

# **BGer 8C\_393/2021 vom 13. Oktober 2021**

Bundesgericht, 2021-10-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_8C\\_393\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_393_2021)

FR: TF 8C\_393/2021 du 13 octobre 2021

IT: TF 8C\_393/2021 del 13 ottobre 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesgericht prüft die Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen und mit freier Kognition ( Art. 29 Abs. 1 BGG ; BGE 139 V 42 E. 1). Da die Beschwerde an das Bundesgericht ein reformatorisches Rechtsmittel ist ( Art. 107 Abs. 2 BGG ), darf sie sich grundsätzlich nicht auf einen rein kassatorischen Antrag beschränken. Anders verhält es sich, wenn das Bundesgericht im Falle einer Guttheissung in der Sache ohnehin nicht selbst entscheiden könnte, insbesondere weil die erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz fehlen ( BGE 136 V 131 E. 1.2; 134 III 379 E. 1.3; 133 III 489 E. 3.1). Aus der Beschwerdebegründung, die zur Interpretation des Rechtsbegehrens beigezogen werden kann ( BGE 137 II 313 E. 1.3), geht hervor, dass die Beschwerdeführerin in erster Linie der Meinung ist, auf den Abklärungsbericht vom 23. Juli 2020 sei abzustellen. Daraus folgt, dass sie sinngemäss die Bestätigung ihrer Verfügung vom 15. Dezember 2020 verlangt. Auf die so verstandene Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 2.1**

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann eine Rechtsverletzung nach Art. 95 f. BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Dennoch prüft es - offensichtliche Fehler vorbehalten - nur die in seinem Verfahren gerügten Rechtsmängel (Art. 42 Abs. 1 f. BGG; BGE 135 II 384 E. 2.2.1). Es legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es kann ihre Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Verfahrensausgang entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG ).

### **E. 2.2**

Eine Sachverhaltsfeststellung ist nicht schon dann offensichtlich unrichtig, wenn sich Zweifel anmelden, sondern erst, wenn sie eindeutig und augenfällig unzutreffend ist. Es liegt noch keine offensichtliche Unrichtigkeit vor, nur weil eine andere Lösung ebenfalls in Betracht fällt, selbst wenn diese als die plausiblere erscheint. Diese Grundsätze gelten auch in Bezug auf die konkrete Beweiswürdigung; in diese greift das Bundesgericht auf Beschwerde hin nur bei Willkür ein, insbesondere wenn die Vorinstanz offensichtlich unhaltbare Schlüsse zieht, erhebliche Beweise übersieht oder solche grundlos ausser Acht lässt. Solche Mängel sind in der Beschwerde aufgrund des strengen Rügeprinzips ( Art. 106 Abs. 2 BGG ) klar und detailliert aufzuzeigen (vgl. zum Ganzen BGE 144 V 50 E. 4.2).

### **E. 2.3**

Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen vor Bundesgericht nur soweit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ), was in der Beschwerde näher darzulegen ist ( BGE 133 III 393 E. 3; Urteil 9C\_221/2016 vom 21. Juni 2016 E. 1.1). Echte Noven, d.h. Tatsachen und Beweismittel, die erst nach dem vorinstanzlichen Entscheid entstanden sind, sind vor Bundesgericht unzulässig ( BGE 143 V 19 E. 1.2 mit Hinweisen; Urteil 9C\_274/2020 vom 5. November 2020 E. 2.2).

Der von der Beschwerdeführerin eingereichte Bericht der Abklärerin vom 6. Mai 2021 ist ein echtes Novum und somit nicht zu berücksichtigen.

### **E. 3.1**

Streitig ist, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzt, indem sie einen Anspruch auf eine Hilflosenentschädigung mittleren Grades ab Juli 2020 sowie auf einen Intensivpflegezuschlag von sechs Stunden ab dem 19. Dezember 2019 bejahte. Im Zentrum steht dabei die Frage, ob der Beschwerdegegner der dauernden persönlichen Überwachung (vgl. Art. 37 Abs. 2 lit. b und Art. 39 Abs. 3 IVV [SR 831.201]) bedarf.

#### **E. 3.2.1**

Im vorinstanzlichen Urteil werden die Bestimmungen und Grundsätze über den Anspruch Minderjähriger auf Hilflosenentschädigung ( Art. 9 ATSG , Art. 42 IVG , Art. 37 IVV ), die Bestimmung der drei Hilflosigkeitsgrade im Allgemeinen ( Art. 37 IVV ) sowie die Voraussetzungen für die Ausrichtung eines Intensivpflegezuschlages für Minderjährige ( Art. 42

ter Abs. 3 Satz 1 IVG , Art. 39 IVV ) zutreffend dargelegt. Ebenfalls richtig wiedergegeben hat die Vorinstanz die Rechtsprechung zum Beweiswert eines Berichts zur Abklärung der Hilflosigkeit und des Anspruchs auf einen Intensivpflegezuschlag ( BGE 133 V 450 E. 11.1.1; vgl. auch Urteil 8C\_573/2018 vom 8. Januar 2019 E. 3.2 mit Hinweisen). Darauf wird verwiesen.

