

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 7. Dezember 2023**

Verwaltungsrichter Jakob, Kammerpräsident  
Verwaltungsrichter Schwegler, Verwaltungsrichter Knapp  
Gerichtsschreiber Zimmermann

**A.** \_\_\_\_\_  
vertreten durch B. \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführerin

gegen

**Ausgleichskasse des Kantons Bern**  
Abteilung Leistungen, Chutzenstrasse 10, 3007 Bern  
Beschwerdegegnerin

betreffend Einspracheentscheid vom 7. Juli 2023



## **Sachverhalt:**

### **A.**

Die 1957 geborene A.\_\_\_\_\_ (Versicherte bzw. Beschwerdeführerin) leidet seit der Geburt an einer Osteogenesis imperfecta (Glasknochenerkrankung; Akten der Ausgleichskasse des Kantons Bern [AKB bzw. Beschwerdegegnerin], Antwortbeilage [AB] 3.3/178 und /180 ff.). Weiter besteht u.a. eine respiratorische Globalinsuffizienz mit Asthma bronchiale und Dyspnoe, weshalb sie in der Nacht auf eine mit Sauerstoff kombinierte Beatmung mittels BIPAP-Gerät (biphasischer positiver Atemwegsdruck) angewiesen ist (AB 177/11, 182/5, 194/2). Sie bezog von der Invalidenversicherung (IV) ab 1970 – mit Unterbruch (AB 3.3/119, /132, /145) – eine Hilflosenentschädigung (AB 3.3/164), ab 1975 eine IV-Rente (AB 3.3/125 f.) sowie ab 2014 einen Assistenzbeitrag (AB 192, 202, 371, 467). Nach dem Erreichen des ordentlichen Rentenalters im Oktober 2021 wurde der Assistenzbeitrag der IV durch einen solchen der Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) abgelöst (Besitzstand; vgl. AB 493). Die AKB setzte mit unangefochten gebliebener Verfügung vom 6. September 2022 den Assistenzbeitrag infolge Verminderung des Assistenzbedarfs revisionsweise herab, wobei sie hinsichtlich der Nachtpräsenz darauf hinwies, dass nicht beanspruchte Nächte unter bestimmten Voraussetzungen in Standardstunden umgerechnet und tagsüber genutzt werden könnten (AB 494). Mit Gesuch vom 7. Februar 2023 beantragte die Versicherte die Umwandlung von Nachtpauschalen in Standardstunden. Zur Begründung gab sie an, in der Nacht bereits vom Verein C.\_\_\_\_\_ betreut zu werden (AB 511; vgl. auch AB 520). Mit Verfügung vom 22. März 2023 verneinte die AKB einen Anspruch auf eine entsprechende Umwandlung und begründete dies damit, die Versicherte habe ausserhalb des Assistenzbeitrags den Verein C.\_\_\_\_\_ beauftragt und die entsprechenden Kosten auch selber übernommen (AB 522); daran hielt sie auf Einsprache hin (AB 527) mit Entscheidung vom 7. Juli 2023 fest (AB 538).

**B.**

Mit Eingabe vom 20. Juli 2023 liess die Versicherte, vertreten durch B.\_\_\_\_\_, Beschwerde erheben. Sie beantragt, in Aufhebung des angefochtenen Entscheids sei die Umwandlung der Nachtpauschalen in Tagesstunden zu gewähren.

Mit Beschwerdeantwort vom 8. September 2023 schliesst die Beschwerdegegnerin auf Abweisung der Beschwerde.

**Erwägungen:**

**1.**

**1.1** Der angefochtene Entscheid ist in Anwendung von Sozialversicherungsrecht ergangen. Die Sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Verwaltungsgerichts beurteilt gemäss Art. 57 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) i.V.m. Art. 54 Abs. 1 lit. a des kantonalen Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG; BSG 161.1) Beschwerden gegen solche Entscheide. Die Beschwerdeführerin ist im vorinstanzlichen Verfahren mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen, durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung, weshalb sie zur Beschwerde befugt ist (Art. 59 ATSG). Die örtliche Zuständigkeit ist gegeben (Art. 84 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVG; SR 831.10]). Da auch die Bestimmungen über Frist (Art. 60 ATSG) sowie Form (Art. 61 lit. b ATSG; Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 des kantonalen Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]) eingehalten sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

**1.2** Anfechtungsobjekt bildet der Einspracheentscheid vom 7. Juli 2023 (AB 538). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch auf einen Assistenzbei-

trag und dabei insbesondere die Umrechnung von nicht fakturierten Nachtpauschalen in Standardstunden für die Hilfeleistung während des Tages.

**1.3** Die Abteilungen urteilen gewöhnlich in einer Kammer bestehend aus drei Richterinnen oder Richtern (Art. 56 Abs. 1 GSOG).

**1.4** Das Gericht überprüft den angefochtenen Entscheid frei und ist an die Begehren der Parteien nicht gebunden (Art. 61 lit. c und d ATSG; Art. 80 lit. c Ziff. 1 und Art. 84 Abs. 3 VRPG).

