

Selon l'art. 42<sup>quater</sup> al. 3 LAI, le Conseil fédéral fixe les conditions auxquelles les mineurs ont droit à une contribution d'assistance. Ce dernier a fait usage de la délégation législative en adoptant l'art. 39a RAI, qui prévoit trois occurrences. La troisième, analysée en l'espèce, prévoit un **droit à une contribution d'assistance pour les mineurs percevant un supplément pour soins intenses à raison d'au moins six heures par jour** (art. 39a let. c RAI).

Dans son jugement, le Tribunal cantonal st-gallois rejette la demande de contribution d'assistance de l'assuré au motif que **le Conseil fédéral aurait outrepassé les compétences qui lui étaient déléguées**.

En se basant sur le but principal de la contribution d'assistance – renforcer l'autonomie des assurés, les juges cantonaux ont considéré que le mandat législatif contenu à l'art. 42<sup>quater</sup> al. 3 LAI devait être exécuté en tenant compte de la capacité d'agir des destinataires. Ainsi, en adoptant l'art. 39a let. c RAI, qui fait dépendre la contribution d'assistance d'un certain degré d'incapacité – 6 heures de soins intenses par jour – et non de capacité, le Conseil fédéral n'aurait pas respecté les cautions de la délégation et, de ce fait, outrepassé le cadre législatif.

Sur la base des débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi et selon une interprétation littérale et systématique, **le TF conclut que l'auteur de la disposition réglementaire fondée sur l'art. 42<sup>quater</sup> al. 3 LAI dispose d'un très large pouvoir d'appréciation pour régler le droit à la contribution d'assistance des assurés mineurs**. Dès lors, c'est à tort que le tribunal cantonal considère que le Conseil fédéral a outrepassé le cadre législatif en fixant les conditions alternatives de l'art. 39a RAI et notamment celle de la lettre c.

L'art. 42<sup>quater</sup> al. 3 LAI ne prévoit aucune caution en relation avec la capacité de jugement ni avec une autonomie minimale. On ne peut donc pas faire état d'une absence de base légale formelle ni d'une violation des principes constitutionnels (égalité de traitement et arbitraire) concernant la disposition réglementaire litigieuse. Comme le recourant a droit à un supplément pour soins intenses (soins et surveillance) d'au moins 6 heures par jour, selon le Tribunal cantonal, il a également droit à une contribution d'assistance. Le recours est admis et l'art. 39a let. c RAI jugé conforme à la LAI.

**Auteur : Gilles de Reynier, avocat à Colombier**

Beschwerde gegen den Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 29. Oktober 2018 (IV 2016/307).

## Sachverhalt:

### A.

**A.a.** A. kam am 7. Oktober 2013 in der 32. Schwangerschaftswoche - somit zu früh - zur Welt. Ihm wurden Herz- und Gefässmissbildungen attestiert, unter anderem eine mittelschwere pulmonalerterielle Hypertonie und eine Lungenfunktionsstörung mit primärem Atemnotsyndrom, bei Wachstumsretardierung. Im Anschluss an einen rund zweimonatigen Aufenthalt im Spital D. wurde der Bub am 2. Dezember 2013 in das Spital E. überführt, wo auch cerebrale Bewegungsstörungen diagnostiziert wurden. Nach einem Kostengutsprachege such des Spitals D. vom 9. Oktober 2013 und Anmeldung zum Leistungsbezug sprach die IV-Stelle St. Gallen A. nach entsprechenden Abklärungen die zur Behandlung der Geburtsgebrechen Ziff. 247, 313, 395, 494 und 495 (Verordnung über Geburtsgebrechen [GgV; SR 831.232.21]) notwendigen medizinischen Massnahmen zu (Mitteilungen

vom 31. März 2014). Mit Mitteilungen vom 6. August 2015 anerkannte die IV-Stelle ihre Leistungspflicht im Wesentlichen gestützt auf den Bericht des Spitals E. vom 8. Juni 2015, wo der Versicherte immer noch stationär behandelt wurde, für weitere Geburtsgebrechen (Ziff. 251, 280, 303, 387, 390, 462, 463). Nach dem erwähnten Bericht befand sich der Patient mit ausgeprägtem Entwicklungsrückstand auf der Intensivstation, war tracheotomiert und wurde rund um die Uhr künstlich beatmet; eine Entlassung aus der stationären Behandlung kam wohl frühestens zum Jahreswechsel 2015/2016 in Frage.

