

# **SG\_VERSICHERUNGSGERICHT IV 2011/268 vom 16. November 2012**

Sg Versicherungsgericht, 2012-11-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_IV\\_2011\\_268](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_IV_2011_268)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT IV 2011/268 du 16 novembre 2012

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT IV 2011/268 del 16 novembre 2012

## **Regeste**

Art. 13 Abs. 1 IVG, Art. 14 Abs. 1 lit. a IVG. Vergütung von medizinischen Pflegeleistungen. IV-Rundschreiben des BSV Nr. 297 und Nr. 308. Kostenvergütung, wenn die Pflegeleistungen, die durch medizinische Hilfspersonen zu erbringen sind, von den Eltern der pflegebedürftigen versicherten Person erbracht werden oder erbracht werden könnten (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 16. November 2012, IV 2011/268).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

In der Mitteilung vom 13. August 2010 hat die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin für die Zeit bis 30. September 2011 medizinische Massnahmen in der Form der Übernahme der Kosten der Pflege zuhause durch die Kinderspitex zugesprochen. Diese Mitteilung ist nicht mehr voraussetzungslos korrigierbar gewesen, als die Beschwerdegegnerin dem Vater der Beschwerdeführerin am 31. März 2011 eine Mitteilung eröffnet hat, mit der sie dieselbe Leistung zugesprochen hat, nun allerdings beschränkt auf die Zeit bis 30. April 2011. Dabei hat es sich - entgegen dem vom Wortlaut des Dispositivs erweckten Eindruck - nicht um eine vollumfängliche Neufestsetzung gehandelt, denn der Anspruch als solcher ist gar nicht neu geprüft worden. Ersetzt worden ist nur das Enddatum. Dabei hat es sich auch nicht um eine (Teil-) Wiedererwägung (Art. 53 Abs. 2 ATSG) der Mitteilung vom 13. August 2010 gehandelt, denn die Beschwerdegegnerin hat nicht einmal behauptet, dass die ursprüngliche Befristung (30. September 2011) zweifellos unrichtig gewesen sei und dass die neue Befristung (30. April 2011) nun richtig sei. Die Mitteilung vom 31. März 2011 ist auch keine prozessuale Revision (Art. 53 Abs. 1 ATSG) der Mitteilung vom 13. August 2010 gewesen, denn die Beschwerdegegnerin hat keine neuen Tatsachen oder Beweismittel geltend gemacht, welche die Befristung bis 30. September 2011 als falsch hätten erscheinen lassen. Die Mitteilung vom 31. März 2011 kann auch keine Revision (Art. 17 Abs. 2 ATSG) gewesen sein, da keine nachträgliche Sachverhaltsveränderung eingetreten ist, die eine Vorverlegung des Endtermins auf den 30. April 2011 erfordert hätte. Auch eine Anpassung an einen nachträglich veränderten Rechtszustand (vgl. U. Meyer-Blaser, Die Abänderung formell rechtskräftiger Verfügungen in der Sozialversicherung, in: ZBl 1994, S. 337 ff., 350) liegt nicht vor, denn die Beschwerdegegnerin hat mit der Mitteilung vom 31. März 2011 kein "neues" Recht (d.h. das IV-Rundschreiben Nr. 297) angewendet. Damit müsste die Mitteilung vom 31. März 2011 eigentlich als eine vorsorgliche sofortige Leistungseinstellung im Rahmen eines Verfahrens zur Anpassung der Mitteilung vom 13. August 2010 an eine nachträgliche Rechtsänderung interpretiert werden, wobei dieses

