

## B 14 AS 54/08 R

Land  
Bundesrepublik Deutschland  
Sozialgericht  
Bundessozialgericht  
Sachgebiet  
Grundsicherung für Arbeitsuchende  
Abteilung  
14  
1. Instanz  
SG Dortmund (NRW)  
Aktenzeichen  
S 27 AS 237/06  
Datum  
14.09.2006  
2. Instanz  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Aktenzeichen  
L 20 AS 112/06  
Datum  
21.04.2008  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 14 AS 54/08 R  
Datum  
02.07.2009  
Kategorie  
Urteil  
Leitsätze

1. Bei gemeinsamer Ausübung des Sorgerechts getrennt lebender Eltern besteht im sozialgerichtlichen Verfahren kein Alleinvertretungsrecht des umgangsberechtigten Elternteils. Bei fehlendem Einvernehmen ist ein Antrag beim Familiengericht auf Übertragung der Entscheidung zu stellen.

2. Wird ein Kind im Laufe des sozialgerichtlichen Verfahrens handlungsfähig, kann es die bisherige Prozessführung genehmigen. Einschränkungen der Handlungsfähigkeit können die Sorgeberechtigten allenfalls gemeinsam erklären.

Die Revision der Klägerin zu 1 gegen das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 21. April 2008 wird zurückgewiesen. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landessozialgerichts aufgehoben, soweit die Beklagte zur Gewährung von Leistungen an die Kläger zu 2 und 3 verurteilt worden ist. Die Berufungen der Kläger zu 2 und 3 werden zurückgewiesen. Hinsichtlich des Klägers zu 4 wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

Gründe:

I

1

Die Beteiligten streiten über Ansprüche auf Regelleistungen der Kläger zu 2 bis 4 für die Zeit ihrer Aufenthalte bei der Klägerin zu 1 im Monat März 2005 sowie über die Höhe der Ansprüche der Klägerin zu 1 auf Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts, insbesondere über einen Anspruch auf Mehrbedarf für Alleinerziehende, für diesen Monat.

2

Die 1962 geborene Klägerin zu 1 ist alleinstehend und geschieden. Aus der geschiedenen Ehe entstammen die am Februar 1996, am August 1998 und am November 1993 geborenen Kinder (Kläger zu 2 bis 4). Die Klägerin zu 1, die sich einer Geschlechtsumwandlung unterzogen hat, ist der Vater der Kläger zu 2 bis 4. Das Sorgerecht wurde im streitbefangenen Zeitraum gemeinsam von ihr und der Kindesmutter ausgeübt. Sowohl die Klägerin zu 1 als auch die Kindesmutter und die Kläger zu 2 bis 4 standen im ersten Halbjahr 2005 im Bezug von Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende bei der Beklagten. Die Kläger zu 2 bis 4 erhielten für den Monat März 2005 unter Berücksichtigung des Kindergeldes (jeweils 154 Euro) und des ihnen gewährten Unterhaltsvorschusses (jeweils 164 Euro) Leistungen in Höhe von 17,14 Euro (Kläger zu 2 und 3) bzw 25,14 Euro (Kläger zu 4).

3

Mit Schreiben vom 9. März 2005 beantragte die Klägerin zu 1 bei der Beklagten höhere Leistungen, weil ihr durch die Besuche der Kläger zu 2 bis 4 ein Mehraufwand entstehe. Die Kinder seien jeweils die Hälfte der Schulferien und an jedem zweiten Wochenende bei ihr. Den Antrag lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 18. März 2005 mit der Begründung ab, dass mit den Kindern weder eine Bedarfs-, noch eine Haushaltsgemeinschaft bestehe. Den Widerspruch hiergegen wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 17. Juni 2005 zurück.

4

Die dagegen von der Klägerin zu 1 erhobene Klage hat das Sozialgericht (SG) Dortmund mit Urteil vom 14. September 2006 abgewiesen. Im

Berufungsverfahren hat das Landessozialgericht (LSG) Nordrhein-Westfalen die Kläger zu 2 bis 4 in das Rubrum aufgenommen. Nachdem die Kläger die Klage auf Leistungen für den Monat März 2005 beschränkt haben, hat das LSG mit Urteil vom 21. April 2008 die Beklagte unter Aufhebung des Bescheids vom 18. März 2005 und des Widerspruchsbescheids vom 17. Juni 2005 verurteilt, den Klägern zu 2 bis 4 für den Monat März 2005 anteilige Regelleistungen "im Sinne von [§ 20 Abs 2 SGB II](#)" für neun Tage zu je 1/30 der Regelleistung zu gewähren. Die Berufung der Klägerin zu 1 hat es zurückgewiesen. Die Kindesmutter hat in der mündlichen Verhandlung vor dem LSG der Klageerhebung durch die Klägerin zu 1 für die Kläger zu 2 bis 4 ausdrücklich ihre Zustimmung versagt. Die Klägerin zu 1 hat zu Protokoll erklärt, sie werde ein familiengerichtliches Verfahren zur Ersetzung der Zustimmung der Kindesmutter nicht anstrengen.

