

Rechtliche Stellungnahme

zum Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums des Innern, für Sport und Integration vom 28.06.2019 zur Begründung der Entscheidung, den Antrag der Stadt Neu-Ulm auf Erklärung der Kreisfreiheit abzulehnen

erstellt im Auftrag der Stadt Neu-Ulm

von Dolde Mayen & Partner Rechtsanwälte
Partnerschaftsgesellschaft mbB

hier:

Rechtsanwalt Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde, Stuttgart

6. September 2019

Inhaltsverzeichnis

I.	Art. 5 Abs. 3 GO	3
II.	Entscheidung des Staatsministeriums des Innern, für Sport und Integration	3
	1. Antrag der Stadt Neu-Ulm	3
	2. Weiteres Verfahren	3
III.	Zuständigkeit	5
	1. Entscheidung des Innenministeriums.....	5
	2. Beteiligung des Landtags.....	5
IV.	„Entsprechende Bedeutung“.....	6
V.	Materiell-rechtliche Voraussetzungen	6
	1. Gründe des öffentlichen Wohls	6
	2. Folgenbewältigung	8
	3. Vermögensrechtliche Folgen.....	17
	4. Leistungsfähigkeit des Landkreises.....	19
	5. Selbstverwaltungsrecht	21
	6. Demokratieprinzip	28
	7. Gleichheitssatz.....	29
	8. Gesamtabwägung	29
VI.	Verfahrensrechtliche Möglichkeit: Normerlassklage	31
	1. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 VwGO)	31
	2. Klageart.....	33
	3. Klagebefugnis	35
	4. Begründetheit der Klage.....	35
VII.	Verfahrensrechtliche Möglichkeit: Verfassungsbeschwerde	44
	1. Art. 120 BV.....	44
	2. Erschöpfung des Rechtswegs.....	45
VIII.	Verfahrensrechtliche Möglichkeit: Popularklage.....	45
	1. Art. 98 Satz 4 BV.....	45
	2. Antragsberechtigung	45
	3. Antragsgegenstand	46
	4. Erschöpfung des Rechtswegs.....	47
	5. Substantiierte Grundsatzrüge.....	47
	6. Begründetheit.....	47
	7. Empfehlung	48
IX.	Ergebnis	48

I. Art. 5 Abs. 3 GO

Nach Art. 5 Abs. 3 der Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern (GO) können mit Zustimmung des Landtags Gemeinden mit mehr als 50.000 Einwohnern bei entsprechender Bedeutung nach Anhörung des Kreistags durch Rechtsverordnung der Staatsregierung für kreisfrei erklärt werden. Hierbei ist auf die Leistungsfähigkeit des Landkreises Rücksicht zu nehmen. Die Rechtsverordnung kann finanzielle Verpflichtungen der ausscheidenden Gemeinde gegenüber dem Landkreis festlegen. Im Übrigen werden die vermögensrechtlichen Verhältnisse durch Übereinkunft zwischen dem Landkreis und der ausscheidenden Gemeinde geregelt. Der Übereinkunft kommt mit dem in ihr bestimmten Zeitpunkt, frühestens jedoch mit In-Kraft-Treten der Rechtsverordnung unmittelbar rechtsbegründende Wirkung zu. Kommt eine Übereinkunft nicht zustande, so entscheiden das Verwaltungsgericht und in der Berufungsinstanz der Verwaltungsgerichtshof als Schiedsgerichte.

II. Entscheidung des Staatsministeriums des Innern, für Sport und Integration

1. Antrag der Stadt Neu-Ulm

Auf der Grundlage des Beschlusses des Gemeinderats vom 21.03.2018 beantragte die Stadt Neu-Ulm mit Schreiben vom 22.03.2018 an das Bayerische Staatsministerium des Innern und für Integration die Kreisfreiheit der Stadt Neu-Ulm. Der Antrag wurde ausführlich begründet.

2. Weiteres Verfahren

Das Staatsministerium für Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat nahm zu den Auswirkungen einer eventuellen Kreisfreiheit der Stadt Neu-Ulm auf die wesentlichen pauschalen Zuweisungen im kommunalen Finanzausgleich sowie die Umlagen nach dem Bayerischen Finanzausgleichsgesetz auf Grundlage der Datenbasis des Jahres 2018 Stellung.

Auf Veranlassung des Staatsministeriums des Innern und für Integration erstattete der Regierungspräsident von Schwaben unter dem 23.07.2018 einen Zwischenbericht.

Mit Schreiben vom 24.10.2018 nahm der Landkreis Neu-Ulm gegenüber der Regierung von Schwaben Stellung. Er bat darum, den Antrag der Stadt Neu-Ulm abzulehnen.

Die Regierung von Schwaben erstattete unter dem 02.05.2019 den Bericht zum Antrag der Stadt Neu-Ulm auf Erklärung der Kreisfreiheit.

Mit Schreiben vom 07.05.2019 nahm die Stadt Neu-Ulm nochmals ausführlich Stellung und wies darauf hin, dass die Kreisfreiheit für die Stadt ohne Beeinträchtigung ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit darstellbar sei.

In einem Telefonat vom 03.06.2019 unterrichtete Staatsminister Joachim Herrmann den Oberbürgermeister der Stadt Neu-Ulm darüber, dass das Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration den Antrag der Stadt Neu-Ulm auf Erklärung der Kreisfreiheit ablehnt. Über diese Entscheidung hat der Staatsminister den Ministerrat in der Sitzung am 04.06.2019 unterrichtet. Mit Schreiben vom gleichen Tag wurde die Präsidentin des Bayerischen Landtags gebeten, alle Fraktionen im Bayerischen Landtag und deren Mitglieder in geeigneter Weise über die Entscheidung des Staatsministeriums des Innern, für Sport und Integration zu unterrichten.

Das Bayerische Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration begründet mit Schreiben vom 28.06.2019, aufgrund welcher Erwägungen es im Rahmen der erforderlichen Abwägung zu dem Ergebnis gelangte, dass überwiegende Gründe des öffentlichen Wohls einer Auskreisung der Stadt Neu-Ulm entgegenstehen. Diesem Schreiben beigefügt sind der Bericht der Regierung von Schwaben vom 02.05.2019 und das Schreiben des Regierungspräsidenten von Schwaben vom 23.07.2018.

Das Schreiben vom 28.06.2019 ist Gegenstand der nachfolgenden rechtlichen Bewertung.

III. Zuständigkeit

1. Entscheidung des Innenministeriums

Die Ablehnung des Antrags der Stadt Neu-Ulm erfolgte durch das Staatsministerium des Innern, nicht durch die Staatsregierung. Das Schreiben vom 28.06.2019 geht auf S. 8 davon aus, der Antrag könne vom Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration abgelehnt werden, ohne dass es einer Beteiligung der Staatsregierung bedürfte. Es stützt sich dabei auf die Kommentierung von Schulz (Kommunalverfassungsrecht Bayern, Kommentar zur Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern, Stand September 2018, Art. 5 GO, Nr. 3.2).

Ob dies richtig ist, erscheint fraglich. Nach Art. 5 Abs. 3 GO können Gemeinden durch „Rechtsverordnung der Staatsregierung“ für kreisfrei erklärt werden. Zuständig für den Erlass der Rechtsverordnung ist die Staatsregierung. Sie besteht gem. Art. 43 Abs. 2 BV aus dem Ministerpräsidenten und bis zu 17 Staatsministern und Staatssekretären. Es ist nicht zweifelsfrei, ob der Antrag auf Auskreisung vom Innenministerium abgelehnt werden kann. Mit dem Wortlaut der Vorschrift ist es vereinbar, die Staatsregierung nur für den Erlass der Rechtsverordnung für zuständig zu halten, nicht jedoch für die Ablehnung des Antrags auf Auskreisung. Allerdings obliegt die Ermessensentscheidung über den Erlass der Rechtsverordnung der Regierung. Sie wird unmöglich gemacht, wenn der Innenminister über die Ablehnung des Antrags entscheidet. Dies spricht dafür, dass die Staatsregierung für die ablehnende Entscheidung zuständig ist.

2. Beteiligung des Landtags

Die Entscheidung erging ohne Zustimmung des Landtags. Der Landtag wurde über die Entscheidung des Innenministeriums informiert.

Das Innenministerium beruft sich auf S. 8 seines Schreibens dafür auf die Entscheidung des Bayerischen VGH vom 29.10.1964 (77 IV 63 – Beck RS

1964, 103652), in der festgestellt wurde, dass die Ablehnung der Kreisfreierklärung durch die Staatsregierung ohne Zustimmung des Landtags erfolgen kann. Im konkreten Fall hatte die Staatsregierung entschieden, nicht das Innenministerium. Der VGH stellte fest, das Erfordernis der Zustimmung des Landtags zur Kreisfreierklärung einer Gemeinde stelle eine Ausnahmeregelung dar. Diese könne weder extensiv interpretiert noch analog angewendet werden. Dies bedeute, dass die Zustimmung des Landtags zu Organisationsakten nur dort erforderlich ist, wo sie der Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehen hat. Der Gesetzgeber habe den Landtag nur bei Änderung bestehender Verhältnisse eingeschaltet wissen wollen.

IV. „Entsprechende Bedeutung“

Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GO setzt für die Kreisfreierklärung voraus, dass die Gemeinde mehr als 50.000 Einwohner „bei entsprechender Bedeutung“ hat.

Nach dem Bericht der Regierung von Schwaben vom 02.05.2019 lebten in der Stadt Neu-Ulm am 31.12.2018 mehr als 62.600 Einwohner. Das Innenministerium geht auf S. 8 davon aus, bei Erreichen der Einwohnerzahl von 50.000 sei i.d.R. von einer entsprechenden Bedeutung der Gemeinde auszugehen. Die Stadt Neu-Ulm sei seit 1972 Große Kreisstadt, im System der zentralen Orte bilde sie gemeinsam mit der Stadt Ulm ein Oberzentrum und nehme überörtliche Versorgungsfunktionen wahr. Von einer entsprechenden Bedeutung sei deshalb auszugehen.

Dies ist zutreffend.

V. Materiell-rechtliche Voraussetzungen

1. Gründe des öffentlichen Wohls

Auf S. 9 seines Schreibens beschreibt das Innenministerium den Prüfungsmaßstab für seine Entscheidung. Art. 5 Abs. 3 GO stelle es in das pflichtgemäße Ermessen der Staatsregierung, ob sie einer kreisangehörigen Gemeinde den Status einer kreisfreien Gemeinde verleiht. Die Erklärung der

Kreisfreiheit müsse von Gründen des öffentlichen Wohls getragen sein. Dabei handele es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Gründe des öffentlichen Wohls wären vor allem dann anzunehmen, wenn die Erfüllung der kommunalen Aufgabe durch die Verleihung der Kreisfreiheit verbessert, also erleichtert, vereinfacht, verbilligt, im Wirkungsgrad gesteigert oder – so die Rechtsprechung – in die richtigen Hände gelegt würde. Lägen Gründe des öffentlichen Wohls für eine Auskreisung vor, seien diese mit den Gründen des öffentlichen Wohls abzuwägen, die einer Auskreisung entgegenstehen. Dabei sei auf die Leistungsfähigkeit des Landkreises Rücksicht zu nehmen. Im Zusammenhang mit der Leistungsfähigkeit des Landkreises sei auch die Leistungsfähigkeit der verbleibenden kreisangehörigen Gemeinden zu prüfen. Neben der Leistungsfähigkeit des neu zugeschnittenen Landkreises seien auch Gesichtspunkte der Landesentwicklung und der sinnvollen kommunalen Gliederung zu berücksichtigen. Aufgrund einer ausreichenden Sachverhaltsermittlung seien die Gründe, die für eine Auskreisung sprechen, mit den Gründen, die für einen unveränderten Fortbestand der kommunalen Gliederung sprechen, abzuwägen.

Die Ausführungen des Innenministeriums entsprechen der Literatur, die davon ausgeht, dass für die Auskreisung Gründe des öffentlichen Wohls sprechen müssen. Dies entspricht zugleich den verfassungsrechtlichen Vorgaben aus Art. 28 Abs. 2 GG und aus Art. 11 Abs. 2 BV für kommunale Neugliederungen, die durch Gründe des öffentlichen Wohls gerechtfertigt sein müssen. Für die Entscheidung nach Art. 5 Abs. 3 kann nichts anderes gelten, als für die allgemein bei einer Gebietsreform zu beachtenden Grundsätze (vgl. meine Stellungnahme vom 21.11.2018, S. 8 ff.). Die Entscheidung nach Art. 5 Abs. 3 GO setzt eine Gesamtabwägung voraus (s. meine Stellungnahme vom 21.11.2018, S. 10 f.).

Insoweit sind die Ausführungen des Innenministeriums auf S. 9 seines Schreibens nicht zu kritisieren. Allerdings sind diese Ausführungen unvollständig, soweit die dort genannten Abwägungsgesichtspunkte einseitig an verwaltungspraktischen und Kostengesichtspunkten orientiert sind. Das

Selbstverwaltungsrecht der Stadt Neu-Ulm, das Subsidiaritätsprinzip und das Demokratieprinzip werden nicht erwähnt.

2. Folgenbewältigung

- a) Die Ablehnung des Antrags wird auf S. 9 ff. des Schreibens des Innenministeriums vom 28.06.2019 vor allem damit begründet, es sei nicht ausreichend, dass sich die Bewältigung der mit einer Auskreisung verbundenen Rechtsfolgen zum Zeitpunkt der Entscheidung des Verordnungsgebers als lösbar darstellt. Voraussetzung seien vielmehr „abschlussreife Übereinkünfte zwischen Stadt- und Landkreis oder zumindest jeweils aufgabenspezifisch ausgearbeitete, umsetzungsreife Konzepte für die künftige Erledigung der kommunalen Aufgaben“ (S. 10). Dies sei nicht im erforderlichen Umfang und nötigen Detaillierungsgrad erfolgt.

