



Übung für Fortgeschrittene im Öffentlichen Recht

– Kommunalrecht: Übungsfall 1 –

In der Kreisfreien Stadt Leipzig in Sachsen findet seit einigen Jahren im Dezember ein traditioneller Weihnachtsmarkt statt. Der Marktplatz in Leipzig wird dabei vollständig von den Händlern genutzt, lediglich ein kleiner Bereich am Eingang wird für Notfälle freigehalten. Eine Festsetzung gem. § 69 GewO ist nicht erfolgt, vielmehr nimmt die Stadt Leipzig jährlich eine Ausschreibung vor, die in der lokalen Presse veröffentlicht wird. Wie in jedem Jahr beauftragt die Stadt Leipzig die stadteigene Veranstaltungs-GmbH (V-GmbH) mit dem Betrieb des Weihnachtsmarktes 2023. Die V-GmbH ist eine zu 100% von der Stadt Leipzig gehaltene und beherrschte Gesellschaft.

Von der Ausschreibung erfährt auch die W, die ihren Lebensunterhalt mit einer eigenen kleinen Seifenmanufaktur verdient. Ihre handgefertigten Seifen, die zu 95% aus zertifizierten Zutaten aus kontrolliert biologischem Anbau bestehen, hat sie in den vergangenen Jahren bereits erfolgreich auf kleineren lokalen Volksfesten und Jahrmärkten angeboten. Dieses Jahr möchte sie erstmals auf dem Weihnachtsmarkt einen Stand beziehen, um ihre Naturseifen anzubieten, und schmiedet bereits Pläne für eine winterliche Seifenkollektion.

Zwar ist W nicht Einwohnerin der Stadt Leipzig, sie hat aber seit einigen Jahren ihr Gewerbe in Leipzig angemeldet. Auf die jährliche Ausschreibung hin beantragt W im Oktober 2023 bei der Stadt Leipzig, die zum Abschluss eines Mietvertrages über einen Stellplatz auf dem Weihnachtsmarkt im Dezember 2023 erforderlichen Maßnahmen gegenüber der V-GmbH zu ergreifen.

Im November 2023 wird der Antrag der W abgelehnt. Hierzu führt die Stadt an, dass aufgrund der beschränkten räumlichen Kapazitäten nicht alle der wie immer zahlreichen Bewerber berücksichtigt werden konnten. Es wurden dabei nur die für die Zusammensetzung des Weihnachtsmarktes attraktivsten Händler ausgewählt. Um zudem einen reibungslosen Ablauf zu gewährleisten, wurde die Auswahl weiterhin auf solche Aussteller beschränkt, die der Stadt Leipzig bereits aus ihrer Teilnahme an den Weihnachtsmärkten in den letzten Jahren bekannt waren und die sich auch bewährt hatten. Mit derselben Begründung haben auch



diverse andere Mitbewerber Ws eine Ablehnung ihres Zulassungsantrags zum Weihnachtsmarkt erhalten.

W kann nicht nachvollziehen, weswegen ihr zum Beispiel zahlreiche Glühwein- und Essensstände vorgezogen wurden, da sie als einzige Herstellerin von Naturseifen doch zur Attraktivität und Vielfalt des Marktes beitragen würde. Außerdem ist sie der Ansicht, sie wäre durch ihre Erfahrungen der vorherigen Jahre, die sie in den Dörfern im Umland auf kleineren Volksfesten gemacht hat, mindestens genauso gut geeignet wie die zum Weihnachtsmarkt zugelassenen Bewerber. Sie fühlt sich daher gegenüber den zugelassenen Händlern benachteiligt. Weiterhin sieht sie in der Ablehnung auch ihre berufliche Tätigkeit beeinträchtigt und versteht nicht, warum der Weihnachtsmarkt nicht noch um ein paar Plätze erweitert werden kann, indem aus den bislang vorgesehenen großen Ständen zahlreichere kleinere Stände gemacht werden oder indem ein anderes, größeres Veranstaltungsgelände gewählt wird.

Da der Weihnachtsmarkt unmittelbar bevorsteht, möchte W möglichst schnell erreichen, dass die Stadt Leipzig ihre Zulassung zum Fest sicherstellt. Sie wendet sich daher umgehend an das Verwaltungsgericht Leipzig und beantragt einstweiligen Rechtsschutz.

