



**Fall-Nr.:** IV 2011/270  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** IV - Invalidenversicherung  
**Publikationsdatum:** 23.10.2019  
**Entscheiddatum:** 23.08.2016

### **Entscheid Versicherungsgericht, 23.08.2016**

**Art. 13 IVG. Art. 14 Abs. 1 lit. a IVG. Medizinische Pflege bei Geburtsgebrechen. IV-Rundschreiben Nr. 297. IV-Rundschreiben Nr. 308. Auseinandersetzung mit der Frage, ob „Kulanzleistungen“ zur Gegenstandslosigkeit eines Beschwerdeverfahrens führen können (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 23. August 2016, IV 2011/270).**

Besetzung

Vizepräsident Ralph Jöhl, Versicherungsrichterinnen Monika Gehrler-Hug und Karin Huber-Studerus; Gerichtsschreiber Tobias Bolt

Geschäftsnr.

IV 2011/270

Parteien

**A.\_\_\_\_,**

**Beschwerdeführer,**

vertreten durch den Schweizerischen Kinderspitex Verein, Bahnhof-strasse 17, 9326 Horn,

gegen

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



### Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

### medizinische Massnahmen (pflegerische Massnahmen)

### Sachverhalt

A.

A.a A.\_\_\_\_ wurde im Oktober 2000 unter Hinweis auf eine Muskeldystrophie vom Typ „Duchenne“ zum Bezug von Leistungen der Invalidenversicherung angemeldet (IV-act. 3). Am 29. Januar 2008 beantragte Dr. med. B.\_\_\_\_ die Vergütung der Kosten für eine medizinische Pflege während sieben Stunden pro Woche rückwirkend ab dem 3. Oktober 2007 (IV-act. 206). Am 22. August 2008 führte Dr. B.\_\_\_\_ ergänzend aus (IV-act. 228), der Versicherte benötige zusätzlich zur bereits vergüteten physiotherapeutischen Behandlung auch zuhause eine Physiotherapie, um seine Selbständigkeit so lange als möglich erhalten zu können. Sein Vater könne nicht regelmässig mit ihm üben, weil er beruflich stark beansprucht sei. Die Mutter leide selbst an einer Muskelschwäche und sei deshalb ebenfalls nicht in der Lage, die Übungen mit dem Versicherten durchzuführen. Am 18. November 2008 berichtete der Schweizerische Kinderspitex Verein (IV-act. 244), der Versicherte erhalte eine Physio-, eine Atem- und eine Ergotherapie durch ausgebildete Pflegefachpersonen des Vereins. Gestützt auf diese Angaben empfahl Prof. Dr. C.\_\_\_\_ vom IV-internen regionalen ärztlichen Dienst (RAD) am 2. Dezember 2008 die Vergütung der Therapie im Umfang von maximal sieben Stunden pro Woche (IV-act. 245). Am 5. Dezember 2008 erteilte die IV-Stelle eine entsprechende Kostengutsprache für den Zeitraum vom 3. Oktober 2007 bis zum 31. Oktober 2009 (IV-act. 249). Am 29. September 2009 ersuchten Dr. B.\_\_\_\_ und der Schweizerische Kinderspitex Verein um eine Verlängerung dieser Kostengutsprache (IV-act. 269). Die IV-Stelle teilte dem Versicherten am 4. November 2009 mit, dass sie die Kosten für die medizinische Pflege im Umfang von maximal sieben Stunden über den 31. Oktober 2009 hinaus bis längstens am 31. August 2010 übernehmen werde (IV-act. 273). Am 4. August 2010 stellten Dr. B.\_\_\_\_ und der Schweizerische Kinderspitex Verein ein weiteres Verlängerungsgesuch (IV-act. 302). Auch dieses



## St.Galler Gerichte

Gesuch hiess die IV-Stelle gut (IV-act. 310). Sie verlängerte ihre Kostengutsprache aber nur bis zum 31. Dezember 2010, was sie mit dem Hinweis auf anstehende Änderungen im Bereich der pflegerischen Massnahmen begründete.