Die bisherigen Gespräche zwischen Landkreis und Stadt Neu-Ulm über Personalfragen hätten noch zu keinem konkreten Ergebnis geführt. Ungeachtet der eher abstrakten Planungen und eines von der Stadt Neu-Ulm erstellten fiktiven Haushaltsplans für den Fall der Kreisfreiheit habe die Regierung von Schwaben trotz ihrer intensiven Bemühungen im Rahmen der Vorprüfung des Antrags in zahlreichen und bedeutsamen Aufgabenbereichen keine konkreten Konzepte oder Vereinbarungen dazu erhalten, durch wen und wie die Aufgaben künftig erledigt werden sollen. In wichtigen Feldern der kommunalen Daseinsvorsorge (Krankenhäuser, Schulen, öffentlicher Personennahverkehr, Müllkraftwerk) sei weiterhin offen, wie die Aufgabenerledigung – bei entsprechender Vereinbarung eventuell auch in interkommunaler Zusammenarbeit – im Falle einer Auskreisung künftig organisiert werden soll (S. 10).

Neben den konkreten Konzepten für eine Organisation der Aufgabenerledigung fehle es auch an Vereinbarungen zwischen Stadt und Landkreis Neu-Ulm über die vermögensrechtlichen Verhältnisse. Zwar setze die Gemeindeordnung nicht zwingend voraus, dass die bilateral

zwischen den beiden Gebietskörperschaften zu treffende Übereinkunft über die vermögensrechtlichen Verhältnisse gem. Art. 5 Abs. 3 Satz 4 GO vorliegen muss, bevor über den Erlass einer Rechtsverordnung zur Verleihung der Kreisfreiheit entschieden wird. Im vorliegenden Fall führe das Fehlen solcher Vereinbarungen letztlich aber dazu, dass – wie die Regierung von Schwaben es zutreffend bewertet und am Beispiel der Krankenhäuser veranschaulicht habe – keine belastbaren Aussagen über die finanziellen Auswirkungen einer Auskreisung getroffen werden könnten. Es gebe keine Basis für die Zuordnung kostenintensiver Aufgaben und kommunaler Infrastruktur, so dass sich das umzulegende Ausgabevolumen auch nicht annähernd seriös abschätzen lasse. Die gebotene Rücksichtnahme auf die Leistungsfähigkeit des Landkreises und vor allem der verbleibenden kreisangehörigen Gemeinden im Falle einer Auskreisung führe deshalb in der Abwägung dazu, dass die Gründe des öffentlichen Wohls, die gegen eine Auskreisung sprechen, überwiegen.

- b) Diese Ausführungen verfehlen Art. 5 Abs. 3 GO. Sie sind nicht geeignet, Gründe des öffentlichen Wohls zu begründen, die der Erklärung der Stadt Neu-Ulm zur kreisfreien Stadt entgegenstehen.

Die Rechtsfolgen, die eintreten, wenn die Stadt Neu-Ulm zur kreisfreien Stadt erklärt wird, sind im „Bericht zur Untersuchung des Themas Kreisfreiheit (Art. 5 BayGO)“ der Stadt Neu-Ulm vom 22.03.2018 unter Ziff. 3 (S. 12 ff.) dargelegt. Der Wechsel der Aufgaben erfolgt kraft Gesetzes. Er bedarf keiner Vereinbarung der Stadt Neu-Ulm mit dem Landkreis Neu-Ulm.

Im Schreiben des Regierungspräsidenten von Schwaben vom 23.07.2008 ist unter Ziff. 2 (S. 8 ff.) der Aufgabenzuwachs der Stadt Neu-Ulm bei Auskreisung dargestellt. Dieser Aufgabenzuwachs erfolgt kraft Gesetzes. Er bedarf keiner Vereinbarung zwischen der Stadt Neu-Ulm und dem Landkreis Neu-Ulm. Durch wen die Aufgaben künf-

tig erledigt werden, ergibt sich aus dem mit der Auskreisung verbundenen Zuständigkeitswechsel und den dafür einschlägigen Vorschriften. Die Behauptung, es sei unklar, wer die Aufgaben künftig erfüllt, ist deshalb unrichtig.

- c) Gleichermaßen unrichtig ist die Behauptung, die künftig entstehenden Kosten seien nicht hinreichend abschätzbar. Das Gegenteil ergibt sich aus dem Antrag der Stadt Neu-Ulm vom 23.03.2018 und aus ihrem Schreiben vom 07.05.2019. Das Innenministerium setzt sich mit diesen detaillierten Ausführungen nicht auseinander. Seine Ausführungen sind nicht geeignet, diese Ausführungen zu erschüttern oder gar zu widerlegen.
- d) Die Entscheidung über den Antrag der Stadt Neu-Ulm kann nicht davon abhängig gemacht werden, dass im Zeitpunkt der Entscheidung feststeht, mit welchem Personal die Stadt Neu-Ulm die ihr zuwachsenden Aufgaben nach Erklärung zur kreisfreien Stadt künftig wahrnehmen wird. Es ist deshalb verfehlt, wenn das Innenministerium fordert, dass im Zeitpunkt der Entscheidung feststeht, durch wen die Aufgaben künftig erledigt werden (S. 10). Für die Regelung der Personalverhältnisse bei Auskreisungen sind §§ 128 bis 133 BRRG maßgebend. Für Angestellte und Arbeiter des Landkreises erfolgt eine Übernahme nach § 613 a BGB (Widtmann/Grasser/Glaser, Bayerische Gemeindeordnung, Stand 01.05.2018, Art. 5 Rn. 12). Die Kreisbeamten sind anteilig von der ausscheidenden Gemeinde zu übernehmen, die Stadt Neu-Ulm ist dazu bereit, wie sie bereits im Antrag vom 22.03.2018 darlegte. Einigen sich Landkreis und Gemeinde nicht, ist darüber im schiedsgerichtlichen Verfahren nach Art. 5 Abs. 3 Satz 5 GO zu entscheiden (Widtmann/Grasser/Glaser, a.a.O.).

Es verstößt deshalb gegen Art. 5 Abs. 3 GO, wenn das Innenministerium fordert, dass abschlussreife Übereinkünfte zwischen Stadt und Landkreis oder zumindest aufgabenspezifisch ausgearbeitete, umset-

zungsfähige Konzepte für die künftige Erledigung der kommunalen Aufgaben vorgelegt werden und dass die damit zusammenhängenden Personalfragen geklärt sind.

Nach S. 10 des Schreibens des Innenministeriums hat die Stadt Neu-Ulm mit Schreiben vom 07.05.2019 ein Organigramm für eine mögliche Aufbauorganisation einer kreisfreien Stadt Neu-Ulm vorgelegt. Sie hat ihre grundsätzliche Bereitschaft erklärt, für die Besetzung zusätzlich benötigter Stellen in einer Größenordnung von 98 Vollzeitäquivalenten Personal des Landkreises zu übernehmen. Allein die Tatsache, dass dazu keine entsprechende Vereinbarung mit dem Landkreis abgeschlossen wurde, kann nicht dazu führen, dies zu ignorieren und davon auszugehen, der Personalübergang und die Erfüllung der künftigen Aufgaben seien ungeklärt.

- e) Gleichmaßen verfehlt ist die Annahme, wichtige Fragen der kommunalen Daseinsvorsorge (Krankenhäuser, Schulen, Öffentlicher Personennahverkehr, Müllverkehr) seien weiterhin offen, dies stehe einer Auskreisung der Stadt Neu-Ulm entgegen (S. 10).

Wird die Stadt Neu-Ulm kreisfreie Stadt, ist sie für die akutstationäre Krankenhausversorgung (Art. 51 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 LKrO) zuständig. Diese wird bisher vor Ort durch die kreiskommunale Kreiskapitalstiftung Weißenhorn sichergestellt. Nach Erklärung zur kreisfreien Stadt hat die Stadt Neu-Ulm gem. Art. 51 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 LKrO „die erforderlichen Krankenhäuser zu errichten und zu unterhalten und die Hebammenhilfe für die Bevölkerung sicherzustellen“. Bereits im Antrag vom 22.03.2018 erklärte sich die Stadt unter c) bereit, eine angemessene Beteiligung als Verlustausgleich der Kliniken der Kreisspitalstiftung vorzunehmen und darüber gem. Art. 5 Abs. 3 Satz 3 GO Verhandlungen aufzunehmen. Die Stadt Neu-Ulm hat bei der Beurteilung der Auswirkungen auf die finanzielle Situation und die Leistungsfähigkeit der Stadt eine Defizitbeteiligung an den Krankenhäusern in Höhe von 2 Mio. EUR pro Jahr eingeplant (S. 4 der Sitzungsvorlage Nr.

SCR/2018/0006). Die Stadt Neu-Ulm hat bereits in der Ausarbeitung „Auswirkungen auf die finanzielle Situation und die Leistungsfähigkeit“ vom 02.03.2018 auf S. 50 darauf hingewiesen, dass die Krankenversorgung im Stadtgebiet Neu-Ulm auch unter Berücksichtigung der weiteren Krankenhäuser im gemeinsamen Oberzentrum Ulm/Neu-Ulm auch dann ausreichend sichergestellt ist, wenn die Stadt Neu-Ulm kreisfreie Stadt ist. Damit dürfte der Sicherstellungsauftrag der Stadt zunächst ruhen. Die Donauklinik könnte auch bei einer Kreisfreiheit der Stadt durch die Kreiskapitalstiftung weiter betrieben werden. Die Stadt hat bereits erklärt, dass in diesem Fall über die Übernahme (freiwillige) Investitionskosten bzw. Betriebskostendefizit verhandelt werden kann. Dies würde im Gegenzug entsprechende Mitentscheidungsrechte erforderlich machen.

Im Schreiben des Regierungspräsidenten von Schwaben vom 23.07.2018 heißt es dazu zutreffend, eine „weitere gemeinsame Nutzung“ der vorhandenen Struktur würde im Falle einer Kreisfreiheit der Stadt Neu-Ulm eine neue Form der Kooperation erfordern. Die Stadt Neu-Ulm ist zu einer solchen gemeinsamen Nutzung bereit. Sie setzt entsprechende Vereinbarungen mit dem Landkreis voraus. Dass solche Vereinbarungen abgeschlossen sind oder dass über den Abschluss solcher Vereinbarungen eine Einigung erzielt wurde, ist jedoch nicht Voraussetzung für die Erklärung der Kreisfreiheit. Ohne eine solche Vereinbarung werden die bisherigen Einrichtungen der kreiskommunalen Kreisspitalstiftung Weißenhorn weiter betrieben. Dadurch ist die akutstationäre Krankenhausversorgung sichergestellt. Die Stadt Neu-Ulm ist nicht verpflichtet, neue Einrichtungen und Kapazitäten zu schaffen. Gleichwohl hat sie bereits mit dem Auskreisungsantrag ihre Bereitschaft erklärt, über die Übernahme von Investitionskosten bzw. Betriebskostendefiziten der Donauklinik zu verhandeln. Dass es nicht zu Verhandlungen kam, liegt an der ablehnenden Haltung des Landkreises, nicht an der Haltung der Stadt Neu-Ulm.

Auch im Hinblick auf Krankenhäuser ergeben sich die Folgen der Kreisfreierklärung der Stadt Neu-Ulm aus dem Gesetz. Vereinbarungen zwischen dem Landkreis Neu-Ulm und der Stadt Neu-Ulm sind nicht Voraussetzung für den Erlass der beantragten Rechtsverordnung. Unabhängig davon hat sich die Stadt Neu-Ulm bereiterklärt, über eine Investitions- und Kostenbeteiligung an der Donauklinik und damit über neue Kooperationsformen zu sprechen, falls sie zur kreisfreien Stadt erklärt wird. Es verfehlt Art. 5 Abs. 3 GO, wenn das Innenministerium meint, dem Antrag der Stadt könne erst dann stattgegeben werden, wenn insoweit Vereinbarungen oder zumindest ausgearbeitete umsetzungsreife Konzepte vorliegen.

Gleichermaßen unrichtig ist die Annahme des Innenministeriums auf S. 10, im Bereich der Schulen bleibe offen, wie die Aufgabenerledigung künftig organisiert werden soll. Auf S. 11 ff. der Ausarbeitung der Stadt Neu-Ulm vom 02.03.2018 zu den „Auswirkungen auf die finanzielle Situation und die Leistungsfähigkeit“ sind die Folgen der Kreisfreierklärung für das Schulwesen ausführlich dargestellt.

Entsprechendes gilt für den im Schreiben des Innenministeriums angesprochenen öffentlichen Personennahverkehr (S. 24 des Berichts zur Untersuchung des Themas Kreisfreiheit (Art. 5 BayGemO)) und für die Abfallwirtschaft (S. 16 des Berichts zur Untersuchung des Themas Kreisfreiheit (Art. 5 BayGemO)).

- f) Unabhängig von den Einzelheiten ist es im Ansatz verfehlt, den Antrag mit der Begründung abzulehnen, es sei nicht ausreichend geklärt und geregelt, wie und durch wen die Aufgabenerledigung, gegebenenfalls in neuen Formen der interkommunalen Zusammenarbeit, nach der Auskreisung erfolgt. Dies würde dazu führen, dass es der betroffene Landkreis in der Hand hat, durch die Ablehnung entsprechender Gespräche, Verhandlungen und Vereinbarungen die Anwendung von Art. 5 Abs. 3 GO unmöglich zu machen. Ein Landkreis, der – wie im vor-

liegenden Fall – die Auskreisung aus grundsätzlichen Erwägungen ablehnt, ist nicht bereit, konkrete Lösungen für den Fall der Kreisfreierklärung zu vereinbaren. Er kommt nicht an den Verhandlungstisch und verhindert deshalb entsprechende Verhandlungen und Vereinbarungen. Entsprechende Verhandlungen wurden bereits vor der Antragstellung geführt, brachten jedoch kein Ergebnis (S. 2 des Antrags vom 22.03.2018).

