



Fall-Nr.: EL 2024/17
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: EL - Ergänzungsleistungen
Publikationsdatum: 08.10.2024
Entscheiddatum: 12.09.2024

Entscheid Versicherungsgericht, 12.09.2024

**Art. 14 Abs. 1 lit. b ELG. Art. 4bis ELG/SG. Art. 11 VKB. Art. 12 VKB.
Entschädigung für Pflege und Betreuung zuhause durch einen
Familienangehörigen. Umfang der Entschädigung. Ununterbrochener
„Pikettdienst“ rund um die Uhr (Entscheid des Versicherungsgerichts des
Kantons St. Gallen vom 12. September 2024, EL 2024/17).**

Entscheid vom 12. September 2024

Besetzung

Präsident Ralph Jöhl, Versicherungsrichterinnen Karin Huber-Studerus und Corinne Schambeck; Gerichtsschreiber Tobias Bolt

Geschäftsnr.

EL 2024/17

Parteien

Erben des A.____ sel.,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Fürsprecher lic. iur. Daniel Küng, Anwaltskanzlei St. Jakob,
St. Jakob Strasse 37, 9000 St. Gallen,

gegen



Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen, EL-Durchführungsstelle,
Brauerstrasse 54, Postfach, 9016 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Krankheitskostenvergütung (Ergänzungsleistungen zur IV)

Sachverhalt

A.

A.a. A.____ litt an einer Multiplen Sklerose, weshalb er ab dem 1. September 2002 eine Entschädigung bei einer Hilflosigkeit schweren Grades, ab dem 1. Mai 2011 Ergänzungsleistungen inklusive Vergütungen für private Pflegekosten (Spitexleistungen) und ab dem 1. November 2012 einen Assistenzbeitrag erhielt. Im Juli 2013 erteilte die EL-Durchführungsstelle eine Kostengutsprache für eine private Haushaltshilfe im Umfang von maximal 22 Stunden pro Monat plus vier Stunden pro Jahr für Gross- und Fensterreinigungen. Im April 2019 ersuchte der EL-Bezüger um eine Vergütung von ungedeckten Kosten für 6,5 Stunden Pflege pro Tag als Krankheitskosten. Zur Begründung führte er aus, der Assistenzbeitrag sei plafoniert und reiche deshalb zusammen mit der IV-Rente, der Hilflosenentschädigung und den bisherigen Ergänzungsleistungen nicht aus, um den tatsächlich ausgewiesenen Pflegebedarf zu decken. Das Kantonsspital St. Gallen hatte bereits im August 2018 festgehalten, der EL-Bezüger sei komplett bewegungsunfähig und nicht einmal mehr in der Lage, eine Glocke zu betätigen. Die Ehefrau bewege sich an der maximalen Belastungsgrenze, da der EL-Bezüger mindestens zwei Pflegepersonen benötige, aber nur eine bezahlt werde. Die Ehefrau sei mittlerweile selbst gesundheitlich angeschlagen. Der EL-Bezüger müsse rund um die Uhr betreut werden, da er nicht mehr fähig sei, Lungensekret auszuhusten, sodass eine ständige Erstickungsgefahr bestehe. Im Juli 2019 beauftragte die EL-Durchführungsstelle das Gesundheitsdepartement des Kantons St. Gallen, den Aufwand für die Pflege, Betreuung und Mithilfe im Haushalt zu ermitteln. Die Abklärung wurde am 27. August 2019 durchgeführt. Die Pflegesachverständige hielt in ihrem Bericht vom 29. August 2019 fest, der EL-Bezüger müsse alle zwei Stunden neu im Bett gelagert werden. Die Mobilisation in den Rollstuhl



sei sehr aufwendig. Dafür würden mindestens zwei Personen benötigt. Mindestens viermal pro Stunde müsse Sekret abgesaugt werden. Eine verbale Kommunikation sei nicht möglich. Anhand der Mimik des EL-Bezügers könne aber davon ausgegangen werden, dass er am Geschehen teilnehme und das Gesprochene gut verstehe. Der EL-Bezüger könne sich nicht alleine beschäftigen. Die Alltagsgestaltung richte sich nach seiner Tagesverfassung. Die Assistenzpersonen spielten dabei eine wesentliche Rolle. Alle Tätigkeiten im Haushalt würden durch eine Assistenzperson und die Ehefrau ausgeführt. Die Spitex sei eingebunden. Eine Pflegeperson sei während 30–40 Minuten pro Tag anwesend und mache Bewegungsübungen. Nachts betreue die Ehefrau den EL-Bezüger alleine. Geschehe etwas Unvorhergesehenes, könne sie spontan eine Assistenzperson aufbieten. Durchschnittlich benötige der EL-Bezüger pro Monat 271 Stunden Pflege und Betreuung, eine Stunde Alltagsbegleitung (die in dieser Berechnung „sicher zu kurz“ komme) und 24 Stunden hauswirtschaftliche Leistungen. Die Präsenzzeit tagsüber und in der Nacht sei nicht eingerechnet. Mit einer Verfügung vom 4. November 2019 wies die EL-Durchführungsstelle das Leistungsbegehren vom 12. April 2019 mit der Begründung ab, der ausgewiesene Pflegebedarf sei durch den Assistenzbeitrag, die Hilflosenentschädigung und die Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung weitestgehend abgedeckt; der Ehefrau sei es zumutbar, den übrigen Pflegeaufwand zu leisten (vgl. zum Ganzen die Sachverhaltsdarstellung im Entscheid EL 2022/2 des St. Galler Versicherungsgerichtes vom 15. Juli 2022, A.a–c).

