



Fall-Nr.: IV 2016/302
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: IV - Invalidenversicherung
Publikationsdatum: 19.09.2019
Entscheiddatum: 13.03.2018

Entscheid Versicherungsgericht, 13.03.2018

Art. 42quater IVG. Art. 39a IVV. Der Art. 39a lit. c IVV ist gesetzwidrig, weil er nicht mit dem im Art. 42quater Abs. 3 IVG enthaltenen Auftrag übereinstimmt. Die lit. a und b des Art. 39a IVV können den im Art. 42quater Abs. 3 IVG enthaltenen Auftrag für sich allein nicht vollständig erfüllen; der Art. 39a IVV ist folglich lückenhaft. Er ist um eine neue lit. c zu ergänzen, laut der auch jene Minderjährigen einen Anspruch auf einen Assistenzbeitrag haben können, die die Voraussetzungen der lit. a und b des Art. 39a IVV nicht erfüllen, aber mindestens ebenso „handlungsfähig“ wie ein Erstklässler sind. De lege ferenda wäre eine ersatzlose Streichung der Abs. 2 und 3 des Art. 42quater IVG zu begrüssen, mit der die im Art. 42quater IVG enthaltene krasse Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes (Art. 8 BV) beseitigt werden könnte (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 13. März 2018, IV 2016/302). Entscheid vom 13. März 2018

Besetzung

Präsident Ralph Jöhl, Versicherungsrichterinnen Monika Gehrler-Hug

und Karin Huber-Studerus; Gerichtsschreiber Tobias Bolt

Geschäftsnr.

IV 2016/302

Parteien

A.____,

Beschwerdeführerin,



St.Galler Gerichte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Thomas Zogg, rechtsanwälte.og42, Oberer Graben 42, 9000 St. Gallen,

gegen

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

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Assistenzbeitrag

Sachverhalt

A.

A.a A.____ wurde im Mai 2006 unter Hinweis auf ein Geburtsgebrechen – Ziff. 404 Anh. GgV – zum Bezug von Leistungen der Invalidenversicherung angemeldet (IV-act. 1). Die IV-Stelle vergütete die Kosten verschiedener medizinischer Massnahmen und gewährte der Versicherten eine Berufsberatung. Ab dem 1. August 2014 hätte die Versicherte sich auf eine erstmalige berufliche Ausbildung zur Assistentin Gesundheit und Soziales EBA vorbereiten können (vgl. IV-act. 53). Am 4. August 2014 teilte der Vater der Versicherten dann aber der IV-Stelle telefonisch mit (IV-act. 54), dass diese in den Sommerferien einen Unfall mit schweren Kopfverletzungen erlitten habe. Sie befinde sich auf der Intensivstation des Kinderspitals. Eine Einschätzung bezüglich der Genesung könne nicht gemacht werden. Das geplante Vorbereitungsjahr müsse abgesagt werden. Am 26. August 2014 berichtete Dr. med. B.____ vom Ostschweizer Kinderspital (IV-act. 58), die Versicherte habe ein schweres offenes Schädel-Hirn-Trauma mit einer Impressionsfraktur frontal links und mit einem ausgedehnten Kalottendefekt erlitten. Zurzeit befinde sie sich noch in der Akutphase. Anschliessend werde sehr wahrscheinlich eine längere Rehabilitation notwendig sein. Am 21. Oktober 2014 wurde die Versicherte in die Rehaklinik C.____ verlegt (IV-act. 70). Diese berichtete am 23. September 2015 (IV-act. 125), nach anfänglichen Fortschritten habe sich gezeigt, dass die Rehabilitation individuell auf die Bedürfnisse der Versicherten



zugeschnitten werden müsse. Mit zunehmendem Antrieb und Verbesserung der Bewusstseinslage seien herausfordernde Verhaltensauffälligkeiten in den Vordergrund getreten. Zum Jahreswechsel habe die Versicherte deshalb auf die Spezialabteilung für die kognitive und die neuropsychiatrische Frührehabilitation verlegt werden müssen. Im weiteren Verlauf hätten signifikante Verbesserungen auf der motorischen Ebene (Gehfähigkeit mit Hilfsmittel und taktile Führung), in der Kommunikationsfähigkeit (auf einfachem Niveau adäquates Sprachverständnis, aktive verbale Äusserungen sporadisch situationsadäquat) und in der Selbständigkeit im Alltag (Körperpflege mit einer verbal strukturierenden und handlungsinitiierenden Hilfsperson im Rahmen der motorischen Einschränkungen weitgehend selbständig möglich) sowie eine positive Entwicklung bezüglich der kognitiven Funktionen erzielt werden können. Das Behandlungsteam sei nach einer mehr als zehn Monate dauernden, äusserst intensiven Frührehabilitation in der Abteilung mit einem Spezialsetting für eine kognitive und neuropsychiatrische Rehabilitation zur Überzeugung gekommen, dass das zweifellos vorhandene Rehabilitationspotential in einem altersgerechten therapeutischen und rehabilitativen Kontext noch besser ausgeschöpft werden könne, weshalb die Versicherte am 26. August 2015 in das Rehabilitationszentrum D.____ verlegt worden sei.

