



Fall-Nr.: IV 2015/263
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: IV - Invalidenversicherung
Publikationsdatum: 06.05.2020
Entscheiddatum: 24.10.2017

Entscheid Versicherungsgericht, 24.10.2017

Art. 13 IVG. Ziff. 404 Anhang GgV. Bei der Bedingung, dass es sich bei einer ADHS nur um ein Geburtsgebrechen handelt, wenn sie vor der Vollendung des 9. Altersjahres diagnostiziert und behandelt worden ist, kann es sich gestützt auf eine gesetzes- und verfassungskonforme Auslegung nicht um eine materielle Anspruchsvoraussetzung, sondern bestenfalls um eine widerlegbare Rechtsvermutung handeln. Im vorliegenden Fall ist erstellt, dass der Beschwerdeführer an einer angeborenen ADHS leidet. Ob es sich bei einer Behandlung um eine ADHS-spezifische Therapie handelt, ist jeweils im Einzelfall zu prüfen. Im vorliegenden Fall ist die Mal- und Gestaltungstherapie als Behandlung im Sinne von Ziff. 404 Anhang GgV zu qualifizieren. Gutheissung der Beschwerde (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 24. Oktober 2017, IV 2015/263). Aufgehoben durch Urteil des Bundesgerichts 9C_855/2017.

Entscheid vom 24. Oktober 2017

Besetzung

Präsident Ralph Jöhl, Versicherungsrichterinnen Monika Gehrler-Hug und Miriam Lendfers; Gerichtsschreiberin Lea Hilzinger

Geschäftsnr.

IV 2015/263

Parteien

A.____,



St.Galler Gerichte

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwältin Karin Herzog, M.A. HSG in Law,

Amparo Anwälte und Notare, Neugasse 26, Postfach 148,

9001 St. Gallen,

gegen

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

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

medizinische Massnahmen

Sachverhalt

A.

A.a A.____ wurde am 6. Januar 2014 bei der IV-Stelle des Kantons St. Gallen für medizinische Massnahmen angemeldet (IV-act. 1). Seine Mutter gab an, dass er sich wegen einer Aufmerksamkeitsdefizit-Hyperaktivitätsstörung (ADHS) seit dem 2. Mai 2013 bei den Kinder- und Jugendpsychiatrischen Diensten St. Gallen (KJPD) in Abklärung und Therapie befinde.

A.b Am 8. Januar 2014 stellte die IV-Stelle der Mutter des Versicherten ein Merkblatt über die Leistungen der IV zu (IV-act. 4; IV-act. 33-11 ff.). Am selben Tag forderte sie die KJPD auf, einen ärztlichen Bericht zum Leistungsbegehren des Versicherten einzureichen (vgl. IV-act. 7). Nach zweimaliger Erinnerung seitens der IV-Stelle berichteten Dr. med. B.____, Oberärztin, und med. pract. C.____, Assistenzärztin, am 30. Mai 2014 (IV-act. 11), dass der Versicherte an einem kindlichen psychoorganischen Syndrom (POS) im Sinne der IV leide (Geburtsgebrechen [GG] Ziff. 404). Die Diagnose sei am 4. November 2013 durch die KJPD gestellt worden. Das POS äussere sich



durch eine motorische Unruhe, eine erhöhte Ablenkbarkeit, eine erhöhte Impulsivität, eine mangelnde Eigenwahrnehmung und Schwierigkeiten im sozialen Umgang. Der Versicherte werde durch die Symptomatik gehindert, dem Unterricht zu folgen und sich sozial zu integrieren. Die Behandlung finde seit dem 2. Mai 2013 fortlaufend statt. Eine spezifische Behandlung sei erstmals am 18. November 2013 (richtig: 13. November 2013) durchgeführt worden. Die Ärztinnen empfahlen, baldmöglichst mit einer Ergotherapie zu beginnen. Parallel sei eine kinderpsychiatrische Betreuung mit Entwicklungsverlaufskontrollen und begleitenden störungsspezifischen Elterngesprächen indiziert. Auf telefonische Rückfrage hin erklärte med. pract. C.____ am 22. Mai 2014 (IV-act. 13), dass bislang nur eine Maltherapie und eine Logopädie stattgefunden hätten. Später werde eine Ergotherapie nötig sein. Der Versicherte habe bislang keine Medikamente genommen.

A.c Mit Vorbescheid vom 9. Juli 2014 (IV-act. 18) kündigte die IV-Stelle der Mutter des Versicherten an, dass sie das Gesuch um Kostengutsprache für medizinische Massnahmen im Rahmen des GG Ziff. 404 abweisen werde. Zur Begründung führte sie aus, dass die fachärztliche Diagnose zwar vor Abschluss des 9. Altersjahrs gestellt worden sei. Auch das Vorliegen der fünf Störungsmerkmale sei dokumentiert worden und es bestehe kein Hinweis auf eine erworbene hirnorganische Schädigung. Allerdings sei bis zum neunten Altersjahr keine POS-spezifische Therapie erfolgt. Obwohl die Mutter des Versicherten dagegen Einwände erhob (IV-act. 20), verfügte die IV-Stelle am 30. September 2014 (IV-act. 23) die Abweisung des Leistungsbegehrens. Gegen diese Verfügung erhob die Mutter des Versicherten am 29. Oktober 2014 Beschwerde (IV 2014/496; IV-act. 31-2 f.). Mit der Beschwerdeergänzung vom 17. Dezember 2014 (IV-act. 31-4 ff.) reichte die zwischenzeitlich beauftragte Rechtsvertreterin einen an die Kinderärztin des Versicherten adressierten Bericht von Dr. B.____ und med. pract. D.____, KJPD, vom 18. November 2013 ein (IV-act. 34). Die Ärztinnen hatten erklärt, dass die kinderpsychiatrische Abklärung vom 2. Mai bis 15. November 2013 stattgefunden habe. Der Versicherte leide an einer ADHS (F90.0) mit Impulsivität, erhöhter Ablenkbarkeit, motorischer Unruhe, mangelnder Selbst- und Fremdwahrnehmung und Schwierigkeiten im sozialen Umgang bei überdurchschnittlicher Gesamtintelligenz. Die Ärztinnen hatten eine ergotherapeutische Begleitung empfohlen.



