



**Fall-Nr.:** EL 2007/9  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** EL - Ergänzungsleistungen  
**Publikationsdatum:** 13.03.2020  
**Entscheiddatum:** 11.03.2008

### **Entscheid Versicherungsgericht, 11.03.2008**

**Art. 3d Abs. 1 lit. c ELG, Art. 19 Abs. 1 lit. c ELV, Art. 9 ELKV.**

**Diätkostenpauschale. Art. 9 ELKV ist gesetzwidrig, soweit er eine lebensnotwendige Diät voraussetzt. Es genügt eine medizinisch als objektiv notwendig ausgewiesene Diät. Abzugsfähig sind nur Diätmehrkosten, die objektiv unvermeidbar sind. Anwendungsfall einer Anpassung einer rechtskräftig zugesprochenen, laufenden Ergänzungsleistung an eine nachträgliche Praxisänderung (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 11. März 2008, EL 2007/9).**

Vizepräsidentin Karin Huber-Studerus, Versicherungsrichterin Lisbeth Mattle Frei,  
Versicherungsrichter Franz Schlauri; Gerichtsschreiber Ralph Jöhl

Entscheid vom 11. März 2008

in Sachen

O.\_\_\_\_,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Elda Bugada Aebli, Bahnhofplatz 9,  
8001 Zürich,

gegen

Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen, Postfach 368, 9016 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,



## St.Galler Gerichte

betreffend

Ergänzungsleistung zur IV; unentgeltliche Rechtsverteidigung im  
Verwaltungsverfahren

Sachverhalt:

A.

O.\_\_\_\_ meldete sich am 8. September 2003 zum Bezug einer Ergänzungsleistung zur Invalidenrente an. Er verneinte die Frage nach Mehrkosten für eine lebensnotwendige Diät. Mit einer Verfügung vom 13. November 2003 sprach ihm die EL-Durchführungsstelle rückwirkend ab 1. Juni 2001 eine Ergänzungsleistung zu, bei deren Berechnung sie keine Diätkostenpauschale berücksichtigte. Im Rahmen einer gegen diese Verfügung erhobenen Einsprache reichte der Versicherte u.a. ein Zeugnis von Dr. med. A.\_\_\_\_ vom 26. November 2003 ein, laut dem "aufgrund einer mehrfach ausgeführten Magenoperation und nach Entfernung der Gallenblase und rez. Gallensteinen" streng eine Diät einzuhalten war. Auf dem Beiblatt 3 zur Anmeldung gab Dr. med. A.\_\_\_\_ am 12. Januar 2004 an, der Versicherte leide an einem St. n. Billroth II wegen rez. Ulcera und an einem St. n. Cholerystektomie. Eine Nichteinhaltung der Diät hätte keine unmittelbar lebensbedrohlichen Folgen. Es käme aber zu einem Dumping-Syndrom, dyspeptischen Beschwerden, Völlegefühl, Bauchkrämpfen, Blähungen und Reflux. Der Versicherte wies am 15. Januar 2004 darauf hin, dass das Dumping-Syndrom schon des öfteren zu Schwindel- und Ohnmachtsanfällen geführt habe. Mit einer Verfügung vom 4. März 2004 sprach die EL-Durchführungsstelle dem Versicherten rückwirkend ab 1. Dezember 2003 eine Ergänzungsleistung zu, bei deren Berechnung neu eine Diätpauschale von Fr. 2100.- jährlich Berücksichtigung fand. Diese Verfügung erwuchs in formelle Rechtskraft.

B.

Am 18. Mai 2006 füllte der Versicherte den Fragebogen zur periodischen Überprüfung der laufenden Ergänzungsleistung aus. Er gab an, es entstünden ihm Mehrkosten für eine lebensnotwendige Diät. Dr. med. B.\_\_\_\_ gab am 29. Mai 2006 auf dem Beiblatt 3 zum Fragebogen an, der Versicherte leide an einem Diabetes mellitus Typ II. Die



## St.Galler Gerichte

Einhaltung der Diät sei medizinisch notwendig. Die Nichteinhaltung hätte eine Entgleisung des Blutzuckers und Komplikationen zur Folge. Die Mehrkosten der Diät entstünden durch Zuckerersatzpräparate und durch fettarme Kost. Mit einer Verfügung vom 4. Oktober 2006 passte die EL-Durchführungsstelle die laufende Ergänzungsleistung u.a. dem Wegfall der Diätkostenpauschale an. Diese Verfügung wurde am 12. Oktober 2006 durch eine korrigierte Verfügung ersetzt. Die Korrektur betraf nur den Mietzinsabzug.