A.b Am 18. Dezember 2015 fand eine Abklärung zur Ermittlung der Hilflosigkeit in der Wohnung der Eltern der Versicherten statt (IV-act. 143). Der Abklärungsbeauftragte hielt fest, die Konzentrationsfähigkeit der Versicherten sei gering und das Kurzzeitgedächtnis sei massiv beeinträchtigt. Im Verlauf der Rehabilitation hätten erste Erfolge erzielt werden können. Die Versicherte habe einzelne Teilfähigkeiten auf einem tiefen Niveau wiedererlangt. Ihr aggressives Verhalten habe sich deutlich verbessert. Sie könne einfachen Gesprächen mit einem Bezug zur aktuellen Situation rudimentär folgen. Sie könne wieder lesen und wichtige Informationen am besten aufnehmen, wenn sie diese selber lesen könne. Aktuell bestehe eine rudimentäre Gehfähigkeit für einige Meter. Oft müsse die Versicherte aber gestützt werden. Treppen könne sie nur geführt bewältigen. Für Transfers werde in aller Regel ein Rollstuhl eingesetzt. Hinsichtlich des Aufstehens, Absitzens und Abliegens liege eine Hilflosigkeit vor. Der für den Intensivpflegezuschlag massgebende tägliche Mehraufwand betrage 17 Minuten. Auch bezüglich des Essens sei die Versicherte hilflos. Flüssigkeiten müssten mittels einer Sonde verabreicht werden. Beim Essen mangle es noch an der nötigen



Feinmotorik. Ausserdem verspüre die Versicherte kein Sättigungsgefühl. Sie halte sich nicht einmal an einfache Benimmregeln, weshalb sie ständig gut begleitet und beaufsichtigt werden müsse. Der tägliche Mehraufwand belaufe sich auf 36 Minuten. Auch beim An- und Auskleiden sei die Versicherte regelmässig auf eine Dritthilfe angewiesen. Ein wesentlicher Mehraufwand falle im Zusammenhang mit dem Anziehen der Orthesen, Schienen und Schuhe an. Der tägliche Mehraufwand belaufe sich auf 49 Minuten. Die Versicherte sei nicht in der Lage, die Körperpflege selbständig zu besorgen. Die Zähne müssten ihr geputzt werden. Auch beim Duschen sei sie auf eine erhebliche Dritthilfe angewiesen. Der Mehraufwand belaufe sich auf 32 Minuten. Tagsüber und nachts müsse die Versicherte Windeln tragen. Es finde ein laufendes WC-Training statt; die Versicherte habe erst kleine Erfolge erzielt. Der tägliche Mehraufwand betrage neun Minuten. Für die Begleitung zu Arztterminen könne ein Mehraufwand von fünf Minuten berücksichtigt werden. Die Versicherte benötige zudem eine dauernde Hilfe im Rahmen der Behandlungspflege. Für therapeutische Massnahmen sei ein Mehraufwand von zehn Minuten zu berücksichtigen. Zudem sei eine Überwachungspauschale von zwei Stunden anzurechnen. Die Versicherte benötige wegen der kognitiven und der körperlichen Beeinträchtigungen keine ständige persönliche Überwachung. Sie könne beispielsweise auch mal vor dem Fernseher für zehn Minuten alleine gelassen werden. In solchen Zeiten sei aber eine „hörende“ Überwachung notwendig. Der gesamte anrechenbare Mehraufwand belaufe sich auf vier Stunden und 28 Minuten. Die Eltern der Versicherten erklärten sich mit diesen Angaben einverstanden. Der Abklärungsbeauftragte hielt nachträglich fest, die Abklärung habe an einem späten Freitagnachmittag stattgefunden, was eine Teilnahme der Versicherten am Abklärungsgespräch erlaubt habe. Diese habe während der ganzen Zeit mit am Tisch gesessen und mehr oder weniger interessiert und konzentriert am Gespräch teilgenommen. Teilweise hätten die Fragen direkt an sie gerichtet werden können. Dank der Eindrücke vor Ort habe der Abklärungsbeauftragte die Angaben gut nachvollziehen können. In der nächsten Zeit sei mit weiteren Fortschritten zu rechnen. Gestützt auf diese Angaben sprach die IV-Stelle der Versicherten mit einer Verfügung vom 7. März 2016 per 1. Juli 2015 eine Entschädigung bei einer Hilflosigkeit schweren Grades sowie einen Intensivpflegezuschlag bei einem Betreuungsaufwand von mindestens vier Stunden zu (IV-act. 154). Diese Verfügung erwuchs unangefochten in formelle Rechtskraft.