5

Zur Begründung seiner Entscheidung hat das LSG ausgeführt, die Kläger zu 2 bis 4 seien in das Rubrum aufzunehmen gewesen, weil sie mit der Klägerin zu 1 eine zeitweise Bedarfsgemeinschaft bildeten und jedes Mitglied der Bedarfsgemeinschaft einen eigenen Leistungsanspruch habe. Die Kläger zu 2 bis 4 seien allein durch die Klägerin zu 1 gesetzlich vertreten. Die Vertretungsbefugnis ergebe sich aus [§ 1687 Abs 1 Satz 4](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), der im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Bedeutung des Umgangsrechts im Lichte des [Art 6 Abs 1](#) und 2 Grundgesetz (GG) einerseits und die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes ([Art 19 Abs 4 GG](#)) andererseits erweiternd auszulegen sei. Die Kläger zu 2 bis 4 könnten anteilige Regelleistungen beanspruchen, weil sie in der zeitweisen Bedarfsgemeinschaft mit der Klägerin zu 1 lebten und die Leistungen zur Sicherung ihres Lebensunterhalts nicht aus eigenem Einkommen oder Vermögen beschaffen könnten. Die Beklagte habe ihre Leistungsverpflichtung nicht bereits dadurch erfüllt, dass sie den Klägern zu 2 bis 4 in der Bedarfsgemeinschaft mit ihrer Mutter bereits Leistungen erbracht habe. Das Kindergeld sowie der Unterhaltsvorschuss stünden den Klägern zu 2 bis 4 tatsächlich nicht zur Verfügung, um ihren Lebensunterhalt sicherzustellen. Auf die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche gegen die Kindesmutter könnten die Kläger nicht verwiesen werden, weil diese nicht zeitnah durchsetzbar seien. Der Klägerin zu 1 stehe der begehrte Mehrbedarf für Alleinerziehende nicht zu, weil sie die Kläger zu 2 bis 4 in zeitlicher Hinsicht nicht einmal überwiegend betreue und deshalb nicht allein für deren Pflege und Erziehung Sorge. Eine Erhöhung der Regelleistung komme ebenso wenig in Betracht wie ergänzende Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch - Sozialhilfe (SGB XII).

6

Gegen dieses Urteil haben sowohl die Klägerin zu 1 als auch die Beklagte Revision eingelegt. Die Klägerin zu 1 rügt eine Verletzung des [§ 21 Abs 3](#) Sozialgesetzbuch Zweites Buch - Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II). In der Zeit der Anwesenheit der Kläger zu 2 bis 4 entstünden bei ihr in vielen Lebensbereichen höhere Bedarfe, die durch [§ 21 Abs 3 SGB II](#) gerade ausgeglichen werden sollten. Zumindest stehe ihr eine Erhöhung der Regelleistung nach [§ 20 SGB II](#) zu.

7

Sie beantragt, die Urteile des Landessozialgerichts und des Sozialgerichts abzuändern und die Beklagte unter Aufhebung des Bescheids vom 18. März 2005 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 17. Juni 2005 zu verurteilen, der Klägerin zu 1 für den Monat März 2005 Leistungen für den Lebensunterhalt unter Berücksichtigung eines Mehrbedarfs für Alleinerziehende zu gewähren und die Revision der Beklagten zurückzuweisen.

8

Die Beklagte beantragt, 1. das Urteil des Landessozialgerichts zu ändern und die Berufung der Kläger zu 2 bis 4 zurückzuweisen, 2. die Revision der Klägerin zu 1 zurückzuweisen.

9

Sie rügt eine Verletzung des [§ 71 Abs 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) einerseits sowie Verletzungen der [§§ 7, 9, 20](#) und [28 SGB II](#) andererseits. (Klagen und) Berufungen der Kläger zu 2 bis 4 seien bereits unzulässig gewesen, weil sie allein durch die Klägerin zu 1 nicht ordnungsgemäß gesetzlich vertreten gewesen seien. Die Klagen seien auch unbegründet, weil den Klägern zu 2 bis 4 in der Bedarfsgemeinschaft mit der Kindesmutter für den streitigen Zeitraum bereits Leistungen gewährt worden seien. Die Rechtsfigur der zeitweisen Bedarfsgemeinschaft müsse im Hinblick auf die tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten insgesamt zur Überprüfung gestellt werden. Im Übrigen - bezogen auf die Ansprüche der Klägerin zu 1 - sei das Urteil des LSG zutreffend.

