Kommentierter Beschluss des OVG Münster

(Kommentare wuden nicht vom Gericht hinzugefügt)

Beglaubigte Abschrift

19 B 725/23
4 L 866/23 Gelsenkirchen

B e s c h l u s s

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

der Schulkonferenz der städtischen Gemeinschaftsgrundschule Frauenlobschule,
[redacted]
Frauenlobstraße 91, 44805 Bochum,

Antragstellerin,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin Petra Steude, Advoprax AG,
Agnesstraße 22 + 34, 44791 Bochum,
Az.: 883 / 23 - VS,

g e g e n

die Stadt Bochum, vertreten durch den Oberbürgermeister, Rechtsamt, Justiziariat,
Willy-Brandt-Platz 2 - 8, 44787 Bochum, Az.: 30 05/40 - P1 0100/23,

Antragsgegnerin,

Beigeladene: [redacted]

Prozessbevollmächtigte: [redacted]

wegen Kooperationsvereinbarung für offene Ganztagsschule (§ 9 Abs. 3 SchulG NRW);
hier: Beschwerde gegen die Ablehnung einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO

hat der 19. Senat des

OBERVERWALTUNGSGERICHTS FÜR DAS LAND NORDRHEIN-WESTFALEN

am 4. August 2023

durch

den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht [redacted]

die Richterin am Oberverwaltungsgericht [redacted]

die Richterin am Oberverwaltungsgericht [redacted]

auf die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen vom 30. Juni 2023

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens. Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen sind nicht erstattungsfähig.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 2.500,00 Euro festgesetzt.

G r ü n d e :

Die Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig, aber unbegründet.

Der Senat prüft die Beschwerde der Antragstellerin ausnahmsweise ohne die Beschränkung nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO auf die dargelegten Beschwerdegründe in denselben Grenzen einer summarischen Prüfung, die auch erstinstanzlich für einen Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gelten. Denn unabhängig davon, ob die Beschwerdegründe durchgreifen, ist im Ergebnis keine Änderung des angefochtenen Beschlusses gerechtfertigt. Dieser erweist sich aus anderen Gründen als richtig. Der erweiterte Prüfungsumfang des Beschwerdegerichts entspricht in einem solchen Fall dem Gebot effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG.

BVerfG, Beschluss vom 14. August 2003 - 1 BvQ 30/03 -, NJW 2003, 3689, juris, Rn. 5 f.; OVG NRW, Beschlüsse vom 30. November 2016 - 19 B 1066/16 -, NWVBl. 2017, 122, juris, Rn. 2, vom 30. September 2016 - 4 B 601/16 -, juris, Rn. 9 m. w. N., und vom 9. Juni 2011 - 19 B 478/11 -, NWVBl. 2011, 436, juris, Rn. 3 f.; OVG Saarland, Beschluss vom 30. Oktober 2012 - 3 B 229/12 -, juris, Rn. 4.

Die Begründung der Entscheidung des Verwaltungsgerichts ist nicht zutreffen.

Das OVG kommt jedoch aus anderen Gründen zu der gleichen Entscheidung wie das Verwaltungsgericht.

Der Senat versteht die Begehren der Antragstellerin auf der Grundlage des Wortlauts ihrer anwaltlich formulierten erstinstanzlichen Anträge zu 1. und 2. entsprechend § 88 VwGO dahin, dass sie als oberstes Mitwirkungsgremium der Schule im Sinn des § 65 Abs. 1 Satz 2 SchulG NRW der Antragsgegnerin als Schulträgerin jede Handlung vorläufig gerichtlich untersagen lassen möchte, die der Umsetzung der „Kooperationsvereinbarung für die Durchführung außerunterrichtlicher Ganztagsangebote“ mit der Beigeladenen an ihrer Schule dient (Antrag zu 1.), welche sie mit der Antragsschrift als undatierten Text mit Unterschriften nur in den für die Antragsgegnerin und die Beigeladene als Jugendhilfeträgerin vorgesehenen Feldern vorgelegt hat, sowie die Antragsgegnerin zur Auflösung eines mit der Beigeladenen geschlossenen Dienstleistungsvertrags zu verpflichten (Antrag zu 2.).

Mit diesem Streitgegenstand ist die Beschwerde unbegründet, weil der Antragstellerin als einem an den Entscheidungen der Schulleitung beteiligten schulinternen Mitwirkungsgremium bereits die Antragsbefugnis entsprechend § 42 Abs. 2 VwGO für dieses Begehren gegenüber einem außerhalb des Schulmitwirkungsverhältnisses stehenden Dritten fehlt (1.). Ein inhaltlich gleichlautendes Begehren innerhalb des Schulmitwirkungsverhältnisses, d. h. gegenüber der Schulleitung lässt sich den Ausführungen der Antragstellerin nicht entnehmen (2.). Auch als Begehren der Schule gegenüber der Antragsgegnerin als Schulträgerin fehlt jedenfalls für den vorliegenden Eilrechtsstreit die erforderliche Glaubhaftmachung eines in diesem Rechtsverhältnis in Betracht kommenden Anordnungsanspruchs (3.).