A.b Am 18. März 2011 fragte die IV-Stelle Dr. med. D.\_\_\_\_ vom Ostschweizer Kinderspital an (IV-act. 342), ob die pflegerischen Leistungen grundsätzlich nicht vollumfänglich von den Eltern des Versicherten erbracht werden könnten. Am selben Tag teilte sie dem Versicherten mit, dass sie ihre Kostengutsprache für sieben Stunden pro Woche bis zum 30. April 2011 verlängere (IV-act. 343). Mit einem Vorbescheid vom 16. Mai 2011 kündigte sie dem Versicherten die „Abweisung des Leistungsbegehrens“ beziehungsweise die Nichtverlängerung der Kostengutsprache über den 30. April 2011 hinaus an (IV-act. 365). Zur Begründung führte sie aus, dass die vom Schweizerischen Kinderspitex Verein erbrachten Leistungen keiner der im IV-Rundschreiben Nr. 297 erwähnten Kategorien zugeordnet werden könnten. Dagegen wandte der Schweizerische Kinderspitex Verein am 25. Mai 2011 ein (IV-act. 369), bei den erbrachten Pflegemassnahmen handle es sich um medizinische Leistungen, die folglich zu vergüten seien. Am 7. Juli 2011 verfügte die IV-Stelle gemäss ihrem Vorbescheid vom 16. Mai 2011 (IV-act. 373).

B.

B.a Am 7. September 2011 liess der Versicherte (nachfolgend: der Beschwerdeführer) eine Beschwerde gegen die Verfügung vom 7. Juli 2011 erheben (act. G 1). Sein Vertreter beantragte die Aufhebung der Verfügung und die Feststellung, dass weiterhin medizinische Massnahmen im bisherigen Umfang geschuldet seien. Zur Begründung führte er aus, die einschränkende Kategorienbildung im IV-Rundschreiben Nr. 297 sei sachlich und rechtlich abwegig. Das Rundschreiben sei gesetzwidrig. Am 20. Januar 2016 beantragte die neue Rechtsvertreterin im Rahmen einer Beschwerdeergänzung (act. G 24), dass die IV-Stelle (nachfolgend: die Beschwerdegegnerin) zur Nachzahlung der im Zeitraum vom 1. September 2010 bis zum 31. Dezember 2015 geleisteten Pflegestunden und zum Erlass einer neuen Verfügung für den Zeitraum vom 1. Januar 2016 bis zur Vollendung des 18. Altersjahres des Beschwerdeführers, die dem gesamten zu Hause ermittelten Pflegebedarf entspreche, verpflichtet werde. Weiter sei festzustellen, dass zur Bestimmung der medizinischen Qualifikation „die Verordnung



## St.Galler Gerichte

325.11“ die massgebende Rechtsgrundlage bilde, dass diese Verordnung für die Beschwerdegegnerin und für deren Aufsichtsbehörde (das Bundesamt für Sozialversicherungen) verbindlich sei und dass die effektiven Kosten und nicht die aus der Anwendung des im IV-Rundschreiben Nr. 297 erwähnten Tarifs resultierenden Kosten zu vergüten seien. Zur Begründung führte sie aus, die Bedarfsabklärung vor Ort habe einen Pflegeaufwand von über 38 Stunden pro Woche ergeben. Davon würden die Eltern des Beschwerdeführers 31 Stunden selbst übernehmen, was 81 Prozent des gesamten Aufwandes entspreche. Dies dürfe den Eltern nicht zum Nachteil gereichen.