Mit Schreiben vom 14.11.2018 forderte die Regierung von Schwaben von der Stadt Neu-Ulm abschlussreife Übereinkünfte zwischen Stadt und Landkreis für den Fall einer Kreisfreierklärung. Genannt wurden insbesondere die Bereiche der akutstationären Krankenhausversorgung, die Abfallentsorgung, der Betrieb des Jobcenters und der Schulen. Des Weiteren seien aufgabenspezifisch ausgearbeitete, umsetzungsreife Konzepte zu weiteren Aufgabenbereichen wie z.B. Rettungsdienst erforderlich. Hierzu soll in Verhandlungen mit dem Landkreis Neu-Ulm eingetreten werden.

Die Stadt Neu-Ulm hat sich deshalb mit Schreiben vom 19.12.2018 an den Landkreis gewandt, um dessen Positionen zu den von der Regierung von Schwaben genannten Themen zu klären. In der Sitzungsvorlage des Landkreises Neu-Ulm vom 01.03.2019 zu TOP-Nr.: 20 der nichtöffentlichen Sitzung des Kreisausschusses vom 15.03.2019 heißt es dazu, in den Antwortschreiben als auch im persönlichen Austausch zwischen Vertreterinnen und Vertretern der Stadt und des Landkreises am 22.01.2019 sei darauf verwiesen worden, dass zu Themen, zu denen die Verwaltung nicht befugt ist, verbindliche Vorschläge zu machen, eine politische Beschlussfassung erforderlich sei. Diese soll nun erfolgen, um die Verhandlungsposition des Landkreises Neu-Ulm für den Fall einer Kreisfreierklärung der Stadt Neu-Ulm aufzuzeigen. Anschließend heißt es, in dieser Sitzungsvorlage gehe es darum zu klären, welche Verhandlungsposition der Landkreis Neu-Ulm im Hinblick auf vermögensrechtliche Ausgleichszahlungen für Liegenschaften einnehmen soll. Grund dafür sei insbesondere, dass die Stadt Neu-

Ulm infolge der Auskreisung Schulaufwandsträger für 5 Schulen würde und für 2 Schulen Sonderlösungen erforderlich würden. Die entsprechenden Liegenschaften gehörten aber dem Landkreis Neu-Ulm. Nachfolgend wird dargestellt, welche Argumente aus Sicht des Landkreises Neu-Ulm dafür sprechen, dass das Eigentum an den Landkreisliegenschaften und sonstigen Vermögenswerten mit Auskreisung nicht automatisch an die Stadt Neu-Ulm überginge und dass die Stadt Neu-Ulm den Landkreis Neu-Ulm im Falle der Übertragung des Eigentums zu entschädigen hätte.

Die Ausführungen beziehen sich ausschließlich auf die vermögensrechtlichen Fragen, nicht jedoch auf die von der Regierung von Schwaben und von der Stadt Neu-Ulm geforderte Klärung der Aufgabenerfüllung in den Bereichen akutstationäre Krankenhausversorgung, Abfallentsorgung, Jobcenter, Schulen. Der Landkreis Neu-Ulm hat sich diesen Verhandlungen entzogen. Deshalb kam es nicht zu konkreten, abschlussreifen Festlegungen bzw. Vereinbarungen.

- g) Das Schreiben des Innenministeriums beruht auf der Art. 5 Abs. 3 GO widersprechenden Vorstellung, dem Antrag der Stadt Neu-Ulm könnte nur dann stattgegeben werden, wenn ein ausgearbeitetes, umsetzungsreifes Konzept für die künftige Erledigung der kommunalen Aufgaben vorgelegt wird, das die Überleitung von Personal klärt, außerdem konkrete Festlegungen und Vereinbarungen, durch wen und wie die Aufgaben künftig erledigt werden sollen.

Wird die Stadt Neu-Ulm zur kreisfreien Stadt erklärt, ergibt sich der Aufgabenübergang aus den gesetzlichen Vorschriften. Dazu bedarf es keiner ergänzenden Regelung in der Rechtsverordnung, auch keinen ergänzenden Regelungen zwischen der Stadt Neu-Ulm und dem Landkreis Neu-Ulm. Die Erklärung der Stadt Neu-Ulm zur kreisfreien Stadt setzt voraus, dass die Stadt Neu-Ulm hinreichend leistungsfähig ist, die zusätzlichen Aufgaben, die mit der Kreisfreiheit verbunden sind, ordnungsgemäß zu erfüllen. Die Leistungsfähigkeit hat die Stadt

im Einzelnen in ihrem Antrag und der nachfolgenden Korrespondenz dargelegt. Das Schreiben des Innenministeriums vom 28.06.2019 setzt sich damit nicht substantiiert auseinander und kommt nicht zu dem Ergebnis, die Leistungsfähigkeit der Stadt sei (teilweise) nicht gegeben.

Entscheidend ist, dass im Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag der Stadt Neu-Ulm ihre Leistungsfähigkeit im Hinblick auf die Erledigung der zusätzlichen Aufgaben zu bejahen ist. Dafür genügt es entgegen der Auffassung des Innenministeriums, dass die Aufgabe durch die Stadt Neu-Ulm „lösbar“ ist. Wie sie die Aufgabe erfüllt, steht in ihrem organisatorischen Ermessen. Für die Entscheidung der Staatsregierung reicht es aus, dass die Stadt Neu-Ulm hinreichend leistungsfähig ist, um die zusätzlichen Aufgaben zu erfüllen. Diesen Nachweis hat die Stadt durch das von ihr vorgelegte Organigramm sowie den vorgelegten fiktiven Haushaltsplan geführt. Das Schreiben des Innenministeriums enthält keine sachliche Kritik an diesen Unterlagen.

- h) Das Innenministerium kritisiert, dass z.B. für das Müllkraftwerk kein Konzept zur Weiterbenutzung durch die Stadt vereinbart wurde. Die Stadt strebt insoweit nach dem Bericht der Regierung von Schwaben vom 02.05.2019 eine kooperative Lösung an. Im Antrag vom 22.03.2018 hat die Stadt angeboten, den Hausmüll auch künftig im Müllkraftwerk Weißenhorn zu entsorgen und eine entsprechende Zweckvereinbarung abzuschließen. Die „Fixierung“ dieser kooperativen Lösung ist für die positive Entscheidung über den Antrag der Stadt nicht erforderlich.

Wird die Stadt kreisfreie Stadt, geht die bisher dem Landkreis obliegende Aufgabe der ordnungsgemäßen Entsorgung der Abfälle zur Beseitigung auf die Stadt Neu-Ulm über. Diese Aufgabe kann auf verschiedene Weise erfüllt werden, z.B. durch eine kooperative Lösung mit dem Landkreis Neu-Ulm zur Benutzung des Müllkraftwerks Weißenhorn. Gleichermäßen ist es möglich, dass die Stadt die Leistung

ausschreibt und durch Dritte gegen Entgelt erbringen lässt. Auf welcher Weise die Stadt diese Aufgabe erfüllt, hat sie in eigener Verantwortung unter Beachtung der abfallrechtlichen Vorgaben zu entscheiden. Die Kreisfreierklärung der Stadt Neu-Ulm kann nicht davon abhängig machen, dass diese Entscheidung getroffen ist und dass genauer festgelegt ist, wie die künftige Entsorgung der Abfälle zur Beseitigung erfolgt.

- i) Der Übergang der Schulträgeraufgaben bei Kreisfreierklärung der Stadt Neu-Ulm ist gesetzlich geregelt. Entscheidend ist, ob die Stadt in der Lage ist, diese neue Aufgabe zu erfüllen. Dabei sind die Möglichkeiten zu berücksichtigen, die das Bayerische Schulfinanzierungsgesetz (BaySchFG) für Kooperationslösungen bietet. Für Berufsschulen sind nach Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BaySchFG die kreisfreien Gemeinden Aufwandsträger. Nach Abs. 3 kann eine kommunale Körperschaft, die nicht oder nicht allein nach Abs. 1 verpflichtet ist, sich verpflichten, den Schulaufwand anstelle der verpflichteten Körperschaft zu tragen. Diese Lösung hat die Stadt Neu-Ulm vorgeschlagen. Alternativ kommt die Bildung eines eigenen Schulverbandes nach Art. 3 Abs. 1 Satz 3 BaySchFG i.V.m. Art. 17 ff. KommZG in Betracht. Gem. Art. 28 KommZG kommt die Bildung eines Pflichtverbandes in Betracht. Diese Möglichkeiten können bei der Entscheidung über den Antrag der Stadt Neu-Ulm nicht „ausgeblendet“ werden, da sie die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe gewährleisten.

3. Vermögensrechtliche Folgen

- a) Gem. Art. 5 Abs. 3 Satz 3 GO kann die Rechtsverordnung finanzielle Verpflichtungen der ausscheidenden Gemeinde gegenüber dem Landkreis festlegen. Solche Zahlungen werden i.d.R. in einer einmaligen oder auf eine bestimmte Zahl von Jahren begrenzten Entschädigung an den Landkreis für den Ausfall von Kreisumlagen oder für andere finanzielle Nachteile bestehen. Die Festsetzung von Ausgleichs-

leistungen dient vor allem dazu, die Leistungsfähigkeit des verbleibenden Landkreises zu gewährleisten (Widtmann/Grasser/Glaser, a.a.O., Art. 5 Rn. 10). Die Regelung zeigt, dass der Gesetzgeber die Auskreierung einer Gemeinde auch dann für zulässig hält, wenn sie mit ausgleichsbedürftigen finanziellen Nachteilen für den Landkreis verbunden ist. Diese finanziellen Nachteile können durch die Festlegung einer Ausgleichspflicht der Gemeinde gegenüber dem Landkreis kompensiert werden.

Das Schreiben des Innenministeriums enthält dazu keine Ausführungen. Der Grund dürfte darin liegen, dass nach Auffassung des Innenministeriums die finanziellen Nachteile für den Landkreis derzeit nicht abschätzbar sind (S. 12 des Schreibens unter Bezugnahme auf den Bericht der Regierung von Schwaben vom 02.05.2019, dort VI, S. 3 f.).

- b) Nach Art. 5 Abs. 3 Satz 4 GO werden die vermögensrechtlichen Verhältnisse „im übrigen“ durch Übereinkunft zwischen dem Landkreis und der ausscheidenden Gemeinde geregelt. Kommt eine Übereinkunft nicht zustande, entscheiden nach Satz 6 das Verwaltungsgericht und in der Berufungsinstanz der Verwaltungsgerichtshof als Schiedsgerichte.

Das Innenministerium räumt ein (S. 11 f.), dass die Gemeindeordnung nicht zwingend voraussetzt, dass die bilateral zwischen den beiden Gebietskörperschaften zu treffende Übereinkunft über die vermögensrechtlichen Verhältnisse vorliegen muss, bevor über den Erlass einer Rechtsverordnung zur Verleihung der Kreisfreiheit entschieden wird. Im vorliegenden Fall führe das Fehlen solcher Vereinbarungen letztlich aber dazu, dass keine belastbaren Aussagen über die finanziellen Auswirkungen einer Auskreierung getroffen werden können. Es gebe keine Basis für die Zuordnung kostenintensiver Aufgaben und kommunaler Infrastruktur, so dass sich das umzulegende Ausgabevolumen auch nicht annähernd seriös abschätzen lasse.

Da diese Fragen in der Vereinbarung nach Art. 5 Abs. 3 S. 4 60 geregelt werden können und da diese Vereinbarung bei Erlass der Rechtsverordnung nicht vorliegen muss, geht dieses Argument fehl. Es ist Aufgabe vom Landkreis und Stadt nach Klärung der offenen Kooperationsfragen die finanziellen Auswirkungen zu ermitteln und darüber eine Vereinbarung zu treffen. Gelingt dies nicht, haben Verwaltungsgericht bzw. Verwaltungsgerichtshof als Schiedsgericht zu entscheiden. Dass die finanziellen Auswirkungen bei Erlass der Rechtsverordnung im Detail noch nicht fortbestehen und nicht vertraglich geregelt sind, steht dem Erlass der Rechtsverordnung nicht entgegen. Entscheidend ist, dass die finanziellen Auswirkungen unter Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit des Landkreises „lösbar“ sind.

4. Leistungsfähigkeit des Landkreises

- a) Nach Art. 5 Abs. 3 Satz 2 GO ist auf die Leistungsfähigkeit des Landkreises „Rücksicht zu nehmen“. Bemerkenswert ist, dass die ursprünglich vorgeschlagene Formulierung, dass die Leistungsfähigkeit des Landkreises bei Auskreisungen „gewahrt bleiben muss“, durch die jetzige Formulierung ersetzt wurde. Dies kommt einer erheblichen Abschwächung gleich (Widtmann/Grasser/Glaser, a.a.O., Art. 5 Rn. 10).
- b) Auf S. 12 des Schreibens des Innenministeriums heißt es, es gebe keine belastbaren Aussagen über die finanziellen Auswirkungen einer Auskreisung. Deshalb gebe es keine Basis für die Zuordnung kostenintensiver Aufgaben und kommunaler Infrastruktur, so dass sich das umzulegende Ausgabevolumen nicht annähernd seriös abschätzen lasse. Die gebotene Rücksichtnahme auf die Leistungsfähigkeit des Landkreises führe deshalb in der Abwägung dazu, dass die Gründe des öffentlichen Wohls, die gegen eine Auskreisung sprechen, überwiegen.

