



**Fall-Nr.:** IV 2011/268  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** IV - Invalidenversicherung  
**Publikationsdatum:** 19.06.2020  
**Entscheiddatum:** 16.11.2012

### **Entscheid Versicherungsgericht, 16.11.2012**

**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).**

Entscheid Versicherungsgericht, 16.11.2012

Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterin Karin Huber-Studerus,  
Versicherungsrichter Joachim Huber; Gerichtsschreiber Ralph Jöhl

#### **Entscheid vom 16. November 2012**

in Sachen

A.\_\_\_\_,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Christof Steger, Kriessernstrasse 40,  
9450 Altstätten,

gegen

IV-Stelle des Kantons St. Gallen, Postfach 368, 9016 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,



betreffend

medizinische Massnahmen (pflegerische Massnahmen)

Sachverhalt:

A.

A.a A.\_\_\_\_ leidet an einer Tetraspastik bei corticaler und subcorticaler Hirnatrophie, an einem Strabismus convergens, an einem Astigmatismus hyperopicus compositus/retinale Degeneration, an einer schweren psychomotorischen Entwicklungsretardierung und an einer symptomatischen Epilepsie bei Hirnatrophie (IV-act. 91). Ihr wurde eine Entschädigung für eine Hilflosigkeit mittleren Grades ausgerichtet. Im Rahmen eines Revisionsverfahrens ermittelte die IV-Stelle eine schwergradige Hilflosigkeit und einen zeitlichen Mehraufwand (inklusive persönliche Überwachung) von 8 Std. 23 Min. (IV-act. 135). Mit einer Verfügung vom 5. Februar 2006 sprach die IV-Stelle der Versicherten eine Entschädigung bei einer schwergradigen Hilflosigkeit und einen Intensivpflegezuschlag bei einem Betreuungs(mehr)aufwand zuhause von mindestens acht Stunden pro Tag zu. Die Leistungszusprache für schwere Hilflosigkeit war befristet bis 31. Oktober 2011 (IV-act. 145). Der Vater der Versicherten ersuchte am 28. Juni 2010 um eine Neuurteilung der laufenden Hilflosenentschädigung, weil er für seine Tochter Dienstleistungen der Kinder-Spitex beantragt habe (IV-act. 229). Die IV-Stelle wollte von ihm wissen, was sich am Gesundheitszustand der Versicherten geändert habe (IV-act. 230). Dr. med. B.\_\_\_\_, Facharzt FMH allgemeine Medizin, berichtete der IV-Stelle am 23. Juli 2010 (IV-act. 236), die Versicherte leide an einer infantilen Cerebralparese bei kortikaler und subkortikaler Hirnatrophie, an einer genuinen Epilepsie, an einer schweren Schluckstörung mit Verschlucken von Flüssigkeit und rezidivierenden Aspirationspneumonien sowie an deutlichen Dystonien im Bereich der rechten Körperseite. Sie benötige seit dem 12. Juli 2010 täglich folgende ärztlich verordnete Behandlungspflege: Physiotherapie (tägliches Training zur Erhaltung und Förderung der Gelenkbeweglichkeit und zur Stärkung der Muskulatur in enger Zusammenarbeit mit der verantwortlichen Physiotherapeutin, Lockerung, Dehnung und Massage der Muskulatur, Anziehen der Orthesen nach Verordnung, regelmässige Kontrolle zur Vermeidung von Druckstellen), Kontrakturprophylaxe (mehrmals täglich