II

10

Die zulässige Revision der Klägerin zu 1 ist unbegründet. Die Klägerin zu 1 hat keinen Anspruch auf höhere Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts unter Berücksichtigung eines Mehrbedarfs für Alleinerziehende. Die zulässige Revision der Beklagten ist begründet, soweit sie zur Leistungsgewährung an die Kläger zu 2 und 3 verurteilt worden ist, weil es an deren ordnungsgemäßer Vertretung fehlt. Hinsichtlich der Verurteilung zur Leistungsgewährung an den Kläger zu 4 ist die Revision im Sinne der Aufhebung des Berufungsurteils und der Zurückverweisung der Sache an das LSG begründet ([§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG](#)).

11

1. Streitgegenstand sind Ansprüche der Kläger auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts für den Monat März 2005, die die Beklagte mit Bescheid vom 18. März 2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 17. Juni 2005 abgelehnt hat (zur zeitlichen Beschränkung bei vollständiger Leistungsablehnung vgl [BSGE 97, 265 = SozR 4-4200 § 20 Nr 3](#), jeweils RdNr 19). Die Kläger haben dabei ihr Begehren auf die von der Bundesagentur für Arbeit (BA) zu erbringenden Leistungen (vgl [§ 6 Abs 1 Satz 1 Nr 1 SGB II](#)) für den Lebensunterhalt beschränkt (zur Selbständigkeit der Verfügungen über die von der BA und vom kommunalen Träger zu erbringenden Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts [BSGE 97, 217 = SozR 4-4200 § 22 Nr 1](#), jeweils RdNr 18 ff). Die Mehrbedarfe nach [§ 21 SGB](#)

II sind Bestandteil dieser Leistungen (vgl Bundessozialgericht (BSG), Urteil vom 3. März 2009 - [B 4 AS 50/07 R](#); Spellbrink in Eicher/Spellbrink, SGB II, 2. Aufl 2008, § 19 RdNr 9).

12

2. Ein Anspruch der Klägerin zu 1 auf höhere Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach [§§ 20, 21 SGB II](#) besteht nicht. Nach dem Gesamtzusammenhang der Feststellungen des LSG erfüllt sie die Voraussetzungen des [§ 7 Abs 1 Satz 1](#) iVm [§ 19 Satz 1 SGB II](#).

13

a) Die monatliche Regelleistung der Klägerin zu 1 betrug für den streitigen Monat gemäß [§ 20 Abs 2 Satz 1 SGB II](#) (in der Fassung des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003, [BGBl I 2954](#)) 345 Euro. Eine Erhöhung der Regelleistung des [§ 20 SGB II](#) ist nach dem Konzept des SGB II ausgeschlossen ([BSGE 97, 242](#) = [SozR 4-4200 § 20 Nr 1](#), jeweils RdNr 19 mwN). Ein ergänzender Anspruch nach [§ 73 SGB XII](#) kommt allenfalls für - hier nicht geltend gemachte - Fahrkosten in Betracht (BSG aaO RdNr 21 ff).

14

b) Die Klägerin zu 1 hat keinen Anspruch auf einen Mehrbedarf für Alleinerziehende. Nach [§ 21 Abs 3 SGB II](#) ist für Personen, die mit einem oder mehreren minderjährigen Kindern zusammen leben und allein für deren Pflege und Erziehung sorgen, ein Mehrbedarf anzuerkennen in Höhe von 36 vom Hundert der nach § 20 Abs 2 maßgebenden Regelleistung, wenn sie mit einem Kind unter sieben Jahren oder mit zwei oder drei Kindern unter 16 Jahren zusammen leben (Nr 1) oder in Höhe von 12 vom Hundert der nach § 20 Abs 2 maßgebenden Regelleistung für jedes Kind, wenn sich dadurch ein höherer Vomhundertsatz als nach Nummer 1 ergibt, höchstens jedoch in Höhe von 60 vom Hundert der nach § 20 Abs 2 maßgebenden Regelleistung (Nr 2). Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt.