**A.b.** Am 31. August 2015 meldeten die Eltern A. bei der IV-Stelle zum Bezug von Hilflosenentschädigung an. Laut ihren Angaben war das Kind bei sämtlichen alltäglichen Lebensverrichtungen auf regelmässige und erhebliche Dritthilfe angewiesen; er benötigte zudem eine dauernde medizinisch-pflegerische Hilfe und eine ständige persönliche Überwachung. Am 30. November 2015 ersuchten sie die Verwaltung, einen Assistenzbeitrag zu leisten. Gemäss Abklärungsbericht für eine Hilflosenentschädigung für Minderjährige (inkl. Intensivpflegezuschlag) vom 25. April 2016 litt der Versicherte, der am 20. Dezember 2015 aus der Spitalpflege entlassen worden war und seither bei den Eltern wohnte, unter anderem an einem erheblichen Entwicklungsrückstand, der mit praktisch ständig notwendiger künstlicher Beatmung verbunden war, wobei wegen eines schweren Reflux immer wieder Luft und Magensaft abzusaugen waren. Die Abklärungsperson berichtete aber auch über erfreuliche Fortschritte seit der Entlassung aus dem Spital E. ; A. sei wacher und bewegungsfreudiger geworden, was die Betreuung jedoch nicht vereinfache. Insgesamt bescheinigte die Abklärungsbeauftragte der IV-Stelle eine Hilflosigkeit für sämtliche alltäglichen Lebensverrichtungen und die Notwendigkeit dauernder Überwachung. Am 25. Mai 2016 notierte sie, dass sich der gesamte Mehraufwand auf 14 Stunden und 54 Minuten belaufe, wovon zehn Stunden für denjenigen Anteil abzuziehen seien, der von der Spitex erbracht werde, was einen Intensivpflegezuschlag von vier Stunden ergebe. Da der tägliche Mehraufwand (4 Stunden und 54 Minuten) unter sechs Stunden liege, bestehe kein Anspruch auf Assistenzbeitrag.

**A.c.** Nach durchgeführtem Vorbescheidverfahren sprach die IV-Stelle dem Versicherten mit einer ersten Verfügung vom 28. Juli 2016 eine Entschädigung wegen Hilflosigkeit schweren Grades und einen Intensivpflegezuschlag für einen Betreuungsaufwand von mindestens vier Stunden pro Tag zu. Mit der gleichentags erlassenen Verfügung lehnte sie das Begehren um Assistenzbeitrag ab.

**B.**

Gegen die gleichentags erlassenen Verfügungen der IV-Stelle liess A. Beschwerde führen. Das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen sprach dem Versicherten einen Intensivpflegezuschlag bei einem Betreuungsaufwand von mindestens sechs Stunden pro Tag zu. Betreffend den geltend gemachten Anspruch auf einen Assistenzbeitrag wies es die Beschwerde ab.

**C.**

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten lässt A. beantragen, es sei ihm unter Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids ein Assistenzbeitrag zuzusprechen und die Sache sei an die IV-Selle zur Festsetzung des Betrags zurückzuweisen.

Die IV-Stelle hat sich nicht vernehmen lassen. Das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen verzichtet auf eine Stellungnahme. Das Bundesamt für Sozialversicherung (BSV) schliesst auf Gutheissung der Beschwerde.

**Erwägungen:**

**1.**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzungen gemäss

Art. 95 und 96 BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist folglich weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen und es kann sie mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen.

## **2.**

Streitig ist, ob das kantonale Gericht Bundesrecht verletzt hat, indem es einen Anspruch des minderjährigen Beschwerdeführers auf einen Assistenzbeitrag verneinte.

### **2.1.**

**2.1.1.** Nach Art. 42quater Abs. 1 IVG (in Kraft seit 1. Januar 2012) haben Versicherte Anspruch auf einen Assistenzbeitrag:

- a. denen eine Hilflosenentschädigung der IV nach Artikel 42 Absätze 1-4 ausgerichtet wird;
- b. die zu Hause leben; und
- c. die volljährig sind.

Der Bundesrat legt die Voraussetzungen fest, unter denen Personen mit eingeschränkter Handlungsfähigkeit keinen Anspruch auf einen Assistenzbeitrag haben (Abs. 2). Er legt die Voraussetzungen fest, unter denen Minderjährige Anspruch auf einen Assistenzbeitrag haben (Abs. 3).