C.

Der Versicherte erhob am 10. November 2006 Einsprache. Er stellte den Antrag, in Aufhebung der Verfügungen vom 4. und vom 12. Oktober 2006 sei ihm weiterhin der Diätkostenzuschlag zu gewähren. Zur Begründung führte er aus, er leide seit mehreren Jahren an Magengeschwüren und an einem Gallenblasenleiden. Er habe deswegen schon operiert werden müssen. Diese Gesundheitsbeeinträchtigung habe zur Folge, dass er teure naturbelassene Lebensmittel benötige, um sich magenschonende Speisen zubereiten zu können. Da die seit Jahren bestehenden Beschwerden eine lebensnotwendige Diät erforderlich machten, sei nicht nachvollziehbar, weshalb der Diätzuschlag nicht mehr gewährt werde. Inzwischen sei ein Diabetes mellitus hinzugekommen. Bekanntlich sei auch die dafür nötige Diät kostenträchtig. Der Versicherte legte ein Zeugnis von Dr. med. B. \_\_\_ vom 8. November 2006 bei, laut dem er wegen eines Diabetes mellitus Typ II, wegen eines rezidivierenden Magenleidens (Ulcus) und wegen Leber-/Gallenbeschwerden eine Diät halten musste. Abschliessend ersuchte der Versicherte um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung im Einspracheverfahren.

D.

Die EL-Durchführungsstelle wies die Einsprache am 27. Dezember 2006 ab. Sie führte sinngemäss aus, die Diät, die eine an einem Diabetes mellitus leidende Person einhalten müsse, verursache keine Mehrkosten. Aus der früher zu grosszügigen Praxis zum Diätkostenabzug könne der Versicherte nichts zu seinen Gunsten ableiten. Zum Gesuch um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung im



Einspracheverfahren äusserte sich die EL-Durchführungsstelle in der Begründung des Einspracheentscheides nicht.

E.

Der Versicherte erhob am 2. Februar 2007 Beschwerde gegen diesen Einspracheentscheid. Er stellte den Antrag, es sei ihm in Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheides weiterhin der Diätzuschlag zu gewähren. Ausserdem sei die EL-Durchführungsstelle zu verpflichten, für das Verwaltungsverfahren die unentgeltliche Rechtsverbeiständung zu gewähren. Zur Begründung führte er aus, er leide seit Jahren an Diabetes mellitus Typ II, an Magengeschwüren und an einem Gallenblasenleiden. Diese Gesundheitsbeeinträchtigungen erforderten, dass naturbelassene Nahrungsmittel eingekauft würden, um magenschonende Speisen zubereiten zu können. Zusätzlich müssten teure Zuckerersatzpräparate gekauft werden. Als Rechtsgrundsatz gelte, dass die Aufhebung von gesetzlichen Leistungen nur ex nunc et pro futuro erfolgen dürfe. Es gehe deshalb nicht an, dass Leistungen rückwirkend aufgehoben würden, obwohl sich am Sachverhalt nichts geändert habe und die Leistung nicht unrechtmässig erlangt worden sei. Zwar gehe auch das Bundesgericht davon aus, dass die bei einem Diabetes mellitus einzuhaltende Diät keine erheblichen Mehrkosten verursache. In seinem Fall habe der Arzt aber angegeben, dass teure Zuckerersatzpräparate und fettarme Kost erforderlich seien. Diese Aussage sei massgebend und nicht die allgemeinen Erkenntnisse der Diabetologie, laut der es auch ohne teure Zuckerersatzstoffe gehe. Der Versicherte ersuchte abschliessend um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung für das Beschwerdeverfahren.

F.

Die EL-Durchführungsstelle beantragte am 13. Februar 2007 die Abweisung der Beschwerde betreffend die Anpassung an den Wegfall der Diätkostenpauschale. Sie gab zudem an, sie habe am 9. Februar 2007 die unentgeltliche Rechtsverbeiständung im Einspracheverfahren gewährt. Damit sei dieser Teil der Beschwerde gegenstandslos.