15

Die Klägerin zu 1 sorgt bereits nicht iS des [§ 21 Abs 3 SGB II](#) allein für die Pflege und Erziehung der Kläger zu 2 bis 4. Dabei kommt es nicht auf das Personensorgerecht iS der [§§ 1626 ff BGB](#) an, sondern auf die tatsächlichen Verhältnisse (vgl Lang/Knickrehm in Eicher/Spellbrink, aaO, § 21 RdNr 30; Münder in LPK-SGB II, 2. Aufl 2007, § 21 RdNr 9). Alleinige Sorge liegt nur vor, wenn bei der Pflege und Erziehung keine andere Person in erheblichem Umfang mitwirkt, insbesondere, wenn der hilfebedürftige Elternteil nicht von dem anderen Elternteil oder Partner nachhaltig unterstützt wird oder wenn eine nachhaltige Entlastung innerhalb des Zeitraums, den das Kind sich bei dem anderen Elternteil aufhält, eintritt (vgl BSG, Urteil vom 3. März 2009 - [B 4 AS 50/07 R](#)). Das entspricht dem aus der Entstehungsgeschichte herzuleitenden Zweck des Mehrbedarfs. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte mit [§ 21 Abs 3 SGB II](#) an die entsprechende Vorschrift im Bundessozialhilfegesetz angeknüpft werden (vgl [BT-Drucks 15/1516 S 57](#)). Dort sah der Gesetzgeber diesen Mehrbedarfszuschlag dadurch gerechtfertigt, dass Alleinerziehende weniger Zeit haben, preisbewusst einzukaufen sowie zugleich höhere Aufwendungen für Kontaktpflege und zur Unterrichtung in Erziehungsfragen tragen müssen ([BT-Drucks 10/3079 S 5](#); kritisch dazu Hannes/Düring in Gagel, SGB II, Stand Juni 2009, § 21 RdNr 20).

16

Der Senat folgt der Rechtsprechung des 4. Senats des BSG, der bereits entschieden hat, dass ausgehend von dieser Zweckbestimmung ein Mehrbedarf für Alleinerziehende in den Fällen, in denen geschiedene und getrenntlebende Elternteile die Pflege und Erziehung der Kinder gemeinsam - wenn auch je für sich - besorgen, nur dann in Betracht kommt, wenn sich die Eltern in größeren, mindestens eine Woche umfassenden Intervallen abwechseln und sich die anfallenden Kosten in etwa hälftig teilen (Urteil vom 3. März 2009 - [B 4 AS 50/07 R](#) - RdNr 16). Bei einem geringeren als hälftigen zeitlichen Anteil steht die Leistung allein dem anderen Elternteil zu (BSG aaO RdNr 22).

17

Diese Mindestvoraussetzungen für den Mehrbedarf nach [§ 21 Abs 3 SGB II](#) erfüllt die Klägerin zu 1 nicht, weil sie im streitgegenständlichen Zeitraum im Rahmen ihres Umgangsrechts die Pflege und Erziehung der Kläger zu 2 bis 4 in erheblich geringerem zeitlichen Umfang ausgeübt hat als die Kindesmutter. Zwar enthält das Urteil des LSG keine Angaben dazu, an welchen konkreten Tagen die Kläger zu 2 bis 4 sich bei der Klägerin zu 1 aufgehalten haben. Immerhin ist aber der Sitzungsniederschrift des LSG zu entnehmen, dass nach den übereinstimmenden Erklärungen der Eltern die Kinder das erste Wochenende im März 2005 sowie die Zeit vom 21. bis 27. März 2005 bei der Klägerin zu 1 verbracht haben. Dementsprechend hat das LSG die Beklagte zu Leistungen für insgesamt neun Kalendertage an die Kläger zu 2 bis 4 verurteilt. Die Klägerin zu 1 hat damit bereits nach eigenem Bekunden in weniger als einem Drittel des streitigen Monatszeitraums allein für die Pflege und Erziehung der Kläger zu 2 bis 4 gesorgt.

18

3. Die Revision der Beklagten ist begründet, soweit das LSG sie zur Leistungsgewährung an die Kläger zu 2 und 3 verurteilt hat, [§ 170 Abs 2 Satz 1 SGG](#). Zwar waren nach dem "Meistbegünstigungsprinzip" grundsätzlich alle an einer Bedarfsgemeinschaft Beteiligten in das Verfahren einzubeziehen (vgl [BSGE 97, 217](#) = [SozR 4-4200 § 22 Nr 1](#), jeweils RdNr 11; ablehnend für das SGB XII: BSG, Urteil vom 24. März 2009 - [B 8 AY 10/07 R](#) - RdNr 18 f). Klagen und Berufungen der Kläger zu 2 und 3 sind jedoch mangels ordnungsgemäßer Vertretung unzulässig gewesen.

19

a) Einer Vertretung der im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem LSG noch 9- und 12-jährigen Kläger zu 2 und 3 hat es bedurft, weil diese nicht selbst prozessfähig iS des [§ 71 Abs 1 und 2 SGG](#) iVm [§§ 104 ff BGB](#) gewesen sind. Ein Beteiligter ist nach [§ 71 Abs 1 SGG](#) prozessfähig, wenn er sich durch Verträge verpflichten kann. Minderjährige sind gemäß [§ 71 Abs 2 Satz 1 SGG](#) in eigenen Sachen

prozessfähig, soweit sie durch Vorschriften des bürgerlichen oder öffentlichen Rechts für den Gegenstand des Verfahrens als geschäftsfähig anerkannt sind. Die Kläger zu 2 und 3 waren nicht nach Vorschriften des öffentlichen Rechts handlungsfähig, weil die sozialrechtliche Handlungsfähigkeit nach [§ 36 Abs 1 Satz 1](#) Sozialgesetzbuch Erstes Buch - Allgemeiner Teil (SGB I) die Vollendung des fünfzehnten Lebensjahres voraussetzt. Nach der bürgerlich-rechtlichen Vorschrift des [§ 107 BGB](#) bedarf der Minderjährige zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters.