#### **E. 3.2.2**

Mit Blick auf den Streitgegenstand ist Folgendes hervorzuheben:

##### **E. 3.2.2.1**

Die dauernde persönliche Überwachung (vgl. Art. 37 Abs. 1, Abs. 2 lit. b und Abs. 3 lit. b IVV), welche auch beim Intensivpflegezuschlag relevant ist ( Art. 39 Abs. 3 IVV ; vgl. Urteil 8C\_741/2017 vom 17. Juli 2018 E. 3.3.1), ist ein eigenständiges Bemessungskriterium, das sich nicht auf die alltäglichen Lebensverrichtungen bezieht. Sie umfasst vielmehr Hilfeleistungen, die nicht bereits als direkte oder indirekte Hilfe in einer Lebensverrichtung berücksichtigt werden (Urteil 8C\_533/2019 vom 11. Dezember 2019 E. 3.2.5 mit Hinweisen).

##### **E. 3.2.2.2**

Eine dauernde persönliche Überwachungsbedürftigkeit darf angenommen werden, wenn die versicherte Person infolge ihres physischen und/oder psychischen Gesundheitszustands ohne Überwachung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit sich selbst oder andere Personen gefährden würde (Urteil 8C\_533/2019 vom 11. Dezember 2019 E. 3.2.5; Ziff. 8035 Kreisschreiben des BSV über Invalidität und Hilflosigkeit in der Invalidenversicherung [KSIH]). Die Überwachung ist z.B. erforderlich, wenn eine versicherte Person wegen geistiger Absenzen nicht während des ganzen Tages allein gelassen werden kann oder wenn

eine Drittperson mit kleineren Unterbrüchen bei der versicherten Person anwesend sein muss, da sie nicht allein gelassen werden kann ( BGE 107 V 136 E. 1b; 106 V 153 E. 2a; Urteil 9C\_831/2017 vom 3. April 2018 E. 3.1 mit Hinweisen). Um als anspruchrelevant zu gelten, muss die persönliche Überwachung ein gewisses Mass an Intensität aufweisen. "Dauernd" heisst nicht rund um die Uhr, sondern ist als Gegensatz zu "vorübergehend" zu verstehen. Dies kann nach der Rechtsprechung erfüllt sein, wenn bei einer versicherten Person z.B. Anfälle zuweilen nur alle zwei bis drei Tage auftreten, diese aber unvermittelt und oft auch täglich oder täglich mehrmals erfolgen, sodass tägliche Überwachung vonnöten ist. Das Erfordernis der Dauer bedingt auch nicht, dass die betreuende Person ausschliesslich an die überwachte Person gebunden ist. Ob Hilfe und persönliche Überwachung notwendig sind, ist objektiv nach dem Zustand der versicherten Person zu beurteilen (Urteil 8C\_573/2018 vom 8. Januar 2019 E. 3.1.3 mit Hinweisen).

### **E. 3.2.2.3**

Bei behinderten Minderjährigen ist nur der Mehrbedarf an Hilfeleistung und persönlicher Überwachung im Vergleich zu nicht behinderten Minderjährigen gleichen Alters zu berücksichtigen ( Art. 37 Abs. 4 IVV ). Diese Sonderregelung trägt dem Umstand Rechnung, dass bei Kleinkindern eine gewisse Hilfs- und Überwachungsbedürftigkeit auch bei voller Gesundheit besteht. Für die Bestimmung der Hilflosigkeit Minderjähriger dienen die im Anhang III KSIH enthaltenen Richtlinien zur Bemessung der massgebenden Hilflosigkeit bei Minderjährigen ( BGE 137 V 424 E. 3.3.3.2; Urteil 9C\_75/2020 vom 9. Februar 2021 E. 4.2 und vgl. auch E. 6.4.3; zur Tragweite von Weisungen der Aufsichtsbehörde BGE 136 V 16 E. 5.1.2 in fine und 133 V 257 E. 3.2). Danach ist die persönliche Überwachung vor dem 6. Altersjahr in der Regel nicht in Betracht zu ziehen; die Überwachung kann jedoch bei Kindern mit frühkindlichem Autismus sowie Kindern mit medikamentös nicht einstellbarer Epilepsie je nach Schweregrad und Situation schon ab vier Jahren anerkannt werden und bei Erstickungsgefahr nach häufigem Erbrechen ist die Überwachung ab Beginn zu berücksichtigen. Bei Atemproblemen ist die Überwachung nicht zwingend, sondern abhängig vom Schweregrad und Anwendbarkeit nicht personeller Massnahmen (Monitoring, usw) zu beurteilen.