A.b. Der EL-Bezüger liess eine Einsprache gegen die Verfügung vom 4. November 2019 erheben und geltend machen, seine Ehefrau sei nicht in der Lage, einen Zusatzaufwand zu leisten, da sie selber schon seit Wochen krank sei. Er liess entsprechende Arztzeugnisse einreichen. Nachdem sie weitere Abklärungen getätigt hatte, widerrief die EL-Durchführungsstelle die Verfügung vom 4. November 2019; das Einspracheverfahren wurde als gegenstandslos abgeschlossen. Mit einer Verfügung vom 18. Januar 2021 sprach sie dem EL-Bezüger 4'980 Franken für direkt angestelltes Pflegepersonal in der Zeit von September bis Dezember 2019 zu. Zur Begründung hielt sie fest, der von der Ehefrau zu leistende, sozialversicherungsrechtlich ungedeckte Pflegeaufwand betrage rund zwei Stunden pro Tag. In den Monaten September bis Dezember 2019 habe die Ehefrau krankheitsbedingt diese Pflege nicht erbringen können, weshalb ein Anspruch auf eine Vergütung der in jenem Zeitraum von Dritten erbrachten zusätzlichen Pflegeleistungen bestehe. Der EL-Bezüger liess am 17. Februar 2021 eine Einsprache gegen diese Verfügung erheben. Am 7. Oktober 2021



verstarb er. Am 22. Oktober 2021 erklärten die Erben, dass sie an der Einsprache festhielten. Mit einem Entscheid vom 29. November 2021 wies die EL-Durchführungsstelle die Einsprache mit der Begründung ab, bei richtiger Berechnung sei der Pflegeaufwand komplett abgedeckt gewesen, weshalb die am 18. Januar 2021 verfügte Zusprache von 75×2 Stunden Pflegekosten für die Zeit von September bis Dezember 2019 rechtswidrig sei. Angesichts der Komplexität der Sachlage könne es aber „dabei sein Bewenden haben“, denn die angefochtene Verfügung sei „zwar rechtsfehlerhaft, aber wohl nicht offensichtlich unrichtig“. Angesichts des „grossen Interesses an einem das Verfahren abschliessenden materiellen Entscheid“ sei ausnahmsweise von einer *reformatio in peius* abzusehen (vgl. zum Ganzen die Sachverhaltsdarstellung im Entscheid EL 2022/2 des St. Galler Versicherungsgerichtes vom 15. Juli 2022, A.d–g).

A.c. Mit einem Entscheid vom 15. Juli 2022 hob das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen den Einspracheentscheid vom 29. November 2021 auf; es wies die Sache zur weiteren Sachverhaltsabklärung an die EL-Durchführungsstelle zurück (Entscheid EL 2022/2 vom 15. Juli 2022). Das Gericht hielt fest, der Abklärungsbericht des Gesundheitsdepartementes vom 29. August 2019 sei überzeugend und belege folglich mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, dass sich der monatliche Aufwand für die Pflege und Betreuung, für die Alltagsbegleitung und für die hauswirtschaftlichen Leistungen auf $271 + 1 + 24 = 296$ Stunden pro Monat belaufen habe. Dem Bericht lasse sich allerdings entnehmen, dass die Präsenzzeiten tagsüber und in der Nacht nicht eingerechnet worden seien. Die Sachverständige sei wohl davon ausgegangen, dass die Ehefrau des EL-Bezügers gewissermassen „gratis“ rund um die Uhr zur Verfügung stehe. Diese Auffassung sei nicht haltbar, denn augenscheinlich könne es dem Ehegatten eines schwer pflegebedürftigen Versicherten nicht zugemutet werden, rund um die Uhr einen (enormen) Pflege- und Betreuungsaufwand zu leisten, ohne dafür eine Entschädigung zu erhalten. Der Aufwand der Ehefrau hätte also zwingend mit berücksichtigt werden müssen, wobei darauf hinzuweisen sei, dass bei nicht planbaren Massnahmen, die eine stetige Bereitschaft einer Pflegeperson erforderten, die zwischen den einzelnen Massnahmen liegenden Zeitabschnitte nach der bundesgerichtlichen Auffassung als pflegebedingt zu betrachten und folglich ebenfalls zu entschädigen seien. Der ermittelte Pflegebedarf von 296 Stunden pro Monat könne allerdings nicht unbesehen um 730 Stunden pro Monat (= $365 \text{ Tage/Jahr} \times 24 \text{ Stunden/Tag} \div 12 \text{ Monate/Jahr}$) erhöht werden, da er



