

– Fachbeitrag A4-2016 –

20.07.2016

Assistenz für den Besuch eines Kindergartens bei schwerer Nahrungsmittelallergie¹

**Anmerkung zu LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. v. 27.08.2015
– L 8 SO 177/15 B ER**

Von Dipl. jur. Maren Giese, Universität Kassel

I. Thesen der Autorin

- 1. In einem dynamischen Verständnis kann auch eine Nahrungsmittelallergie eine Behinderung sein.**
- 2. Der Besuch des Kindergartens ist wesentlich für die Entwicklung eines Kindes und darf einem Kind nicht wegen einer Behinderung verwehrt bleiben.**

II. Wesentliche Aussagen der Entscheidung

- 1. Eine schwere Nahrungsmittelallergie ist – insbesondere bei Kindern – regelmäßig eine Behinderung i. S. d. § 2 Abs. 1 S. 1 Sozialgesetzbuch (SGB) IX.**
- 2. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Betreuung eines behinderten Kindes durch eine Tagespflegeperson gleichermaßen die Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft ermöglicht oder erleichtert wie der Besuch eines Kindergartens.**

III. Der Sachverhalt

Beim 2011 geborenen Antragsteller wurde im Dezember 2014 eine schwere Nahrungsmittelallergie (Erdnussallergie) diagnostiziert, die ein hohes Risiko mit sich bringt, eine systemische allergische Reaktion bis hin zu einem lebensbedrohlichen

¹ Dieser Beitrag wurde unter www.reha-recht.de als Fachbeitrag A4-2016 in der Kategorie A: Sozialrecht veröffentlicht; Zitiervorschlag: Giese: Assistenz für den Besuch eines Kindergartens bei schwerer Nahrungsmittelallergie – Anmerkung zu LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. v. 27.08.2015 – L 8 SO 177/15 B ER; Beitrag A4-2016 unter www.reha-recht.de; 20.07.2016.

anaphylaktischen² Schock zu erleiden. Bis dahin besuchte der Antragsteller einen Kindergarten. Nach der Diagnose konnte aufgrund der Gruppengröße³ im Kindergarten durch die Erzieherinnen nicht gewährleistet werden, dass der Antragsteller nicht (versehentlich) mit erdnusshaltigen Lebensmitteln in Kontakt kommt. Versuche der Eltern, die Kindertagesstätte gemeinsam mit den Erzieherinnen und den anderen Eltern „erdnussfrei“ zu halten (z. B. durch Aufklärung am Elternabend, Warnhinweise im Kindergarten, Schulung des Personals), scheiterten. Der Antragsteller wurde seitdem von seinen berufstätigen Eltern, seiner Großmutter und seiner berufstätigen Tante zu Hause betreut. Ende Dezember 2014 stellten die Eltern des Antragstellers für ihren Sohn einen Antrag auf Kostenübernahme einer persönlichen Assistenz während des Kindergartenbesuchs beim Sozialhilfeträger. Dieser wurde im Januar 2015 abgelehnt. Ein erheblicher Betreuungs- und Beaufsichtigungsaufwand, welcher ohnehin durch den Kindergarten zu bewältigen wäre, sei nicht ersichtlich und damit auch keine wesentliche Behinderung. Über den eingelegten Widerspruch wurde bis zur Entscheidung des Landessozialgerichts (LSG) nicht entschieden.

Dass für den Besuch eines Kindergartens eine ständige Beobachtung notwendig ist, wurde durch die behandelnde Allergologin und den Amtsarzt des Gesundheitsamtes bestätigt. Während eines „runden Tisches“ im Februar 2015 mit den Eltern des Antragstellers, der Kindergartenleitung und einer Vertreterin der Gemeinde wurde angeboten, dass der Sozialhilfeträger die Kosten für eine Assistenz für zwei Stunden täglich während der Frühstückszeit übernehme. Die Eltern lehnten dieses Angebot als unzureichend ab.