### **E. 3.3**

Rechtsfrage ist die richtige Auslegung und Anwendung des Rechtsbegriffs der "dauernden persönlichen Überwachung", das heisst, welche Tatbestandselemente erfüllt sein müssen, damit eine Überwachungsbedürftigkeit zu bejahen ist (Urteil 9C\_825/2014 vom 23. Juni 2015 E. 4.1.2). Ebenso beschlagen die Beachtung des Untersuchungsgrundsatzes und der Beweiswürdigungsregeln sowie der Anforderungen an den Beweiswert von Abklärungsberichten an "Ort und Stelle" vom Bundesgericht frei überprüfbare Rechtsfragen ( Art. 95 lit. a BGG ; Urteil 8C\_573/2018 vom 8. Januar 2019 E. 3.3). Die auf medizinische Abklärungen und auf einen Abklärungsbericht vor Ort gestützten gerichtlichen Feststellungen über Einschränkungen der versicherten Person betreffen demgegenüber Sachverhaltsfragen. Tatsächlicher Natur ist auch die konkrete Beweiswürdigung (Urteil 8C\_573/2018 vom 8. Januar 2019 E. 3.3 mit Hinweisen).

### **E. 4.1**

Die Vorinstanz stellte hinsichtlich des Pflegebedarfs des Beschwerdegegners und der Hilfe in den alltäglichen Lebensverrichtungen auf die Erkenntnisse der Abklärung vor Ort vom 8. Juli 2020 ab. Demgegenüber anerkannte sie dem Abklärungsbericht in Bezug auf die

Notwendigkeit einer dauernden persönlichen Überwachung keinen Beweiswert zu, weil er den Eindruck erwecke, dass darin relativ pauschal die im KSIH genannte Altersgrenze herangezogen worden sei. Das kantonale Gericht stellte alsdann insbesondere unter Berücksichtigung des Berichts des behandelnden Kindersarztes Dr. med. C. \_\_\_\_\_ vom 2. September 2020 bei einer latenten Erstickungsgefahr sowie epileptischen Anfällen fest, der Beschwerdegegner müsse seit dem Spitalaustritt am 19. Dezember 2019 dauernd persönlich überwacht werden.

#### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin bringt dagegen im Wesentlichen vor, im angefochtenen Urteil werde bestätigt, der Abklärungsbericht sei plausibel begründet sowie detailliert, gebe bezüglich der einzelnen alltäglichen Lebensverrichtungen, der tatbestandsmässigen Erfordernisse der dauernden Überwachung sowie der Pflege Aufschluss und stehe in Übereinstimmung mit den vor Ort erhobenen Angaben. Diesem Bericht sei daher voller Beweiswert zuzuerkennen. Deshalb dürfe davon nicht abgewichen werden. Das vorinstanzliche Urteil sei auch widersprüchlich, soweit eine latente Erstickungsgefahr festgehalten werde und scheine der Art der Betreuung (palliativ) nicht Rechnung zu tragen. Es sei nicht auf den Bericht des Kinderarztes abzustellen, der über eine erhöhte persönliche Überwachung gegenüber einem gleichaltrigen Kind berichtet habe. Die Anrechnung einer Überwachung sei nicht rechtmässig. Eventualiter macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die medizinischen Massnahmen für das Absaugen des Sekrets, die diagnostischen Massnahmen und Kontrollen zu kürzen seien, ansonsten die überwachenden Interventionen doppelt angerechnet werden.

#### **E. 4.3**

Der Beschwerdegegner lässt insbesondere ausführen, das kantonale Gericht habe betreffend die persönliche Überwachung zu Recht festgehalten, dass der Abklärungsbericht Fehleinschätzungen enthalte und deshalb korrigierend in das Ermessen der die Abklärung tätigen Person eingegriffen. Die Abklärungsperson sei nicht auf den Einzelfall eingegangen. Zu einer palliativen Behandlung gehöre auch die notwendige persönliche Überwachung zur Linderung des Leidens und Abwendung eines qualvollen Erstickungstodes.

