

# HAMBURGISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

1 Bs 6/20  
2 E 5812/19

## 1. Senat

### Beschluss vom 29. Januar 2020

---

**GG** Art. 4 Abs. 1 und 2; Art. 7 Abs. 1

**HmbSG** § 28 Abs. 2; § 31 Abs. 3; § 41 Abs. 1 Satz 1; § 88 Abs. 2

(Hmb)SOG § 3 Abs. 1

1. Es spricht viel dafür, unter „Teilnahme am Unterricht“ im Sinne von §§ 28 Abs. 2, 41 Abs. 1 Satz 1 HmbSG über die rein physische Anwesenheit hinaus auch die Kommunikationsbereitschaft der Schülerinnen und Schüler zu verstehen.
  2. Es kann nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass das Tragen eines Gesichtsschleiers (Niqab) im Unterricht durch eine Schülerin die Kommunikation mit ihr unmöglich macht.
  3. Für die Anordnung an eine Schülerin, die aus religiösen Gründen einen Niqab trägt, im Unterricht ihr Gesicht zu zeigen, bedarf es einer klaren gesetzlichen Regelung. Eine solche Vorschrift enthält das derzeit geltende Hamburgische Schulgesetz nicht. Ohne eine solche Regelung besteht auch keine rechtliche Grundlage, von den Sorgeberechtigten der Schülerin zu verlangen, dass sie auf diese einwirken, im Unterricht ihr Gesicht zu zeigen.
-

# Hamburgisches Oberverwaltungsgericht

1 Bs 6/20  
2 E 5812/19

## Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

hat das Hamburgische Oberverwaltungsgericht, 1. Senat, am 29. Januar 2020 durch

.....

.....

.....

beschlossen:

Die Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 20. Dezember 2019 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Tenor des Beschlusses wie folgt formuliert wird:

„Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin gegen die Verfügung der Antragsgegnerin vom 9. Dezember 2019 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 3. Januar 2020 wird bezüglich Ziffer 1 dieser Verfügung wiederhergestellt und bezüglich Ziffer 2 angeordnet.“

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 2.500 Euro festgesetzt.

### **Gründe**

#### I.

Die Antragsgegnerin wendet sich mit ihrer Beschwerde gegen einen Beschluss des Verwaltungsgerichts, mit dem dieses einem vorläufigen Rechtsschutzantrag der Antragstellerin gegen einen für sofort vollziehbar erklärten Bescheid des Hamburger Instituts für Berufliche Bildung (HIBB) stattgegeben hat. Mit diesem war der Antragstellerin aufgegeben worden, dafür zu sorgen, dass ihre Tochter ohne Vollverschleierung auf dem Schulgelände erscheint und im Unterricht ihr Gesicht zeigt; für den Fall, dass die Antragstellerin der Anordnung nicht nachkomme, wurde ein Zwangsgeld in Höhe von 500 Euro festgesetzt.

1. Die Antragstellerin hat die alleinige elterliche Sorge für ihre derzeit 16-jährige Tochter. Diese hat von September 2009 bis Juni 2019 die Grundschule und anschließend eine Stadtteilschule bis zur Jahrgangsstufe 10 besucht und dabei den erweiterten ersten allgemeinbildenden Schulabschluss erworben. Im laufenden Schuljahr besucht die Tochter

der Antragstellerin eine berufliche Schule. Während sie etwa ab der 6. Jahrgangsstufe der Stadtteilschule ein Kopftuch trug, trägt sie nun einen Niqab, einen Gesichtsschleier, der nur die Augen frei lässt. Sie weigert sich unter Berufung auf ihre Glaubensüberzeugung, den Niqab auf dem Schulgelände und im Unterricht abzulegen.

Nachdem Versuche der Schule gescheitert waren, im Rahmen von Gesprächen die Tochter der Antragstellerin zu veranlassen, den Niqab im Unterricht abzulegen, erließ das HIBB am 9. Dezember 2019, gestützt auf § 41 Abs. 1 HmbSG, einen für sofort vollziehbar erklärten Bescheid gegenüber der Antragstellerin, mit dem sie diese aufforderte, dafür zu sorgen, dass ihre Tochter ab dem 12. Dezember 2019 ohne Vollverschleierung auf dem Schulgelände erscheine und im Unterricht ihr Gesicht zeige; das Tragen eines Kopftuchs sei zulässig. Die Schule habe sie (die Antragstellerin) wiederholt darauf hingewiesen, dass ihre Tochter nicht am Unterricht teilnehmen dürfe, solange diese ihr Gesicht vollständig verhülle. Im schulischen Bildungs- und Erziehungsprozess gehe es um mehr als um bloße Wissensvermittlung. Vielmehr müssten sich Schülerinnen und Schüler untereinander und mit den Lehrkräften auch so austauschen, dass eine volle Kommunikation möglich sei; dies könne nicht gelingen, ohne den Gesichtsausdruck des Gegenübers wahrzunehmen. Für den Fall, dass die Antragstellerin der Aufforderung nicht nachkomme, setzte das HIBB ein Zwangsgeld in Höhe von 500 Euro fest.

2. Gegen den Bescheid erhob die Antragstellerin mit Anwaltsschriftsatz vom 16. Dezember 2019 Widerspruch und beantragte beim Verwaltungsgericht die Wiederherstellung bzw. Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs.