Aufgabe: Prüfen Sie rechtsgutachtlich, ob der Antrag der W auf einstweiligen Rechtsschutz Aussicht auf Erfolg hat.

Bearbeitungsvermerk:

Es ist davon auszugehen, dass die V-GmbH noch nicht alle zur Verfügung stehenden Stellplätze verteilt hat.



Gliederung

– Kommunalrecht: Übungsfall 1 –

A.	Zulässigkeit	1
I.	Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges (+)	1
1.	Generalklausel des § 40 I 1 VwGO	1
a)	Öffentlich-rechtliche Streitigkeit (+)	1
aa)	Sonderrechtstheorie.....	1
bb)	Zwei-Stufen-Theorie	1
b)	Nichtverfassungsrechtliche Streitigkeit (+).....	1
c)	Keine (abdrängende) Sonderzuweisung (+).....	1
2.	Zwischenergebnis	2
II.	Statthafte Antragsart (+).....	2
1.	Ausprägung des einstweiligen Rechtsschutzes	2
2.	Abgrenzung Sicherungsanordnung (§ 123 I 1 VwGO) – Regelungsanordnung (§ 123 I 2 VwGO)	2
3.	Zwischenergebnis	3
III.	Antragsbefugnis (+).....	3
IV.	Antragsgegner (+).....	4
V.	Beteiligten- und Prozessfähigkeit (+).....	4
VI.	Ordnungsmäßigkeit des Antrags (+)	4
VII.	Rechtsschutzbedürfnis (+)	4
VIII.	Zuständiges Gericht (+)	4
IX.	Zwischenergebnis	4
B.	Begründetheit.....	4
I.	Anordnungsgrund (+)	5
II.	Anordnungsanspruch	5
1.	Anspruchsgrundlage für Zulassung	5
2.	Formelle Anspruchsvoraussetzungen	5
a)	Antrag	5
b)	Zuständigkeit der Stadt Leipzig.....	5
3.	Materielle Anspruchsvoraussetzungen	5
a)	Öffentlich-rechtliche Einrichtung gem. § 10 II SächsGemO.....	5



b)	Anspruchsinhaber: Einwohner und gleichgestellte Personen.....	6
c)	Im Rahmen der bestehenden Vorschriften	6
d)	Rechtsfolge	6
aa)	Ermessensausfall (-).....	7
bb)	Ermessens Fehlgebrauch	7
(1)	Attraktivität des Standes	7
(2)	„Bekannt und bewährt“	7
cc)	Ermessensüberschreitung.....	8
dd)	Zwischenergebnis	8
e)	Zwischenergebnis.....	8
4.	Anspruchsumfang.....	8
a)	Spruchreife	8
b)	Keine Vorwegnahme der Hauptsache.....	8
III.	Zwischenergebnis	9
C.	Ergebnis.....	9



Lösung

– Kommunalrecht: Übungsfall 1 –

A. Zulässigkeit

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges (+)

1. Generalklausel des § 40 I 1 VwGO

a) Öffentlich-rechtliche Streitigkeit (+)

- Fraglich, da hier die privatrechtlich organisierte V-GmbH für den Betrieb des Weihnachtsmarkts zuständig ist und mit den Ausstellern privatrechtliche Verträge (zwingend!) über das Benutzungsverhältnis schließt

aa) Sonderrechtstheorie

- Streitentscheidende Norm ist öffentlich-rechtlich, wenn sie ausschließlich einen Träger hoheitlicher Gewalt berechtigt oder verpflichtet
- Hier: Stadt Leipzig durch § 10 SächsGemO (ggf. auch § 70 GewO) verpflichtet, Einwohner (§ 10 I SächsGemO) und ihnen gleichgestellte Personen (§ 10 III, V SächsGemO) zu öffentlichen Einrichtungen zuzulassen
→ Öffentlich-rechtliche Streitigkeit (+)

bb) Zwei-Stufen-Theorie

Anmerkung:

Die Prüfung der Zwei-Stufen-Theorie sei hier lediglich als Alternative angezeigt. Der Prüfungspunkt kann schon nach dem positiven Ergebnis der Sonderrechtstheorie beendet werden.