B.b Die Beschwerdegegnerin beantragte am 18. Februar 2016 das Nichteintreten mangels Rechtsschutzinteresse und eventualiter die Abweisung der Beschwerde, soweit auf diese einzutreten sei (act. G 26). Zur Begründung führte sie aus, sie habe „kulanterweise“ über den 30. April 2011 hinaus Leistungen im bisherigen Umfang vergütet, weshalb sich die angefochtene Verfügung „rein monetär“ gar nicht ausgewirkt habe. Mit einer Verfügung vom 9. Januar 2014 habe sie dem Beschwerdeführer rückwirkend ab dem 1. März 2012 pflegerische Leistungen im Umfang von 30 Minuten pro Einsatz zugesprochen. Diese Verfügung sei unangefochten in Rechtskraft erwachsen.

B.c Der Beschwerdeführer liess am 8. April 2016 an seinen Anträgen festhalten (act. G 28). Die Beschwerdegegnerin verzichtete auf eine Duplik.

## Erwägungen

1.

Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer ab dem 3. Oktober 2007 die Kosten für die medizinische Pflege vergütet. Die Kostengutsprache ist allerdings nicht unbefristet erteilt worden, sondern zunächst bis 31. Oktober 2009 und – nach mehreren Verlängerungen – schliesslich bis 30. April 2011 befristet gewesen. Die ersten befristeten Kostengutsprachen hat die Beschwerdegegnerin jeweils ohne weiteres verlängert. Trotzdem dürfte sie davon ausgegangen sein, dass sie den Leistungsanspruch jeweils umfassend habe prüfen müssen. Nur so lässt sich nämlich erklären, dass im Dispositiv der angefochtenen Verfügung vom 7. Juli 2011 nicht die



bis Ende April 2011 gewährten Leistungen (revisionsweise) aufgehoben werden, sondern vielmehr „das Leistungsbegehren (...) abgewiesen“ wird. Der eigentliche Grund für die Leistungsaufhebung ist aber in der im IV-Rundschreiben Nr. 297 enthaltenen Änderung der Verwaltungspraxis der Beschwerdegegnerin zu finden. Mit anderen Worten ist davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin ihre Kostengutsprache erneut ohne weiteres verlängert hätte, wenn ihre Aufsichtsbehörde nicht das erwähnte Rundschreiben erlassen hätte. Es ist fraglich, ob diese Praxisänderung, die sich nur auf den maximalen zeitlichen Aufwand im Sinne eines „Kostendachs“ bezogen hat (vgl. den Entscheid IV 2012/12 des St. Galler Versicherungsgerichtes vom 14. März 2016, E. 1.2), einen ausreichenden Grund für eine Modifikation der Dauerleistung „medizinische Pflege“ gebildet hätte. Diese Frage kann aber offen bleiben, denn die Mitteilung vom 18. März 2011, mit der die Beschwerdegegnerin ihre Kostengutsprache per 30. April 2011 befristet hat, ist jedenfalls verbindlich geworden, weshalb die Beschwerdegegnerin den Leistungsanspruch für die Zeit ab dem 1. Mai 2011 umfassend neu hat prüfen können. Das Dispositiv der angefochtenen Verfügung („das Leistungsbegehren wird abgewiesen“) ist deshalb ernst zu nehmen. Das bedeutet, dass die angefochtene Verfügung als ein umfassender Entscheid über ein Leistungsbegehren (für die Zeit ab dem 1. Mai 2011) zu qualifizieren ist. An sich handelt es sich dabei um eine Feststellungsverfügung, weil sie nur den maximalen zeitlichen Aufwand für die medizinische Pflege im Sinne eines „Kostendachs“ regeln will. Die Beschwerdegegnerin hat sich also darauf beschränkt, nur eines von mehreren Teilelementen der Übernahme der Pflegekosten zu regeln. Sie hat denn auch gar keine rechtsgestaltende Verfügung erlassen können, weil der tatsächliche Pflegeaufwand ex ante noch gar nicht hat feststehen können. Die effektive (rechtsgestaltende) Vergütung der tatsächlich angefallenen Kosten ist jeweils erst ex post möglich gewesen. Das notwendige schutzwürdige Interesse an einer Feststellung der maximalen Zahl von Pflegestunden pro Tag ex ante besteht darin, dass die Eltern des Beschwerdeführers und der Kinderspitex-Verein nur so die Pflegeleistungen IV-rechtlich korrekt planen und durchführen können (vgl. den Entscheid IV 2012/12 des St. Galler Versicherungsgerichtes vom 14. März 2016, E. 1.2). Angesichts des Ergebnisses dieser Prüfung (maximaler Pflegebedarf von null Stunden) hat vorliegend allerdings direkt gestaltend entschieden, das heisst das Leistungsbegehren direkt abgewiesen werden