Diesem Antrag gab das Verwaltungsgericht mit Beschluss vom 20. Dezember 2019 statt. Die Abwägung der widerstreitenden Interessen falle zugunsten der Antragstellerin aus. Die Anordnung erweise sich bei summarischer Prüfung als offensichtlich rechtswidrig, so dass kein besonderes öffentliches Interesse am Sofortvollzug bestehe. Die Verfügung sei schon formell rechtswidrig, da das HIBB als für die Schulverwaltung und Schulaufsicht der staatlichen beruflichen Schulen zuständige Stelle für den Erlass der Schulbesuchsverfügung nicht zuständig sei; diese hätte die Berufsschule selbst erlassen müssen. Die Anordnung sei aber auch aus materiellen Gründen rechtswidrig. Eine rechtliche Grundlage für die an die Antragstellerin gerichtete Verfügung ergebe sich weder aus § 41 Abs. 1 Satz 1 HmbSG noch aus § 28 Abs. 2 HmbSG oder § 3 Abs. 1 SOG. Die

Antragsgegnerin könne aber auch von der schulpflichtigen Tochter der Antragstellerin nicht verlangen, während des Schulbesuchs auf eine Gesichtsverhüllung zu verzichten, da es hierfür gegenwärtig an der erforderlichen, hinreichend bestimmten rechtlichen Grundlage fehle. Infolge der Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen Ziffer 1 der Verfügung könne diese nicht vollstreckt werden, so dass auch der gegen die Zwangsgeldfestsetzung gerichtete Anordnungsantrag begründet sei.

3. Die Antragsgegnerin hat gegen den ihr am 23. Dezember 2019 zugestellten Beschluss am 3. Januar 2020 beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben und diese sogleich begründet. Die Antragstellerin hat hierzu am 22. Januar 2020 Stellung genommen und den Beschluss des Verwaltungsgerichts verteidigt. Unter dem Datum des 3. Januar 2020 hat die Antragsgegnerin den Widerspruch mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass sich die Tochter der Antragstellerin außerhalb unterrichtlicher Veranstaltungen vollverschleiert auf dem Schulgelände aufhalten darf und ihr Gesicht nur auf Anordnung weiblicher Lehrkräfte zur Identifikation zu zeigen hat.

## II.

1. Die Beschwerde der Antragsgegnerin ist zulässig. Sie ist rechtzeitig (§ 147 Abs. 1 VwGO) erhoben und begründet worden (§ 146 Abs. 4 Satz 1 VwGO). Sie enthält zwar keinen ausdrücklichen Antrag, wie dies § 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO fordert, doch lässt die Begründung der Beschwerde hinreichend deutlich erkennen, dass es der Antragsgegnerin um die Abänderung des erstinstanzlichen Beschlusses mit dem Ziel geht, den Antrag der Antragstellerin auf Wiederherstellung bzw. Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs abzulehnen; angesichts dessen kann ausnahmsweise auf einen ausdrücklichen Beschwerdeantrag verzichtet werden (vgl. Guckelberger in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 146 Rn. 68 f.).

2. Die Beschwerde hat aber in der Sache keinen Erfolg. Die mit der Beschwerde dargelegten Gründe, die das Beschwerdegericht allein zu prüfen hat (§ 146 Abs. 4 Satz 3 und 6 VwGO), rechtfertigen es nicht, den Beschluss des Verwaltungsgerichts abzuändern und den Antrag der Antragstellerin abzulehnen. Da das Verwaltungsgericht seinen Beschluss selbständig tragend auf mehrere Gründe gestützt hat, könnte die Beschwerde nur dann Erfolg haben, wenn alle tragenden Erwägungen mit Erfolg in Frage gestellt

werden, so dass das Beschwerdegericht zur Überzeugung kommt, dass die Entscheidung des Verwaltungsgerichts zu ändern ist (vgl. Guckelberger in: Sodan/Ziekow, a.a.O., § 146 Rn. 78). Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt.

2.1. Das Verwaltungsgericht hat beanstandet, dass der an die Antragstellerin gerichtete Bescheid vom 9. Dezember 2019 vom Hamburger Institut für Berufliche Bildung (HIBB), Schulaufsicht, erlassen worden ist. Gemäß § 50 i.V.m. § 89 Abs. 1 Satz 1 HmbSG wäre hierfür der Schulleiter der Berufsschule selbst zuständig gewesen, während das HIBB gemäß § 85a Abs. 1 HmbSG für die Schulverwaltung und Schulaufsicht der staatlichen beruflichen Schule zuständig sei und gemäß § 85b Abs. 1 Nr. 2 HmbSG die Rechts- und Fachaufsicht über die beruflichen Schulen wahrzunehmen habe. Solange kein Widerspruchsbescheid durch die zuständige Rechtsabteilung der Behörde für Schule und Berufsbildung ergangen sei, könne die Antragstellerin die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs allein aufgrund der sachlichen Unzuständigkeit der handelnden Stelle verlangen.