passive Bewegungsübungen zur Verhinderung einer Muskel- und Sehnenverkürzung und damit einer Versteifung der Gelenke), Pneumonieprophylaxe (Abklopfen, sanfte Vibration und gezielte Atemübungen zur Verhinderung von Sekretansammlungen in den Bronchien und einer daraus resultierenden Pneumonie), Atemtherapie (spezielle Atemübungen zur Durchlüftung aller Lungensegmente, um einer Pneumonie vorzubeugen; frühzeitige Erkennung eines Infekts der Atemwege), Dekubitusprophylaxe (regelmässiges Umlagern und gute Hautpflege, zusätzlich Mobilisierung im Rollstuhl) und Schlucktherapie (regelmässige spezielle Massage der Gesichtsmuskulatur und des Zungenbeins und Unterstützung einer geeigneten Körperhaltung zur Stimulation und zum Training des Schluckreflexes und des Schluckablaufs, Notwendigkeit einer Interventionsbereitschaft aufgrund der ständigen Aspirationsgefahr). Dr. B.\_\_\_\_ gab weiter an, diese Aufzählung sei nicht abschliessend. Er beantrage die Übernahme der Kosten der ärztlich verordneten Behandlungspflege für 7 Std. pro Woche. Diese Pflege sei zwingend durch diplomierte Pflegefachfrauen zu leisten. Der Anspruch auf Hilflosenentschädigung für den Einsatz von Laienpersonal in der Hauswirtschaft werde davon nicht berührt. Die Eltern gaben in ihrer Antwort vom 27. Juli 2010 (IV-act. 237) auf die Anfrage der IV-Stelle an, die Versicherte sei nun 22 kg schwer. Bei der Beurteilung im November 2006 habe sie noch 14,5 kg gewogen. Damit habe sich der Flüssigkeitsbedarf erhöht. Die Flüssigkeit müsse mit einer Spritze eingegeben werden, was mehr Zeit erfordere. Wegen des Gewichts müsse die Versicherte nachts öfter umgelagert werden. Die Spastizität habe zugenommen, weshalb das An- und Auskleiden, der Transfer und die Lagerung aufwendiger seien. Seit die Versicherte 5 Tage pro Woche das Schulheim C.\_\_\_\_ besuche, sei sie vermehrt krank, was eine Mehrbetreuung erfordere. Die Sektion Ostschweiz des Schweizerischen Kinderspitex Vereins berichtete am 6. August 2010 (IV-act. 239), die Versicherte benötige ein tägliches Training zur Erhaltung und Förderung der Gelenkbeweglichkeit und zur Stärkung der Muskulatur, ausserdem müssten die Orthesen angezogen werden (Physiotherapie). Mehrmals täglich würden passive Bewegungsübungen durchgeführt, um eine Muskel- und Sehnenverkürzung und damit eine Versteifung der Gelenke zu verhindern (Kontraktprophylaxe). Da die Versicherte nur oberflächlich atme, müsse durch Abklopfen, sanfte Vibration und gezielte Atemübungen verhindert werden, dass sich Sekret in den Bronchien ansammle und eine Pneumonie verursache (Pneumonieprophylaxe). Spezielle Atemübungen seien notwendig, um alle



Lungensegmente gut durchzulüften und so einer Pneumonie vorzubeugen (Atemtherapie). Das regelmässige Umlagern und eine gute Hautpflege verhindern Hautreizungen, Druckstellen und das Wundliegen (Dekubitusprophylaxe). Durch eine regelmässige, spezielle Massage der Gesichtsmuskulatur und des Zungenbeins und durch eine geeignete Körperhaltung würden der Schluckreflex und der Schluckablauf stimuliert und trainiert. Aufgrund der ständigen Aspirationsgefahr sei eine Interventionsbereitschaft notwendig (Schlucktherapie). Mit einer Mitteilung vom 13. August 2010 übernahm die IV-Stelle die Kosten der Kinderspitex für maximal 7 Std. pro Woche (IV-act. 240). Diese Leistungszusprache war befristet bis 30. September 2011. Die Sachbearbeiterin der IV-Stelle notierte am 24. August 2010 (IV-act. 242), eigentlich müsste pro Tag eine Stunde Spitexleistungen von dem für den Intensivpflegezuschlag relevanten behinderungsbedingten zeitlichen Mehraufwand abgezogen werden. Andererseits habe sich der zeitliche Mehraufwand bei einzelnen Verrichtungen erhöht und es seien keine altersentsprechenden Abzüge mehr möglich. Deshalb könne weiterhin von einem Intensivpflegeaufwand von wenigstens 8 Std. ausgegangen werden. Am 9. September 2010 orientierte die IV-Stelle den Vater der Versicherten darüber, dass bereits der höchstmögliche Anspruch auf eine Hilflosenentschädigung und auf einen Intensivpflegezuschlag bestehe (IV-act. 243). Eine Erhöhung sei deshalb gar nicht mehr möglich.

