt, soll er sie bei der KPM beziehen. Somit bildet die Materialbezugs Klausel keinen Teil der Zweckbindung, so dass ein Widerruf nach § 49 Abs. 3 Nr. 1 VwVfG ausgeschlossen ist.

3. Widerrufsgrund des § 49 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG

Es könnte jedoch ein Widerruf nach § 49 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG zulässig gewesen sein. Insoweit handelt es sich bei der Materialbeschaffungsklausel wie bereits festgestellt (s. o. B. III. 1 b) bb)) um eine Auflage i.S.d. § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG. Aus dem Schreiben *Robertskeys* vom 30. März folgt auch, dass er nicht bereit ist, für den „Sanitäter“ weiterhin Waschbecken und Badewannen der KPM zu verwenden. *Robertsky* beabsichtigt vielmehr, seine Vorstellungen mit neuwertigen Werkstücken anderer Firmen zu verwirklichen. Sein Schreiben kann daher als Weigerung gewürdigt werden, der Auflage nachzukommen. Diese Weigerung hat er später auch gegenüber *Dawo* ungeachtet der nachgewiesenen Geeignetheit der Materialien aufrechterhalten. *Robertsky* hat somit die Auflage nicht erfüllt.

Unstreitig berechtigt nur eine wirksame Auflage zum Widerruf.³³ Hier ist die Auflage als Verwaltungsakt *Robertsky* gegenüber gemäß § 43 Abs. 1 S. 1 VwVfG wirksam geworden, da sie ihm zusammen mit dem eigentlichen Stipendiumsbescheid bekanntgegeben wurde (§ 41 VwVfG). Anhaltspunkte für eine Nichtigkeit der Auflage gemäß § 44 VwVfG sind nicht erkennbar. Jedoch ist fraglich, ob über den Wortlaut des § 49 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG hinaus die Auflage auch rechtmäßig sein muss. Dies wird teilweise unter Berufung darauf angenommen, dass die Behörde ihre Befugnisse zum Widerruf eines Verwaltungsaktes nicht dadurch erweitern können soll, dass sie diesem eine rechtswidrige Auflage beifügt.³⁴ Dennoch kann es hierauf

³² BVerwG NVwZ 1987, 498; *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 49 Rn. 6; anders *Ehlers*, GewArch 1999, 305, 312.

³³ *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 49 Rn. 48.

³⁴ So etwa *Ruffert*, in: Erichsen/Ehlers, § 18 Rn. 8.

in Bezug auf das Vorliegen des Widerrufsstatbestandes nach § 49 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG nicht ankommen, da die Auflage wegen Ablaufs der Widerspruchsfrist mittlerweile formell bestandskräftig geworden ist: Wie bei jedem Verwaltungsakt hindert auch bei einer Auflage der Ablauf der Rechtsbehelfsfrist - letztlich aus Gründen der Rechtssicherheit - die Überprüfung seiner Rechtmäßigkeit.³⁵ Dass dies auch im Rahmen des § 49 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG gelten muss, zeigt sich daran, dass es in den Fällen, in denen der Einsatz von Nebenbestimmungen notwendig wird, regelmäßig um die Bewältigung komplexer Sachverhalte geht, bezüglich derer die Rechtmäßigkeit bzw. die Rechtswidrigkeit der getroffenen Entscheidung durchgehend nicht auf der Hand liegt. Gerade hier ist ein Bedürfnis nach Rechtssicherheit besonders offensichtlich. Hier war der Zuwendungsbescheid mit einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung versehen, so dass er einen Monat nach Bekanntgabe nach § 74 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 58 VwGO einschließlich seiner Nebenbestimmungen unanfechtbar geworden ist.

Damit konnte der Widerruf auf § 49 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG gestützt werden.