**2.1.2.** In diesem Sinne hat der Verordnungsgeber in Art. 39a IVV festgelegt, dass minderjährige Versicherte Anspruch auf einen Assistenzbeitrag haben, wenn sie die Voraussetzungen nach Artikel 42quater Absatz 1 Buchstaben a und b IVG erfüllen und:

- a. regelmässig die obligatorische Schule in einer Regelklasse besuchen, eine Berufsausbildung auf dem regulären Arbeitsmarkt oder eine andere Ausbildung auf Sekundarstufe II absolvieren;
- b. während mindestens 10 Stunden pro Woche eine Erwerbstätigkeit auf dem regulären Arbeitsmarkt ausüben; oder
- c. denen ein Intensivpflegezuschlag für einen Pflege- und Überwachungsbedarf nach Artikel 42ter Absatz 3 IVG von mindestens 6 Stunden pro Tag ausgerichtet wird.

**2.1.3.** Die in Art. 39a lit. a-c IVV umschriebenen Voraussetzungen müssen nicht kumulativ erfüllt sein. Es genügt, wenn die versicherte Person eine davon - also bspw. diejenige gemäss lit. c - erfüllt. Das entspricht auch der Verwaltungspraxis (vgl. Rz. 2010 KSAB in der ab 1. Januar 2015 gültigen Fassung, Stand 1. Januar 2018 sowie 1. Januar 2019; vgl. ferner Michel Valterio, Loi fédérale sur l'assurance-invalidité [LAI], Commentaire, 2018, N. 15 zu Art. 42quater).

**2.1.4.** In den Erläuterungen des BSV zur Anpassung der IVV im Zuge der Revision 6a findet sich insbesondere zu Art. 39a lit. c wörtlich Folgendes ausgeführt (abrufbar über [www.bsv.admin.ch/dam/bsv//iv/\\_/IVV\\_Erläuterungen\\_IVV.pdf](http://www.bsv.admin.ch/dam/bsv//iv/_/IVV_Erläuterungen_IVV.pdf) [Abfrage vom 18. Mai 2019]; vgl. ebenfalls Valterio, a.a.O., N. 21 zu Art. 42quater) :

"Minderjährige Versicherte haben bei hohem Pflege- und Überwachungsbedarf zusätzlich zur Hilflosenentschädigung Anspruch auf einen Intensivpflegezuschlag. 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. In jedem Fall erfüllt sein müssen die Voraussetzungen nach Artikel 42quater Abs.1 lit. a und b IVG. Die in Artikel 39a Buchstaben a und b IVV vorgesehenen Voraussetzungen gelten für sie jedoch nicht. Sie haben somit unabhängig davon, ob sie eine Regelschule besuchen, eine Ausbildung auf Sekundarstufe II absolvieren oder eine Erwerbstätigkeit auf dem regulären Arbeitsmarkt ausüben, Anspruch auf den Assistenzbeitrag. Der beim Intensivpflegezuschlag anerkannte Hilfebedarf muss allerdings mindestens 6 Stunden pro Tag betragen."

**2.2.** Die Leistungsart Assistenzbeitrag und die dargelegten gesetzlichen Grundlagen sind - nach einem vom Gesetzgeber initiierten Pilotversuch (vgl. lit. b der SchIB der Änderung vom 21. März 2003 [4. IV-Revision] sowie Verordnung über den Pilotversuch «Assistenzbudget»; SR 831.203) - mit der IVG-Revision 6a geschaffen worden. Sie steht im Dienste des mit der 5. IV-Revision verankerten Zweckartikels (Art. 1a lit. c IVG) und soll in Ergänzung zur Hilfloosenentschädigung die eigenverantwortliche und selbstbestimmte Lebensführung von Behinderten fördern (Valterio, a.a.O., N. 1 zu Art. 42quater; Meyer/Reichmuth, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung, 3. Aufl. 2014, N. 1 zu Art. 42quater-octies). Menschen mit Behinderung sollen möglichst weitgehend selber bestimmen können, wer ihnen wann, wo und wie die notwendige Hilfe leistet für Handlungen des täglichen Lebens, die sie behinderungsbedingt nicht selbstständig durchführen können. Dank der Ausrichtung finanzieller Mittel direkt an die Betroffenen können diese ihrerseits Personen auswählen und entlohnen, um von ihnen unterstützt zu werden (zum Ganzen: Urteil 9C\_753/2016 vom 3. April 2017 E. 3.2; Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 24. Februar 2010, BBl 2010 1817 ff., insb. 1835 f.). Die Betroffenen werden dadurch in die Lage versetzt, ihre Betreuungssituation vermehrt selbstständig und in eigener Verantwortung zu gestalten. Die stärkere Ausrichtung an ihren Bedürfnissen verbessert ihre Lebensqualität, erhöht die Chancen, trotz Behinderung eigenständig zu Hause wohnen zu können und schafft bessere Möglichkeiten, sich in die Gesellschaft und ins Berufsleben zu integrieren. Zudem ermöglicht der Assistenzbeitrag eine zeitliche Entlastung pflegender Angehöriger (Botschaft, a.a.O., 1865).