1. Der Antragstellerin fehlt die Antragsbefugnis entsprechend § 42 Abs. 2 VwGO für den geltend gemachten Anordnungsanspruch gegenüber der Antragsgegnerin. Unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt kann ihr als oberstem Mitwirkungsgremium der Schule im Sinn des § 65 Abs. 1 Satz 2 SchulG NRW ein Anspruch gegen die außerhalb des Schulmitwirkungsverhältnisses stehende Schulträgerin auf Unterlassung und Vornahme der oben genannten Handlungen betreffend die Angebote zur Fortführung der Frauenlobschule als Offene Ganztagsschule mit der Beigeladenen als nunmehr im Schuljahr 2023/2024 erstmals an der Frauenlobschule tätig werdender Jugendhilfeträgerin zustehen. Insbesondere stehen ihr die Entscheidungsbefugnis über den Abschluss von Vereinbarungen über die Kooperation der Schule mit dem Schulträger und einem Jugendhilfeträger zur Einrichtung einer Offenen Ganz-

tagsschule nach § 65 Abs. 2 Nr. 3 SchulG NRW und der Zustimmungsvorbehalt für eine solche Vereinbarung in § 5 Abs. 3, § 9 Abs. 3 Satz 3, § 75 Abs. 4 Satz 2 SchulG NRW nur gegenüber der Schulleitung zu, ohne dass diese Vorschriften ihr darüber hinaus auch Rechte unmittelbar gegenüber dem Schulträger oder dem Jugendhilfeträger verleihen. „Nach außen“, d. h. auch gegenüber diesen außerhalb der Schule und außerhalb des Schulmitwirkungsverhältnisses stehenden Dritten, vertritt vielmehr der Schulleiter die Schule (§ 59 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SchulG NRW). Zu seinen Leitungsaufgaben gehört nach § 59 Abs. 3 SchulG NRW insbesondere auch die Kooperation mit dem Schulträger und den Partnern der Schule. Die Schulkonferenz kann hingegen nach § 65 Abs. 1 Satz 4 SchulG NRW lediglich „Vorschläge und Anregungen an den Schulträger … richten“, während dieser umgekehrt das Recht hat, auf Einladung des Schulleiters an allen Sitzungen der Schulkonferenz teilzunehmen und dort Anträge zu stellen (§ 63 Abs. 2 Sätze 4 und 5 SchulG NRW). Das dem Schulträger zustehende Recht der kommunalen Selbstverwaltung bleibt durch die in den §§ 62 ff. SchulG NRW normierten Rechte der innerschulischen Mitwirkungsgremien unberührt (§ 62 Abs. 2 Satz 2 SchulG NRW).

Auch umgekehrt aus der Sicht des Schulträgers ist nach § 76 Satz 2 SchulG NRW „die Schule“, also die nichtrechtsfähige Anstalt im Sinn des § 6 Abs. 3 Satz 2 SchulG NRW „vom Schulträger in den für sie bedeutsamen Angelegenheiten rechtzeitig zu beteiligen“, insbesondere auch in Angelegenheiten der Zusammenarbeit mit anderen Bildungseinrichtungen und der Umstellung auf die Ganztagsschule (§ 76 Satz 3 Nrn. 6 und 7 SchulG NRW). Hingegen sehen diese Vorschriften ebenfalls keine unmittelbare Beteiligung der schulinternen Mitwirkungsgremien der Schule, etwa der Schulkonferenz, im Verhältnis zum Schulträger vor. Vielmehr stehen der Schulkonferenz auch insoweit die schulinternen Entscheidungsbefugnisse aus § 65 Abs. 2 Nrn. 23 und 24 SchulG NRW betreffend die besonderen Mitwirkungsformen nach § 75 SchulG NRW und die Mitwirkung beim Schulträger nach § 76 SchulG NRW ebenfalls nur gegenüber der Schulleitung zu. Auch für die außerschulischen Partner sieht § 66 Abs. 7 Satz 1 SchulG NRW nur eine abgeschwächte Form der Mitwirkung an der Willensbildung der Schulkonferenz vor.

Dazu OVG NRW, Beschluss vom 31. August 2016 - 19 B 984/15 -, juris, Rn. 13.

