

## ***Förderung und Hilfen für Schüler/innen bei Vorliegen von Dyskalkulie, Legasthenie oder ADHS nach § 35 a KJHG***

***Ein Gutachten von RA Benjamin Raabe  
im Auftrag des Berliner Rechtshilfefonds Jugendhilfe e.V.***

### **Gliederung**

- A.** Definitionen von Leserechtschreibschwäche, Dyskalkulie (Rechenschwäche) und ADHS
- B.** Unter welchen Voraussetzungen muss das Jugendamt bei Vorliegen von Dyskalkulie, Legasthenie oder ADHS leisten und in welchem Umfang?
- C.** Wird die Verpflichtung des Jugendamtes, Hilfen nach § 35 a SGB VIII zur Verfügung zu stellen, durch Ansprüche nach dem SchulG verdrängt?
- D.** Exkurs: Verfahren zur Feststellung eines Bedarfs nach § 35 a SGB VIII
- E.** Literaturangaben und Abkürzungen
- F.** Anhang: Auszug aus dem Schulgesetz und aus dem SGB VIII

## **A. Definitionen von Leserechtschreibschwäche, Dyskalkulie (Rechenschwäche) und ADHS**

Grundsätzlich ist es möglich, dass bei Vorliegen von ADHS, Legasthenie oder Dyskalkulie eine Hilfe nach § 35 a SGB VIII gewährt wird. Vorab sollen diese Störungen kurz beschrieben werden.

- Nach dem Schlüssel des ICD-10-Katalogs gelten die Leserechtschreibschwäche (Legasthenie) und die Rechenschwäche (Dyskalkulie) als Entwicklungsstörung (F80 – F83). Es handelt sich um Störungen der schulischen Fertigkeiten. Im frühen Stadium des Erlernens einer alphabetischen Schrift kann es Schwierigkeiten geben, das Alphabet aufzusagen, die Buchstaben korrekt zu benennen, einfache Wortreime zu bilden und bei der Analyse oder Kategorisierung von Lauten. Später können dann Fehler beim Vorlesen auftreten, die sich unter anderem im Auslassen von Wörtern, niedrige Lesegeschwindigkeit u.a. äußern können. Ebenso zeigen sich Schwierigkeiten beim Leseverständnis (ICD-10 F81.0). Bei der Leserechtschreibschwäche liegt der Leistungsstand des Kindes in der gestörten schulischen Fertigkeit deutlich unter dem Intelligenzniveau und ist nicht durch eine Intelligenzminderung erklärbar. Eine Diskrepanz zwischen der allgemeinen intellektuellen Begabung und dem Versagen im Lesen und Rechtschreiben ist kennzeichnend. Basieren die Schwierigkeiten im Lese- und Rechtschreibbereich allein auf einer Intelligenzminderung (IQ < 70) oder auf einer geringen Beeinträchtigung der allgemeinen Intelligenz (IQ < 85), schließt dies die Feststellung einer Leserechtschreibschwäche im Sinne von ICD-10 F81.0 aus.
- Ähnliches gilt für die Rechenschwäche. Diese Störung beinhaltet eine umschriebene Beeinträchtigung von Rechenfertigkeiten, die nicht allein durch eine allgemein Intelligenzminderung oder eine eindeutig unangemessene Beschulung erklärbar ist. Voraussetzung für die Diagnose dieser Entwicklungsstörung ist, dass die Lese- und Rechtsschreibleistungen im Normbereich liegen. Für das Vorliegen der isolierten Rechtsschreibschwäche ist ebenfalls ein IQ von mindestens 85 erforderlich. Die vorgenannten Entwicklungsstörungen schulischer Fertigkeiten werden überwiegend auch unter dem Oberbegriff Teilleistungsstörungen zusammengefasst.
- Das ADHS oder die hyperkinetische Störung wird über F90 (ICD-10) als Verhaltensstörung mit Beginn der Kindheit und Jugend erfasst. Es liegt hier eine Beeinträchtigung der Entwicklungsmöglichkeiten vor. Die hyperkinetischen Störungen sind charakterisiert durch einen frühen Beginn, die Kombination von überaktivem, wenig moduliertem Verhalten mit deutlicher Unaufmerksamkeit und Mangel an Ausdauer bei Aufgabenstellungen (ICD-10 F90).

## **B. Unter welchen Voraussetzungen muss bei Vorliegen der unter A. genannten Auffälligkeiten das Jugendamt leisten und in welchem Umfang?**

### **1. Voraussetzungen des § 35 a SGB VIII allgemein**

Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich nur auf Hilfe nach § 35 a SGB VIII zur Sicherstellung des Schulerfolgs. Sollte es um weitere Bedarfe gehen, wird hierauf im Folgenden nicht eingegangen. Dort stellt sich die Frage des Nachranges im Übrigen ja auch nicht, da ein Anspruch nach dem SchulG von vornherein ausscheidet.

Zunächst gilt es, die Voraussetzungen des § 35 a SGB VIII näher zu betrachten.

Abzustellen ist hier allein auf die Vorschrift des § 35 a SGB VIII. Dieser normiert für Kinder und Jugendliche einen Anspruch auf Eingliederungshilfe, wenn

- a. ihre seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für ihr Lebensalter typischen Zustand abweicht und
- b. daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist oder eine solche Beeinträchtigung zu erwarten ist.

Der Anspruch auf Eingliederungshilfe setzt also nicht nur eine Abweichung der seelischen Gesundheit, sondern darüber hinaus auch die Beeinträchtigung der Teilhabe am Leben der Gesellschaft voraus. Der Norm ist der sogenannten zweigliedrige Behindertenbegriff zu Grunde gelegt, der sich von der Grundstruktur her im gesamten Rehabilitationsrecht findet, insbesondere in § 2 SGB IX.

## **2. Abweichung von der alterstypischen Gesundheit § 35 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VIII**

Voraussetzung ist zunächst die Abweichung der seelischen Gesundheit von dem für das Lebensalter typischen Zustand für die Dauer von mehr als sechs Monaten.

Vorübergehende seelische Störungen werden hier nicht erfasst. Über die Dauer findet hier eine Abgrenzung zu den akuten Erkrankungen statt, deren Behandlung regelmäßig durch die Krankenkassen bzw. durch die privaten Krankenversicherungen abgedeckt ist. Der Zeitraum von sechs Monaten ist sozialrechtlich gesetzt (Stähr in SGB VIII, Rz. 11). Die Vorschrift stellt auf eine Prognose ab, verlangt aber eine hohe Wahrscheinlichkeit. Die sechsmonatige Mindestdauer entspricht im Übrigen der Mindestdauer, den die Internationale Klassifikation psychischer Störungen (ICD-10) für die meisten seelischen Störungen aufgenommen hat.

Die seelische Gesundheit muss für mindestens ein halbes Jahr von der für das Lebensalter typischen Zustand abweichen. Die Ermittlung des alterstypischen Zustandes darf nicht im Sinne eines statistischen Durchschnitts verstanden werden (Wiesner, ZFJ 2001, 284; Stähr a.a.O.). Vielmehr ist sie unter Berücksichtigung der besonderen Entwicklungsdynamik von jungen Menschen im Rahmen einer individuellen Umstände betreffenden Bandbreite zu ermitteln (Stähr a.a.O.).

Ob nun eine Abweichung gegeben ist, ist von einem Arzt oder einem Psychotherapeuten anhand der im ICD-10 erfassten Klassifikation psychischer Störungen festzulegen. Dies hat der Gesetzgeber in § 35 a Abs. 1 a Satz 2 SGB VIII festgelegt und sich damit von der früheren Anbindung an die Eingliederungsverordnung verabschiedet. Im Gegensatz zur Eingliederungsverordnung enthält die ICD-10 spezielle Kategorien für Krankheitsbilder, die im Kindes- und Jugendalter typischerweise auftreten. Eine Diagnostik anhand der DSM-IV (diagnostischer und statistischer Leitfaden für psychische Störungen) allein reicht nicht aus, um eine Abweichung der seelischen Gesundheit zu begründen (Wiesner in § 35 a, Rz. 13 a).

Besonders schwierig erscheint die Frage, wann bei einer Legasthenie oder bei einer Dyskalkulie eine seelische Störung im Sinne von § 35 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VIII vorliegt. Sie werden gemeinhin als Teilleistungsstörungen bezeichnet. Beide Störungen sind im ICD-10 aufgeführt, die Lese-Rechtsschreibstörung in F81.1, die Dyskalkulie in F81.2. Gleichwohl wird hier ein zweistufiges Vorgehen für notwendig erachtet. Allein das Vorliegen der Teilleistungsstörung reiche nicht aus, um eine seelische Störung anzunehmen. Vielmehr müsse die seelische Störung nach Breite, Tiefe und Dauer so intensiv sein, dass sie die Fähigkeit zur Eingliederung in die Gesellschaft beeinträchtigt oder eine solche Beeinträchtigung erwarten lässt (u.a. BVerwG FEVS 33, 457; 49, 487; OVG Rheinland-Pfalz JAmt 2007, 365; Wiesner § 35 a, Rz. 14). Es wird hier eine sogenannte „sekundäre Neurotisierung“ gefordert. Damit soll insbesondere dem Umstand Rechnung getragen werden, dass schulische Probleme, mit denen alle Kinder konfrontiert sind, nicht automatisch einen Rehabilitationsanspruch auslö-

sen. Denn richtigerweise ist das Jugendamt nicht dazu da, ein schulisches Leistungsdefizit auszugleichen.