A.d In einer internen Anfrage an den Rechtsdienst vom 19. Januar 2015 führte die zuständige IV-Sachbearbeiterin aus (IV-act. 39), dass gemäss dem Bericht der KJPD vom 18. November 2013 eine Therapie stattgefunden habe. Es sei jedoch unklar, um was für eine Therapie es sich gehandelt habe. Ihres Erachtens müsse die Verfügung vom 30. September 2013 wegen der Verletzung der Abklärungspflicht widerrufen werden. Ihre Aufklärungspflicht habe die IV-Stelle hingegen nicht verletzt. Eine Mitarbeiterin des Rechtsdienstes bestätigte am 19. Januar 2015 die Einschätzung der Sachbearbeiterin. Am 19. Januar 2015 widerrief die IV-Stelle die Verfügung vom 30. September 2014 (IV-act. 41). Das Beschwerdeverfahren wurde in der Folge abgeschrieben (IV-act. 48).

A.e Am 19. Januar 2015 fragte die IV-Stelle die KJPD an, welche Behandlungen und Therapien in der Zeit vom 4. November 2013 bis 21. Februar 2014 durchgeführt worden seien (IV-act. 43). Med. pract. C.____ antwortete am 17. Januar 2015 via E-Mail (IV-act. 55), dass im besagten Zeitraum ein spezialärztliches Gespräch stattgefunden habe. Zudem seien im März und im Mai 2015 telefonische Kontakte erfolgt. Auf telefonische Nachfrage hin erklärte dieselbe Ärztin am 26. Februar 2015, dass lediglich Gespräche und keine POS-spezifische Therapie stattgefunden habe (IV-act. 56). Die Ärztin kam der Bitte der IV-Stelle, ihre Angaben noch schriftlich zu bestätigen, am 9. März 2015 nach (IV-act. 58). Der Ergotherapeut E.____ berichtete der IV-Stelle am 3. März 2015 (IV-act. 60), dass er den Versicherten seit August 2014 ergotherapeutisch behandle.

A.f Dr. med. F.____ vom RAD notierte am 2. April 2015 (IV-act. 61), dass die fachärztliche Diagnosestellung eines kindlichen POS am 4. November 2013 und damit vor Erreichen des 9. Altersjahres erfolgt sei. Die POS-typischen Befunde seien mit der Dokumentation von Auffälligkeiten im Verhalten, im Antrieb, beim Erfassen, in der Konzentration und in der Merkfähigkeit ausgewiesen. Hinweise für eine erworbene hirnorganische Schädigung fänden sich nicht. Zudem könne von einer normalen Intelligenz ausgegangen werden. Den vorliegenden Dokumenten könne nicht entnommen werden, dass beim Versicherten vor Erreichen des 9. Altersjahres eine etablierte POS-spezifische Therapie begonnen worden sei. Es sei lediglich ein störungsspezifisches Gespräch seitens der KJPD mit der Kindsmutter dokumentiert. Die Ergotherapie sei erst im August 2014 und somit nach Erreichen des 9. Altersjahres



St.Galler Gerichte

begonnen worden. Die Logopädie stelle keine POS-spezifische Therapie dar. Ihres Wissens handle es sich auch bei der Maltherapie nicht um ein anerkanntes Therapieverfahren; die Therapie sei zudem nicht von einer anerkannten Psychotherapeutin durchgeführt worden. Ob es sich bei der Maltherapie um eine von der IV anerkannte POS-spezifische Behandlung handle, sei keine medizinische Frage und müsse daher allenfalls rechtlich beurteilt werden. Die RAD-Ärztin hielt abschliessend fest, dass die versicherungsmedizinischen Voraussetzungen nach Art. 12 IVG erfüllt seien, da bei der Ergotherapie die Eingliederung ins Erwerbsleben im Vordergrund stehe. Auf telefonische Nachfrage hin präzierte der Ergotherapeut am 7. April 2015, dass die Ergotherapie seit dem 14. August 2014 stattfinde (IV-act. 64).

A.g Mit Vorbescheid vom 7. April 2015 (IV-act. 66) stellte die IV-Stelle dem Versicherten erneut die Abweisung seines Gesuchs um Kostengutsprache für medizinische Massnahmen gestützt auf Art. 13 IVG in Aussicht. Zur Begründung hielt sie fest, den neuen Unterlagen könne nicht entnommen werden, dass beim Versicherten vor Erreichen des 9. Altersjahrs eine etablierte POS-spezifische Therapie begonnen worden sei. Die Ergotherapie sei erst im August 2014 gestartet worden. Und bei der Maltherapie und der Logopädie handle es sich nicht um POS-spezifisch anerkannte Therapien. Gleichentags teilte die IV-Stelle dem Versicherten mit (IV-act. 67), dass die Kosten für die ambulante Ergotherapie gestützt auf Art. 12 IVG vom 14. August 2014 bis 31. August 2016 übernommen würden (IV-act. 67).