Die Ausführungen nehmen Bezug auf den Bericht der Regierung von Schwaben vom 02.05.2019. Dort heißt es, über die finanziellen Aus-

wirkungen einer Kreisfreierklärung der Stadt Neu-Ulm auf den verbleibenden Landkreis lasse sich „nur vage spekulieren“ (S. 3). Dies ergebe sich aus der derzeit offenen Wahrnehmung von Kooperationsmöglichkeiten, insbesondere im Hinblick auf die Kreiskliniken. Eine belastbare Einschätzung der finanziellen Folgen einer Kreisfreierklärung der Stadt Neu-Ulm insbesondere für den Landkreis und eine Taxierung eventueller Ausgleichsverpflichtungen i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Satz 3 GO sei „erst auf Grundlage eines umfassend-umsetzungsreifen Transformationskonzepts möglich“ (S. 4). Die Regierung von Schwaben meint, die finanziellen Auswirkungen auf Stadt und Landkreis seien „derzeit völlig offen“ (S. 5).

Auf S. 28 der Sitzungsvorlage vom 09.10.2018 führt der Landkreis aus, bei einem aktuellen Kreisumlagehebesatz von 48,50% müsste dieser bei einer Auskreisung der Stadt Neu-Ulm wohl dauerhaft über der 50%-Marke liegen, um die Leistungsfähigkeit des Landkreises zu erhalten. Für die verbleibenden kreisangehörigen Gemeinden bestehe dadurch das Risiko einer deutlichen Verschlechterung ihrer dauernden Leistungsfähigkeit.

- c) Diese sehr allgemeinen Aussagen sind nicht geeignet, die detaillierten Berechnungen der Stadt Neu-Ulm in ihrem Antrag und in der Ausarbeitung „Auswirkungen auf die finanzielle Situation und die Leistungsfähigkeit“ vom 02.03.2018 als im Ergebnis wertlos zu qualifizieren. Richtig ist, dass die Auswirkungen der Kreisfreierklärung auf die Leistungsfähigkeit des Landkreises auf prognostischer Grundlage hinreichend verlässlich zu ermitteln sind, damit sie in eine fehlerfreie Gesamtabwägung einbezogen werden können. Grundlage müssen die derzeit vorhandenen rechtlichen Rahmenbedingungen und die voraussehbaren Entwicklungen sein. Es geht deshalb fehl, wenn die Regierung von Schwaben auf S. 3 ihres Berichts vom 02.05.2019 unter VI meint, über die finanziellen Auswirkungen der Kreisfreierklärung der Stadt Neu-Ulm lasse sich „schon in Anbetracht der allgemeinen Un-

wägbarkeiten, denen die wirtschaftliche Entwicklung und in Abhängigkeit davon auch die Kommunal- und die – wegen Schlüssel- und Finanzzuweisung hier bedeutsamen – Staatsfinanzen ausgesetzt sind, nur vage spekulieren“. Wäre dies zutreffend, könnten die Auswirkungen einer Kreisfreierklärung nie ermittelt werden, eine Kreisfreierklärung würde schon aus diesem Grund scheitern, obwohl sie in Art. 5 Abs. 3 GO vorgesehen ist.

Notwendig ist eine Prognose aufgrund vorliegender Tatsachen und voraussehbarer Entwicklungen. In die Prognose sind Kooperationen einzubeziehen. Eine solche Prognose hat die Stadt Neu-Ulm erstellt und dabei auch finanzielle Beiträge für die Donauklinik durch die Stadt Neu-Ulm einbezogen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Stadt Neu-Ulm bereit ist, sich bei Aufrechterhaltung des Klinikverbundes zu 35% an der Finanzierung der Kreisklinik zu beteiligen und zudem noch Investitionskostenzuschüsse für die Donauklinik in Neu-Ulm zu leisten, was sie in ihrem Fiktiv-Haushalt abgebildet hat (Bericht der Regierung von Schwaben vom 02.05.2019, S. 4). Auf dieser Grundlage lassen sich die finanziellen Auswirkungen abschätzen, auch wenn der Landkreis Neu-Ulm, der sich der Stadtkreiserklärung widersetzt, diesem Vorschlag bisher nicht zugestimmt hat. Es trifft deshalb nicht zu, dass sich über die finanziellen Auswirkungen „nur vage spekulieren“ lässt. Der endgültige, die Leistungsfähigkeit sicherstellende Ausgleich erfolgt in der Vereinbarung gem. Art. 5 Abs. 3 Satz 4 GO oder im gem. S. 6 nachfolgenden schiedsgerichtlichen Verfahren.

5. Selbstverwaltungsrecht

- a) Das Innenministerium geht auf S. 12 f. seines Schreibens davon aus, die Ablehnung des Antrags der Stadt Neu-Ulm auf Erklärung der Kreisfreiheit verletze die Stadt nicht in ihrem verfassungsrechtlich gewährleisteten Recht auf kommunale Selbstverwaltung. Das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden umfasse nicht das Recht, unter be-

stimmten Voraussetzungen für kreisfrei erklärt zu werden (unter Bezugnahme auf das Urteil des VGH München vom 29.10.1964 – 77 IV 63 – DÖV 1964, 849 = BayVBl. 1965, 59 = BayVGHE 17, 106). Dies gelte nach der Rechtsprechung selbst dann, wenn alle gesetzlichen Voraussetzungen einer Kreisfreierklärung vorliegen.

Das Ministerium habe bei seiner Entscheidung über den Antrag der Stadt Neu-Ulm deren gemeindliches Selbstverwaltungsrecht im Rahmen einer umfassenden Abwägung berücksichtigt. Dasselbe gelte für das Selbstverwaltungsrecht des Landkreises, wenngleich dieses im Verhältnis zum gemeindlichen Selbstverwaltungsrecht grundsätzlich nachrangig sei. Dabei seien der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung allerdings keine Vorgaben bei der Aufgabenverteilung zwischen Landkreisen und Gemeinden im Sinne eines Subsidiaritätsprinzips im Einzelnen zu entnehmen.

Im vorliegenden Fall sei auch das Selbstverwaltungsrecht der verbleibenden kreisangehörigen Gemeinden zu berücksichtigen, das im Falle einer Auskreisung der Stadt Neu-Ulm berührt wäre. Da die finanziellen Auswirkungen einer Auskreisung derzeit nicht abzuschätzen seien, sei eine Beeinträchtigung der Erledigung kommunaler Aufgaben in diesen Gemeinden wegen einer möglichen Belastung durch den Wegfall der Stadt Neu-Ulm bei der Heranziehung zur Kreisumlage nicht auszuschließen.

Im Ergebnis komme das Ministerium deshalb zu dem Ergebnis, dass auch unter Berücksichtigung des verfassungsrechtlich gewährleisteten gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts der Stadt Neu-Ulm, dem die Staatsregierung hohes Gewicht beimesse, die überwiegenden Gründe des öffentlichen Wohls gegen eine Erklärung der Kreisfreiheit sprechen.

- b) Es ist richtig, dass die Entscheidung nach Art. 5 Abs. 3 GO eine Gesamtabwägung des Verordnungsgebers auf der Grundlage der von ihm zu definierenden und zu ermittelnden Gründe des öffentlichen

Wohls voraussetzt. Es gibt keinen Automatismus dahingehend, dass bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 3 GO der Verordnungsgeber verpflichtet ist, eine Gemeinde für kreisfrei zu erklären. Art. 5 Abs. 3 GO bringt dies dadurch zum Ausdruck, dass Gemeinden unter den dort genannten Voraussetzungen für kreisfrei erklärt werden „können“ (Widtmann/Grasser/Glaser, a.a.O., Art. 5 Rn. 7, die Ermessen des Verordnungsgebers annehmen; VGH München, a.a.O.; siehe auch meine Stellungnahme vom 21.11.2018 S. 10 f.).

- c) Das Innenministerium hat zutreffend erkannt, dass das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht der Stadt Neu-Ulm im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen ist. Es hat weiter zutreffend erkannt, dass das Selbstverwaltungsrecht des Landkreises gegenüber dem Selbstverwaltungsrecht der Stadt Neu-Ulm grundsätzlich nachrangig ist. Dies entspricht der Rechtsprechung zu Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 10, 11 BV. Die Einzelheiten dazu sind in meiner Stellungnahme vom 21.11.2018 auf S. 12 bis 18 dargestellt.

Allerdings erschöpft sich die Aussage des Innenministeriums in einer Leerformel dahingehend, es habe bei seiner Entscheidung das Selbstverwaltungsrecht der Stadt Neu-Ulm und dessen Vorrang vor dem Selbstverwaltungsrecht des Landkreises berücksichtigt. Weitere Ausführungen dazu enthält das Schreiben nicht. Es fehlen Aussagen zur Bedeutung und zum Umfang des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts und zum „Zuwachs“ an Selbstverwaltungsangelegenheiten, wenn dem Antrag der Stadt Neu-Ulm stattgegeben wird.

- d) Wird die Stadt Neu-Ulm zur kreisfreien Stadt erklärt, ist sie ausschließlich und alleine zuständig für die Wahrnehmung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft i.S.v. Art. 28 Abs. 2 GG. Sie steht dann nicht mehr in Konkurrenz zur Wahrnehmung der Aufgaben des Landkreises Neu-Ulm als Gemeindeverband. Dies gilt insbesondere für die Wahrnehmung von Ergänzungs- und Ausgleichsaufgaben des Landkreises. Diese fallen weg, wenn die Stadt Neu-Ulm kreisfreie Stadt

wird. Dasselbe gilt für die vom Landkreis nach Art. 5 der Landkreisordnung wahrgenommenen „eigenen Angelegenheiten“. Die Erklärung der Stadt Neu-Ulm zum Stadtkreis hat einen erheblichen Zuwachs an Aufgaben, Gestaltungsmöglichkeiten und Verantwortung für die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zur Folge. Dieser Zuwachs an Selbstverwaltungsaufgaben wird im Schreiben des Innenministeriums nicht erwähnt. Die Begründung ist insoweit defizitär.

Die Erklärung der Stadt Neu-Ulm zur kreisfreien Stadt führt außerdem dazu, dass für das Gebiet der Stadt Neu-Ulm die Aufgaben, die der Landkreis Neu-Ulm bisher als übertragene Angelegenheiten i.S.v. Art. 6 der Landkreisordnung wahrgenommen hat, auf die Stadt übergehen. Als kreisfreie Stadt erfüllt Neu-Ulm gem. Art. 9 Abs. 1 Satz 1 GO im übertragenen Wirkungskreis alle Aufgaben, die sonst vom Landratsamt als der unteren Verwaltungsbehörde wahrzunehmen sind, sie ist insoweit Kreisverwaltungsbehörde. Dabei handelt es sich zwar nicht um Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, sondern um die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben. Gleichwohl ist mit dem Übergang dieser Aufgaben eine Stärkung der kreisfreien Stadt und damit auch eine Stärkung der Wahrnehmung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft verbunden.

Art. 9 Abs. 1 Satz 2 GO bestimmt, dass die kreisfreie Stadt außerdem die den Landkreisen obliegenden Aufgaben des eigenen und des übertragenen Wirkungskreises als eigene Aufgabe erfüllt. Dabei handelt es sich um die Wahrnehmung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft (Prandl u.a., a.a.O., Art. 9 Rn. 3), somit um die Wahrnehmung des Selbstverwaltungsrechts aus Art. 28 Abs. 2 GG bzw. Art. 11 BV.

- e) Das Innenministerium ist der Auffassung, aus der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung für Gemeinden ergäben sich keine Vorgaben bei der Aufgabenverteilung zwischen Landkreisen und Gemeinden im Sinne eines Subsidiaritätsprinzips.

Diese Auffassung ist unzutreffend.

In meiner Stellungnahme vom 21.11.2018 ist unter II 4, 5 (S. 12 ff., S. 15 ff.) die Rechtsprechung zum Entzug von Aufgaben der Gemeinden durch den Gesetzgeber und zur Übertragung dieser Aufgaben auf den Landkreis dargestellt. Danach ergibt sich sowohl aus dem Grundgesetz als auch aus der Bayerischen Landesverfassung ein verfassungsrechtliches Aufgabenverteilungsprinzip, nach dem grundsätzlich ein Vorrang der Gemeindeebene vor der Kreisebene besteht. Der Gesetzgeber hat dieses verfassungsrechtliche Aufgabenverteilungsprinzip zu beachten. Er darf den Gemeinden örtliche Aufgaben nur aus Gründen des Gemeinwohls entziehen, vor allem dann, wenn anders die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung nicht sicherzustellen ist. Das bloße Ziel der Verwaltungsvereinfachung oder die Zuständigkeitskonzentration – etwa im Interesse der Übersichtlichkeit der öffentlichen Verwaltung – scheidet als Rechtfertigung für einen Aufgabenentzug aus (so ausdrücklich BVerfG, NVwZ 2015, 728 Rn. 51, 54, 58; NVwZ 2018, 140 Rn. 84). Gesetzliche Regelungen, die den Gemeinden Aufgaben entziehen, sind auf ihre Vereinbarkeit mit dem grundsätzlichen Zuständigkeitsvorrang zu Gunsten der Gemeinden zu prüfen, wenn sie Bezüge zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft aufweisen. Gründe der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der öffentlichen Verwaltung rechtfertigen eine Hochzoning von Aufgaben auf die Landkreisebene erst, wenn ein Belassen der Aufgaben bei den Gemeinden zu einem unverhältnismäßigen Kostenanstieg führen würde. Die Verfassung setzt den ökonomischen Erwägungen den politisch-demokratischen Gesichtspunkt der Teilnahme der örtlichen Bürgerschaft an der Erledigung ihrer öffentlichen Aufgaben entgegen und gibt ihm den Vorzug (BVerfG, NVwZ 2018, 140 Rn. 84). Zu den grundlegenden Strukturmerkmalen von Art. 28 Abs. 2 GG gehört die Eigenständigkeit der Gemeinden auch und gerade gegenüber den Landkreisen. Dazu gehört das durch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG statuierte verfassungsrechtliche Aufgabenverteilungsprinzip hinsichtlich aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu Gunsten der Gemeinden,

das der zuständigkeitsverteilende Gesetzgeber zu beachten hat (BVerfG, a.a.O.). Dasselbe ergibt sich aus Art. 11 BV (S. 15 meiner Stellungnahme vom 21.11.2018).