## **2.**

**2.1** Hat eine Person bis zum Erreichen des Rentenalters oder bis zum Rentenvorbezug einen Assistenzbeitrag der IV bezogen, so wird ihr der Assistenzbeitrag höchstens im bisherigen Umfang weitergewährt. Für den Anspruch und den Umfang gelten die Artikel 42<sup>quater</sup> - 42<sup>octies</sup> des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20) sinngemäss (Art. 43<sup>ter</sup> AHVG; vgl. auch Rz. 1015 ff. des vom Bundesamt für Sozialversicherungen [BSV] herausgegebenen Kreisschreibens über den Assistenzbeitrag [KSAB] in der seit dem 1. Januar 2015 gültigen Fassung mit Stand 1. Januar 2022). Die Besitzstandsregelung von Art. 43<sup>ter</sup> AHVG bezieht sich auf den Umfang der in den einzelnen Lebensbereichen benötigten Hilfeleistungen (vgl. BBl 2010 1915) und schliesst damit eine betragsmässige Erhöhung der Leistungen bei gleichbleibendem Anspruch, beispielsweise durch Teuerungsanpassungen oder nachträgliche Änderung der Pauschalansätze, nicht aus (vgl. Rz. 1016 KSAB).

**2.2** Der Assistenzbeitrag bezweckt die Unterstützung der selbstbestimmten und eigenverantwortlichen Lebensführung in einer Privatwohnung (BGE 140 V 543 E. 3.5.2 S. 554). Anspruch haben Versicherte, denen eine Hilflosenentschädigung der IV nach Art. 42 Abs. 1 - 4 IVG ausgerichtet wird, die zu Hause leben und die volljährig sind (Art. 42<sup>quater</sup> Abs. 1 lit. a - c IVG). Ein Assistenzbeitrag wird gewährt für Hilfeleistungen, die von der versicherten Person benötigt und regelmässig von einer natürlichen Person (Assistenzperson) erbracht werden, die von der versicherten Person

oder ihrer gesetzlichen Vertretung im Rahmen eines Arbeitsvertrages angestellt wird und weder mit der versicherten Person verheiratet ist, mit ihr in eingetragener Partnerschaft lebt oder eine faktische Lebensgemeinschaft führt noch in gerader Linie mit ihr verwandt ist (Art. 42<sup>quinquies</sup> lit. a und b IVG). Damit ein Assistenzbeitrag ausgerichtet wird, müssen die Hilfeleistungen durch natürliche Personen erbracht werden; nicht vergütungsfähig sind demnach Hilfeleistungen, die durch stationäre (Heime, Spitäler, psychiatrische Kliniken) oder teilstationäre Institutionen (Werk-, Tages- und Eingliederungsstätten) sowie durch Organisationen und andere juristische Personen erbracht werden (Rz. 3012 KSAB). Direkte Familienangehörige werden für ihre Hilfeleistung nicht mit dem Assistenzbeitrag entschädigt (Rz. 3013 KSAB).

**2.3** Grundlage für die Berechnung des Assistenzbeitrags ist die für die Hilfeleistungen benötigte Zeit (Art. 42<sup>sexies</sup> Abs.1 erster Satz IVG). Von der benötigten Zeit in Abzug gebracht wird nach Art. 42<sup>sexies</sup> Abs. 1 IVG die Zeit, die folgenden Leistungen entspricht: (a) der Hilfslosenentschädigung nach den Art. 42 - 42<sup>ter</sup> IVG; (b) den Beiträgen für Dienstleistungen Dritter anstelle eines Hilfsmittels nach Art. 21<sup>ter</sup> Abs. 2 IVG; (c) dem für die Grundpflege ausgerichteten Beitrag der obligatorischen Krankenpflegeversicherung an Pflegeleistungen nach Art. 25a des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10).

Der Bundesrat legt unter anderem die Bereiche und die minimale und maximale Anzahl Stunden, für die ein Assistenzbeitrag ausgerichtet wird, sowie die Pauschalen für Hilfeleistungen pro Zeiteinheit im Rahmen des Assistenzbeitrags fest (Art. 42<sup>sexies</sup> Abs. 4 lit. a und b IVG). Von dieser Kompetenz hat der Bundesrat unter anderem insoweit Gebrauch gemacht, als nach Art. 39c lit. i der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV; SE 831.201) Hilfsbedarf (unter anderem) für Nachtdienst anerkannt werden kann (Rz. 4096 KSAB).

**2.4** Massgebend ist der Bedarf an Hilfe, der aufgrund der behinderungsbedingten Situation notwendig ist, unabhängig davon, ob die Hilfe tatsächlich in Anspruch genommen wird; individuelle Gegebenheiten sind dabei ausser Acht zu lassen (Rz. 4008 KSAB). Der Assistenzbeitrag für den Nachtdienst wird dabei nach der Intensität der zu erbringenden Hilfe-

leistung pauschal festgelegt (Art. 39f Abs. 3 Satz 1 IVV). Im Rahmen der Weiterentwicklung der IV (WEIV; AS 2021 705), welche per 1. Januar 2022 in Kraft trat, wurde Art. 39i Abs. 2<sup>bis</sup> IVV neu eingefügt. Nach dieser Bestimmung darf ausschliesslich die Pauschale für den Nachtdienst in Rechnung gestellt werden; sie kann in Rechnung gestellt werden, sofern sich eine Assistenzperson für einen Einsatz zur Verfügung hält. Nicht in Rechnung gestellte Pauschalen für den Nachtdienst können auch während des Tages eingesetzt und angerechnet werden; für die Anrechnung am Tag wird die Pauschale für den Nachtdienst in Stunden umgerechnet, indem sie durch den Stundenansatz nach Artikel 39f Abs. 1 IVV geteilt wird (Art. 39i Abs. 2<sup>ter</sup> IVV). In diesem Fall müssen die versicherten Personen erklären, wieso sie die Nächte nicht in Rechnung gestellt haben; ohne klare Begründung wird anhand einer Revision der Hilfebedarf in der Nacht nicht mehr anerkannt (Rz. 4077.1 KSAB). Nächte, die im Heim bzw. im Spital verbracht werden, sowie Nächte, die von der Spitex geleistet werden, können nicht in Stunden umgewandelt werden (Rz. 4077.2 KSAB). Wird die Hilfe in der Nacht durch eine Spitexorganisation und von der Krankenkasse bzw. bei Minderjährigen von der IV (z.B. als medizinische Langzeitüberwachung) übernommen, wird der Hilfebedarf entsprechend der Anzahl von der Organisation erbrachten Nächte reduziert (eine Nacht = 14 %; Rz. 4077 KSAB).