Meines Erachtens stellt sich die Frage, ob eine Legasthenie oder eine Dyskalkulie eine Abweichung vom alterstypischen Zustand darstellt, jedoch nicht im Rahmen der Abweichung der seelischen Gesundheit, sondern vielmehr im Rahmen der Teilhabebeeinträchtigung. Wenn man das Gesetz insoweit ernst nimmt, bestimmt sich die Klassifizierung einer seelischen Abweichung vom alterstypischen Zustand am ICD-10. Zwar bestimmt § 35 Abs. 1 a Satz 2 SGB VIII nur, dass die Stellungnahme zum Gesundheitszustand auf der Grundlage des ICD-10 zu erstellen ist. Damit kann aber nur gemeint sein, dass eine hiervon erfasste Störung – und dazu gehören eben auch die Legasthenie und die Dyskalkulie – eine Abweichung vom alterstypischen Gesundheitszustand darstellt. Letztlich ist es auch gar nicht nötig, derartige Fälle an Nr. 1 des § 35 a I Satz 1 scheitern zu lassen, da es insofern an einer Teilhabebeeinträchtigung fehlen dürfte. Der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts muss jedoch insoweit Rechnung getragen werden, als dass die beiden benannten Teilleistungsstörungen jeweils die Hauptursache für die Teilhabebeeinträchtigung sein müssen.

Auch die hyperkinetische Störung oder das ADHS wird als Teilleistungsstörung F90 ICD-10 eingestuft. Hier muss darauf geachtet werden, dass die Feststellung anhand der Kriterien des ICD-10 erfolgt. Oft werden die Diagnosen in diesem Bereich anhand der Kriterien des DSM-IV aufgestellt, die weit mehr Abweichungen erfassen als das ICD-10, worauf Wiesner zu Recht hinweist (§ 35 a Rz. 78). Im Rahmen des ADHS muss aber auch geprüft werden, ob es sich nicht um eine gravierende Verhaltensstörung handelt, die dann ggf. auch einen Bedarf für eine Hilfe zur Erziehung nach §§ 27 ff SGB VIII indizieren könnte (Mrozyński, in: ZfJ 2000, 251, 255).

Mithin stellen Dyskalkulie, hyperkinetische Störung und Legasthenie Funktionsstörungen dar, die eine seelische Störung bzw. eine Bedrohung anhand der Kriterien des ICD-10 indizieren können.

Für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 35 a I Nr. 1 SGB VIII reicht es aus, wenn das Kind und/oder der/die Jugendliche von der seelischen Störung bedroht ist („mit hoher Wahrscheinlichkeit“). Von einer seelischen Störung bedroht sind Kinder und Jugendliche, bei denen eine seelische Behinderung als Folge seelischer Störungen noch nicht vorliegt, der Eintritt der seelischen Behinderung aber nach allgemeiner ärztlicher oder sonstiger fachlicher Erkenntnis mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist (BVerwG FEVS 49, 487). Der 15. Senat des OVG Schleswig-Holstein geht in seiner oben zitierten Entscheidung davon aus, dass eine Prognoseentscheidung hinsichtlich des Eintritts der Behinderung von weit mehr als 50 % ausreicht.

### **3. Beeinträchtigung der Teilhabe am gesellschaftlichen Leben**

Gemäß § 35 a I Nr. 2 muss der atypische Gesundheitszustand dazu führen, dass der junge Mensch in seiner Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist oder dass eine solche Beeinträchtigung droht.

Unter Teilhabe wird im Sinne der oben genannten Vorschrift die aktive und selbstbestimmte Gestaltung des gesellschaftlichen Lebens verstanden (Stähler / Wimmer, NZS 2002, 570; VG Sigmaringen JAmt 2005, 246, 247). Die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft ist beeinträchtigt, wenn dem jungen Menschen das Leben in der Gesellschaft in sozialer, schulischer oder beruflicher Hinsicht erschwert ist, mithin die Integrationsfähigkeit beeinträchtigt ist (Verdong in Kunkel § 35 a Rz. 19). Hierfür ist es ausreichend, wenn sich die Störung in einem der relevanten Lebensbereiche auswirkt (Kunkel JAmt 2007, 17; Wiesner § 35 a Rz. 19, so auch OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 19.11. 2014 –

12 B 1243/14 – juris für den Integrationshelfer). Es verbietet sich jedoch eine schematische Lösung. Die Teilhabe ist auch anhand der altersgemäßen Entwicklungsaufgaben mit Inhalten zu füllen.

Die durch die Teilleistungsstörung (LRS, Dyskalkulie oder ADHS) hervorgerufene sekundäre Neurotisierung muss unmittelbar dazu führen, dass sich der Betroffene aus der Gemeinschaft zurückzieht oder dies zu befürchten ist. Die Beeinträchtigung der Fähigkeit zur Teilhabe am Leben in der Gesellschaft wird bei Teilleistungen nach der Intensität der Auswirkungen der seelischen Störung abgegrenzt. Es wird gefragt, ob die seelische Störung so intensiv ist, dass sie über bloße Schulprobleme und Schulängste, die andere Kinder teilen, in behinderungsrelevanter Weise hinausgeht, z.B. zu einer auf Versagensängsten beruhenden Schulphobie, einer totalen Lern- und Schulverweigerung, zum Rückzug aus jedem sozialen Kontakt und der Vereinzelnung in der Schule geführt hat bzw. zu führen droht (VG Braunschweig Urteil vom 13.10.2005; 3 A 78/05; BVerwG FEVS 49, 487 ff.). Hierbei lehnt sich die Entscheidung an den einheitlichen Behinderungsbegriff des § 2 SGB IX und des § 35 a SGB VIII an. Dieser Behinderungsbegriff orientiert sich nicht mehr an wirklichen oder vermeintlichen Defiziten, sondern rückt das Ziel der Teilhabe an verschiedenen Lebensbereichen in den Vordergrund (BTD RS. 14/5074, S. 98).

Für die fachliche Beurteilung der Teilhabemöglichkeit empfiehlt es sich, die sechs Achsen des Multi-axialen Klassifikationsschemas für psychische Störungen des Kindes im Jugendalter nach ICD-10 heranzuziehen (Vondung a.a.O. Rz. 20).

Im Ergebnis wird deutlich, dass der Personenkreis des § 35 a SGB VIII weit enger zu ziehen ist, als derjenige, der nach dem Landesschulrecht einen Anspruch auf Fördermaßnahmen hat. Dort führt im Regelfall allein das Vorliegen der Teilleistungsstörung zu einer – wenn auch nur sehr lückenhaft geregelten – Förderung. Die Voraussetzungen des § 35 a SGB VIII sind mithin enger.

Weiter wird deutlich, dass die Feststellung, ob die Voraussetzungen des § 35 a SGB VIII vorliegen, einer eingehenden psychologischen oder psychiatrischen Begutachtung bedarf. Allein der Hinweis auf Legasthenie, Dyskalkulie oder ADHS reicht nicht aus, einen Hilfeanspruch zu begründen.

#### 4. Hilfearten

Als Hilfen kommen die in § 35 a II SGB VIII genannten Formen je nach Bedarf im Einzelfall in Betracht:

- in ambulanter Form
- in Tageseinrichtungen für Kinder oder in anderen teilstationären Einrichtungen
- durch geeignete Pflegepersonen
- in Einrichtungen über Tag und Nacht sowie in sonstigen betreuten Wohnformen

Dieser Formenkatalog in Abs. 2 erfährt durch den Verweis in Abs. 3 auf § 57 SGB XII, der wiederum auf § 17 Abs. 2 bis 4 SGB IX sowie die Budgetverordnung verweist eine Erweiterung auf das persönliche Budget (Vondung § 35 a SGB VIII). Hierbei handelt es sich um eine Geldleistung, die so beschaffen sein muss, dass eine Deckung des Bedarfs unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes möglich ist. Auf das persönliche Budget gemäß § 17 SGB IX besteht ein Anspruch, § 159 Abs. 5 SGB IX.

