



Fall-Nr.: UV 2009/94
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: UV - Unfallversicherung
Publikationsdatum: 02.04.2020
Entscheiddatum: 26.02.2010

Entscheid Versicherungsgericht, 26.02.2010

Art. 53 Abs. 2 ATSG: Die UV ist gestützt auf eine zuverlässige Abklärung des Hauspflegeaufwands wiedererwägungsweise auf eine ursprüngliche zu tiefe Leistungsausrichtung zurückgekommen. Sie hat jedoch zu Unrecht ex nunc verfügt. Die Leistungserhöhung hat nach den Grundsätzen der Wiedererwägung ex tunc zu erfolgen (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 26. Februar 2010, UV 2009/94).

Präsident Martin Rutishauser, Versicherungsrichter Joachim Huber und Franz Schlauri;
Gerichtsschreiberin Miriam Lendfers

Entscheid vom 26. Februar 2010

in Sachen

K.____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Bruno Häfliger, Schwanenplatz 7, 6000 Luzern 5,

gegen

Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (Suva), Fluhmattstrasse 1, Postfach 4358,
6002 Luzern,

Beschwerdegegnerin,

betreffend



Versicherungsleistungen

Sachverhalt:

A.

A.a K.____, Jahrgang 1977, zog sich am 1. August 2002 bei einem Verkehrsunfall Verletzungen zu, die zu einer Tetraplegie führten. Die Suva als obligatorische Unfallversicherung erbrachte die gesetzlichen Leistungen und richtet seit 1. September 2004 eine Invalidenrente gestützt auf einen Invaliditätsgrad von 100% sowie eine Entschädigung für Hilflosigkeit schweren Grades seit 1. März 2004 aus (Suva-act. 194). Zudem gewährte sie dem Versicherten eine Integritätsentschädigung von 100%.

A.b Mit Verfügung vom 26. Mai 2004 sprach die Suva dem Versicherten einen monatlichen Beitrag an die Hauspflege von Fr. 2'250.-- zu (Suva-act. 95 S. 2). Diesen Betrag setzte sie mit Verfügung vom 22. März 2007 per 1. April 2007 auf Fr. 512.-- herab, was sie mit einer Verringerung des Pflegeaufwands begründete (Suva-act. 173/4 f.). Aufgrund einer Neuurteilung verfügte die Suva am 2. Dezember 2008 rückwirkend ab 1. April 2008 einen monatlichen Beitrag an die Hauspflege in der Höhe von Fr. 1'494.-- (Suva-act. 211). Dagegen erhob Rechtsanwalt Dr. iur. Bruno Häfliger in Vertretung des Versicherten am 12. Dezember 2008 Einsprache und beantragte, die Erhöhung der Pflegebeiträge habe rückwirkend per 1. April 2007 zu erfolgen (Suva-act. 212). Die Suva wies die Einsprache mit Entscheid vom 21. August 2009 ab. Man habe sich bei der Festsetzung des Pflegebeitrags auf einen Bericht des Schweizer Paraplegiker-Zentrums Nottwil (SPZ) vom 17. April 2008 gestützt. Diesem könnten keine Anhaltspunkte entnommen werden, dass der Pflegeaufwand schon ab 1. April 2007 den dort beschriebenen Umfang erreicht hätte. Insbesondere würden sich auch keine Hinweise finden, dass das SPZ davon ausgehen würde, dass die Angaben im Bericht vom 9. März 2007 unzutreffend gewesen wären. Von weiteren Abklärungen seien diesbezüglich keine neuen Erkenntnisse zu erwarten, weshalb davon abzusehen sei. Unter diesen Umständen könne es nicht als rechtsgenügend erstellt gelten, dass dem Versicherten bereits ab 1. April 2007 für die von der Ehefrau verrichtete Hauspflege ein monatlicher Beitrag von Fr. 1'494.-- auszurichten sei (act. G 1.2).

B.