Der Hilfebedarf wird mit Hilfe eines standardisierten Abklärungsinstruments (FAKT) sowohl für direkte als auch für indirekte Hilfeleistungen ermittelt (Rz. 4005 KSAB mit Hinweis auf BGE 140 V 543, 148 V 408 E. 2.2 S. 410). Der Hilfebedarf jedes (Teil-)Bereichs ist in fünf Stufen eingeteilt (von Stufe 0 = kein Bedarf, volle Selbständigkeit bis Stufe 4 = umfassender Bedarf, keinerlei Selbständigkeit); jede Stufe umfasst Zeitwerte entsprechend des Hilfebedarfs (Rz. 4009 und Anhang 3 KSAB).

### **3.**

**3.1** Der Hilfebedarf der Beschwerdeführerin im Bereich Nachtdienst ist ausgewiesen und unbestritten. Die Beschwerdegegnerin reihte die Beschwerdeführerin in der Stufe 3 ein, somit entspricht eine Nacht 3.48 Stunden (AB 494; vgl. Rz. 4013, 4077.1 und Anhang 3 KSAB). Die Beschwer-

deführerin lässt sich in der Nacht regelmässig (vgl. AB 522/1) nicht durch eine Assistenzperson, sondern durch den Verein C.\_\_\_\_\_ betreuen (Beschwerde S. 1; AB 526; vgl. auch IV-Protokoll [in den Gerichtsakten] S. 3).

**3.1.1** Diesbezüglich sieht die Beschwerdeführerin Art. 39i Abs. 2<sup>ter</sup> IVV als erfüllt an, da sie für den Verein C.\_\_\_\_\_ gemäss ihren Angaben selber aufkomme und diese Dienstleistung der Beschwerdegegnerin nicht in Rechnung stelle. Es gelte zu beachten, dass es sich bei Heimen, Spitälern und der Spitex um Institutionen handle, die über einen anderen Kostenträger (Krankenkasse, allenfalls Ausgleichskasse) finanziert würden. Ob die versicherte Person in der Nacht Angehörige oder den Verein C.\_\_\_\_\_ finanziell abgelte, spiele keine Rolle, werde doch in beiden Fällen ein Leben zu Hause ermöglicht, wenn keine Assistenzpersonen gefunden werden könnten. Schliesslich beweise die Inanspruchnahme des Vereins C.\_\_\_\_\_ einen weiterhin bestehenden Bedarf in der Nacht (AB 527/2 sowie Beschwerde).

**3.1.2** Demgegenüber begründet die Beschwerdegegnerin ihre Haltung, wonach die vom Verein C.\_\_\_\_\_ erbrachten (und von der Beschwerdeführerin bezahlten) Nachdienste resp. die (dadurch der AHV nicht in Rechnung gestellten) Pauschalen nicht während des Tages eingesetzt und angerechnet werden könnten, damit, dass diese Betreuung ausserhalb des Assistenzbeitrags erfolgt sei. In diesem Zusammenhang verweist sie auf Rz. 4077.2 KSAB (vgl. E. 2.4 hiervor) und folgert daraus, dass nur nicht abgerechnete Pauschalen für den Nachdienst in Standardstunden umgewandelt werden könnten, wenn der Nachtdienst unentgeltlich z.B. durch Familienangehörige erfolgt sei. Es sei den versicherten Personen nämlich häufig schwergefallen, Assistenzpersonen für die Nacht zu finden, weshalb oftmals Angehörige die Nächte hätten übernehmen müssen, ohne dafür bezahlt zu werden. Darüber hinaus ermögliche die Umwandlung der Nachtpauschale in Tagesstunden der versicherten Person, tagsüber mehr Personal einzustellen, was wiederum die Angehörigen entlaste, zumal die Hilfenentschädigung nur den Tagesstunden angerechnet werde (AB 517/1, 522/1 f.). Schliesslich handle es sich beim Verein C.\_\_\_\_\_ nicht um eine natürliche Person, sondern um eine – Spitälern, Heimen und der Spi-

tex analoge – Institution, welche nicht befugt sei, Hilfeleistungen im Rahmen des Assistenzbeitrags zu erbringen (AB 538/3; vgl. zum Ganzen auch die Beschwerdeantwort).

## **3.2**

**3.2.1** Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente (grammatikalisches, historisches, zeitgemässes, systematisches und teleologisches Element [vgl. SVR 2005 ALV Nr. 6 S. 20 E. 3.3]). Abzustellen ist dabei namentlich auf die Entstehungsgeschichte der Norm und ihren Zweck, auf die dem Text zu Grunde liegenden Wertungen sowie auf die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt. Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen und nur dann allein auf das grammatikalische Element abgestellt, wenn sich daraus zweifelsfrei die sachlich richtige Lösung ergab (BGE 147 V 55 E. 5.1 S. 58).