- „Ob“ des Zugangs zu öffentlichen Einrichtungen, zu denen auch vollständig von der Gemeinde beherrschte privatrechtliche Einrichtungen wie hier die V-GmbH gehören, öffentlich-rechtlicher Natur (Verbot der Flucht ins Privatrecht)
→ öffentlich-rechtliche Streitigkeit auch hiernach (+)

b) Nichtverfassungsrechtliche Streitigkeit (+)

c) Keine (abdrängende) Sonderzuweisung (+)



2. Zwischenergebnis

- Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet

II. Statthafte Antragsart (+)

- Richtet sich nach dem Begehren des Antragstellers, §§ 86 I 2, 88, 122 I VwGO
- W begehrt ein Einwirken der Stadt Leipzig auf die V-GmbH hinsichtlich Zulassung zum Weihnachtsmarkt
 - ➔ Klageverfahren zu langwierig (Schaffung vollendeter Tatsachen bei Durchführung des Marktes ohne W)
 - ➔ Daher einstweiliger Rechtsschutz nach §§ 80 ff., 123 VwGO sachdienlich

1. Ausprägung des einstweiligen Rechtsschutzes

- Verfahren nach § 80 V VwGO, § 80a III VwGO oder § 123 I VwGO?
- „Weichenstellung“ nach § 123 V VwGO: §§ 80, 80a VwGO vorrangig, § 123 VwGO nur subsidiär
 - ➔ § 80 V VwGO oder § 80a III VwGO einschlägig?
- §§ 80, 80a VwGO (+), wenn Suspendierung eines belastenden VA, also die aufschiebende Wirkung eines Rechtbehelfs gegen diesen (vgl. § 80 I VwGO) in Rede steht¹
 - ➔ Erfasst werden Sachverhalte, bei denen um die Vollziehbarkeit eines VA gestritten wird
- Hier: W will Zulassung zum Weihnachtsmarkt erreichen
 - ➔ W möchte eine Einwirkung der Stadt Leipzig auf die V-GmbH in ihrem Sinne erreichen
 - ➔ W begehrt jedenfalls nicht die Suspendierung eines belastenden VA
 - ➔ §§ 80, 80a VwGO (-), § 123 I VwGO (+)

2. Abgrenzung Sicherungsanordnung (§ 123 I 1 VwGO) – Regelungsanordnung (§ 123 I 2 VwGO)

- Sicherungsanordnung: Statthafte, wenn Antragsteller bereits bestehendes subjektiv-öffentliches Recht („status quo“) gegen eine Veränderung durch Hoheitsträger oder Private sichern will

¹ Zum Streit um die konkrete Rechtsfolge des § 80 I VwGO vgl. Gersdorf, Verwaltungsprozessrecht, 6. Auflage 2019, Rn. 141 m.w.N.



- Regelungsanordnung: Dient einstweiliger Regelung eines Rechtsverhältnisses, dessen Bestehen oder Nichtbestehen vom Anspruchsgegner bestritten wird, oder einer öffentlich-rechtlichen Rechtsposition bzw. Leistung, die dem Antragsteller vom Antragsgegner verweigert wurde (Erweiterung des Rechtskreises)
- Hier: W begehrt Zulassung zum Weihnachtsmarkt
 - ➔ Erweiterung des Rechtskreises
 - ➔ Regelungsanordnung (+)

Anmerkung: Ob in der Hauptsache eine Verpflichtungsklage oder die allgemeine Leistungsklage statthaft wäre, kann an dieser Stelle dahinstehen, da in beiden Fällen der Einstweilige Rechtsschutz nach § 123 VwGO einschlägig ist. Ebenso kann für die Falllösung dahingestellt bleiben, ob der Einwirkung der Stadt Leipzig auf die V-GmbH hinsichtlich des notwendigen Vertragsschlusses VA-Qualität zukommt.