G.



## St.Galler Gerichte

Der Versicherte teilte am 15. Februar 2007 mit, der unter Ziffer 1 formulierte Teilantrag betreffend die unentgeltliche Rechtsverteidigung entfalle.

H.

Die Gerichtsleitung ersuchte die EL-Durchführungsstelle am 18. Mai 2007, die Akten betreffend die laufende Ergänzungsleistung zu vervollständigen, worauf am 29. Mai 2007 das komplette Aktendossier eingereicht wurde.

I.

Der Versicherte wies am 8. Juni 2007 u.a. darauf hin, dass die unentgeltliche Rechtsverteidigung für das Verwaltungsverfahren bewilligt und die Entschädigung ausgerichtet worden sei.

Erwägungen:

1.

1.1 Gemäss Art. 3d Abs. 1 lit. c ELG sind ausgewiesene Kosten für eine Diät abzugsfähig. Art. 9 ELKV will nur die ausgewiesenen Mehrkosten für eine ärztlich verordnete lebensnotwendige Diät zum Abzug zulassen. Die abzugsfähigen Kosten werden pauschaliert (Fr. 2100.- jährlich). Die Beschränkung auf die Mehrkosten einer *lebensnotwendigen* Diät ist gesetzwidrig. Es genügt die medizinisch ausgewiesene objektive Notwendigkeit der Diät (vgl. Ralph Jöhl, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht Bd. XIV Soziale Sicherheit, 2.A., Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, Rz 368 f., S. 1894 f.). Diese Notwendigkeit ist im vorliegenden Fall sowohl aufgrund der Zuckerkrankheit als auch aufgrund der übrigen Leiden des Beschwerdeführers ausgewiesen. Zu prüfen bleibt, ob mit der Diät *notwendigerweise* erhebliche Mehrkosten verbunden sind. Es genügt also nicht, wenn eine versicherte Person, die Diät halten muss, dabei erhebliche Mehrkosten in Kauf nimmt, weil sie glaubt, sich nur auf diese Weise richtig ernähren zu können. Die EL-spezifische Schadenminderungspflicht in der Form der Vermeidung unnötiger abzugsfähiger Ausgaben führt dazu, dass die Diät auf möglichst kostengünstige Art und Weise eingehalten werden muss, sofern dadurch der Erfolg der Diät nicht



gefährdet ist. Wird diese Schadenminderungspflicht im konkreten Fall nicht erfüllt, so ist - in analoger Anwendung von Art. 3c Abs. 1 lit. g ELG - die Erfüllung dieser Pflicht zu fingieren, d.h. es dürfen nur jene Diätmehrkosten zum Abzug zugelassen werden, die auch bei einer korrekten Erfüllung der Schadenminderungspflicht anfallen würden.

1.2 Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ist es bei einem Diabetes mellitus nicht notwendig, teure Zuckerersatzprodukte zu konsumieren. Es ist möglich und zumutbar, in geeigneter Form Diät zu halten, indem die Zusammenstellung und die Zubereitung der Speisen und die Essgewohnheiten optimal auf den Bedarf eines Diabetikers ausgerichtet werden. Zudem stehen heute Lebensmittel für Diabetiker (inklusive Zuckerersatzprodukte) bei den grossen Lebensmittelgeschäften zu einem Preis zum Verkauf, der sich kaum vom Preis normaler Lebensmittel unterscheidet. Auch die übrigen gesundheitlichen Einschränkungen des Beschwerdeführers erfordern keine Diät unter Einsatz teurer Spezialnahrungsmittel, denn es genügt die auf den Diabetiker zugeschnittene Diät, ergänzt durch eine besonders konsequente fettarme Speisenzusammensetzung und -zubereitung. Ausserdem muss allenfalls öfter, dafür in kleineren Portionen gegessen werden. Ein ausgewiesener, medizinisch objektiv notwendiger Bedarf nach naturbelassenen Nahrungsmitteln (die im übrigen gar nicht besonders teuer sein müssen) besteht nicht, da auch mit "normalen" Lebensmitteln magenschonende und fettarme Speisen zubereitet werden können. Daraus folgt, dass die dem Beschwerdeführer entstehenden Diätmehrkosten zwar krankheitsbedingt, aber nicht medizinisch objektiv notwendig sind. Die Beschwerdegegnerin ist deshalb zu Recht davon ausgegangen, dass diese Diätkosten nicht abzugsfähig seien.