**3.2.2** Eine Lücke im Gesetz besteht, wenn sich eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt oder eine Antwort gibt, die aber als sachlich unhaltbar angesehen werden muss. Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinn – mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt kein Raum für richterliche Lückenfüllung (BGE 148 V 84 E. 7.1.2 S. 96, 134 V 182 E. 4.1 S. 185). Herrschende Lehre und bundesgerichtliche Rechtsprechung unterscheiden echte und unechte Lücken. Während bei einer echten Lücke eine sich unvermeidlich stellende Rechtsfrage nicht beantwortet wird und das Gericht diese unter Rückgriff auf die ratio legis zu schliessen hat, liegt bei einer unechten Lücke eine sachlich unbefriedigende Antwort vor, deren Korrektur den rechtsanwendenden Organen grundsätzlich nicht bzw. nur unter strengen Voraussetzungen erlaubt ist (BGE 129 V 1 E. 4.1.1 S. 6).

**3.2.3** Verordnungsrecht ist gesetzeskonform auszulegen. Es sind die gesetzgeberischen Anordnungen, Wertungen und der in der Delegationsnorm eröffnete Gestaltungsspielraum mit seinen Grenzen zu berücksichtigen. Auch ist den Grundrechten und verfassungsmässigen Grundsätzen Rechnung zu tragen und zwar in dem Sinne, dass – sofern durch den Wortlaut (und die weiteren massgeblichen normunmittelbaren Auslegungselemente) nicht klar ausgeschlossen – der Verordnungsbestimmung jener Rechtssinn beizumessen ist, welcher im Rahmen des Gesetzes mit der Verfassung (am besten) übereinstimmt (verfassungskonforme oder verfassungsbezogene Interpretation; BGE 147 V 328 E. 4.1 S. 331).

**3.2.4** Verwaltungsweisungen richten sich an die Durchführungsstellen und sind für das Sozialversicherungsgericht nicht verbindlich. Dieses soll sie bei seiner Entscheidung aber berücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Das Gericht weicht also nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen (BGE 147 V 79 E. 7.3.2 S. 82, 146 V 224 E. 4.4.2 S. 228). Das Gericht weicht jedoch insoweit von Weisungen ab, als sie nicht gesetzmässig sind bzw. in Ermangelung gesetzlicher Vorschriften mit den allgemeinen Grundsätzen des Bundesrechts nicht im Einklang stehen (BGE 132 V 121 E. 4.4 S. 125).

**3.3** Der Assistenzbeitrag wurde im Rahmen der 6. IV-Revision, erstes Massnahmenpaket (IV-Revision 6a), als neue Versicherungsleistung eingeführt (AS 2011 5659). Der entsprechende Umbau des Leistungssystems im Bereich der Hilflosenentschädigung bezweckte die Verbesserung der Voraussetzungen, trotz einer Behinderung zu Hause wohnen zu können und pflegende Angehörige zu entlasten. Weil die Hilfe stärker an die Bedürfnisse der Menschen mit einer Behinderung angepasst ist, können diese ihr Leben selbstbestimmter gestalten und sich besser in die Gesellschaft und die Berufswelt integrieren (BBI 2010 1820; vgl. auch BGE 140 V 113 E. 4 S. 114). Die Grundidee von Assistenzmodellen ist, dass Menschen mit einer Behinderung möglichst weitgehend selber bestimmen können, wer

ihnen wann, wo und wie die notwendige Hilfe leistet für Handlungen des täglichen Lebens, die sie aufgrund einer Behinderung nicht selbständig durchführen können. Ein wesentliches Instrument dazu ist die Ausrichtung finanzieller Mittel direkt an die Betroffenen. Damit können sie Personen auswählen und entlohnen, welche sie unterstützen (Assistenzpersonen). Assistenzmodelle beziehen sich auf den privaten Wohnbereich und den Arbeitsbereich, jedoch nicht auf den institutionellen Bereich (Heime, Werk- und Tagesstätten; BBI 2010 1835; vgl. auch BBI 2010 1865). Der Assistenzbeitrag darf nur im Umfang der tatsächlich erbrachten und entschädigten Hilfeleistungen ausgerichtet werden und die Hilfeleistungen müssen durch eine anerkannte Assistenzperson erbracht werden (BBI 2010 1866; Art. 42<sup>quinquies</sup> und 42<sup>sexies</sup> IVG). Als intra- bzw. intersystemische Koordinationsnorm bestimmt Art. 42<sup>sexies</sup> Abs. 1 lit. a - c IVG, dass vom zeitlichen Aufwand die bereits durch andere Leistungen (Hilflosenentschädigung mit Ausnahme des Intensivpflegezuschlags, Dienstleistungen Dritter anstelle eines Hilfsmittels, Grundpflege der obligatorischen Krankenpflegeversicherung) abgedeckte Zeit abgezogen wird. Zudem gewährt die IV (und damit auch die AHV) in Abweichung zu Art. 64 Abs. 1 und 2 ATSG keinen Assistenzbeitrag für Hilfeleistungen, die durch den Pflegebeitrag nach Art. 25a KVG abgedeckt werden. Art. 39i Abs. 2<sup>ter</sup> IVV wurde vom Bundesrat als Ausführungsbestimmung der per 1. Januar 2022 in Kraft gesetzten Weiterentwicklung der IV eingeführt. Da sich aus den historischen und systematischen Auslegungselementen keine entscheidungswesentlichen Erkenntnisse gewinnen lassen, stehen zur Interpretation dieser Norm die grammatikalischen und teleologischen Elemente im Vordergrund (vgl. E. 3.4 f. nachfolgend).