#### **E. 5.1**

Im Abklärungsbericht vom 23. Juli 2020 wird über schwere, kachelnde Atemgeräusche bei teilweise fehlendem Schluck- und Würgereflex des Beschwerdegegners berichtet. Bei ihm müsse - bei der gleichen Behandlungsintensität am Tag und in der Nacht - im Durchschnitt zweimal pro Stunde für zwei Minuten Sekret oral abgesaugt werden. Betreffend das Monitoring in der Nacht und die Sauerstofftherapie bei Bedarf stellte die Abklärungsperson fest, im Durchschnitt sei aufgrund eines Sauerstoffsättigungsabfalls unter 85 % zweimal in der Woche Sauerstoff via Maske sowie Kontrollen von zweimal zehn Minuten pro Woche nötig. Dies berücksichtigte die Abklärerin im Rahmen des täglichen Mehraufwandes bei der Behandlungspflege (96 Minuten für das Absaugen des Sekrets, acht Minuten für das An-/Abhängen des Monitors in der Nacht, drei Minuten für das Anlegen und Kontrollieren der Sauerstoffmaske). Eine Überwachung im Sinne des Gesetzes sei nicht nötig. Aufgrund des Alters des Kindes sei dieses noch nicht fähig, Aspekte der Selbst- und Fremdgefährdung einzuschätzen und aus eigenem Antrieb abzuwenden. Jedes Kind sei in einem gewissen Mass der Selbst-/Fremdgefährdung ausgesetzt; der Bereich sei in der Regel

ab sechs Jahren anzurechnen. In der ergänzenden Stellungnahme vom 1. Dezember 2020 führte die Abklärungsperson aus, dass das KSIH festlege, eine Überwachung sei erst ab sechs Jahren, in Sonderfällen ab vier Jahren anzunehmen.

## **E. 5.2**

Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass die Abklärerin die Notwendigkeit einer dauernden persönlichen Überwachung beim im ersten Lebensjahr stehenden Beschwerdegegner wegen seines Alters ausschloss, ohne die weiteren Umstände zu würdigen. Diese pauschale Begründung ist im vorliegenden Fall nicht hinreichend, nachdem sich aus dem Abklärungsbericht (und auch den Berichten des Spital s D. \_\_\_\_\_ vom 20. Dezember 2019 und 13. März 2020 sowie des Spital s E. \_\_\_\_\_ vom 11. Juni 2020) ergibt, dass der Beschwerdegegner unter Atemproblemen leidet, die Sauerstoffsättigung kontrolliert und durchschnittlich zweimal wöchentlich Sauerstoff via Maske verabreicht werden muss. Dem Abklärungsbericht kann des halb bezüglich der Notwendigkeit einer dauernden persönlichen Überwachung entgegen der Beschwerdeführerin kein Beweiswert zuerkannt werden. Die Vorinstanz prüfte daher zu Recht weiter, ob hier aufgrund der konkreten Umstände eine dauernde persönliche Überwachung des Beschwerdegegners notwendig ist.

### **E. 5.3.1**

Das kantonale Gericht stellte hierzu fest, aus den Unterlagen ergäbe sich, dass beim Beschwerdegegner jederzeit ein medizinischer Notfall eintreten könne, welcher ein sofortiges Handeln zur Sicherung seines Überlebens erfordere. Die bei ihm auftretenden epileptischen Anfälle könnten beispielsweise das Verabreichen eines Notfallmedikaments notwendig machen. Zudem bestehe aufgrund des fehlenden Schluck- und Würgereflexes eine latente Aspirationsgefahr, welche ein ständiges Überwachen der Atmung wie auch ein stetiges Überwachen der Sekretbildung im Mund und Rachen am Tag und in der Nacht bedinge. Die Mutter müsse auch nachts regelmässig aufstehen, um die Sauerstoffsättigung zu prüfen und das angesammelte Sekret abzusaugen mit dem Ziel, ein Erstickten zu verhindern. Die Mutter des Beschwerdegegners habe jederzeit in der Lage zu sein, sofort mittels Medikamenten, sofortigem Sekretabsaugen oder notfallmässigen Arzt-/Spitalkonsultationen eine lebensbedrohliche Situation zu bewältigen. Die Mutter könne sich nachts kaum ausruhen und tags könne sie sich kaum anderen Alltagsaktivitäten widmen. Damit übersteige die zur Sicherstellung des Überlebens des Beschwerdegegners erforderliche Interventionsbereitschaft der Mutter die für ein gesundes Kind im gleichen Alter des Beschwerdegegners benötigte Betreuung deutlich.