20

Die Prozessführung ist für die Kläger zu 2 und 3 nicht lediglich rechtlich vorteilhaft. Die Geltendmachung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II ist bereits deshalb nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, weil eine Leistungsgewährung zum Erlöschen der Forderung führt (vgl für einen Rentenzahlungsanspruch [BSGE 53, 8](#), 9 = [SozR 7610 § 1813 Nr 1](#) S 2; Ellenberger in Palandt, BGB, 68. Aufl 2009, § 107 RdNr 2; Jauernig, BGB, 13. Aufl 2009, § 107 RdNr 4). Ob die Kläger zu 2 und 3 einer Aufhebung und Rückforderung hinsichtlich der Leistungen, die sie in der Bedarfsgemeinschaft mit der Kindesmutter bezogen haben, ausgesetzt wären, kann offen bleiben.

21

Die gesetzliche Vertretung des Kindes erfolgt gemäß [§ 1629 Abs 1 Satz 2 BGB](#) gemeinschaftlich durch die Eltern. Ein Elternteil vertritt das Kind nur dann allein, wenn er die elterliche Sorge allein ausübt oder ihm die Entscheidung nach [§ 1628 BGB](#) übertragen worden ist, [§ 1629 Abs 1 Satz 3 BGB](#). Keine dieser Voraussetzungen für eine Alleinvertretungsbefugnis der Klägerin zu 1 ist hier erfüllt. Die elterliche Sorge für die Kläger zu 2 und 3 wird von der Klägerin zu 1 und der Kindesmutter gemeinsam ausgeübt. Auch eine an sich zulässige Bevollmächtigung des einen durch den anderen Elternteil (vgl dazu Diederichsen in Palandt aaO, § 1629 RdNr 9) oder die nachträgliche Genehmigung vollmachtlosen Handelns kommt hier nicht in Betracht, weil die Kindesmutter der Klageerhebung durch die Klägerin zu 1 für die Kläger zu 2 bis 4 in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich ihre Zustimmung versagt hat.

22

b) Eine Vertretungsbefugnis der Klägerin zu 1 für das gerichtliche Verfahren folgt nicht aus [§ 38 Satz 1 SGB II](#). Danach wird vermutet, dass der erwerbsfähige Hilfebedürftige bevollmächtigt ist, Leistungen auch für die mit ihm in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen zu beantragen und entgegenzunehmen. Die Vermutung erfasst alle Verfahrenshandlungen, die mit der Antragstellung und der Entgegennahme der Leistungen zusammenhängen und der Verfolgung des Antrags dienen, mithin auch die Einlegung eines Widerspruchs ([BSGE 97, 217](#) = [SozR 4-4200 § 22 Nr 1](#), jeweils RdNr 29; kritisch zu dieser weiten Auslegung Pilz in Gagel aaO, § 38 RdNr 16, 17). Sie erstreckt sich aber nicht auf das gerichtliche Verfahren, für das das SGG besondere Regelungen enthält (vgl Link in Eicher/Spellbrink, aaO, § 38 RdNr 24).

23

c) Die Klägerin zu 1 konnte auch nicht in vermuteter Vertretung der Kläger zu 2 und 3 nach [§ 73 Abs 2 SGG](#) Klage erheben. Zwar konnte gemäß [§ 73 Abs 2 Satz 2 SGG](#) in der bis zum 30. Juni 2008 geltenden Fassung bei Ehegatten oder Lebenspartnern und Verwandten in gerader Linie die Bevollmächtigung unterstellt werden. Die Vorschrift ist jedoch bereits deshalb nicht einschlägig, weil sie nur die gewillkürte Stellvertretung ("Bevollmächtigung") betrifft und nicht Fälle der gesetzlichen Vertretung (vgl Keller/Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 8. Aufl 2005, § 73 RdNr 1b). Auf die vom LSG erörterte Frage, ob die Vermutung widerlegt ist, wenn der andere sorgeberechtigte Elternteil der Klageerhebung widerspricht, kommt es daher nicht an.