**3.4** Dem Wortlaut von Art. 39i Abs. 2<sup>bis</sup> IVV lässt sich keine Beschränkung der Umwandlung auf bestimmte Arten der alternativen Abdeckung des Hilfsbedarfs in der Nacht, insbesondere nicht auf eine solche durch Angehörige, entnehmen. Nach rein grammatikalischer Auslegung der übereinstimmenden drei Sprachfassungen ist deshalb grundsätzlich nicht massgebend, wie der Hilfebedarf abgedeckt wurde. Jedenfalls ist aber aufgrund der auf Gesetzesstufe verankerten Vorgaben vorausgesetzt, dass weiterhin ein tatsächlicher Hilfebedarf für den Aufenthalt in der Privatwohnung besteht und die gesetzlichen Koordinationsregeln eingehalten werden

(vgl. E. 3.3 hiervor). So sieht Rz. 4077.2 KSAB denn auch vor, dass Nächte nicht in Stunden umgewandelt werden können, die im Heim bzw. im Spital verbracht oder von der Spitex geleistet werden. Damit wird einerseits der Subsidiarität gegenüber der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Art. 42<sup>sexies</sup> Abs. 1 lit. c und Abs. 2 IVG) Nachachtung verschafft und andererseits eine Abgrenzung zum (nicht vom Assistenzmodell erfassten [vgl. E. 3.3 hiervor]) institutionellen Bereich vorgenommen (Art. 42<sup>sexies</sup> Abs. 2 IVG).

**3.5** Gemäss dem erläuternden Bericht (nach Vernehmlassung) des BSV zu den Ausführungsbestimmungen zur WEIV vom 3. November 2021 (nachfolgend Erläuterungen des BSV; abrufbar unter <[www.bsv.admin.ch](http://www.bsv.admin.ch)>, Rubrik: Sozialversicherungen/Invalidenversicherung IV/Reformen & Revisionen/Weiterentwicklung der IV/Gesetze und Verordnungen/Erläuterungen) kommt es vor, dass die Assistenzleistung in einigen Nächten von einem Familienmitglied der versicherten Person erbracht wird, bspw. am Wochenende vom Ehepartner. Die Umrechnung der eingesparten Nachtpauschalen in Stunden zugunsten der Assistenz während des Tages erlaube der versicherten Person mehr Flexibilität (Ausführungen zu Art. 39i Abs. 2<sup>ter</sup> IVV, S. 58). Die Erläuterungen in französischer und italienischer Sprache stimmen hiermit überein. Zwar stützen die Materialien den Verweis der Beschwerdegegnerin auf die Familienmitglieder. Die von der Beschwerdegegnerin daraus abgeleitete einschränkende Bedeutung lässt sich dem Bericht jedoch nicht entnehmen. Es kann damit auch gestützt auf die Materialien keine vom Bundesrat (zumindest implizit) mitbeschlossene Einschränkung ausgemacht werden. Damit ist die Frage zu klären, ob das Fehlen einer entsprechenden (ausdrücklichen) Bestimmung als echte (vom Gericht im Sinne der Auslegung der Beschwerdegegnerin zu schliessende) Lücke zu betrachten ist (vgl. E. 3.2.2 hiervor). Dies ist nicht der Fall, da sich – wie aufzuzeigen sein wird (vgl. E. 3.6 hiernach) – die Rechtsfrage durch die Auslegung von Art. 39i Abs. 2<sup>ter</sup> IVV beantworten lässt (vgl. BGE 129 V 1 E. 4.1.1 S. 6)

**3.5.1** Die gemäss Materialien gewünschte Flexibilisierung wird grundsätzlich unabhängig davon erreicht, wie die versicherte Person den nächtlichen Hilfebedarf anstelle der Assistenzperson abdeckt. Die teleologische Be-

trachtung spricht demnach – unbesehen der vom BSV exemplarisch erwähnten Familienmitgliedern – nicht für eine inhaltliche Einschränkung in dem Sinne, dass eine Umrechnung nur statthaft wäre, wenn anstelle der Assistenzperson nahe Angehörige beigezogen werden, welche die Nächte als Gefälligkeit unentgeltlich abdecken. Auch die in Rz. 4077.1 KSAB vorgesehene Begründungspflicht zielt offensichtlich nicht auf eine diesbezügliche Einschränkung hin, sondern soll vielmehr sicherstellen, dass die Verwaltung den Hilfebedarf überprüfen kann, sollten sich aus dem Verzicht auf die Nutzung der Nachtpauschale Anhaltspunkte gegen die bisherige Annahme einer Unterstützungsbedürftigkeit in der Nacht und damit Indizien für eine revisionsrechtlich relevante Veränderung ergeben.