B.a Gegen diesen Entscheid richtet sich die Beschwerde vom 21. September 2009. Der Rechtsvertreter des Versicherten beantragt unter Kosten- und Entschädigungsfolgen die Aufhebung des Entscheids. Die Beschwerdegegnerin habe für die Zeit vom 1. April 2007 bis 31. März 2008 einen Beitrag für Pflegeleistungen/ Hauspflege von monatlich Fr. 1'494.-- zu leisten. Es sei eine öffentliche Verhandlung durchzuführen. Die Beschwerdegegnerin anerkenne beim Beschwerdeführer seit 1. März 2004 eine Hilflosigkeit schweren Grades. Dies impliziere, dass sich der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers auch in der Zeit vom 1. April 2007 bis 31. März 2008 im Vergleich mit der Zeit ab 1. April 2008 kaum verändert habe. Das SPZ habe im Bericht vom 9. März 2007 hauptsächlich zur Frage der Hilflosigkeit Stellung bezogen. Die Hauspflege sei damals nicht oder nur am Rand thematisiert worden. Immerhin gehe aus dem Bericht aber hervor, dass sich die rein medizinischen Pflegemassnahmen seit 2004 nicht verändert hätten. Im neuen Bericht vom 17. April 2008 werde mit keinem Wort festgehalten, dass sich der Zustand des Beschwerdeführers ab 1. April 2008 verschlechtert habe. Auch in der Zeit ab 1. April 2007 habe es sich betreffend Pflegebedarf um ein und dieselbe Situation gehandelt. Die Beschwerdegegnerin hätte zumindest beim SPZ nachfragen müssen, ob sich der Gesundheitszustand ab 1. April 2008 tatsächlich verschlechtert habe, sodass ab diesem Zeitpunkt im Gegensatz zum Jahr davor ein höherer Hauspflegebeitrag gerechtfertigt sei (act. G 1).

B.b Die Beschwerdegegnerin beantragt in der Beschwerdeantwort vom 9. Oktober 2009, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten. Eventuell sei sie abzuweisen. Die Zusprache der Pflegebeiträge stütze sich auf Art. 18 Abs. 2 UVV. Diese Bestimmung räume keinen bundesrechtlichen Anspruch auf Pflegebeiträge ein, weshalb diese keiner gerichtlichen Überprüfung zugänglich seien. Dies habe auch unter der Herrschaft des ATSG zu gelten. Art. 18 Abs. 2 UVV begründe kein Recht auf Pflegebeiträge, weshalb diese keine Leistungen im Sinn von Art. 49 Abs. 1 ATSG darstellten. Sie blieben somit einer gerichtlichen Überprüfung entzogen. Für den Fall, dass das Gericht dennoch auf die Beschwerde eintrete, sei in der materiellen Beurteilung zu beachten, dass der Beschwerdeführer gegen die Herabsetzung der Pflegebeiträge von Fr. 2'250.-- auf Fr. 512.-- ab 1. April 2007 keine Einsprache erhoben und die Reduktion damit vorbehaltlos als korrekt akzeptiert habe. Die erneuten Abklärungen im April 2008 hätten wieder einen höheren Pflegebedarf ergeben, sodass der monatliche Beitrag ab 1. April



2008 auf Fr. 1'494.-- angehoben worden sei. Der Bericht des SPZ vom 17. April 2008 rapportiere ausschliesslich den im April 2008 erhobenen Sachverhalt und nicht denjenigen ab 1. April 2007. Der rein medizinisch bedingte Pflegeaufwand im Sinn von Art. 18 UVV hänge im Übrigen nicht vom Umfang der Hilflosigkeit ab (act. G 3).

B.c Mit Replik vom 21. Oktober 2009 lässt der Beschwerdeführer Eintreten auf die Beschwerde beantragen. Die Beschwerdegegnerin habe verfügt und den Anspruch im angefochtenen Einspracheentscheid materiell überprüft. Der Entscheid sei mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen gewesen. Somit sei die Beschwerdegegnerin ebenfalls davon ausgegangen, dass ein bundesrechtlicher Anspruch bestehe. Ihre Argumentation in der Beschwerdeantwort stelle daher ein venire contra factum proprium dar und erweise sich als rechtsmissbräuchlich. Die Abweisung des Begehrens wäre zudem willkürlich. Sollte wider Erwarten auf Nichteintreten entschieden werden, würde die Beschwerdegegnerin zumindest kostenpflichtig (act. G 5).