24

d) Eine Alleinvertretungsbefugnis der Klägerin zu 1 ergibt sich auch nicht aus [§ 1687 Abs 1 Satz 4 BGB](#). Solange sich das Kind mit Einwilligung des Elternteils, bei dem sich das Kind gewöhnlich aufhält, oder auf Grund einer gerichtlichen Entscheidung bei dem anderen Elternteil aufhält, hat dieser danach zwar die Befugnis zur alleinigen Entscheidung in Angelegenheiten der tatsächlichen Betreuung. Diese Befugnis beschränkt sich aber auf tatsächliche Umstände wie die Ernährung, die Bettruhe oder den Fernsehkonsum (vgl Berger in Jauernig, aaO, § 1687 RdNr 4, 5; Finger in Münchener Kommentar, BGB, 5. Aufl 2008, § 1687 RdNr 13); ein Vertretungsrecht abweichend von den allgemeinen Regelungen des [§ 1629 BGB](#) wird dem jeweiligen Elternteil dadurch nicht eingeräumt (vgl Diederichsen in Palandt, BGB, 68. Aufl 2009, § 1687 RdNr 13). Bereits der Wortlaut der Vorschrift: "Angelegenheiten der tatsächlichen Betreuung" schließt eine Entscheidung in rechtlich relevanten Angelegenheiten wie der Einlegung von Rechtsmitteln aus.

25

Dass es sich bei den Befugnissen nach [§ 1687 Abs 1 Satz 4 BGB](#) nur um solche in tatsächlichen Angelegenheiten von geringer (auch wirtschaftlicher) Bedeutung handeln soll, verdeutlicht auch die Systematik der Norm: Während (im Falle gemeinsamer elterlicher Sorge) bei Entscheidungen in Angelegenheiten, deren Regelung für das Kind von erheblicher Bedeutung ist, das gegenseitige Einvernehmen der Eltern erforderlich ist ([§ 1687 Abs 1 Satz 1 BGB](#)), ist bereits der Elternteil, bei dem sich das Kind gewöhnlich aufhält, zur alleinigen Entscheidung nur insoweit befugt, als es um Angelegenheiten des täglichen Lebens geht ([§ 1687 Abs 1 Satz 2 BGB](#)). Das sind nach [§ 1687 Abs 1 Satz 3 BGB](#) in der Regel solche Angelegenheiten, die häufig vorkommen und die keine schwer abzuändernden Auswirkungen auf die Entwicklung des Kindes haben. Hinter diesen Angelegenheiten des täglichen Lebens haben bei systematischer Betrachtung die Angelegenheiten der tatsächlichen Betreuung, über die während der Ausübung des Umgangsrechts zu entscheiden ist, hinsichtlich ihrer Bedeutung eher noch zurückzubleiben (vgl [BT-Drucks 13/4899, S 107](#), 108). Nach Sinn und Zweck der Vorschrift dient die Entscheidungsbefugnis nach [§ 1687 Abs 1 Satz 4 BGB](#) der rechtlichen Absicherung der Erziehungsmaßnahmen des umgangsberechtigten Elternteils während der Ausübung des Umgangsrechts. Um eine solche Angelegenheit handelt es sich bei der Vertretung eines Kindes im sozialgerichtlichen Verfahren aber gerade nicht. Es ist vielmehr in aller Regel eine Angelegenheit von erheblicher Bedeutung iS des [§ 1687 Abs 1 Satz 1 BGB](#) anzunehmen.

26

e) Entgegen der Auffassung des LSG ergibt sich eine Alleinvertretungsbefugnis der Klägerin zu 1 auch nicht aus einer verfassungskonformen

Erweiterung des [§ 1687 Abs 1 Satz 4 BGB](#) im Lichte des [Art 6 GG](#). Nach [Art 6 Abs 1 GG](#) stehen Ehe und Familie unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung und [Art 6 Abs 2 Satz 1 GG](#) statuiert das Recht und die Pflicht der Eltern, ihr Kind zu pflegen und zu erziehen (vgl [BVerfGE 107, 104](#), 117). Das LSG verkennt bereits, dass auch die Kindesmutter aus [Art 6 Abs 2 Satz 1 GG](#) berechtigt und verpflichtet ist. Ihrer Sorgeberechtigung und -verpflichtung kommt auch verfassungsrechtlich das gleiche Gewicht zu wie derjenigen der Klägerin zu 1. Es kann offen bleiben, ob eine Erweiterung einfachgesetzlicher familienrechtlicher Vorschriften über die gesetzliche Vertretung entgegen der unter Berücksichtigung von Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Gesamtzusammenhang und Zweck des Gesetzes gewonnenen Deutung im Wege der verfassungskonformen Auslegung zulässig wäre (vgl [BVerfGE 119, 247](#), 274; [118, 212](#), 234 mwN). Jedenfalls bedarf es einer solchen Erweiterung zur Durchsetzung des verfassungsrechtlich geschützten Umgangsrechts (grundlegend hierzu zuletzt BVerfG, [NJW 2008, 1287](#) ff) nicht. Es stehen vielmehr familienrechtliche Instrumentarien zur Verfügung, die einerseits eine Berücksichtigung der Belange aller familienrechtlich Beteiligten gewährleisten, andererseits aber ggf auch eine Durchsetzung der grundsicherungsrechtlichen Ansprüche der Kläger zu 2 und 3 gegen den Willen der Kindesmutter zulassen. Aus diesem Grund scheidet auch eine Verletzung des Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz nach [Art 19 Abs 4 Satz 1 GG](#) aus.