können. Dies ändert aber nichts daran, dass sich der Gegenstand der angefochtenen Verfügung auf die Feststellung des „Kostendachs“ beziehungsweise des maximalen zeitlichen Aufwandes der medizinischen Pflege beschränkt hat. Diesem Umstand trägt die Beschwerde vom 7. September 2011 insofern Rechnung, als der Beschwerdeführer sich darauf beschränkt hat, auch für die Zeit ab dem 1. Mai 2011 (respektive über den 30. April 2011 hinaus) ein „Kostendach“ im bisherigen Umfang zugesichert zu erhalten. Er hat nämlich nur die Feststellung verlangt, dass er weiterhin einen Anspruch auf sieben Stunden medizinischer Pflege pro Woche habe. Damit ist der Gegenstand dieses Beschwerdeverfahrens definiert: Er besteht in der (freien, „erstmaligen“) Feststellung über den maximalen zeitlichen Aufwand der medizinischen Pflege im Sinne eines „Kostendachs“ für die Zeit ab dem 1. Mai 2011.

2.

Laut dem Art. 53 Abs. 3 ATSG kann ein Versicherungsträger eine Verfügung, gegen die eine Beschwerde erhoben worden ist, so lange wiedererwägen, bis er gegenüber dem Versicherungsgericht Stellung nimmt. Ein solcher Widerruf führt gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichtes zur Gegenstandslosigkeit des Beschwerdeverfahrens, soweit die neue Verfügung den Anträgen der Beschwerde führenden Person entspricht (vgl. BGE 107 V 191; Art. 58 VwVG). Die Beschwerdegegnerin hat ihre eigene Verfügung, die angefochtene Verfügung vom 7. Juli 2011, faktisch ignoriert und dem Beschwerdeführer über den 30. April 2011 hinaus die Pflegeleistungen vergütet, wie wenn die in der Mitteilung vom 18. März 2011 gewährte Kostengutsprache über den 30. April 2011 hinaus verlängert worden wäre. Das Versicherungsgericht hat ein solches Vorgehen im Entscheid IV 2011/268 vom 16. November 2012 als eine faktische Widerrufsverfügung im Sinne des Art. 53 Abs. 3 ATSG qualifiziert und dementsprechend das Beschwerdeverfahren in sinngemässer Anwendung des Art. 58 Abs. 3 VwVG als gegenstandslos abgeschrieben. An dieser Rechtsprechung kann aber nicht festgehalten werden, weil bei der damaligen Interpretation fälschlicherweise unberücksichtigt geblieben ist, dass die Beschwerdegegnerin nur „kulanterweise“ entgegen ihrer anderslautenden Verfügung die Leistungen im bisherigen Umfang ausgerichtet hatte. In diesem Zusammenhang kann mit „Kulanz“ nämlich nur „ohne eine Rechtspflicht“ gemeint sein, was bedeutet, dass die Beschwerdegegnerin eben gerade keine neue Verfügung hat erlassen wollen.