B.d Auf telefonische Anfrage der Gerichtsleitung hat der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung verzichtet.

Erwägungen:

1.

1.1 Vorab ist die Frage zu beantworten, ob auf die vorliegende Beschwerde einzutreten ist.

1.2 Der Versicherte hat gemäss Art. 10 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung (UVG; SR 832.20) Anspruch auf die zweckmässige Behandlung der Unfallfolgen. Gemäss Abs. 3 Satz 2 dieser Bestimmung kann der Bundesrat festlegen, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang der Versicherte Anspruch auf Hauspflege hat. In Art. 18 der Verordnung über die Unfallversicherung (UVV; SR 832.202) hat der Bundesrat von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht und festgelegt, dass die versicherte Person Anspruch auf eine ärztlich angeordnete Hauspflege hat, sofern diese durch eine nach Art. 49 und 51 der Verordnung über die Krankenversicherung (KVV; SR 832.102) zugelassene Person oder Organisation



durchgeführt wird (Abs. 1). Art. 49 KVV nennt die beruflichen Anforderungen an Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner. Art. 51 KVV enthält die Kriterien, nach welchen Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zuhause zugelassen werden. Nach Art. 18 Abs. 2 UVV kann der Versicherer ausnahmsweise auch Beiträge an eine Hauspflege durch eine nicht zugelassene Person gewähren.

1.3 Nach der Rechtsprechung ist ein bundesrechtlicher Anspruch auf einen Beitrag zu bejahen, wenn das Bundesrecht selber die Bedingungen umschreibt, unter welchen Leistungen zu gewähren sind, ohne dass es im Ermessen der gesetzesanwendenden Behörde läge, ob sie einen Beitrag gewähren will oder nicht. Die eidgenössischen Gerichte haben deshalb einen bundesrechtlichen Anspruch auf Leistungen wiederholt auch dann bejaht, wenn die betreffende Rechtsnorm als Kann-Vorschrift formuliert war (BGE 111 V 281 Erw. 2b mit Hinweisen; 116 V 41 Erw. 7c).

1.4 Zu Art. 18 Abs. 2 UVV hielt das Bundesgericht fest, der Wortlaut ("ausnahmsweise", "kann") zeige, dass dem Unfallversicherer bei der Gewährung von Beiträgen für die Hauskrankenpflege durch nicht zugelassene Personen ein zurückhaltend auszuübendes Ermessen eingeräumt werde. Daher erhebe sich die Frage, ob auf diese Beitragsgewährung ein Rechtsanspruch bestehe. Das Bundesgericht hielt weiter fest, dass nach Art. 129 Abs. 1 lit. c des bis Ende 2006 in Kraft gestandenen Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) die Verwaltungsgerichtsbeschwerde unzulässig sei gegen Verfügungen über die Bewilligung oder Verweigerung vermögensrechtlicher Zuwendungen, auf die das Bundesrecht keinen Anspruch einräume. Das Bundesgericht stellte sich auf den Standpunkt, auf die Pflegebeiträge gemäss Art. 18 Abs. 2 UVV bestehe kein Rechtsanspruch, sodass es auf entsprechende Verwaltungsgerichtsbeschwerden nicht eintrat (RKUV 1993 S. 55; Entscheid U 297/99 vom 14. Juli 2000, Erw. 3d; U 479/00 vom 24. April 2002, Erw. 3). Nichtsdestotrotz hielt es fest, die Unfallversicherung müsse abklären, ob der Einsatz einer nicht zugelassenen Pflegeperson nach den konkreten Umständen zweckmässig sei. Über den Anspruch auf Beiträge nach Art. 18 Abs. 2 UVV habe sie nach pflichtgemässen Ermessen zu befinden. Der Entscheid habe dem Gebot rechtsgleicher Behandlung zu genügen und sei zu begründen (BGE 116 V 41 Erw. 7c, bestätigt in RKUV 1993 S. 56 Erw. 1b und U 297/99, Erw. 3d).