Dem Jugendamt steht bei seiner Entscheidung insbesondere über die geeignete und notwendige Therapiemaßnahme ein Beurteilungsspielraum zu, der nur einer eingeschränkten verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterliegt (BVerwGE 109, 55; Wiesner, § 35 a, Rz. 31). Das Jugendamt kann eine we-

niger aufwändige Hilfe wählen, wenn diese notwendig, aber eben auch geeignet ist, den Bedarf zu decken (z.B. Integrationshelfer statt Privatschule (Thüringer OVG, Beschluss vom 19.11.2014 – 3 EO 676/14 – juris)

Gemäß Abs. 3 des § 35 a SGB VIII richten sich die Aufgaben und Ziele der Hilfe, die Bestimmung des Personenkreises sowie die Art der Leistung nach § 53 III und IV Satz 1 und den §§ 54, 56 und 57 des SGB XII, soweit diese Bestimmungen auch auf seelisch behinderte oder von einer solchen Behinderung bedrohte Personen Anwendung finden.

Hier ist insbesondere § 54 I Nr. 1 und 2 SGB XII relevant. Es sind ausdrücklich Hilfen zu einer angemessenen Schulbildung im Rahmen der Schulpflicht aus allen Schulen, aber auch zur Ausbildung für einen angemessenen Besuch benannt.

Umfasst werden

- heilpädagogische Leistungen, wenn sie erforderlich und geeignet sind, den Schulbesuch im Rahmen der allgemeinen Schulpflicht zu ermöglichen oder zu erleichtern,
- Maßnahmen zur Schulbildung, wenn sie erforderlich sind, den Schulbesuch im Rahmen der allgemeinen Schulpflicht zu ermöglichen und geeignet sind, die üblicherweise erreichbare Bildung zu ermöglichen. Hierzu gehören z.B. die Unterstützung im Unterricht, Fahrtkosten für die Zurücklegung des Weges zur Schule oder Aufwendungen für einen Integrationshelfer (Voelzke, SGB X § 54 Rz. 44 m.w.N.). Hierbei kann auch dann ein Integrationshelfer eingesetzt werden, wenn dieser den Besuch einer allgemein bildenden Schule ermöglicht, insofern muss sich der junge Mensch nicht auf die Förderschule verweisen lassen (BVerwG ZfJ 2005, 482). Unter § 54 Abs. 1 Nr. 1 SGB XII wird man auch Nachhilfeunterricht und vor allem gezielte Behandlung von Legasthenie und Dyskalkulie in Spezialeinrichtungen fassen können. Hierzu gehört auch die integrierte Lerntherapie.
- Hilfen zum Besuch von weiterführenden Schulen.

Auch der Besuch einer Privatschule oder eines speziellen Internats ist eine Hilfe im Sinne von § 35 a SGB VIII. Zwar ist der Besuch einer Privatschule weder in § 35 a SGB VIII aufgeführt noch ergibt er sich aus §§ 54, 55 SGB XII. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (u.a. BVerwGE 25, 28 ff.) die dort in den vorgenannten Vorschriften aufgeführten Hilfen nicht abschließend sind. Wichtig ist insoweit lediglich, dass § 54 I Nr. 1 SGB XII die Hilfen zur angemessenen Schulbildung anführt. Zur Erreichung des Ziels der Eingliederungshilfe können auch andere nicht ausdrücklich genannte Maßnahmen ergriffen werden, soweit diese geeignet und erforderlich sind, die dem jungen Menschen drohende Behinderung zu verhüten und die bereits eingetretenen Störungen zu beseitigen oder zu mildern. Hierzu gehört auch der Besuch einer Privatschule oder eines Internats (VG Aachen ZfJ 2005, 328, 329; VG Minden – 7 L 831/02; VG Dessau, Zeitschrift für das Fürsorgewesen 2003, 132 ff.).

### **E. Wird die Verpflichtung des Jugendamtes, Hilfen nach § 35 a SGB VIII zur Verfügung zu stellen, durch Ansprüche nach dem SchulG verdrängt?**

#### **1. Nachrang im Sinne von § 10 SGB VIII allgemein**

Gem. § 10 I 1 SGB VIII bleiben die Verpflichtungen anderer, insbesondere der Träger anderer Sozialleistungen und der Schulen, unberührt. Insofern sind Leistungen der Jugendhilfe mit Blick auf die Leistungsverpflichtung anderer nachrangig (Bieritz-Harder in Hauck, § 10, Rz. 8). Der Nachrang gegenüber der Selbsthilfe und den Leistungen anderer gehört zu den Strukturprinzipien der öffentlichen Fürsorge. Der Nachranggrundsatz kommt erst dann zum Tragen, wenn tatsächlich für eine Leistung



zwei Träger zuständig wären, hier also die Schulverwaltung und das Jugendamt (Meysen 2003, S. 53, 55). Durch die Schnittmenge in der gesetzlichen Aufgabenzuweisung und die Nachrangigkeit der Leistungen nach dem SGB VIII ergibt sich zwischen den konkret betroffenen Trägern der öffentlichen Jugendhilfe und der Schulverwaltung kein Rechtsverhältnis mit korrelierenden Pflichten. Bei § 10 SGB VIII handelt es sich um eine reine Kollisionsnorm (Meysen 2003, S. 53, 55). Unabhängig von der Frage des allgemeinen Verhältnisses dieser beiden Normbereiche zueinander muss auch berücksichtigt werden, dass die Schule sich zwar nicht nur auf die Vermittlung des Wissens beschränkt, sie ist andererseits aber Teil des Bildungswesens und nicht Teil der sozialen Infrastruktur. Sie kann also mit ihren eigenen pädagogischen Mitteln nicht Aufgaben erfüllen, die als soziale Aufgaben im Sinne von § 1 SGB I anzusehen sind (Mrozynski, ZfJ 2000, 251). Im Gegensatz zum Sozialrecht hält das Schulrecht keine subjektiven Rechte auf bestimmte Förderungen durch den Staat vor. Aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ergeben sich für die behinderten Menschen Schutz- und Fürsorgepflichten des Staates aber keine Leistungsansprüche (BVerwG u.a.; hierzu näher Marwege RdJB 2009, 229, 231).

## 2. Nachrang der Jugendhilfe konkret

Konkret heißt dies, dass die Jugendhilfemaßnahme nur dann bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 35 a SGB VIII abgelehnt werden kann, wenn die Schulverwaltung den angestrebten Förderbedarf tatsächlich decken kann und dies auch tut. Verfügt die Schule nicht über entsprechende Mittel, können die Jugendhilfeträger nicht mit Verweis auf die Pflicht der Schule verweigern (VGH Mannheim FEVS 51, 2000, 471, 475; VG Düsseldorf ZfJ 2001, 196; VG Dessau ZFSH/SGB 2002, 93, 98; Bieritz-Harder § 10 Rz. 9; BverwG, Urteil vom 29.04.2005, 5 C 20/04). „Ein behinderter Schüler muss sich in Anwendung des Nachranggrundsatzes aus § 10 Abs 1 S. 1 SGB VIII nur dann auf das öffentliche Schulsystem verweisen lassen, wenn nach den konkreten Umständen des Einzelfalls im öffentlichen Schulwesen eine bedarfsdeckende Hilfe in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht auch zur Verfügung steht, d.h. präsent ist (Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 15.10.2014 – 12 A 1350/14 – juris).“ Das Verwaltungsgericht Oldenburg hat am 18.03.2004 – 12 B 2634/03 – sogar entschieden, dass der Jugendhilfeträger selbst dann tätig werden muss, wenn ein Antrag auf Feststellung der sonderpädagogischen Förderung bereits gestellt und das Verfahren durchgeführt, aber eben noch nicht abgeschlossen ist. Um es deutlicher zu sagen: Liegen die Voraussetzungen des § 35 a SGB VIII vor, muss der Staat Hilfe gewähren, wenn dies die Schule nicht leistet oder leisten kann, muss das Jugendamt den Anspruch erfüllen.

Dies bedeutet im Weiteren auch, dass der Jugendhilfeträger die jungen Menschen oder ihre Erziehungsberechtigten nicht auf eine (gerichtliche) Durchsetzung ihrer deckungsgleichen Ansprüche gegenüber der Schulverwaltung verweisen darf (Vondung in LPK – SGB VIII, § 10, Rz. 34; Meysen 2003, S. 56). Dies auch deshalb, weil im Schulrecht in Berlin zwar ein Anspruch normiert ist, dieser aber erst über den Antrag auf Feststellung eines sonderpädagogischen Förderbedarfs realisiert werden kann, der im Zweifel einige Zeit in Anspruch nimmt. Zwar setzt die Bewilligung der Hilfen nach § 35 a SGB VIII auch einen Antrag voraus (u.a. BverwG Urteil vom 11.08.2005, 5 C 18/04). Dieser ist aber an keine Form gebunden, das Verfahren ist regelmäßig schneller zu bewerkstelligen. Es gilt hier die dreiwöchige Bearbeitungsfrist des § 14 SGB IX (streitig siehe unten). Aber selbst wenn § 14 SGB IX nicht gelten würde, muss das Jugendamt zeitnah entscheiden. Wenn über einen Antrag ohne wichtigen Grund nicht innerhalb einer Frist von drei Monaten entschieden worden ist, kann direkt auf die Leistung geklagt werden.