Im Vorgehen der Beschwerdegegnerin kann aus demselben Grund auch kein Antrag an das Gericht um Gutheissung der Beschwerde erblickt werden, denn das würde ja bedeuten, dass die Beschwerdegegnerin die „Ersetzung“ ihrer Kulanzleistungen durch rechtmässig geschuldete Leistungen hätte beantragen wollen, was sich weder mit ihrer ursprünglichen Intention noch mit ihrem in der Beschwerdeantwort gestellten Antrag auf Nichteintreten vereinbaren liesse. Im Übrigen ist das Versicherungsgericht ohnehin nicht an die Anträge der Parteien gebunden (Art. 61 lit. d ATSG), weshalb selbst bei übereinstimmenden Anträgen der Entscheid anders als beantragt ausfallen könnte. Die Ausrichtung der per definitionem gegen das Legalitätsprinzip und das Gleichbehandlungsgebot verstossenden Kulanzleistungen erweist sich somit als für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde irrelevant.

3.

Gemäss dem Art. 13 Abs. 1 IVG haben Versicherte bis zur Vollendung des 20. Altersjahres einen Anspruch auf die zur Behandlung von Geburtsgebrechen notwendigen medizinischen Massnahmen. Zu diesen Massnahmen gehört laut dem Art. 14 Abs. 1 lit. a IVG unter anderem die Behandlung, die von einem Arzt selbst oder auf seine Anordnung durch medizinische Hilfspersonen vorgenommen wird. Dazu zählt auch die medizinische Pflege. Diese ist von der durch die (allenfalls um einen Intensivpflegezuschlag erhöhten) Hilflosenentschädigung abgedeckte „nicht-medizinische“ Pflege (vgl. Art. 42 ff. IVG) zu unterscheiden. Diese Unterscheidung war in der Praxis lange Zeit nicht genügend klar vorgenommen worden, weshalb sich das Bundesgericht veranlasst gesehen hat, im BGE 136 V 209 darauf hinzuweisen, dass nur medizinische Pflegemassnahmen, die eine medizinische Berufsqualifikation der Pflegeperson erfordern, unter den Art. 14 Abs. 1 lit. a IVG zu subsumieren seien, während alle anderen Pflegemassnahmen, also solche nicht-medizinischer Art oder solche, die ohne eine medizinische Berufsqualifikation durchgeführt werden können, nicht als medizinische Massnahmen, sondern als Pflege- und Betreuungsmassnahmen im Sinne der Art. 42 ff. IVG zu qualifizieren seien. Das in der Folge ergangene IV-Rundschreiben Nr. 297 hat den Versuch der Aufsichtsbehörde dargestellt, den IV-Stellen eine Interpretationshilfe zur Unterscheidung zwischen Pflegemassnahmen im Sinne des Art. 14 Abs. 1 lit. a IVG und solchen im Sinne der Art. 42 ff. IVG zur Verfügung zu stellen. Dieser Versuch ist gescheitert; das IV-Rundschreiben Nr. 297 ist



nach weniger als einem Jahr durch das IV-Rundschreiben Nr. 308 ersetzt worden. Das bedeutet, dass das IV-Rundschreiben Nr. 297 sogar nach Ansicht der das Rundschreiben erlassenden Aufsichtsbehörde keine geeignete Grundlage für die Abgrenzung von medizinischen und nicht-medizinischen Pflegemassnahmen dargestellt hat. Retrospektiv kann sich die für die Beschwerdegegnerin massgebende „Rechtslage“ nicht vor dem Erlass des IV-Rundschreibens Nr. 308 (dessen Gesetzmässigkeit in diesem Verfahren nicht zu prüfen ist) geändert haben. Das bedeutet aber, dass sich der (unverändert gebliebene) Sachverhalt und die Rechtslage am 1. Mai 2011 genau gleich wie am 30. April 2011 dargestellt haben, weshalb es sich nicht erklären liesse, wenn das „Kostendach“ ab dem 1. Mai 2011 tiefer als bis zum 30. April 2011 angesetzt würde. Der Beschwerdeführer hat folglich über den 30. April 2011 einen unveränderten Anspruch auf maximal sieben Stunden medizinische Pflege pro Woche gehabt.