A.h Gegen den Vorbescheid vom 7. April 2015 liess der Versicherte am 8. Mai/26. Juni 2015 durch seine Rechtsvertreterin einwenden (IV-act. 68, 71), dass bei der Logopädin und bei der behandelnden Gestaltungs- und Maltherapeutin hätte nachgefragt werden müssen, weswegen und wozu diese Therapien in die Wege geleitet worden seien. Die Logopädie sei im Sommer 2013 begonnen worden, da der Versicherte in der Schule insbesondere in sprachlichen Bereichen Schwierigkeiten gehabt habe. Aufgrund der Aufmerksamkeitsprobleme hätten Kinder mit einer ADHS auch Aufnahme- und Speicherschwierigkeiten. Hierdurch entstünden häufig Sprachprobleme. Die logopädische Behandlung sei folglich wegen des Geburtsgebrechens Ziff. 404 notwendig gewesen, auch wenn die Diagnose im Zeitpunkt des Therapiebeginns noch nicht gestellt gewesen sei. Neben den Sprachschwierigkeiten habe der Versicherte Probleme in der Selbstwahrnehmung und im Umgang mit anderen Personen,



St.Galler Gerichte

insbesondere mit Kindern, gehabt. Dies habe zu einem aggressiven Verhalten in der Schule geführt. Der Versicherte sei in sich gekehrt und ein Einzelgänger gewesen. Da er kreativ begabt sei und bereits als kleines Kind gern gemalt habe, hätten sich die Eltern in Absprache mit der Schule und den KJPD entschieden, eine Mal- und Gestaltungstherapie zu beginnen. Die Maltherapie sei also auf die zentralen Symptome der ADHS gerichtet gewesen. Die Rechtsvertreterin machte ausserdem geltend, die IV-Stelle habe ihre Auskunftspflicht verletzt, indem sie dem Versicherten nicht mitgeteilt habe, welche Therapien vor dem 9. Lebensjahr hätten begonnen werden müssen. Hätte die IV-Stelle ihre Auskunftspflicht erfüllt, hätte die Ergotherapie früher (d.h. vor Vollendung des 9. Altersjahres) eingeleitet werden können.

A.i Eine Fachmitarbeiterin des Bereichs medizinische Massnahmen notierte am 7. Juni 2015 mit Verweis auf das einschlägige Kreisschreiben (IV-act. 72), dass ausschliesslich die kinderpsychiatrische Behandlung, die Ergotherapie und die medikamentöse Therapie als medizinische Massnahmen der Invalidenversicherung (IV) anerkannt werden könnten. Ärztliche oder kinderpsychologische Abklärungen sowie alleinige Beratungen der Eltern gälten nicht als Behandlung.

A.j Mit Verfügung vom 7. Juli 2015 (IV-act. 73) wies die IV-Stelle das Gesuch um Kostengutsprache für medizinische Massnahmen nach Art. 13 IVG wie angekündigt ab. Ergänzend wiederholte sie die Stellungnahme der Fachmitarbeiterin vom 7. Juni 2015. Bezüglich der Aufklärungspflicht merkte sie an, dass rechtsprechungsgemäss niemand aus einer Rechtsunkenntnis Vorteile für sich ableiten könne.

B.

B.a Gegen diese Verfügung liess der Versicherte (nachfolgend: Beschwerdeführer) am 1. September 2015 Beschwerde erheben (act. G 1). Seine Rechtsvertreterin beantragte die Aufhebung der Verfügung, die Anerkennung des Geburtsgebrechens Ziff. 404 und die Ausrichtung der entsprechenden Leistungen. Ergänzend zur Begründung im Vorbescheidverfahren machte sie geltend, bei der Beurteilung, ob eine Therapie POS-spezifisch sei, seien die unterschiedlichen Bedürfnisse der Betroffenen zu berücksichtigen. In Absprache mit den KJPD, der Schule, den Eltern und den behandelnden Therapeuten seien die bereits laufende Mal- und Gestaltungstherapie



sowie die Logopädie nach der Diagnostizierung des POS weitergeführt worden. Für den Sommer 2014 sei ein Wechsel in die Ergotherapie vorgesehen gewesen und dann auch umgesetzt worden. Sämtliche Therapien seien spätestens ab November 2013 auf die Behandlung des POS und dessen Folgen ausgerichtet gewesen. Die Anspruchsvoraussetzungen für die Anerkennung des GG Ziff. 404 seien daher erfüllt. Bezüglich der Aufklärungspflicht hielt die Rechtsvertreterin fest, dass der Beschwerdeführer gestützt auf das ihm zugestellte Merkblatt darauf hätten vertrauen dürfen, dass alle notwendigen Therapiekosten übernommen würden. Um dem Beschwerdeführer Stabilität und Kontinuität zu geben, sei der Therapiewechsel (zur Ergotherapie) erst im Sommer 2014 erfolgt. Für die IV-Stelle (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) sei erkennbar gewesen, dass der Beschwerdeführer schon bald neun Jahre alt werden würde. Sie wäre daher verpflichtet gewesen, den Beschwerdeführer darauf aufmerksam zu machen, dass eine spezifische Behandlung vor dem 9. Lebensjahr begonnen werden müsse und welche Behandlungen anerkannt würden. Wäre die Aufklärung korrekt erfolgt, wäre es dem Beschwerdeführer ohne weiteres möglich gewesen, eine mit Sicherheit genügende Behandlung in die Wege zu leiten. Damit wäre die Leistungspflicht der Beschwerdegegnerin nicht streitig gewesen. Der Beschwerde lag u.a. ein Bericht vom 12. Juli 2015 über die Mal- und Gestaltungstherapie bei (act. G 1.1.6).