27

Die Klägerin zu 1 hat die Möglichkeit, eine gerichtliche Entscheidung nach [§ 1628 Satz 1 BGB](#) herbeizuführen. Danach kann das Familiengericht auf Antrag eines Elternteils die Entscheidung einem Elternteil übertragen, wenn sich die Eltern in einer einzelnen Angelegenheit oder in einer bestimmten Art von Angelegenheiten der elterlichen Sorge, deren Regelung für das Kind von besonderer Bedeutung ist, nicht einigen können. Der Elternteil, dem die Entscheidung nach [§ 1628 BGB](#) übertragen ist, vertritt gemäß [§ 1629 Abs 1 Satz 3 BGB](#) das Kind allein. Auf diese Weise kann auch im laufenden (fach-)gerichtlichen Verfahren die mangels Einvernehmens der sorgeberechtigten Eltern fehlende gesetzliche Vertretung nur durch ein Elternteil hergestellt werden. In diesem gerichtlichen Verfahren ist die Durchsetzung der materiellen Grundrechtspositionen der Beteiligten sicherzustellen (vgl zu diesem Erfordernis BVerfG, [NJW 2008, 1287](#), 1292). Dass eine zeitnahe Entscheidung ergeht, kann ggf im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes sichergestellt werden (vgl dazu Roth, Die Reform der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch das FamFG, JZ 2009, 585, 588).

28

f) Waren die Kläger zu 2 und 3 damit im gerichtlichen Verfahren nicht ordnungsgemäß vertreten, waren ihre Rechtsmittel unzulässig. Zwar darf im sozialgerichtlichen Verfahren die Klage grundsätzlich nicht ohne Weiteres wegen Prozessunfähigkeit des Klägers als unzulässig abgewiesen werden. Stellt sich die Prozessunfähigkeit heraus, ist vielmehr eine Frist zu setzen für den Eintritt eines (ordnungsgemäßen) gesetzlichen Vertreters oder beim Fehlen eines gesetzlichen Vertreters ein besonderer Vertreter nach [§ 72 SGG](#) zu bestellen (vgl [BSGE 5, 176](#), 178; [BSGE 91, 146](#) = [SozR 4-1500 § 72 Nr 1](#) S 3, jeweils RdNr 8). Damit soll im Interesse des Prozessunfähigen Gelegenheit gegeben werden, die Zulässigkeit des Rechtsmittels herbeizuführen. Eine solche Situation ist hier jedoch bereits deshalb nicht gegeben, weil die Kläger zu 2 und 3 gesetzliche Vertreter haben, zwischen denen lediglich keine Einigkeit besteht. Selbst wenn man aber auch in einem solchen Fall eine Fristsetzung grundsätzlich für erforderlich hält, kann hiervon jedenfalls dann abgesehen werden, wenn - wie hier auf Grund der Erklärung der Klägerin zu 1 - feststeht, dass die erforderliche Zustimmung nicht herbeigeführt wird. Die Mutter der Kläger zu 2 und 3 hat vor dem LSG ausdrücklich zu Protokoll erklärt, dass sie einer Klageerhebung nicht zustimmt, die Klägerin zu 1 hat ihrerseits erklärt, dass sie ein Verfahren nach [§ 1628 BGB](#) nicht durchführen will. In dieser Konstellation kommt eine Fristsetzung zur Herbeiführung eines Einvernehmens oder einer familiengerichtlichen Entscheidung nicht mehr in Betracht.