Anfang April 2015 beantragte der Antragsteller einstweiligen Rechtsschutz gegen den Sozialhilfeträger (Landkreis) sowie gegen seine Krankenkasse. Der Antrag wurde vom Sozialgericht (SG) Stade im Juni 2015 mit der Begründung abgelehnt, dass die erforderliche besondere Eilbedürftigkeit nicht glaubhaft gemacht wurde. Eine fachgerechte Betreuung sei durch die Eltern und Angehörigen gesichert. Außerdem sei nicht glaubhaft gemacht worden, dass die persönliche Assistenz zwingend notwendig ist, um das Ziel der Eingliederungshilfe zu erreichen, wodurch das Auswahlermessen auf Null reduziert würde. Vorrangig seien Maßnahmen der Umorganisation im Kindergartenablauf bzw. ein Wechsel in einen geeigneteren Kindergarten oder zu einer Tagespflegeperson. Eine persönliche Assistenz sei weder praktikabel, noch pädagogisch sinnvoll und darüber hinaus finanziell unverhältnismäßig.

Der Antragsteller legte daraufhin Beschwerde zum LSG ein und begehrte weiterhin die Kostenübernahme einer persönlichen Assistenz. Der Antragsgegner machte geltend, dass die Betreuungsverpflichtung der Eltern sowie die Verantwortung des Trägers der Kindertageseinrichtung vorrangig seien und eine persönliche Assistenz ohnehin pädagogisch nicht sinnvoll sei, da eine derartig engmaschige Betreuung selbstverantwortlichem Handeln und der ungestörten Kontaktaufnahme mit Gleichaltrigen entgegenstehe.

² Akute, krankhafte Reaktion des Immunsystems.

³ Bis zu 25 Kinder.

Während des Beschwerdeverfahrens hat die Gemeinde die Aufnahme des Antragstellers in einen kommunalen Kindergarten ohne zusätzliche Betreuung aus Sicherheitsgründen verweigert.

IV. Die Entscheidung

Das LSG Niedersachsen-Bremen gab der Beschwerde statt und bejahte einen Anspruch auf persönliche Assistenz für den Besuch eines Kindergartens. Nach Ansicht des LSG konnte der Antragsteller einen Anordnungsanspruch (bestehender Rechtsanspruch) und einen Anordnungsgrund (Eilbedürftigkeit) glaubhaft machen. Eine Leistungspflicht der Krankenkasse des Antragstellers bestehe allerdings nicht. Gegen den Sozialhilfeträger bestehe ein Anspruch auf Eingliederungshilfe nach § 19 Abs. 3 SGB XII i. V. m. §§ 53 Abs. 1, 54 SGB XII i. V. m. § 55 SGB IX.