1.5 Soweit Versicherungsgesellschaften als Sozialversicherungsträger tätig sind und hoheitlich handeln, haben sie die Grundsätze der Gesetzmässigkeit und Rechtsgleichheit zu respektieren; es bleibt kein Raum für freiwillige Leistungen (Alfred Maurer, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, Bern 1983, S. 159). Maurer bezeichnet unter Berücksichtigung des Wesens und der Leistungsgrundsätze der Sozialversicherung zu Recht selbst Kulanzleistungen mit geringem Betrag – wie gelegentlich von Krankenversicherung oder Unfallversicherung gewährte Badekuren im Ausland – als unzulässig, weil sie dem Legalitätsprinzip widersprechen (Alfred Maurer, Bundessozialversicherungsrecht, 3. Aufl., Basel 2009, § 7 Rz. 8). Kieser erwähnt knapp, dass freiwilligen Leistungen im Sozialversicherungsrecht keine Bedeutung zukomme (mit Ausnahme der IV-rechtlichen Frühintervention gemäss Art. 7d IVG; Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, Rz. 27 zu Art. 69). Kulanzleistungen mögen in den ersten Jahren und allenfalls Jahrzehnten nach Einführung der Sozialversicherungen eine gewisse Existenzberechtigung gehabt haben – dies freilich nicht aus rechtssystematischer oder rechtstheoretischer, sondern lediglich aus praktischer Perspektive, waren die Regelungen in den einzelnen Sozialversicherungszweigen doch noch lückenhaft und sollten Lücken in der Versicherungsdeckung und grosse Härten dennoch vermieden werden. Dies hat sich unterdessen mit der Fortentwicklung der sozialversicherungsrechtlichen Gesetzgebung geändert. Das OG erwähnte in Art. 129 Abs. 1 lit. c noch vermögensrechtliche Zuwendungen, auf die das Bundesrecht keinen Anspruch einräumt, und erklärte für diese die Verwaltungsgerichtsbeschwerde für unzulässig. Wie erwähnt, widerspricht die Ausrichtung von Kulanzleistungen dem Legalitätsprinzip, wofür es spätestens, seit umfassende gesetzliche Regelungen in den Sozialversicherungszweigen bestehen, keine Rechtfertigung mehr gibt. Entsprechend wurde die Regelung des Art. 129 Abs. 1 lit. c OG obsolet und fand ins seit 1. Januar 2007 in Kraft stehende Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) keine Aufnahme.

1.6 Vor diesem Hintergrund erhellt, dass die Argumentation, auf die Leistungen für Hauspflege gemäss Art. 18 Abs. 2 UVV bestehe kein Rechtsanspruch, fehlgeht. Die Bestimmung beruht auf einer Gesetzesnorm, die den Bundesrat zur Regelung der Voraussetzungen und des Umfangs des Anspruchs auf Hauspflege ermächtigt. Die Bezeichnung "ausnahmsweise" in Abs. 2 bezieht sich lediglich darauf, dass die



Leistungsausrichtung als Ausnahme zur Grundregel des Art. 18 Abs. 1 UVV auch für Pflege durch nicht zugelassene Personen in Frage kommt. Freilich widerspricht es dem Legalitätsprinzip, wenn Leistungen vom Versicherungsträger willkürlich gewährt oder verweigert werden könnten. Selbst nach der in BGE 116 V 41 begründeten Praxis des Bundesgerichts hat die Leistungszusprache nach Art. 18 Abs. 2 UVV gewissen Anforderungen zu genügen: So muss die Unfallversicherung etwa abklären, ob der Einsatz von nicht zugelassenen Personen zweckmässig ist – derartige Abklärungen kann sie nicht einfach grundlos verweigern. Selbst wenn ihr bei der Zusprache ein gewisser Ermessensspielraum zustehen sollte, so hat sie das Ermessen doch pflichtgemäss auszuüben. Darunter fällt auch, dass sie das Rechtsgleichheitsgebot zwingend beachten muss. Im Weiteren ist sie für ihren Entscheid begründungspflichtig. Damit diese Anforderungen an die Beitragsprüfung und -gewährung durchgesetzt werden können, ist förmliches, also verfügungsweises Handeln unerlässlich. Die versicherte Person muss etwa eine Verletzung des Gleichheitsgebots rügen können, ansonsten die Gefahr besteht, dass dieses ein reines Lippenbekenntnis bleibt. Ferner besteht ein Anspruch auf eine nachvollziehbare Begründung – auch dieser muss durchsetzbar sein.