Die dargestellte Rechtsprechung bezieht auf den Entzug von Aufgaben der Gemeinden durch den Gesetzgeber und Übertragung dieser Aufgaben auf den Landkreis. Für den umgekehrten Fall, dass Aufgaben vom Landkreis auf eine Gemeinde übergehen, die zur kreisfreien Stadt erklärt wird, gibt es keine Rechtsprechung. Dies liegt ausschließlich daran, dass es diese Fälle bislang nicht gab und dass die Gerichte deshalb keinen Anlass hatten, darüber zu entscheiden. Aus der vorliegenden Rechtsprechung kann deshalb nicht geschlossen werden, dass sie nur für den Aufgabenentzug gilt, nicht jedoch für den mit dem Antrag auf Erklärung der Kreisfreiheit verbundenen Zuwachs an Aufgaben. In keiner der vorliegenden Entscheidungen wird die Bedeutung von Art. 28 Abs. 2 bzw. Art. 11 BV beschränkt auf ein reines „Abwehrrecht“.

Das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde dient nicht nur dazu, Eingriffe des Staates in ihrer Rechtsposition abzuwehren. Vielmehr können sich daraus auch positive Schutz- und Leistungsansprüche ergeben. Das verfassungsrechtlich vorgegebene Aufgabenverteilungsprinzip zwischen Gemeinden und Landkreisen ist nicht nur bei Eingriffen in die Selbstverwaltungsgarantie zu beachten, sondern stets dann, wenn der Gesetzgeber Aufgaben zwischen Gemeinde und Landkreis verteilt. Dazu nehme ich Bezug auf S. 20 ff. meiner Stellungnahme vom 21.11.2018 und das dort wiedergegebene Zitat aus dem Gutachten von Hermes zur Kreisfreiheit der Stadt Hanau. Danach kann das Aufgabenverteilungsprinzip in einen organisationsbezogenen Vorrang der Kreisunabhängigkeit umschlagen, „wenn nach den konkreten Umständen des Einzelfalls keine nennenswerten Aufgaben des Kreises bezogen auf eine ausreichend große und verwaltungsstarke kreisangehörige Stadt übrig bleiben“.

Entgegen der Auffassung des Innenministeriums begründen Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 11 BV einen verfassungsrechtlichen Vorrang der Gemeinden bei der Regelung der Aufgabenverteilung zwischen Landkreisen und Gemeinden, im vorliegenden Fall den Vorrang der Stadt Neu-Ulm vor dem Landkreis Neu-Ulm. Das darin liegende Subsidiaritätsprinzip hat das Bundesverfassungsgericht anerkannt. Es stellte fest, dass Art. 28 Abs. 2 GG die Gemeinden mit Zuständigkeit für Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ausgestattet und damit die dezentrale Verwaltungsebene besonders hervorgehoben hat. Im gleichen Sinn hätten die Landesverfassungen nach 1945 eine Vermutung zu Gunsten der kommunalen gegenüber der staatlichen Zuständigkeit normiert. Diese Festlegung eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses sei Ausdruck eines materiell verstandenen Prinzips dezentraler Aufgabenansiedlung. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG hat diesem Prinzip – begrenzt auf die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft – Ausdruck verliehen (BVerfGE 79, 127, 148 f.). Dieses Prinzip liegt auch Art. 10, 11 BV zugrunde.

Die Aussage des Innenministeriums, aus der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung folgten keine Vorgaben bei der Aufgabenverteilung zwischen Landkreis und Gemeinden im Sinne eines Subsidiaritätsprinzips ist nach alledem unrichtig. Aus Art. 28 Abs. 2 GG bzw. Art. 10, 11 BV ergibt sich nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts das Gegenteil.

- f) Das Innenministerium meint, im Rahmen der Abwägung sei auch das Selbstverwaltungsrecht der verbleibenden kreisangehörigen Gemeinden zu berücksichtigen, das im Falle einer Auskreisung der Stadt Neu-Ulm „berührt“ wäre, nämlich durch eine nicht auszuschließende Erhöhung der Kreisumlage. Tatsächliche Feststellungen dazu liegen nicht vor, weil das Innenministerium der Auffassung ist, die finanziellen Folgen der Auskreisung der Stadt Neu-Ulm seien nicht überschaubar. Im Schreiben des Innenministeriums wird nicht erwähnt, dass der Landkreis von einer möglichen Erhöhung der Kreisumlage von 48,5 auf

50% ausgeht. Die Beeinträchtigung der finanziellen Leistungsfähigkeit der verbleibenden kreisangehörigen Gemeinden durch eine Erhöhung der Kreisumlage mag ein in der Gesamtabwägung zu berücksichtigender Gesichtspunkt sein. Dies setzt jedoch voraus, dass das Ausmaß dieser Belastung ermittelt und bewertet wird. Allein die Annahme, die Erhöhung der Kreisumlage sei „nicht auszuschließen“, genügt nicht, um den nach dem Subsidiaritätsprinzip prinzipiell gegebenen Vorrang der Stadt Neu-Ulm bei der Erfüllung von Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft zurückzustellen und den Antrag der Stadt Neu-Ulm abzulehnen.

6. Demokratieprinzip

Das Demokratieprinzip wird im Schreiben des Innenministeriums nicht als abwägungsleitender Gesichtspunkt erwähnt. Es bleibt völlig unberücksichtigt. Dies ist fehlerhaft.

In meiner Stellungnahme vom 21.11.2018 ist unter III 5 (S. 26 f.) dargelegt, dass nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung das Demokratieprinzip als tragendes, die kommunale Selbstverwaltung maßgeblich prägendes Verfassungsprinzip zur Konkretisierung des öffentlichen Wohls heranzuziehen ist. Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung ist Ausdruck der grundgesetzlichen Entscheidung für eine dezentral organisierte und bürgerschaftlich getragene Verwaltung. Kommunale Selbstverwaltung bedeutet ihre Intention nach Aktivierung der Beteiligten für ihre eigenen Angelegenheiten, die die örtliche Gemeinschaft zur eigenverantwortlichen Erfüllung öffentlicher Aufgaben zusammenschließt mit dem Ziel, das Wohl der Einwohner zu fördern und die geschichtliche und örtliche Eigenart zu wahren. Nach Art. 11 Abs. 4 BV dient die Selbstverwaltung der Gemeinden dem Aufbau der Demokratie in Bayern von unten nach oben. Der bayerische Verfassungsgeber hat dadurch die besondere demokratische Legitimation der kommunalen Selbstverwaltung und ihre Bedeutung für den demokratischen Staatsaufbau betont. Die Gemeinden nehmen insoweit im Staatsleben – anders als die Landkreise – einen besonderen Platz ein (Wolff, in:

Lindner/Möstl/Wolf, Verfassung des Freistaates Bayern, 2. Aufl. 2017, Art. 11 Rn. 69). Durch Art. 11 Abs. 4 BV wird das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden in Bezug zum Demokratieprinzip des Art. 2 BV gestellt und den Gemeinden besondere Bedeutung im demokratischen Staatswesen beigegeben (Holzner, Verfassung des Freistaates Bayern, 2014, Art. 11, 12 Rn. 100 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des VerfGH).

7. Gleichheitssatz

Bei der Bestimmung des Wohls der Allgemeinheit und im Rahmen der Gesamtabwägung ist der Gleichheitssatz des Art. 118 BV zu beachten. Bei einer kommunalen Neugliederung, wie sie mit dem Antrag der Stadt Neu-Ulm verbunden ist, ist der Grundsatz der Systemgerechtigkeit maßgebend. Eine Abweichung des Gesetzgebers von seinem selbstgesetzten System ohne sachlichen Grund ist verfassungswidrig.

Wenn es dem gesetzlichen Leitbild der durchgeführten kommunalen Gebietsreform und den tatsächlichen Verhältnissen entspricht, dass alle Städte, die die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 3 GO erfüllen, zu kreisfreien Städten erklärt werden, hat das Gebot der „Systemkonsistenz“ auch für den Antrag der Stadt Neu-Ulm zu gelten, soweit keine tragfähigen Gründe für eine Abweichung vom System vorliegen (vgl. meine Stellungnahme vom 21.11.2018, III 7, S. 28 f.).

Das Schreiben des Innenministeriums enthält dazu keine Ausführungen. Ob es der Systemgerechtigkeit entspricht, dem Antrag der Stadt Neu-Ulm stattzugeben, wäre in tatsächlicher Hinsicht zu klären. Ist dies der Fall, hat das Innenministerium einen maßgebenden Gesichtspunkt bei seiner Abwägung übersehen.

8. Gesamtabwägung

Im Ergebnis kommt das Staatsministeriums des Innern, für Sport und Integration im Rahmen seiner Abwägung zu dem Ergebnis, dass auch unter Berücksichtigung des verfassungsrechtlich gewährleisteten gemeindlichen

Selbstverwaltungsrechts der Stadt Neu-Ulm, dem die Staatsregierung hohes Gewicht beimisst, die überwiegenden Gründe des öffentlichen Wohls gegen eine Erklärung der Kreisfreiheit sprechen.

Nach den vorstehenden Ausführungen sind dafür folgende Gesichtspunkte maßgebend:

- Das Fehlen abschlussfreier Übereinkünfte zwischen Stadt und Landkreis oder zumindest aufgabenspezifisch ausgearbeiteter, umsetzungsreifer Konzepte für die künftige Erledigung der kommunalen Aufgaben;
- fehlende Darlegung, dass für Bürgerinnen/Bürger die Erledigung der kommunalen Aufgaben durch die Verleihung der Kreisfreiheit verbessert würde;
- nicht auszuschließende Möglichkeit, dass die Kreisumlage erhöht werden muss und dadurch kreisangehörige Gemeinden beeinträchtigt werden;
- Fehlen belastbarer Aussagen über die finanziellen Auswirkungen einer Auskreisung der Stadt Neu-Ulm;
- Selbstverwaltungsrecht der Stadt Neu-Ulm mit Vorrang vor dem Selbstverwaltungsrecht des Landkreises;
- keine verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Aufgabenverteilung zwischen Landkreisen und Gemeinden im Sinne eines Subsidiaritätsprinzips.

Dies genügt nicht den rechtlichen Anforderungen an eine fehlerfreie Entscheidung, die das Innenministerium auf S. 9 f. seines Schreibens zutreffend darstellte (siehe dazu oben V. 1.). Aus der vorstehenden Bewertung der einzelnen Gesichtspunkte ergibt sich, dass die Sachverhaltsermittlung und die Bewertung der für und gegen die Auskreisung sprechenden Gründe

fehlerhaft sind. Dies gilt insbesondere für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit der Stadt Neu-Ulm als kreisfreie Stadt und für die Leistungsfähigkeit des verbleibenden Landkreises Neu-Ulm nach Auskreisung der Stadt Neu-Ulm. Die für die Auskreisung sprechenden Gründe sind nicht dargestellt und nicht in die Abwägung eingegangen. Der pauschale Hinweis auf das Selbstverwaltungsrecht der Stadt Neu-Ulm genügt nicht für die Ermittlung und Bewertung der Vorteile, die mit der Erklärung der Stadt Neu-Ulm zur kreisfreien Stadt verbunden sind. Das Subsidiaritätsprinzip, nämlich der Vorrang der Aufgabenerfüllung durch die Gemeinde, wird verneint. Das Demokratieprinzip wird nicht erwähnt.

VI. Verfahrensrechtliche Möglichkeit: Normerlassklage

1. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 VwGO)

- a) Nach § 40 1 VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeit nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen ist. Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten auf dem Gebiet des Landesrechts können einem anderen Gericht auch durch Landesgesetz zugewiesen werden.

Abweichende Zuweisungen durch ein Bundesgesetz oder ein Landesgesetz bestehen nicht. Maßgebend ist deshalb, ob es sich bei einer Normerlassklage um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handelt.

- b) Gegenstand einer Normerlassklage wäre das Begehren der Stadt Neu-Ulm, durch Rechtsverordnung zur kreisfreien Stadt erklärt zu werden. Grundlage ist Art. 5 Abs. 3 GO i.V.m. Art. 11 BV. Beide Normen gehören dem öffentlichen Recht an.

Der Rechtsstreit über das Begehren der Stadt Neu-Ulm, durch Rechtsverordnung zur kreisfreien Stadt erklärt zu werden, ist eine öffentlich-

rechtliche Streitigkeit, da es sich um eine Streitigkeit handelt, die ihre Grundlage im öffentlichen Recht hat und nicht in Privatrecht.

- c) Für eine Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art, für die der Verwaltungsrechtsweg nicht eröffnet ist, verlangt die herrschende Meinung eine „doppelte Verfassungsunmittelbarkeit“. Eine verfassungsrechtliche Streitigkeit setzt danach voraus, dass der Rechtsstreit sich sowohl beiderseitig auf unmittelbar am Verfassungsleben Beteiligte – z.B. Verfassungsorgane – bezieht als auch solche Rechte und Pflichten betrifft, die unmittelbar in der Verfassung geregelt sind (Sodan, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 40 Rn. 189; W.-R. Schenke/Rutwig, in: Kopp/Schenke, VwGO, 25. Aufl. 2019, § 40 Rn. 32 jeweils mit umfangreichen Nachweisen).