Problematisch wäre allein die Außenwirkung. Diese liegt grundsätzlich dann vor, wenn die Rechtsfolge bei einer außerhalb des Verwaltungsträgers stehenden juristischen oder natürlichen Personen eintritt. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn zwischen dem Verwaltungsträger und der außerhalb des Verwaltungsträgers stehenden juristischen Person ein hierarchisches Über-/Unterordnungsverhältnis besteht. Hier weisen die Stadt Leipzig und die V-GmbH ein solches Über-/Unterordnungsverhältnis auf, da die Stadt beherrschenden Einfluss auf das Unternehmen durch Kontroll-, Steuerungs- und Mitwirkungsrechte hat² (vgl. § 96 I Nr. 2 SächsGemO).

Es liegt folglich keine Außenwirkung vor. Das Einwirken der Stadt Leipzig auf die V-GmbH ist deshalb kein VA (sondern schlicht-hoheitliches Handeln). Statthafte Klageart in der Hauptsache wäre daher die allgemeine Leistungsklage.

3. Zwischenergebnis

- Antrag nach § 123 I 2 VwGO statthaft

III. Antragsbefugnis (+)

- Analog § 42 II VwGO erforderlich
- W müsste geltend machen können, durch die Ablehnung der Zuteilung eines Stellplatzes auf dem Weihnachtsmarkt in eigenen Rechten verletzt zu sein, und diese geltend gemachte Verletzung müsste zumindest als möglich erscheinen (Möglichkeitstheorie)
- Hier: (Verschaffungs-)Anspruch der W auf Einwirken der Stadt Leipzig auf die V-GmbH (= schlicht-hoheitliches Handeln) aus § 10 SächsGemO möglich

² Vgl. Faßbender/König/Musall, Sächsisches Kommunalrecht, 2. Aufl. 2021, Kap. 5 Rn. 134.



→ Antragsbefugnis (+)

IV. Antragsgegner (+)

- Nicht nach § 78 I Nr. 1 VwGO (weder unmittelbar noch analog), sondern nach allgemeinem Rechtsträgerprinzip, da in der Hauptsache allgemeine Leistungsklage statthaft (Einwirken der Stadt Leipzig auf V-GmbH ohne VA-Qualität)
- Hier: Stadt Leipzig als Anspruchsverpflichtete

V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit (+)

- W:
 - § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO
 - § 62 I Nr. 1 VwGO
- Stadt Leipzig:
 - § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO i.V.m. § 1 III SächsGemO
 - § 62 III VwGO i.V.m. § 51 I 2, IV SächsGemO

VI. Ordnungsmäßigkeit des Antrags (+)

- §§ 81, 82 VwGO analog

VII. Rechtsschutzbedürfnis (+)

- Keine Bedenken, insb. Hauptsacheverfahren nicht unzulässig

VIII. Zuständiges Gericht (+)

- Zuständig ist gem. § 123 II 1 VwGO Gericht der Hauptsache
- Sachlich/Instanziell
 - § 45 VwGO = Verwaltungsgericht
- Örtlich
 - § 52 Nr. 5 VwGO i.V.m. § 2 II Nr. 3 SächsJG = VG Leipzig

IX. Zwischenergebnis

- Antrag der W ist zulässig

B. Begründetheit

Der Antrag auf eine einstweilige Anordnung ist begründet, wenn W einen Anordnungsgrund und einen Anordnungsanspruch glaubhaft machen kann (§ 123 I, III VwGO, §§ 920 II, 294 I ZPO)



I. Anordnungsgrund (+)

- Weihnachtsmarkt steht unmittelbar bevor und W entstünden erhebliche Nachteile (vgl. § 123 I 2 VwGO), wenn Anspruch nicht durchgesetzt würde

II. Anordnungsanspruch

1. Anspruchsgrundlage für Zulassung

- § 70 GewO als AGL?
- Stadt hat keine Festsetzung gem. § 69 GewO getroffen
 - § 70 GewO nicht anwendbar
 - Verschaffungsanspruch ergibt sich aus § 10 II, III SächsGemO

2. Formelle Anspruchsvoraussetzungen

- Erforderlich: formgerechter Antrag bei der zuständigen Behörde

a) Antrag

- W hat im Rahmen der Ausschreibung Antrag bei der Stadt Leipzig auf Zulassung gem. § 10 SächsGemO gestellt
 - Antrag (+)

b) Zuständigkeit der Stadt Leipzig

- Örtliche und sachliche Zuständigkeit der Stadt Leipzig aus § 2 I SächsGemO (Zuständigkeit für (freiwillige/weisungsfreie) Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft)

Anmerkung:

An dieser Stelle kann auch auf die verfassungsrechtliche Aufgabenzuweisungsnormen der Art. 28 II 1 GG, 84 I SächsVerf abgestellt werden.