A.c Am 3. Mai 2016 beantragten die Eltern der Versicherten einen Assistenzbeitrag (IV-act. 167). Mit einem Vorbescheid vom 13. Mai 2016 teilte die IV-Stelle den Eltern mit (IV-act. 172), dass sie die Abweisung des Leistungsbegehrens vorsehe. Zur Begründung führte sie aus, minderjährige Versicherte hätten nur einen Anspruch auf einen Assistenzbeitrag, wenn sie zuhause lebten und zudem entweder regelmässig die obligatorische Schule in einer Regelklasse besuchten oder eine Berufsausbildung auf dem regulären Arbeitsmarkt absolvierten oder eine Ausbildung auf der Sekundarstufe II absolvierten oder während mindestens zehn Stunden pro Woche eine Erwerbstätigkeit auf dem regulären Arbeitsmarkt ausübten oder einen Intensivpflegezuschlag für einen Pflege- und Überwachungsbedarf von mindestens sechs Stunden pro Tag bezögen. Die Versicherte erfülle keine dieser Voraussetzungen. Dagegen liess die Versicherte am 16. Juni 2016 einwenden (IV-act. 185), seit der letzten Abklärung im Dezember 2015 habe sie erfreuliche Fortschritte gemacht. Insbesondere habe sich ihre Mobilität erheblich erhöht. Das habe aber zur Folge, dass sie wieder mehr Eigenaktivität entwickle und sich selbständig zu Fuss fortbewege. Aufgrund ihrer Hirnverletzung könne sie aber die dabei entstehenden Risiken nicht einschätzen. Deshalb sei sie auf mehr Betreuung und Überwachung angewiesen. Die behandelnden Ärzte der Rehaklinik D.____ hätten bestätigt, dass der aktuelle zeitliche Aufwand für ihre Betreuung und die Überwachung bei deutlich mehr als sechs Stunden pro Tag liege. Die gesteigerte Überwachungsbedürftigkeit rechtfertige die Anrechnung einer Überwachungspauschale von vier statt wie bisher zwei Stunden. Nur schon das führe insgesamt zu einem täglichen Gesamtaufwand von über sechs Stunden. Zudem werde die Versicherte demnächst aus der Rehaklinik austreten. Dadurch werde sich der Betreuungsaufwand zuhause erheblich erhöhen. Angesichts dieser Veränderungen sei eine erneute Abklärung in der Wohnung der Eltern erforderlich. Mit einer Verfügung vom 7. Juli 2016 wies die IV-Stelle das Begehren um einen Assistenzbeitrag ab (IV-act. 193). Bezugnehmend auf die Eingabe der Versicherten vom 16. Juni 2016 führte sie aus, die gesteigerte Mobilität beeinflusse den für den Intensivpflegezuschlag massgebenden Mehraufwand nicht. Die verbesserte Gehfähigkeit habe keinen direkten Einfluss auf die Überwachungsbedürftigkeit. Die Fortbewegung und die Überwachung seien getrennt zu beurteilende „Verrichtungen“. Die Versicherte müsse nach wie vor bei der Fortbewegung unterstützt werden. Dieser Hilfebedarf in der Form von direkter und indirekter Begleitung sei unter der Verrichtung Fortbewegung berücksichtigt; er sei



unverändert ausgewiesen. Eine doppelte Berücksichtigung nun zusätzlich auch noch bei der Überwachung sei unzulässig. Die veränderte Mobilität habe also keine Auswirkung auf den Intensivpflegezuschlag, weshalb weder ein Grund für eine Revision der Hilflosenentschädigung vorliege noch ein Assistenzbeitrag geschuldet sei.

B.