bereits einen Teil des von der Ehefrau geleisteten Aufwandes, insbesondere das regelmässige Absaugen (im Durchschnitt viermal pro Stunde; 44,8 Stunden pro Monat), beinhalte. Der knapp gehaltene Abklärungsbericht vom 29. August 2019 enthalte keine Ausführungen, die es erlauben würden, den von der Sachverständigen berücksichtigten Anteil der Ehefrau am gesamten Pflege- und Betreuungsaufwand von 296 Stunden pro Monat mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit abzugrenzen. Dieser Anteil von x Stunden müsste aber bekannt sein, damit über das Leistungsbegehren entschieden werden könnte, denn der vergütungspflichtige Gesamtaufwand belaufe sich auf $296 + 730 - x$ Stunden, wovon natürlich nur jener Teil durch Ergänzungsleistungen zu decken sei, der nicht bereits durch den Assistenzbeitrag, die Hilflosenentschädigung und die Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung abgedeckt sei. Die EL-Durchführungsstelle werde deshalb die Sachverständige des Gesundheitsdepartementes auffordern, den Bericht vom 29. August 2019 so zu ergänzen, dass auch die Präsenzzeiten der Ehefrau vollumfänglich berücksichtigt seien.

A.d. Am 20. Oktober 2022 forderte die EL-Durchführungsstelle die Sachverständige des Gesundheitsdepartementes des Kantons St. Gallen auf anzugeben (act. G 3.6.17), wie hoch der Stundenaufwand unter Berücksichtigung der vom Versicherungsgericht erwähnten Präsenzzeiten im Sinne eines erforderlichen Pflege- und Betreuungsaufwandes einzuschätzen sei. Sie wies darauf hin, dass das Versicherungsgericht offenbar davon ausgegangen sei, die „notwendigen (möglichen) Präsenzzeiten tagsüber und in der Nacht“ seien nicht berücksichtigt worden. Dabei habe sich das Gericht auf das Urteil des Bundesgerichtes 9C_46/2017 vom 6. Juni 2017, E. 3.2, bezogen. Im Abklärungsbericht sei ersichtlich, dass ein Aufwand von 44,8 Stunden pro Monat für das regelmässige Absaugen in den 271 Stunden enthalten sei. Am 25. Oktober 2022 sandte die EL-Durchführungsstelle der Sachverständigen eine Kopie des Urteils EL 2022/2 vom 15. Juli 2022 zu (act. G 3.6.13). Die Sachverständige antwortete am 11. November 2022 (act. G 3.6.12), die Bedarfseinschätzung vom 29. August 2019 beschränke sich auf „objektivierbare Pflege- und Betreuungstätigkeiten“. Wie beschrieben seien die Alltagsbeschäftigung und die Präsenzzeiten tagsüber und in der Nacht „nicht eingerechnet, da diese nicht objektivierbar“ seien. „Klar festzuhalten“ sei, dass der EL-Bezüger nicht alleine hätte in der Wohnung bleiben können und dass „jederzeit eine Person, besonders zum Absaugen, verfügbar“ habe sein müssen. Vor diesem Hintergrund „könnte man von einer erforderlichen 24h Präsenz“ ausgehen.



Allerdings habe „die Präsenzzeit durchaus auch für andere Dinge genutzt“ werden können. Die „Präsenzperson“ habe nicht „in jedem Moment“ neben dem EL-Bezüger stehen müssen. Die gewählte Betreuungsform (zu Hause) sei nicht der ökonomischen Betreuungseffizienz, sondern der Lebensqualität geschuldet gewesen. Die Aufgabe des Gesundheitsdepartementes sei die Festlegung des Pflege- und Betreuungsaufwandes, der durch Familienangehörige oder die Spitex erbracht werde. Welcher Aufwand „nun abrechnungsrelevant“ sei, könne „an dieser Stelle“ nicht entschieden werden.