1.7 Im Weiteren ist zu beachten, dass andere Sozialversicherungszweige ebenfalls einen Rechtsanspruch auf Beiträge an die Hauspflege kennen. Dies ist etwa in Art. 20 des Bundesgesetzes über die Militärversicherung (MVG; SR 833.1) vorgesehen, wobei die Beiträge nach der Praxis der MV unabhängig davon ausgerichtet werden, ob die Pflege durch ausgebildetes Pflegepersonal oder durch geeignete Familienangehörige oder Drittpersonen ausgeführt wird (MVG-Weisung Nr. 12 vom 31. Oktober 1997, Rz. 2; Jürg Maeschi, Kommentar zum MVG, Bern 2000, Rz. 10 zu Art. 20). Auf diese Leistungen für Hauspflege besteht unbestritten ein Rechtsanspruch. Dasselbe gilt im Bereich der Ergänzungsleistungen (vgl. Art. 13, 13a und 13b der bis Ende 2007 in Kraft gestandenen Verordnung über die Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten bei den Ergänzungsleistungen [ELKV], heute überführt in kantonale Regelungen [z.B. im Kanton St. Gallen Art. 9-12 ELKV/SG; sGS 351.53]). Dass auf die auf denselben Überlegungen beruhenden Leistungen des Art. 18 Abs. 2 UVV kein Rechtsanspruch bestehen sollte, lässt sich auch vor diesem Hintergrund nicht rechtfertigen. Auch eine Ungleichbehandlung der Pflegenden gemäss Art. 18 Abs. 1 und Abs. 2 UVV dahingehend, dass nur jene nach Abs. 1 einen Anspruch auf Pflegebeiträge haben und



jene nach Abs. 2 nicht, lässt sich sachlich nicht rechtfertigen und dürfte kaum dem Willen des Verordnungsgebers entsprechen. Ist die Pflegeperson geeignet zur Pflege, so ist kein vernünftiger Grund ersichtlich, weshalb diplomierte Pflegefachkräfte oder Pflegeorganisationen anspruchsmässig bessergestellt werden sollten. Angemessen ist unter Umständen einzig, dass die Pflegenden nach Abs. 1 zu einem höheren Stundenansatz entlohnt werden als jene nach Abs. 2, was in der Praxis wohl auch so gehandhabt wird (vgl. Suva-act. 211/2).

1.8 Im seit 1. Januar 2003 in Kraft stehenden Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) wird der Verfügungsbegriff als selbstverständlich vorausgesetzt und nicht definiert. Nach der Rechtsprechung ist der Verfügungsbegriff im Sozialversicherungsrecht in Entsprechung zu demjenigen nach Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) zu bestimmen (vgl. BGE 120 V 349; 133 V 53; m.w.H. Kieser, a.a.O., Rz. 2 zu Art. 49). Eine Verfügung ist begriffsnotwendigerweise anfechtbar. Sie öffnet als Beschwerdeobjekt den Zugang zum streitigen Verwaltungsverfahren und zur Verwaltungsgerichtsbarkeit (Urteil B-2186/2006 des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. Mai 2007, Erw. 7.1; Felix Uhlmann in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich/Basel/Genf 2009, Rz. 5 zu Art. 5). Somit ist die Rechtsmittelbelehrung zwingend auf der Verfügung anzubringen (Art. 35 Abs. 1 VwVG). Das ATSG lässt in engen Grenzen nur dann verfügungsloses Handeln zu, wenn die fraglichen Leistungen, Forderungen oder Anordnungen unerheblich sind und die versicherte Person damit einverstanden ist (vgl. Art. 49 ATSG). Selbst wenn in diesem Rahmen ein formloses Verfahren zulässig ist, kann die versicherte Person den Erlass einer Verfügung verlangen (Art. 51 Abs. 2 ATSG; zum heute überholten, früher verwaltungsökonomisch begründeten Bedürfnis des formlosen Handelns in der IV vgl. den im Internet publizierten Entscheid IV 2007/176 des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 13. August 2008, Erw. 1). Die vorliegend strittigen Leistungen der Unfallversicherung an die Hauspflege durch nicht zugelassene Personen gemäss Art. 18 Abs. 2 UVV können keinesfalls als unerheblich betrachtet werden, sodass gemäss Art. 49 ATSG diesbezüglich eine Verfügungspflicht besteht. Aus verfahrensrechtlicher Perspektive muss der versicherten Person folglich auch zwingend ein Rechtsmittelweg offenstehen.