B.a Dagegen liess die Versicherte (nachfolgend: die Beschwerdeführerin) am 9. September 2016 eine Beschwerde erheben (act. G 1). Ihr Rechtsvertreter beantragte die Aufhebung der Verfügung vom 7. Juli 2016, die Gewährung eines Assistenzbeitrages und die Rückweisung der Sache an die Beschwerdegegnerin zur Feststellung des Hilfebedarfs und der Höhe des Assistenzbeitrages mittels weiterer Abklärungen. Zur Begründung führte er an, der Abklärungsbericht vom 18. Dezember 2015, auf den sich die IV-Stelle (nachfolgend: die Beschwerdegegnerin) gestützt habe, sei überholt. Mittlerweile lebe die Beschwerdeführerin zuhause; sie befinde sich nicht mehr in der Rehaklinik D.____. Dadurch habe sich der Betreuungs- und Pflegeaufwand der Eltern erheblich erhöht. Schon dieser Umstand mache eine erneute Abklärung notwendig. Zudem habe sich die Mobilität der Beschwerdeführerin zwischenzeitlich wesentlich verbessert. Sie sei aber stark sturzgefährdet und deshalb nun grösseren Gefahren ausgesetzt, als sie es im Zeitpunkt der Abklärung im Dezember 2015 gewesen sei. Sie sei auf eine Betreuungsperson angewiesen, die dauernd mit einer überdurchschnittlich hohen Aufmerksamkeit in ihrer unmittelbaren Nähe bleibe und jederzeit bereit sei, einzugreifen. Mit anderen Worten benötige sie eine besonders intensive Überwachung im Sinne des Art. 39 Abs. 3 Satz 2 IVV, weshalb eine Überwachungspauschale von vier statt zwei Stunden berücksichtigt werden müsse. Daraus resultiere ein für den Intensivpflegezuschlag massgebender Mehraufwand von über sechs Stunden pro Tag. Auch die behandelnden Ärzte der Rehaklinik in Affoltern am Albis hätten die Auffassung vertreten, dass der Betreuungs- und Überwachungsaufwand mehr als sechs Stunden pro Tag in Anspruch nehme.

B.b Die Beschwerdegegnerin beantragte am 29. November 2016 die Abweisung der Beschwerde (act. G 9). Zur Begründung führte sie aus, der Abklärungsbeauftragte habe sich im Dezember 2015 umfassend mit der Situation zuhause auseinandergesetzt. Entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin sei der Aufwand zuhause und nicht



jener in der Rehaklinik erfasst worden. Mit dem Austritt aus der Rehaklinik habe sich insofern nichts geändert. Trotz der verbesserten Mobilität ergäben sich aus den Akten keine Hinweise dafür, dass sich der Betreuungs- und Überwachungsaufwand seit der Eröffnung der formell rechtskräftigen Verfügung vom 7. März 2016, die nur vier Monate vor der angefochtenen Verfügung ergangen sei, wesentlich verändert hätte. Die Voraussetzungen für eine Revision des Intensivpflegezuschlages seien deshalb nicht erfüllt. Folglich bestehe nach wie vor kein Anspruch auf die Ausrichtung eines Assistenzbeitrages.

B.c Die Beschwerdeführerin verzichtete auf eine Replik (act. G 11).

Erwägungen

1.

Mit der angefochtenen Verfügung vom 7. Juli 2016 hat die Beschwerdegegnerin ein Begehren um die Zusprache eines Assistenzbeitrages abgewiesen. In der Begründung hat sie zwar auch darauf hingewiesen, dass bezüglich der Hilflosenentschädigung (recte: bezüglich des Intensivpflegezuschlages zur Hilflosenentschädigung) kein Revisionsgrund ausgewiesen sei, was als ein Nichteintretensentscheid auf ein Revisionsgesuch betreffend den Intensivpflegezuschlag interpretiert werden könnte. Aber dieser Hinweis hat zur notwendigen Begründung für die Abweisung des Begehrens um die Zusprache eines Assistenzbeitrages gehört, weil eine solche gemäss der einschlägigen Verordnungsbestimmung unter anderem dann in Frage käme, wenn der Intensivpflegezuschlag einem Mehraufwand von mindestens sechs Stunden entsprechen würde. Mit anderen Worten wäre die Abweisung des Assistenzbeitrages ungenügend begründet gewesen, wenn sich die Beschwerdegegnerin nicht mit dem Argument, dem (formell rechtskräftig zugesprochenen) Intensivpflegezuschlag liege ein (mittlerweile) zu tiefer Mehraufwand zugrunde, auseinandergesetzt hätte. Weder das Dispositiv der angefochtenen Verfügung vom 7. Juli 2016 noch deren Betreff enthalten einen Hinweis darauf, dass diese neben der Abweisung des Begehrens um die Zusprache eines Assistenzbeitrages auch einen Nichteintretensentscheid betreffend ein Revisionsgesuch bezüglich des Intensivpflegezuschlages beinhaltet hätte. Den



Gegenstand dieses Beschwerdeverfahrens bildet folglich nur die Frage, ob die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Eröffnung der angefochtenen Verfügung vom 7. Juli 2016 einen Anspruch auf einen Assistenzbeitrag gehabt hat.

2.