3. Materielle Anspruchsvoraussetzungen

a) Öffentlich-rechtliche Einrichtung gem. § 10 II SächsGemO

- Öffentliche Einrichtung = jede Zusammenfassung von Sachmitteln und Personal (1), die von der Gemeinde zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe der Öffentlichkeit (2)



durch ausdrücklichen Widmungsakt oder durch konkludentes Verhalten (3) zur Benutzung zur Verfügung gestellt ist³

- Hier: Marktplatz in Leipzig als regelmäßiger Veranstaltungsort des Weihnachtsmarkt
→ Widmung als öffentliche Einrichtung durch konkludentes Handeln (+)

b) Anspruchsinhaber: Einwohner und gleichgestellte Personen

- Zulassung von Einwohnern gem. § 10 II, I SächsGemO
→ W als Einwohnerin?
- W ≠ Einwohnerin
→ Keine Zulassung gem. § 10 II, I SächsGemO
- Stattdessen § 10 III SächsGemO aufgrund eines angemeldeten örtlichen Gewerbes
→ W = Anspruchsinhaberin

c) Im Rahmen der bestehenden Vorschriften

- Begrenzung u.a. durch die Widmung als benutzungsregelnde Allgemeinverfügung i.S.d. § 1 S. 1 SächsVwVfZG i.V.m. § 35 S. 2 Var. 3 VwVfG
- Widmung muss nicht explizit erfolgen, auch konkludent durch die Inbetriebnahme möglich
- Hier: Widmungszweck = Nutzung des Marktplatzes für regelmäßig wiederkehrenden Weihnachtsmarkt, der Verkaufsstände einschließt
→ konkludente Widmung (+)
- W möchte auf Weihnachtsmarkt Verkaufsstand betreiben
→ Begehren der W im Rahmen des Widmungszwecks (+)

d) Rechtsfolge

- Kein Ermessen in der Rechtsfolge des § 10 II, III SächsGemO
- Zulassungsanspruch aber nur im Rahmen des Möglichen zu gewähren (Kapazität)
- Keine Verpflichtung zur Anspruchserfüllung aller Bewerbenden
→ Bei mangelnder Kapazität besteht Auswahlermessen (teleologische Reduktion auf Rechtsfolgenseite)
- Hier: Übermaß an Bewerber:innen und damit nicht genügend Fläche
→ Stadt Leipzig steht Auswahlermessen zu

³ BVerwG, NJW 1990, 134; OVG Münster, NJW 1976, 820, 821; näher *Faßbender/König/Musall*, Sächsisches Kommunalrecht, 2. Aufl. 2021, Kap. 5 Rn. 193 ff.; Erichsen, Jura 1986, 148 ff.



→ W hat lediglich Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung aus Art. 20 III GG iVm § 10 SächsGemO

- Auswahlmessen fehlerfrei ausgeübt?

aa) Ermessensausfall (-)

- Behörde hat die tatsächliche Auswahl von Bewerber:innen nach Kriterium „bekannt und bewährt“ vorgenommen

bb) Ermessens Fehlgebrauch

- Auswahlkriterium der Attraktivität in fehlerhafter Weise nicht berücksichtigt?
- „bekannt und bewährt“ als Kriterium zulässig?

(1) Attraktivität des Standes

- Naturseifen-Stand der W attraktiver als Glühwein- und Essensstände?
- Rein subjektive Ansichten der W für Ermessensentscheidung unbeachtlich
→ Auswahlmessen insofern nicht fehlerhaft ausgeübt

Anmerkung:

Andere Ansicht mit entsprechender Argumentation vertretbar.