Verfahren dann mit der angefochtenen Verfügung seinen Abschluss gefunden hätte. Eine solche vorsorgliche Leistungseinstellung hätte dazu gedient zu verhindern, dass trotz der "Geltung" des neuen Rechtszustands, der voraussichtlich keinen Leistungsanspruch mehr vorsah, noch nach "altem" Recht weiterhin Leistungen ausgerichtet worden wären. Diese Interpretation der Mitteilung vom 31. März 2011 scheidet daran, dass die Beschwerdegegnerin die am 13. August 2010 zugesprochenen Leistungen weiterhin ausgerichtet hat, ohne die Mitteilung vom 31. März 2011 entsprechend anzupassen. Die Mitteilung vom 13. August 2010 ist also durch die Mitteilung vom 31. März 2011 inhaltlich korrigiert worden ist, obwohl eine gesetzliche Grundlage für ein solches Vorgehen gefehlt hat. Ausserdem ist die Korrektur in der Form einer Mitteilung erfolgt, was gemäss Art. 51 Abs. 1 ATSG nicht zulässig gewesen ist. Die Mitteilung vom 31. März 2011 ist also materiell und formell rechtswidrig. Da die Beschwerdeführerin aber keine anfechtbare Verfügung verlangt hat, ist diese Mitteilung mittlerweile für beide Seiten verbindlich geworden. Sie stellt deshalb für das Versicherungsgericht ein Faktum dar. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist demnach nur die am 7. Juli 2011 verfügte Leistungsverweigerung. Sie enthält zwar keine Regelung betreffend ihren Wirkungsbeginn, kann aber nur an das Wirkungsende der Mitteilung vom 31. März 2011 (30. April 2011) anknüpfen, so dass sie an sich ab 1. Mai 2011 wirken sollte. Die Beschwerdegegnerin hat "kulanterweise" entschieden, die frühere Leistung bis Ende Februar 2012 weiter auszurichten. Dahinter steht eine faktische (d.h. formwidrige) Verfügung, der zwar jede Begründung (auch für die erneute Befristung der Leistungsausrichtung) fehlt, die aber pendente lite Wirksamkeit entfaltet. Soweit die Beschwerdegegnerin mit ihr dem Beschwerdebegehren nachgekommen ist, ist das Beschwerdeverfahren nämlich praxisgemäss (vgl. U. Kieser, ATSG-Kommentar, 2. A., N. 47 zu Art. 53) gegenstandslos geworden. Strittig ist demnach nur noch, ob ab dem 1. März 2012 noch ein Anspruch auf Leistungen gemäss Art. 13 IVG besteht.

## **E. 2**

Versicherte haben bis zum vollendeten 20. Altersjahr einen Anspruch auf die zur Behandlung eines Geburtsgebrechens notwendigen Massnahmen (Art. 13 Abs. 1 IVG). Die medizinischen Massnahmen umfassen die Behandlung, die vom Arzt selbst oder auf seine Anordnung von medizinischen Hilfspersonen vorgenommen wird (Art. 14 Abs. 1 lit. a IVG). Als medizinische Massnahmen, die für die Behandlung eines Geburtsgebrechens notwendig sind, gelten sämtliche Vorkehren, die nach bewährter Erkenntnis der medizinischen Wissenschaft angezeigt sind und den therapeutischen Erfolg in einfacher und zweckmässiger Weise anstreben (Art. 2 Abs. 3 GgV). Von den medizinischen Massnahmen zu unterscheiden sind die Betreuungsleistungen, die einen Anspruch auf eine Hilfloosenentschädigung entstehen lassen. Die Hilfloosenentschädigung für Minderjährige, die zusätzlich eine intensive Betreuung brauchen, wird um einen Intensivpflegezuschlag erhöht. Während Behandlungskosten in effektiver Höhe vergütet werden, ist der Intensivpflegezuschlag in drei Stufen pauschaliert (Art. 42 ter Abs. 3 IVG). Anrechenbar als Betreuung ist der Bedarf an Behandlungs- und Grundpflege im Vergleich zu nicht behinderten Minderjährigen gleichen Alters. Nicht anrechenbar ist der Zeitaufwand für ärztlich verordnete medizinische Massnahme, die durch medizinische Hilfspersonen vorgenommen werden (Art. 39 Abs. 2 Satz 2 IVV). 2.1 Die Beschwerdegegnerin dürfte am 13. August 2010 davon ausgegangen sein, dass die von Dr. B.\_\_\_\_ am 23. Juli 2010 und von der Kinderspitex am 6. August 2010 angegebenen Leistungen alle erbracht würden, dass sie zusammen einen Arbeitsaufwand zuhause (d.h. nicht im Schulheim) von maximal 7