2.1 Der Gesetzgeber hat im Art. 42quater Abs. 1 IVG die grundlegenden Voraussetzungen für die Zusprache eines Assistenzbeitrages definiert. Aus Gründen, die sich anhand der Ausführungen in der Botschaft zum ersten Massnahmenpaket der 6. IVG-Revision („IVG-Revision 6a“) nicht nachvollziehen lassen (vgl. BBl 2010 1865 f. und 1901 f.), hat der Gesetzgeber für handlungsunfähige Erwachsene (Art. 42quater Abs. 2 IVG) und für Minderjährige (Art. 42quater Abs. 3 IVG) zusätzliche Anspruchsvoraussetzungen definiert. Diese Unterscheidung zwischen handlungsfähigen Erwachsenen einerseits und handlungsunfähigen Erwachsenen und Minderjährigen andererseits ergibt keinen Sinn, denn es besteht offensichtlich kein Zusammenhang zwischen der Handlungsfähigkeit einer versicherten Person und dem Anspruch auf einen Assistenzbeitrag. Zwar tritt ein Bezüger eines Assistenzbeitrages gegenüber einer Assistenzperson als Arbeitgeber auf, woraus abgeleitet werden könnte, dass er handlungsfähig sein müsse. Ein handlungsunfähiger Erwachsener oder ein Minderjähriger kann sich aber problemlos von seinem Beistand vertreten lassen, der für die Erfüllung der Arbeitgeberpflichten im Zusammenhang mit dem Assistenzbeitrag sorgen kann. Die Handlungsfähigkeit der versicherten Person erweist sich also in Bezug auf den Anspruch auf einen Assistenzbeitrag als völlig irrelevant, weshalb sie kein sachliches Kriterium sein kann, das eine unterschiedliche Behandlung von handlungsfähigen und handlungsunfähigen Versicherten erlauben würde. Die im Art. 42quater IVG enthaltene Unterscheidung zwischen handlungsfähigen Erwachsenen und handlungsunfähigen Erwachsenen sowie Minderjährigen verstösst augenscheinlich gegen das Gleichbehandlungsgebot und ist deshalb verfassungswidrig. Der in den Materialien klar zum Ausdruck gebrachte Wille des historischen Gesetzgebers, trotzdem eine solche Unterscheidung zu machen, verunmöglicht eine verfassungskonforme Interpretation des Art. 42quater IVG. Nur der Gesetzgeber kann – mit einer Gesetzesänderung – die verfassungswidrige Unterscheidung zwischen handlungsfähigen und handlungsunfähigen Versicherten bezüglich der Anspruchsvoraussetzungen für einen Assistenzbeitrag beseitigen. Bei der aktuellen



Rechtsslage kommt das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen nicht umhin, den Anspruch eines Minderjährigen nolens volens an die Erfüllung der im Art. 42quater Abs. 3 IVG enthaltenen zusätzlichen Voraussetzungen zu knüpfen.

2.2 Gemäss der Botschaft zur IVG-Revision 6a zielen die in den Abs. 2 und 3 des Art. 42quater IVG enthaltenen zusätzlichen Anspruchsvoraussetzungen darauf ab, einen eigenständigen Handlungsfähigkeitsbegriff im Zusammenhang mit dem Assistenzbeitrag zu definieren, der vom zivilrechtlichen Begriff der Handlungsfähigkeit abweicht: „Handlungsfähigkeit: Dieses Kriterium begründet sich – mit den Verantwortlichkeiten und Pflichten, welche übertragen werden. Dazu gehört, selber bestimmen zu können, welche Hilfe benötigt wird, diese zu organisieren und deren Qualität zu kontrollieren, den Pflichten als Arbeitgeber nachzukommen, Ermöglichen eines selbständigen Wohnens oder einer beruflichen Tätigkeit etc. – mit der Zielsetzung der Förderung von Selbstbestimmung und Eigenverantwortung“ (BBI 2010 1901 f.). Offenbar können also zivilrechtlich handlungsunfähige Erwachsene und – zivilrechtlich ebenfalls handlungsunfähige – Minderjährige unter bestimmten Voraussetzungen in Bezug auf den Assistenzbeitrag als „handlungsfähig“ gelten. An sich müssten in den Abs. 2 und 3 des Art. 42quater IVG also jene Voraussetzungen zu finden sein, unter denen handlungsunfähige Erwachsene und Minderjährige „assistenzbeitragsrechtlich handlungsfähig“ sind. Weil nun aber erst kurz vor der IVG-Revision 6a das (zivilrechtliche) Vormundschaftsrecht revidiert worden war und weil der Gesetzgeber sich die Möglichkeit offenhalten wollte, auf die ersten Erfahrungen mit dem Assistenzbeitrag reagieren zu können (BBI 2010 1866), hat er diese Kriterien nicht selbst definiert, sondern es dem Ordnungsgeber überlassen, „massgeschneiderte praxistaugliche Kriterien“ festzulegen, nach welchen ein Assistenzbeitrag „auch einzelnen Minderjährigen und Personen mit teilweise eingeschränkter Handlungsfähigkeit“ ausgerichtet werden könne (BBI 2010 1902). Obwohl die Abs. 2 und 3 des Art. 42quater IVG dem Ordnungsgeber auf den ersten Blick ein schrankenloses Ermessen hinsichtlich der Voraussetzungen einzuräumen scheinen, unter denen handlungsunfähige Erwachsene und Minderjährige einen Anspruch auf einen Assistenzbeitrag haben können, lässt sich aus der Botschaft des Art. 42quater IVG eindeutig ableiten, dass sich der in den Abs. 2 und 3 des Art. 42quater IVG enthaltene Auftrag an den Ordnungsgeber allein darauf beschränkt, jene Kriterien zu