Hinzu kommt, dass das Jugendamt selber nicht die Voraussetzungen für einen Förderbedarf nach dem SchulG zu prüfen hat und auch nicht prüfen kann. Letztlich hat sie sogar die negative Entscheidung der Schulbehörde hinzunehmen (Mrozynski 2003, S. 252). Insbesondere darf das Jugendamt

den jungen Menschen nicht auf den Besuch der Sonderschule verweisen, da diese Entscheidung die Schulverwaltung zu treffen hat (Bieritz-Harder, § 10, Rz. 9; VGH Mannheim FEVS 54, 2003, 213 und 218; OVG NRW ZfJ 2004, 346 ff. für den Fall des ADHS – Syndroms einschränkend). Dennoch ist es ratsam, sich um eine angemessene Förderung durch die Schule zu bemühen, allein um möglichst schnell wenigstens irgendeine Förderung zu erhalten.

Insbesondere enthält aber auch das SGB VIII keine dem § 2 SGB XII entsprechende Vorschrift, nach welcher ein Empfang von Leistungen ausgeschlossen ist, wenn die erforderliche Hilfe von anderen erlangt werden kann (Meysen 2003).

Die Inanspruchnahme vorrangiger Leistungen fällt im Übrigen auch nicht unter die Mitwirkungspflichten der §§ 60 ff SGB I (Meysen 2003). In § 60 SGB I sind allgemein für das Sozialrecht Obliegenheiten des Empfängers von Sozialleistungen geregelt, deren Verstoß gar bis zur Einstellung der Sozialleistung nach § 65 SGB I führen kann. Hier ist z.B. geregelt, dass der Hilfeempfänger sämtliche Änderungen seiner wirtschaftlichen Verhältnisse mitzuteilen hat.

Bei einem entsprechenden Bedarf kann der junge Mensch sogar einen Integrations- oder Schulhelfer beanspruchen, wenn es nach dem Landesschulrecht keinen Anspruch auf eine solche Hilfe gegenüber der Schulbehörde gibt und die Schulbehörde nicht leistet (u.a. BVerwG 5 C 35/06, zit. nach juris; OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 25.01.2013 – 7 B 11154/12 – juris). Dies ist inzwischen ständige Rechtsprechung. Allerdings darf der schulische Kernbereich nicht betroffen sein. Also insbesondere die schulischen Aufgaben obliegen ausschließlich der Schule.

Gleichwohl sollten sich der betroffene Schüler bzw. seine Eltern selbstverständlich bei der Schule um geeignete Maßnahmen zur Förderung bemühen.

### 3. Aufgabe der Jugendhilfe, wenn Schule leistet

Die Rechtslage ändert sich selbstverständlich dann, wenn die Schulverwaltung tätig geworden ist und Fördermaßnahmen durchgeführt werden. Hier ist zu differenzieren:

- Der Schüler besucht eine Förderschule, der Bedarf hierfür ist auch festgestellt. In diesem Falle dürften Hilfen nach § 35 a SGB VIII nicht möglich sein, da sie eindeutig nachrangig sind und die erforderlichen Hilfen zur Sicherung des Schulerfolges bereits durch die Sonderschule abgedeckt werden. (Mrozynski, in: ZfJ 2000, 351, 352; VGH Mannheim FEVS 54, 213, 217). Selbstverständlich werden Hilfen, die mit dem Schulerfolg nichts zu tun haben, insbesondere solche nach §§ 27 ff SGB VIII, hiervon nicht berührt.
- Hält die Schulaufsichtsbehörde den Besuch einer allgemeinen Schule durch ein seelisch behindertes sonderschulpflichtiges Kind zwar für angemessen, setzt dieser Besuch nach ihrer Einschätzung eine weiterergående pädagogische Hilfe voraus, dann kann zur Unterstützung des Schulbesuchs ein Anspruch aus § 35a SGB VIII bestehen, wird also nicht im Wege des § 10 I SGB VIII verdrängt (VGH Mannheim FEVS 54, 213, 217 und ebenfalls FEVS 54, 218 – 222). Das Gericht geht sogar noch weiter und geht davon aus, dass das Jugendamt an die Entscheidung der Schulaufsichtsbehörde hinsichtlich der erforderlichen Maßnahmen gebunden ist. Dies soll aber nur dann gelten, wenn durch die Schulaufsichtsbehörde festgestellt ist, dass nur über eine allgemeine Schule eine angemessene Förderung möglich ist (Wiesner RdJB 2003, 498, 501).
- Ist keine sonderpädagogische Förderung indiziert, muss die Jugendhilfe neben der Schule leisten, wenn deren Maßnahmen nicht ausreichen, um eine ordentliche Sicherung des



Schulbesuchs zu gewährleisten (Mrozynski, in: ZfJ 2000, 251, 252). In Berlin muss auch beachtet werden, dass es lediglich für die Lese-Rechtsschreibschwäche genauere Regelungen hinsichtlich der Förderung in der Grundschule gibt. Gerade aber der Sekundarstufe I fehlt es an einer gesetzlichen Ausgestaltung einer Förderung. Da die Förderung im Übrigen von der Ausstattung der einzelnen Schule abhängt, wird die Jugendhilfe hier stark gefordert sein.

Selbstverständlich kann der Jugendhilfeträger die von ihm getätigten Leistungen im Wege des Regresses gegenüber der Schulverwaltung geltend machen. Ob die Erstattung nun über § 95 SGB VIII (so wohl die Ansicht von Sidortschuk, in: JAmt 2005, 552) oder über Amtshaftung oder öffentlich rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag (Meysen, in: JAmt 2003, 53, 60 ff.) zu erfolgen hat, kann dahin stehen. Eine Ausgleichspflicht wird in jedem Falle angenommen. Diese setzt natürlich voraus, dass das Schulamt vorrangig hätte leisten müssen.

## **F. Exkurs Verfahren zur Feststellung eines Bedarf nach § 35 a SGB VIII**

Das Verfahren bei der Entscheidung über eine Eingliederungshilfe richtet sich nach § 36 SGB VIII. Auf die Eingliederungshilfe besteht zwar dem Grunde nach ein Anspruch. Allerdings eröffnet dieser dem Jugendamt regelmäßig ein (pflichtgemäßes) Auswahlermessen. Das Jugendamt muss leisten, welche Leistung gewährt wird, steht im Ermessen des Jugendamtes.

Das Wunsch- und Wahlrecht ist zu beachten. Allerdings weist das Verfahren gegenüber den Verfahren im Rahmen der Hilfen zu Erziehung Besonderheiten auf. Bei der Eingliederungshilfe nach § 35 a SGB VIII handelt es sich um Rehabilitationsrecht, insofern finden ergänzend Vorschriften aus dem SGB IX Anwendung. Dies ergibt sich aus der Verweisung in § 35 a Abs. 3 SGB VIII auf § 53 Abs. 3 und 4 Satz 1, § 54 SGB XII, hinsichtlich Aufgabe und Ziel der Hilfe, der Bestimmung des Personenkreises und der Art der Hilfe. In § 53 Abs. 4 SGB XII wird auf die Vorschriften des SGB IX hinsichtlich der Leistungen verwiesen; ergänzend wird dies durch § 54 Abs. 1 SGB XII.

### **1. Geltung der Regelungen des SGB IX für die Eingliederungshilfe nach § 35 a SGB VIII**

Die Regelungen des SGB IX modifizieren insbesondere das Verfahren. Das SGB IX fasst die Leistungen zur Teilhabe einheitlich für das gesamte Rehabilitationsrecht zusammen, die Regelungen werden vor die Klammer gezogen. Insofern ist das SGB IX mit dem SGB I, IV und X vergleichbar. Die Zuständigkeit und die Voraussetzungen für die Leistungen zur Teilhabe richten sich nach dem für den jeweiligen Reha-Träger geltenden Leistungsgesetz (§ 7 Satz 2 SGB IX). Speziellere Regelungen in den einzelnen Leistungsgesetzen verdrängen das SGB IX, §7 Satz 1 SGB IX. In § 6 ist die öffentliche Jugendhilfe ausdrücklich als Träger der Rehabilitation geregelt.

#### **a. Schulbegleitende Hilfen**

Tatsächlich streitig ist jedoch die Frage, ob die öffentliche Jugendhilfe auch für schulbegleitende Hilfen Rehabilitationsträger ist oder – wenn man dies verneinen sollte – die Verfahrensvorschriften des Neunten Sozialgesetzbuches keine Anwendung finden. Die sogenannten schulbegleitenden Hilfen – in § 54 SGB XII geregelt, erfassen insbesondere auch die Hilfen, die auf die Hinführung auf eine angemessene Schulbildung abzielt (LSG BW, zit. nach Warendorf in Grube, § 54, Rz. 33).