Nach § 19 Abs. 3 SGB XII wird Eingliederungshilfe dann geleistet, wenn dem bzw. der Leistungsberechtigten (und dessen/deren Unterhaltsverpflichteten) die Aufbringung der Mittel aus eigenem Einkommen und Vermögen unzumutbar ist. Die hier infrage stehende Assistenzleistung sei eine Hilfe nach § 92 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGB XII (Hilfe, die dem behinderten noch nicht eingeschulerten Menschen die für ihn erreichbare Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft ermöglichen soll) und damit eine sog. privilegierte Leistung (§ 92 Abs. 2 S. 2 SGB XII). Die Leistung sei damit ohne Berücksichtigung von vorhandenem Vermögen zu erbringen. Das LSG bestätigte, dass der Antragsteller zum berechtigten Personenkreis der Eingliederungshilfe gehört. Hierzu gehören nach § 53 Abs. 1 SGB XII Personen, die durch eine Behinderung i. S. d. § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX wesentlich in ihrer Fähigkeit, an der Gesellschaft teilzuhaben, eingeschränkt oder von einer solchen wesentlichen Behinderung bedroht sind. Sie erhalten Eingliederungshilfe, wenn und solange nach der Besonderheit des Einzelfalles, insbesondere nach Art oder Schwere der Behinderung, Aussicht besteht, dass die Aufgabe der Eingliederungshilfe erfüllt werden kann. Eine hier vorliegende schwere Nahrungsmittelallergie sei insbesondere bei Kindern eine Behinderung. Nach der Anlage zu § 2 Versorgungsmedizin-Verordnung sei bei klinisch gesicherter Typ-I-Allergie gegen schwer vermeidbare Allergene bis zum Ende des 12. Lebensjahres sogar Hilflosigkeit anzunehmen. Darüber hinaus könnten allergisch bedingte Krankheiten auch die Feststellung eines Grades der Behinderung bedingen. Die Wesentlichkeit einer Behinderung ergebe sich aus §§ 1–3 Eingliederungshilfe-Verordnung (EinglHVO). Danach sei eine körperlich wesentliche Behinderung zunächst abzulehnen, da durch die Allergie das körperliche Leistungsvermögen des Antragstellers nicht eingeschränkt werde. Für die Bewertung der Wesentlichkeit sei darüber hinaus aber insbesondere die Auswirkung der Beeinträchtigung auf die Teilhabemöglichkeit maßgebend. Da die Assistenz für den Kindergartenbesuch zwingend notwendig ist und der Antragsteller ohne sie in diesem Bereich in der Teilhabe beeinträchtigt bzw. von ihr ausgeschlossen wäre, sei hier von einer körperlich wesentlichen Behinderung auszugehen. Ob hierzu eine weite Auslegung der EinglHVO insbesondere im Hinblick auf verfassungs- und völkerrechtliche Aspekte (z. B. UN-Behindertenrechtskonvention [UN-BRK]) notwendig sei oder dies auch au-

ßerhalb der dort aufgeführten Fallgruppen bejaht werden kann, ließ das LSG offen. Für den Fall, dass eine wesentliche Behinderung verneint werden müsste, komme Eingliederungshilfe hier zumindest als Ermessensleistung nach § 53 Abs. 1 S. 2 SGB XII in Betracht, wobei das Ermessen im vorliegenden Fall auf Null reduziert wäre.

Der Anspruch ergebe sich aus §§ 53 Abs. 1, 54 SGB XII i. V. m. § 55 SGB IX. Konkret stelle der Einsatz einer Assistenz eine Leistung zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft nach § 55 Abs. 2 SGB IX dar und kann nach § 54 Abs. 1 S. 1 SGB XII eine Leistung der Eingliederungshilfe sein. Der Antragsteller gehört zum leistungsberechtigten Personenkreis. Darüber hinaus müsse durch die Assistenz die besondere Aufgabe der Eingliederungshilfe, die Teilnahme am Leben in der Gemeinschaft zu ermöglichen und zu erleichtern, erfüllt werden, § 53 Abs. 3 SGB XII. Vorliegend sei eine durchgängige Beobachtung und Begleitung des Antragstellers notwendig, damit dieser nicht mit Erdnüssen oder erdnusshaltigen Lebensmitteln in Kontakt kommt. Der Besuch eines Kindergartens sei ein wesentlicher Beitrag zur frühkindlichen Entwicklung. Auftrag der Kindertagesstätten sei u. a. die Stärkung der Persönlichkeit, die Einführung in sozial verantwortliches Handeln, die Vermittlung von Kenntnissen und Fähigkeiten zur eigenständigen Lebensbewältigung im Rahmen der eigenen Möglichkeiten sowie die Förderung des Umgangs von behinderten und nicht behinderten Kindern. Der behördliche Verweis auf die Betreuung durch eine Tagespflegeperson und die Berufung auf unverhältnismäßige Mehrkosten trage nicht. Tatsächlich bestünden keine Betreuungsalternativen für den Antragsteller. Bei der vorgeschlagenen Betreuung durch eine Kindertagespflege (Tagesmutter/Tagesvater) sei zweifelhaft, ob diese die Aufgaben der Eingliederungshilfe erfüllen könne. Darüber hinaus halte der begehrte Kindergarten tatsächlich keine Assistenzkraft vor. Dies sei bei anderen möglichen Einrichtungen nicht anders. Mangels möglicher Alternativen greife auch der Mehrkostenvorbehalt nicht, wonach Wünschen der bzw. des Leistungsberechtigten nicht entsprochen werden soll, wenn deren Erfüllung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden wäre.