Das Beschwerdegericht kann es im Ergebnis offen lassen, ob die Sichtweise des Verwaltungsgerichts zutrifft oder ob das Beschwerdevorbringen der Antragsgegnerin, die staatlichen Schulen seien rechtlich unselbständige Teile der hamburgischen Exekutive, zu einer anderen Beurteilung zwingt. Immerhin hatte es auch die Antragsgegnerin in ihrer erstinstanzlichen Antragserwiderung vom 19. Dezember 2019 (Seite 4 oben) dahingestellt gelassen, „warum hier die Schulaufsicht handelte und nicht die Schule“. Problematisch erscheint allerdings, das Handeln des HIBB hier als einen Fall der sachlichen Unzuständigkeit anzusehen. Nach Abschnitt I Nr. 1 der Anordnung über Zuständigkeiten für das Schulwesen ist die Behörde für Schule und Berufsbildung zuständige Behörde für das Schulwesen, insbesondere für die Durchführung des Hamburgischen Schulgesetzes. Auch wenn das HIBB gemäß § 85a Abs. 1 HmbSG als Landesbetrieb nach der Landeshaushaltsordnung geführt werden soll, ist es dennoch – wie ein „Amt“ – ein Teil der Behörde für Schule und Berufsbildung, wie auch das aktuelle Organigramm der Behörde ausweist. Die beruflichen Schulen wiederum sind Teile des HIBB (§ 85a Abs. 3 HmbSG; siehe auch Bü-Drs. 18/3780, S. 20 ff., 21, Abschnitt 5.3.2.3 und <https://hibb.hamburg.de/ueber-uns/berufsbildende-Schulen/>). Dies dürfte dafür sprechen, keinen Verstoß gegen die sachliche Zuständigkeit anzunehmen, sondern allenfalls die funktionale Zuständigkeit in Frage zu stellen (vgl. Kopp/ Ramsauer, VwVfG, 20. Aufl. 2019,

§ 3 Rn. 3 und 3b). Andererseits ist festzustellen, dass das geltende Hamburgische Schulgesetz in verschiedenen Einzelregelungen nicht einfach der „zuständigen Behörde“, sondern z.B. explizit den Schulen oder der Schulleitung Aufgaben und Zuständigkeiten zuweist (vgl. z.B. §§ 28 Abs. 6 Satz 5, 31 Abs. 3, 32 Abs. 2, 5 und 6 HmbSG).

Dies alles kann hier aber dahinstehen, da zum einen die Behörde für Schule und Berufsbildung inzwischen einen Widerspruchsbescheid erlassen hat, mit dem der Widerspruch der Antragstellerin inhaltlich beschieden wurde, so dass die formell-rechtliche Seite nicht mehr zu beanstanden sein dürfte (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 25. Aufl. 2019, § 68 Rn. 9, 11). Zum anderen hat das Verwaltungsgericht den Bescheid zu Recht auch aus materiell-rechtlichen Gründen beanstandet (hierzu nachfolgend).

2.2. Das Verwaltungsgericht hält die Anordnung gegenüber der Antragstellerin auch aus materiellen Gründen für rechtswidrig. Hierzu hat es ausgeführt:

Es bestehe bereits keine rechtliche Grundlage dafür, von der sorgeberechtigten Antragstellerin zu verlangen, ihre Tochter aufzufordern, ohne Niqab die Schule zu besuchen. Zwar stelle § 41 Abs. 1 Satz 1 HmbSG eine ausreichende Rechtsgrundlage für eine an Sorgeberechtigte gerichtete „Schulbesuchsverfügung“ dar, doch fehle es schon an den Tatbestandsvoraussetzungen der Norm, denn die Tochter habe die Schule regelmäßig besucht und sei hierzu auch weiterhin bereit. Über § 41 Abs. 1 Satz 1 HmbSG könne von Sorgeberechtigten nur verlangt werden, für die Anwesenheit des Kindes im Unterricht zu sorgen, nicht aber für das „Wie“ des Schulbesuchs. Eine Teilnahme am Unterricht im Sinn körperlicher Anwesenheit sei auch mit Gesichtverschleierung möglich. Sollte zur Teilnahme am Unterricht begrifflich auch die Kommunikationsbereitschaft gehören, sei auch diese mit Gesichtsschleier möglich; der Schleier mache Kommunikation nicht unmöglich, sondern erschwere sie allenfalls. Selbst wenn § 41 Abs. 1 HmbSG eine taugliche Rechtsgrundlage für die gegenüber der Antragstellerin ausgesprochene Aufforderung wäre, wäre die Aufforderung hier rechtswidrig. Denn die Antragsgegnerin dürfe von der Tochter der Antragstellerin den Verzicht auf die Gesichtsverhüllung nach gegenwärtiger Rechtslage nicht verlangen, so dass insoweit keine Mitwirkungspflicht der Antragstellerin bestehen könne. § 28 Abs. 2 HmbSG stelle keine taugliche Rechtsgrundlage für die Anordnung gegenüber der Antragstellerin dar, da die Norm nur Verpflichtungen der Schülerinnen und Schüler regle. Auch auf die polizeiliche Generalklausel (§ 3 HmbSOG)

könne die Anordnung nicht gestützt werden. Diese werde von den speziellen Regelungen des Schulgesetzes verdrängt. Im übrigen liege im Tragen eines Niqabs auf dem Schulgelände keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung; die Tochter der Antragstellerin sei bei gegenwärtiger Rechtslage nicht verpflichtet, gegen ihren Willen im schulischen Umfeld auf den Gesichtsschleier zu verzichten.