Die Stadt Neu-Ulm ist kein Verfassungsorgan. Dies spricht gegen das Vorliegen einer verfassungsrechtlichen Streitigkeit. Klagebegehren ist nicht der Erlass eines Gesetzes, sondern der Erlass einer Rechtsverordnung bzw. die Verpflichtung, erneut über den Antrag der Stadt Neu-Ulm zu entscheiden. Grundlage dieses Antrags und der Entscheidung ist Art. 5 Abs. 3 GO, somit eine Vorschrift des einfachen Rechts, nicht des Verfassungsrechts. Dass bei der Auslegung von Art. 5 Abs. 3 GO Verfassungsrecht, insbesondere Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG bzw. Art. 11 BV eine wesentliche Rolle spielt, macht dem Rechtsstreit nicht zu einem verfassungsrechtlichen Rechtsstreit im Sinne des § 40 Abs. 1 VwGO.

Für den Rechtsschutz gegen die Auskreisung durch Erlass einer Rechtsverordnung bejahen Rechtsprechung und Literatur die Statthaftigkeit eines Normenkontrollantrags nach § 47 VwGO, sie verneinen eine Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art und bejahen die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs (BayVerfGH, BayVBl. 1972, 43; VGH München, BayVBl. 1972, 580; BVerwG, BayVBl. 1974, 500; Widtmann/Grasser/Glaser, a.a.O., Art. 5 Rn. 8; Prandl u.a., a.a.O., Art. 5 Rn. 7). Für den „umgekehrten“ Fall, dass die Gemeinde den Erlass

einer Rechtsverordnung auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 3 GO begehrt, gilt dasselbe. Auch dabei handelt es sich nicht um eine verfassungsrechtliche Streitigkeit. Für diese Streitigkeit ist gem. § 40 Abs. 1 VwGO der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

2. Klageart

Für eine „Normenerlassklage“, nämlich eine Klage auf Erlass einer Rechtsverordnung nach Art. 5 Abs. 3 GO, kommen ein Normenkontrollantrag analog § 47 VwGO, die Verpflichtungsklage, die Leistungsklage oder die Feststellungsklage als Klageart in Betracht.

- a) Nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO entscheidet der VGH im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit auf Antrag über die Gültigkeit von im Rang unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften, soweit das Landesrecht dies bestimmt. Rechtsschutz gegen Rechtsverordnungen wird durch das Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO gewährleistet. Früher wurde erörtert, ob ein Anspruch auf Normerlass analog § 47 Abs. 1 VwGO beim VGH bzw. OVG geltend zu machen ist.

Der VGH München hat in seinem Urteil vom 15.12.1980 (22 B-822/79 – BayVBl. 1981, 499, 502 f.) entschieden und ausführlich begründet, dass eine (analoge) Anwendung des § 47 VwGO auf eine Normerlassklage nicht in Betracht kommt (dazu Widtmann/Grasser/Glaser, a.a.O., Art. 5 a Rn. 3). Dies ist heute herrschende Auffassung (W.-R. Schenke/R. P. Schenke, in: Kopp/Schenke, a.a.O., § 47 Rn. 13; Panzer, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand Februar 2019, § 47 Rn. 12, 16; Ziekow, in: Sodan/Ziekow, a.a.O., § 47 Rn. 68 je m.w.N.; BVerwG, NVwZ 1990 162, 163).

- b) Gegenstand der Verpflichtungsklage ist nach § 42 Abs. 1 VwGO die Verurteilung der Behörde zum Erlass eines Verwaltungsaktes. Gegenstand einer Klage der Stadt Neu-Ulm ist der Erlass einer Rechtsverordnung nach Art. 5 Abs. 3 GO. Nach der früheren Rechtsprechung

war der Erlass einer solchen Rechtsverordnung der Erlass eines Verwaltungsaktes (VGH München, U. 29.10.1964 – 77 IV 63 – DÖV 1964 849 = BayVBl. 1965, 59 = BayVGHE 17, 106). Diese Rechtsprechung ist überholt. Der Rechtsschutz gegen Rechtsverordnungen nach Art. 5 Abs. 3 GO wie auch auf Erlass solcher Rechtsverordnungen richtet sich nach den Regeln für den Rechtsschutz gegen Normen bzw. auf Erlass von Normen (VGH München, BayVBl. 1972, 580; 1977, 433; Widtmann/Grasser/Glaser, a.a.O., Art. 5 Rn. 8; Prandl u.a., a.a.O., Art. 5 Rn. 7).

- c) Für die Klage auf Erlass einer Rechtsnorm kommt deshalb die Feststellungsklage nach § 43 VwGO in Betracht, oder die allgemeine Leistungsklage, die in der VwGO nicht ausdrücklich geregelt ist. Sie ist auf nicht verwaltungsaktmäßiges Verwaltungshandeln gerichtet.

Die überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur geht davon aus, dass für die Normerlassklage die allgemeine Leistungsklage die richtige Klageart ist (vgl. die umfangreichen Nachweise bei Sodan, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 42 Rn. 49 Fn. 113). Andere vertreten die Auffassung, zulässig sei (nur) die Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO (so insbesondere Sodan, a.a.O., mit Nachweisen in Fn. 114). Der VGH München hat für den Anspruch auf Erlass einer Rechtsverordnung die allgemeine Leistungsklage als die richtige Klageart bezeichnet (BayVBl. 1981, 499, 503; NVwZ-RR 1995, 114, 117).

Falls Klage erhoben wird, ist es zweckmäßig, diese als allgemeine Leistungsklage zu erheben und vorsorglich und hilfsweise einen Feststellungsantrag zu stellen. Für den Fall, dass das Gericht die allgemeine Leistungsklage nicht für zulässig hält, ist die Feststellungsklage zulässig. Ist die allgemeine Leistungsklage zulässig, ist über den Hilfsantrag nicht zu entscheiden. Ein Prozessrisiko für die Stadt Neu-Ulm wird dadurch ausgeschlossen.

3. Klagebefugnis

Sowohl die Leistungsklage als auch die Feststellungsklage ist nur zulässig, wenn der Kläger geltend macht, in einem subjektiv-öffentlichen Recht i.S.v. § 42 Abs. 2 VwGO verletzt zu sein. Nach herrschender Meinung ist § 42 Abs. 2 VwGO auf die allgemeine Leistungsklage und die allgemeine Feststellungsklage analog anzuwenden (statt aller Sodan, in: Sodan/Ziekow, a.a.O., § 42 Rn. 371 zur allgemeinen Leistungsklage und Rn. 372 ff. zur Feststellungsklage, mit Einwänden gegen die Rechtsprechung in Rn. 374; R. P. Schenke, in: Kopp/Schenke, a.a.O., § 42 Rn. 62 ff.).

Nach gefestigter Rechtsprechung fehlt die Klagebefugnis, wenn „offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise die vom Kläger geltend gemachten Rechte bestehen oder ihm zustehen können“ (R. P. Schenke, a.a.O., Rn. 65 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung; Sodan, a.a.O., § 42 Rn. 380 mit Nachweisen in Fn. 714).

In der Klage ist deshalb darzulegen, dass die Ablehnung des Antrags der Stadt Neu-Ulm durch das Innenministerium die Stadt Neu-Ulm in einem subjektiv-öffentlichen Recht verletzen kann. Als verletztes Recht kommt Art. 5 Abs. 3 GO i.V.m. dem Selbstverwaltungsrecht der Stadt Neu-Ulm aus Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG und aus Art. 11 BV in Betracht. Daraus folgt das subjektiv-öffentliche Recht der Stadt Neu-Ulm auf eine fehlerfreie, ihr Selbstverwaltungsrecht berücksichtigende Gesamtabwägung bei Anwendung des Art. 5 Abs. 3 GO. Für die Klagebefugnis reicht es aus, dass das Bestehen dieses Rechts nicht offensichtlich ausgeschlossen ist. Ob es tatsächlich besteht und ob es durch die Entscheidung des Innenministeriums verletzt wird, ist eine Frage der Begründetheit der Klage.

4. Begründetheit der Klage

- a) Die allgemeine Leistungsklage wie auch die Feststellungsklage ist begründet, wenn die Entscheidung des Innenministeriums, den Antrag der Stadt Neu-Ulm abzulehnen, rechtswidrig ist und wenn die Stadt Neu-Ulm dadurch in einem subjektiv-öffentlichen Recht verletzt wird.

Insoweit gelten die gleichen Voraussetzungen wie für den Erfolg einer Verpflichtungsklage nach § 113 Abs. 5 VwGO. Da kein Rechtsanspruch der Stadt Neu-Ulm auf Erklärung zum Stadtkreis besteht, sondern nur ein Anspruch auf eine fehlerfreie Gesamtabwägung, kann bei Rechtswidrigkeit der Entscheidung des Innenministeriums der Freistaat Bayern nicht zum Erlass der Rechtsverordnung verurteilt werden, vielmehr ist analog § 113 Abs. 5 VwGO der Freistaat Bayern zu verurteilen, die Stadt Neu-Ulm unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu bescheiden (so für die Leistungsklage R. P. Schenke, in: Kopp/Schenke, a.a.O., § 42 Rn. 9).

- b) Im Urteil vom 29.10.1964 (77 IV 63 – DÖV 1964, 849 = BayVBl. 1965, 59 = BayVGHE 17, 106) entschied der VGH München über die Rechtmäßigkeit der Ablehnung der Staatsregierung, die Stadt D. gem. Art. 5 Abs. 3 GO für kreisfrei zu erklären. Der VGH meinte, durch die Ablehnung der Kreisfreierklärung sei die Stadt nicht in einem subjektiv-öffentlichen Recht verletzt. Das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde werde durch die angegriffene Ministerialentscheidung in seinem derzeitigen Bestand nicht berührt. Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GO gebe den Gemeinden keinen Rechtsanspruch darauf, für kreisfrei erklärt zu werden, selbst wenn alle gesetzlichen Voraussetzungen einer Kreisfreierklärung vorliegen. Die abweichende Auffassung von Obermayer, Art. 5 Abs. 3 GO diene nicht nur dem öffentlichen Interesse, sondern auch dem Interesse der einzelnen Gemeinden, hat der VGH ausdrücklich verworfen. Ein subjektiv-öffentliches Recht der Gemeinde könne sich nur aus Sinn und Zweck der jeweils in Frage stehenden Einzelregelung ergeben. Für die diesbezügliche Beurteilung von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GO könne nicht ohne weiteres Art. 11 GO zum Vergleich herangezogen werden. Der Gesetzgeber sei bei Art. 11 GO von einer völlig anderen Interessenlage ausgegangen als bei der Kreisfreierklärung einer Gemeinde. Während der Gesetzgeber trotz mannigfacher entsprechender Initiativen aus der Mitte von Landtag und Senat den Gemeinden ein förmliches Antragsrecht auf Kreisfreierklärung versagt

habe, sei für die Umgemeindung von Gebietsteilen in Art. 11 GO ausdrücklich ein solches Antragsrecht für die Gemeinden begründet. Der Gesetzgeber habe also in beiden Fällen die Interessenlage unterschiedlich beurteilt. Entscheidend sei, dass bei Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GO kein Antragsrecht der Gemeinde vorgesehen sei. Zu Art. 11 GO habe der VGH die Auffassung vertreten, dass mit der Einräumung des förmlichen Antragsrechts den Gemeinden ein Recht auf ermessensfehlerfreie Verbescheidung eines Umgemeindungsantrags eingeräumt sei und nicht nur ein Recht auf Verbescheidung. Da Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GO kein Antragsrecht normiere, sei der VGH nicht gezwungen, einen solchen Rechtsanspruch auch für den Organisationsakt der Kreisfreierklärung zu bejahen. Aus der Tatsache, dass Art. 5 Abs. 3 GO der Staatsregierung das Recht gibt, mit Zustimmung des Landtags eine Gemeinde für kreisfrei zu erklären, ergebe sich kein entsprechender Rechtsanspruch der einzelnen Gemeinde auf Vornahme eines solchen Organisationsaktes. Entscheidend sei allein, ob Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG nur dem allgemeinen öffentlichen Interesse zu dienen bestimmt ist oder ob er nicht zumindest gleichzeitig auch den Schutz von Individualinteressen der einzelnen Gemeinde bezweckt.

Es fehle an Anhaltspunkten dafür, dass der Gesetzgeber Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GO zu Gunsten der betroffenen Gemeinde drittschützend ausgestaltet habe. Bei der Kreisfreierklärung einer Gemeinde stünden vom allgemein öffentlichen Interesse her gesehen nicht die Belange einer örtlichen Selbstverwaltung, sondern die Belange der gesamten staatlichen Verwaltungsorganisation im Vordergrund. Bei einer Gemeindegrenzänderung möge es mehr oder weniger um den Interessenausgleich von Selbstverwaltungsträgern untereinander gehen. Eine völlig andere Bedeutung für die gesamte staatliche Verwaltungsorganisation komme jedoch der Grenzziehung zwischen staatlicher Organisationsgewalt und Selbstverwaltungsbereich in Art. 5 GO zu. Die Kreisfreierklärung einer Stadt werde nie lediglich örtliche, d.h. allein den Selbstverwaltungsbereich der Gemeinde berührende Auswirkungen haben. Die entscheidenden Auswirkungen lägen außerhalb

des Selbstverwaltungsbereichs. Auch wenn man Rechtsqualität und Umfang der gemeindlichen Selbstverwaltung so umfassend als rechtlich überhaupt möglich anzuerkennen gewillt sei, müsse man die Einrichtung einer neuen Kreisverwaltungsbehörde als eine ureigenste Angelegenheit der inneren Staatsorganisation betrachten. Sinn und Zweck von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GO bestehe deshalb allein darin, der Staatsregierung im allgemeinen öffentlichen Interesse die rechtliche Möglichkeit zu öffnen, soziologischen Strukturwandlungen, regionalem und lokalem Bevölkerungswachstum, der Ausbildung von Ballungsräumen im Staatsgebiet und dgl. dadurch Rechnung zu tragen, dass sie unter Beteiligung von Landtag und betroffenen Landkreisen die staatliche Verwaltungsorganisation ändert. Art. 5 Abs. 3 GO berücksichtige nur das allgemeine öffentliche Interesse, nicht dagegen das kommunale Einzelinteresse. Soweit demnach bei einer Änderung der staatlichen Verwaltungsorganisation lediglich eine Verbesserung der Rechtstellung der Gemeinde in Frage stehe, solle nach dem Willen des Gesetzgebers die Staatsregierung bei Ausübung ihrer staatlichen Organisationsgewalt durch keinerlei ihre Intentionen möglicherweise beeinträchtigende Rechtsansprüche von Gemeinden behindert sein. Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG diene nur dem allgemeinen öffentlichen Interesse und nicht den Interessen der einzelnen Gemeinden. Er begründe daher kein subjektiv-öffentliches Recht auf Kreisfreierklärung.