**3.5.2** Soweit die Beschwerdegegnerin argumentiert, es dürften nur Nächte umgewandelt werden, in denen eine natürliche Person unentgeltlich Hilfe leistet (AB 538/3 Ziff. II lit. c Ziff. 15; Beschwerdeantwort S. 2 lit. C.b Ziff. 4), findet dies weder im Wortlaut (vgl. E. 3.4 hiervor) noch in den Materialien (vgl. E. 3.3 hiervor) eine Grundlage. Der seitens der Beschwerdegegnerin angeführte Art. 43<sup>quinquies</sup> (recte: Art. 42<sup>quinquies</sup>) IVG definiert unter dem Titel "Gedekte Hilfeleistungen" die Assistenzperson zwar als natürliche Person (vgl. auch Rz. 3012 KSAB). Als kumulatives Kriterium wird in lit. b der besagten Bestimmung aber gleichzeitig gefordert, dass die natürliche Person weder mit der versicherten Person verheiratet ist, mit ihr in eingetragener Partnerschaft lebt oder eine faktische Lebensgemeinschaft führt noch in gerader Linie mit ihr verwandt ist. Mit Art. 39i Abs. 2<sup>ter</sup> IVV wird (im weitesten Sinne und indirekt) der Grundsatz durchbrochen, wonach mit dem Assistenzbeitrag nur durch Assistenzpersonen effektiv erbrachte Hilfeleistungen abgedeckt werden sollen (vgl. E. 3.5 hiervor). Dies insoweit, als ein im Rahmen des Abklärungsprozesses für den Assistenzbeitrag an sich nicht erhobener Aufwand am Tag durch den Transfer der Nachtpauschale auf den Tag abgegolten werden kann. Ausgehend davon, dass dieser Aufwand bis anhin von anderen Personen erbracht wurde. Es entspricht nach den Materialien demnach jedenfalls dem Willen des Verordnungsgebers, nachts ausnahmsweise Personen innerhalb der engen Familie einzusetzen, die von vornherein nicht als Assistenzpersonen in Frage kommen (vgl. Erläuterungen des BSV, a.a.O.). Damit ist jedoch nicht gesagt, dass es mit dem Einsatz von Angehörigen für die Anwendung des Art. 39i Abs. 2<sup>ter</sup> IVV sein

Bewenden haben muss. Denn für eine rechtsgleiche Anwendung (vgl. Art. 8 der Bundesverfassung [BV; SR 101]) dieser Bestimmung ist zu beachten, dass es nicht um eine Abgeltung von Leistungen geht, die Angehörige im Rahmen der Schadenminderungspflicht erbringen, wären diese doch so oder anders, ohne dass sie bei der Invalidenversicherung in Anschlag gebracht werden könnten, zu erbringen. Mit der hier zur Diskussion stehenden Bestimmung wurde vielmehr eine Umwandlungsmöglichkeit geschaffen, bei der es keine Rolle spielt, ob die ausserhalb des Assistenzbeitrags in der Nacht erbrachte Leistung entgeltlich oder unentgeltlich erbracht wird. Entscheidend ist einzig, dass die Assistenz in der Nacht der Abklärung der IV entsprechend notwendig ist und tatsächlich erbracht wird, jedoch der IV nicht in Rechnung gestellt wird und diese damit entlastet. Daraus folgend ist deshalb ebenfalls unwesentlich ob die Leistung von Angehörigen oder von Dritten erbracht wird; beachtlich ist unter dem Rechtsgleichheitsgrundsatz allemal, dass wer keine Angehörigen hat, sich in der gleichen Situation wie Personen mit helfenden Angehörigen befinden kann und entsprechend auf ein externes Helfernetzwerk zurückgreifen muss und kann. Auch in Fällen wie dem vorliegenden, wo eine Person nicht auf Angehörige zurückgreifen kann und die Leistung ausserhalb des Assistenzbeitrags entgeltlich bei einem Drittanbieter bezieht, ist deshalb die Umwandlung möglich.

**3.5.3** Vor diesem Hintergrund ist kein Grund ersichtlich, weshalb die nächtliche Hilfe nicht auch ausnahmsweise über eine juristische Person organisiert werden können soll. Diese Stossrichtung ist denn auch mit der ratio legis des mit der IV-Revision 6a neu geschaffenen Versicherungsanspruchs vereinbar (vgl. E. 3.3 hiervoor): Ein selbstbestimmteres Leben zu Hause wird unabhängig davon gefördert, ob ausnahmsweise Familienangehörige für den Nachtdienst einspringen oder ob hierfür bspw. das Angebot eines gemeinnützigen Vereins in Anspruch genommen wird. Anhaltspunkte dafür, dass der durch Nicht-Assistenzpersonen geleistete Nachtdienst in jedem Fall unentgeltlich erfolgt sein muss, ergeben sich weder aus dem Wortlaut noch aus den Materialien der Ausführungsbestimmung. Schranken bilden – wie bereits erwähnt – jedoch die Aspekte der Leistungscoordination sowie die Abgrenzung zum institutionellen Bereich (vgl. E. 3.4 hiervoor und E. 3.5.4 hiernach).

