

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT IV.2004.00428 vom 24. Mai 2005

ZH Sozialversicherungsgericht, 2005-05-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_IV.2004.00428](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_IV.2004.00428)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT IV.2004.00428 du 24 mai 2005

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT IV.2004.00428 del 24 maggio 2005

## Erwägungen

### E. 3

3.1. Streitig und zu präzisieren ist, ob nach den Botox-Behandlungen im September 2002 und Februar 2003 ein tageslicher Anspruch auf 45 Minuten Kinderspitex während fünf Wochen besteht.

3.2. Die Beschwerdegegnerin ging gestützt auf die Stellungnahme des Abklärungsdienstes vom 1. April 2004 (vgl. Urk. 7/3) davon aus, dass Kinderspitex lediglich drei Tage die Woche erforderlich gewesen sei (Urk. 2, 10).

### E. 3.3

Demgegenüber machte der Beschwerdeführer geltend, die zusätzlichen Pflegeleistungen (namentlich Verabreichen von Medikamenten und Anziehen der Quengelschiene) seien nach der Botox-Behandlung jeweils tageslich erbracht worden. An Werktagen sei diese Behandlung durch die Kinderspitex ausgeführt worden. Am Wochenende habe die erfahrene Pflegemutter die Behandlung übernommen. Der zusätzliche Pflegeaufwand und die Erforderlichkeit der Kinderspitexleistungen seien unbestritten (Urk. 1 S. 3 Ziff. 4 und Ziff. 5).

### E. 4

4.1. Dr. med. A. \_\_\_\_, Facharzt für Neurologie, und Dr. med. B. \_\_\_\_, Oberarzt, Schweizerisches Epilepsie-Zentrum, wo der Beschwerdeführer seit 16. Dezember 1999 in Behandlung steht, berichteten am 17. Juli 2003, der Beschwerdeführer sei als Adoptivkind ab der 10. Lebenswoche bei einer Pflegemutter aufgewachsen. Schon früh sei der Pflegemutter aufgefallen, dass der Beschwerdeführer entweder schlafe oder brülle, und dass er nicht fixieren könne. Später habe der Beschwerdeführer den Kopf nicht halten können beziehungsweise habe einen starken Opisthotonus und Sichelzähne gezeigt. Mit vier Monaten sei die Diagnose einer Cerebralparase gestellt worden. Der Beschwerdeführer habe daraufhin eine regelmässige Therapie erhalten. 1998 seien der Pflegemutter erstmals Absenzen aufgefallen, während derer er auf Ansprache nicht reagiert habe. Da in der Schule diese Beobachtung nicht geteilt worden sei, seien zunächst keine weiteren Abklärungen erfolgt. Im Sommer 1999 seien der Pflegemutter zirka zwei Mal pro Monat auftretende, drei bis vier Minuten lang anhaltende Zustände der Areagibilität aufgefallen, wobei der Beschwerdeführer die Augen zusammengekniffen und einen starken Speichelfluss gezeigt habe. Im Anschluss habe eine Müdigkeit und ein Schlafbedürfnis bestanden. Am 16. Dezember 1999 sei die Diagnose einer symptomatischen Epilepsie mit komplex-fokalen Anfällen bei einer perinatalen Hirnschädigung gestellt worden.

Dr. A. \_\_\_ und Dr. B. \_\_\_ legten dar, dass sich der Beschwerdeführer aufgrund einer zunehmenden beinbetonten spastischen Tetraparese in Behandlung bei Dr. med. C. \_\_\_, Orthopädische Chirurgie FMH, befinde. Im März 2000 sei eine Therapie mit Sirdalud begonnen worden. Später sei ein Wechsel auf Mydocalm erfolgt und auch eine diskrete Besserung der Beschwerden. Im September 2002 und Februar 2003 habe Dr. C. \_\_\_ eine Therapie mit Botulinumtoxin-Injektionen durchgeführt. Jeweils für fünf bis sechs Wochen nach der Injektion bedürfte der Beschwerdeführer einer Hauskrankenpflege durch eine diplomierte Kinderkrankenschwester. Aufgrund der noch zwei bis drei Mal pro Woche auftretenden komplex-fokalen Anfällen seien die medizinischen Massnahmen wie Quengelschiene anlegen, Stehbrett und Hilfe bei der Nahrungsaufnahme durch eine Kinderkrankenschwester durchzuführen (Urk. 7/63/2 S. 1 Ziff. 3 und S. 2).