Weder aus Sinn und Zweck der Gemeindeordnung noch aus der Bayerischen Verfassung oder Art. 5 Abs. 3 GO ergebe sich, dass über den garantierten Selbstverwaltungsbestand hinaus das allgemeine kommunalpolitische Interesse der Gemeinden an ihrer Bestandsmehrung sowie an der Verstärkung ihrer verwaltungsorganisationsrechtlichen Position besonders geschützt sein sollte. Das Interesse der antragstellenden Gemeinde sei gegenüber der staatlichen Organisationsgewalt weder durch die Rechtsordnung im Allgemeinen noch durch Art. 5 Abs. 3 GO dergestalt geschützt, dass die antragstellende Gemeinde die Verweigerung der Auskreisung durch die Staatsregierung als Rechtsverletzung im Sinne von § 42 Abs. 2 GO geltend machen

könnte. Die Nichtberücksichtigung eines sachlichen Interesses der Gemeinde an ihrer Kreisfreierklärung reiche zur Begründung einer Rechtsverletzung nicht aus.

Soweit ersichtlich gibt es keine neueren Entscheidungen des VGH München.

Die Kommentare zur Bayerischen Gemeindeordnung wiederholen die vor ca. 55 Jahren formulierte Auffassung des VGH München. Sie meinen, eine Normerlassklage hätte keine Aussicht auf Erfolg, weil staatsorganisatorische Maßnahmen nach Art. 9 Abs. 2 BV, Art. 5 Abs. 3 GO nur im allgemeinen Interesse erfolgten, so dass die Gemeinde mangels einer Beteiligtenstellung weder einen Anspruch auf Auskreisung noch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung geltend machen könne, auch eine Berufung auf das Selbstverwaltungsrecht scheidet aus (Prandl u.a., a.a.O., Art. 5 Rn. 7; Widtmann/Grasser/Glaser, a.a.O., Art. 5 Rn. 8). Ergänzend heißt es, der mit der Auskreisung verbundene Aufgabenzuwachs bei der Gemeinde vergrößere nicht ihren Rechtskreis, er geschehe nicht im rechtlich geschützten Interesse der Gemeinde, sondern dem des Staates an einer dezentralisierten Staatsverwaltung. Erweitert werde jedoch der Pflichtenkreis, die Gemeinde müsse den Aufgabenzuwachs personell und sachlich bewältigen. Diesem Ergebnis widerspreche es nicht, dass gegen den actus contrarius zur Auskreisung, nämlich die Eingliederung der Gemeinde, der Rechtsweg offen steht. Im Hinblick auf die Eingliederung könne sich die Gemeinde sowohl gegen die Eingliederung als auch die gegen die Versagung der Eingliederung gerichtlich zur Wehr setzen. Mit der Eingliederung sei eine besondere Diskriminierung der betroffenen Gemeinde verbunden, so dass die Eingliederung über einen bloßen actus contrarius zur Auskreisung hinausgehen dürfte (Widtmann/Grasser/Glaser, a.a.O.). Die abweichende Auffassung, der Gemeinde stehe der Versagung der Auskreisung insoweit Rechtsschutz zu, als diese Versagung nicht auf sachfremden Gründen beruhen dürfe, wird abgelehnt (Widtmann/Grasser/Glaser, a.a.O.).

- c) Diese Auffassung ist durch die Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs vom 11.02.1987 (Vf 12-VII-83 – BayVerfGHE 40, 14 = BayVBl 1987, 364) überholt. Der Verfassungsgerichtshof entschied über die Popularklage einer Gemeinde, mit der sie sich dagegen wandte, dass sie nicht aus einer Verwaltungsgemeinschaft entlassen wurde. Der Gesetzgeber hatte dem Antrag der Gemeinde, aus der Verwaltungsgemeinschaft entlassen zu werden, nicht entsprochen. Der Verfassungsgerichtshof stellte fest, dass Art. 11 Abs. 2 BV den Gemeinden ein grundrechtsähnliches Recht verleiht. Er stellte weiter fest, die Einbeziehung einer Gemeinde in eine Verwaltungsgemeinschaft bedeute einen Eingriff in die kommunale Selbstverwaltung. Ein derartiger Eingriff sei unter Berücksichtigung der in Art. 11 Abs. 2 BV getroffenen Wertentscheidung der Verfassung nur zulässig, wenn er durch Gründe des öffentlichen Wohls gerechtfertigt ist. Die allgemein bei der Gemeindegebietsreform zu beachtenden Grundsätze gälten auch für die Bildung einer Verwaltungsgemeinschaft. Die Verfassung halte keine ins Einzelne gehenden Maßstäbe zur Beurteilung der Frage bereit, welche Gründe des öffentlichen Wohls die Einbeziehung einer Gemeinde in eine Verwaltungsgemeinschaft rechtfertigen können und aus welchen Gründen eine Gemeinde die Mitgliedschaft in einer Verwaltungsgemeinschaft nicht mehr zugemutet werden darf. Das Selbstverwaltungsrecht nach Art. 11 Abs. 2 Satz 2 BV sei nur im Rahmen der Gesetze gewährleistet. Der Gesetzgeber habe auf diesem Gebiet einen von der Verfassung zugebilligten Bewertungs- und Gestaltungspielraum. Wo die verfassungsrechtliche Grenze liege, die der Gesetzgeber bei der Festlegung des Rahmens der gemeindlichen Selbstverwaltung zu beachten hat, lasse sich nicht durch eine allgemein gültige Formel bestimmen. Es bedürfe jeweils der Untersuchung, welche Bedeutung dem Selbstverwaltungsrecht in verfassungsrechtlicher und verfassungspolitischer Hinsicht unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung des Instituts der Selbstverwaltung zukommt und welche Funktion es nach der vom Gesetzgeber getroffenen Einschränkung noch entfalten kann. Der Gesetzgeber müsse den

Wesensgehalt des Selbstverwaltungsrechts unangetastet lassen. Für eine gesetzliche Regelung, die Inhalt und Umfang des Selbstverwaltungsrechts näher bestimmt und dabei Kernbereich und Wesensgehalt nicht beschneidet, reiche es aus, dass sich dafür hinreichende sachliche Gründe anführen lassen, die sich am öffentlichen Wohl orientieren. Es sei nicht erforderlich, dass die Regelung zwingend geboten ist und jede andere Lösungsmöglichkeit unvertretbar wäre. Im Rahmen seiner verfassungsrechtlichen Bindung komme dem Gesetzgeber ein Einschätzungs- und Bewertungsvorrang zu, den der Verfassungsgerichtshof bei der Nachprüfung der angefochtenen Regelung zu beachten habe.

Jedenfalls durch diese Aussagen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs sind die Aussagen im Urteil des VGH München vom 29.10.1964 überholt. Die zitierten Kommentarstellen aus neuerer Zeit setzen sich mit dieser Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs nicht auseinander. Die Aussagen des Verfassungsgerichtshofs stehen dieser Auffassung entgegen.

Richtig ist, dass auch bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 3 GO kein Rechtsanspruch der Gemeinde besteht, zur kreisfreien Stadt erklärt zu werden. Der Verordnungsgeber ist jedoch an die Gründe des öffentlichen Wohls und an die daraus folgenden Anforderungen an einer Gesamtabwägung gebunden. Die Entscheidung darüber, ob eine Gemeinde kreisangehörig bleibt, kann nicht anderen Maßstäben folgen als die Entscheidung, ob eine Gemeinde Mitglied einer Verwaltungsgemeinschaft bleibt. In beiden Fällen ist das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde aus Art. 11 Abs. 2 Satz 2 BV zu berücksichtigen mit der Folge, dass die Entscheidung durch Gründe des öffentlichen Wohls gerechtfertigt sein muss und bei der dabei anzustellenden Gesamtabwägung das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde zu berücksichtigen ist.

- d) Das Urteil des VGH München vom 29.10.1964 und die ihm folgenden Stimmen in der Literatur verkennen, dass es bei der Erklärung einer Gemeinde zur kreisfreien Stadt nicht ausschließlich um einen die staatliche Verwaltung und die Bildung einer neuen Kreisverwaltungsbehörde begründenden Organisationsakt und nicht ausschließlich um die Erfüllung staatlicher Aufgaben und die Organisation für die Erfüllung dieser staatlichen Aufgaben geht. Der VGH verkennt die Rechtsfolgen, die mit der Kreisfreierklärung einer Gemeinde verbunden sind. Die Kreisfreierklärung führt nicht nur dazu, dass die Gemeinde Untere Verwaltungsbehörde und Kreisverwaltungsbehörde wird. Die Rechtsfolgen gehen weit darüber hinaus und betreffen das Selbstverwaltungsrecht der betroffenen Gemeinde. Im Schreiben des Regierungspräsidenten von Schwaben vom 23.07.2018 ist der Aufgabenzuwachs bei der Auskreisung beschrieben. Neben dem Übergang der Aufgaben der Unteren Staatlichen Verwaltungsbehörde gehen bei Erklärung der Stadt Neu-Ulm zum Stadtkreis Landkreisaufgaben auf die Stadt Neu-Ulm über, nämlich Pflichtaufgaben im eigenen Wirkungskreis und Pflichtaufgaben im übertragenen Wirkungskreis. Auf dem Gebiet einer kreisfreien Stadt Neu-Ulm hat der Landkreis keine Aufgaben der Selbstverwaltung wahrzunehmen, die Wahrnehmung dieser Aufgaben obliegt ausschließlich der Stadt Neu-Ulm. Diese Aufgaben betreffen nicht die Erfüllung staatlicher Aufgaben, sondern das Selbstverwaltungsrecht der beteiligten Selbstverwaltungskörperschaften. Die Entscheidung über die Kreisfreiheit einer Gemeinde betrifft deshalb nicht nur Fragen der Organisation der staatlichen Verwaltung, sondern Fragen der Selbstverwaltung insbesondere der Gemeinde, über deren Kreisfreiheit zu entscheiden ist und die die Erklärung der Kreisfreiheit beantragt hat.
- e) Wird die Stadt Neu-Ulm kreisfreie Gemeinde, verringert sich das Gebiet des Landkreises Neu-Ulm. Die Einkreisung ist deshalb ein Akt der kommunalen Gebietsreform (so ausdrücklich auch Ritgen, Der Landkreis 2018, 788, 789 trotz der schroffen Ablehnung der Thesen im Gutachten von Hermes für die Stadt Hanau). Maßgebend für diese

Entscheidung sind die für die kommunale Neugliederung geltenden Rechtsgrundsätze. Sie sind nicht nur für den Fall maßgebend, dass die Neugliederung tatsächlich erfolgt. Sie sind auch bei der Entscheidung über den Antrag der Stadt Neu-Ulm auf Kreisfreierklärung maßgebend. Für die Entscheidung, ob diese Änderung durchgeführt wird, sind sowohl im bejahenden wie auch im ablehnenden Fall die gleichen Maßstäbe verbindlich.

Zu diesen Maßstäben gehört auch die Berücksichtigung des Selbstverwaltungsrechts der antragstellenden Stadt Neu-Ulm. Davon geht auch das Innenministerium auf S. 13 seines Schreibens vom 28.06.2019 aus. Dort führt es aus, es habe das Selbstverwaltungsrecht der Stadt Neu-Ulm im Rahmen der umfassenden Abwägung berücksichtigt, es habe dem Selbstverwaltungsgericht der Stadt Neu-Ulm im Rahmen seiner Abwägung zur Feststellung der überwiegenden Gründe des öffentlichen Wohls „hohes Gewicht“ beigemessen.

Bei Anwendung von Art. 5 Abs. 3 GO und der dabei erforderlichen Gesamtabwägung ist das Selbstverwaltungsrecht der Stadt Neu-Ulm zu berücksichtigen, insbesondere der den Gesetzgeber bindende Vorrang der Aufgabenerledigung auf der Ebene der Gemeinde vor der Aufgabenerledigung auf der Ebene des Landkreises. Grundlage der Selbstverwaltungsgarantie wie auch dieses Vorrangs sind Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 11 BV. Dabei handelt es sich nicht um Organisationsprinzipien, die nur dem öffentlichen Interesse dienen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs handelt es sich bei Art. 11 Abs. 2 BV um ein grundrechtsähnliches Recht (z.B. Entscheidung vom 17.07.2018 (Vf. 28-IX-18 –juris Rn. 85 unter Bezugnahme auf VerfGHE 29, 105, 121 ff.; 60, 30, 34; Wolff, a.a.O., Art. 11 Rn. 25; Holzner, a.a.O., Art. 11 Rn. 28; ebenso BVerfGE 138, 1 Rn. 52). Das verfassungsrechtlich gewährleistete, grundrechtsähnliche Recht aus Art. 11 Abs. 2 BV schließt es aus, jeglichen Drittschutz der Entscheidung nach Art. 5 Abs. 3 GO mit der Begründung

zu verneinen, die Entscheidung diene ausschließlich öffentlichen Interessen, nicht jedoch den Interessen der antragstellenden Gemeinden. Diese Auslegung verstößt gegen Art. 11 Abs. 2 BV.