B.b Die Beschwerdegegnerin beantragte am 5. November 2015 die Abweisung der Beschwerde (act. G 4). Zur Begründung hielt sie fest, dass die IV als medizinische Massnahmen die kinderpsychiatrische Behandlung, die Ergotherapie und die medikamentöse Therapie anerkenne. Die durch die IV anerkannte medizinische Massnahme in der Form der Ergotherapie habe erst ab August 2014 stattgefunden. Somit fehle es an der Voraussetzung der Behandlung vor Vollendung des 9. Altersjahres. Bezüglich der Aufklärungspflicht wies die Beschwerdegegnerin darauf hin, dass sie nicht verpflichtet gewesen sei, dem Beschwerdeführer nebst dem Merkblatt weitere Auskünfte betreffend das Geburtsgebrechen zu erteilen. Zudem verweise das Merkblatt auf die Verordnung über Geburtsgebrechen. Dem Beschwerdeführer wäre es demnach möglich gewesen, die spezifischen Voraussetzungen für das angemeldete Geburtsgebrechen nachzulesen.



St.Galler Gerichte

B.c In ihrer Replik vom 10. Dezember 2015 machte die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers ergänzend geltend (act. G 7), es könne nicht sein, dass nur jene Therapien als geeignet betrachtet würden, welche von der IV finanziert würden. Die Mal- und Gestaltungstherapie sowie die Logopädie seien geeignet, die Schwierigkeiten von ADHS-Betroffenen zu verbessern. Der Beschwerdeführer habe diese beiden Therapien unbestrittenermassen vor dem 9. Lebensjahr gestartet. Die Sichtweise der Beschwerdegegnerin führe dazu, dass alternative Therapieformen keine Anerkennung fänden, und dränge Eltern und Kinder in ein sehr beschränktes Therapiespektrum und allenfalls gar in eine medikamentöse Behandlung. Des Weiteren habe das Bundesgericht die Psychomotorik als ausreichende Behandlung anerkannt, obwohl die IV diese Therapieform nicht akzeptiere.

B.d Die Beschwerdegegnerin verzichtete auf eine Duplik (act. G 9).

Erwägungen

1.

1.1 Vorab ist zu prüfen, ob die Beschwerde rechtzeitig erhoben worden ist. Gemäss Art. 60 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) ist die Beschwerde innerhalb von 30 Tagen nach der Eröffnung der Verfügung einzureichen. Die angefochtene Verfügung datiert vom 7. Juli 2015, die Beschwerde ist aber erst am 3. September 2015 erhoben worden. Die Verfügung ist gemäss der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers am 10. Juli 2015 zugestellt worden. Die Frist hat also am 11. Juli 2015 zu laufen begonnen. Gesetzliche oder behördliche Fristen, die nach Tagen oder Monaten bestimmt sind, stehen vom 15. Juli bis und mit dem 15. August still (Art. 38 Abs. 4 lit. b ATSG). Die Frist hat also erst am 16. August 2015 wieder zu laufen begonnen. Die Rechtsvertreterin hat am 3. September 2015 und somit bereits am 23. Tag der Frist Beschwerde erhoben. Die Beschwerde ist demnach rechtzeitig erfolgt.

1.2 Zur Beschwerde ist berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 59 ATSG). Gegenstand der angefochtenen Verfügung ist der Anspruch des



Beschwerdeführers auf Leistungen der Invalidenversicherung. Der Beschwerdeführer ist durch die angefochtene Verfügung also berührt. Ein schutzwürdiges Interesse liegt vor, wenn die tatsächliche und rechtliche Situation des oder der Rechtsuchenden durch den Ausgang des Verfahrens beeinflusst werden kann. Dabei wird verlangt, dass die beschwerdeführende Person durch den angefochtenen Verwaltungsakt stärker als jedermann betroffen ist und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache steht (BGE 136 V 7 E. 2.1). Die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers hat einerseits die Anerkennung des Geburtsgebrechens Ziff. 404 und andererseits die Ausrichtung der entsprechenden Leistungen beantragt. Für die am 14. August 2014 begonnene Ergotherapie hat die Beschwerdegegnerin bereits gestützt auf Art. 12 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG, SR 831.20) Kostengutsprache erteilt (IV-act. 67). Bei der Logopädie (pädagogisch-therapeutische Massnahme) und bei der Mal- und Gestaltungstherapie handelt es sich nicht um von der IV anerkannte Therapiemassnahmen (Rz. 1025 des Kreisschreibens über die medizinischen Eingliederungsmassnahmen der Invalidenversicherung, KSME, Version 6, gültig ab 1. Januar 2015; Urteil des Bundesgerichts vom 4. November 2016, 9C_418/2016 E. 5.1). Abgesehen von der bereits vergüteten Ergotherapie sind gemäss der Aktenlage bisher also keine medizinischen Massnahmen erfolgt oder vorgesehen, die – sollte das Geburtsgebrechen Ziff. 404 anerkannt werden – eine Vergütungspflicht der Beschwerdegegnerin auslösen könnten. Auf die Beschwerde kann daher insoweit nicht eingetreten werden, als die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers die Ausrichtung der entsprechenden Leistungen beantragt hat. Zu prüfen bleibt, ob der Beschwerdeführer ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung, ob seine gesundheitliche Beeinträchtigung unter das Geburtsgebrechen Ziff. 404 fällt, hat. Würde die angefochtene Verfügung in Rechtskraft erwachsen, stünde (auch für die Zukunft) fest, dass der Beschwerdeführer gestützt auf Art. 13 IVG keinen Anspruch auf medizinische Massnahmen der IV hätte. Zwar bliebe dem Beschwerdeführer dann immer noch die Möglichkeit, gestützt auf Art. 12 IVG medizinische Massnahmen zu beantragen. Während jedoch Art. 13 IVG den versicherten Personen bis zum vollendeten 20. Altersjahr einen umfassenden Anspruch auf alle medizinischen Massnahmen der IV einräumt, ist der Anspruch gestützt auf Art. 12 IVG auf medizinische Massnahmen beschränkt, die nicht auf die Behandlung des Leidens an sich, sondern unmittelbar auf die Eingliederung ins Erwerbsleben oder in den