Std. pro Woche zur Folge hätten und dass es sich bei all diesen Leistungen um von medizinischen Hilfspersonen erbrachte Behandlungspflege und damit um medizinische Massnahmen i.S. von Art. 14 Abs. 1 lit. a IVG handle. Beim Erlass der angefochtenen Verfügung hat die Beschwerdegegnerin dann offenbar angenommen, dass diese Voraussetzungen eines Anspruchs auf medizinische Massnahmen in der Form der Behandlungspflege zuhause nicht (mehr) erfüllt gewesen seien, denn sie hat jeden Leistungsanspruch verneint. Dr. D.\_\_\_\_ vom RAD hat angegeben, angesichts der Massnahmen im Schulheim C.\_\_\_\_ sei nicht anzunehmen, dass die Kinderspitex an den Schultagen am Abend noch eine Stunde Pflegeleistungen erbringe. Vielmehr sei (anhand der Kontrolle der verrechneten Stunden) davon auszugehen, dass die Kinderspitex ein- bis zweimal wöchentlich 3 Std. Einsatz leiste. Der Einsatz der Spitex entspreche also nicht der beantragten täglichen Behandlungspflege. Anhand der dem Gericht vorgelegten Akten lässt sich tatsächlich nicht ermitteln, ob die von Dr. B.\_\_\_\_ angegebenen Pflegeleistungen erbracht worden sind bzw. erbracht werden, welchen Zeitaufwand sie verursacht haben bzw. verursachen und ob sie von medizinischen Hilfspersonen ausgeführt worden sind bzw. ausgeführt werden. Diesbezüglich ist die Beschwerdegegnerin vor dem Erlass der angefochtenen Verfügung ihrer Untersuchungspflicht (Art. 43 Abs. 1 ATSG) nicht nachgekommen. Die Sache ist deshalb zur weiteren Abklärung der Art der Spitexleistungen, der Qualifikation der diese Leistungen erbringenden Personen und des entsprechenden Zeitaufwands zuhause in der Zeit ab 1. März 2012 an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

### **E. 3**

Da der massgebende Sachverhalt nicht feststeht und die Sache deshalb zur weiteren Abklärung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen ist, ist keine abschliessende rechtliche Würdigung möglich. Die folgenden Ausführungen sind deshalb nur als obiter dictum zu verstehen. Pflegeleistungen können medizinische Massnahmen i.S. von Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 lit. a IVG sein und einen Anspruch auf eine Vergütung der effektiven Kosten begründen. Sie können aber auch eine Betreuung hilfloser Personen sein und damit einen Anspruch auf eine Entschädigungspauschale in der Form des Intensivpflegezuschlags (Art. 42 ter Abs. 3 IVG) begründen. Um eine medizinische Massnahme handelt es sich bei jenen Pflegeleistungen, die vom Arzt selbst oder auf dessen Anordnung von einer medizinischen Hilfsperson vorgenommen werden (Art. 14 Abs. 1 lit. a IVG i.V.m. Art. 39 Abs. 2 Satz 2 IVV). Das darf aber nicht so verstanden werden, dass jede Art von Pflegeleistung eine medizinische Massnahme i.S. von Art. 13 Abs. 1 lit. b IVG sei, nur weil sie von einer medizinischen Hilfsperson ausgeführt wird. Auch medizinische Hilfspersonen erbringen u. U. Pflegeleistungen, die auch von einem medizinischen Laien ausgeführt werden könnten. Massgebend ist also nicht allein die Qualifikation der die Pflege leistenden Person, sondern auch die Qualität der Pflegeleistung. Diese ist nur dann eine medizinische Massnahme i.S. von Art. 13 Abs. 1 IVG, wenn sie ihrer Natur nach nur von einer medizinischen Hilfsperson erbracht werden darf und wenn sie auch tatsächlich von einer medizinischen Hilfsperson ausgeführt wird. Die in den beiden IV-Rundschreiben Nr. 297 und Nr. 308 enthaltenen Listen können diese Interpretation der massgebenden Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen weder einschränken noch erweitern, denn das wäre durch die Aufsichtsfunktion des zuständigen Bundesamtes nicht gedeckt. Die beiden Rundschreiben können nicht mehr sein als eine Hilfe bei der Interpretation der massgebenden Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen, indem sie jene Pflegeleistungen aufzählen, die typischerweise medizinische Massnahmen sind, weil sie die notwendige