In ihrem Bericht zuhanden des behandelnden Arztes Dr. med. D. \_\_\_, der auch am 17. Juli 2003 verfasst wurde, legten Dr. B. \_\_\_ und Dr. A. \_\_\_ ebenfalls dar, dass im September 2002 und Februar 2003 der Beschwerdeführer aufgrund der spastischen Tetraparese eine Therapie mit Botulinumtoxin bei Dr. C. \_\_\_ erhalten habe. Im Anschluss sei jeweils Hauskrankenpflege für fünf bis sechs Wochen erforderlich gewesen. Insbesondere zum Anlegen einer Quengelschiene sowie bei der Nahrungsaufnahme sei eine zusätzliche Unterstützung notwendig gewesen (Urk. 7/63/3).

4.2 In ihrem Bericht vom 12. November 2003 zuhanden des Beschwerdeführers bestätigte Dr. C. \_\_\_, dass im Anschluss an die Botulinum-Behandlung tÄglich ein erheblicher Mehraufwand in der Betreuung erforderlich sei. Dr. C. \_\_\_ legte dar, dass die Betreuung des Beschwerdeführers aufgrund der schweren Behinderung und der aktuellen Körpergrösse erheblich sei. Sie erfordere grossen körperlichen Einsatz. Im Anschluss an die Botox-Behandlung müsse der Beschwerdeführer, um das erreichte Ergebnis gewährleisten zu können, regelmÄssig mit den Quengelschienen versorgt werden. Diese KÄnne von geschultem Pflegepersonal, eine Physiotherapeutin sei nicht unbedingt erforderlich, angelegt werden. Hierbei hÄtten sich die Betreuerinnen des Kinder-Spitexdienstes als sehr kompetent erwiesen (Urk. 7/10).

Am 22. Dezember 2003 erklÄrte Dr. C. \_\_\_, dass eine Wiederholung der Botoxbehandlung vorderhand nicht vorgesehen sei (Urk. 7/62/2 S. 2).

4.3 Im AbklÄrungsbericht für Hauspflege und Hilfenentschädigung, Kinderspitex vom 25. Juli 2003 geht hervor, dass die Pflegemutter des Beschwerdeführers einen Antrag auf Kinderspitex gestellt habe, um nach der Botullin-Toxin-Behandlung während 6 Wochen durch intensive Physiotherapie (durchgeführt durch die Kinderspitex) ein optimales Strecken der Beine zu ermöglichen.

Die AbklÄrungsperson kam nach KlÄrung der Hilflosigkeit und unter Hinweis auf den Bericht von Dr. E. \_\_\_ vom 25. Juli 2003 (vgl. Urk. 7/27) zum Schluss, dass der Antrag auf Kinderspitex im Umfang von drei Mal 45 Minuten pro Woche und nur nach der Bortullin-Toxin-Behandlung gutgeheissen werden KÄnne (Urk. 7/86).

4.4 In WÄrdigung der medizinischen Berichte steht fest, dass im Anschluss an die bei Dr. C. \_\_\_ durchgeführte Therapie mit Botulinumtoxin jeweils eine Hauskrankenpflege für mindestens fünf Wochen erforderlich war. Zu diesem Schluss

kamen sowohl die Ärzte des schweizerischen Epilepsie-Zentrums in ihren beiden Berichten vom 17. Juli 2003 (Urk. 7/63/2-3) als auch Dr. C. \_\_\_ am 12. November 2003 (Urk. 7/10); dies wurde von der Beschwerdegegnerin auch nicht bestritten. Fest steht sodann, dass der Mehraufwand im Anschluss an die Therapie mit Botulinumtoxin insbesondere im Anlegen der Quengelschiene bestand, führten die Ärzte des schweizerischen Epilepsie-Zentrums doch aus, zum Anlegen einer Quengelschiene sowie bei der Nahrungsaufnahme sei eine zusätzliche Unterstützung notwendig gewesen, und Dr. C. \_\_\_ erklärte, um das erreichte Ergebnis nach der Therapie gewährleisten zu können, habe der Beschwerdeführer regelmässig mit Quengelschienen versorgt werden müssen (Urk. 7/63/2-3, Urk. 7/10). Dr. C. \_\_\_ erklärte am 12. November 2003 überdies, dass dieser Mehraufwand möglich zu erbringen sei (Urk. 7/10). Ihre Begründung, wonach ein möglicher Mehraufwand notwendig sei, um das erreichte Ergebnis gewährleisten zu können, lassen diese Schlussfolgerung als nachvollziehbar erscheinen. Einigkeit besteht schliesslich darin, dass das regelmässige Versorgen mit den Quengelschienen von geschultem Pflegepersonal, jedoch nicht unbedingt durch eine Physiotherapeutin, erfolgen sollte (Urk. 7/63/2, Urk. 7/10). Somit ist der zusätzliche Pflegeaufwand und die Erforderlichkeit der Kinderspitexleistungen im Anschluss an eine Therapie mit Botulinumtoxin an sieben Tagen pro Woche medizinisch angezeigt und auch nicht bestritten. Nicht nachvollziehbar ist daher, weshalb die Beschwerdegegnerin Kinderspitex nur drei Tage die Woche bewilligte. Diesbezüglich fehlt eine hinreichende Begründung. Auch in der Stellungnahme der Abklärungsperson vom 1. April 2004 (Urk. 7/3) findet sich keine Begründung.