A.b Am 22. März 2011 notierte die Sachbearbeiterin der IV-Stelle (IV-act. 254), aufgrund des IV-Rundschreibens Nr. 297 des Bundesamtes für Sozialversicherungen (BSV) seien die Anspruchsvoraussetzungen der pflegerischen Massnahmen neu zu prüfen. Deshalb müsse die Kostengutsprache ersetzt respektive nur bis 30. April 2011 zugesprochen werden. Gleichzeitig sei der Anspruch neu zu prüfen. Am 31. März 2011 eröffnete die IV-Stelle dem Vater der Versicherten eine mit "Ersetzt Kostengutsprache für Kinderspitex vom 13.08.2010" überschriebene Mitteilung (IV-act. 255) mit folgendem Dispositiv: "In Ergänzung der Mitteilung vom 08.05.2006 (Geburtsgebrechen Ziffer 390) übernehmen wir die Kosten der Kinderspitex für max. sieben Stunden pro Woche vom 12.07.2010 bis 30.04.2011". Zur Begründung wurde ausgeführt, aufgrund einer neuen Regelung der Anspruchsvoraussetzungen der pflegerischen Massnahmen müsse die bisherige Kostenzusprache ersetzt werden. Die Massnahmen seien im bisherigen Rahmen bis 30.04.2011 gültig. Gleichzeitig würden die Anspruchsvoraussetzungen gemäss der neuen Regelung geprüft. Am 17. Mai 2011



hielt die IV-Sachbearbeiterin fest (IV-act. 258), gemäss dem ersten Gesuch vom 30. Juli 2010 seien physiotherapeutische Massnahmen, Kontrakturprophylaxen und weitere Muskel- und Gelenkübungen durchgeführt worden. Diese seien nicht im IV-Rundschreiben aufgeführt, weshalb das Gesuch nicht weiter verlängert werden könne. Auf die Herabsetzung des Intensivpflegezuschlags auf 6 Std. werde kulanterweise verzichtet. Mit einem Vorbescheid vom 17. Mai 2011 (IV-act. 256), der mit "Keine Kostengutsprache für die Verlängerung der pflegerischen Massnahmen" überschrieben war, kündigte die IV-Stelle die Abweisung des Leistungsbegehrens (weitere Übernahme der pflegerischen Massnahmen) an. Der Kinderspitex Verein wandte am 25. Mai 2011 im eigenen und im Namen der Eltern der Versicherten ein (IV-act. 260), physiotherapeutische Verrichtungen gehörten zu den medizinischen Massnahmen, die von der Invalidenversicherung anerkannt seien. Daran könne der Umstand nichts ändern, dass das IV-Rundschreiben Nr. 297 die Physiotherapie nicht aufführe. Die Umsetzung des IV-Rundschreibens sei noch nicht gerichtlich legitimiert. Diese Entwicklung sei abzuwarten und dementsprechend sei die Kostengutsprache um drei Monate zu verlängern. Die CSS-Versicherung wandte am 17. Juni 2011 ein (IV-act. 262), wenigstens die medizinischen Massnahmen im Zusammenhang mit der Atmung seien zu übernehmen. Diese seien im IV-Rundschreiben Nr. 297 unter "Massnahmen der Untersuchung und Behandlung" mit einem maximalen Zeitaufwand von 120 Min. pro Einsatz enthalten. Mit einer (ebenfalls mit "Keine Kostengutsprache für die Verlängerung der pflegerischen Massnahmen" überschriebenen) Verfügung vom 7. Juli 2011 (IV-act. 266) wies die IV-Stelle das Leistungsbegehren ab. Sie begründete dies insbesondere damit, dass die von der Spitex durchgeführten Massnahmen nicht in der Liste im IV-Rundschreiben Nr. 297 aufgeführt seien. Zudem erhalte die Versicherte bereits im Schulheim Physiotherapieleistungen durch eine Fachperson. Es sei nicht einfach und zweckmässig, zuhause nochmals eine Physiotherapie durchzuführen. Im Übrigen könnten die Eltern die entsprechenden Übungen durchführen, so dass es keiner Fachperson bedürfe. Im IV-Rundschreiben Nr. 297 werde erwähnt, dass Massnahmen, die nach einer Anlernphase durch die Eltern ausgeführt werden könnten, nicht zu berücksichtigen seien. Das gelte auch für die Massnahmen der Pneumonieprophylaxe. Da die Spitexleistungen seit einem Jahr erbracht würden, sei davon auszugehen, dass diese Massnahmen durch die Eltern der Versicherten durchgeführt werden könnten.