2.

Bei der Zusprache einer Ergänzungsleistung am 4. März 2004 hat die Beschwerdegegnerin die Diätkostenpauschale ihrer damaligen Praxis gemäss als Ausgabe in der Anspruchsberechnung berücksichtigt. Seither hat sich der Sachverhalt in bezug auf den medizinisch ausgewiesenen Diätbedarf und die daraus resultierenden Mehrkosten nicht oder zumindest nicht erheblich verändert. Die strittige Herabsetzung der laufenden Ergänzungsleistung als Folge der Streichung der Diätkostenpauschale als anrechenbare Ausgabe kann sich deshalb nicht auf Art. 17 Abs. 2 ATSG stützen. Es liegt vielmehr ein Anwendungsfall einer Anpassung an eine nachträglich veränderte



Rechtslage vor (vgl. U. Meyer-Blaser, Die Abänderung formell rechtskräftiger Verwaltungsverfügungen in der Sozialversicherung, ZBI 1994 S. 337 ff., S. 350). Dieses Instrument zur Korrektur formell rechtskräftiger Verfügungen wird im ATSG nicht geregelt. Dies muss als ausfüllungsbedürftige Gesetzeslücke qualifiziert werden. Andernfalls wäre es nämlich ausgeschlossen, neues Recht auf formell rechtskräftig verfügte, im Inkrafttretenszeitpunkt laufende Leistungen zur Anwendung zu bringen. Das Übergangsrecht zu einer konkreten Gesetzesänderung kann zwar den Kreis derjenigen Versicherten, auf die das neue Recht Anwendung finden soll (nur neue Fälle, alle oder nur ein Teil der laufenden Fälle), und den Wirkungszeitpunkt einer allfälligen Anwendung des neuen Rechts auf laufende Fälle regeln. Es kann aber nicht einzelgesetzlich und beschränkt auf die konkrete Gesetzesänderung das Korrekturinstrument der Anpassung an eine geänderte Rechtslage schaffen. Dieses Instrument der Korrektur formell rechtskräftiger Verfügungen muss vielmehr im allgemeinen Verfahrensrecht vorgesehen sein. Es ist deshalb unabdingbar, dass der ATSG neben der prozessualen Revision (Art. 53 Abs. 1), der Wiedererwägung (Art. 53 Abs. 2) und der Anpassung an einen veränderten Sachverhalt (Art. 17) auch die Anpassung an eine nachträglich geänderte Rechtslage zur Verfügung stellt. Unter bestimmten Voraussetzungen erstreckt sich der Anwendungsbereich dieses vierten Korrekturinstrumentes auch auf eine Praxisänderung. Die neue Praxis muss allerdings allgemeine Verbreitung gefunden haben, d.h. in ihren Auswirkungen mit einer Gesetzesänderung vergleichbar sein, und das Unterlassen einer Anpassung an die neue Praxis müsste eine stossende Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bedeuten (vgl. etwa BGE 112 V 394). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt (vgl. zur entsprechenden Qualifikation der Praxisänderung betreffend den Diätkostenabzug das unveröffentlichte Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 21. Mai 2004, EL 2003/37, Erw. 4). Die Beschwerdegegnerin hat deshalb zu Recht die Verfügung vom 4. März 2004 an die neue Praxis angepasst, indem sie den Diätkostenabzug nicht mehr berücksichtigt hat. Der angefochtene Einspracheentscheid erweist sich diesbezüglich als rechtmässig.

3.

3.1 Der Beschwerdeführer hat nicht nur die Aufhebung der Herabsetzung der laufenden Ergänzungsleistung, sondern auch die Gewährung der unentgeltlichen



Rechtsverbeiständung für das Einspracheverfahren beantragt. Diesbezüglich ist das Beschwerdeverfahren aber durch die am 9. Februar 2007 - pendente lite vor der Einreichung der Beschwerdeantwort - verfügte Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung gegenstandslos geworden. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist.