## E. 5

5.1 Gemäss Art. 4 IVV können nur die effektiv entstandenen Kosten vergütet werden, was sich aus dem Wortlaut von Art. 14 Abs. 3 IVG (zusätzliche Kosten) und von Art. 4 Abs. 1 IVV (Kosten für zusätzlich benötigte Hilfskräfte) ergibt. Daraus folgt, dass die diesbezüglichen Kosten, im Rahmen des anerkannten Betreuungsaufwandes, grundsätzlich nur unter Vorlage entsprechender Belege für die Anstellung von Hilfspersonal vergütet werden.

Unbestritten ist, dass die Pflegemutter des Beschwerdeführers am Wochenende (Samstag und Sonntag) die notwendige medizinische Pflege selber erbrachte. Der Beschwerdeführer kann somit keine Belege für die Anstellung von Drittpersonen vorweisen. In dieser Hinsicht fragt sich jedoch, ob die angeforderte Abgeltung des von der Pflegemutter selbst erbrachten Betreuungsaufwandes gestützt auf die von Lehre und Rechtsprechung anerkannte Rechtsfigur der Austauschbefugnis zugesprochen werden kann.

5.2 Die Invalidenversicherung hat Versicherte, die aus schätzenswerten Gründen von einem ihnen an sich zustehenden gesetzlichen Leistungsanspruch keinen Gebrauch machen, stattdessen einen funktionellen gleichen Behelf zur Erreichung des gleichen gesetzlichen Eingliederungsziels wählen, auf der Grundlage und nach Massgabe der gesetzlichen Leistungsberechtigung zu entschädigen. Nach ersten Anfängen (EVGE 1969 226) aus dem Hilfsmittelbereich herausgewachsen (BGE 111 V 209, 215; ZAK 1986 525), hat die Rechtsprechung die Austauschbefugnis auf die medizinischen (BGE 120 V 280) und die beruflichen Eingliederungsmassnahmen (BGE 120 V 288) ausgeweitet. Die Austauschbefugnis setzt immer einen substitutionsfähigen aktuellen gesetzlichen Leistungsanspruch voraus (BGE 120 V 277).

5.3 Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat festgehalten, es gebe keinen ersichtlichen Grund, weshalb die Rechtsprechung über die Austauschbefugnis nicht auch zur Anwendung gelangen sollte, wenn es um das Verhältnis einer von den Eltern selbst vorgenommenen Hauspflege zu derjenigen mit Beizug aussenstehender Dritter nach Art. 4 IVV gehe, sofern sämtliche Voraussetzungen hierfür erfüllt seien (BGE 120 V 286 Erw. 4a).

Damit ist zu prüfen, ob der Beschwerdeführer schätzenswerte Gründe vorbringen kann, welche es zu rechtfertigen vermögen, dass die Pflegemutter selbst - anstelle von Hilfspersonal - die Pflege erbracht hat.

Als schätzenswerte Gründe können bezeichnet werden: Wohnverhältnisse, welche die Verfügbarkeit von Pflegepersonal einschränken, das Fehlen von qualifiziertem Personal oder eine Unterstützung durch externe Hilfe, welche sich aufgrund bestimmter Erfahrungen als fragwürdig erwiesen hat (BGE 120 V 286 Erw. 4b).

Der Beschwerdeführer machte geltend, am Wochenende sei jeweils auf die Inanspruchnahme von Kinderspitexleistungen verzichtet worden, weil die Pflegemutter durch die jahrelange Pflege mit seiner Behinderung bestens vertraut und in der Lage sei, die notwendigen Behandlungen durchzuführen. Als Pflegemutter von mehreren behinderten Pflegekinder mit jahrzehntelanger Erfahrung in diesem Bereich könne sie als geschultes Pflegepersonal bezeichnet werden (Urk. 1 S. 4 Ziff. 7, Urk. 7/11 S. 1, Urk. 13 S. 2).