Jedenfalls im Ergebnis und unter Berücksichtigung der begrenzten tatsächlichen Erkenntnismöglichkeiten des vorliegenden vorläufigen Rechtsschutzverfahrens teilt das Beschwerdegericht die Ansicht des Verwaltungsgerichts.

a) Es spricht einiges für die Auffassung der Antragsgegnerin, dass die in § 41 Abs. 1 Satz 1 HmbSG normierte Verantwortlichkeit der Sorgeberechtigten von schulpflichtigen Schülerinnen und Schülern über die Pflicht hinausgeht, für deren rein physische Anwesenheit in der Schule Sorge zu tragen. Die Antragsgegnerin weist darauf hin, dass die jetzige Gesetzesfassung, soweit es die Sorgeberechtigten betrifft, ausweislich der Begründung der einschlägigen Gesetzesänderung (Bü-Drs. 15/5553 vom 28.5.1996, S. 43 zu § 42 des Entwurfs) „im wesentlichen der bisherigen Regelung des § 37 Absatz 1 SchulG“ (Gesetz vom 17.10.1977, HmbGVBl. S. 297) entspreche; danach waren neben den Schulpflichtigen auch die Erziehungsberechtigten „für die Erfüllung der Schulpflicht und für die Einhaltung der von der zuständigen Behörde erlassenen Schulordnungen“ verantwortlich. Andererseits kann auch nicht darüber hinweggesehen werden, dass im jetzigen § 41 Abs. 1 Satz 1 HmbSG von der „Einhaltung der Schulordnungen“ nicht mehr die Rede ist und die neue Bestimmung der bisherigen laut Begründung auch nur „im wesentlichen“ entspricht.

Für die Auffassung der Antragsgegnerin, dass unter „Teilnahme“ mehr als die bloße Anwesenheit im jeweiligen Unterrichtsraum zu verstehen ist, spricht im übrigen, dass das Schulgesetz sowohl in § 41 Abs. 1 Satz 1 als auch in § 28 Abs. 2 von der Teilnahme „am Unterricht“ spricht. Dies dürfte auch eine aktive Mitwirkung am Unterricht beinhalten (so auch Avenarius/Hanschmann, Schulrecht, 9. Aufl. 2019, Abschnitt 19.121, S. 387; widersprüchlich Rux, Schulrecht, 6. Aufl. 2018, der in Rn. 674 vertritt, dass die Schulpflicht nur zur physischen Anwesenheit im Unterricht zwingt, nicht jedoch zur aktiven Beteiligung, während laut Rn. 395 die Schulpflicht nicht nur die Verpflichtung zur physischen

Anwesenheit mit sich bringe, vielmehr von den Schülern auch die Beteiligung am Unterricht verlangt werde).

b) Das Verwaltungsgericht hat in seinem Beschluss (S. 11 unten / S. 12 oben) – gewissermaßen hilfsweise – für den Fall, dass zum Begriff der Teilnahme am Unterricht auch die Kommunikationsbereitschaft gehöre, ausgeführt, dass das Tragen eines Gesichtsschleiers die Kommunikation nur erschwere, nicht aber unmöglich mache. Die Antragsgegnerin setzt dieser Erwägung nichts Substantielles entgegen. In dem der Beschwerdeschrift beigefügten und dort in Bezug genommenen Widerspruchsbescheid vom 3. Januar 2020 – dieser befasst sich inhaltlich teilweise mit Ausführungen im Beschluss des Verwaltungsgerichts und kann somit als Auseinandersetzung mit dem Beschluss im Sinne von § 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO angesehen werden – ist insoweit nur ausgeführt, schulische Bildungs- und Erziehungsprozesse könnten nur gelingen, „wenn auch Schülerinnen in ihrer ganzen Persönlichkeit an der Kommunikation teilnehmen, dazu muss ihr Gesicht sichtbar sein.“ Schon in der erstinstanzlichen Antragserwiderung (Schriftsatz vom 19.12.2019, S. 4 unten) hatte die Antragsgegnerin hierzu allein vorgetragen, für einen gelingenden Erziehungs- und Bildungsprozess sei „die interpersonale Kommunikation der Minderjährigen mit den Lehrkräften, aber auch innerhalb der peer group unverzichtbar“. Schulisches Lernen erfordere „emotionale Teilhabe“, die im Zustand der völligen Verschleierung nicht möglich sei. Auch in der Sachakte befindet sich nur ein Hinweis auf Antworten des Senats auf Anfragen aus der Hamburgischen Bürgerschaft, wonach eine Verschleierung des Gesichts in Hamburger Schulen nicht gestattet sei, „da ein verschleiertes Gesicht die offene Kommunikation erheblich stört“ (Bü-Drs. 21/3668 vom 12.4.2016, S. 5; Bü-Drs. 21/10262 vom 8.9.2017). Ähnlich allgemein ist die Begründung des angefochtenen Bescheids vom 9. Dezember 2019 (am Anfang) formuliert.

Das Beschwerdegericht hält diese Beurteilung in Übereinstimmung mit dem Verwaltungsgericht für zu pauschal. Infolge der beim Niqab noch freien Augen ist durchaus eine nonverbale Kommunikation über einen Augenkontakt möglich; auch eine Gestik (z.B. Melden, Nicken mit dem Kopf oder Schütteln des Kopfes) ist, wenn auch in eingeschränkter Weise, möglich (dieses – wohl aufgrund der Annahmen aus einem konkreten Bezugsfall – eher verneinend: Thorsten Anger, Islam in der Schule, Diss. jur., 2003, S. 199 ff.). Im übrigen ist weder substantiiert geltend gemacht worden noch ersichtlich, dass eine Niqab-Trägerin nicht verbal mit Gesprächspartnern, seien es Lehrer oder Mitschüler,