Kein über ihr innerschulisches Mitwirkungsrecht gegenüber der Schulleitung hinausgehendes subjektives Recht der Schulkonferenz gegenüber dem außerhalb des Schulmitwirkungsverhältnisses stehenden Schulträger ergibt sich ferner aus § 9 Abs. 3 SchulG NRW, der gesetzlichen Rechtsgrundlage der Offenen Ganztagsschule. Nach dessen Satz 1 kann „der Schulträger“ mit Trägern der öffentlichen und der freien Jugendhilfe und anderen Einrichtungen, die Bildung und Erziehung fördern, eine weitergehende Zusammenarbeit vereinbaren, um außerunterrichtliche Angebote vorzuhalten (Offene Ganztagsschule). Der Zustimmung der Schulkonferenz bedarf nach § 9 Abs. 3 Satz 3 SchulG NRW nur „die Einbeziehung der Schule“ in eine Vereinbarung mit einem Jugendhilfeträger oder einer anderen Einrichtung über eine Zusammenarbeit zur Vorhaltung außerunterrichtlicher Angebote. Mit dieser Formulierung nimmt auch diese Vorschrift Rücksicht auf die grundsätzlich nur innerschulisch wirkenden Mitwirkungsrechte der Schulkonferenz.

Zur Erfüllung ihrer Funktion als oberstes Mitwirkungsgremium der Schule nach § 65 Abs. 1 Satz 2 SchulG NRW bedarf die Schulkonferenz auch keiner unmittelbaren, über § 65 Abs. 1 Satz 3 SchulG NRW hinausgehenden Mitwirkungsrechte gegenüber dem Schulträger als einem außerhalb des Schulmitwirkungsverhältnisses stehenden Dritten bei der Einführung und Fortführung der Offenen Ganztagsschule. Vielmehr sind ihre oben aufgezählten gesetzlichen Mitwirkungsrechte gegenüber der Schulleitung ausreichend, um der Schulkonferenz eine hinreichend wirksame Einwirkung auch auf den Schulträger in dieser Frage zu sichern, wenngleich diese außerhalb des Vorschlags- und Anregungsrechts nach § 65 Abs. 1 Satz 3 SchulG NRW nur gegenüber der Schulleitung direkt zur Geltung kommen. Denn der Schulleiter führt den Vorsitz in der Schulkonferenz (§ 66 Abs. 6 Satz 1 SchulG NRW) und ist an deren Beschlüsse gebunden (§ 59 Abs. 10 Satz 1 Halbsatz 2 SchulG NRW).

Die Schulkonferenz kann nur schulintern die Schulleitung verklagen.

Nach außen muss statt der Schulkonferenz die Schulleitung in Vertretung der Schule den Schulträger verklagen.

Insbesondere sichert der Zustimmungsvorbehalt in § 5 Abs. 3, § 9 Abs. 3 Satz 3, § 75 Abs. 4 Satz 2 SchulG NRW der Schulkonferenz einen wirksamen indirekten Einfluss auf den Schulträger bei der Einführung und Fortführung der Offenen Ganztagsschule. Die Schulkonferenz darf ihre Zustimmung nach diesen Vorschriften grundsätzlich, d. h. bei Vorliegen hierfür sprechender sachlicher Gründe, auch verweigern, um die Mitwirkung eines bestimmten Trägers oder einer bestimmten Einrichtung im Sinn des § 9 Abs. 3 Satz 1 SchulG NRW an ihrer Schule zu verhindern.

Zustimmungvorbehalt: Die Schulkonferenz kann aus sachlichen Gründen die Zustimmung zur Auswahl einse bestimmten OGS-Trägers verweigern, und damit verhindern.

Dessen Auswahl gehört im Sinn des § 76 Satz 2 SchulG NRW zu den für die Schule bedeutsamen Angelegenheiten, welche den Schulträger zur Beteiligung der Schule verpflichten. Die Ausführungen des Verwaltungsgerichts zu diesem Punkt sind dahin klarzustellen, dass der Schulkonferenz mit dem Zustimmungsvorbehalt in § 9 Abs. 3 Satz 3 SchulG NRW ein negatives und indirektes Mitbestimmungsrecht bei der Trägerauswahl zusteht, während ihr ein darüber hinaus gehendes positives und direktes Bestimmungsrecht gegenüber dem Schulträger fehlt.

Bei der Auswahl des OGS-Trägers steht der Schulkonferenz ein negatives und indirektes Mitbestimmungsrecht zu.