1.9 Insgesamt erhellt somit, dass auch die Leistungen nach Art. 18 Abs. 2 UVV nicht rein willkürliche Kulanzleistungen sind, sondern ein durchsetzbarer Rechtsanspruch auf sie besteht, der folglich in Verfügungsform zu kleiden ist und gerichtlich durchsetzbar sein muss (so das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen bereits im Entscheid UV 1991/10 vom 30. Juni 1992, Erw. A/f ff.). Auf die Beschwerde ist demnach einzutreten.

2.

2.1 Das Bundesgericht hat in BGE 116 V 41 festgehalten, dass die Leistungspflicht gemäss Art. 18 UVV auf Heilbehandlung und medizinische Pflege beschränkt sein solle. Denn von ärztlicher Anordnung könne sinnvollerweise nur bei Vorkehrungen medizinischen Charakters gesprochen werden. Nichtmedizinische Betreuung bedürfe ihrer Natur nach keiner ärztlichen Anordnung. Präzisierend hielt das Bundesgericht allerdings fest, das Erfordernis der ärztlichen Anordnung sei nicht in einem streng formellen Sinn zu verstehen. Es genüge vielmehr, dass die fraglichen medizinischen Vorkehrungen, die zuhause durchgeführt würden, nach der Aktenlage medizinisch indiziert seien (Erw. 5c).

2.2 Materiell strittig ist vorliegend einzig, ob der monatliche Pflegebeitrag von Fr. 1'494.-- ab 1. April 2008 oder bereits ab einem früheren Zeitpunkt geschuldet ist. Die medizinische Indikation der Pflege des Beschwerdeführers durch seine Ehefrau ist ausgewiesen. Sie wurde seitens des SPZ in der Aufstellung vom 17. April 2008 mit 23.45 Stunden wöchentlich veranschlagt (Suva-act. 204).

2.2.1 Dem Beschwerdeführer wurden ursprünglich mit Verfügung vom 26. Mai 2004 Pflegebeiträge gestützt auf einen Aufwand von 2.5 Stunden täglich (17.5 Stunden wöchentlich) à Fr. 30.-- pro Stunde zugesprochen, was den monatlichen Betrag von Fr. 2'250.-- ergab. In der Verfügung war festgehalten worden, dass man die Zeitansätze in den Erhebungsblättern angesichts der Erfahrungswerte teilweise abgeändert habe (Suva-act. 95 S. 2, vgl. auch Suva-act. 92). Eine detaillierte Einschätzung des Pflegeaufwands seitens des SPZ lag der Verfügung offenbar nicht zugrunde.



2.2.2 In einem Bericht vom 9. März 2007 hielt das SPZ fest, die rein medizinischen Pflegemassnahmen hätten sich seit dem Jahr 2004 nicht geändert in dem Sinn, dass der Beschwerdeführer bei fast allen Verrichtungen unselbstständig sei. Seit dem Verlust des Tracheostomas (künstliche Öffnung der Luftröhre) am 19. April 2005 entfalle lediglich die Pflege des Tracheostomas sowie das Absaugen, was pro Tag geschätzt eine Viertelstunde in Anspruch nehme. Das teilweise Verabreichen der Nahrung via PEG-Sonde sei aktuell ebenfalls nicht mehr nötig. Das Anhängen der Sondennahrung erfordere ebenfalls nur einen kleinen Zeitaufwand von höchstens zehn Minuten (Suva-act. 170/3). In der Verfügung vom 22. März 2007 kürzte die Beschwerdegegnerin die Pflegebeiträge per 1. April 2007 auf Fr. 512.--, wobei sie neu lediglich noch einen Aufwand von 16 Stunden monatlich (ca. 3.68 Stunden wöchentlich) anerkannte (Suva-act. 173/4). Diesbezüglich erwuchs die Verfügung unangefochten in Rechtskraft.