kommunizieren könnte. Was die Antragsgegnerin mit der geforderten „emotionalen Teilhabe“ an schulischem Lernen meint, die im Zustand der Verschleierung nicht möglich sei, bleibt unklar. Wie sich einem in der Sachakte befindlichen Vermerk der beruflichen Schule vom 10. Dezember 2019 (S. 8 f.) entnehmen lässt, wurde die Tochter der Antragstellerin seit ihrer Anmeldung zu dieser Schule „in Einzelgesprächen betreut, da eine reguläre Beschulung im Klassenverband nicht verantwortet werden konnte“. Die Entscheidung der Schule, die Tochter der Antragstellerin nicht am regulären Unterricht der Klasse teilnehmen zu lassen, beruhe auf entsprechenden Vorgaben der Behörde für Schule und Berufsbildung. Hieraus ist zu entnehmen, dass es offenbar noch gar keinen Versuch gegeben hat, die Tochter der Antragstellerin in den normalen Klassenverband und den entsprechenden Unterricht zu integrieren. Wenn es im gleichen Vermerk (S. 9) heißt, „die gestörte Kommunikation (könne) in diesem Fall zu unerwünschten Situationen führen, z.B. Mobbing“, so ist daran zu erinnern, dass es Sache der Schule ist, hierauf die zum Schutz des Mädchens erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen (so Avenarius/Hanschmann, Schulrecht, 9. Aufl. 2019, Abschnitt 5.264, S. 145; ähnlich Rux, Schulrecht, 6. Aufl. 2018, Rn. 673).

Das Beschwerdegericht vermag daher nach dem Erkenntnisstand des vorliegenden Eilrechtsschutzverfahrens nicht anzunehmen, dass die Tochter der Antragstellerin am Unterricht in der derzeit von ihr besuchten Schule „nicht teilnehmen“ würde, wenn und weil sie einen Niqab trägt; eher wird eine Teilnahme im von der Antragsgegnerin gemeinten Sinn von der Schule selbst verhindert. Angesichts dessen besteht aber auch keine Veranlassung, von der Antragstellerin zu verlangen, dass sie auf ihre Tochter in dem Sinn einwirkt, dass diese unverschleiert am Unterricht teilnehmen solle.

c) Ohne Erfolg wendet sich die Antragsgegnerin gegen die Ansicht des Verwaltungsgerichts, die Anordnung des HIBB könne nicht auf die polizeiliche Generalklausel des § 3 Abs. 1 SOG gestützt werden. Gerade wenn § 41 Abs. 1 Satz 1 HmbSG weiter verstanden wird, als dies das Verwaltungsgericht tut, ist schon kein Raum für einen Rückgriff auf die allgemeine Regelung.

Insbesondere vermag das Beschwerdegericht aber nicht zu erkennen, inwiefern das Erscheinen der Tochter der Antragstellerin in der Schule mit einem Gesichtsschleier eine Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung darstellen sollte. Die Antragsgegnerin

sieht im Nichtgelingen einer schulischen Qualifikation eine Störung der öffentlichen Ordnung (Beschwerdebegründung S. 4) bzw. in der „mutwilligen Inanspruchnahme von Transferleistungen“ eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, da es ohne eine berufliche Ausbildung kaum möglich sein werde, ein wirtschaftlich eigenständiges Leben zu führen (so im Widerspruchsbescheid, S. 3 unter c)).

Unter öffentlicher Ordnung im Sinn von § 3 Abs. 1 SOG werden diejenigen ungeschriebenen Verhaltensregeln verstanden, deren Beachtung nach den jeweils herrschenden sozialen und moralischen Anschauungen als unentbehrliche Voraussetzung eines gedeihlichen Miteinanders angesehen wird (vgl. OVG Hamburg, Urt. v. 31.5.1978, OVG Bf III 19/77, HmbJVBl. 1978, 128, 129; Rogosch in Beaucamp/Ettemeyer/Rogosch/Stammer, Hamburger Sicherheits- und Ordnungsrecht – SOG/ PolDVG, 2. Aufl. 2009, § 3 SOG Rn. 13). Dass das Nichtgelingen einer schulischen Qualifikation überhaupt hierunter fallen könnte, liegt fern. Im übrigen ist nicht zu erkennen, dass das befürchtete Nichtgelingen primär der Antragstellerin oder deren Tochter zuzurechnen wäre (vgl. oben unter b)).

Die öffentliche Sicherheit beinhaltet die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung, der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates oder sonstiger Träger der Hoheitsgewalt sowie der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen (vgl. Rogosch, a.a.O., § 3 SOG Rn. 6). Die Antragsgegnerin nennt keine Rechtsvorschrift, die durch das Verhalten der Antragstellerin und ihrer Tochter verletzt würde. Soweit die Antragsgegnerin darauf abstellt, die Tochter der Antragstellerin werde bei Fortsetzung ihres Verhaltens in der Zukunft auf staatliche Transferleistungen angewiesen sein, ist dies nicht näher begründet: Die Tochter der Antragstellerin hat, wie die Antragsgegnerin einräumt, bereits einen Schulabschluss erreicht, mit dem ihr mit hoher Wahrscheinlichkeit der Übergang in eine betriebliche Ausbildung gelingen werde (so im Widerspruchsbescheid, S. 3). Soweit eine massive Gefährdung dieses Zieles daraus hergeleitet wird, dass sie am Unterricht nicht teilnehmen könne, setzt die Antragsgegnerin voraus, dass die Tochter der Antragstellerin wegen des Tragens eines Niqabs vom weiteren Unterricht ausgeschlossen wird und dass der Ausschluss rechtmäßig ist; dies ist aber gerade fraglich.