St.Galler Gerichte

Aufgabenbereich gerichtet und geeignet sind, die Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, dauernd und wesentlich zu verbessern oder vor wesentlicher Beeinträchtigung zu bewahren (Art. 12 Abs. 1 IVG). Für den Vergütungsanspruch für allfällige zukünftige medizinische Massnahmen durch die IV kann es daher relevant sein, ob die ADHS des Beschwerdeführers als Geburtsgebrechen Ziff. 404 anerkannt ist oder nicht. Der Beschwerdeführer hat daher ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung, ob er an einem Geburtsgebrechen Ziff. 404 leidet. Auf die Beschwerde ist deshalb, soweit es um die Anerkennung des Geburtsgebrechens Ziff. 404 geht, einzutreten.

2.

2.1 Nach Art. 13 IVG haben versicherte Personen bis zum vollendeten 20. Altersjahr Anspruch auf die zur Behandlung von Geburtsgebrechen notwendigen medizinischen Massnahmen (Abs. 1). Der Bundesrat bezeichnet die Gebrechen, für welche diese Massnahmen gewährt werden; er kann die Leistung ausschliessen, wenn das Gebrechen von geringfügiger Bedeutung ist (Abs. 2). Als Geburtsgebrechen im Sinne von Art. 13 IVG gelten Gebrechen, die bei vollendeter Geburt bestehen; die Geburtsgebrechen sind in der Liste im Anhang der Verordnung über Geburtsgebrechen (GgV, SR 831.232.21) aufgeführt (Art. 1 GgV). 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). Ziff. 404 der Geburtsgebrechensliste umschreibt folgendes Geburtsgebrechen: Störungen des Verhaltens bei Kindern mit normaler Intelligenz, im Sinne krankhafter Beeinträchtigung der Affektivität (Gefühlsansprechbarkeit) oder Kontaktfähigkeit, bei Störungen des Antriebes, des Erfassens, der perzeptiven Funktionen (Funktionen des Wahrnehmens), der Wahrnehmung, der Konzentrationsfähigkeit sowie der Merkfähigkeit (ADHS; früher psychoorganisches Syndrom, POS; Urteil des Bundesgerichts vom 4. November 2016, 9C_418/2016 E. 4), sofern sie mit bereits gestellter Diagnose als solche vor der Vollendung des 9. Altersjahres auch behandelt worden sind. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts begründet die fehlende Diagnose und Behandlung vor dem vollendeten 9. Altersjahr die unwiderlegbare Rechtsvermutung, dass es sich nicht um eine angeborene ADHS



handelt (BGE 122 V 113 E. 3c/bb; Urteil des Bundesgerichts vom 4. November 2016, 9C_418/2016 E. 4).

2.2 Ausgangspunkt bei der Interpretation einer Gesetzesnorm ist der Wortlaut der Bestimmung. Der Wortlaut von Ziff. 404 Anhang GgV ist eindeutig: Eine ADHS wird als Geburtsgebrechen nur anerkannt, sofern sie mit bereits gestellter Diagnose als solche vor der Vollendung des 9. Altersjahres auch behandelt worden ist. Diese Voraussetzungen sind erst mit der Revision der GgV per 1. Januar 1977 eingeführt worden. Als die Ziff. 404 per 1. Januar 1972 in die GgV aufgenommen worden war, war ein POS als Geburtsgebrechen anerkannt worden, sofern es bis zum vollendeten achten Lebensjahr manifest geworden war (ZAK 1971 541 ff., 559, 567; siehe auch Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG] vom 2. Februar 1979 i. Sa. S. K.; ZAK 1979 434 ff., 435). Als Grund für die Änderung per 1. Januar 1977 hat der Bundesrat lediglich angegeben, dass voneinander abweichende Auffassungen unter den zuständigen Fachärzten eine bessere Umschreibung des Gebrechens notwendig gemacht hätten (ZAK 1977 6 ff., 26 f.). Der Bundesrat hat mit der Einführung der zwei neuen Anspruchsvoraussetzungen (Diagnosestellung und Behandlung vor der Vollendung des 9. Altersjahres) per 1. Januar 1977 also ein Beweisproblem lösen bzw. die Beweiswürdigung vereinfachen wollen: Eine ADHS sollte nur noch als angeborenes Leiden respektive als Geburtsgebrechen gelten, wenn sie vor der Vollendung des 9. Altersjahres diagnostiziert und behandelt worden war. Damit hat der Bundesrat seine Kompetenz, die Geburtsgebrechen zu bezeichnen (d.h. aufzulisten), jedoch überschritten: Schwierigkeiten bei der Beweiswürdigung sind nach den allgemeinen Regeln des Beweisrechts und nicht über die Einführung neuer materieller Anspruchsvoraussetzungen zu lösen. Die Beweiswürdigung obliegt natürlich nicht generell-abstrakt dem Ordnungsgeber, sondern dem Versicherungsträger im konkreten Einzelfall respektive in strittigen Fällen dem Gericht (vgl. UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2015, Vorbemerkungen, N 93). Die per 1. Januar 1977 neu eingeführten (materiellen) Anspruchsvoraussetzungen verstossen jedoch nicht nur gegen die allgemeinen Beweisregeln, sondern sie sind auch nicht vereinbar mit Art. 13 IVG. Der Bundesrat hat die ADHS als Geburtsgebrechen anerkannt, indem er sie in die Geburtsgebrechensliste aufgenommen hat. Der Bundesgesetzgeber hat lediglich vorgesehen, Geburtsgebrechen von geringfügiger Bedeutung von der Leistungspflicht auszuschliessen (Art. 13 Abs. 2 IVG). Die neuen