2.2.3 Mit Schreiben vom 28. April 2008 ersuchte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers die Beschwerdegegnerin um Anpassung des Pflegebeitrags und verwies auf eine Einschätzung des SPZ, wonach wöchentlich 23.45 Stunden Pflegeaufwand anfielen (Suva-act. 191). In einer Verfügung vom 8. Mai 2008 betreffend Hilflosenentschädigung hielt die Beschwerdegegnerin fest, sie erhöhe den Beitrag für die Hauspflege geringfügig auf Fr. 527.75 pro Monat, wobei sie neu von 365 Tagen anstatt 360 Tagen jährlich ausging. An den Berechnungsgrundlagen nahm sie ansonsten keine Änderungen vor (Suva-act. 194/2). Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers verlangte am 9. Mai 2008 den Erlass einer rechtsmittelfähigen Verfügung über die Pflegebeiträge (Suva-act. 195; vgl. auch Suva-act. 208). Die Beschwerdegegnerin erliess die gewünschte Verfügung am 2. Dezember 2008 und sprach dem Beschwerdeführer basierend auf einem wöchentlichen Zeitaufwand von 455 Minuten für die Behandlung (Stundenansatz Fr. 32.--) und von 245 Minuten für die Grundpflege (Stundenansatz Fr. 25.--) einen monatlichen Pflegebeitrag von Fr. 1'494.-- zu (Suva-act. 211). Sie nahm dabei den Bericht des SPZ vom 17. April 2008 als Grundlage (Suva-act. 204).

2.2.4 Die medizinischen Akten verdeutlichen, dass sich der Pflegeaufwand seit 2004 insgesamt nicht wesentlich verändert hat. Im Schreiben vom 9. März 2007 berichtete das SPZ lediglich von einer geringfügigen Entlastung, gab aber keine



Schätzung des Pflegeaufwands ab. Der Herabsetzung des Pflegebeitrags per April 2007 ging somit keine eigentliche Abklärung des Pflegeaufwands voran. Die Angaben des SPZ vom 17. April 2008 sind detailliert, umfassend, nachvollziehbar und plausibel. Der vom SPZ berechnete Pflegeaufwand von 23.45 Stunden wöchentlich liegt etwas unter dem Aufwand, der sich den der ursprünglichen Zusprache zugrunde liegenden Erhebungsblättern für den Tagesablauf entnehmen lässt, was insgesamt wegen des Wegfalls der Stomapflege und der Sonderernährung als realistisch erscheint (Suva-act. 92).

2.2.5 Die Beschwerdegegnerin argumentiert nicht damit, die Herabsetzung des Pflegebeitrags per 1. April 2007 sei infolge einer markanten Verbesserung, die Heraufsetzung per 1. April 2008 infolge einer erneuten Verschlechterung erfolgt. Angesichts der im Wesentlichen gleich gebliebenen Verhältnisse lässt die neuerliche Heraufsetzung also darauf schliessen, dass sie ihre der Verfügung vom 22. März 2007 zugrunde liegende Einschätzung eines Pflegeaufwands von lediglich 3.68 Stunden wöchentlich als zweifellos unrichtig erkannte. Ein dermassen tiefer Aufwand erscheint denn auch tatsächlich zu keiner Zeit seit dem Unfall als ausgewiesen. Mit der Verfügung vom 2. Dezember 2008 zog die Beschwerdegegnerin folglich die Verfügung vom 26. März 2007 gemäss Art. 53 Abs. 2 ATSG in Wiedererwägung. Damit hob sie die Verfügung als Ganzes auf, musste somit in einem nächsten Schritt die Verfügung ex tunc, also für den gesamten Wirkungszeitraum, ersetzen. Ein Ersatz bloss mit Wirkung ex nunc ist rechtswidrig. Mit dem Entscheid, eine Wiedererwägung vorzunehmen, erschöpfte sich die Wiedererwägungsfreiheit der Beschwerdegegnerin. Im Folgenden musste ihr Vorgehen den üblichen Anforderungen entsprechen (Rechtmässigkeit, Willkürfreiheit, Rechtsgleichheit etc.). Nach Aufhebung der unrichtigen Verfügung vom 26. März 2007 war somit der gesamte Zeitraum ab 1. April 2007 neu zu regeln (zu den einzelnen Schritten der Wiedererwägung vgl. Ralph Jöhl, Zur Praxis der substituierten Begründung der Wiedererwägung bei zu Unrecht ergangenen Anpassungsverfügungen, in: AJP 8/2004, S. 1002 ff.).