2.3. Das Verwaltungsgericht hält die an die Antragstellerin gerichtete Anordnung auch deshalb für rechtswidrig, weil die Antragsgegnerin von der schulpflichtigen Tochter der

Antragstellerin selbst nicht verlangen könne, während des Schulbesuchs auf eine Gesichtsverhüllung zu verzichten. Für ein solches Verlangen fehle es gegenwärtig an der erforderlichen, hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage. Das Tragen eines Niqabs könne unter den Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1 GG fallen. Wenn dargelegt worden sei, dass nach der gemeinsamen Glaubensüberzeugung einer Religionsgemeinschaft oder auch nur eines Teils hiervon zwingende Gebote einzuhalten seien, habe sich der Staat einer Bewertung dieses Glaubensbekenntnisses zu enthalten; ebenso sei nicht zu beurteilen, auf welchen Lehrmeinungen eine Glaubensüberzeugung beruhe und ob sie von vielen Gläubigen vertreten werde. Im vorliegenden Fall lägen keine Anhaltspunkte vor, dass die religionsmündige Tochter der Antragstellerin ihr Verhalten nicht ernsthaft an Glaubensgründen ausrichte. Die Einschränkung des vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechts aus Art. 4 Abs. 1 GG bedürfe aufgrund des Wesentlichkeitsgrundsatzes einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage. Die Glaubensfreiheit umfasse auch das Recht, die eigene Lebensführung umfassend an den eigenen Glaubensüberzeugungen auszurichten. Wenn sich die Schule im Rahmen der Unterrichtsgestaltung über die individuell erachtete Maßgeblichkeit bestimmter religiöser Verhaltensregeln stets ohne Einschränkung hinwegsetzen dürfte, würde dieses Recht leerlaufen und das Gebot einer ausgleichend schonenden Zuordnung beider Verfassungspositionen verfehlt. Da die Tochter der Antragstellerin noch schulpflichtig sei, stelle das ihr gegenüber ausgesprochene Verbot, den Gesichtsschleier im Unterricht zu tragen, einen wesentlichen Eingriff in ihr Grundrecht dar. Jedenfalls gegenüber noch schulpflichtigen Schülerinnen bedürfe die Anordnung, im Unterricht auf einen Gesichtsschleier zu verzichten, einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage, die sich im geltenden Hamburgischen Schulgesetz nicht finde. Ob eine hypothetische gesetzliche Regelung, die das Tragen eines Gesichtsschleiers im Unterricht verbiete, mit höherrangigem Recht vereinbar wäre, bedürfe keiner gerichtlichen Prüfung.

Die Beschwerde-Darlegungen der Antragsgegnerin berühren schon nicht den Kern der Argumentation des Verwaltungsgerichts. Die Beschwerde geht mit dem Verwaltungsgericht davon aus, „dass die Frage, ob es [für das Niqab-Verbot] einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung bedarf, zentral ist“ (Beschwerde-Schriftsatz S. 3 Mitte). Im folgenden setzt sich die Antragsgegnerin aber nur mit einigen Argumentations-Elementen des Verwaltungsgerichts auseinander und zeigt dabei vermeintliche Schwachstellen in dessen Argumentation auf, bringt aber weder substantiiert vor, dass eine gesetzliche

Ermächtigungsnorm nicht erforderlich sei, noch dass – im Fall der Erforderlichkeit – eine solche Norm bereits existiere.

a) Soweit die Antragsgegnerin kritisiert, das Verwaltungsgericht differenziere bei der Frage nach der Erforderlichkeit einer Ermächtigungsnorm zu Unrecht danach, ob eine betroffene Schülerin noch oder nicht mehr schulpflichtig ist, zieht dies die Entscheidung des Verwaltungsgerichts nicht in Zweifel. Zum einen hat sich das Verwaltungsgericht diesbezüglich nicht festgelegt (Beschluss S. 16 unten: „... bedarf eine Anordnung ... jedenfalls an eine schulpflichtige Schülerin ... einer hinreichend bestimmten ... Rechtsgrundlage durch den Gesetzgeber“), zum anderen führt der durchaus berechtigte Hinweis der Antragsgegnerin, eine Anordnung wie das Niqab-Verbot wirke sich auf das Teilhaberecht einer Schülerin an schulischer Bildung aus, erst recht dazu, dass für ein solches Verbot eine Ermächtigungsgrundlage erforderlich ist.

b) Ohne Erfolg bleibt auch die Kritik, das Verwaltungsgericht habe zu Unrecht auf die Rechtslage zu kopftuchtragenden Lehrerinnen rekurriert. Weder gebe es Rechtsprechung zu vollverschleierten Lehrerinnen, noch sei die Ausgangslage der Güterabwägung zwischen der Religionsfreiheit und entgegenstehenden Rechtsgütern vergleichbar. Das Verwaltungsgericht verweist zwar in seinem Beschluss (S. 16) wiederholt auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Kopftuchverbot für Lehrerinnen (BVerfG, Ur. v. 24.9.2003, 2 BvR 1436/02, BVerfGE 108, 282), doch geht es in den hauptsächlich zitierten Stellen dieser Entscheidung (juris Rn. 38, 69) nicht um Besonderheiten des beamtenrechtlichen Pflichtenverhältnisses. So heißt es in Rn. 38:

