

Josef Aussem bis 1990

Johannes Heigl

Anneliese Quack

Rechtsanwälte

Fachanwältin für Verwaltungs- und Familienrecht

Rechtsanwälte Aussem • Heigl • Quack • Postfach 81 19 • 50344 Hürth

Lindenstraße 4
50354 Hürth/Köln
(neben der Raiffeisenbank)

Telefon (0 22 33) 94 22 70
Telefax (0 22 33) 94 22 720

Fach Köln 1015

Recht behinderter Kinder auf Besuch der OGS in NRW

Rezension des LSG-Urteils L 20 SO 482/14 vom 07.11.2016

1. Einleitung

Der Besuch einer Offenen Ganztagschule in NRW wird für Kinder mit Behinderungen zunehmend schwieriger, auch wenn die Träger der Offenen Ganztagschule gerade für diese Kinder einen finanziellen Zuschuss erhalten. Dies ist der Tatsache geschuldet, dass viele der behinderten Kinder einen Inklusionshelfer benötigen, welche für die inklusive Grundschule in der Regel beim Nachweis der Notwendigkeit auch durch die entsprechend der Behinderung zuständigen Jugendämter oder Sozialämter bezahlt werden.

Die sozialgerichtliche Rechtsprechung auf der Ebene der erstinstanzlichen Gerichte war diesem Thema gegenüber bereits seit dem Urteil des SG Köln aus dem Jahre 2011, AZ: S 21 SO 448/10 vom 21.09.2011 sehr aufgeschlossen und urteilten, dass Inklusionshelfer auch für die Offene Ganztagschule über § 12 Eingliederungshilfeverordnung finanzierbar seien, da die Offene Ganztagschule die Möglichkeit der schulischen Förderung i.S. der Eingliederungshilfeverordnung (im Folgenden: EinglHVO) bot.

Die zunehmend der Inklusion behinderter Kinder aufgeschlossene nordrhein-westfälische Sozialgerichtsbarkeit wurde allerdings jäh unterbrochen, nachdem das Landessozialgericht NRW (im Folgenden LSG NRW) unter dem AZ: L 20 SO 482/14 vom 07.11.2016 mit Hinweis auf die Freiwilligkeit der Teilnahme an der Offenen Ganztagschule eine Förderung des Inklusionshelfers über § 12 EinGIHVO ablehnte. Es ist der Auffassung, dass die Teilnahme an der OGS lediglich Teilhabe sei und daher nur über die §§ 92 ff SGB XII förderbar, was dazu führt, dass Eltern den Inklusionshelfer nur dann bezahlt bekommen, wenn diese selbst nur sehr geringes Einkommen erzielen oder Sozialhilfe bzw Hilfe zum Lebensunterhalt erhalten. Alle anderen Eltern müssen den Inklusionshelfer selbst zahlen, was dazu führt, dass viele Kinder dadurch nicht in die OGS gehen können, da die Kindeseltern den Inklusionshelfer nicht finanzieren können.

Durch die zunehmende Verweigerungshaltung der Kommunen hinsichtlich der Finanzierung des Inklusionshelfers für die Nachmittagsbetreuung in der OGS mit Hinweis auf das hier rezensierte Urteil wirkt sich diese Rechtsprechung zum Hemmschuh und Verhinderer der durch die UN-BRK geforderte Inklusion in NRW aus. Gegenüber dieser Rechtsprechung des Landessozialgerichtes NRW bestehen dieseits erhebliche rechtliche Bedenken.