Das BVerwG hat in einer Entscheidung vom 11.08.2005, FEVS 57, 481 festgestellt, dass das Jugendamt in derartigen Fällen kein Rehabilitationsträger sei und damit insbesondere die Anwendung des §

14 SGB IX abgelehnt. Dies hat das BVerwG darauf gestützt, dass § 6 SGB IX die Träger der öffentlichen Jugendhilfe nur für die in § 5 Nr. 1, 2 und 4 SGB IX genannten Leistungsgruppen Rehabilitationsträger sein könne. In der Entscheidung wird nur auf die seinerzeitig gültige Vorschrift des § 40 BSHG, die Vorläufervorschrift des § 54 SGB XII, verwiesen, allerdings ohne eine weitere Begründung. Von Kunkel (§ 35 a, Rz. 34) aber auch Teilen der Rechtsprechung (OVG NRW, 12 B 438/12, zit. nach juris) wird dies mit Verweis auf die Bundesverwaltungsgerichtsentscheidung übernommen. Dahinter steht offenbar ein systematisches Argument: Da § 40 BSHG die schulbegleitenden Maßnahmen neben Maßnahmen nach § 55 SGB IX, der die Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft regelt, ist klar, dass es sich bei den schulbegleitenden Maßnahmen nicht um die Teilhabeleistungen handeln kann, die § 55 SGB IX benennt. Der dort genannte Regelkatalog enthielt und enthält tatsächlich die schulbegleitenden Hilfen nicht.

Andere wie u.a. Wiesner vor § 35 a 12 ff., thematisieren das Problem überhaupt nicht und gehen der Systematik der Verweisungen folgend offenbar selbstverständlich davon aus, dass die öffentliche Jugendhilfe für alle Leistungen, die § 35 a SGB VIII vorhält, Rehabilitationsträger ist; mit Ausnahme der unterhaltssichernden und anderen ergänzenden (Geld-) Leistungen für die § 6 Nr. 6 SGB IX die Zuständigkeit ausnimmt. Ein Teil der Literatur und Rechtsprechung bejaht die Geltung des § 14 SGB IX auch für schulbegleitende Hilfen (LSG Essen, Beschluss vom 20.12.2013, L 9 SO 429/13; Welti in Lachwitz u.a., § 14 Rz. 2; Mroczynski § 35 a, Rz. 29). Dies ist auch überzeugend. § 55 SGB IX, der die Teilhabe Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft regelt, schließt die schulbegleitenden Maßnahmen nicht aus, sondern führt über das Wort „insbesondere“ nur besonders häufig auftretende Fallkonstellationen auf. Als gemeinsame Zielsetzung der Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gesellschaft nennt § 55 Abs. 1 SGB IX behinderten Menschen die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft zu ermöglichen oder zu sichern. Dies an § 4 Abs. 1 Nr. 4 SGB IX orientierte Ziel soll dem individuellen Bedarf entsprechend umgesetzt werden, es sollen deshalb gerade keine einzelnen Hilfen ausgeklammert werden. Dies entspricht auch dem Auffangcharakter, den die Leistungen zur Teilhabe an der Gesellschaft im Sinne des § 55 ff SGB IX im System der Leistungen zur Teilhabe genießen. Behinderte Menschen im Sinne des § 2 SGB IX (bzw. im Sinne der jeweiligen Regelungen in den Leistungsgesetzen) sollen alle notwendigen Hilfen erhalten, um die Beeinträchtigung der Teilhabe zu lindern oder zu überwinden. Nur wenn die vorrangigen Hilfen nach Kapiteln 4 - 6 des 1. Teils des Neunten Sozialgesetzbuches nicht greifen, kommen Hilfen nach §§ 55 ff. SGB IX in Betracht.

Zudem ergibt sich aus § 7 Satz 1 SGB IX der grundsätzliche Nachrang des SGB IX bei den Leistungen zur Teilhabe. Diese werden in den speziellen Leistungsgesetzen definiert, so in § 35 a SGB VIII, §§ 53 ff. SGB XII, §§ 112 ff. SGB III u.a. Die in den einzelnen Leistungsgesetzen benannten Leistungen gehen zum Teil über den ausdrücklich bestimmten Regelleistungskatalog im 4. – 7. Kapitel des 1. Teils des SGB IX hinaus, teilweise ist der Leistungskatalog auch kleiner, da nicht alle Rehaleistungen für alle Leistungsgruppen gleich relevant sind. Die Zuständigkeitsregelung in § 6 SGB IX kann sich daher nur auf die jeweiligen speziell ausgestalteten Hilfen der Spezialgesetze beziehen und die Zuständigkeit nicht an den nachrangigen Vorschriften des 4. – 7. Kapitels des 1. Teils des SGB IX messen. Eine Aufspaltung von Zuständigkeiten und Verfahrensvorschriften für Menschen mit Behinderung wird dem Grundsatz der Förderung der gleichberechtigten Teilhabe am Leben in der Gesellschaft, wie dies im § 1 SGB IX gefordert wird, nicht gerecht. Dieser Grundsatz hat durch die UN Behindertenrechtskonvention, die seit März 2009 in Deutschland geltendes Recht ist, eine weitere Aufwertung erfahren. Art. 24 der UN Behindertenrechtskonvention erkennt das Recht der von Behinderung betroffenen Menschen auf Bildung an.

Von daher gehe ich davon aus, dass bei allen Leistungen zur Teilhabe nach § 35 a SGB VIII die Verfahrensregelungen des SGB IX gelten, sofern nicht das SGB VIII speziellere Vorschriften vorhält.

#### **b. § 14 SGB IX Zuständigkeitsregelung und Bearbeitungsfristen**

Wichtig ist in diesem Zusammenhang vor allem die Regelung des § 14 SGB IX. Es regelt das Verfahren der Zuständigkeitsklärung. Streitigkeiten über die Zuständigkeitsfrage einschließlich der Leistungserbringung bei ungeklärter Zuständigkeit oder bei Eilbedürftigkeit sollen nicht zu Lasten der behinderten Menschen bzw. der Schnelligkeit und Qualität der Leistungserbringung gehen, durch eine schnelle Zuständigkeitserklärung soll das Verwaltungsverfahren verkürzt werden (Wiesner, § 35 a Rz. 14).

Sofern diese Verfahrensregelung nicht den Regelungen der Hilfeplanung in § 36 SGB VIII widersprechen sind sie hier anwendbar.

##### **(1) Zuständigkeit**

Gem. § 14 I SGB IX hat der zuerst angegangene Rehabilitationsträger innerhalb von zwei Wochen seine Zuständigkeit nach dem speziellen Leistungsgesetz zu prüfen und sich für zuständig zu erklären. Hält er sich nicht für zuständig, muss er die Sache unverzüglich (also spätestens am nächsten Werktag) an den seines Erachtens zuständigen Träger verweisen. Der zweitangegangene Träger wird dann zuständig und kann seinerseits nicht mehr weiter verweisen, unabhängig davon, ob er tatsächlich zuständig ist oder nicht. Verweist der zuerst angegangene Rehabilitationsträger nicht innerhalb der Zweiwochenfrist weiter, ist er zuständig (§ 14 Abs. 2 Satz 1 SGB IX). Dies steht unter dem Vorbehalt, dass vom Antragsteller eine konkrete Leistung zur Teilhabe beantragt hat (u.a. Jousen in Dau u.a. SGB IX, § 14, Rz. 6). Die festgelegte Zweiwochenfrist ist eine Ausschlussfrist (BeckOK SozR/Jabben SGB IX § 14, Rz. 3; Jousen aaO. Rz. 9). Sie ist in ihrem Lauf gehemmt, solange der Antragsteller mit der Erfüllung seiner Mitwirkungspflichten nach §§ 60 bis 65 SGB I im Verzug ist, er insbesondere die angeforderten Unterlagen nicht beibringt.

Der nach § 14 SGB IX zuständige oder zuständig gewordene Rehabilitationsträger stellt den Rehabilitationsbedarf unter Beachtung des § 10 SGB IX, also nach allen in Betracht kommenden Sozialgesetzen unverzüglich fest (BSG NZS 2008, 436 u.a.). Hat beispielsweise die Krankenkasse es versäumt, den Antrag auf Leistungen nach § 35 a SGB VIII innerhalb der Frist an das zuständige Jugendamt abzugeben, bleibt es zuständig und muss das weitere Verfahren entsprechend den für die Eingliederungshilfe nach § 35 a SGB VIII bestimmten Regeln abwickeln.

Der nach § 14 SGB IX zuständig gewordene Rehabilitationsträger hat gem. § 14 Abs. 4 SGB IX einen Erstattungsanspruch gegenüber dem eigentlich zuständigen Träger nach den allgemeinen Vorschriften, insbesondere also nach den §§ 102 ff. SGB X.