Wie sich aus dem Bericht von Dr. C. vom 12. November 2003 ergibt, haben sich die Betreuerinnen der Kinderspitex als sehr kompetent erwiesen (Urk. 7/10). Es kann daher davon ausgegangen werden, dass die Hauspflege von qualifiziertem Personal vorgenommen wurde. Zudem erachtete die Pflegemutter die Unterstützung durch die Kinderspitex als sehr hilfreich, zumal sie mit der Pflege des mittlerweile 19-jährigen Beschwerdeführers an ihre Grenzen stosse (Urk. 1 S. 4 Ziff. 7). Vorliegend fehlte es demnach weder an qualifiziertem Personal noch hat sich die Unterstützung durch die Kinderspitex als problematisch erwiesen. Die regelmässige Versorgung mit der Quengelschiene am Wochenende konnte zur Entlastung der Pflegemutter von der Kinderspitex vorgenommen werden. Die daraus entstehenden Kosten wären ohne weiteres im Rahmen von Art. 4 IVV zu vergüten.

Diese zwar bloss potentielle, rechtlich jedoch ausgewiesene Leistungsberechtigung wird nunmehr durch einen funktionell gleichartigen Tatbestand substituiert, nämlich durch die tatsächlich erfolgte Versorgung durch die Pflegemutter. Dieses Vorgehen des Beschwerdeführers beziehungsweise der Pflegemutter ist bei den gegebenen Verhältnissen schätzenswert und liegt im Rahmen der ratio legis des Art. 4 IVV. Dabei entsteht der Invalidenversicherung keine die gesetzliche Anspruchsnorm übersteigende finanzielle Mehrbelastung. Es wird damit ein substitutionsfähiger, aktueller gesetzlicher Leistungsanspruch durch eine andere, funktionell gleichartige - weil ebenfalls die Pflege und Betreuung des schwerstbehinderten Beschwerdeführers gewährleistende - Vorkehr, die fachgerechte Betreuung durch "geschultes Pflegepersonal" (nämlich die Pflegemutter), ersetzt. Dies gilt umso mehr, als unbestritten ist, dass das Anlegen der Quengelschiene keine Physiotherapeutin erfordert, sondern von geschultem Pflegepersonal vorgenommen werden kann (Urk. 7/3, Urk. 7/10). Unerheblich ist dabei, dass die Pflegemutter keine anerkannte Leistungserbringerin ist. Wohl trifft es zu, dass

grundsätzlich nicht als Hilfspersonen im Sinne von Art. 14 Abs. 1 lit. a IVG die eine Behandlungsmassnahme an ihrem Kind ausführenden Eltern gelten. Nach der Rechtsprechung kommt jedoch eine Leistungszusprechung auf der Grundlage der Austauschbefugnis durchaus in Betracht (vgl. vorstehend Erw. 5.2). Sämtliche Voraussetzungen gemäss Rechtsprechung zur Anwendung der Austauschbefugnis sind damit erfüllt.

5.7 Nach dem Gesagten ist der angefochtene Einspracheentscheid vom 26. Mai 2004 aufzuheben und festzustellen, dass nach den Botox-Behandlungen im September 2002 und Februar 2003 ein Anspruch auf Kinderspitex an sieben Tagen die Woche während 45 Minuten besteht, wobei auch die am Samstag und Sonntag von der Pflegemutter erbrachte Pflege, ohne Vorlage entsprechender Belege, zu entschädigen ist.

6. Nach Art. 34 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) in Verbindung mit Art. 61 lit. g des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) hat die obsiegende Beschwerde führende Person Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens bemessen (Art. 34 Abs. 3 GSVGer).

Vorliegend erscheint eine Entschädigung im Betrag von Fr. 1'100.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) als angemessen.

Das Gericht erkennt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid vom 26. Mai 2004 aufgehoben und es wird festgestellt, dass nach den Botox-Behandlungen im September 2002 und Februar 2003 ein Anspruch auf Kinderspitex an sieben Tagen die Woche während 45 Minuten besteht, wobei auch die am Samstag und Sonntag von der Pflegemutter erbrachte Pflege, ohne Vorlage entsprechender Belege, zu entschädigen ist.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 1'100.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Procap Schweizerischer Invaliden-Verband
- Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle
- Bundesamt für Sozialversicherung

5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Eidgenössischen Versicherungsgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht werden.

Die Beschwerdeschrift ist dem Eidgenössischen Versicherungsgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, in dreifacher Ausfertigung zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift der beschwerdeführenden Person oder ihres Vertreters zu enthalten; die Ausfertigung des angefochtenen Entscheides und der dazugehörige

Briefumschlag sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die beschwerdeführende Person sie in Händen hat (Art. 132 in Verbindung mit Art. 106 und 108 OG).

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