A.e. Die EL-Durchführungsstelle gewährte den Erben des EL-Bezügers am 25. November 2022 eine Möglichkeit zur Stellungnahme zu diesen Ausführungen der Sachverständigen (act. G 3.6.7). Diese verzichteten einstweilen auf eine Stellungnahme (act. G 3.6.6). Mit einem Entscheid vom 12. Dezember 2022 wies die EL-Durchführungsstelle „das Leistungsbegehren um Vergütung von ungedeckten Kosten für direkt angestelltes Pflegepersonal betreffend die Zeitperiode von Januar 2018 bis zum 18. Januar 2021“ ab (act. G 3.6.5). Zur Begründung führte sie an, nach der gerichtlichen Rückweisung zur weiteren Sachverhaltsabklärung habe nach wie vor eine offene Ausgangslage bestanden. Die Rechts- und Sachlage habe sich nicht als unverrückbar präsentiert; der Rückweisungsentscheid habe den Entscheidungsspielraum nicht in dem Masse eingeschränkt, dass nur noch eine Umsetzung des vom Versicherungsgericht Angeordneten in Frage gekommen wäre. Für den von der Ehefrau des EL-Bezügers geleisteten Aufwand an Pflege und Betreuung könne eine Kostenvergütung nicht in Betracht fallen, weil die Ehefrau in die EL-Anspruchsberechnung eingeschlossen gewesen sei und weil sie durch die Pflege und Betreuung keine länger dauernde, wesentliche Erwerbseinbusse erlitten habe. Die Voraussetzungen des Art. 12 VKB (sGS 351.53) seien also nicht erfüllt gewesen. Gemäss den Einsatzrapporten der Assistenzpersonen für die Monate Januar bis Dezember 2020 (vgl. act. G 3.6.9) hätten die drei angestellten Assistenzpersonen regelmässig alternierend Nachteinsätze geleistet, die jeweils spätestens um zwei Uhr morgens geendet hätten. Eine Abdeckung der ganzen Nacht durch eine Assistenzperson scheine damit weder gewollt noch erforderlich gewesen zu sein. Während der Anwesenheit einer Assistenzperson sei keine andauernde Präsenz der Ehefrau erforderlich gewesen. Die Ehefrau habe sich in diesen Zeiten etwas erholen und verpassten Schlaf nachholen können. Auch während den nächtlichen Präsenzzeiten habe sie nicht ständig wach sein müssen. Diese Aspekte habe das Versicherungsgericht zu Unrecht ausser Acht gelassen. Der massgebende Pflege- und



Betreuungsaufwand sei vollumfänglich durch die Hilflosenentschädigung, den Assistenzbeitrag und die Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung abgedeckt gewesen. Die am 18. Januar 2021 verfügte Entschädigung für die Zeit von September bis Dezember 2019 erweise sich damit als rechtswidrig. Das Leistungsbegehren hätte abgewiesen werden müssen. Im Interesse einer beförderlichen Verfahrenserledigung sei der Entscheid direkt mittels eines Einspracheentscheides zu eröffnen.

B.

B.a. Die Erben des EL-Bezügers (nachfolgend: die Beschwerdeführer) liessen am 15. Dezember 2022 eine Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vom 12. Dezember 2022 erheben (act. G 1). Mit einem Entscheid vom 6. Juli 2023 (EL 2022/35) hob das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen den Einspracheentscheid auf. Es hielt fest, der relevante Pflege- und Betreuungsaufwand könne nur näherungsweise geschätzt werden. Er habe unter Würdigung aller Umstände mindestens 290 Stunden pro Monat betragen, womit bei einem Ansatz von 25 Franken pro Stunde ein Anspruch auf einen Jahresbetrag von 87'000 Franken bestanden hätte. Der massgebende fiktive Erwerbsausfall der Ehefrau des Beschwerdeführers habe aber nur rund 45'000 Franken pro Jahr betragen. Das Versicherungsgericht wies die Sache zur Neuberechnung der Ergänzungsleistung unter Berücksichtigung der Entschädigung für die Pflege und Betreuung des EL-Bezügers an die EL-Durchführungsstelle (nachfolgend: die Beschwerdegegnerin) zurück. Bezüglich der von der Beschwerdegegnerin aufgeworfenen Frage, ob die in die Anspruchsberechnung einbezogene Ehefrau überhaupt einen Entschädigungsanspruch haben könne, hielt es fest, der Art. 12 Abs. 1 VKB beruhe auf einer offensichtlichen Fehlüberlegung, denn der pflegende und betreuende Familienangehörige sei durch den Einschluss in die Anspruchsberechnung nicht bereits ausreichend für seinen Pflege- und Betreuungsaufwand entschädigt. Zudem führe die Zusprache einer angemessenen Entschädigung nicht zu einem „Nullsummenspiel“, denn die Entschädigung müsse zwar als Einnahme des pflegenden Familienangehörigen berücksichtigt werden, aber nur zu zwei Dritteln, nämlich als sogenannt „privilegiertes“ Erwerbseinkommen. Die Anwendung des Art. 12 Abs. 1 VKB führe zu einer sachlich durch nichts zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung von gleich gelagerten Fällen und damit zu einem gesetzes- und verfassungswidrigen



St.Galler Gerichte

Ergebnis. Die Frage, ob die pflegende und betreuende Person in die Anspruchsberechnung eingeschlossen sei, dürfe deshalb keine Rolle spielen.