2. Das LSG NW ist in seiner Entscheidung von einem falschen Verständnis der UN-BRK ausgegangen und bezieht sich auf Urteile, die ebenfalls noch nicht die neueren Entwicklungen des Völkerrechts berücksichtigen. Die Nichtgewährung eines notwendigen Inklusionshelfers durch die zuständigen Behörden, welche sich durch die obige Entscheidung des LSG-NRW gestärkt sehen, verletzt diese in ihren Rechten und diskriminiert sie. Diese behinderten Kinder haben einen Anspruch auf Förderung eines Inklusionshelfers im Offenen Ganztags der Regelschule, dies ergibt sich nicht nur aus der UN-BRK sondern auch aus der Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes (im Folgenden BSG), welche unserer Auffassung nach durch das LSG NRW restriktiv ausgelegt wird sowie aufgrund der durch die UN-BRK geänderten rechtlichen Anforderungen. Letztere wurden vom LSG NRW falsch interpretiert.
 - a. Das LSG verweist in obiger Entscheidung auf S. 3 Ziff. 64 auf eine Entscheidung des BSG mit dem Aktenzeichen B 8 SO 15/11 und zitiert, dass „ die Hilfen zu einer angemessenen Schulbildung einen qualifizierten objektiv finalen Bezug dergestalt aufweisen, dass der Schwerpunkt der Leistung nicht allein oder vorrangig bei der allgemeinen Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft, sondern zumindest gleichwertig bei den mit ihr verfolgten beruflichen, schulischen, ausbildungsbezogenen und medizinischen Zielen liege. Maßnahmen die sich nur mittelbar auf die Erreichung des verfolgten Ziels auswirken, würden von der Privilegierung nicht erfasst“. Dann zieht es den Schluss, dass ein solch objektiv, finaler Bezug zwischen der OGS-Teilnahme und regulärem Besuch des gemeinsamen Unterrichts nicht gezogen werden könne. Es ist sogar der Auffassung, dass noch nicht einmal die Hausaufgabenbetreuung, da zu Hause leistbar, einen finalen Bezug aufweise. Dabei verkennt es in seiner Argumentation, dass das BSG in der von ihm benannten Entscheidung zu der Auffassung gelangt ist, dass die Fahrt eines Schülers/einer Schülerin mit dem Taxi zur Schule als final zum Schulbesuch gesehen werden müsse und daher die Taxikosten über die EinglHVO zu finanzieren sind. Die OGS gehört in NRW zu fast jeder Grundschule. Es gibt kaum eine Grundschule ohne eine OGS-Betreuung im Nachmittagsbereich. Diese ist daher die Regel und alles andere die Ausnahme. Das Angebot des Offenen Ganztags wird in der Verwaltungsvorschrift des Landes als Bildungsangebot definiert.

Zugegebenermaßen handelt es sich hierbei um ein freiwilliges Bildungsangebot, allerdings ist die Nutzung dieses Angebotes derzeit mit deutlich über 50% die Regel an den Grundschulen. Dies müsste bereits aufgrund von Art. 3 Abs.3 GG sowie Art.24 UN-BRK in der Argumentation des LSG Berücksichtigung finden. Die Nichtförderung durch die EinglHVO kommt einem Ausschluss vieler behinderter Kinder aus dem Offenen Ganztags gleich, da diejenigen, die den Offenen Ganztags nicht nutzen, die Ausnahme sind.

Das Hausaufgabenangebot ist eine finale Folge des Schulbesuches, wenn denn die Fahrt mit einem Taxi zur Schule (lt BSG) einen finalen Bezug zur Schule hat, demgegenüber ist nach

der Argumentation des LSG NRW die Hausaufgabenbetreuung ohne weiteres den Eltern zumutbar und aus diesem Grunde nicht final. Da auch die nicht behinderten Kinder in der Regel von den Eltern zur Schule gebracht werden, es aber zumindest in der Aufgabe der Eltern steht, dass die Kinder zur Schule kommen, verfängt die Argumentation des LSG NRW nicht im Hinblick auf die von ihm selbst zitierte Rechtsprechung des BSG.

Wenn aber die obige Rechtsprechung des BSG zur Taxifahrt herangezogen wird, so muss diese bei Heranziehen der Argumentation zur Folge haben, dass sowohl das Bringen eines Kindes zur Schule aber auch die anschließende Betreuung eines Kindes durch pädagogisches Personal mit Bildungsangeboten als final zum Schulbesuch anzusehen sind. Insbesondere im Hinblick auf die behinderten Kinder, deren Förderplan im Nachmittagsbereich in der Regel nach Vorgaben der Sonderpädagogen weiter umgesetzt werden, muss dieses gelten.