4.

Die neue Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers hat in ihrer Beschwerdeergänzung Anträge gestellt, die über den oben definierten Beschwerdegegenstand (vgl. E. 1) hinausgehen. Sie hat nämlich die Vergütung der im Zeitraum vom 1. September 2010 bis zum 31. Dezember 2015 geleisteten Pflegemassnahmen, den Erlass einer Verfügung für die Zeit ab dem 1. Januar 2016 und Feststellungen zur massgebenden Grundlage für die Unterscheidung von medizinischen und nicht-medizinischen Pflegemassnahmen sowie zum anwendbaren Tarif beantragt. Würde sich das Versicherungsgericht mit diesen Anträgen materiell befassen, würde es den Gegenstand des Beschwerdeverfahrens unzulässig ausdehnen. Die angefochtene Verfügung hat nämlich nicht die (retrospektive) Vergütung der tatsächlich geleisteten Pflege, sondern nur die (prospektive) Festlegung eines „Kostendachs“ zum Gegenstand gehabt und kann sich ohnehin nur auf den Zeitraum vom 1. Mai 2011 bis zum 29. Februar 2012 beziehen, weil für die Zeit ab dem 1. März 2012 bereits formell rechtskräftig ein „Kostendach“ festgelegt worden ist. Sodann kann das Versicherungsgericht die Beschwerdegegnerin nicht generell, für alle zukünftig zu erlassenden Verfügungen, verbindlich zu einer bestimmten Interpretation der massgebenden Gesetzesbestimmungen verpflichten, denn dies ist Sache der Aufsichtsbehörde, nicht der Rechtsmittelinstanz. Schliesslich gehört der Tarif nicht zum



Gegenstand der angefochtenen Verfügung. Das Versicherungsgericht ist denn auch nicht zuständig für die Festsetzung respektive für die Überprüfung der Tarife (vgl. den Entscheid IVSCH 2013/2 vom 18. August 2016). Das Beschwerdeverfahren hat sich zusammenfassend auf den in der E. 1 definierten Gegenstand zu beschränken, das heisst auf die Feststellung bezüglich des „Kostendachs“ für die Zeit vom 1. Mai 2011 bis zum 29. Februar 2012.

5.

Die angefochtene Verfügung vom 7. Juli 2011 ist zusammenfassend in Gutheissung der Beschwerde, soweit auf diese einzutreten ist, aufzuheben und durch die Feststellung zu ersetzen, dass der Beschwerdeführer für die Zeit vom 1. Mai 2011 bis zum 29. Februar 2012 einen Anspruch auf maximal sieben Stunden medizinische Pflege pro Woche gehabt hat. Der Beschwerdeführer dringt folglich mit seinem Anliegen der Korrektur der von ihm als rechtswidrig erachteten Verfügung vollumfänglich durch, weshalb die Gerichtskosten, die angesichts des durchschnittlichen Verfahrensaufwandes auf 600 Franken festzusetzen sind, der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen sind. Dem Beschwerdeführer wird der von ihm geleistete Kostenvorschuss von 600 Franken zurückerstattet. Der nicht durch eine im Anwaltsregister eingetragene Rechtsvertreterin vertretene Beschwerdeführer hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung.

### Entscheid

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

1.

Die angefochtene Verfügung vom 7. Juli 2011 wird aufgehoben und durch die Feststellung ersetzt, dass der Beschwerdeführer für die Zeit vom 1. Mai 2011 bis zum 29. Februar 2012 einen Anspruch auf die Vergütung von maximal sieben Stunden medizinische Pflege pro Woche hat.

2.



Die Beschwerdegegnerin hat die Gerichtskosten von Fr. 600.-- zu bezahlen; dem Beschwerdeführer wird der von ihm geleistete Kostenvorschuss von Fr. 600.-- zurückerstattet.