B.b. Das Bundesgericht hob den Entscheid des St. Galler Versicherungsgerichtes mit einem Urteil vom 6. März 2024 auf (8C_499/2023). Es hielt fest, die Ehefrau des EL-Bezügers habe aufgrund der gemeinsamen Anspruchsberechnung von einem um etwa 10'000 Franken höheren Lebensbedarf und von der Berücksichtigung ihrer Krankenkassenprämie profitiert. Zudem hätte sie ihre eigenen Krankheitskosten geltend machen können. Von all diesen Vorteilen hätte sie nicht profitiert, wenn sie getrennt vom EL-Bezüger gelebt hätte. Entgegen der Auffassung des St. Galler Versicherungsgerichtes sei eine unterschiedliche Behandlung zwischen gemeinsam und getrennt lebenden Ehegatten also sachlich durchaus gerechtfertigt. Da ihr kein hypothetisches Erwerbseinkommen angerechnet worden sei, müsse ihr Pflegeaufwand als abgegolten qualifiziert werden. Sie könne keinen Anspruch auf eine zusätzliche Entschädigung haben. Die Sache sei zur neuen Entscheidung an das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen zurückzuweisen.

Erwägungen

1.

Da sich das Urteil des Bundesgerichtes darauf beschränkt hat, die einzige vom Versicherungsgericht am angefochtenen Einspracheentscheid vom 12. Dezember 2022 vorgenommene Korrektur zu beseitigen, ist nicht einzusehen, weshalb das Bundesgericht nicht seiner eigenen Praxis folgend den Einspracheentscheid „bestätigt“, sondern die Sache zur neuen Entscheidung an das Versicherungsgericht zurückgewiesen hat. Dem Versicherungsgericht bleibt angesichts der verbindlichen Vorgaben im Urteil des Bundesgerichtes nun nämlich nichts anderes übrig, als eine Entschädigung für die geleistete Pflege und Betreuung gestützt auf den Art. 12 Abs. 1 VKB mit der Begründung zu verweigern, die Ehefrau des EL-Bezügers sei bereits hinlänglich für ihren Pflege- und Betreuungsaufwand entschädigt worden. Für die nicht durch andere Sozialversicherungsleistungen abgedeckten mindestens 290 Stunden pro Monat, in denen sie ihren Ehemann gepflegt und betreut habe, habe sie nämlich bereits die vom Bundesgericht als überaus grosszügig bemessen (!) qualifizierte Summe von rund 15'000 Franken pro Jahr (entsprechend höhere Lebensbedarfspauschale plus Krankenkassenprämie) erhalten. Das entspricht immerhin einem Stundenansatz von (maximal) 4.30 (!) Franken (= 15'000 Franken ÷ [290 × 12] Stunden). Zu prüfen bleibt ausschliesslich, ob ein Anspruch auf eine Entschädigung für direkt angestelltes



Pflegepersonal für die Zeit vom 26. September 2019 bis zum 9. Dezember 2019 besteht, in der es der Ehefrau krankheitsbedingt nicht möglich gewesen ist, ihren Ehemann zu pflegen und zu betreuen. Da sich das Bundesgericht zu den entsprechenden Ausführungen im Entscheid EL 2022/35 des St. Galler Versicherungsgerichtes vom 6. Juli 2023 nicht geäussert hat, ist nach dem Grundsatz „qui tacet, consentire videtur“ davon auszugehen, dass es diesen zugestimmt hat.

2.

2.1. Massgebend für die Beantwortung der Frage nach einem Entschädigungsanspruch für die Zeit vom 26. September 2019 bis zum 9. Dezember 2019 ist der Pflege- und Betreuungsaufwand, den die Ehefrau des EL-Bezügers in jenem Zeitraum krankheitsbedingt nicht (mehr oder weniger „gratis“) hat übernehmen können. Im Auftrag der Beschwerdegegnerin hat eine Pflegefachperson des Gesundheitsdepartementes am 27. August 2019 eine Abklärung im Sinne des Art. 11 Abs. 2 VKB durchgeführt. Sie hat die Situation in ihrem Abklärungsbericht vom 29. August 2019 anschaulich geschildert. Die umfangreichen medizinischen Akten und Sachverhaltsdarstellungen der Familie des EL-Bezügers enthalten keine Hinweise, die Zweifel an der Zuverlässigkeit der Sachverhaltsschilderung im Abklärungsbericht vom 29. August 2019 wecken würden. Das Ergebnis der Abklärung hinsichtlich des notwendigen zeitlichen Pflege- und Betreuungsbedarfs deckt sich mit jenen, die die Abklärungen der IV-Stelle im Zusammenhang mit dem Assistenzbedarf ergeben haben. Auch wenn sich der Zustand des EL-Bezügers in den letzten Jahren bis zu seinem Tod laufend weiter verschlechtert hat, ist der Pflege- und Betreuungsaufwand im Wesentlichen während des gesamten hier massgebenden Zeitraums unverändert hoch gewesen. Bereits im Juli 2017 hatte die Klinik für Neurologie des Kantonsspitals St. Gallen den EL-Bezüger nämlich als vollständig hilflos bezeichnet und festgehalten, er sei unfähig zu essen, zu schlucken oder zu kommunizieren. Bei einer Abklärung vor Ort im Rahmen eines Revisionsverfahrens betreffend den Assistenzbeitrag hatte eine Sachbearbeiterin der IV-Stelle im Oktober 2017 einen Assistenzbedarf von 307,17 Stunden und einen Pauschalbedarf für Nachteinsätze von 30,42 Stunden pro Monat ermittelt. An diesem enormen Pflege- und Betreuungsbedarf hat sich in den Jahren danach nur noch wenig geändert, weil der EL-Bezüger damit bereits im Jahr 2017 eine maximale Pflege und Betreuung benötigt hatte. Der von der Pflegesachverständigen des Gesundheitsdepartementes ermittelte monatliche Zeitaufwand von 271 Stunden für Pflege und Betreuung, einer Stunde für die Alltagsbegleitung und 24 Stunden für hauswirtschaftliche Leistungen erweist sich damit als überzeugend und für den hier massgebenden Zeitraum beweiskräftig.