definieren, nach denen ein handlungsunfähiger Erwachsener oder ein Minderjähriger als „assistenzbeitragsrechtlich handlungsfähig“ zu qualifizieren ist.

2.3 Für den vorliegenden Fall ist nur der Art. 39a IVV von Bedeutung, mit dem der Verordnungsgeber die Voraussetzungen definiert hat, unter denen eine minderjährige Person einen Anspruch auf einen Assistenzbeitrag haben kann (vgl. Art. 42quater Abs. 3 IVG). Laut dem Art. 39a lit. a und b IVV hat eine minderjährige Person dann einen Anspruch auf einen Assistenzbeitrag, wenn sie sich in einer schulischen oder beruflichen Ausbildung befindet oder erwerbstätig ist. Den Erläuterungen des Bundesamtes für Sozialversicherung zur entsprechenden Verordnungsänderung vom 1. März 2012 (zu finden auf der Website des BSV <<https://www.bsv.admin.ch/>> unter „Sozialversicherungen“, „Invalidenversicherung IV“, „Grundlagen & Gesetze“, „Gesetze & Verordnungen“, im unteren Bereich der Seite; aufgerufen am 1. Dezember 2017) lässt sich dazu folgendes entnehmen: „Mit dem Assistenzbeitrag soll in erster Linie die selbstbestimmte Lebensführung der versicherten Person unterstützt und ihre Eigenverantwortung gefördert werden. Versicherte Personen, selbst Minderjährige, müssen folglich ein gewisses Mass an Selbständigkeit aufweisen (...) Voraussetzung für die Leistung sind der Besuch einer Regelschule, die Ausübung einer Erwerbstätigkeit oder eine Berufsausbildung oder eine Ausbildung auf Sekundarstufe II“ (S. 13). Grundsätzlich stehen die lit. a und b des Art. 39a IVV also in Übereinstimmung zum gesetzgeberischen Auftrag, „massgeschneiderte praxistaugliche Kriterien“ zu definieren, nach denen eine minderjährige Person als „assistenzbeitragsrechtlich handlungsfähig“ gelten kann. Zwar leuchtet nicht ein, dass ein Erstklässler bereits „handlungsfähig“ im Sinne des Assistenzbeitragsrechts, also in der Lage sein soll, selber bestimmen zu können, welche Hilfe benötigt wird, diese zu organisieren, deren Qualität zu kontrollieren, den Pflichten als Arbeitgeber nachzukommen beziehungsweise selbständig zu wohnen. Aber angesichts der weitgehenden Freiheit, die der Gesetzgeber dem Verordnungsgeber eingeräumt hat, dürfte diese sehr weit gehende Definition des Begriffs der „assistenzbeitragsrechtlichen Handlungsfähigkeit“ wohl noch vom Art. 42quater Abs. 3 IVG gedeckt sein. Das ist für den vorliegenden Fall aber nicht relevant, weil sich die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Eröffnung der angefochtenen Verfügung nicht in einer schulischen oder beruflichen Ausbildung befunden hat und nicht erwerbstätig gewesen ist. Mit anderen



Worten liegt hier also gar kein Anwendungsfall des Art. 39a lit. a IVV oder des Art. 39a lit. b IVV vor.