„Die in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG verbürgte Glaubensfreiheit ist vorbehaltlos gewährleistet. Einschränkungen müssen sich daher aus der Verfassung selbst ergeben. Hierzu zählen die Grundrechte Dritter sowie Gemeinschaftswerte von Verfassungsrang (vgl. BVerfGE 28, 243 <260 f.>; 41, 29 <50 f.>; 41, 88 <107>; 44, 37 <49 f., 53>; 52, 223 <247>; 93, 1 <21>). Die Einschränkung der vorbehaltlos gewährleisteten Glaubensfreiheit bedarf überdies einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage (vgl. BVerfGE 83, 130 <142>).“

In Rn. 69 der Entscheidung führte das Bundesverfassungsgericht aus:

„Insbesondere im Schulwesen verpflichten Rechtsstaatsgebot und Demokratieprinzip des Grundgesetzes den Gesetzgeber, die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen und nicht der Schulverwaltung zu überlassen (vgl. BVerfGE 40, 237 <249>; 58, 257 <268 f.>). Das gilt auch und gerade dann, wenn

und soweit auf gewandelte gesellschaftliche Verhältnisse und zunehmende weltanschaulich-religiöse Vielfalt in der Schule mit einer strikteren Zurückdrängung jeglicher religiöser Bezüge geantwortet und damit die staatliche Neutralitätspflicht innerhalb der von der Verfassung gezogenen Grenzen neu abgesteckt werden soll.  
...“

Auf die erstgenannte Passage (Rn. 38) mit der Forderung nach einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage hat auch das Bundesverwaltungsgericht in seinen beiden Urteilen vom 11. September 2013 (6 C 12.12 - Krabat -, NVwZ 2014, 237, juris Rn. 19 a. E.; 6 C 25.12 - Burkini -, BVerwGE 147, 362, juris Rn. 11 a.E.) Bezug genommen; in diesen Entscheidungen ging es nicht um beamtenrechtliche Rechte und Pflichten, sondern um die Fragen, ob Eltern eine Befreiung ihres Kindes von der Teilnahme an einzelnen schulischen Unterrichtsveranstaltungen beanspruchen können, deren Inhalt ihren religiösen Erziehungsvorstellungen zuwiderläuft, bzw. ob eine Schülerin zur Wahrung ihrer Glaubensfreiheit von der Pflicht zur Teilnahme am koedukativen Schwimmunterricht zu befreien war.

c) Die Antragsgegnerin bringt vor (Beschwerdeschriftsatz S. 4 oben), vor dem Hintergrund der Wesentlichkeitstheorie sei auch der Anspruch des Staates, die Unterrichtsgegenstände und Methoden einseitig festlegen zu können – in Hamburg durch Bildungspläne gemäß § 4 HmbSG –, unbestimmt. Ebenso unbestimmt sei das hier von der Antragsgegnerin in Anspruch genommene Recht der Schule, die Unterrichtsteilnahme von Schülerinnen und Schülern an bestimmte äußere Eigenschaften zu knüpfen.

Es bleibt schon unklar, welche Konsequenzen sich aus dieser Gegenüberstellung ergeben sollen. Die Aussage, dass Grundlage für Unterricht und Erziehung die Bildungspläne sind, ist immerhin durch den Gesetzgeber getroffen worden (§ 4 Abs. 1 HmbSG). Die Antragsgegnerin nennt aber keine Vorschrift, die die konkrete Schule oder die Schulbehörde zu einer Anordnung gegenüber einer Schülerin berechtigen soll, im Unterricht auf ein Kleidungsstück zu verzichten, das zu tragen für sie ein Gebot ihres Glaubens ist; die Antragsgegnerin betont ausdrücklich, dass sie die religiöse Motivation der Tochter der Antragstellerin für das Tragen eines Niqabs nicht in Zweifel zieht.

Richtig ist, dass das schrankenlos gewährleistete Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG mit gleichrangigem Verfassungsrecht kollidieren kann, z.B. mit dem in Art. 7 Abs. 1 GG dem

Staat zugewiesen Bildungs- und Erziehungsauftrag, der die Befugnis umfasst, Erziehungs- und Unterrichtsziele inhaltlich zu bestimmen und festzulegen (vgl. BVerwG, Urteile vom 11.9.2013, a.a.O.; Mahrenholz, „Darf die Schulverwaltung einer Schülerin das Tragen eines Schleiers in der Schule verbieten?“, Gutachten vom März 1998 für das Niedersächsische Kultusministerium, RdJB 1998, 287, 293 f. m.w.N.). Den Ausgleich der entgegenstehenden Positionen hat aber der Gesetzgeber zu treffen, und zwar mit einer über allgemeine Prinzipien hinausreichenden spezialgesetzlichen Ermächtigungsnorm (so BVerfG, Urte. v. 24.9. 2003, 2 BvR 1436/02, BVerfGE 108, 282, juris Rn. 38; Mahrenholz, a.a.O., S. 299 ff.; Rux, Schulrecht, 6. Aufl. 2018, Rn. 675; Thorsten Anger, Islam in der Schule, Diss. jur., 2003, S. 201 ff.; vgl. auch Avenarius/Hanschmann, Schulrecht, 9. Aufl. 2019, Abschnitt 5.264, S. 144 f.).