##### **(2) Bearbeitungsfristen**

Ansonsten regelt § 14 Abs. 2 SGB IX relativ kurze Bearbeitungsfristen. Grundsätzlich hat der Rehabilitationsträger ab Antragstellung drei Wochen Zeit, den Rehabilitationsbedarf festzustellen. Muss noch ein Gutachten eingeholt werden, verlängert sich diese Zeit um insgesamt vier Wochen. Der Gutachter muss innerhalb von zwei Wochen das Gutachten erstellen und der Reha-Träger dann innerhalb von weiteren zwei Wochen über den Bedarf entscheiden (§ 14 Abs. 2 Satz 2 – 4 SGB IX). Da über die Bewilligung der Hilfen nach § 35 a SGB VIII im Zusammenwirken mit mehreren Fachkräften entschieden wird und die Feststellung der seelischen Behinderung durch zwei unterschiedliche Stellen zu erfolgen hat, muss das Gesetz insofern ergänzend ausgelegt werden, als dass die ärztliche Stel-

lungahme im Sinne des § 35 a Abs. 1 a SGB VIII dem Gutachten entspricht (so Wiesner, § 35 a, Rz. 18). Die weiteren zwei Wochen Zeit verbleiben dem Jugendamt die Teilhabebeeinträchtigung zu ermitteln. Es schließt sich dann das Hilfeverfahren im Sinne des § 36 SGB VIII an.

## 2. Einzelfragen zur Ermittlung der seelischen Behinderung

Für die Feststellung der Abweichung der seelischen Gesundheit bedarf es einer fachlichen Stellungnahme

### a. Stellungnahme über die Abweichung der seelischen Gesundheit

Im Verfahren hat das Jugendamt eine Stellungnahme hinsichtlich der Abweichung der seelischen Gesundheit einzuholen (§ 35 a Abs. 1 a SGB VIII). Im Gesetz ist bestimmt, dass diese Stellungnahme, entweder

- von einem Arzt für Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie
- von einem Kinder- und Jugendpsychotherapeuten
- oder von einem Arzt oder einem psychologischen Psychotherapeuten, der über besondere Erfahrungen auf dem Gebiet seelischer Störungen bei Kindern und Jugendlichen verfügt, zu erstellen ist. Die Aufzählung ist abschließend.

Im Gesetz ist weiter bestimmt, dass die Person, die die Hilfe durchführt nicht die Person sein soll, die die Stellungnahme abgibt. Die Vorschrift beugt der Interessenkollision vor und tritt dem Risiko der Befangenheit entgegen (Kador in Jung SGB VIII § 35 a, Rz. 12).

#### (1) Inhaltliche Anforderung

Für die Stellungnahme gibt es weitere Kriterien. Wie bereits ausgeführt, muss die Stellungnahme auf Grundlage der Internationalen Klassifikation der Krankheiten in der vom Deutschen Institut für medizinische Dokumentation und Information herausgegebenen Fassung (ICD-10) erstellt werden (§ 35 a Abs. 1a Satz 2). Ohne dass hierfür eine gesetzliche Vorgabe besteht, wird darüber hinaus in der Praxis das von Remscheid/Schmidt/Poustka eingeführte Multiaxiale Klassifikationsschema (MAK) für psychische Störungen des Kindes- und Jugendalters nach ICD-10 angewandt (u.a. Wiesner § 35 a, Rz. 17; Stähr § 35 a, Rz. 36 c; Fegert u.a. JAmt 2008, 177, 183 ff.).

Es ist weiter bestimmt, dass in der Stellungnahme dargelegt wird, ob die Abweichung Krankheitswert hat oder auf einer Krankheit beruht (Satz 3). Eigentlich ist diese Regelung redundant, da eine Diagnose nach ICD-10 grundsätzlich Krankheitswert hat. Meines Erachtens soll die Regelung dem Gutachter aufgeben, die Stellungnahme ausführlicher zu begründen. Es reicht eben nicht aus, in der Stellungnahme die Vorschrift zu zitieren und vielleicht noch mit einem Satz eine Diagnose nach ICD-10 aufzustellen. Vielmehr sollten sich aus dem Gutachten nähere Befunde ergeben, die die Diagnose nachvollziehbar machen. Die ärztliche Stellungnahme muss ausreichend aktuell sein, um die gesundheitliche Abweichung zu belegen. Dies wurde vom sächsischen OVG für eine Stellungnahme, die ein Jahr alt war, verneint (Sächsisches OVG, Beschluss vom 24.03.2015 – 4 B 171/14 – juris).

Immer wieder Streit gibt es über die Frage, ob das Jugendamt bestimmen kann, wer die Stellungnahme abgeben soll und ob eine von den Eltern eingeholte Stellungnahme zur seelischen Abweichung bindend ist.

## **(2) Direktionsrecht des Jugendamtes**

Ob das Jugendamt einen Gutachter vorschreiben kann oder ob die Eltern insofern ein Wahlrecht oder ein Mitspracherecht haben, wird kontrovers diskutiert. Stähr (§ 35 a, Rz. 36 g) geht davon aus, dass das Jugendamt als Auftraggeber bestimmen dürfe, welchen Gutachter die Eltern aufzusuchen haben. Sollten die Eltern selber einen Gutachter beauftragen wollen, bedürften sie insofern des Einverständnisses des Jugendamtes. Vondung in LPK-SGB VIII zu § 35 a Rz. 14 diskutiert und verneint das Wunsch- und Wahlrecht der Eltern aus § 5 SGB VIII, da sich dieses nur auf die Auswahl der Hilfen beziehe. Gleichzeitig verweist er auf das Wunsch- und Wahlrecht in § 14 Abs. 5 Satz 2 – 4 SGB IX, das den Betroffenen ein Wahlrecht bei Feststellung des Rehabilitationsbedarfes einräumt. Nach diesen Vorschriften hat der Rehabilitationsträger dem Betroffenen drei Stellen für die Begutachtung zu benennen. Der Betroffene kann sich dann für eine der drei entscheiden. Die Entscheidung ist dann zu respektieren. Da es sich bei dem Gutachten zur Feststellung der seelischen Störung jedoch nicht um Rehabilitationsgutachten handeln würde, hätten die Eltern bei der Auswahl des Jugendamtes nur ein Mitspracherecht.

Dem tritt Meysen (Münder u.a. § 35 a, Rz. 52) mit guten Argumenten entgegen. Zunächst beruft er sich auf die freie Arztwahl (so auch Fegert in JAmt 2008, 177, 180) und verortet dies dann letztlich überzeugend in § 62 SGB I, der die Pflicht normiert, sich im Rahmen eines Antrages einer Sozialleistung einer ärztlichen Untersuchung zu unterziehen. Darüber hinaus wird von Fegert darauf verwiesen, dass es kein Amtsarztgebot gibt. Im Gegensatz zum früheren § 39 BSHG, der genau dies bei Rehabilitationen im Erwachsenenbereich vorsah, hat der Gesetzgeber auf eine derartige Regelung hier verzichtet.

Meines Erachtens ist das Wahlrecht des § 14 SGB IX hier heranzuziehen, da es sich hier um die speziellste Norm handelt. Der Umstand, dass es das Gutachten nach § 35 a Abs. 1 a SGB VIII nur um einen Teil eines eigentlichen Rehabilitationsgutachten handelt, wie dies von Vondung bemängelt wird, steht dem nicht entgegen, da die ärztliche Diagnostik einen wesentlichen Teil des Gutachtens ausmacht. Darüber hinaus muss noch konstatiert werden, dass der Gesetzgeber über die Regelungen in § 35 a Abs. 1 a Satz 2 und 3 dem Gutachter so strenge Vorgaben hinsichtlich des Inhaltes des Gutachtens gemacht hat, dass das Jugendamt per se eine stärkere Kontrolle bei der Aufstellung erhalten hat. Letztlich ist die Richtigkeit des ärztlichen Gutachtens noch einmal über § 278 StGB weiter geschützt und dem Gutachter weitere Schranken gesetzt. Ein Arzt und andere approbierte Medizinalpersonen machen sich strafbar, wenn sie ein unrichtiges Zeugnis über den Gesundheitszustand eines Menschen zum Gebrauch bei einer Behörde oder einer Versicherungsgesellschaft wider besseren Wissens ausstellen. Vor diesem Hintergrund erscheint die Einschränkung der freien Arztwahl nicht erforderlich zu sein. Mithin hat die öffentliche Jugendhilfe nach Antragstellung dem Betroffenen entsprechend § 14 Abs. 5 Satz 3 drei wohnortnahe Stellen vorzuschlagen, bei denen der Betroffene eine ärztliche Stellungnahme anfertigen lassen kann. Entscheidet sich der Betroffene für eine Stelle, so ist diese vom Jugendamt zu beauftragen. Die Gutachter müssen meines Erachtens aber nicht nur die in § 35 a Abs. 1 a SGB VIII genannten fachlichen Qualifikationen aufweisen, sondern auch willens und in der Lage sein, das Gutachten innerhalb der gesetzlichen Frist anzufertigen. Daraus folgt weiter, dass das Jugendamt dem Betroffenen grundsätzlich auch dann zu einem weiteren „Gutachter“ schicken kann, wenn die Eltern bereits vor Antragstellung ein eigenes Gutachten in Auftrag gegeben hatten oder ihnen aus anderen Gründen ein solches vorgelegen hat, zumindest dann, wenn das neue Gutachten fristgerecht erstellt werden kann.