Anspruchsvoraussetzungen (Diagnosestellung und Behandlung vor der Vollendung des 9. Altersjahres) sind jedoch nicht eingeführt worden, um geringfügige Geburtsgebrechen auszuschliessen, sondern um angeborene von erworbenen Störungen abzugrenzen. Ein sachlicher Grund, weshalb bei der ADHS die Kosten für die medizinischen Behandlungen von der IV nur übernommen werden sollten, wenn die Diagnosestellung und die Behandlung vor der Vollendung des 9. Altersjahres erfolgt sind, ist nicht ersichtlich. Diese Beschränkung führt vielmehr zum stossenden Ergebnis, dass eine ADHS, welche aus medizinischer Sicht unumstritten angeboren ist, nicht als Geburtsgebrechen Ziff. 404 gilt, weil sie erst nach der Vollendung des 9. Altersjahres diagnostiziert und/oder behandelt worden ist. Dieses Beispiel zeigt auch auf, dass die per 1. Januar 1977 neu eingeführten materiellen Anspruchsvoraussetzungen nicht nur nicht gesetzeskonform, sondern auch verfassungswidrig sind: Eine versicherte Person, die nachweislich an einer angeborenen ADHS leidet, die Störung aber erst nach der Vollendung des 9. Altersjahres diagnostiziert und/oder behandelt worden ist, wird ohne sachlichen Grund schlechter gestellt als eine versicherte Person, die an der gleichen Krankheit leidet, aber "rechtzeitig", d.h. vor der Vollendung des 9. Altersjahres, die Diagnose erhalten hat und behandelt worden ist. Der Wortlaut von Ziff. 404 Anhang GgV verletzt somit auch das Gleichbehandlungsgebot nach Art. 8 der Bundesverfassung (BV, SR 101). Eine derartige Gesetzes- und Verfassungswidrigkeit lässt sich – entgegen der Ansicht des Bundesgerichts – nicht unter Verweis auf die Praktikabilität und die Rechtssicherheit rechtfertigen (vgl. Urteil des Bundesgericht vom 4. November 2016, 9C_418/2016 E. 6.3.3.). Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die in Ziff. 404 Anhang GgV statuierten Voraussetzungen der Diagnosestellung und der Behandlung vor dem vollendeten 9. Altersjahr entgegen dem Wortlaut und dem Willen des Verordnungsgebers nicht als materielle Anspruchsvoraussetzungen interpretiert werden können. Eine gesetzes- und verfassungskonforme Auslegung führt zum Schluss, dass es sich bei den beiden Voraussetzungen bestenfalls um eine widerlegbare Rechtsvermutung handeln kann. Daher ist an der ständigen Praxis des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen festzuhalten. Die Voraussetzungen für eine Änderung der anderslautenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind offensichtlich erfüllt.

2.3 Im vorliegenden Fall ist unbestritten und medizinisch belegt, dass der Beschwerdeführer an einer behandlungsbedürftigen ADHS leidet. Hinweise für eine



erworbene hirnorganische Schädigung bestehen nicht. Die Diagnose ist am 4. November 2013 und damit noch vor der Vollendung des 9. Altersjahres durch die KJPD gestellt worden. Die Behandlungsbedürftigkeit in Form einer Ergotherapie ist bereits zum damaligen Zeitpunkt ausgewiesen gewesen. Auch sonst liegen keine Hinweise im Recht, dass es sich bei der ADHS nicht um eine angeborene, sondern um eine erworbene Störung handeln könnte. Aus medizinischer Sicht ist denn auch nie in Frage gestellt worden, dass es sich um ein angeborenes Leiden handelt. Demnach steht mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit fest, dass der Beschwerdeführer an einer angeborenen ADHS im Sinne von Ziff. 404 Anhang GgV leidet.