Hinzukommt, dass, da in NRW zu fast jeder Grundschule ein „Offener Ganzttag“ gehört, dieser ebenfalls final ist hinsichtlich seiner Förderung als anerkannte Bildungseinrichtung für Kinder. Allein daher auf den Punkt der Freiwilligkeit abzustellen, ist falsch.

In diesem Zusammenhang muss auch die Montessori-Entscheidung des BSG B 8 SO 30/10 R gesehen werden. Dort hat das BSG erläutert, dass eine außerhalb des Kernbereiches Schule als unterstützende Maßnahme geleistete Therapie, also eine freiwillige Maßnahme über die EinglHVO zu finanzieren sei. Die Rechtsprechung des BSG ist daher im Hinblick auf die Anwendung der EinglHVO nicht restriktiv auszulegen, wie dies das LSG NRW jedoch macht. Wenn bereits Taxikosten, die überhaupt nichts mit konkreter angemessener Förderung zu tun haben, sondern lediglich dazu dienen, das behinderte Kind in die Schule zu bringen und eine (freiwillige) Therapie, welche das Kind in seiner angemessenen Bildung (nur) unterstützt, als über die EinglHVO gemäß der Rechtsprechung des BSG als zu fördern gilt, ist es m.E. - nicht nachvollziehbar, dass die Offene Ganztagsbetreuung als Bildungseinrichtung, welche mit der Schule und auch dem Kernbereich der Schule in direktem Kontakt und direkter Verbindung hinsichtlich einer vermittelnden Bildung zum Kind steht, nicht über diese förderbar sein soll.

Diese Auslegung geht an der Lebenswirklichkeit der Ganztagsbeschulung und deren besonderer Förderung gerade von Kindern mit Behinderung vorbei.

Eine solch restriktive Auslegung ergibt sich auch nicht aus der vom LSG zitierten Rechtsprechung

- b. Die Rechtsprechung des LSG NRW verstößt zudem gegen Art. 3 Abs. 3 GG sowie gegen Art. 24 UN-BRK.

Nach Art. 3 Abs.3 S.2 GG darf niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.

Nach Art. 24 Abs. 1 UN-BRK müssen die Vertragsstaaten die Verwirklichung des Rechts von Menschen mit Behinderungen auf Bildung durch inklusive Bildungssysteme auf allen Ebenen gewährleisten. Dazu gehören Vorschulbildung, und grund- und weiterführende Bildung sowie Hochschulbildung, berufliche Bildung und lebenslanges Lernen, außerschulische und soziale

Aktivitäten für alle Lernenden, einschließlich Menschen mit Behinderungen, frei von Diskriminierung und gleichberechtigt mit anderen.

Beide können auch nicht allein gesehen werden, da das Grundgesetz durch das Völkerrecht und hier die UN-BRK, als unmittelbar geltendes Recht, ausgelegt werden muss. Dies dadurch, dass sie „als völkerrechtliche Normen dadurch Eingang in die deutsche Rechtsordnung gefunden haben, dass der Bundestag unter einstimmiger Zustimmung des Bundesrates ein so genanntes Vertragsgesetz verabschiedet hat. Die Konvention hat danach in ihrer Gesamtheit, quasi als völkerrechtlicher Normkomplex, nach allgemeiner Auffassung den Rang von Bundesrecht erhalten“, (so Dr. Valentin Aichele, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der gerichtlichen Praxis; AnwBl 10/2011 S.727ff, ebenfalls Epping/Hillgruber, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 59 GG Rn 41, 2. Aufl., München 2013).