**3.5.4** Im Zusammenhang mit der Leistungscoordination von besonderer Bedeutung sind die Ergänzungsleistungen (EL). So finden sich in den Akten des vorliegenden Verfahrens denn auch verschiedene Hinweise dafür, dass die vom Verein C. \_\_\_\_\_ geleisteten Stunden während der Nacht zwar von der Beschwerdeführerin direkt bezahlt wurden, sie diese jedoch gegenüber den EL (wohl als Krankheits- und Behinderungskosten im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b und 14 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2006 über die Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung [ELG; SR 831.30]) geltend machen konnte (vgl. AB 185 [FAKT 8/58], 464 und IV-Protokoll [in den Gerichtsakten] S. 3, Eintrag vom 30. August 2022). Dies ändert zwar nichts daran, dass die Umwandlung der Nachtpauschale in Tagstunden im Grundsatz möglich bleibt, hat jedoch zur Folge, dass allfällige hierfür gesprochene und ausgerichtete EL, rückabgewickelt werden müssen. Sinn und Zweck des Art. 39i Abs. 2<sup>ter</sup> IVV ist es, eine Umwandlung einzig dann zu ermöglichen, wenn der Nachtdienst unentgeltlich oder jedenfalls nicht vom Gemeinwesen mit EL gegenfinanziert erbracht wurde. Oder anders gesagt: Es sind grundsätzlich drei sich ausschliessende Varianten denkbar: Die primäre Lösung des Gesetzgebers ist, dass der Nachtdienst durch Assistenzpersonen erbracht und durch den Assistenzbeitrag finanziert wird. Daneben kann im Rahmen der zweiten (und vorliegend von der Beschwerdeführerin gewünschten) seit dem 1. Januar 2022 bestehenden Möglichkeit nach Art. 39i Abs. 2<sup>ter</sup> IVV der Nachtdienst von Dritten geleistet werden, ohne dass er von anderen Sozialversicherungsleistungen gedeckt würde, und dafür die Nachtpauschalen auf den Tag verschoben werden. Nicht ausgeschlossen ist schliesslich die dritte Möglichkeit, dass die Leistungen in der Nacht so bezogen werden, dass sie (soweit die entsprechenden zweigspezifischen Voraussetzungen erfüllt sind) über die EL finanziert werden; dann aber ist eine Umwandlung der nicht genutzten Nachtpauschalen in Standardstunden für die Hilfeleistung während des Tages (auch weiterhin) ausgeschlossen. Denn eine Leistungsausweitung innerhalb des Zweigs der ersten Säule in der Weise, dass für den in der Assistenzbeitragsberechnung erhobenen Aufwand in der Nacht EL bezogen werden und parallel dazu der hierfür an sich zugesprochene und vorgesehene IV- bzw. AHV-Assistenzbetrag auf den Tag verschoben wird, hat der Verordnungsgeber mit dem Erlass von Art. 39i Abs. 2<sup>ter</sup> IVV klarerweise nicht gewollt. So sehen denn auch

Art. 14 Abs. 2 ELG i.V.m. Art. 10 Abs. 1 der kantonalen Einführungsverordnung vom 16. September 2009 zum Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (EV ELG; BSG 841.311) ausdrücklich vor, dass der Assistenzbeitrag der IV bzw. der AHV in der EL von den ausgewiesenen Kosten abzuziehen ist. Wie es sich mit allfälligen solchen EL-Zahlungen im vorliegenden Fall tatsächlich verhält, kann aufgrund der diesbezüglich unvollständigen Akten nicht abschliessend beurteilt werden. Dies wird von der Beschwerdegegnerin mit Blick auf eine allfällige Verrechnung bereits ausgerichteter – koordinationsrechtlich aber nachgelagerten – Leistungen vor der Auszahlung intern bei der Abteilung AEL (Ergänzungsleistungen) zu klären sein (vgl. dazu Rz. 10010 ff. KSAB).

**3.6** Damit besteht keine vom Gericht zu füllende Lücke in der bundesrätlichen Regelung und es ist als Zwischenfazit festzuhalten, dass nicht in Rechnung gestellte Pauschalen für den Nachdienst gemäss Art. 39i Abs. 2<sup>ter</sup> IVV immer dann auch während des Tages eingesetzt werden können, wenn die effektiv erbrachte nächtliche Hilfeleistung nicht durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung finanziert wurde (bspw. Spitex) und sich die versicherte Person auch nicht in einer stationären oder teilstationären Institution im Sinne von Art. 42<sup>sexies</sup> Abs. 2 IVG aufhielt.

#### **4.**

**4.1** Unter Berücksichtigung der Auslegung von Art. 39i Abs. 2<sup>ter</sup> IVV ergibt sich für den hier zu beurteilenden Fall das Folgende: Dass es sich beim (im Gegensatz zum Dachverband [vgl. SHAB-Publikation vom 6. Oktober 2022] nicht im Handelsregister figurierenden) gemeinnützigen Verein C.\_\_\_\_\_ (vgl. dazu auch <...>, Rubrik: Menü/Information/Geschäftsstelle/Bern/Verein/Statuten ... Schweiz – Kanton Bern) um eine juristische Person handelt, die nicht als Assistenzperson anerkannt werden könnte, schliesst die Anwendung von Art. 39i Abs. 2<sup>ter</sup> IVV nach dem Dargelegten (vgl. E. 3.5.2 f. hiervor) nicht aus (vgl. AB 538/3 Ziff. II lit. c Ziff. 14). Ferner handelt es sich auch nicht um eine "analoge Institution", welche unter Rz. 4077.2 KSAB zu subsumieren wäre (vgl. AB 538/3 Ziff. II lit. c Ziff. 15).