2.4 Der Vollständigkeit halber bleibt folgendes anzumerken: Der Beschwerdeführer hat bereits vor der Vollendung des 9. Altersjahres eine Mal- und Gestaltungstherapie (Dezember 2012 bis 2. Juli 2015) sowie eine logopädische Therapie (ab dem 23. März 2013) besucht (act. G 1.1.6; IV-act. 34-2). Die Beschwerdegegnerin hat sich auf den Standpunkt gestellt, dass es sich weder bei der Mal- und Gestaltungstherapie noch bei der logopädischen Therapie um POS-spezifische Therapien gehandelt habe. Während in Ziff. 404 Anhang GgV lediglich von "behandelt" gesprochen wird, wird im medizinischen Leitfaden zum GG Ziff. 404 (Anhang 7 KSME, Version 6) vorausgesetzt, dass es sich um eine "medizinische Behandlung" handelt. In Fussnote 3 wird dieser Begriff näher definiert: Als Massnahmen der IV anerkannt würden die kinderpsychiatrische Behandlung, die Ergotherapie und die medikamentöse Therapie. Die Logopädie, die Psychomotorik, der Spezial- oder Stützunterricht und Massnahmen der integrativen schulischen Förderung und alle andern unterstützenden Massnahmen lägen seit Inkrafttreten der Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) am 1. Januar 2008 in der Verantwortung der Kantone. Wie die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers zu Recht geltend gemacht hat, wäre es nicht sachgerecht, nur diejenigen Therapien als Behandlungen im Sinne von Ziff. 404 des Anhangs zur GgV anzuerkennen, die von der Invalidenversicherung gestützt auf Art. 12 und Art. 13 vergütet werden. Dies würde nämlich bedeuten, dass pädagogisch-therapeutischen Massnahmen, bei denen es sich unbestrittenermassen um eine von vielen Therapiemöglichkeiten bei ADHS handelt, von vornherein nicht als genügende Behandlungen gälten (siehe z.B. www.neurologen-und-psychiater-im-netz.org/kinder-jugend-psychiatrie/erkrankungen/



aufmerksamkeitsdefizit-hyperaktivitäts-störung-adhs/multimodales-behandlungskonzept-therapieziel/, besucht am 11. September 2017). Selbst das Bundesgericht hat es als überspitzt formalistisch betrachtet, die Psychomotorik-Therapie, die zum Fachbereich der Heil- und Sonderpädagogik gehört, als nicht POS-spezifische Behandlung anzusehen (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG] vom 16. Juni 2005, I 9/05 E. 2.4; siehe auch Urteil des EVG vom 13. August 2002, I 768/01 E. 2d). Zwar ist das Bundesgericht im Urteil vom 4. November 2016 (9C_418/2016) zum Schluss gekommen, dass es sich bei der durchgeführten Maltherapie nicht um eine anerkannte Behandlung im Sinne von Ziff. 404 Anhang GgV handle (E. 5.1). Diese Frage war im damaligen Verfahren allerdings auch nicht strittig gewesen und es ist nicht bekannt, wie die konkrete Therapie ausgestaltet gewesen war. Da das Bundesgericht seine Feststellung auch nicht begründet hat, ist davon auszugehen, dass sie sich auf den konkreten Einzelfall bezogen hat. Demnach ist stets im Einzelfall zu entscheiden, ob eine Therapie als POS-spezifisch zu beurteilen ist oder nicht. Der Beschwerdeführer ist wegen Konzentrationsstörungen in der Schule, einer starken Unruhe und wegen sozialer Konflikte mit anderen Kindern zur Gestaltungs- und Maltherapie angemeldet worden. Die Ziele der Therapie sind die Stärkung des Selbstvertrauens und eine differenziertere, altersangepasste Selbstwahrnehmung gewesen (act. G 1.1.6). Die Gestaltungs- und Maltherapie hat somit auf die Behandlung von ADHS-spezifischen Symptomen abgezielt. Gemäss den Aussagen der Mal- und Gestaltungstherapeutin hat der Beschwerdeführer in der Therapie gelernt, seine Unruhe vermehrt umzusetzen. Er habe zunehmend über längere Zeit konzentriert an einem Werk arbeiten können. In der Gruppe habe er den Umgang mit der Ablenkbarkeit üben können. In Gesprächen habe er immer klarer seine persönliche Meinung vertreten können. Vor allem Konfliktsituationen hätten ihm die Möglichkeit geboten, sich zu reflektieren und seine "Grenzüberschreitungen" mehr wahrzunehmen. Die gemachten Erfahrungen in der Malgruppe hätten ihm neue Möglichkeiten im sozialen Kontakt in Gruppen aufgezeigt und seine Strategien erweitert. Die Mal- und Gestaltungstherapie hat also einen positiven Einfluss auf die ADHS-Symptomatik gehabt. Es gibt daher keinen Grund, diese Therapie im vorliegenden Fall nicht als geeignete Behandlung im Sinne von Ziff. 404 Anhang GgV zu beurteilen. Gemäss der RAD-Ärztin stellt die Logopädie keine POS-spezifische Therapie dar (IV-act. 61-4). Begründet hat sie ihre Einschätzung jedoch nicht. Die logopädische Therapie wird in



bestimmten Fällen durch die Krankenversicherung vergütet (Art. 10 der Verordnung des EDI über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, SR 832.112.31). Sie hat also den Charakter einer medizinischen Massnahme. Die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers hat argumentiert, dass die Sprachprobleme auf die durch die ADHS bedingten Aufnahme- und Speicherschwierigkeiten zurückzuführen seien. Gemäss einer telefonischen Auskunft der Logopädin gegenüber den KJPD vom 11. Juli 2013 hat der Beschwerdeführer Mühe mit Zischlauten, der Phonetik und der Phonologie gehabt. Auf den ersten Blick handelt es sich hierbei nicht um typische Symptome einer ADHS (siehe z.B. Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch 2014, 266. Auflage, S. 27 f.). Allerdings fehlt dem Gericht das medizinische Fachwissen, um diese Frage abschliessend beurteilen zu können. Da diese Frage jedoch keinen Einfluss auf den Verfahrensausgang hat, kann sie offen gelassen werden.