### **3.**

**3.1.** Anders als die Verwaltung erachtete das kantonale Gericht die gesetzlichen (insbesondere in der Verordnung umschriebenen) Anspruchsvoraussetzungen zum Bezug eines Assistenzbeitrags beim Beschwerdeführer als erfüllt, da es beim Intensivpflegezuschlag von einem Betreuungsmehraufwand von mindestens sechs Stunden ausging (Art. 42quater Abs. 3 IVG in Verbindung mit Art. 39a lit. c IVV). Hingegen schützte es die ablehnende Verfügung der Beschwerdegegnerin im Ergebnis. Denn es verwarf den betreffenden Anspruch, indem es Art. 39a lit. c IVV (vgl. E. 2.1.2 hiavor) als gesetzeswidrig taxierte.

**3.2.** Zur Begründung erwog die Vorinstanz (wie schon in früheren Fällen: vgl. Urteil 9C\_313/2018 vom 24. Januar 2019 E. 2.1) nach Darlegung des hiavor aufgezeigten Gesetzeszwecks im Wesentlichen, aus Abs. 2 und 3 von Art. 42quater IVG ergebe sich implizit der gesetzliche Auftrag an den Ordnungsgeber, einerseits festzulegen, wie stark die Handlungsfähigkeit eines erwachsenen Hilfloosenentschädigungsbezügers eingeschränkt sein müsse, bis es keinen Sinn mehr ergebe, ihm Selbstbestimmung und Eigenverantwortung durch ein assistiertes selbstständiges Wohnen zu fördern. Andererseits habe er zu regeln, wie weit sich die Handlungsfähigkeit eines Minderjährigen bereits entwickelt haben müsse, damit die Förderung seiner Selbstbestimmung und Eigenverantwortung durch die Ermöglichung des assistierten selbstständigen Wohnens Sinn ergebe. Der Fokus richte sich damit auf ein bestimmtes Mass an Selbstständigkeit. Von den in Art. 39a lit. a-c IVV umrissenen spezifischen Voraussetzungen würden zwei, nämlich lit. a und b, einen Zusammenhang mit dem Auftrag des Gesetzgebers aufweisen, doch fehle ein solcher bezüglich lit. c von Art. 39a IVV. Der Umstand, dass eine versicherte Person einen Intensivpflegezuschlag von mindestens sechs Stunden

beziehe, spreche nicht für eine ausreichende Handlungsfähigkeit oder Selbstständigkeit, die die Zusprache eines Assistenzbeitrags rechtfertigen würde. Im Gegenteil belege er, dass der betreffende Minderjährige in einem besonders weitgehenden Masse unselbstständig sei.

#### 4.

**4.1.** Bei dem auf der Grundlage von Art. 42quater IVG erlassenen Art. 39a IVV handelt es sich um unselbstständiges Ordnungsrecht, und zwar nicht vollziehender, sondern gesetzvertretender Art (vgl. BGE 141 V 473 E. 8.2 S. 477 betreffend AHVV sowie zum Begriff: etwa Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl. 2016, S. 607 ff. § 46 Rz. 14 ff. und 22 ff.; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, S. 22 f. Rz. 93 ff., S. 25 Rz. 110). Im Rahmen der ihm in dieser Hinsicht zustehenden (inzidenten oder konkreten) Normprüfungsbefugnis hat das Bundesgericht insbesondere zu untersuchen, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnisse gehalten hat (BGE 143 V 208 E. 4.3 S. 212; 138 II 281 E. 5.4 S. 289 f.; 137 III 217 E. 2.3 S. 220 f. mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung). Soweit das Gesetz den Bundesrat nicht ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen, befindet das Gericht auch über die Verfassungsmässigkeit der unselbstständigen Verordnung. Wird dem Bundesrat durch die gesetzliche Delegation ein sehr weites Gestaltungsspielraum für die Regelung auf Ordnungsstufe eingeräumt, so ist dieser Spielraum nach Art. 190 BV für das Bundesgericht verbindlich; es darf in diesem Falle bei der Überprüfung der Verordnung nicht sein eigenes Gestaltungsermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen, sondern es beschränkt sich auf die Prüfung, ob die Verordnung den Rahmen der dem Bundesrat im Gesetz delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist. Es kann dabei namentlich prüfen, ob sich eine Ordnungsbestimmung auf ernsthafte Gründe stützen lässt oder ob sie Art. 9 BV widerspricht, weil sie sinn- und zwecklos ist, rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die richtigerweise hätten getroffen werden müssen. Für die Zweckmässigkeit der angeordneten Massnahme trägt der Bundesrat die Verantwortung; es ist nicht Aufgabe des Bundesgerichts, sich zu deren wirtschaftlicher oder politischer Sachgerechtigkeit zu äussern (BGE 143 V 208 E. 4.3 S. 212; 140 II 194 E. 5.8 S. 198; 136 II 337 E. 5.1 S. 348 f. mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung).