Der Besuch des Kindergartens habe große Bedeutung für die persönliche Entwicklung. Wegen der fehlenden Assistenz könne der Antragsteller den Kindergarten bereits seit über einem halben Jahr nicht besuchen. Es sei unzumutbar, die Entscheidung der Hauptsache abzuwarten, sodass auch die Eilbedürftigkeit glaubhaft gemacht wurde.

Das LSG verpflichtete den Träger der Sozialhilfe durch einstweilige Anordnung zur Kostenübernahme der persönlichen Assistenz für den Kindergartenbesuch des Antragstellers. Die Regelungsanordnung erstreckt sich bis zum Abschluss des Widerspruchsverfahrens.

V. Würdigung/Kritik

Das Thema Inklusion wird insbesondere im Bildungswesen stark diskutiert. Das Bildungswesen umfasst aber neben der Schule auch den Elementarbereich, also die Tageseinrichtungen für Kinder (§ 22 Abs. 1 S. 1 SGB VIII) und die Kindertagespflege (§ 22 Abs. 1 S. 2 SGB VIII). Im vorliegenden Fall hatte sich das Gericht zunächst damit

zu beschäftigen, ob eine starke Nahrungsmittelallergie eine wesentliche Behinderung darstellt und dann, ob ein Anspruch auf eine persönliche Assistenz als Leistung der Eingliederungshilfe besteht.

1. Nahrungsmittelallergie eine Behinderung?

Nach § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX ist behindert, wessen körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweicht und dadurch in der Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist. Voraussetzung für Leistungen der Eingliederungshilfe ist, dass diese Behinderung wesentlich ist. Nach § 1 EinglHVO sind Personen durch körperliche Gebrechen wesentlich in ihrer Teilhabefähigkeit eingeschränkt, deren Bewegungsfähigkeit durch eine Beeinträchtigung des Stütz- oder Bewegungssystems erheblich eingeschränkt ist (Nr. 1), bei erheblichen Spaltbildungen des Gesichts oder des Rumpfes oder bei abstoßend wirkenden Entstellungen (Nr. 2), wenn das körperliche Leistungsvermögen infolge Erkrankung, Schädigung oder Fehlfunktion eines inneren Organs oder der Haut erheblich eingeschränkt ist (Nr. 3), die blind oder stark sehbehindert (Nr. 4), die gehörlos oder zur sprachlichen Verständigung auf Hörhilfen angewiesen sind (Nr. 5) sowie Personen, die nicht sprechen können oder stark sprachbehindert (Nr. 6) sind. Eine wesentliche Fähigkeitsbeeinträchtigung muss eine wesentliche Teilhabebeeinträchtigung zu Folge haben, um eine wesentliche Behinderung darzustellen.⁴ Das SG verneinte hier eine wesentliche Behinderung, das LSG hat dies richtigerweise korrigiert. Die erste Instanz verkannte, dass die EinglHVO bei der Bewertung der Behinderung nicht mehr als eine Orientierungshilfe sein kann.⁵ Da zur Beurteilung der Teilhabebeeinträchtigung stets eine konkrete Bewertung der individuellen Lebenssituation notwendig ist, ist eine Zuordnung zu verschiedenen Kategorien von Fähigkeitsdefiziten ohne Rücksicht auf Kontextfaktoren nicht ausreichend. Vielmehr sind die tatsächlichen Auswirkungen auf die Teilhabe maßgebend.⁶ Dies gebietet auch das dynamische Verständnis von Behinderung aus der UN-BRK, vgl. Präambel e), Art. 1 S. 2 UN-BRK. Dies hat auch das LSG erkannt und zumindest die UN-BRK in seine Überlegungen mit einbezogen.⁷ Durch die Erdnussallergie ist es dem Antragsteller im vorliegenden Fall nicht möglich, den Kindergarten zu besuchen. Alle Versuche, die Umgebung dort „erdnussfrei“ zu gestalten, scheiterten. Dies ist bei einer Einrichtung, in der sich zahlreiche Kinder und Erwachsene aufhalten, von denen sich nicht alle gleich intensiv mit den Bestandteilen der Nahrungsmittel beschäftigen, die Nahrungsaufnahme aber zum gewöhnlichen Tagesablauf (z. B. gemeinsame Frühstückspause) gehört, auch nachvollziehbar und wahrscheinlich unvermeidbar. Eine ständige Begleitung des Antragstellers war daher zwingend notwendig, um ihn nicht von dem Kindergartenbesuch auszuschließen. Die Nahrungsmittelallergie schränkt damit die Teilhabe des Antragstellers am Leben in der Gemeinschaft ganz maßgeblich