(2) „Bekannt und bewährt“

- Kriterium⁴ ist sachlich begründetes Auswahlkriterium
→ Heranziehung nicht prinzipiell rechtsfehlerhaft
- Aber: Ermessensfehler gegeben, wenn Anwendung für neue Bewerbungen zum Weihnachtsmarkt zu einer Zugangssperre führt
→ dann Verstoß gegen Gebot der wettbewerblichen Chancengleichheit (arg. e. Art. 3 I GG und Art. 12 I GG) nur durch Möglichkeit einer Zulassung für Neubewerber vermeidbar
- Hier: Stadt Leipzig vergibt Standplätze an Händler ausschließlich nach Kriterium „bekannt und bewährt“ ohne ein Kontingent für Neubewerber vorzusehen oder Neubewerbern durch Kombination mit anderen Kriterien o.ä. eine Chance zu geben⁵
→ Ermessensfehler (+)

⁴ Grundlegend zu diesem Kriterium BVerwG, NVwZ 1983, 585 f.

⁵ Vgl. Faßbender/König/Musall, Sächsisches Kommunalrecht, 2. Aufl. 2021, S. 187.



cc) Ermessensüberschreitung

Anmerkung:

Eine Verletzung des Art. 3 I GG und des Art. 12 I GG ist letztlich schon in dem zuvor geprüften Merkmal „bekannt und bewährt“ impliziert, sodass es – nach vorzugswürdiger Lösung – hier nicht gesondert zu prüfen ist. Sofern es gesondert geprüft wird, dürfen dabei keine Wertungswidersprüche zu oben auftreten. Die konkrete Ermessenausübung der Stadt Leipzig bildet auch eine Ermessensüberschreitung in Gestalt der Verletzung der Art. 12 I und 3 I GG.

- Verletzung von Art. 14 I GG durch Verluste der W?
- Art. 14 I GG schützt nur vermögenswerte Positionen bzw. Rechte („Erworbenes“), nicht jedoch künftige Rechtspositionen
 - ➔ Umsatz- und Gewinnchancen nicht von Art. 14 I GG umfasst
 - ➔ Ermessensüberschreitung (–)

dd) Zwischenergebnis

- Ermessensfehler (+)

e) Zwischenergebnis

- W bleibt Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung

4. Anspruchsumfang

a) Spruchreife

- Ermessensfehlerfreie Entscheidung der Stadt Leipzig ggü. W könnte zur Zulassung anderer Bewerber:innen, würde aber nicht zwingend der W führen
 - ➔ analog § 113 V 2 VwGO: W kann gerichtlich nur Verpflichtung der Stadt Leipzig auf Neubescheidung erreichen (sog. Bescheidungsbeschluss)

b) Keine Vorwegnahme der Hauptsache

- VG hat Ermessen bzgl. der inhaltlichen Gestaltung der Regelungsanordnung (§ 123 III VwGO, § 938 I ZPO)
- Ermessensgrenze ist Verbot, die Hauptsache durch die einstweilige Anordnung vorwegzunehmen
 - ➔ Verstoß gegen Grundsatz der Vorwegnahme durch mögliche Verpflichtung der Stadt Leipzig zur vorläufigen Zulassung?



- Grundsatz: im einstweiligen Rechtsschutz darf nicht das zugesprochen werden, was Streitgegenstand im Hauptsacheverfahren ist, und auch nicht mehr
- Ausnahme, wenn andernfalls schwere und unzumutbare Nachteile für Antragsteller entstünden, die mit der Hauptsacheentscheidung nicht wieder rückgängig gemacht werden könnten (Grund: Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes gem. Art. 19 IV GG)
- Hier:
- Abwarten bis zur Entscheidung in der Hauptsache würde Begehren der W obsolet machen (Weihnachtsmarkt steht kurz bevor)
- Einstweilige Anordnung der Neubescheidung könnte zur gleichen Situation führen, wenn die Stadt Leipzig den Antrag der W nach der einstweiligen „Rückverweisung“ durch das VG nicht sofort neu bescheidet
 - Gewährung effektiven Rechtsschutzes (vgl. Art. 19 IV GG) ist nur durch Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung und einstweilige Anordnung der Zulassung der W zum Weihnachtsmarkt möglich
 - Ausnahme (+)
 - Vorwegnahme zulässig

III. Zwischenergebnis

- Antrag der W ist begründet

C. Ergebnis

Der Antrag der W nach § 123 I 2 VwGO ist zulässig und auch begründet und hat daher Aussicht auf Erfolg.