B.

B.a Die Eltern der Versicherten liessen am 8. September 2011 (Datum Postaufgabe) durch die Kinderspitex Schweiz Beschwerde erheben und beantragen, die Verfügung vom 7. Juli 2011 sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass die bisherigen medizinischen Massnahmen weiterhin geschuldet seien (act. G 1). Zur Begründung wurde ausgeführt, das IV-Rundschreiben Nr. 297 sei unbeachtlich, weil es gegen das Gesetz und gegen die Rechtsprechung verstosse. Die einschränkende Kategorienbildung sei sachlich und rechtlich unhaltbar. Es sei unzulässig, anerkannte Massnahmen, die durch Fachpersonen durchzuführen seien, einfach zu streichen. Es gehe auch nicht an, die Eltern als medizinische Hilfspersonen für die ärztlich verordneten anspruchsvollen Physiotherapien einzusetzen. Das Ausmass der Behandlung sei ärztlich festgesetzt, einfach und zweckmässig. Medizinische Pflegemassnahmen könnten nicht die Aufgabe von Laien sein. Die beantragten 7 Std. ärztlich verordneter vielfältiger Behandlung seien zwingend durch Pflegefachfrauen zu erbringen. Die nunmehr anwaltlich vertretenen Eltern liessen am 21. November 2011 beantragen, die Verfügung vom 7. Juli 2011 sei aufzuheben und es seien weiterhin die bisherigen Kosten für die Kinderspitex zu ersetzen. Eventualiter sei die Angelegenheit zur weiteren Abklärung des Sachverhalts und zur Neuverfügung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen (act. G 7). Zur Begründung wurde darauf hingewiesen, dass das IV-Rundschreiben Nr. 297 für das Gericht nicht verbindlich sei. Weiter wurde ausgeführt, die Beschwerdeführerin werde seit einem Jahr durch medizinische Fachpersonen der Kinderspitex betreut. Diese Betreuung sei weiterhin notwendig. Die Annahme der Beschwerdegegnerin, dass die Tätigkeiten, welche im Rahmen der Spitexbehandlung ausgeführt würden, nun von den Eltern selbst vorgenommen werden könnten, stütze sich nicht auf eine Abklärung des Sachverhalts und verstosse deshalb gegen Art. 43 Abs. 1 ATSG. Es sei ohnehin mutig anzunehmen, dass Laien nach einer gewissen Zeit, während der sie die Arbeit von medizinischen Fachpersonen hätten beobachten können, diese Arbeit nun selbst ausüben könnten. Gemäss der ärztlichen Verordnung vom 23. Juli 2010 und dem Pflegebericht vom 6. August 2010 würden u.a. medizinische Massnahmen bei der Atmung ausgeführt. Dabei handle es sich um pflegerische Verrichtungen, die durch eine medizinische Fachperson durchgeführt werden müssten und nicht an einen Laien delegiert werden könnten. Die bei der Beschwerdeführerin notwendigen pflegerischen Verrichtungen seien



entschädigungspflichtige pflegerische Massnahmen im Sinn von Art. 13 f. IVG. Es sei unhaltbar, wenn eine Sachbearbeiterin der Beschwerdegegnerin ohne medizinische Ausbildung die Notwendigkeit und Zweckmässigkeit pflegerischer Massnahmen ohne eine Abklärung durch eine medizinische Fachperson beurteile.