In seinem Urteil vom 23.03.2011, (BvR 882/09, Rn. 52) hat das BVerfG klargestellt, dass „auch die UN-BRK als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte herangezogen werden kann“. Über Art. 25 S.1 GG wird die Gesamtheit der allgemeinen Regeln des Völkerrechtes Bestandteil des innerdeutschen Rechts und die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind von allen Hoheitsträgern als innerstaatlich geltendes Recht zu beachten. Die UN-BRK ist daher nicht nur eine reine Ausprägung des Diskriminierungsgebotes (so Epping/Hillgruber a.a.O. Art. 25 GG Rn 24). Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind von allen Hoheitsträgern als innerstaatliches geltendes Recht zu beachten (Epping/Hillgruber a.a.O).

„Für Behörden und die Gerichtspraxis ist eine entsprechende Rechtspraxis sogar rechtsstaatlich geboten, wenn sie ohne diese menschenrechtskonforme Auslegung zu einer konventionswidrigen Entscheidung kämen“ (so Valentin Aichele, a.a.O.)

Auf die hier bezogene Problematik der Gewährung/Nichtgewährung eines Inklusionshelfers für den Offenen Ganztage an Grundschulen, bedeutet dies, dass eine Gewährung desselben für den Offenen Ganztage erfolgen muss, so wie dies in der Regel auch für den Ganztagsunterricht geschieht, denn Art. 24 UN-BRK sieht ganz klar auch außerschulische und soziale Aktivitäten für alle Lernenden durch Art. 24 geschützt.

Durch die Ablehnung der Leistung ist es den meisten Kindeseltern nicht möglich, ihre behinderten Kinder weiter in den Offenen Ganztage zu schicken, zumindest nicht in dem Maße, wie viele es sich wünschen, um ihren Kindern den sozialen Kontakt mit anderen Kindern zu ermöglichen. Es fehlen schlicht und ergreifend die finanziellen Mittel. Dies verstößt sowohl gegen Art. 3 Abs.3 S.2 GG, als auch gegen Art. 24 iVm Art. 9 UN-BRK.

Nach Art. 9 UN-BRK und der Allgemeinen Bemerkung Nr.2 müssen Bildungsinstitutionen und -programme ohne Diskriminierung für alle zugänglich zur Verfügung stehen. Das gesamte Bildungssystem muss zugänglich sein. Dies schließt Gebäude, Information und Kommunikation (die umgebungsunterstützende oder auf Frequenzmodulation beruhende Assistenzsysteme enthält), Lehrpläne, Unterrichtsmaterialien, Lehrmethoden, Beurteilungsverfahren sowie Sprach- und Unterstützungsdienste mit ein (Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Allgemeine Bemerkung Nr.2). In Nr. 34 des Ausschusses für die Rechte von

*Menschen mit Behinderung wird zu Art. 24 UN – BRK festgestellt, dass „ alle Unterstützungsmaßnahmen mit dem Ziel der Inklusion vereinbar sein müssen“. Dementsprechend müssen sie so konzipiert sein, dass sie die Möglichkeiten von Lernenden mit Behinderungen, -gemeinsam mit ihren Altersgenossen in einer Klasse unterrichtet zu werden und an **außerschulischen Aktivitäten** teilzunehmen-, stärken, anstatt sie auszugrenzen“ (Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, v. 25.11.2016; Ausschuss zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen, Nr. 34).*

Insoweit ist hier deutlich geregelt, dass sogar außerunterrichtliche Angebote von Segregation auszunehmen sind und auch hierfür angemessene Vorkehrungen, zu denen der Inklusionshelfer, als Unterstützungsmaßnahme zählt, bereitgestellt werden müssen, um die Zugänglichkeit zu gewährleisten. Kinder, die aufgrund Verweigerung der Finanzierung des Inklusionshelfers nicht am Bildungsangebot der OGS teilnehmen können, werden im erwähnten Sinne ausgegrenzt. Diese Kinder werden von der Bildungsinstitution OGS – als außerunterrichtliche oder außerschulische Bildung- ausgeschlossen, weil sie keine Betreuung durch einen Inklusionshelfer erlangen. Dies ist eine klare Diskriminierung aufgrund Behinderung! Das LSG-NRW übersieht in seiner hier diskutierten Entscheidung, dass Art. 24 UN-BRK nicht nur Zugänglichkeit zu inklusivem Unterricht gewährleistet, sondern auch zu allen anderen Bildungseinrichtungen, auch außerschulischer Art gewährt, wozu die OGS gehört.