**4.2.** Aufgrund des insofern klaren Gesetzeswortlauts setzt der Anspruch auf einen Assistenzbeitrag in grundsätzlicher Weise voraus, dass der Versicherte eine Hilfslosenentschädigung bezieht, dass er zu Hause lebt und dass er volljährig ist (Art. 42quater Abs. 1 IVG und E. 2.1.1 hiervor). Das Gesetz selbst weitet den Anspruch auf minderjährige Versicherte aus (Art. 42quater Abs. 3 IVG), denen von Rechts wegen keine (Art. 17 ZGB) bzw. keine uneingeschränkte Handlungsfähigkeit zukommt (Art. 19 Abs. 2 ZGB; vgl. BGE 116 II 385 E. 4 S. 387). Für sie hat der Bundesrat die Anspruchsvoraussetzungen festzulegen. Mit anderen Worten steht ihm nicht nur die Befugnis zu, für die minderjährigen Versicherten gesetzvertretendes Ordnungsrecht zu setzen, sondern es trifft ihn - nach dem in allen Sprachversionen klaren Gesetzeswortlaut - eine entsprechende Pflicht ("Er legt die Voraussetzungen fest..."; "Le Conseil fédéral fixe les conditions..."; "Stabilisce le condizioni..."; vgl. dazu im Einzelnen E. 4.3.2 hernach). Dabei lassen sich dem Gesetz namentlich in Bezug auf diese Versichertenkategorie zumindest keine expliziten inhaltlichen Vorgaben entnehmen: Weder schreibt es ein Mindestalter vor noch enthält es eine Formulierung, die darauf schliessen liesse, dass der Gesetzgeber auch bei Minderjährigen auf Urteilsfähigkeit oder einem Mindestmass an Autonomie bestehen würde. Andererseits ergibt sich aus Art. 42quater Abs. 1 und 2 IVG ebenfalls zweifelsfrei, dass - bei volljährigen Versicherten - die Handlungsfähigkeit in der Weise anspruchrelevant ist, dass der Gesetzgeber den Assistenzbeitrag im Falle ihrer Einschränkung von weiteren Voraussetzungen abhängen lassen will.

**4.3.** An dieser Stelle rechtfertigt sich ein genauerer Blick auf die Entstehung des Gesetzes:

**4.3.1.** Im Entwurf des Bundesrates war die Handlungsfähigkeit im Sinne von Art. 13 ZGB als eine der Anspruchsvoraussetzungen des Assistenzbeitrags (Abs. 1 lit. c des Entwurfs von Art. 42quater Abs. 1 IVG) vorgesehen gewesen (BBl 2010 1947). Wo es daran fehlt - so bei Minderjährigen und den in ihrer Urteilsfähigkeit eingeschränkten Personen -, sollte es gemäss Gesetzesbotschaft von der Schwere der Einschränkung und der davon betroffenen Bereiche abhängen, ob mithilfe des Assistenzbeitrags ein selbstbestimmtes und eigenverantwortliches Leben geführt werden kann. Dafür wurde dem Bundesrat mit einer Kann-Bestimmung die Kompetenz eingeräumt, "massgeschneiderte praxistaugliche Kriterien zu erlassen, nach welchen ein Assistenzbeitrag auch einzelnen Minderjährigen und Personen mit teilweise eingeschränkter Handlungsfähigkeit ausgerichtet wird." In diesen Einzelfällen könne - so die bundesrätliche Botschaft wörtlich - die mit dem Assistenzbeitrag verbundene Eigenverantwortung der gesetzlichen Vertretung übertragen werden (Botschaft, a.a.O., 1901 f.).