2.4 Nun hat der Verordnungsgeber aber im Art. 39a lit. c IVV ein weiteres Kriterium für einen Anspruch auf einen Assistenzbeitrag definiert, nämlich den Bezug eines Intensivpflegezuschlages bei einem Mehraufwand von mindestens sechs Stunden pro Tag. Dazu hat das Bundesamt für Sozialversicherungen in seinen Erläuterungen ausgeführt: „Um die Eltern von Kindern mit einem Intensivpflegezuschlag zu entlasten und damit besser zu ermöglichen, dass ihre Kinder zuhause wohnen können, soll in diesen Fällen ebenfalls ein Anspruch auf einen Assistenzbeitrag bestehen“ (S. 14). Anspruchsbegründend wirkt sich hier also – anders als in den von den lit. a und b des Art. 39a IVV erfassten Fällen – nicht ein bestimmtes Mass an Selbständigkeit, sondern vielmehr ein bestimmtes Mass an Hilfebedürftigkeit respektive Pflege- und Überwachungsaufwand aus. Hierbei scheint es sich um eine Art sozial motiviertes „Entgegenkommen“ zugunsten jener Minderjährigen und ihrer Eltern zu handeln, die in einem besonders schweren Ausmass hilflos sind. Ein solches „Entgegenkommen“ ist aber im gesetzgeberischen Auftrag, die Voraussetzungen einer „assistenzbeitragsrechtlichen Handlungsfähigkeit“ eines Minderjährigen zu definieren, nicht enthalten gewesen. Mit anderen Worten hat der Verordnungsgeber mit der Schaffung des Art. 39a lit. c IVV den im gesetzgeberischen Auftrag enthaltenen Kompetenzrahmen überschritten. Der Art. 39a lit. c IVV beruht also nicht auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage, das heisst er ist gesetzwidrig. Für den vorliegenden Fall ist es folglich irrelevant, wie hoch der für den Intensivpflegezuschlag massgebende tägliche Mehraufwand gewesen ist.

2.5 Wenn man allerdings davon ausgehen würde, dass das im Art. 39a lit. c IVV enthaltene „Entgegenkommen“ grundsätzlich gesetzmässig sei, wäre nicht einzusehen, weshalb ein Anspruch auf einen Assistenzbeitrag erst bei einem für den Intensivpflegezuschlag massgebenden täglichen Mehraufwand von sechs Stunden und nicht einfach immer dann entstehen sollte, wenn ein Anspruch auf einen Intensivpflegezuschlag besteht. Jeder Intensivpflegezuschlag soll nämlich – unabhängig von seiner Höhe – einen ausser-ordentlich hohen Pflege- und Betreuungsaufwand abgelden, weshalb jeder Bezüger eines Intensivpflegezuschlages auf das im Art. 39a lit. c IVV enthaltene „Entgegenkommen“ angewiesen ist. Den



Erläuterungen des Verordnungsgebers zum Art. 39a lit. c IVV lässt sich denn auch entnehmen, dass dieser die Eltern von Kindern mit einem – nicht näher spezifizierten – Intensivpflegezuschlag entlasten wollte, um „damit besser zu ermöglichen, dass ihre Kinder zuhause wohnen können“ (S. 14). Die dieses Anliegen unterlaufende Einschränkung des Assistenzbeitragsanspruchs auf jene Personen, die einen Intensivpflegezuschlag bei einem täglichen Mehraufwand von sechs Stunden beziehen, findet in den Erläuterungen des Verordnungsgebers keine Begründung und lässt sich auch nicht nachvollziehen. Sie schafft eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung zwischen jenen Minderjährigen, die einen Intensivpflegezuschlag bei einem täglichen Mehraufwand von weniger als sechs Stunden beziehen, und jenen Minderjährigen, die einen Intensivpflegezuschlag bei einem täglichen Mehraufwand von mindestens sechs Stunden beziehen. Ein sachlicher Grund für diese Ungleichbehandlung liegt nicht vor, denn die Höhe des Assistenzbeitrages trägt ja dem Umfang des täglichen Mehraufwandes vollumfänglich Rechnung. Die im Art. 39a lit. c IVV definierte Grenze verletzt mit anderen Worten das Gleichbehandlungsgebot, weshalb sie selbst dann gesetzes- und verfassungswidrig wäre, wenn der Art. 39a lit. c IVV grundsätzlich als gesetzmässig qualifiziert werden könnte. Wenn also der Art. 39a lit. c IVV grundsätzlich gesetzmässig wäre, müsste er es in Abweichung von seinem Wortlaut erlauben, sämtlichen Bezüglern eines Intensivpflege-zuschlages – und damit auch der Beschwerdeführerin – einen Anspruch auf einen Assistenzbeitrag zu verschaffen.

2.6 Der vorliegende Fall zeigt deutlich auf, dass die lit. a und b des Art. 39a IVV für sich allein ungeeignet sind, die „assistenzbeitragsrechtliche Handlungsfähigkeit“ eines Minderjährigen zu definieren. Die Beschwerdeführerin dürfte nämlich mindestens ebenso „handlungsfähig“ wie ein Erstklässler sein, der gestützt auf den Art. 39a lit. a IVV einen Anspruch auf einen Assistenzbeitrag begründen könnte. Sie erfüllt aber weder die im Art. 39a lit. a IVV noch die im Art. 39a lit. b IVV definierten Voraussetzungen und könnte deshalb keinen Anspruch auf einen Assistenzbeitrag begründen, wenn man sich strikt am Art. 39a IVV orientieren würde, obwohl sie assistenzbeitragsrechtlich ausreichend – nämlich mindestens wie ein Erstklässler – „handlungsfähig“ sein dürfte. Mit dem Art. 39a IVV hat der Verordnungsgeber seinen gesetzlichen Auftrag (die Definition von „praxistauglichen, massgeschneiderten Kriterien“) also nur unzureichend erfüllt, was bedeutet, dass der Art. 39a IVV lückenhaft