2.2. Dem Abklärungsbericht vom 29. August 2019 lässt sich allerdings entnehmen, dass die von der Ehefrau geleistete Pflege und Betreuung nur teilweise berücksichtigt



worden ist, denn die Sachverständige hat zwar eingeräumt, dass die Ehefrau rund um die Uhr für Pflege- und Betreuungsleistungen zur Verfügung stehen und – unter anderem – mindestens viermal *pro Stunde* Lungensekret absaugen musste, ohne auf eine Aufforderung des EL-Bezügers warten zu können, da dieser nicht mehr in der Lage war zu kommunizieren. Aber die Sachverständige ist davon ausgegangen, die Ehefrau leiste diese Pflege und Betreuung „gratis“ respektive habe keinen Anspruch auf eine Entschädigung für ihren ununterbrochenen „Pikettdienst“. Sie hat deshalb nur den zeitlichen Aufwand für jene Vorkehren berücksichtigt, der dem Ausführen der einzelnen, aus ihrer Sicht entschädigungspflichtigen Verrichtungen (insb. dem Absaugen) entsprochen hat. Das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen hat in seinem Urteil EL 2022/2 vom 15. Juli 2022 festgehalten, dass auch der gesamte „Pikettdienst“ der Ehefrau als relevanter, das heisst entschädigungspflichtiger Pflege- und Betreuungsaufwand hätte berücksichtigt werden müssen, wobei es auf die entsprechende Auffassung des Bundesgerichtes verwiesen hat (Urteil des Bundesgerichtes 9C_46/2017 vom 6. Juni 2017, E. 3.2, mit Hinweisen). Da sich anhand des (knapp gehaltenen) Abklärungsberichtes vom 29. August 2019 die Fragen nicht beantworten lassen, wie hoch der Gesamtaufwand gewesen ist und welchen Anteil davon die Sachverständige im von ihr ermittelten, aus ihrer Sicht entschädigungspflichtigen Aufwand von 296 Stunden pro Monat bereits berücksichtigt hatte, hat das Versicherungsgericht die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen und diese angehalten, die Sachverständige zu einer entsprechenden Ergänzung ihres Abklärungsberichtes aufzufordern. Dieser verbindlichen gerichtlichen Anordnung ist die Beschwerdegegnerin zwar rein formal gesehen nachgekommen, indem sie eine entsprechende Rückfrage an die Sachverständige gerichtet und deren Antwort vom 11. November 2022 dann zu den Akten genommen hat. Die Antwort der Sachverständigen vom 11. November 2022 ist aber offenkundig nicht geeignet gewesen, die offenen Fragen zu beantworten. Die Sachverständige hat den von der Ehefrau geleisteten „Pikettdienst“ nämlich kurzerhand als „nicht objektivierbar“ bezeichnet, ohne eine Begründung für diese Behauptung zu liefern. Gleich im nächsten Satz hat sie dann aber eingeräumt, dass der EL-Bezöger nicht alleine habe in der Wohnung bleiben können und dass deshalb jederzeit eine Person habe verfügbar sein müssen. Vor diesem Hintergrund „könnte man“ von einer ununterbrochenen Präsenz ausgehen. Allerdings habe die Präsenzperson „nicht in jedem Moment“ neben dem EL-Bezöger stehen müssen und die Präsenzzeit deshalb „durchaus auch für andere Dinge“ nutzen können. Diese vagen und in Bezug auf die eigentliche Fragestellung gehaltenen Ausführungen hat die Sachverständige mit dem lakonischen Hinweis „abgerundet“, „an dieser Stelle“ könne nicht „entschieden werden, welcher Aufwand nun abrechnungsrelevant“ sei. Die Beschwerdegegnerin hat auf den fehlenden Erkenntniswert dieser Abklärung nicht damit reagiert, dass sie eine Abklärungsergänzung initiiert hat. Sie hat sich vielmehr auf den Standpunkt gestellt,