### **E. 5.3.2**

Die Beschwerdeführerin stellt in Frage, dass beim Beschwerdegegner eine latente Erstickungsgefahr vorliegt. Diese Sachverhaltsrüge wird in der Beschwerde jedoch nicht ausreichend substantiiert, sodass nicht ersichtlich ist, inwiefern die vorinstanzliche Tatsachenfeststellung offensichtlich unrichtig sein soll. Vielmehr leuchtet bei (teilweise) fehlendem Schluck- und Würgereflex ein, dass eine unmittelbare Gefahr besteht, dass Sekret über den Mund in die Luftröhre und den unteren Atemtrakt gelangt. Ebenso ist eine vom kantonalen Gericht festgestellte ständige Interventionsbereitschaft durch die Mutter nicht unhaltbar, denn gemäss Dr. med. C. \_\_\_\_\_ könne ein Sättigungsmonitor die Anwesenheit einer Person nicht zuverlässig ersetzen, weil oft auch bei noch normaler Sauerstoffsättigung Sekret abgesaugt werden müsse, um eine Aspiration zu verhindern. Damit übereinstimmend gab die Mutter bei der Abklärung vor Ort an, sie merke an der

zunehmenden Unruhe und dem Wimmern des Beschwerdegegners, dass es Zeit sei, den Speichel abzusaugen. Trotzdem muss die Mutter ausweislich der Akten wegen Sauerstoffsättigungsabfällen unter 85 % immer wieder mit Sauerstoffgabe intervenieren: Gemäss Abklärungsbericht sei dies durchschnittlich zweimal in der Woche nötig. Die Kinderkrankenschwester der Spitex führte aus, die Situation sei derart instabil, da man nie wisse, was komme und welche Einsätze plötzlich nötig werden. Auch die Berichte über die Hospitalisationen belegen dies mit der festgehaltenen wiederholten akuten respiratorischen Global-/Paritalinsuffizienz beim Beschwerdegegner.

Aus dem vorinstanzlichen Urteil und den Akten ergibt sich somit, dass die Mutter den Gesundheitszustand des Beschwerdegegners auch wegen der immer wieder und häufig in Erscheinung tretenden Infekte stetig zu evaluieren, die Häufigkeit des Sekretabsaugens dem aktuellen Gesundheitszustand anzupassen und wenn nötig weitere Massnahmen zu ergreifen hat, um eine hinreichende Sauerstoffsättigung beim Beschwerdegegner zu gewährleisten. Diese dauernde persönliche Überwachung mit den entsprechenden Interventionen ist weder mit der allgemeinen Aufsicht noch mit der allgemeinen Erstickungsgefahr bei Säuglingen und Kleinkindern wegen Erbrechens vergleichbar. Auch wenn gesunde Kinder im Alter des Beschwerdegegners ständig einer gewissen Überwachung bedürfen - im Urteil 9C\_431/2008 vom 26. Februar 2009 E. 4.4.3 erwog das Bundesgericht, auch zu gesunden Kleinkindern bis 21 Monate müsse praktisch ein ständiger Hörkontakt bestehen -, ist beim Beschwerdegegner eine Überwachung und Interventionsbereitschaft erforderlich, die den Bedarf eines gesunden Kleinkindes deutlich übersteigt. Daran ändert der Hinweis der Beschwerdeführerin nichts, dass die Leiden des Beschwerdegegners lediglich noch palliativ behandelt werden können, sagt dies doch nichts über das notwendige Ausmass der Behandlung und Betreuung aus (vgl. Urteil 9C\_802/2018 vom 25. Januar 2019 E. 5.2). Die Notwendigkeit einer dauernden persönlichen Überwachung ist somit gemäss dem Dargelegten ausgewiesen.

#### **E. 5.4**

Der Beschwerdeführerin kann zudem nicht gefolgt werden, soweit sie wegen der Anrechnung einer dauernden persönlichen Überwachung eine Kürzung des Pflegebedarfs verlangt. Denn hier ist die Behandlungspflege, die sich insbesondere aus dem oralen Absaugen von Sekret, der Kontrollen mittels Monitor in der Nacht und der Sauerstofftherapie zusammensetzt, nicht hinreichend. Vielmehr muss der Beschwerdegegner - wie aufgezeigt (E. 5.3) - wegen seines instabilen Gesundheitszustandes mit Sauerstoffsättigungsabfällen zusätzlich dauernd persönlich überwacht werden, damit die Behandlungspflege und dabei insbesondere das Sekretabsaugen und die Sauerstofftherapie zeitgerecht erfolgen können. Die gleichen Aspekte werden nicht doppelt berücksichtigt. Die Beschwerde ist auch in dieser Hinsicht unbegründet.

#### **E. 6**

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Der obsiegende Beschwerdegegner hat Anspruch auf eine Parteientschädigung ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.