medizinische Qualität aufweisen und weil sie im Normalfall durch eine bei der Kinderspitex beschäftigte medizinische Hilfsperson ausgeführt werden. Dies schliesst es aus, die Listen als abschliessend zu betrachten, denn sonst würde der Anwendungsbereich der massgebenden Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen allenfalls unzulässigerweise eingeschränkt. Es ist aber auch nicht zulässig, die beiden Listen so zu interpretieren, dass nur die medizinische Qualität der Pflegeleistungen, nicht aber die Qualifikation der Pflegenden massgebend sei, denn eine Pflegeleistung ist nach dem Sinn und Zweck der massgebenden Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen nur dann eine medizinische Massnahme, wenn sie von einer medizinischen Hilfsperson geleistet wird. Da nicht bekannt ist, welche Pflegeleistungen der Beschwerdeführerin erbracht werden, welches die medizinische Qualität dieser Leistungen ist und ob die Pflegeleistungen, bei denen dies nötig ist, von einer bei der Kinderspitex angestellten medizinischen Hilfsperson ausgeführt werden, kann die Frage nach dem durch die Pflegekosten bewirkten konkreten Leistungsanspruch - Vergütung der effektiven Kosten (Art. 13 IVG) oder Intensivpflegezuschlag (Art. 42 ter Abs. 3 IVG) - nicht beantwortet werden.

#### **E. 4**

Im IV-Rundschreiben Nr. 297 ist darauf hingewiesen worden, dass nur derjenige Zeitbedarf angerechnet werden dürfe, den eine Pflegeperson effektiv benötigt habe. Für Leistungen, die von nichtberuflich an der Krankenpflege mitwirkenden Personen (mit oder ohne vorangegangene Instruktion durch die Pflegefachperson) selbständig durchgeführt werden könnten, dürfe kein Zeitaufwand angerechnet werden. Die Beschwerdegegnerin hat gestützt darauf in ihrer Beschwerdeantwort sinngemäss ausgeführt, jene in der Liste aufgeführten Massnahmen, die von den Eltern oder anderen Bezugspersonen übernommen würden, dürften nicht als medizinische Massnahmen vergütet werden. Diese Auffassung entspricht dem Wortlaut des Art. 14 Abs. 1 lit. a IVG, denn es handelt sich zwar um Behandlungsmassnahmen, die aus medizinischer Sicht den medizinischen Hilfspersonen vorbehalten sind, aber diese Behandlungsmassnahmen werden statt durch medizinische Hilfspersonen durch die über keine medizinische Qualifikation verfügenden Eltern ausgeführt. Eine der beiden kumulativ zu erfüllenden Bedingungen eines Vergütungsanspruchs gemäss Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 lit. a IVG ist also nicht erfüllt. Soll trotzdem ein Vergütungsanspruch bestehen für medizinische Massnahmen, die durch die Eltern durchgeführt werden, muss der Wortlaut des Art. 14 Abs. 1 lit. a IVG lückenfüllend ergänzt werden, indem für die von den Eltern erbrachten medizinischen Massnahmen richterrechtlich ausnahmsweise auf das Erfordernis der Ausführung durch eine medizinische Hilfsperson verzichtet wird. Ein einfacher Analogieschluss von Art. 42 ter Abs. 3 IVG, der auch die Vergütung des Betreuungsaufwands der Eltern zulässt, auf den Regelungsinhalt des Art. 14 Abs. 1 lit. a IVG kommt nicht in Frage, denn der Intensivpflegezuschlag ist eine Leistungspauschale, die sich nicht nach den anfallenden Kosten, sondern ausschliesslich nach dem Ausmass des erforderlichen Betreuungsaufwands richtet, während Art. 13 Abs. 1 IVG die Vergütung der effektiv anfallenden Kosten anordnet. Hinzu kommt, dass der medizinische Charakter der unter Art. 13 Abs. 1 IVG zu subsumierenden Pflegemassnahmen ein ganz anderer ist als derjenige der Betreuungsmassnahmen nach Art. 42 ter Abs. 3 IVG. Von einer ausfüllungsbedürftigen Lücke mit dem oben dargelegten Inhalt könnte also nur ausgegangen werden, wenn der Sinn und Zweck des Art. 14 Abs. 1 lit. a IVG es erfordern würde, die von den Eltern erbrachten medizinischen Massnahmen zu vergüten, obwohl die Eltern keine medizinischen Hilfspersonen sind und obwohl ihnen durch die Ausführung medizinischer Massnahmen