ist. Die Bestimmung muss um eine Regelung ergänzt werden, gestützt auf die auch jene Minderjährigen einen Anspruch auf einen Assistenzbeitrag haben können, die sich zwar nicht in einer Ausbildung befinden oder eine Erwerbstätigkeit ausüben, aber ebenso „handlungsfähig“ wie jene Minderjährigen sind, die beispielsweise die Primarschule besuchen. Diese neue Regelung muss eine Art „Auffangkriterium“ beinhalten, das geeignet ist, all jene Minderjährigen zu erfassen, die assistenzbeitragsrechtlich „handlungsfähig“ sind, damit nicht einzelne Versicherte „zwischen Stuhl und Bank fallen“ können. In Betracht fällt deshalb nur die Beantwortung der Frage nach der assistenzbeitragsrechtlichen „Handlungsfähigkeit“ anhand sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalls. Wenn also im Einzelfall weder die Kriterien des Art. 39a lit. a IVV noch jene des Art. 39a lit. b IVV erfüllt sind, hat die zuständige IV-Stelle anhand sämtlicher Umstände des Einzelfalls zu prüfen, ob die versicherte Person (trotzdem) assistenzbeitragsrechtlich mindestens ebenso „handlungsfähig“ ist wie ein Erstklässler. Wenn dies der Fall ist und wenn auch die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind, hat sie der versicherten Person einen Assistenzbeitrag zuzusprechen.

2.7 Anhand der vorliegenden Akten lässt sich die Frage nach der assistenzbeitragsrechtlichen „Handlungsfähigkeit“ der Beschwerdeführerin mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit beantworten. Im Bericht zur Abklärung vom 18. Dezember 2015 betreffend den Hilflosenentschädigungs- und Intensivpflegezuschlag der Beschwerdeführerin findet sich nämlich eine Beschreibung des Verhaltens der Beschwerdeführerin während jener Abklärung, aus der ohne Weiteres abgeleitet werden kann, dass die Beschwerdeführerin damals assistenzbeitragsrechtlich beziehungsweise mindestens so „handlungsfähig“ wie ein Erstklässler gewesen ist. Sie hat nämlich interessiert und konzentriert am Gespräch teilgenommen und teilweise direkt Fragen des Abklärungsbeauftragten beantwortet (vgl. IV-act. 143–9). Auch die Befundschilderungen in den medizinischen Berichten belegen eine „Handlungsfähigkeit“ die mindestens jener eines Erstklässlers entspricht. Mit anderen Worten besteht kein ernsthafter Zweifel daran, dass die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Eröffnung der angefochtenen Verfügung assistenzbeitragsrechtlich „handlungsfähig“ gewesen ist und damit einen Anspruch auf einen Assistenzbeitrag gehabt hat. Die angefochtene Verfügung erweist sich folglich als rechtswidrig. Sie ist



deshalb aufzuheben und die Sache ist zur Ermittlung der Höhe des Assistenzbeitrages an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

3.

Die Rückweisung einer Sache zur weiteren Abklärung gilt hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen rechtsprechungsgemäss als ein vollständiges Obsiegen der beschwerdeführenden Partei. Die Gerichtskosten von 600 Franken sind deshalb der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Der Beschwerdeführerin wird der von ihr geleistete Kostenvorschuss zurückerstattet. Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung auszurichten. Angesichts des Umstandes, dass sich das Verfahren um eine isolierte Rechtsfrage gedreht hat und dass dafür nur verhältnismässig wenige Akten haben studiert werden müssen, ist von einem unterdurchschnittlichen erforderlichen Vertretungsaufwand auszugehen. Die Parteientschädigung wird deshalb auf 2'500 Franken (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer) festgesetzt.

Entscheid

1.

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird die angefochtene Verfügung vom 7. Juli 2016 aufgehoben und die Sache wird zur weiteren Abklärung und zur anschliessenden neuen Verfügung im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.

2.

Die Beschwerdegegnerin hat die Gerichtskosten von Fr. 600.-- zu bezahlen; der Beschwerdeführerin wird der von ihr geleistete Kostenvorschuss von Fr. 600.-- zurückerstattet.

3.

Die Beschwerdegegnerin hat die Beschwerdeführerin mit Fr. 2'500.-- zu entschädigen.