- c. Zudem sind wir der Auffassung, dass auch die EinglHVO falsch ausgelegt wird, denn im Fall einer OGS ist der Regelfall, dass das jeweilige behinderte Kind im Rahmen eines mit der Schule aufgestellten Förderplanes in dieser weiter gefördert wird, ähnlich wie in einer Therapie, um das jeweilige Kind nach Vorgaben des Sonderpädagogen für die Schule weiter zu stärken.

In der VO des Schulministeriums zur OGS : Bass 12-63 NR:

3.1 Merkmale von Ganztagschulen und außerunterrichtlichen Ganztags- und Betreuungsangeboten regelt u.a. Folgendes:

- *Erstellung von Förderkonzepten und –angeboten*
- *zusätzliche Zugänge zum Lernen und zu Arbeitsgemeinschaften wie z.B. Kunst, Theater etc. vorhält*
- *Möglichkeiten zum **sozialen Lernen** uvm.*

Dies ist auch nicht –jedenfalls nicht so- von Eltern leistbar!

Die OGS hält pädagogische Kräfte vor, welche in ständigem Kontakt mit den Lehrern die Vorgaben aus dem Förderplan weiter entwickeln. In vielen OGSSen beteiligen sich die Lehrer auch an der Nachmittagsbetreuung, so dass diese eine sehr hohe Qualität aufweisen. Dieses Bildungsangebot können Eltern nicht erfüllen, aus diesem Bildungsangebot werden Kinder ohne notwendigen Inklusionshelfer daher ausgeschlossen. Einen klareren Verstoß gegen Art. 3 Abs.3 S.2 GG iVm Art.24 UN-BRK kann es doch kaum geben.

Gerade der letzte von uns zitierte Punkt ist für Kinder mit Behinderung nicht von unerheblicher Bedeutung, da die OGS für viele oft die einzige Möglichkeit ist mit Kindern in einer

anderen als der strengen schulischen Lernatmosphäre in Kontakt zu treten. Aber bereits der 1. gewählte Punkt zeigt bereits, dass das Förderkonzept, welches ebenfalls im Offenen Ganztage erstellt wird, der Klägerin unter Verstoß gegen Art. 3 Abs.3 s.2 GG iVm Art. 24 UN-BRK durch die Nichtgewährung des Inklusionshelfers letztlich verweigert wird und damit ist dieser Bildungsweg für Sie nicht **zugänglich i.S. der UN-BRK**. So sagt der Ausschuss ganz klar, dass die Versagung finanzieller Mittel für die angemessenen Vorkehrungen zu Bildungseinrichtungen eine Diskriminierung darstellen und in Nr. 29 erläutert der Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderung, dass „eine Einzelperson einen Anspruch auf angemessene Vorkehrungen hat, auch wenn der Vertragsstaat seine Verpflichtung im Hinblick auf Zugänglichkeit erfüllt“. Die Zugänglichkeit zur OGS ist natürlich grundsätzlich gegeben, nur ist sie hier nicht möglich, da die angemessene Vorkehrung zu der Bildungseinrichtung OGS – der Inklusionshelfer- verweigert wird. Die UN-BRK unterscheidet bei Bildungseinrichtungen nicht nach Freiwilligkeit und/oder verpflichtender Teilnahme, so dass es lediglich darauf ankommt, ob es sich um ein Bildungsangebot handelt oder nicht. Da es sich bei der OGS gemäß klarer Definition des Gesetzgebers um ein Bildungsangebot handelt, ist ganz klar der Anspruch auf angemessene Vorkehrungen, also der Inklusionshelfer, zu gewähren.