keine direkten Kosten entstehen. In der Krankenversicherung wäre eine derartige Kostenvergütung an die Eltern zum vornherein ausgeschlossen, da diese nicht als Leistungserbringer aufgelistet sind. Diese Auflistung der Leistungserbringer dürfte denselben Zweck verfolgen wie Art. 14 Abs. 1 lit. a IVG, nämlich zu verhindern, dass von unzureichend qualifizierten Personen erbrachte Leistungen vergütet werden müssen, obwohl die Qualität dieser Leistungen fraglich ist. Dies trifft auch auf die Eltern der Beschwerdeführerin zu, selbst wenn sie von einem Arzt oder einer medizinischen Hilfsperson instruiert und kontrolliert sein sollten. Die Situation ist also eine andere als im Rahmen des Intensivpflegezuschlags, der auf Leistungen ausgerichtet ist, die im Alltag oft von medizinischen Laien erbracht werden, weil sie keine qualifizierten medizinischen Berufskennnisse voraussetzen. Medizinische Massnahmen können bei fehlerhaftem Vorgehen oder bei einer unvorhergesehenen Verschlechterung des Gesundheitszustands, auf die der medizinische Laie nicht vorbereitet ist, zu einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit führen. Der Sinn und Zweck der Beschränkung der Leistungspflicht gemäss Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 lit. a IVG auf medizinische Massnahmen, die von medizinischen Hilfspersonen erbracht werden, lässt also keine lückenfüllende Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf von den Eltern der versicherten Person geleistete medizinische Massnahmen zu. Damit kann die Frage unbeantwortet bleiben, ob ein Vergütungsanspruch bestehen kann, obwohl keine direkten Kosten anfallen. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin für die medizinischen Massnahmen, die allenfalls von ihren Eltern statt von einer medizinischen Hilfsperson der Kinderspitex erbracht werden, keinen Vergütungsanspruch haben kann.

## **E. 5**

Weil der massgebende Sachverhalt nicht mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit feststeht, ist die Sache zur weiteren Abklärung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Dieser Verfahrensausgang ist in Bezug auf die Verfahrenskosten praxisgemäss als vollumfängliches Obsiegen der Beschwerdeführerin zu werten. Diese hat deshalb einen Anspruch auf eine volle Parteientschädigung. Die Höhe dieser Entschädigung ist angesichts des als durchschnittlich zu wertenden Vertretungsaufwands auf Fr. 3'500.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen. Die unterliegende Beschwerdegegnerin hat auch die Gerichtskosten zu tragen. Diese sind praxisgemäss auf Fr. 600.-- festzusetzen. Der in gleicher Höhe geleistete Kostenvorschuss wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet. Demgemäss hat das Versicherungsgericht im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP entschieden: 1. Die Beschwerde wird dahingehend gutgeheissen, dass die angefochtene Verfügung vom 7. Juli 2011 aufgehoben und die Sache zur weiteren Abklärung des Sachverhalts und zur anschliessenden neuen Verfügung im Sinn der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen wird. 2. Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.-- zu bezahlen. 3. Die Beschwerdegegnerin hat eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.-- zu bezahlen; der in gleicher Höhe geleistete Kostenvorschuss wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.