2. Können der Antragstellerin einklagbare schulinterne Mitwirkungsrechte danach allenfalls gegenüber der Schulleitung der Frauenlobschule zustehen, hat der Senat von einer Anregung an die Antragstellerin entsprechend § 86 Abs. 3 VwGO gleichwohl abgesehen, ihren bislang gegen die Schulträgerin gerichteten Eilantrag nunmehr im Weg einer Antragsänderung entsprechend § 91 VwGO gegen die Schulleitung zu richten (Parteiwechsel auf der Antragsgegnerseite). Ersichtlich begehrt die Antragstellerin keinen gerichtlichen Rechtsschutz für die Durchsetzung etwaiger schulinterner Mitwirkungsrechte gegenüber der Schulleitung. Denn die derzeitige kommissarische Schulleiterin unterstützt das Begehren der Antragstellerin bereits, indem sie die Prozessvollmacht für den vorliegenden Rechtsstreit unterzeichnet, sich dabei sowohl als Vorsitzende der Schulkonferenz als auch als kommissarische Schulleiterin bezeichnet und ihre Unterschrift unter die genannte Kooperationsvereinbarung nach Aktenlage bisher unterlassen hat.

Parteiwechsel bei Antragsgegnerin, Schulleiterin statt Schulträger nicht sinnvoll, da Schulleiterin Begehren der Schulkonferenz unterstützt.

3. Der Senat hat schließlich auch von einer Anregung eines Parteiwechsels auf Antragstellerseite entsprechend § 86 Abs. 3 VwGO abgesehen. Im Grundsatz kommt insoweit in Betracht, dass die Frauenlobschule im Namen des Landes Nordrhein-Westfalen einklagbare Rechte gegen die Antragsgegnerin geltend macht, die dem Land unter dem Gesichtspunkt einer ordnungsgemäßen Erfüllung des Bildungs- und Erziehungsauftrags an einer Offenen Ganztagsschule gegenüber dem Schulträger möglicherweise zustehen. Wegen der besonderen Eilbedürftigkeit des vorliegenden Eilrechtsstreits unmittelbar vor dem Wiederbeginn des Unterrichts nach den Sommerferien verneint der Senat die Sachdienlichkeit eines solchen Parteiwechsels entsprechend § 86 Abs. 3 VwGO für dieses Eilbeschwerdeverfahren. Jedenfalls mit der für einen Eilrechtsstreit erforderlichen Eindeutigkeit lässt sich für dieses Rechtsverhältnis gegenüber der Antragsgegnerin kein glaubhaft gemachter Anordnungsan-

Parteiwechsel bei Antragsstellerin: Schule statt Schulkonferenz wäre sinnvoll, wird aber aus Sachdienlichkeitsgründen abgelehnt.

In der beschränkten rechtlichen Prüfungszeit im Eilbeschwerdeverfahren sieht sich das Gericht nicht in der Lage mit der erforderlichen Eindeutigkeit das Rechtsverhältnis abschließend zu klären.

Die kann nur in einem Hauptverfahren erfolgen

spruch feststellen. Vielmehr wirft der Rechtsstreit in diesem Rechtsverhältnis schulrechtliche und vergaberechtliche Rechtsfragen auf, deren Klärung einem etwaigen Hauptsacheverfahren zwischen den Beteiligten dieses Rechtsverhältnisses vorbehalten bleiben müsste. Festzustellen ist, dass die Antragsgegnerin die Frauenlobschule auch weiterhin mit einer von der Schulleiterin unterzeichneten Kooperationsvereinbarung an der Offenen Ganztagsschule beteiligen muss und diese Kooperationsvereinbarung innerschulisch der Zustimmung der Antragstellerin bedarf und eine solche Kooperationsvereinbarung sowohl innere als auch äußere Schulangelegenheiten betrifft (a). Gleichwohl spricht gegen die Sachdienlichkeit, dass das Land auf einen Rechtsstreit gegen die Antragsgegnerin zur Durchsetzung seiner Beteiligungsrechte an der Offenen Ganztagsschule der Frauenlobschule nur eingeschränkt angewiesen ist (b) und die Rechtsfrage offen ist, ob sich die Antragsgegnerin unter Hinweis auf einen aus Art. 31 GG abgeleiteten angeblichen Vorrang des Vergaberechts über den schulrechtlichen Zustimmungsvorbehalt in § 9 Abs. 3 Satz 3 SchulG NRW hinwegsetzen darf (c).

Ohne Zustimmung zur Kooperationsvereinbarung und Untterschrift der Schulleitung unter der Vereinbarung ist diese nicht rechtawirksam.