4. Widerrufsgrund des § 49 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG

Schließlich liegt auch der Widerrufsgrund nach § 49 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG vor: § 49 Abs. 3 VwVfG ist zwar eine Spezialregelung gegenüber dem allgemeineren § 49 Abs. 2 VwVfG, soll diesen aber innerhalb seines Anwendungsbereiches nicht vollständig verdrängen, sondern nur weitere Widerrufsmöglichkeiten schaffen. Soweit es um einen Widerruf ex nunc bei nicht erfüllter Auflage geht, besteht damit bei Zuwendungsbescheiden die Widerrufsmöglichkeit ebenso nach § 49 Abs. 2 Nr. 2 wie nach § 49 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG, ohne dass dem irgendeine praktische Bedeutung zukäme.³⁶

5. Ordnungsgemäße Ermessensausübung (§ 40 VwVfG)

Liegen die Widerrufsvoraussetzungen nach § 49 VwVfG vor, so steht der Widerruf im Ermessen der Behörde. Möglicherweise hat der Regierende Bürgermeister jedoch das ihm von § 49 Abs. 2 und 3 VwVfG eingeräumte Ermessen bei seiner Widerrufsentscheidung entgegen § 40 VwVfG fehlerhaft ausgeübt. Der Regierende Bürgermeister müsste zunächst sein Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausgeübt haben (§ 40 Alt. 1 VwVfG). Hierzu war das öffentliche Interesse an der Beseitigung des Verwaltungsaktes mit dem Interesse des *Robertsky* an dessen weiterem Bestand fehlerfrei abzuwägen. Hier ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Widerrufsbescheides, dass sich der Regierende Bürgermeister generell dieses Ermessensspielraums bewusst war und Ermessenserwägungen überhaupt angestellt hat.

a) Ermessensfehlgebrauch wegen Durchsetzung einer rechtswidrigen Auflage

Da der Regierende Bürgermeister aber ersichtlich davon ausging, dass die Auflage rechtmäßig ist, könnte zweifelhaft sein, ob er das öffentliche Interesse an der Beseitigung des Verwaltungsaktes, das für ihn offensichtlich überwog, richtig gewichtet hat. Wäre diese Auflage rechtswidrig, so bestünde unter Umständen gar kein öffentliches Interesse an deren Erfüllung und damit auch nicht an der Beseitigung des Bewilligungsbescheides. Wenn der Regierende Bürgermeister somit unzutreffender Weise von einem Überwiegen der öffentlichen Interessen

³⁵ OVG Magdeburg NVwZ 2000, 585; *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 49 Rn. 49.

³⁶ *Sachs* in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 49 Rn. 108.

ausgegangen wäre, wäre er von falschen Voraussetzungen ausgegangen. Es läge ein Ermessens Fehlgebrauch vor, der dem Zweck der Ermächtigung nicht gerecht würde. Zwar verbietet die Bestandskraft der Auflage grundsätzlich eine Überprüfung ihrer Rechtmäßigkeit. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Behörde - liegen keine besonderen Umstände vor - ohne weiteres die Nichterfüllung rechtswidriger Auflagen durch Widerruf sanktionieren dürfte. Ansonsten könnte sie sich Eingriffsmöglichkeiten auf die Bestandskraft eines Verwaltungsaktes eröffnen, die ihr von Gesetzes wegen nicht zustehen.³⁷ Insoweit wurde bereits festgestellt, dass die Auflage, deren Nichterfüllung Anlass für die Aufhebung der Stipendiumsbevollziehung war, rechtswidrig ist (s. o. B. III. 1. B) bb)). Dementsprechend durfte *Bussi* dem Interesse an der Durchsetzung der Auflage nicht das Gewicht zumessen, das er ihm beigemessen hat. Insofern war die Ermessensentscheidung schon fehlerhaft. Die Aufhebung wäre schon deshalb rechtswidrig.

b) Ermessensausfall wegen Nichtberücksichtigung von Entscheidungsalternativen

Es könnte aber auch ein teilweiser Ermessensausfall vorliegen. Ein solcher Ermessensausfall liegt vor, wenn die Behörde sich nicht über alle möglichen Entscheidungsalternativen im Klaren ist. Auch dann kann von einer dem Zweck der Ermächtigung entsprechenden Ausübung des Ermessens nicht die Rede sein. Hier ging der Regierende Bürgermeister ohne weitere Berücksichtigung der Vorschläge *Robertskys* davon aus, dass Gründe für die Abweichung von der Auflage nicht ersichtlich seien. Diese pauschale Ablehnung nur mit der Begründung, dass die Materialien der KPM technisch auch geeignet seien, wird letztlich dem künstlerischen Werkanspruch *Robertskys* i.S.d. Art. 5 Abs. 3 GG nicht gerecht. Ziel der Subvention war ja, dessen Kunstwerk zu fördern. Der Regierende Bürgermeister hätte sich daher jedenfalls mit dem Materialvorschlag des *Robertsky* auseinandersetzen müssen. Da dies nicht geschehen ist, liegt somit auch ein teilweiser Ermessensausfall vor.