2.2.6 Die Beschwerdegegnerin anerkannte gemäss Verfügung vom 2. Dezember 2008 einen wöchentlichen Pflegeaufwand von 11 2/3 Stunden. Sie übernahm damit nicht sämtliche Positionen, die seitens des SPZ im Schreiben vom 17. April 2008 aufgelistet worden waren. Begründend gab sie an, dass die Verrichtungen



Rollstuhlmobilisation, Wechsel von Inkontinenzvorlagen, Grund-/Intimpflege, Mund- und Nagelpflege bereits mit der Hilflosenentschädigung abgegolten seien (Suva-act. 211/4). Dies ist plausibel und wird vom Beschwerdeführer zu Recht nicht bemängelt. Ebenfalls nicht zu beanstanden ist, dass die Beschwerdegegnerin ermessensweise den Pflegeaufwand, der dem Bereich 'Behandlung' zufällt, mit einem Ansatz von Fr. 32.-- pro Stunde und den Aufwand, der dem Bereich 'Grundpflege' angehört, mit Fr. 25.-- pro Stunde abgelten möchte.

2.2.7 Da die Verfügung vom 26. März 2008 wiedererwägungsweise aufgehoben wurde, ist wie erwähnt zwingend der ganze Zeitraum ab 1. April 2007 neu zu regeln. Mangels wesentlicher Veränderung erscheint es angemessen, den Pflegeaufwand von 11 2/3 Stunden bereits ab 1. April 2007 anzuerkennen. Soweit die Beschwerdegegnerin für die Zeit vom 1. April 2007 bis 31. März 2008 den tieferen Ansatz von Fr. 527.75 anerkennen will, kann ihr nicht gefolgt werden. Sie ist mangels revisionsrelevanter Evolution des massgeblichen Sachverhalts (Art. 17 ATSG) für den gesamten Zeitraum an dieselben tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen gebunden. Folglich hat der Beschwerdeführer ab 1. April 2007 durchgehend Anspruch auf den Pflegebeitrag von Fr. 1'494.-- pro Monat.

2.3 In der ursprünglichen Verfügung vom 26. Mai 2004 wurde ein wöchentlicher Stundenaufwand von 17.5 Stunden anerkannt und ein einheitlicher Stundenansatz von Fr. 30.-- vergütet. Ob dies angemessen war, ist im vorliegenden Verfahren nicht zu überprüfen. Selbst wenn man von einer zweifellosen Unrichtigkeit jener Verfügung sollte ausgehen können (was eher nicht der Fall sein dürfte), so ist zu beachten, dass die Beschwerdegegnerin jene Verfügung nicht in Wiedererwägung gezogen hat, diese also nach wie vor formelle Rechtskraft aufweist.

3.

3.1 Gemäss den vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde unter Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids vom 21. August 2009 gutzuheissen. Die Sache ist an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit sie gestützt auf einen monatlichen Pflegebeitrag von Fr. 1'494.-- bereits ab 1. April 2007 die Nachzahlung



St.Galler Gerichte

berechne, wobei sie Zeiten allfälliger Spital- oder Heimaufenthalte des Beschwerdeführers in Abzug zu bringen hat.

3.2 Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

3.3 Bei diesem Verfahrensausgang hat der Beschwerdeführer Anspruch auf eine Parteientschädigung, die vom Gericht ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen wird (Art. 61 lit. g ATSG; vgl. auch Art. 98 ff. VRP/SG, sGS 951.1). Angemessen erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.-- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer).

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG

entschieden:

1. Die Beschwerde wird unter Aufhebung des Einspracheentscheids vom 21. August 2009 gutgeheissen. Der Beschwerdeführer hat ab 1. April 2007 für die zuhause verbrachte Zeit Anspruch auf einen monatlichen Pflegebeitrag von Fr. 1'494.--. Die Sache wird zur Berechnung und Ausrichtung der Leistungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu entrichten.