⁴ Bieritz-Harder in LPK-SGB XII, 9. Auflage 2012, § 53 Rn. 10.

⁵ Ähnlich Welti in Deinert/Welti, SWK, Behinderung, Rn. 28.

⁶ BSG, Urt. v. 22.03.2012 – B 8 SO 30/10 R, juris Rn. 19.

⁷ LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. v. 27.08.2015 – L 8 SO 177/15 B ER, juris Rn. 17.

ein.⁸ Auch wenn der Besuch einer Kindertageseinrichtung freiwillig ist, ist er ein wesentlicher Bestandteil in der kindlichen Entwicklung. Er unterstützt die Bildung und Erziehung der Eltern und ermöglicht das Lernen über den Familienverbund hinaus. Gefördert werden hier insbesondere die soziale, emotionale, körperliche und geistige Entwicklung des Kindes sowie die Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit. Dem steht eine engmaschige Betreuung bzw. Beaufsichtigung auch nicht entgegen. Der Einwand des Sozialhilfeträgers dahingehend ist nicht nachvollziehbar. Vielmehr führt ein Ausschluss von diesen umfassenden und vielfältigen Erfahrungs- und Bildungsmöglichkeiten zu einer wesentlichen Einschränkung der Teilhabe am Leben in der Gesellschaft und damit zu einer wesentlichen Behinderung. Der Entscheidung des LSG ist somit zuzustimmen.