das Urteil EL 2022/2 des Versicherungsgerichtes vom 15. Juli 2022 enthalte in Bezug auf die Rechtsanwendung keine verbindlichen Anweisungen, weshalb es ihr frei stehe, erneut die – rechtswidrige – Auffassung zu vertreten, dass der Ehefrau ja ohnehin keine Entschädigung zustehen könne, weil sie in die EL-Anspruchsberechnung eingeschlossen sei und keine länger dauernde Erwerbseinbusse erleide, sodass die vom Versicherungsgericht angeordnete Abklärung überflüssig sei. Damit hat die Beschwerdegegnerin ihre Untersuchungspflicht (Art. 43 Abs. 1 ATSG) erneut verletzt, denn offenkundig hat die Sachverhaltsabklärung nicht mit einer unzureichenden Aussage der Sachverständigen abgeschlossen werden können. An sich müsste der angefochtene Einspracheentscheid aufgehoben und die Sache müsste erneut zur weiteren Sachverhaltsabklärung an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen werden. Gerichtsnotorisch würde aber auch diese zweite Rückweisung die Qualität der Sachverhaltsermittlung nicht verbessern, zumal die Beschwerdegegnerin klar kommuniziert hat, dass sie nicht gewillt ist, den Sachverhalt ausreichend abzuklären.

2.3. Von weiteren Abklärungen im Gerichtsverfahren kann kein Erkenntnisgewinn erhofft werden. Ein Gerichtsgutachten kann nicht in Auftrag gegeben werden, weil der EL-Bezüger verstorben ist. Von einer Befragung der Ehefrau kann nach so langer Zeit keine ausreichend verlässliche Aussage erwartet werden, zumal die Angaben der Ehefrau möglicherweise durch prozesstaktische Überlegungen beeinflusst sein könnten. Damit bleibt nichts anderes übrig, als den zusätzlichen Zeitaufwand für den „Pikettdienst“ ausgehend von den bereits vorhandenen Akten so gut wie möglich zu ermitteln. Eine ununterbrochene Betreuung rund um die Uhr durch eine einzelne Person nimmt pro Monat 730 Stunden in Anspruch ($= 24 \text{ h/d} \times 365 \text{ d/a} \div 12 \text{ m/a}$). Gemäss der überzeugenden Berechnung in der E. 5.3 des angefochtenen Einspracheentscheides hat der für die Pflege und Betreuung massgebende Anteil des Assistenzbeitrages 290,42 Stunden pro Monat abgedeckt, worin der Gegenwert der Hilflosenentschädigung (57,14 Stunden pro Monat) und die Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung für die Spitex (14,43 Stunden pro Monat) bereits enthalten gewesen sind. Der „reine“ Assistenzbeitrag hätte also $290,42 - 57,14 - 14,43 = 218,85$ Stunden pro Monat abgedeckt, wenn er zwölfmal pro Jahr ausgerichtet worden wäre. Er ist aber nur elfmal pro Jahr zugesprochen worden und hat deshalb effektiv nur $218,85 \times 11 \div 12 = 200,61$ Stunden pro Monat abgedeckt. Zusammen mit der (zwölfmal pro Jahr ausgerichteten) Hilflosenentschädigung und den (zwölfmal pro Jahr ausgerichteten) Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung hat der Assistenzbeitrag folglich $200,61 + 57,14 + 14,43 = 272,18$ Stunden pro Monat abgedeckt. Für eine Pflege und Betreuung rund um die Uhr haben damit noch $730 - 272,18 = 457,82$ Stunden gefehlt. Selbst eine diese fehlenden Stunden abdeckende Entschädigung hätte aber noch nicht ausgereicht, weil zahlreiche Pflege- und Betreuungsleistungen den Einsatz von zwei, teilweise sogar von drei



Assistenzpersonen gleichzeitig erfordert haben, wie sich der „Pflegebedarfserhebung“ des Zentrums B. ___ vom 11. November 2018 entnehmen lässt (vgl. act. G 3.1.80–17). Stellt man auf die dort erwähnten Zahlen ab, ist davon auszugehen, dass während drei Stunden pro Tag zwei und während einer Stunde pro Tag sogar drei Assistenzpersonen gleichzeitig haben anwesend sein müssen. Das ergibt einen Zusatzaufwand von vier Stunden pro Tag respektive von 121,67 Stunden pro Monat (= $4 \text{ h/d} \times 365 \text{ d/a} \div 12 \text{ m/a}$). Vom für eine Pflege und Betreuung rund um die Uhr notwendigen Aufwand sind also monatlich $457,82 + 121,67 = 579,49$ Stunden *nicht* gedeckt gewesen. Da es allerdings auch bei einem ununterbrochenen „Pikettdienst“ nach der allgemeinen Lebenserfahrung durchaus möglich ist, gewisse Erledigungen nebenbei zu verrichten, kann nicht der gesamte Zeitbedarf von 579,49 Stunden berücksichtigt werden. Der relevante Anteil beträgt mit überwiegender Wahrscheinlichkeit wenigstens die Hälfte, also 290 Stunden pro Monat respektive 3'480 Stunden pro Jahr.