Jedenfalls aus dem in Art. 11 Abs. 2 BV verankerten Selbstverwaltungsrecht der Stadt Neu-Ulm und dem daraus folgenden grundsätzlichen Vorrang vor der Aufgabenerledigung durch den Landkreis Neu-Ulm folgt das subjektiv-öffentliche Recht der Stadt Neu-Ulm auf fehlerfreie Abwägung bei der Entscheidung über ihren Antrag auf Kreisfreierklärung.

Die Entscheidung des Innenministeriums entspricht – wie oben (V.) dargelegt – nicht den rechtlichen Anforderungen an die Gesamtabwägung, auch im Hinblick auf das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde und den Vorrang der Aufgabenerledigung auf der Ebene der Gemeinde. Insoweit verletzt die Entscheidung des Innenministeriums das subjektiv-öffentliche Recht der Stadt Neu-Ulm auf fehlerfreie Abwägung bei der Entscheidung über ihren Antrag.

Die Normerlassklage hat deshalb Aussicht auf Erfolg. Da es keinen Rechtsanspruch auf Kreisfreierklärung gibt, kann ein verwaltungsgewichtliches Urteil nur dahingehend ergehen, dass die vom Innenministerium getroffene Entscheidung für rechtswidrig erklärt wird und dass der Freistaat Bayern verpflichtet wird, auf der Grundlage der Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts erneut über den Antrag der Stadt Neu-Ulm zu entscheiden.

VII. Verfahrensrechtliche Möglichkeit: Verfassungsbeschwerde

1. Art. 120 BV

Nach Art. 120 BV kann jeder Bewohner Bayerns, der sich durch eine Behörde in seinen verfassungsmäßigen Rechten verletzt fühlt, den Schutz des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs anrufen. Antragsberechtigt sind Ge-

meinden, wenn sie mit der Verfassungsbeschwerde ihr Recht auf kommunale Selbstverwaltung aus Art. 11 Abs. 2 BV geltend machen (VerfGHE 41, 140, 145; 45, 157, 161; Holzner, a.a.O., Art. 120 Rn. 11).

2. Erschöpfung des Rechtswegs

Nach Art. 51 Abs. 2 Satz 1 VfGHG ist vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde der Rechtsweg auszuschöpfen. Dazu gehören sämtliche im Prozessrecht des zuständigen Gerichtszweigs vorgesehene Rechtsmittel, die zur Abwehr der Rechtsverletzung im konkreten Fall gegeben sind (Holzner, a.a.O., Art. 120 Rn. 59 f.; Müller, in: Meder/Brechmann, Die Verfassung des Freistaats Bayern, 5. Aufl. 2014, Art. 120 Rn. 23 ff.).

Da der Stadt Neu-Ulm mit der Normerlassklage der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten offensteht, ist eine Verfassungsbeschwerde gegen die Entscheidung des Innenministeriums nicht zulässig. Erst nach Erschöpfung des Rechtswegs zu den Verwaltungsgerichten könnte eine Verfassungsbeschwerde eingelegt werden.

VIII. Verfahrensrechtliche Möglichkeit: Popularklage

1. Art. 98 Satz 4 BV

Nach Art. 98 Satz 4 BV hat der Verfassungsgerichtshof Gesetze und Verordnungen für nichtig zu erklären, die ein Grundrecht verfassungswidrig einschränken.

2. Antragsberechtigung

Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs und der herrschenden Meinung in der Literatur sind an die Antragsberechtigung keine weiteren Anforderungen zu stellen. Es genügt, dass der Popularkläger rechtsfähig und prozessfähig ist. Gemeinden als juristische Personen des öffentlichen Rechts sind antragsberechtigt. Das als verletzt gerügte Grundrecht muss seinem Wesen nach auf sie anwendbar sein. Die juristische Person des öffentlichen Rechts muss sich in einer Schutzfunktion befinden, in der

sie der Ausübung der Staatsgewalt in derselben Weise unterworfen ist wie eine natürliche Person. Eine Gemeinde kann sich darauf berufen, durch einen gesetzlichen Organisationsakt oder durch ein Gesetz in ihren grundrechtsähnlichen Rechten der kommunalen Selbstverwaltung aus Art. 11 Abs. 2 oder dem Gleichheitssatz (Art. 118 Abs. 1) betroffen zu sein (Müller, a.a.O., Art. 98 Satz 4 Rn. 7, 8).

Danach kann die Stadt Neu-Ulm Popularklage mit der Begründung erheben, die Entscheidung des Ministeriums verletze sie in ihrem grundrechtsähnlichen Recht aus Art. 11 Abs. 2 BV.

3. Antragsgegenstand

Antragsgegenstand sind „Gesetze und Verordnungen“. Die Entscheidung des Innenministeriums, den Antrag der Stadt Neu-Ulm abzulehnen, ist weder Gesetz noch Rechtsverordnung.

Gesetzgeberisches Unterlassen kann nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs Gegenstand der Popularklage sein, sofern hinreichend die Pflicht des Normgebers zum Erlass einer bestimmten Rechtsnorm geltend gemacht werden kann. In diesem Fall muss substantiiert vortragen werden, dass der Normgeber aufgrund eines bindenden Verfassungsauftrags, des Gleichheitssatzes oder einer Grundrechtsbestimmung der Verfassung zum Erlass einer bestimmten Regelung verpflichtet ist (Müller, a.a.O., Art. 98 Satz 4 Rn. 14; Holzner, a.a.O., Art. 98 Rn. 29 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs).

Die Stadt Neu-Ulm hat keinen Anspruch auf Kreisfreierklärung und auf Erlass einer entsprechenden Rechtsverordnung. Sie hat nur einen Anspruch auf eine fehlerfreie Entscheidung über ihren Antrag. Ein bindender Verfassungsauftrag, die Stadt Neu-Ulm zur kreisfreien Stadt zu erklären, besteht nicht. Die Popularklage könnte nicht auf Erlass einer entsprechenden Rechtsverordnung gerichtet sein, sondern nur darauf festzustellen, dass die Entscheidung des Innenministeriums das grundrechtsähnliche Recht der Stadt Neu-Ulm aus Art. 11 Abs. 2 BV verletzt und dass der Freistaat Bayern

deshalb verpflichtet ist, über den Antrag der Stadt Neu-Ulm erneut zu entscheiden. Eine verfassungsrechtliche Pflicht, die Stadt Neu-Ulm zur kreisfreien Gemeinde zu erklären, besteht nicht. Eine Popularklage der Stadt Neu-Ulm wäre deshalb wohl unzulässig.

4. Erschöpfung des Rechtswegs

Die Erschöpfung des Rechtswegs ist – anders als für die Verfassungsbeschwerde – nicht Voraussetzung für die Zulässigkeit der Popularklage (Holzner, a.a.O., Art. 98 Rn. 44).

5. Substantiierte Grundsatzrüge

Nach Art. 55 Abs. 1 Satz 2 VfGHG setzt die Zulässigkeit der Popularklage voraus, dass der Antragsteller darlegt, inwieweit durch die angegriffene Rechtsvorschrift ein in der Verfassung gewährleistetes Grundrecht verfassungswidrig eingeschränkt wird. Die Verletzung des grundrechtsähnlichen Rechts der gemeindlichen Selbstverwaltung (Art. 11 Abs. 2 LV) kann nur von einer Gemeinde geltend gemacht werden, nicht vom Bürger. Geht es um einen konkret-generellen legislativen Organisationsakt, von dem nur eine Gemeinde betroffen ist. z.B. um die Gebietsreform, kann nur die konkret betroffene Gemeinde Popularklage erheben (Müller, a.a.O., Art. 98 Satz 4 Rn. 18).

In einem Antrag hätte die Stadt Neu-Ulm die Verletzung ihres grundrechtsähnlichen Rechts aus Art. 11 Abs. 2 BV darzulegen und zu begründen.

6. Begründetheit

Die Popularklage ist begründet, wenn das Unterlassen einer Rechtsverordnung nach Art. 5 Abs. 3 GO die Stadt Neu-Ulm in ihrem grundrechtsähnlichen Recht aus Art. 11 Abs. 2 BV verletzt.

7. Empfehlung

Im Hinblick auf die Zweifel an der Zulässigkeit der Popularklage wegen des Unterlassens einer Rechtsverordnung und die Beschränkung der Prüfung der Popularklage auf eine Verletzung von Art. 11 Abs. 2 BV halte ich es nicht für zweckmäßig, Popularklage zu erheben. Wenn von den verfahrensrechtlichen Möglichkeiten Gebrauch gemacht wird, halte ich es für sinnvoller, Normerlassklage beim Verwaltungsgericht zu erheben.

IX. Ergebnis

1. Nach Art. 5 Abs. 3 GO können Gemeinden durch „Rechtsverordnung der Staatsregierung“ für kreisfrei erklärt werden. Den Antrag der Stadt Neu-Ulm hat das Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration abgelehnt, nicht die Staatsregierung. Ob das Innenministerium für diese Entscheidung zuständig war, ist nicht zweifelsfrei.
2. Die Stadt Neu-Ulm hat keinen Anspruch darauf, zur kreisfreien Stadt erklärt zu werden.
3. Die Entscheidung des Innenministeriums, den Antrag der Stadt Neu-Ulm auf Kreisfreiheit abzulehnen, ist fehlerhaft. Sie verletzt Art. 5 Abs. 3 GO i.V.m. Art. 11 Abs. 2 BV. Die Entscheidung setzt eine Gesamtabwägung der Vorteile und der Nachteile voraus, die mit einer Kreisfreiheit der Stadt Neu-Ulm verbunden sind.

Entgegen der Auffassung des Innenministeriums setzt der Erlass der Rechtsverordnung nach Art. 5 Abs. 3 GO nicht voraus, dass abschlussreife Übereinkünfte zwischen Stadt und Landkreis oder zumindest aufgabenspezifisch ausgearbeitete, umsetzungsreife Konzepte für die künftige Erledigung der kommunalen Aufgaben vorliegen.

Die Rechtsfolgen, die eintreten, wenn die Stadt Neu-Ulm zur kreisfreien Stadt erklärt wird, ergeben sich aus dem Gesetz. Daneben bestehen Ko-

operationsmöglichkeiten für die künftige Aufgabenerfüllung. Ob und in welchem Umfang künftig eine Kooperation erfolgt, muss bei Erlass der Rechtsverordnung nach Art. 5 Abs. 3 GO nicht geklärt sein. Dies kann der nachfolgenden Vereinbarung zwischen Landkreis und Stadt überlassen werden. Kommt es nicht zu einer Einigung, entscheiden das Verwaltungsgericht bzw. der Verwaltungsgerichtshof als Schiedsgerichte. Dies gilt auch für die mit der Stadtkreisgründung und etwaigen Kooperationslösungen verbundenen Kosten.

Die Sachverhaltsermittlung und die Bewertung des Innenministeriums der für und gegen die Auskreisung sprechende Gesichtspunkte sind fehlerhaft. Dies gilt insbesondere für die Leistungsfähigkeit der Stadt Neu-Ulm als kreisfreie Stadt und für die Leistungsfähigkeit des verbleibenden Landkreises Neu-Ulm nach Auskreisung der Stadt. Die für die Auskreisung sprechenden Gründe sind nicht dargestellt und nicht in die Abwägung eingegangen. Der pauschale Hinweis auf das Selbstverwaltungsrecht der Stadt Neu-Ulm genügt dafür nicht. Das Innenministerium hat zu Unrecht einen Vorrang der Aufgabenerfüllung durch die Gemeinde vor der Aufgabenerfüllung durch den Landkreis (Subsidiaritätsprinzip) verneint. Das für die Kreisfreiheit sprechende Demokratieprinzip wird in der Entscheidung des Innenministeriums nicht erwähnt.

4. In verfahrensrechtlicher Hinsicht hat die Stadt Neu-Ulm die Möglichkeit, beim Verwaltungsgericht Normerlassklage gegen den Freistaat Bayern zu erheben. Da die Stadt Neu-Ulm keinen Rechtsanspruch auf Kreisfreiheit hat, sondern nur einen Rechtsanspruch auf fehlerfreie Entscheidung über ihren Antrag, ist Gegenstand der Klage die Feststellung, dass die Entscheidung des Innenministeriums rechtswidrig ist und die Verpflichtung des Freistaats Bayern, über den Antrag der Stadt Neu-Ulm unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden.

Da die Gesamtabwägung des Innenministeriums nicht den rechtlichen Anforderungen entspricht, halte ich die Erfolgsaussichten dieser Klage für gut.

5. Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde setzt die Erschöpfung des Rechtswegs voraus. Da der Stadt Neu-Ulm mit der Normerlassklage der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten offensteht, ist eine Verfassungsbeschwerde erst nach Erschöpfung des Rechtswegs zu den Verwaltungsgerichten zulässig.
6. Eine Popularklage gegen gesetzgeberisches Unterlassen setzt voraus, dass der Normgeber aufgrund eines bindenden Verfassungsauftrags zum Erlass einer bestimmten Regelung verpflichtet ist. Da die Stadt Neu-Ulm keinen Anspruch auf Erklärung zur kreisfreien Stadt hat, sondern nur einen Anspruch auf fehlerfreie Entscheidung über ihren Antrag, dürfte eine Popularklage nicht statthaft sein.
7. Wenn Rechtsschutz gesucht wird, empfehle ich deshalb, Normerlassklage zu erheben.



Prof. Dr. Dolde
Rechtsanwalt