B.b Die Beschwerdegegnerin beantragte am 22. März 2012 die Abweisung der Beschwerde (act. G 15). Sie führte aus, aufgrund laufender Gespräche mit dem BSV und der Kinderspitex und aufgrund der Ausarbeitung eines neuen IV-Rundschreibens seien die Leistungen kulanterweise bis Ende Februar 2012 weiter ausbezahlt worden. Die angefochtene Verfügung wirke sich somit bis jetzt rein monetär noch nicht aus. Das anfangs März 2012 neu in Kraft getretene IV-Rundschreiben Nr. 308 ändere nichts an der Ablehnung des Leistungsgesuchs. Daher werde auf eine Neuprüfung gemäss dem IV-Rundschreiben Nr. 308 verzichtet. Nur Vorkehren, die notwendigerweise durch einen Arzt oder auf dessen Anordnung durch medizinische Hilfspersonen vorzunehmen seien, seien medizinische Massnahmen im Sinn von Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 lit. a IVG und Art. 2 Abs. 3 GgV. Das treffe nicht zu auf Vorkehren, die - ob mit oder ohne Anleitung - durch Personen ohne medizinische Spezialausbildung durchgeführt werden könnten. Bei der Hauspflege würden ausschliesslich Vorkehren, die von qualifiziertem medizinischem Personal vorgenommen würden, als medizinische Massnahmen gelten. Das bedeute nicht, dass der durch ein Geburtsgebrechen notwendige pflegerische Mehraufwand der Eltern und deren Entlastung durch die Kinderspitex keinen Leistungsanspruch entstehen lasse. Dieser Mehraufwand werde nämlich durch die Hilflosenentschädigung und den Intensivpflegezuschlag abgegolten. All dies sei im Bundesgerichtsurteil vom 7. Juli 2010 (8C\_81/2010) ausführlich dargelegt worden. Darauf stütze sich das IV-Rundschreiben Nr. 297, das per 1. Februar 2011 in Kraft getreten sei. Dieses Rundschreiben enthalte eine Liste, in der die anrechenbaren medizinischen Massnahmen im Bereich Kinderspitex aufgeführt seien. Anzurechnen sei demnach nur der Zeitbedarf, der effektiv von einer Pflegefachperson geleistet werde, oder die Anwesenheit einer Pflegefachperson erfordere. Könnten Leistungen durch nicht beruflich an der Krankenpflege mitwirkende Personen erbracht werden, so könne kein Zeitaufwand angerechnet werden. Das ab 1. März 2012 geltende neue IV-Rundschreiben Nr. 308 enthalte eine Liste der medizinischen Massnahmen, die von einer Spitexorganisation zulasten der Invalidenversicherung erbracht werden könnten, es sei denn, die Eltern oder andere Bezugspersonen würden



diese Leistungen im Rahmen ihrer Kapazitäten und Fähigkeiten übernehmen. Die Liste sei praktisch identisch mit derjenigen im IV-Rund-schreiben Nr. 297. Die von Dr. B.\_\_\_\_ am 23. Juli 2010 angegebenen Prophylaxen und Therapien seien in dieser Liste nicht aufgeführt. Übernommen würden die Kosten für die Physiotherapie viermal wöchentlich und für eine Stunde Ergotherapie. Bei den von Dr. B.\_\_\_\_ angegebenen Pflegeleistungen handle es sich um physiotherapeutische Massnahmen, die von den Eltern ausgeführt werden könnten. Die Prophylaxen seien in engem Kontakt mit den entsprechenden Fachpersonen durch die Eltern durchgeführt worden, auch während der Zeit der Unterstützung durch die Spitex. Die Physiotherapeuten zeigten i.d.R. die Übungen zum Durchführen zuhause vor. Da die Behandlungspflege durch die Eltern selbst geleistet werde, liege keine Behandlung durch eine qualifizierte Fachperson vor. Die spezifischen Therapien würden übernommen. Demnach sei die angefochtene Verfügung korrekt. Bei der erstmaligen Kostengutsprache seien die Voraussetzungen nicht korrekt geprüft worden. Diese Kostengutsprache sei deshalb von Beginn weg zweifellos unrichtig gewesen. Die Mitteilung vom 13. August 2010 hätte in Wiedererwägung gezogen werden müssen. Die Beschwerdegegnerin stützte sich auf eine Stellungnahme des RAD vom 2. März 2012 (act. G 15.1). Dr. med. D.\_\_\_\_ hatte dort sinngemäss ausgeführt, die Beschwerdeführerin erhalte an vier Tagen in der Woche eine Stunde Physiotherapie im Schulheim C.\_\_\_\_. Gemäss dem Bericht des Schulheims vom 13. Juni 2007 werde auch den Bedürfnissen der Beschwerdeführerin betreffend Massage, Kommunikation, Sehförderung, Trinkverhalten, Wahrnehmung, Bewegung und Motorik Beachtung geschenkt. Aufgrund dieser Massnahmen im Schulheim sei kaum anzunehmen, dass die Spitex an diesen Tagen am Abend noch eine Stunde Pflegeleistungen zuhause erbringe. Die Kontrolle der verrechneten Stunden bestätige das, denn die sieben Stunden pro Woche ergäben sich nicht aus täglichen Leistungen, sondern aus einem Einsatz von drei Stunden ein- bis zweimal pro Woche. Damit entspreche der Spitexeinsatz nicht der beantragten täglichen Behandlungspflege. Die pflegerischen Massnahmen würden grösstenteils durch die Eltern erbracht: Tägliches Training zur Förderung der Muskulatur, Anziehen der Orthesen, mehrmals tägliches passives Bewegen zur Kontrakturprophylaxe, Pneumonieprophylaxe, Atemtherapie, Schlucktherapie. Demnach sei der Einsatz der Spitex nicht so pflegespezifisch, dass er nicht durch angelernte und erfahrene Laien erbracht werden könnte.