Jedoch ist die Rechtsfrage offen, ob sich der Schulträger mit Verweis auf den angeblichen Vorrang des Vergabe rechts über den Zustimmungsvorbehalt der Schulkonferenz hinweg setzen darf

a) Hat die Antragsgegnerin entschieden, die Frauenlobschule als Offene Ganztagsschule im Sinn des § 9 Abs. 3 SchulG NRW zu führen, muss sie diese auch weiterhin mit einer von der Schulleiterin unterzeichneten „Vereinbarung“ im Sinn des Satzes 1 dieser Bestimmung beteiligen. Die Einbeziehung der Frauenlobschule in diese Vereinbarung bedarf nach deren Satz 3 innerschulisch der Zustimmung der Antragstellerin. Insoweit ist in der Senatsrechtsprechung geklärt, dass die Einrichtung einer Offenen Ganztagsschule schulrechtlich bezweckt, Ganztagsangebote zu organisieren, die der Schulträger in enger Kooperation mit der Schulleitung durchführt und die in einem konzeptionellen Zusammenhang mit dem Unterricht stehen. Dieser konzeptionelle Zusammenhang gehört schon zum Begriff der Ganztagsschule in § 9 Abs. 3 Satz 1 SchulG NRW. Sinn und Zweck auch des Zustimmungsvorbehalts zugunsten der Schulkonferenz in § 9 Abs. 3 Satz 3 SchulG NRW ist die Wahrung eben dieses konzeptionellen Zusammenhangs des außerunterrichtlichen Angebots mit dem Schulunterricht.

Ohne Zustimmung zur Kooperationsvereinbarung und Unterschrift der Schulleitung unter der Vereinbarung ist diese nicht rechtawirksam.

OVG NRW, Beschluss vom 31. August 2016, a. a. O., Rn. 9, 13 f.; van den Hövel, SchVw NRW 2017, 221; vgl. auch VG Arnsberg, Urteil vom 7. Dezember 2017 - 10 K 6575/16 -, juris, Rn. 62 („äußere und innere Abstimmung von Schulunterricht und Betreuung“).

In Übereinstimmung mit dieser gesetzlichen Grundkonzeption der Offenen Ganztagsschule hat die ministerielle Schulverwaltung auch für die Praxis bestimmt, dass „zentrale Grundlage“ von Ganztagsschulen „die Zusammenarbeit von Schule, Kinder- und Jugendhilfe, gemeinwohlorientierten Institutionen und Organisationen aus Kultur und Sport, Wirtschaft und Handwerk sowie weiteren außerschulischen Partnern“ ist und dass diese „Zusammenarbeit zwischen Schulträger, Schule und außerschulischem Träger … auf einer Kooperationsvereinbarung“ beruht, deren „Partner“ „der Schulträger, die Schulleiterin oder der Schulleiter und der außerschulische Träger“ sind.

> Nrn. 1.3 und 6.8 Sätze 1 und 2 des Runderlasses „Gebundene und offene Ganztagsschulen sowie außerunterrichtliche Ganztags- und Betreuungsangebote in Primarbereich und Sekundarstufe I“ (Ganztagserlass) des Ministeriums für Schule und Weiterbildung vom 23. Dezember 2010 (ABl. NRW. 2011, S. 38) in der Fassung des Runderlasses vom 7. Dezember 2022 (ABl. NRW. 12/22); zum „Gesamtkonzept“ vgl. Kielblock/Maaz, SchVw 2021, 240 (241).

Jugendhilferechtliche Rechtsgrundlagen dieser Kooperation sind § 3 Abs. 2, § 24 Abs. 4 Satz 1 SGB VIII. Danach ist es Aufgabe der Jugendhilfeträger, für Kinder im schulpflichtigen Alter ein bedarfsgerechtes Angebot in Tageseinrichtungen vorzuhalten. Die Jugendämter können diese Verpflichtung im Zusammenwirken mit den Trägern der freien Jugendhilfe „auch durch entsprechende Angebote in Schulen“ erfüllen (§ 4 Abs. 5 Sätze 1 und 3 des Gesetzes zur frühen Bildung und Förderung von Kindern (Kinderbildungsgesetz - KiBiz) - Sechstes Gesetz zur Ausführung des Achten Buches Sozialgesetzbuch - vom 3. Dezember 2019 (GV. NRW. S. 894)).

Mit der beschriebenen landesrechtlichen Grundkonzeption der Offenen Ganztagsschule kaum vereinbar ist die Rechtsauffassung der Antragsgegnerin, es sei „rechtlich nicht möglich oder erforderlich, dass der Schulträger eine Zustimmung zu dem Angebot des von ihm ausgewählten Trägers einholte“, der Begriff der Zustimmung sei „missverständlich formuliert“ und nur als das „Erreichen einer Abstimmung“ gemeint, deren Scheitern einen Zuschlag an den ausgewählten Träger auch ohne Einvernehmen der Schule rechtfertige. Hiermit schränkt die Antragsgegnerin den Zu-