2.5 Ebenfalls der Vollständigkeit halber ist schliesslich noch auf den Vorwurf der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers, dass die Beschwerdegegnerin ihre Aufklärungspflicht verletzt habe, einzugehen. Die Rechtsvertreterin hat argumentiert, dass für die Beschwerdegegnerin im Anmeldezeitpunkt (Januar 2014) erkennbar gewesen sei, dass der Beschwerdeführer bald (am 21. Februar 2014) neun Jahre alt werden würde. Die Beschwerdegegnerin wäre daher verpflichtet gewesen, den Beschwerdeführer darüber zu informieren, dass eine spezifische Behandlung des Geburtsgebrechens vor der Vollendung des 9. Altersjahres begonnen werden müsse und welche Behandlungen anerkannt würden. Die Beschwerdegegnerin brachte hiergegen vor, dass sie ihre Aufklärungspflicht mit der Abgabe des Merkblatts über die Leistungen der IV erfüllt habe. Zudem könne niemand aus einer Rechtsunkenntnis Vorteile für sich ableiten. Gemäss Art. 27 Abs. 1 ATSG sind die Versicherungsträger und Durchführungsorgane der einzelnen Sozialversicherungen verpflichtet, im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereiches die interessierten Personen über ihre Rechte und Pflichten aufzuklären. Es handelt sich hierbei um eine allgemeine Informationspflicht (Bericht der Kommission des Ständerates vom 27. September 1990 zur parlamentarischen Initiative Allgemeiner Teil Sozialversicherung, BBI 1991 II 185, 259). Diese Aufklärungspflicht wird mit Broschüren, Merkblättern, Wegleitungen usw. erfüllt (Bericht der Kommission des Nationalrates für soziale Sicherheit und Gesundheit vom 26. März 1999 zur parlamentarischen Initiative Sozialversicherungsrecht, BBI 1999 V



4523, 4582). Art. 27 Abs. 1 ATSG beinhaltet also keine Pflicht der Sozialversicherungsträger, die versicherten Personen umfassend und optimal über ihre Leistungsansprüche zu informieren. Die Beschwerdegegnerin hat der Mutter des Beschwerdeführers am 8. Januar 2014 ein Merkblatt über die Leistungen der IV zugestellt. Dem Merkblatt sind die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen für die Übernahme von medizinischen Massnahmen zur Behandlung eines Geburtsgebrechens zu entnehmen. Bezüglich der als Geburtsgebrecchen anerkannten Leiden verweist es auf die Geburtsgebrechensliste. Die Beschwerdegegnerin hat somit mit der Zustellung des Merkblattes an die Mutter des Beschwerdeführers ihre Aufklärungspflicht erfüllt.

2.6 Demnach ist die Beschwerde, soweit auf sie einzutreten ist, gutzuheissen. In Aufhebung der angefochtenen Verfügung ist festzustellen, dass der Beschwerdeführer am Geburtsgebrecchen Ziff. 404 Anhang GgV leidet.

3.

3.1 Das Beschwerdeverfahren ist kostenpflichtig. Die Kosten werden nach dem Verfahrensaufwand und unabhängig vom Streitwert im Rahmen von Fr. 200.-- bis Fr. 1'000.-- festgelegt (Art. 69 Abs. 1 bis IVG). Eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.-- erscheint in der vorliegend zu beurteilenden Angelegenheit als angemessen. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend ist sie vollumfänglich der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 600.-- ist dem Beschwerdeführer zurückzuerstatten.

3.2 Gemäss Art. 61 lit. g ATSG hat die obsiegende beschwerdeführende Partei Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Die Parteientschädigung wird vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen. In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar vor Versicherungsgericht nach Art. 22 Abs. 1 lit. b HonO (sGS 963.75) pauschal Fr. 1'000.-- bis Fr. 12'000.--. Die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers hat keine Honorarnote eingereicht. Praxisgemäss spricht das Versicherungsgericht in IV-Fällen mit mittlerem Aufwand und Schwierigkeitsgrad eine Entschädigung von Fr. 3'500.-- zu. Die Rechtsvertreterin hat



den Beschwerdeführer in der gleichen Sache bereits im Verfahren IV 2014/496 vertreten und ist für ihren damaligen Aufwand entschädigt worden (IV-act. 49). Die seither neu eingegangenen Akten sind überschaubar gewesen; die Sachlage hat sich nicht mehr wesentlich verändert. Der Streitgegenstand hat sich zudem auf eine einzige Frage, nämlich ob der Beschwerdeführer an einer ADHS im Sinne des Geburtsgebrechens Ziff. 404 leidet, beschränkt. Der Aufwand der Rechtsvertreterin ist daher für das vorliegende Verfahren – insbesondere im Vergleich mit Rentenfällen – in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht deutlich unterdurchschnittlich gewesen. Eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.-- erscheint deshalb als angemessen. Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführer entsprechend mit Fr. 2'000.-- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu entschädigen.

Entscheid

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

1.

Die Beschwerde wird, soweit darauf eingetreten wird, gutgeheissen; in Aufhebung der angefochtenen Verfügung vom 7. Juli 2015 wird festgestellt, dass der Beschwerdeführer am Geburtsgebrechen Ziff. 404 Anhang GgV leidet.

2.

Die Beschwerdegegnerin hat eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.-- zu bezahlen; der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 600.-- wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet.

3.

Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.-- zu bezahlen.