2. Wer ist verantwortlich für die Assistenz?

Der Sozialhilfeträger sah vorrangig die Eltern für die Betreuung und im Hinblick auf eine notwendige Assistenzkraft den Kindergartenträger in der Verantwortung. Von der Hand zu weisen sind diese Gedanken nicht. Ohne Zweifel sind die Eltern für die Betreuung, Pflege und Entwicklung ihres Kindes verantwortlich. Es ist sogar ihr natürliches Recht und ihre zuvörderst obliegende Pflicht (§ 1 Abs. 2 S. 1 SGB VIII). Um jedoch die Erwerbsfähigkeit (hier waren beide Elternteile berufstätig) und die Kindererziehung und -betreuung miteinander zu vereinbaren, benötigen Eltern regelmäßig Unterstützung durch Kindertageseinrichtungen oder Kindertagespflegestätten und später durch die Schule. Ebenso ist auch der Träger einer Tageseinrichtung für Kinder in der Pflicht, dafür zu sorgen, dass behinderte und nicht behinderte Kinder gemeinsam in Kindertageseinrichtungen gefördert werden (§ 22 Abs. 4 S. 1 SGB VIII⁹). Im vorliegenden Fall hielt die Einrichtung keine Assistenz für den Antragsteller vor. Solange also die Einrichtung ihrer etwaigen Verpflichtung einer „inkluisiven Ausstattung“ nicht nachkommt, ist der Sozialhilfeträger dafür verantwortlich, dass die Teilhabe erreicht werden kann. Dies ergibt sich sowohl aus der Aufgabe der Sozialhilfe (§ 1 SGB XII) als auch aus dem Nachrang der Sozialhilfe (§ 2 SGB XII). Nach diesem Grundsatz werden Leistungen der Sozialhilfe (z. B. Eingliederungshilfe) nur dann gewährt, wenn die Möglichkeiten der Selbsthilfe oder anderer (Sozial-)Leistungsträger ausgeschöpft sind. Im Umkehrschluss bedeutet dies aber auch, dass die Sozialhilfe dann den bestehenden Bedarf zu decken hat (und die Leistungsvoraussetzungen erfüllt sind, sodass ein An-

⁸ Dazu auch *Hlava*, Mehrbedarf für kostenaufwändige Ernährung bei Laktoseintoleranz? Anmerkung zu BSG, Urt. v. 14.02.2013 – B 14 AS 48/12 R, Beitrag A22-2013 unter www.reha-recht.de.

⁹ Konkretisiert bzw. aufgegriffen jeweils in den einzelnen Landesgesetzen: Art. 12 Abs. 1 BayKiBiG (Bayern), § 2 Abs. 2 KiTaG (Baden-Württemberg), § 6 Abs. 1 S. 2 KitaFöG (Berlin), §§ 3 Abs. 2 Nr. 6, 12 Abs. 2 KitaG (Brandenburg), § 3 Abs. 4 BremKTG (Bremen), § 6 Abs. 4 KibeG (Hamburg) wo die Betreuung in einer Sondergruppe als Ausnahme möglich ist, § 2 Abs. 6, 8 KiföG M-V (Mecklenburg-Vorpommern), § 3 Abs. 6 S. 1 KiTaG (Niedersachsen), § 8 KiBiz (Nordrhein-Westfalen), § 2 Abs. 3 S. 2 KitaG (Rheinland-Pfalz), §§ 2 Abs. 4, 19 SächsKitaG (Sachsen), § 8 KiFöG (Sachsen-Anhalt), §§ 4 Abs. 4, 5 Abs. 9, 12 Abs. 3 KiTaG (Schleswig-Holstein), § 7 ThürKitaG (Thüringen).

spruch darauf besteht), wenn dieser Bedarf ansonsten ungedeckt bleibt.¹⁰ Der Nachrang kann nämlich nur dann gelten, wenn vorrangige Leistungen im Sinne der Norm auch durchsetzbar sind und tatsächlich erbracht werden.¹¹

Ihre Meinung zu diesem Fachbeitrag ist von großem Interesse für uns.
Wir freuen uns auf Ihren Kommentar auf www.reha-recht.de.

¹⁰ Zur ähnlichen Problematik im Bereich der Schule: Welti, Verantwortlichkeit für Vorkehrungen und Barrierefreiheit in der Bildung, RdJB 1/2015, S. 34 (43 ff.); Hechler/*Plischke*, Keine Eingliederungshilfe für schulische Maßnahmen der Inklusion, die den Kernbereich der pädagogischen Arbeit der Schule berühren, Anmerkung zu LSG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 17.02.2014 – L 9 SO 222/13 B ER, Beitrag 15-2014 unter www.reha-recht.de.

¹¹ BSG, Urt. v. 22.03.2012 – B 8 SO 30/10 R, BSGE 110, 3013, Rn. 25; LSG NRW, Beschl. v. 27.08.2013 – L 9 SO 211/13 B ER, juris Rn. 15.