Die Rechtsauffassung des Schulträgers (Antragsgegnerin) zur Mitwirkung von Schule und Schulkonferenz bei der Auswahl des OGS-Trägers ist grundfalsch und nicht mit den Vorgaben des Landes vereinbaren

stimmungsvorbehalt in § 9 Abs. 3 Satz 3 SchulG NRW begrifflich und inhaltlich ein, ohne dass sie hierfür jedenfalls schulrechtlich eine Grundlage benennt. Sie lässt dabei dessen Zweck unberücksichtigt, den konzeptionellen Zusammenhang des außerunterrichtlichen Angebots mit dem der Schulpflicht unterliegenden Schulunterricht zu gewährleisten. Das verdeutlicht insbesondere ihre Äußerung, es sei „unklar, welche Bedeutung die Unterschrift der Schulleitung schulrechtlich hat, denn die Schule ist nicht rechtsfähig.“ Mit dieser Äußerung übergeht sie die genannte, in Rechtsprechung und Schulpraxis im Grundsatz geklärte Grundkonzeption der Offenen Ganztagsschule. Auch begrifflich lässt sich diese Relativierung kaum rechtfertigen, denn mit den Begriffen „Zustimmung“ oder „Einvernehmen“ ordnet der Gesetzgeber etwa auch beim mehrstufigen Verwaltungsakt in der Regel eine Sperrwirkung für den Fall einer Verweigerung an, während sich die Erlassbehörde nur in Fällen eines gesetzlich angeordneten „Benehmens“ über eine solche Verweigerung der mitwirkenden Behörde hinwegsetzen darf (ebenso bei „Stellungnahme“ oder „Anhörung“).

BVerwG, Urteil vom 20. April 1994 - 11 C 17.93 -, BVerwGE 95, 333, juris, Rn. 14; VGH Bad.-Württ., Urteil vom 4. April 2023 - 10 S 1560/22 -, juris, Rn. 28 (luftrechtlicher Zustimmungsvorbehalt, „Bauverbot“).

Für den Zustimmungsvorbehalt in § 9 Abs. 3 Satz 3 SchulG NRW benennt die Antragsgegnerin keine Gründe, die ihre von den anderen Zustimmungsvorbehalten des SchulG NRW und des sonstigen Landesrechts abweichende Interpretation rechtfertigen könnten (vgl. etwa den Vorbehalt der Zustimmung der oberen Schulaufsichtsbehörde zur Entscheidung des Schulträgers über die Führung einer Schule als Ganztagsschule in § 9 Abs. 1 Satz 3 SchulG NRW sowie § 58 Abs. 1, § 59 Abs. 3 VwVfG NRW).

Nach dieser gesetzlichen und in der Schulpraxis umgesetzten Grundkonzeption betrifft die Vereinbarung über die Vorhaltung außerunterrichtlicher Angebote an einer Offenen Ganztagsschule im Sinn des § 9 Abs. 3 Satz 1 SchulG NRW (ebenso die in Nr. 6.8 Satz 1 Ganztagserlass vorgesehene Kooperationsvereinbarung) sowohl innere als auch äußere Schulangelegenheiten. Allenfalls teilweise zutreffend ist daher die Rechtsauffassung der Antragsgegnerin, bei der Unterschrift unter eine Kooperationsvereinbarung liege „es auch nicht nahe, dass die Schulleitung das Land NRW hierbei vertritt, da es sich wie ausgeführt um eine äußere Schulangelegenheit handelt“, näm-

Die Rechtsauffassung des Schulträgers (Antragsgegnerin), dass eine fehlende Unterschrift unter der Kooperationsvereinbaerung trotzdem Rechtswirkung verleiht, ist falsch.

lich „eher um eine innerschulische Verabredung von Regeln, die die Schule jetzt auch für sich anerkennt.“ Mit dieser Interpretation verkürzt die Antragsgegnerin grundlegend die gesetzlich vorgesehenen Rechtswirkungen einer Kooperationsvereinbarung.

Zu den inneren Schulangelegenheiten im Sinn des § 3 Abs. 1 SchulG NRW gehören bei einer Offenen Ganztagsschule diejenigen Teile der Vereinbarung, welche in die Verantwortung der Schule fallen („Verzahnung“ der Unterrichtsinhalte mit den Inhalten des außerunterrichtlichen Angebots, insbesondere der Förderkonzepte für Schüler mit besonderen Bedarfen, Einsatz schulischer Lehrkräfte, ggf. auch die Entscheidung oder Mitentscheidung über die Aufnahme von Schülern in die Offene Ganztagsschule sowie der Umgang mit Konflikten). Weist die Kooperationsvereinbarung der Schule Rechte und Pflichten zu diesen Themen zu, können diese von vornherein nur dem Land Nordrhein-Westfalen als Rechtsträger zustehen.