3.2 Der Beschwerdeführer erhält nach wie vor eine Ergänzungsleistung. Praxisgemäss erfüllt er deshalb die Voraussetzung der Prozessarmut für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung im Beschwerdeverfahren. Da dieses Verfahren nicht aussichtslos ist, hat er gegenüber dem Staat einen Anspruch auf die Entschädigung seines Rechtsbeistandes. Dieser Anspruch besteht aber nur insoweit, als der Beschwerdeführer nicht obsiegt und damit einen Anspruch auf eine Parteientschädigung durch die Beschwerdegegnerin begründet. Es ist deshalb zu prüfen, ob die nachträglich eingetretene, teilweise Gegenstandslosigkeit des Beschwerdeverfahrens nicht einen Anspruch des Beschwerdeführers auf eine Parteientschädigung entstehen lässt.

3.3 In seiner Einsprache vom 10. November 2006 hat der Beschwerdeführer ausdrücklich die Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung für das Einspracheverfahren beantragt. Die Beschwerdegegnerin hat mit dem angefochtenen Einspracheentscheid die Einsprache abgewiesen. Weder das Dispositiv noch die Begründung des Einspracheentscheides enthielt einen Vorbehalt in bezug auf den Antrag um die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung, also einen Hinweis darauf, dass über den entsprechenden Teil des in der Einsprache gestellten Antrages später entschieden werde. Dem Beschwerdeführer blieb deshalb gar nichts anderes übrig, als den Einspracheentscheid auch in bezug auf die beantragte Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung für das Einspracheverfahren anzufechten, denn er konnte nicht davon ausgehen, dass der Einspracheentscheid nur die materielle Rechtsfrage beantworten wollte. Im übrigen hätte selbst dann eine Beschwerde, allerdings eine Rechtsverweigerungsbeschwerde, erhoben werden können, wenn von einer Beschränkung des Inhalts des Einspracheentscheides auf die materielle Rechtsfrage auszugehen gewesen wäre, denn es bestand für die Beschwerdegegnerin keine Veranlassung, mit dem Entscheid über das Begehren um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung für das Einspracheverfahren



zuzuwarten. Unabhängig davon, ob es sich beim entsprechenden Beschwerdebegehren um eine Beschwerde gegen die im Einspracheentscheid enthaltene Verweigerung der unentgeltlichen Rechtsbeistandung oder um eine Rechtsverweigerungsbeschwerde wegen einer unzulässigen Verzögerung der Entscheidung über das Begehren um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtsbeistandung gehandelt hat, ist davon auszugehen, dass sich der Beschwerdeführer zu Recht durch die Erhebung eines Rechtsmittels zur Wehr gesetzt hat. Der entsprechende Vertretungsaufwand ist ihm durch ein rechtswidriges Verhalten der Beschwerdegegnerin verursacht worden. Dies begründet einen Anspruch auf eine Parteientschädigung für den entsprechenden Aufwand.

3.4 Unter Berücksichtigung der eher geringen Bedeutung der Streitsache und der deutlich unterdurchschnittlichen Schwierigkeit des Prozesses (Art. 61 lit. g ATSG) erscheinen Parteikosten von Fr. 2000.- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen. Davon entfällt ermessensweise ein Viertel auf den Teil des Aufwandes, welcher durch den Streit um die unentgeltliche Rechtsbeistandung im Einspracheverfahren entstanden ist. Die Beschwerdegegnerin wird den Beschwerdeführer deshalb mit Fr. 500.- zu entschädigen haben. Die restlichen Parteikosten von Fr. 1500.- sind dem Beschwerdeführer grundsätzlich durch den Staat zu entschädigen. Allerdings ordnet Art. 31 Abs. 3 des st. gallischen Anwaltsgesetzes eine Reduktion der Parteikosten um 20% an. Die Rechtsbeistandin des Beschwerdeführers hat demnach gegenüber dem Staat einen Anspruch auf eine Entschädigung im Betrag von Fr. 1200.-.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG

entschieden:

1. Die Beschwerde wird, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist, abgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.



3. Die Beschwerdegegnerin bezahlt dem Beschwerdeführer eine Parteienschädigung von Fr. 500.-.
4. Der Staat entschädigt die Rechtsbeiständin des Beschwerdeführers mit Fr. 1200.-.