Der entsprechende Umwandlungs-Ausschluss bezieht sich – wie ebenfalls bereits aufgezeigt (vgl. E. 3.4 hiavor) – offensichtlich auf Art. 42<sup>sexies</sup> Abs. 1 lit. c bzw. Abs. 2 IVG. Es ist weder ersichtlich noch wird seitens der Beschwerdegegnerin substantiiert aufgezeigt, inwiefern es sich beim Verein C.\_\_\_\_\_ um eine Spitex-Organisation bzw. um eine stationäre oder teilstationäre Institution handeln soll. Was unter Letzterem zu verstehen ist, richtet sich in erster Linie nach Art. 3 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2006 über die Institutionen zur Förderung der Eingliederung von invaliden Personen (IFEG; SR 831.26; vgl. MEYER/REICHMUTH, a.a.O., Art. 42<sup>quater</sup> - 42<sup>octies</sup> N. 8; FREY/MOSIMANN/BOLLIGER, AHVG/IVG Kommentar, 2018, Art. 42<sup>octies</sup> N. 4 mit Hinweis auf BGE 140 V 543 E. 3.5.2 S. 554 f.). Der Verein C.\_\_\_\_\_ figuriert nicht in der Datenbank der Interkantonalen Vereinbarung für soziale Einrichtungen (IVSE; vgl. <www.sodk.ch>, Rubrik: IVSE/Datenbank IVSE). Es sind auch keine sachlichen Gründe ersichtlich, welche es rechtfertigen würden, die Vorgaben von Rz. 4077.2 KSAB per analogiam auf den Verein C.\_\_\_\_\_ anzuwenden.

**4.2** Folglich hat die Beschwerdeführerin grundsätzlich Anspruch darauf, die nicht in Rechnung gestellten Nachtpauschalen während des Tages einzusetzen und anzurechnen. Für die nicht beanspruchten Nächte kann sie (konkrete entsprechende Leistungen einer Assistenzperson vorausgesetzt) 3.48 Stunden am Tag zusätzlich in Rechnung stellen (vgl. AB 494/2; Rz. 4013, 4077.1 und Anhang 3 KSAB). Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde. Der angefochtene Einspracheentscheid vom 7. Juli 2023 (AB 538) ist aufzuheben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit sie prüft, ob die zur Umwandlung geltend gemachten Nächte (AB 626/9) sowie die zur Entschädigung gemeldeten zusätzlichen Standardstunden am Tag durch die im Verwaltungsverfahren ins Recht gelegten Unterlagen (AB 528/2-8) hinreichend belegt sind (vgl. dazu auch Rz. 6040.1 f. KSAB) sowie ob und inwieweit eine Leistungscoordination mit den EL (vgl. E. 3.5.4 hiavor) vorzunehmen ist; anschliessend wird sie mit neuer Verfügung eine entsprechende Leistungsabrechnung zu erstellen haben.

## 5.

**5.1** In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AHVG i.V.m. Art. 61 lit. <sup>fbis</sup> ATSG (Umkehrschluss; vgl. auch BBl 2018 1639) sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

**5.2** Die obsiegende Beschwerde führende Person hat Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen (Art. 61 lit. g ATSG).

Gemäss der Praxis des Verwaltungsgerichts wird der Parteikostenersatz bei gemeinnützig tätigen Rechtsberatungsstellen sowie Rechtsschutzversicherungen, Gewerkschaften und Berufsverbänden aufgrund eines allgemeingültigen pauschalisierten Stundenansatzes festgesetzt, welcher im konkreten Fall mit dem gebotenen Aufwand multipliziert wird. Der Stundenansatz wird je nach fachlicher Qualifikation der Vertretung festgelegt, wobei als fachlich qualifizierte Vertretung diejenige durch Juristinnen und Juristen sowie durch eidgenössisch diplomierte Sozialversicherungsexpertinnen und -experten gilt. Als fachlich nicht qualifizierte Vertretung gelten alle übrigen Parteivertreterinnen und -vertreter (vgl. Rundschreiben der Sozialversicherungsrechtlichen Abteilung und der Abteilung für französischsprachige Geschäfte des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 16. Dezember 2009, abrufbar unter <[www.justice.be.ch](http://www.justice.be.ch)>). Im Falle der Vertretung durch eine gemeinnützig tätige Rechtsberatungsstelle im Sinne der Rechtsprechung (BGE 135 I 1 E. 7.4.1 S. 4) wird der Stundenansatz bei einer fachlich qualifizierten Vertretung auf Fr. 130.-- und bei einer fachlich nicht qualifizierten Vertretung auf Fr. 80.-- festgelegt.

Im vorliegenden Fall wird die Beschwerdeführerin durch D.\_\_\_\_\_, Sozialarbeiterin, von B.\_\_\_\_\_ vertreten. Deren Kostennote vom 14. September 2023 ist nicht zu beanstanden. Entsprechend ist die Parteientschädigung auf Fr. 620.-- (7.75 h x Fr. 80.--) festzusetzen (die Mehrwertsteuer und Auslagen werden nicht geltend gemacht). Diesen Betrag hat die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin zu ersetzen.

**Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid der Ausgleichskasse des Kantons Bern vom 7. Juli 2023 aufgehoben und die Sache zum Vorgehen im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin die Parteikosten, gerichtlich bestimmt auf Fr. 620.--, zu ersetzen.
4. Zu eröffnen (R):
  - B. \_\_\_\_\_, z.H. der Beschwerdeführerin
  - Ausgleichskasse des Kantons Bern, Abteilung Leistungen
  - Bundesamt für Sozialversicherungen

Der Kammerpräsident:

Der Gerichtsschreiber:

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.