**4.3.2.** Alsdann nahm insbesondere die ständerätliche Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK) das Erfordernis der Handlungsfähigkeit in den Blick, dies im Bestreben, eine Diskriminierung der Versicherten mit eingeschränkter Handlungsfähigkeit zu vermeiden (vgl. bereits Urteil 9C\_753/2016 vom 3. April 2017 E. 3.2). Es sollten nicht zwei Kategorien von Behinderten geschaffen werden (Protokoll der Kommissionssitzung vom 20. Mai 2010 S. 40 f. und 43). Im Zuge dieser Diskussion unterbreitete die Verwaltung der Kommission einen überarbeiteten Entwurf zu Art. 42quater Abs. 1 lit. c und Abs. 2 IVG (Antrag Nr. 31), der in lit. c Handlungsfähigkeit durch Volljährigkeit ersetzte und in Abs. 2 den Bundesrat dazu verhielt, die Voraussetzungen zu umschreiben, unter denen Personen mit eingeschränkter Handlungsfähigkeit keinen Anspruch auf Assistenzbeitrag hätten. In der Folge zeigte sich, dass die minderjährigen Versicherten in diesem Entwurf verloren gingen, obwohl nie die Absicht bestand, sie vom Assistenzbeitrag auszunehmen, was der Kommissionssprecher (Kuprecht) in der ständerätlichen Plenardebatte klarstellte (AB 2010 S 659). Er unterstrich, dass die Leistungsentrichtung gemäss bundesrätlichem Entwurf insbesondere "Menschen mit einer fehlenden Urteilsfähigkeit, die aber unter Beizug eines Beistandes noch handlungsfähig sind, diskriminieren" könne. Die Absicht der Kommission (und diejenige des Bundesrates) gelange in einem Antrag von Ständerat David zum Ausdruck (AB 2010 S 659), wonach gemäss Abs. 3 der Bundesrat die Voraussetzungen festlege, unter denen Minderjährige "ausnahmsweise" einen Anspruch auf Assistenzbeitrag hätten (AB 2010 S 658). Der Genannte bekräftigte dies als Folgeredner, unterlegt mit dem Beispiel eines behinderten jungen Mannes, der eine Schule oder Lehre absolviere, wo er behinderungsbedingt (bspw. zwecks Toilettenbesuchs) Hilfestellung brauche, die vor Ort nicht von den Eltern geleistet werden könne. Der Vorsteher des federführenden Departements (Bundesrat Burkhalter) verwies sodann seinerseits auf die finanziellen Rahmenbedingungen. Diese seien ausschlaggebend gewesen für die zurückhaltendere Formulierung bezüglich der Verordnungskompetenz (Kann-Bestimmung), derweil die Version der ständerätlichen Kommission zwar inhaltlich den Vorstellungen gemäss Entwurf entspreche, aber in der Umsetzung schneller wirksam sei, indem sie den Bundesrat zum Verordnungserlass verhalte: "On est donc tout de suite dans une situation où l'on va devoir ouvrir cette disposition, mais gentiment. (...) Je sais que cette contribution d'assistance suscite un grand espoir, et cet espoir est justifié" (AB 2010 S 659 sowie 649). Schliesslich setzte sich im Ständerat der von der Kommission gestützte Antrag David durch (AB 2010 S 659).

**4.3.3.** In der Nationalratsdebatte bekräftigte der Bundesrat seine Haltung, indem er sich der Mehrheitsmeinung der (nationalrätlichen) Kommission (für soziale Sicherheit und Gesundheit) anschloss, die im Wesentlichen derjenigen des Ständerates entsprach (AB 2010 N 2107). Diese Auffassung setzte sich in der Abstimmung gegen eine Minderheit der Kommission (Prelicz-Huber u.a.) durch, die den Assistenzbeitrag ohne Beschränkung allen Behinderten zukommen lassen wollte, unabhängig davon ob Handlungsfähigkeit bestehe und eine Erwerbstätigkeit bzw. eine Integration in den Arbeitsmarkt in Frage kämen; eine soziale Integration und vor allem mehr Selbstbestimmung seien immer möglich (AB 2010 N 2102 f. und 2108; vgl. insbesondere auch Votum Weber-Gobet, AB 2010