2.4. Die Ehefrau des Beschwerdeführers hat diesen Aufwand in der Zeit vom 26. September 2019 bis zum 9. Dezember 2019 vorübergehend nicht selbst („gratis“) übernehmen können, weil sie in dieser Zeit dazu krankheitsbedingt nicht in der Lage gewesen sind. Für den insgesamt $5 + 31 + 30 + 9 = 75$ Tage umfassenden Zeitraum hat die ungedeckte Pflege und Betreuung folglich durch direkt angestelltes Pflegepersonal geleistet werden müssen. Die Beschwerdegegnerin hat den Wert dieser Pflegeleistungen anhand eines pauschalen Stundensatzes, den sie mit einer ebenfalls pauschal „ermittelten“ Stundenzahl multipliziert hat, errechnet. Damit hat sie ihre Untersuchungspflicht (Art. 43 Abs. 1 ATSG) verletzt. Massgebend kann nicht ein Pauschalbetrag, sondern nur jener Betrag sein, der dem Versicherten effektiv in Rechnung gestellt worden ist. In der Erwartung, dass die Beschwerdegegnerin wenigstens dieses Sachverhaltselement sorgfältig abklären wird, ist die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Die Beschwerdegegnerin wird in Erfahrung bringen, wer die notwendige Zusatzpflege im hier massgebenden Zeitraum geleistet hat, wie viele Stunden dafür aufgewendet worden sind, wie hoch der effektive Stundensatz gewesen ist und welcher Betrag letztlich in Rechnung gestellt worden ist. Diesen Betrag wird sie den Beschwerdeführern vergüten.

3.

Nach der Auffassung des Bundesgerichtes müsste in dieser Situation eine *reformatio in peius* angedroht werden, weil das wieder aufzunehmende Verwaltungsverfahren möglicherweise mit einem tieferen oder gar keinem Anspruch der Beschwerdeführer enden könnte. Eine solche Androhung einer *reformatio in peius* wäre aber sinnlos, da der Ausgang des wieder aufzunehmenden Verwaltungsverfahrens im jetzigen Zeitpunkt



noch so offen ist, dass sich das Gericht bei einem Hinweis auf eine mögliche reformatio in peius gar nicht zur Höhe des Risikos, dass das Ergebnis der Sachverhaltsabklärung sich für die Beschwerdeführer nachteilig auf deren Anspruch auswirken würde, äussern könnte. In dieser Situation wäre die Androhung einer reformatio in peius ein reiner Formalismus, denn sie würde die Beschwerdeführer nicht einmal annähernd in die Lage versetzen, sich rational für oder gegen einen Rückzug der Beschwerde zu entscheiden. Hinzu kommt, dass das Bundesgericht in seinem Leitentscheid BGE 137 V 314 selbst festgehalten hat, die blossе Möglichkeit einer Schlechterstellung infolge der Aufhebung der rentenzusprechenden Verfügung und Rückweisung zur Sachverhaltsergänzung stelle keinen Anwendungsfall des Art. 61 lit. d ATSG dar. Damit steht fest, dass die Situation eines Beschwerdeführers, der mit einem in peius reformatioischen Entscheid rechnen muss, nicht mit jener eines Beschwerdeführers verglichen werden kann, der möglicherweise einen kassatorischen Entscheid erhalten wird. Die Behauptung des Bundesgerichtes, die verfassungskonforme Auslegung des Art. 61 lit. d ATSG zwingt zur Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Art. 61 lit. d ATSG überzeugt deshalb nicht, denn das Gleichbehandlungsgebot gebietet nicht, sondern *verbietet* vielmehr die Gleichbehandlung von Ungleichen. Das Versicherungsgericht hat deshalb bewusst davon abgesehen, den Beschwerdeführern die Möglichkeit zum Rückzug der Beschwerde einzuräumen.

4.

Dieser Verfahrensausgang gilt praxisgemäss als ein vollständiges Obsiegen der Beschwerdeführer. Gerichtskosten sind nicht zu erheben (Art. 61 lit. f^{bis} ATSG). Die obsiegenden Beschwerdeführer haben einen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Der erforderliche Vertretungsaufwand ist unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der massgebende Sachverhalt dem Rechtsvertreter aus dem vorangegangenen Verfahren EL 2022/2 bereits bestens bekannt gewesen ist und dass nur noch wenige neue Akten dazu gekommen sind, als deutlich unterdurchschnittlich zu qualifizieren. Die Parteientschädigung wird deshalb auf 1'750 Franken (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer) festgesetzt, was der Hälfte der praxisgemäss für einen durchschnittlich aufwendigen EL-Fall ausgerichteten Pauschale entspricht.

Entscheid

1.

Die Sache wird zur Fortsetzung des Verwaltungsverfahrens im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.



St.Galler Gerichte

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Die Beschwerdegegnerin hat die Beschwerdeführer mit 1'750 Franken zu entschädigen.