BVerwG, Beschluss vom 16. Juni 2021 - 6 AV 1.21 -, NWVBl. 2021, 419, juris, Rn. 7; OVG NRW, Beschluss vom 14. Januar 2011 - 19 B 14/11 -, NWVBl. 2011, 270, juris, Rn. 5.

In einem Rechtsstreit um diese Rechte und Pflichten vertritt die Schule das Land (Nr. 7.1 des Vertretungserlasses NRW vom 28. Februar 2018 (MBl. NRW. S. 128)).

Zu den äußeren Schulangelegenheiten im Sinn des § 79 SchulG NRW gehören bei einer Offenen Ganztagsschule diejenigen Teile einer Kooperationsvereinbarung, welche die Verantwortung der Schulträgerin für die äußere Organisation dieser außerunterrichtlichen Angebote betreffen (Bereitstellung der erforderlichen Räume, Freiflächen und Einrichtungsgegenstände außerhalb der Unterrichtszeit, in Nr. 6.1 Ganztagserlass als „erforderliche Infrastruktur“ bezeichnet, nichtpädagogisches Personal).

Gemessen daran mag äußere Schulangelegenheit bei der Auswahl des außerschulischen Trägers oder der außerschulischen Einrichtung im Sinn des § 9 Abs. 3 Satz 1 SchulG NRW die äußere, d. h. organisatorische Durchführung eines nach nationalem oder europäischem Recht erforderlichen Vergabeverfahrens sein. Dies ändert nichts daran, dass die inhaltliche Auswahlentscheidung über einen bestimmten Jugendhilfeträger unmittelbar auch die Qualität der Kooperation und zugleich die Qualität des

außerschulischen Angebots der Offenen Ganztagsschule insgesamt, also zugleich eine innere Schulangelegenheit betrifft. Der Gesetzgeber macht diese Auswahlentscheidung deshalb von einer dreiseitigen Kooperationsvereinbarung zwischen Schulträger, außerschulischem Träger und der Schule abhängig, die auf der Seite der Schule unter dem Zustimmungsvorbehalt nach § 9 Abs. 3 Satz 3 SchulG NRW steht.

Über die Unterschrift unter der Kooperationsvereinbarung ist die Schule an der Auswahlentscheidung des OGS-Trägers beteiligt.

Eine Auswahl bedarf der Zustimmung der Schulkonferenz, sonst ist die Auswahl nicht erfolgt.

b) Gegen die Sachdienlichkeit des genannten Parteiwechsels auf der Antragstellerseite im vorliegenden Eilbeschwerdeverfahren spricht gleichwohl, dass das Land auf einen Rechtsstreit gegen die Antragsgegnerin zur Durchsetzung seiner Beteiligungsrechte an der Offenen Ganztagsschule der Frauenlobschule nur eingeschränkt angewiesen ist. Nach derzeit geltender Erlasslage kann das Land seine Zuwendungen an die Antragsgegnerin für die an der Frauenlobschule eingerichtete Offene Ganztagsschule im Schuljahr 2023/2024 vom Abschluss einer Kooperationsvereinbarung zwischen der Antragsgegnerin, der Beigeladenen und der Frauenlobschule abhängig machen. Zuwendungsvoraussetzung ist danach u. a. die Vorlage einer Aufstellung von abgeschlossenen und geplanten Kooperationsvereinbarungen zwischen dem Schulträger bzw. den offenen Ganztagsschulen und anerkannten Trägern der freien Kinder- und Jugendhilfe und anderer Träger, insbesondere im Kultur- und Sportbereich.

Unterschreibt die Schule die Kooperationsvereinbarung nicht, erhält die Stadt für die entsprechende OGS gemaß Erlasslage keine Zuwendungen vom Land und muss die erforderlichen finanziellen Mittel selbst aufbringen.

> Nr. 4 Buchst. c) des Runderlasses „Zuwendungen für die Durchführung außerunterrichtlicher Angebote offener Ganztagsschulen im Primarbereich“ (OGS-Zuwendungserlass) des Ministeriums für Schule, Jugend und Kinder vom 12. Februar 2003 (ABl. NRW. S. 43) in der Fassung des Runderlasses vom 7. Dezember 2022 (ABl. NRW. 12/22).