- d. Letztlich werden aber auch Eltern behinderter Kinder durch diese Entscheidung diskriminiert, da eine volle Berufstätigkeit beider nur dann möglich ist, wenn die Nachmittagsbetreuung sichergestellt ist. Dass ist sie bei Grundschulkindern mit Behinderung in NRW aufgrund des nicht gebundenen Ganztagsangebotes der OGS und dessen freiwilliger Teilnahme nicht, da der Inklusionshelfer für dieses Betreuungsangebot des Landes NRW nach der Rechtsprechung des LSG NRW verweigert wird!

Der EuGH hat in seiner Entscheidung v.17.07.2008-303/06 (Rs.Coleman) den Diskriminierungsbegriff weit gefasst und geurteilt, dass das Diskriminierungsverbot behinderter Personen auch auf Dritte übergreifen kann, im dort vorliegenden Fall ging es um die Rechte einer arbeitenden Mutter, die einen pflegebedürftigen Sohn hatte. Diese Entscheidung wirkt sich auch direkt auf Deutschland aus, da die RL 2000/78/EG in Deutschland umgesetzt wurde. Eltern behinderter Kinder sind daher zumeist daran gehindert, beide einer vollen Erwerbstätigkeit nachzugehen, da ihre behinderten Kinder mangels Inklusionshelfers die OGS nicht besuchen können. Ab mittags müssen diese dann für die Betreuung ihres behinderten Kindes zur Verfügung stehen. Bei dem benannten Fall handelte es sich zwar um einen Arbeitsrechtsfall und es betraf das Verhältnis Arbeitnehmer/Arbeitgeber, der zentrale Satz des EuGH ist aber auch auf diese Fallkonstellation hier übertragbar, da dieser wie folgt lautet:

Das Diskriminierungsverbot der RL 2000/78/EG und der Grundsatz der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf beschränken sich nicht auf Personen, die selbst behindert sind. Diskriminierungsschutz wird nicht für eine bestimmte Kategorie von Personen, sondern in Bezug auf die in Art.1 RL 2000/78/EG geschützten Merkmale gewährt, Die Richtlinie schützt auch vor assoziierten Diskriminierungen, d.h. Diskriminierungen in denen Opfer und Merkmalsträger nicht identisch sind.

Durch die Nichtgewährung des Inklusionshelfers sind die Eltern behinderter Kinder dadurch diskriminiert, dass nicht beide voll erwerbstätig sein können, so wie Eltern nicht behinderter Kinder, die in die OGS gehen können. Die Diskriminierung liegt direkt in der Behinderung des Kindes, ohne diese könnte es an der OGS teilnehmen und beide Elternteile voll arbeiten.

Alles in allem wird hierdurch deutlich, dass entgegen der Auffassung des LSG NRW durch die Verweigerung des Inklusionshelfers für die OGS behinderte Kinder und ihre Eltern diskriminiert werden.

Das Bundessozialgericht hat mittlerweile die Revision zu einer solchen Klage angenommen, welche sich mit der hier behandelten Problematik auseinandersetzt. Bis dieses entschieden hat, werden schon viele Kinder aufgrund der Verweigerungshaltung der Kommunen zur Finanzierung der Inklusionshelfer in der OGS dieses Bildungsangebot in ihrer gesamten Grundschulzeit wieder nicht nutzen können und damit weiter diskriminiert. Ein durchweg gutes Bildungsangebot wird ihnen letztlich verweigert. Der soziale Kontakt behinderter und nichtbehinderter und dessen Förderung bleibt jedenfalls durch diese Rechtsprechung auf der Strecke und dieses erweist sich im Grundschulbereich als wahre Inklusionsbremse.

Anneliese Quack

Fachanwältin für Verwaltungsrecht und Familienrecht

Kanzlei Außem, Heigl&Quack