Dies ist v.a. auch vor dem Hintergrund der Frage erforderlich, wie ein Niqab-Verbot durchgesetzt werden soll (vgl. hierzu Mahrenholz, a.a.O., S. 301 f.; Rux, a.a.O., Fn. 825 zu Rn. 675). Die Antragsgegnerin sieht sich offenbar als berechtigt an, bei einem Verstoß gegen das Verbot die betreffende Schülerin vom Unterricht auszuschließen. So beginnt auch die Begründung des angefochtenen Bescheides des HIBB damit, dass die Antragstellerin wiederholt darauf hingewiesen worden sei, „dass Ihre Tochter ... nicht am Unterricht teilnehmen darf, solange sie ihr Gesicht vollständig verhüllt.“

Die Antragsgegnerin hat im vorliegenden Verfahren nicht geltend gemacht, dass es in Hamburg derzeit eine Rechtsnorm gebe, auf die ein Niqab-Verbot im Unterricht gestützt werden kann. Die Aussage in der Beschwerdebegründung, „selbstverständlich könnte auch in Hamburg das Schulgesetz um einen Satz wie § 58 Abs. 2 Satz 2 Niedersächsisches Schulgesetz [„Sie dürfen durch ihr Verhalten oder ihre Kleidung die Kommunikation mit den Beteiligten des Schullebens nicht in besonderer Weise erschweren.“] ergänzt werden“, ist schon deshalb für den vorliegenden Fall unerheblich, weil eine solche Regelung bis jetzt nicht existiert. Gleiches gilt für eine dem (damaligen) Art. 56 Abs. 4 BayEUG entsprechende Regelung, die der VGH München (Beschl. v. 22.4.2014, 7 Cs 13.2592 u.a., NVwZ 2004, 1109, juris) als ausreichende Rechtsgrundlage ansah (im Jahr 2017 wurde eine erheblich klarere, allerdings auch mit einer Ausnahmemöglichkeit versehene Regelung in die Vorschrift eingefügt). Für eine Regelung, die auch die Konsequenzen bei Nichtbefolgen einer Anordnung in den Blick nehmen sollte, müsste erst das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren durchgeführt werden.

Es mag dahinstehen, weshalb die Antragsgegnerin im vorliegenden Verfahren nicht auf die Antwort des Senats der Freien und Hansestadt Hamburg vom 8. September 2017 (Bü-Drs. 21/10262) auf eine Schriftliche Kleine Anfrage verwiesen hat. Dort wurde auf die Frage, ob das Tragen einer Vollverschleierung an Hamburger Schulen durch eine Rechtsvorschrift untersagt werde, geantwortet:

„Ja, eine Verschleierung des Gesichtes ist in Hamburger Schulen nicht gestattet, da ein verschleiertes Gesicht die offene Kommunikation erheblich stört, siehe Drs. 21/3668. Der Gesetzgeber des Hamburgischen Schulgesetzes (HmbSG) hat in § 31 Absatz 3 HmbSG der Schule insoweit ein ausdrückliches Hausordnungsrecht eingeräumt. In der einzelnen Lerngruppe wird dies durch das Weisungsrecht der Lehrkraft (§ 88 Absatz 2 HmbSG) ergänzt.“

Abgesehen davon, dass nicht bekannt ist, ob die von der Tochter der Antragstellerin besuchte Schule eine Hausordnung hat und was diese ggf. beinhaltet, können das Verbot, ein aus echter religiöser Überzeugung getragenes Kleidungsstück (hier: Niqab) im Unterricht zu tragen, und die aus einer Nichtbefolgung abgeleitete Konsequenz des Ausschlusses vom Unterricht aufgrund der nicht unerheblichen Grundrechtsrelevanz nicht allein auf eine Hausordnung und die allgemeine Befugnis einer Lehrkraft zur Unterrichtung, Erziehung, Beratung und Betreuung (§ 88 Abs. 2 HmbSG) gestützt werden. Hierauf mag zulässigerweise eine Anordnung gestützt werden, dass ein Schüler, der sich zum Spaß oder zur Provokation im Unterricht verkleidet, diese Verkleidung abzulegen hat, widrigenfalls eine Erziehungs- oder Ordnungsmaßnahme verhängt wird; aber ein solcher Fall ist nicht vergleichbar mit dem Tragen eines Gesichtsschleiers aus religiösen Gründen (siehe Mahrenholz, a.a.O., S. 301).

2.4. Da die Anordnung des HIBB durch den Widerspruchsbescheid abgeändert worden ist – danach darf sich die Tochter der Antragstellerin auf dem Schulgelände grundsätzlich vollverschleiert aufhalten – und Gegenstand einer ggf. noch zu erhebenden Anfechtungsklage der ursprüngliche Verwaltungsakt in der Gestalt ist, die er durch den Widerspruchsbescheid gefunden hat (§ 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO), ist der Tenor der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung entsprechend anzupassen.

Da es damit im Ergebnis bei der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin gegen Ziffer 1 des Bescheides des HIBB vom 9. Dezember 2019 bleibt und die Antragsgegnerin nichts gegen die Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen die bedingte Zwangsgeldfestsetzung vorgetragen hat, bedarf es hierzu keiner weiteren Ausführungen.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO, die Streitwertfestsetzung für das Beschwerdeverfahren auf §§ 47 Abs. 1, 53 Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. § 52 Abs. 1 und 2 GKG.

.....