c) Ferner spricht gegen die Sachdienlichkeit, dass vergaberechtlich die Rechtsfrage offen ist, ob sich die Antragsgegnerin unter Hinweis auf einen aus Art. 31 GG abgeleiteten angeblichen Vorrang von Regeln dieses Rechtsgebiets über den schulrechtlichen Zustimmungsvorbehalt in § 5 Abs. 3, § 9 Abs. 3 Satz 3, § 75 Abs. 4 Satz 2 SchulG NRW hinwegsetzen darf. Darauf läuft es letztlich hinaus, wenn sie den Zuschlag nach § 127 GWB erteilt, ohne zuvor die Zustimmung der Schule zum ausgewählten Bieter eingeholt zu haben und dies mit der Rechtsauffassung zu rechtfertigen versucht, der Schulträger sei „Herr des Verfahrens“, und „es entscheidet daher

der Auftraggeber über den Vergabevorschlag“. Bei dieser Argumentation mit Art. 31 GG setzt sie unausgesprochen voraus, dass keine der für öffentliche Aufträge über soziale und andere besondere Dienstleistungen in § 130 GWB zur Verfügung gestellten vergaberechtlichen Verfahrensarten eine Möglichkeit eröffnet, bei Vergaben betreffend Offene Ganztagsschulen dem schulrechtlichen Zustimmungsvorbehalt in § 5 Abs. 3, § 9 Abs. 3 Satz 3, § 75 Abs. 4 Satz 2 SchulG NRW angemessen Rechnung zu tragen. Sie verweist auf eine Vielzahl vergaberechtlicher Bestimmungen, welche ein Übergehen dieses schulrechtlichen Zustimmungsvorbehalts angeblich rechtfertigen sollen, setzt sich hingegen weder in ihren Antragserwiderungen noch in dem von ihr vorgelegten anwaltlichen Rechtsgutachten mit vergaberechtlichen Vorschriften auseinander, die eine Durchführung des Vergabeverfahrens im Einklang mit dem genannten landesrechtlichen Zustimmungsvorbehalt rechtfertigen können (z. B. § 127 Abs. 3, § 128 Abs. 2 Satz 1, § 129 GWB). Ohnehin unterliegt die Antragsgegnerin gegenüber unterlegenen Bietern der 15-tägigen Informations- und Wartepflicht nach § 134 Abs. 2 Satz 1 GWB, so dass das Vergaberecht auch nach seinem Verfahrensablauf die Einholung der Zustimmung der Schule rechtzeitig vor der Zuschlagserteilung ermöglicht. Vergaberechtlich klärungsbedürftig ist schließlich ihre ohne nähere Konkretisierung aufgestellte Behauptung, „die bisherige Arbeit des aktuellen Bieters an der jeweiligen Schule“ dürfe bei der Angebotswertung „keine Rolle spielen“, weil „die europaweiten Vorschriften zum Vergaberecht“ eine solche Berücksichtigung nicht vorsähen.

Der Schulträger hat (bisher) keine zutreffenden Argumente eingeführt, warum das Vergabeverfahren nicht so ausgestaltet werden kann, dass den Mitwirkungs- und Zustimmungsrechten der Schulkonferenz Rechnung getragen werden könnte.

Das Gericht sieht eine mögliche Beteiligungsmöglichkeit in der 15-tägigen Informations- und Wartepflicht für gegeben, sieht aber näheren Klärungsbedarf, der im Hauptsacheverfahren zu klären ist.

Die biosherige Arbeit eines OGS-Trägers ist nach Auffassung des Gerichts bei der Auswahl für eine neue OGS-Trägerschaft nach erster Einschätzung des Gerichts zu berücksichtigen.

Die dem widersprechende Rechtsauffassung des Schulträgers ist klärunsbedürftig.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2, § 162 Abs. 3 VwGO. Der Senat hat die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen aus Billigkeit für nicht erstattungsfähig erklärt. Sie hat sich keinem Kostenrisiko ausgesetzt, weil sie keinen Antrag gestellt hat (§ 154 Abs. 3 VwGO).

Die Streitwertfestsetzung ergibt sich aus § 47 Abs. 1, § 52 Abs. 1 und 2, § 53 Abs. 2 Nr. 1 GKG. Die Bedeutung der Sache für die Antragstellerin, auf die es nach § 47, § 52 Abs. 1 GKG für die Streitwertfestsetzung ankommt, bemisst sich im vorläufigen Rechtsschutzverfahren mit der Hälfte des Auffangwerts nach § 52 Abs. 2 GKG, also 2.500,00 Euro. Eine gesonderte Berücksichtigung der Anträge zu 1. (einschließlich des Hilfsantrags) und 2. kommt nicht in Betracht, weil es sich, wie oben dargestellt, der Sache nach um einen Streitgegenstand handelt.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 66 Abs. 3 Satz 3, § 68 Abs. 1 Satz 5 GKG).

[redacted]

Beglaubigt
Urkundsbeamter/in
der Geschäftsstelle des
Oberverwaltungsgerichts
für das Land Nordrhein-Westfalen