N 2105). Einer solchen Ausdehnung, die den Anspruch ausschliesslich vom Bestand einer Hilflosenentschädigung und dem Leben zu Hause abhängen lassen wollte, wurden seitens der Kommissionsmehrheit (zufolge Erweiterung des Bezückerkreises von 20'000 auf 38'000 und einer annähernden Verdoppelung der zu erwartenden Kosten) namentlich finanzielle Gründe entgegen gehalten, was mit dem Zweck der Gesamtvorlage nicht zu vereinbaren sei (Cassis, AB 2010 N 2108; vgl. auch Votum Bortoluzzi, AB 2010 N 2105 f.). Dabei war vom Sprecher der Kommissionsmehrheit unerwähnt geblieben, dass der zur Abstimmung gelangende Art. 42quater IVG im Unterschied zur Version des Ständerates in Abs. 3 das Wort "ausnahmsweise" nicht mehr enthielt. Diese Auffassung hatte sich in der vorberatenden nationalrätlichen Kommission durchgesetzt (Antrag Nr. 68), indem Minderjährige unter bestimmten Voraussetzungen Anspruch auf Assistenzbeitrag haben sollten und nicht bloss "ausnahmsweise"; dabei war auch zu vernehmen gewesen, dass der Bundesrat noch nicht mit eigenen Vorstellungen hinsichtlich Ausgestaltung der künftigen Verordnung aufwarten konnte (Protokoll der Kommissionssitzung vom 5. November 2010, S. 57 ff., S. 61). Diese Streichung wurde in der ständerätlichen Kommission diskussionslos gutgeheissen (Protokoll der Kommissionssitzung vom 31. Januar 2011, S. 10) und in der Differenzbereinigung schliesslich am 11. März 2011 auch vom Ratsplenum angenommen (AB 2011 S 35).

## 5.

**5.1.** Nach diesen Hinweisen auf den Gesetzgebungsprozess und die geführten Debatten kann festgehalten werden, dass der im Rahmen eines Pilotprojekts ("Assistenzbudget") bereits erprobte Assistenzbeitrag (vgl. E. 2.2) in grundsätzlicher Hinsicht über sämtliche Parteigrenzen hinweg auf praktisch ungeteilte Zustimmung stiess. Das zeigte sich gerade im unumstrittenen Willen, diese neue Leistungsart auch den nicht oder nur beschränkt handlungsfähigen Versicherten zukommen zu lassen, wobei bei den minderjährigen schliesslich selbst der Zusatz "ausnahmsweise" aufgegeben wurde. Zwar lässt sich aufgrund der auch in der Ratsdebatte genannten Beispiele nicht übersehen, dass im Zuge der Gesetzgebung bei den Leistungsempfängern allgemein vorab an jene versicherten Personen gedacht worden sein mag, denen zumindest beschränkte Handlungsfähigkeit zukommt. Dennoch steht mit dem - letztlich unangefochten gebliebenen und auf Gesetzesstufe nicht mit weiteren Kautelen verknüpften - Einbezug der minderjährigen Versicherten fest, dass die Handlungsfähigkeit als taugliches Abgrenzungskriterium zwangsläufig ausser Betracht fallen musste. Fehlt es im Übrigen im Gesetz bereits an der Vorgabe eines Mindestalters - kommt ein Assistenzbeitrag mithin bereits ab Geburt in Frage (Art. 42 Abs. 4 IVG; vgl. auch Art. 42bis Abs. 3 IVG) -, erstaunt es nicht weiter, wenn darüber hinaus auch von jeglichen Versuchen abgesehen wurde, ein zumindest in Teilbereichen zu forderndes Mass an Autonomie oder Eigenverantwortung formell-gesetzlich näher zu umschreiben. Insofern kann Art. 42quater IVG, entgegen dem kantonalen Gericht, nicht zuletzt mit Blick auf die Schwierigkeit einer adäquaten Grenzziehung, auch kein impliziter Gehalt unterstellt werden. Dass im Übrigen anstelle des eigenverantwortlichen Handelns der Versicherten ebenso dasjenige der gesetzlichen Vertretung treten kann, war bereits in der bundesrätlichen Botschaft eingeräumt worden (Botschaft, a.a.O., 1901 f.; vgl. auch Art. 42quinquies lit. a IVG). Schliesslich kann auch aus dem Scheitern des von der (nationalrätlichen) Kommissionsminderheit (Prelicz-Huber u.a.) gestellten Antrags nichts zugunsten der vorinstanzlichen Lesart abgeleitet werden. Dieser Antrag zielte auf eine ersatzlose Streichung des Art. 42quater Abs. 1 lit. c sowie der Abs. 2 und 3 IVG ab; das hätte eine Ausdehnung des Assistenzbeitrags auf sämtliche zu Hause lebenden Hilflosenentschädigungsbezüger erlaubt, ohne dass in diesem Zusammenhang bundesrätliche Konkretisierungen noch möglich gewesen wären, was dann letztlich insbesondere an finanziellen Erwägungen scheiterte.