#### **(4) Einholen einer eigenen Stellungnahme**

Etwas anderes dürfte dann gelten, wenn von vornherein absehbar ist, dass die in § 35 a Abs. 1 a SGB VIII benannte Person nicht in der Lage ist, die vom Jugendamt angeforderte ärztliche Stellungnahme innerhalb der in § 14 Abs. 5 Satz 6 SGB IX gesetzten Frist zu erstellen. In diesem Fall muss das Jugendamt die vorher erstellte fachliche Stellungnahme verwerten, da nur so die Fristen eingehalten werden können. Hier geht es auch um die Fälle, in denen bereits eine ärztliche Stellungnahme vor der Antragstellung vorliegt. Dies dürfte nur dann nicht gelten, wenn die ärztliche Stellungnahme insuffizient oder nicht nachvollziehbar ist (Fegert JAmt 2008, 177, 180). In diesem Fall sollte das Jugendamt durch Nachfragen beim Arzt zunächst versuchen, die Ungereimtheiten zu klären. Nur für den Fall, dass dies nicht möglich ist, kann das Jugendamt eine zweite Stellungnahme einholen lassen (Fegert a.a.O.). § 14 Abs. 2 und 5 Satz 5 SGB IX zielt auf eine Beschleunigung der Begutachtung ab (Joussen in Dau u.a. SGB IX § 14, Rz. 30). Dahinter muss zumindest Anordnungsbefugnis des öffentlichen Trägers zurücktreten, zumal die Steuerungsverantwortung bezüglich des weiteren Verfahrens hiervon nicht tangiert ist.

Unter den gleichen Voraussetzungen kann sich der Betroffene einen eigenen Arzt zur Fertigung der ärztlichen Stellungnahme suchen und diesen auch beauftragen. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass das Jugendamt keine geeignete Person im Sinne des § 35 a Abs. 1 a SGB VIII benennen kann, die gewillt und in der Lage sieht, das Gutachten fristgerecht fertigzustellen. Dies wird für den übrigen Reha-Bereich letztlich über die in § 15 SGB IX geregelte Selbstbeschaffung in analoger Anwendung geregelt (Joussen in Dau u.a. § 14, Rz. 35). Dies kann allerdings nur als Rechtsgedanke herangezogen werden, da die Selbstbeschaffung in § 15 SGB IX für Jugendhilfeleistungen nur sehr eingeschränkt gilt (§ 15 Abs. 1 Satz 5 SGB IX).

#### **(5) Kosten der ärztlichen Stellungnahme**

Grundsätzlich sind die Kosten des Gutachtens gem. § 64 Abs. 1 SGB X Kosten des Verfahrens. Diese werden bei den Beteiligten nicht erhoben.

Etwas anderes gilt bei selbst beschafften ärztlichen Stellungnahmen. Werden diese im Rahmen einer medizinischen Behandlung /Untersuchung erstellt, werden diese Kosten über die Krankenkasse nach SGB V abgedeckt. Hier dürfte der Auftrag entscheidend sein. (Fegert u.a.. JAmt 2008, 177, 181). Wird eine in § 35 a Abs. 1 a SGB VIII benannte Person allein zur Erstellung einer Stellungnahme nach § 35 a Abs. 1 a SGB VIII beauftragt, muss dies grundsätzlich von dem Auftraggeber, also den Eltern bezahlt werden. Es kommt dann allerdings ein Erstattungsanspruch in Betracht entsprechend den unter (2) genannten Grundsätzen. Ergänzend könnte man einen Erstattungsanspruch auf die öffentlich rechtliche GOA stützen. Wenn das Jugendamt die Voraussetzungen für die Hilfestellung nicht erfüllt, muss sich Bürger im Zweifelsfall um die Stellungnahme kümmern können und könnte sich die Kosten über § 683 BGB vom Jugendamt erstatten lassen. Im Übrigen handelt es sich um Kosten die der Betroffene dem Jugendhilfeträger erspart hat.

Die Gewichtung der fachlichen Stellungnahme obliegt dem Jugendamt. Klar ist aber auch, dass der Allgemeine Sozialpädagogische Dienst (ASD) seine Entscheidung nicht ohne eine fachliche Stellungnahme treffen kann. Die Entscheidung des Jugendamtes kann voll und ganz vom Verwaltungsgericht überprüft werden.



## **b. Feststellung der Teilhabebeeinträchtigung**

Die Teilhabebeeinträchtigung gem. § 35 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 wird auf Basis der vorgenannten ärztlichen Stellungnahme von der Mitarbeiterin oder dem Mitarbeiter des Jugendamtes ermittelt und festgestellt. Hierbei empfiehlt sich der Einsatz von standardisierten Verfahren zur Einschätzung der Teilhabebeeinträchtigung (Wiesner, § 35 a, Rz. 24). Es empfehlen sich hier auch Interviews und Gespräche in den wesentlichen Bereichen des Umfeldes (Familie, Schule, Freundeskreis). Als Analysebereich wurden bestimmt: Persönlichkeit, Familie, Kindertagesstätte, Schule, Arbeit, Freizeit und Sozialraum (Wiesner a.a.O.)

Im Gegensatz zur ärztlichen Stellungnahme wird die Teilhabebeeinträchtigung in der Regel von einem Sozialarbeiter vorgenommen. Wenn das Jugendamt nicht tätig wird oder eine vermeintlich falsche Einschätzung abgibt, kann diese Einschätzung durch eine entsprechend qualifizierte Fachkraft ersetzt werden. Es ist auch möglich, dass die unter § 35 a Abs. 1 a SGB VIII benannte Person eine zweigliedrige Stellungnahme abgibt und auch die Teilhabebeeinträchtigung feststellt.

Die Teilhabebeeinträchtigung unterliegt der vollen gerichtlichen Überprüfung (Hessischer VGH Beck RS2009, 39771; OVG Koblenz NJW 2007, 1993; Wiesner, § 35 a Rz. 25 a; OVG für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 19.11.2014 – 12 B 1198/14 – juris).

## **G. Literaturangaben und Abkürzungen**

### **Literaturangaben**

DIJUF Rechtsgutachten Zuständigkeiten bei Hilfen wegen atypischen Autismus zwischen sonderpädagogischer Förderung (Schulverwaltung), Eingliederungshilfen nach § 35 a SGB VIII (Träger der öffentlichen Jugendhilfe) oder Eingliederungshilfe nach § 39, 40 BSHG (Sozialhilfeträger), Jamt 2003, 355 ff

Hauck/Noftz, Sozialgesetzbuch – Kinder und Jugendhilfe – SGB VIII Kommentar, Loseblattsammlung Jürgens, Andreas und Gunther, Sonderschulzuweisung als verbotene Benachteiligung Behinderter, NJW 1997, 1052 f

Jung (Hrsg.) SGB VIII Kinder – und Jugendhilfe, Kommentar zum SGB VIII, Freiburg – Berlin 2008

Kreichelt, Dieter, Zur Praxis der Eingliederungshilfen nach § 35 a SGB VIII in Brandenburg, Teil 1 und 2; ZfJ 2002, 143 ff und 179 ff

Meysen, Thomas: Die Jugendhilfe als Ausfallbürge bei schwerer Legasthenie und/oder Dyskalkulie, in: Jamt 2003, 53 ff

Mrozyński, Peter, Die Aufgaben der Jugendhilfe bei der Sicherung des Schulerfolgs durch Hilfen zur Erziehung und Eingliederungshilfe, in: ZfJ 2000, 251 ff

Sidortschuk, Klaus, Zum Verhältnis zwischen Jugendhilfeträger und Schule bei vorliegender Teilleistungsstörung: Kostenerstattung für erbrachte Leistungen im Rahmen der Eingliederungshilfe nach Anspruchsüberleitung des Jugendhilfeträgers gegenüber der Schulverwaltung nach § 95 SGB VIII, JAmt 2005, 552

Stähler, Thomas/ Wimmer, Dirk, Die Neuordnung des Rehabilitations- und Schwerbehindertenrechts, in: NZS 2002, 570

Kunkel, Peter- Christian (Hrsg.) Sozialgesetzbuch VIII, 5 Aufl. 2014

Wiesner, Reinhard, Sozialgesetzbuch VIII, 3 Aufl. 2011

Dau/Düwell/Jousen, Sozialgesetzbuch IX, 4 Aufl. 2014

Fegert u.a.. JAmt 2008, 177

Münder/Meysen/Trenczek: Frankfurter Kommentar SGB VIII 7.Aufl. 2013

### **Abkürzungen**

FEVS – Fürsorgerechtliche Entscheidungen der Verwaltungs- und Sozialgerichte

Jamt – Das Jugendamt

mwN – mit weiteren Nachweisen

NJW – Neue Juristische Wochenschrift

RdJB – Recht der Jugend und des Bildungswesens

ZfJ – Zentralblatt für Jugendrecht

ZFSH/SGB Zeitschrift für Sozialrecht für Deutschland und Europa

## **H. Anhang: Auszug aus dem SGB VIII**

### **Sozialgesetzbuch VIII:**

#### **§ 10 Verhältnis zu anderen Leistungen und Verpflichtungen**

(1) Verpflichtungen anderer, insbesondere der Träger anderer Sozialleistungen und der Schulen, werden durch dieses Buch nicht berührt. Auf Rechtsvorschriften beruhende Leistungen anderer dürfen nicht deshalb versagt werden, weil nach diesem Buch entsprechende Leistungen vorgesehen sind.