## St.Galler Gerichte

B.c In der Replik vom 4. Juni 2012 machte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin geltend (act. G 20), das Bundesgerichtsurteil BGE 136 V 209 sei vom BSV zum Anlass genommen worden, eine abschliessende Liste der Kinderspitexleistungen zu erstellen, die nach Art. 13 bzw. 14 IVG als medizinische Massnahmen zu übernehmen seien. Eltern seien keine medizinischen Hilfspersonen, die medizinische Massnahmen erbringen könnten. Gemäss der gemilderten Fassung des IV-Rundschreibens Nr. 308 seien jene Massnahmen als medizinische Massnahmen zu qualifizieren, die von einer Spitexorganisation zulasten der IV erbracht werden könnten, ausser die Eltern oder andere Bezugspersonen würden diese Leistungen freiwillig im Rahmen ihrer Kapazitäten und Fähigkeiten übernehmen. Die Liste könne also nicht dazu dienen, medizinische Massnahmen, die je nach der Situation der Eltern von einer medizinischen Hilfsperson erbracht werden müssten, nicht zu entschädigen. Ob die Eltern in der Lage seien, Hauspflegeleistungen zu erbringen, die normalerweise von qualifiziertem medizinischem Personal vorgenommen würden, sei im Einzelfall schwierig zu beurteilen. Im IV-Rundschreiben sei bewusst auf eine detaillierte Regelung verzichtet worden, um genügend Freiraum für die Berücksichtigung der individuellen Pflegesituation zu lassen. Der Hinweis der Beschwerdegegnerin auf das Fehlen der ärztlich verschriebenen Prophylaxen und Therapien im IV-Rundschreiben Nr. 297 könne deshalb die bestrittene Kostenersatzfähigkeit der Vorkehren bei der Beschwerdeführerin nicht begründen.

B.d Die Beschwerdegegnerin verzichtete am 29. Juni 2012 auf eine Stellungnahme zur Replik (act. G 22).

Erwägungen:

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 Verwaltungsverfügungen in der Sozialversicherung, in: ZBI 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 praxismässig (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.

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 Hilflosenentschädigung entstehen lassen. Die Hilflosenentschädigung 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<sup>ter</sup> Abs. 3 IVG). Anrechenbar als Betreuung ist der Bedarf an Behandlungs- und Grundpflege im Vergleich zu nicht behinderten Minderjährigen



## St.Galler Gerichte

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.

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<sup>ter</sup> 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<sup>ter</sup> Abs. 3 IVG) - nicht beantwortet werden.

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<sup>ter</sup> 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<sup>ter</sup> 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 Berufskenntnisse 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.

5.



## St.Galler Gerichte

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 praxismässig 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 praxismässig 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.