**5.2.** Aus diesen Ausführungen lässt sich - mit dem BSV - folgern, dass der Bundesrat als Verordnungsgeber gestützt auf Art. 42quater Abs. 3 IVG für die Regelung des Anspruchs auf Assistenzbeitrags minderjähriger Versicherter über einen sehr grossen Gestaltungsspielraum verfügt. Dies ergibt sich insbesondere aus grammatikalischen und gesetzessystematischen Überlegungen und wird - wie gezeigt - auch durch die aus dem Gesetzgebungsprozess gewonnenen Erkenntnisse

keineswegs in Frage gestellt.

**5.3.** Nach dem Erwogenen lässt sich der Vorwurf des kantonalen Gerichts nicht aufrecht halten, dass der Bundesrat als Verordnungsgeber mit der Ausgestaltung von Art. 39a IVV bzw. - genauer - mit der alternativen Anspruchsvoraussetzung gemäss dessen lit. c (vgl. E. 2.1.2 hiervor) den Rahmen der ihm delegierten Befugnisse offensichtlich gesprengt hätte. Entgegen der vorinstanzlichen Annahme ergeben sich aus Art. 42quater IVG für den Assistenzbeitragsanspruch minderjähriger Versicherter weder explizite noch implizite Schranken, weder hinsichtlich Urteilsfähigkeit noch in Bezug auf ein Mindestmass an Autonomie. Von einer fehlenden formellgesetzlichen Grundlage der betreffenden Verordnungsbestimmung kann demnach nicht die Rede sein.

**5.4.** Sodann hat sich die Vorinstanz nicht weiter darüber ausgelassen, dass und weshalb der Verordnungsgeber in anderer Weise (vgl. E. 4.1) gegen die Bundesverfassung verstossen haben könnte. Dies gilt namentlich in Bezug darauf, dass er in Art. 39a lit. c IVV am Intensivpflegezuschlag bzw. einem entsprechenden Pflege- und Überwachungsbedarf anknüpft und dabei einen Mindestaufwand von nicht nur vier (vgl. Art. 39 Abs. 1 IVV), sondern von sechs Stunden verlangt. Eine darin angelegte Verfassungswidrigkeit, sei es eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots (Art. 8 Abs. 1 BV) oder eine solche des Willkürverbots (Art. 9 BV), ist jedenfalls nicht ohne Weiteres ersichtlich (vgl. BGE 142 V 316 E. 6.1.1 S. 323 mit Hinweisen). So gesehen und weil sich der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht auf Grundrechte (Art. 7 - 34 BV) bezieht (Art. 106 Abs. 2 BGG), erübrigen sich Weiterungen in diesem Zusammenhang.

## **6.**

Damit ergibt sich, dass das kantonale Gericht Art. 39a lit. c IVV zu Unrecht als gesetzeswidrig taxiert hat. Da der Beschwerdeführer gemäss vorinstanzlichem Entscheid Anspruch auf Intensivpflegezuschlag für einen Pflege- und Überwachungsbedarf von mindestens sechs Stunden hat, steht ihm auch ein Assistenzbeitrag zu. Das führt zur Gutheissung der Beschwerde.

## **7.**

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend hat die Beschwerdegegnerin die Gerichtskosten zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Dieser Kostenpflicht kann sie sich auch durch Verzicht auf eine Vernehmlassung nicht entziehen (BGE 123 V 156 und 159; Urteil 5A\_932/2016 vom 24. Juli 2017 E. 2.2.4). Der Beschwerdeführer hat Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

### **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

#### **1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 29. Oktober 2018 und die Verfügung der IV-Stelle des Kantons St. Gallen vom 28. Juli 2016 werden aufgehoben und dem Beschwerdeführer wird ein Assistenzbeitrag zugesprochen. Die Sache wird zur entsprechenden Verfügung an die IV-Stelle des Kantons St. Gallen zurückgewiesen.

#### **2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 800.- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

#### **3.**

Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2800.- zu entschädigen.

#### **4.**

Die Sache wird zur Neuverlegung der Kosten und der Parteientschädigung des vorangegangenen Verfahrens an das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen zurückgewiesen.

**5.**

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen und dem Bundesamt für Sozialversicherungen schriftlich mitgeteilt.