(2) Unterhaltspflichtige Personen werden nach Maßgabe der §§ 90 bis 97b an den Kosten für Leistungen und vorläufige Maßnahmen nach diesem Buch beteiligt. Soweit die Zahlung des Kostenbeitrags die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen mindert oder der Bedarf des jungen Menschen durch Leistungen und vorläufige Maßnahmen nach diesem Buch gedeckt ist, ist dies bei der Berechnung des Unterhalts zu berücksichtigen.

(3) Die Leistungen nach diesem Buch gehen Leistungen nach dem Zweiten Buch vor. Abweichend von Satz 1 gehen Leistungen nach § 3 Absatz 2, den §§ 14 bis 16g, § 19 Absatz 2 in Verbindung mit § 28 Absatz 6 des Zweiten Buches sowie Leistungen nach § 6b Absatz 2 des Bundeskindergeldgesetzes in Verbindung mit § 28 Absatz 6 des Zweiten Buches den Leistungen nach diesem Buch vor.

(4) Die Leistungen nach diesem Buch gehen Leistungen nach dem Zwölften Buch vor. Abweichend von Satz 1 gehen Leistungen nach § 27a Absatz 1 in Verbindung mit § 34 Absatz 6 des Zwölften Buches und Leistungen der Eingliederungshilfe nach dem Zwölften Buch für junge Menschen, die körperlich oder geistig behindert oder von einer solchen Behinderung bedroht sind, den Leistungen nach diesem Buch vor. Landesrecht kann regeln, dass Leistungen der Frühförderung für Kinder unabhängig von der Art der Behinderung vorrangig von anderen Leistungsträgern gewährt werden.

#### **§ 27 Hilfe zur Erziehung**

(1) Ein Personensorgeberechtigter hat bei der Erziehung eines Kindes oder eines Jugendlichen Anspruch auf Hilfe (Hilfe zur Erziehung), wenn eine dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen entsprechende Erziehung nicht gewährleistet ist und die Hilfe für seine Entwicklung geeignet und notwendig ist.

(2) Hilfe zur Erziehung wird insbesondere nach Maßgabe der §§ 28 bis 35 gewährt. Art und Umfang der Hilfe richten sich nach dem erzieherischen Bedarf im Einzelfall; dabei soll das engere soziale Umfeld des Kindes oder des Jugendlichen einbezogen werden. Die Hilfe ist in der Regel im Inland zu erbringen; sie darf nur dann im Ausland erbracht werden, wenn dies nach Maßgabe der Hilfeplanung zur Erreichung des Hilfezieles im Einzelfall erforderlich ist.

(2a) Ist eine Erziehung des Kindes oder Jugendlichen außerhalb des Elternhauses erforderlich, so entfällt der Anspruch auf Hilfe zur Erziehung nicht dadurch, dass eine andere unterhaltspflichtige Person bereit ist, diese Aufgabe zu übernehmen; die Gewährung von Hilfe zur Erziehung setzt in diesem Fall voraus, dass diese Person bereit und geeignet ist, den Hilfebedarf in Zusammenarbeit mit dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe nach Maßgabe der §§ 36 und 37 zu decken.

(3) Hilfe zur Erziehung umfasst insbesondere die Gewährung pädagogischer und damit verbundener therapeutischer Leistungen. Sie soll bei Bedarf Ausbildungs- und Beschäftigungsmaßnahmen im Sinne des § 13 Absatz 2 einschließen.

(4) Wird ein Kind oder eine Jugendliche während ihres Aufenthalts in einer Einrichtung oder einer Pflegefamilie selbst Mutter eines Kindes, so umfasst die Hilfe zur Erziehung auch die Unterstützung bei der Pflege und Erziehung dieses Kindes.

### § 35 Intensive sozialpädagogische Einzelbetreuung

Intensive sozialpädagogische Einzelbetreuung soll Jugendlichen gewährt werden, die einer intensiven Unterstützung zur sozialen Integration und zu einer eigenverantwortlichen Lebensführung bedürfen. Die Hilfe ist in der Regel auf längere Zeit angelegt und soll den individuellen Bedürfnissen des Jugendlichen Rechnung tragen

### § 35a Eingliederungshilfe für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche

1) Kinder oder Jugendliche haben Anspruch auf Eingliederungshilfe, wenn

1.

ihre seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für ihr Lebensalter typischen Zustand abweicht, und

2.

daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist oder eine solche Beeinträchtigung zu erwarten ist.

Von einer seelischen Behinderung bedroht im Sinne dieses Buches sind Kinder oder Jugendliche, bei denen eine Beeinträchtigung ihrer Teilhabe am Leben in der Gesellschaft nach fachlicher Erkenntnis mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. § 27 Absatz 4 gilt entsprechend.

(1a) Hinsichtlich der Abweichung der seelischen Gesundheit nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 hat der Träger der öffentlichen Jugendhilfe die Stellungnahme

eines Arztes für Kinder- und Jugendpsychiatrie und -psychotherapie,

eines Kinder- und Jugendpsychotherapeuten oder

eines Arztes oder eines psychologischen Psychotherapeuten, der über besondere Erfahrungen auf dem Gebiet seelischer Störungen bei Kindern und Jugendlichen verfügt,

einzuholen. Die Stellungnahme ist auf der Grundlage der Internationalen Klassifikation der Krankheiten in der vom Deutschen Institut für medizinische Dokumentation und Information herausgegebenen deutschen Fassung zu erstellen. Dabei ist auch darzulegen, ob die Abweichung Krankheitswert hat oder auf einer Krankheit beruht. Die Hilfe soll nicht von der Person oder dem Dienst oder der Einrichtung, der die Person angehört, die die Stellungnahme abgibt, erbracht werden.

(2) Die Hilfe wird nach dem Bedarf im Einzelfall

1. in ambulanter Form,

2. in Tageseinrichtungen für Kinder oder in anderen teilstationären Einrichtungen,

3. durch geeignete Pflegepersonen und

4. in Einrichtungen über Tag und Nacht sowie sonstigen Wohnformen geleistet.

(3) Aufgabe und Ziel der Hilfe, die Bestimmung des Personenkreises sowie die Art der Leistungen richten sich nach § 53 Absatz 3 und 4 Satz 1, den §§ 54, 56 und 57 des Zwölften Buches, soweit diese Bestimmungen auch auf seelisch behinderte oder von einer solchen Behinderung bedrohte Personen Anwendung finden.

(4) Ist gleichzeitig Hilfe zur Erziehung zu leisten, so sollen Einrichtungen, Dienste und Personen in Anspruch genommen werden, die geeignet sind, sowohl die Aufgaben der Eingliederungshilfe zu erfüllen als auch den erzieherischen Bedarf zu decken. Sind heilpädagogische Maßnahmen für Kinder, die noch nicht im schulpflichtigen Alter sind, in Tageseinrichtungen für Kinder zu gewähren und lässt der Hilfebedarf es zu, so sollen Einrichtungen in Anspruch genommen werden, in denen behinderte und nicht behinderte Kinder gemeinsam betreut werden.

### Quellen:

Sozialgesetzbuch VIII:

<http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Abteilung5/Pdf-Anlagen/sgb-vlll.property=pdf,bereich=rwb=true.pdf>

### Weitere zitierte Gesetze und Verordnungen:

Grundgesetz: <http://dejure.org/gesetze/GG>

Sozialgesetzbuch I: [http://www.sozialgesetzbuch-bundessozialhilfegesetz.de/\\_buch/sgb1fr.htm](http://www.sozialgesetzbuch-bundessozialhilfegesetz.de/_buch/sgb1fr.htm)

Sozialgesetzbuch IX: [http://www.gesetze-im-internet.de/sgb\\_9/](http://www.gesetze-im-internet.de/sgb_9/)

Sozialgesetzbuch XII: [http://www.gesetze-im-internet.de/sgb\\_12/](http://www.gesetze-im-internet.de/sgb_12/)

Verfassung Berlin: <http://www.berlin.de/rbmskzl/verfassung/index.html>

Grundschulverordnung – GsVO:

<http://www.senbjs.berlin.de/schule/rechtsvorschriften/grundschulvo.pdf>

Sonderpädagogikverordnung – SopädVO:

<http://www.senbjs.berlin.de/schule/rechtsvorschriften/sopaedvo.pdf>

Eingliederungshilfe-Verordnung: [http://www.sadaba.de/GSBT\\_EinglHVO.html](http://www.sadaba.de/GSBT_EinglHVO.html)

Sekundarstufe I - Verordnung - Sek I-VO:

<http://www.senbjs.berlin.de/schule/rechtsvorschriften/sek1vo.pdf>