c) Unverhältnismäßigkeit der Aufhebung

Der Regierende Bürgermeister könnte zudem schließlich die gesetzlichen Grenzen des Ermessens missachtet haben (§ 40 Alt. 2 VwVfG). Gesetzliche Grenzen bilden nicht nur die Ermächtigungsnorm selbst, sondern auch die generellen zwingenden Gebote des Rechtsstaats, zu denen ebenfalls das Übermaßverbot (Verhältnismäßigkeitsprinzip) gehört.

Anmerkung: Zum Verhältnismäßigkeitsprinzip (Übermaßverbot) siehe [diesen Hinweis](#).

Danach scheidet der Widerruf aus, wenn der Behörde ein anderes geeignetes, jedoch weniger schwerwiegendes Mittel zur Verfügung steht (Grundsatz der Erforderlichkeit). Als weniger schwerwiegendes Mittel zur Durchsetzung der Auflage wäre hier eine Abmahnung in Betracht gekommen. Zwar muss nicht generell vor Widerruf eines Verwaltungsaktes bei Nichterfüllung einer Auflage eine Abmahnung erfolgen. Sie wird aber in Fällen erforderlich sein, in denen sie nicht offensichtlich aussichtslos ist und dem Grundverwaltungsakt nicht zu entnehmen ist, dass eine

³⁷ *Sachs* in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 49 Rn. 49.

Subvention bei Nichtbeachtung der Auflage jedenfalls vollständig und unverzüglich widerrufen wird.³⁸ Hier war dem Bewilligungsbescheid eine solch drastische Sanktion nicht zu entnehmen. Es ist außerdem nicht erkennbar, dass eine solche Abmahnung von vornherein aussichtslos gewesen wäre.

Ein Verstoß gegen das Übermaßverbot (Verhältnismäßigkeitsprinzip i.e.S.) könnte schließlich darin zu sehen sein, dass vorliegend eine letztlich unwesentliche Auflage nicht erfüllt wurde.³⁹ Das Stipendium sollte ausschließlich der Kunstförderung dienen. Die Nebenbestimmung bezüglich der Materialankäufe bei der KPM war für die Stipendien- und Sachmittelvergabe an *Robertsky* für diesen erkennbar nicht so bedeutsam, dass *Robertsky* ohne diese Nebenbestimmung die Subvention nicht erhalten hätte. Die Künstlerförderung sollte vornehmlich Künstler unterstützen und auf diese Weise die Stadt attraktiver machen. Nur zu diesem Zweck wurden die Stipendien und Sachmittel vergeben. Eine Förderung der ortsansässigen KPM war dagegen vom Abgeordnetenhaus nicht beabsichtigt. Diese erfolgte nur bei Gelegenheit des Kulturprogramms, nicht als dessen Bestandteil. Insofern ist die Auflage auch als unwesentlich anzusehen. Aus diesem Grunde liegt also ein weiterer Verstoß gegen das Übermaßverbot vor.

d) Ergebnis zu 5.

Der Regierenden Bürgermeister hat demnach sein Ermessen in mehrfacher Hinsicht fehlerhaft ausgeübt.

6. Ergebnis zu IV.

Wegen fehlerhafter Ermessensausübung ist der Aufhebungsbescheid somit auch nicht durch § 49 VwVfG gedeckt und damit rechtswidrig.

V. Ergebnis zu B.

Der Bescheid vom 12. April ist somit rechtswidrig und verletzt *Robertsky* in seinen Rechten. Die Klage *Robertskeys* ist demnach begründet.

C. Gesamtergebnis

Die Klage *Robertskeys* ist somit zulässig und begründet. Das VG Berlin wird den Bescheid vom 12. April gemäß § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO aufheben.

Siehe zur Behandlung Heilung von Anhörungsmängeln *Schoch*, JURA 2007, 28 ff. und zum Ablauf eines Widerspruchsverfahrens: *Geis/Hinterseh*, JuS 2002, 34 ff., 1074 ff. und 1176 ff.

³⁸ Vgl. *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 49 Rn. 56.

³⁹ Vgl. *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 49 Rn. 57.