29

4. Ob die Prozessfähigkeit des Klägers zu 4 ebenso zu beurteilen ist, kann der Senat nicht abschließend entscheiden. Der Senat hält es für unzulässig, insofern in der Revisionsinstanz die erforderlichen Prozessklärungen herbeizuführen, zumal es auch an den notwendigen Feststellungen für eine Sachentscheidung fehlt. Der Kläger zu 4 hat mittlerweile das 15. Lebensjahr vollendet und ist somit handlungsfähig nach [§ 36 Abs 1 SGB I](#) geworden (vgl dazu Coester, Zur sozialrechtlichen Handlungsfähigkeit des Minderjährigen, FamRZ 1985, 982 ff). Er hat damit die Möglichkeit, die bisherige Prozessführung zu genehmigen. Der Mangel der Prozessunfähigkeit kann grundsätzlich auch noch im Revisionsverfahren mit Wirkung für die Vorinstanzen geheilt werden (vgl [BSGE 76, 178](#), 181 = [SozR 3-4100 § 58 Nr 7](#) S 30 f; Leitherer in Meyer-Ladewig, SGG, 9. Aufl 2008, § 71 RdNr 8e). Da nach [§ 36 Abs 1 Satz 2 SGB I](#) der Leistungsträger den gesetzlichen Vertreter über die Antragstellung und die erbrachten Sozialleistungen unterrichten soll, wäre hier aber im Fall einer Genehmigung eine entsprechende Information der Kindesmutter erforderlich. Durch schriftliche Erklärung nach [§ 36 Abs 2 Satz 1 SGB I](#) gegenüber dem Gericht könnte die Handlungsfähigkeit des Klägers zu 4 wieder eingeschränkt werden (vgl Leitherer, aaO, § 71 RdNr 5a; Wagner in Hennig, SGG, Stand: Februar 2009, § 71 RdNr 35). Allerdings würde hierzu nicht allein eine Erklärung der Kindesmutter ausreichen, es bedürfte vielmehr einer gemeinsamen Erklärung der Sorgeberechtigten. Auch hier kommt aber im Konfliktfall ein Verfahren nach [§ 1628 BGB](#) in Betracht, für dessen Einleitung das LSG Gelegenheit geben müsste (vgl Mrozynski, SGB I, 3. Aufl 2003, § 36 RdNr 15). Die Erklärung der Kindesmutter im Termin vor dem LSG lässt noch keinen Schluss zu, ob auch eine Einschränkung der mittlerweile eingetretenen Handlungsfähigkeit angestrebt wird. Zu diesem Zeitpunkt bestand noch keine Handlungsfähigkeit iS des [§ 36 SGB I](#), sodass auch keine Entscheidung darüber getroffen werden konnte, ob einer selbständigen Prozessführung durch den Kläger zu 4 entgegengetreten wird.

30

a) Für den Fall einer wirksamen Genehmigung der bisherigen Prozessführung ist das LSG dem Grunde nach zu Recht vom Bestehen einer zeitweisen Bedarfsgemeinschaft zwischen der Klägerin zu 1 und dem Kläger zu 4 iS des [§ 7 Abs 3 SGB II](#) ausgegangen. Ebenfalls zu Recht hat es ausgeführt, dass ein möglicher Anspruch nicht bereits durch Leistungen für die Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft mit der Kindesmutter erfüllt worden ist.

31

Die Regelung des [§ 7 Abs 3 Nr 4 SGB II](#) verlangt schon nach ihrem Wortlaut ("dem Haushalt angehörend") kein dauerhaftes "Leben" der unverheirateten Kinder im Haushalt des erwerbsfähigen Hilfebedürftigen, wie es etwa für andere Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft in den Tatbeständen des [§ 7 Abs 3 Nr 2](#) und 3 SGB II vorausgesetzt wird. Es genügt vielmehr ein dauerhafter Zustand in der Form, dass die Kinder

mit einer gewissen Regelmäßigkeit länger als einen Tag bei einem Elternteil wohnen, also nicht nur sporadische Besuche vorliegen. Diese Auslegung des [§ 7 Abs 3 Nr 4 SGB II](#), die eine SGB-II-immanente Lösung des Problems der Umgangskosten sicherstellt und der Lösung des SGB XII in dessen § 28 Abs 1 Satz 2 nahe kommt, ist angesichts der besonderen Förderungspflicht des Staates nach [Art 6 Abs 1 GG](#) geboten ([BSGE 97, 242, 252](#) = [SozR 4-4200 § 20 Nr 1](#), jeweils RdNr 27; kritisch Münder, Die Kosten des Umgangsrechts im SGB II und SGB XII, NZS 2008, 617, 621 ff). Diesen Voraussetzungen genügt die zwischen der Klägerin zu 1 und der Kindesmutter getroffene und auch tatsächlich umgesetzte Umgangsregelung, der zufolge die Kläger zu 2 bis 4 sich vierzehntägig an den Wochenenden sowie jeweils für die Hälfte der Schulferien im Haushalt der Klägerin zu 1 aufhalten.

32

Das LSG wird ggf festzustellen haben, für welche Tage (vgl zur erforderlichen Dauer des Aufenthalts in der temporären Bedarfsgemeinschaft Senatsurteil vom 2. Juli 2009 - [B 14 AS 75/08 R](#)) dem Kläger zu 4 für den Monat März 2005 in Bezug auf die zeitweise Bedarfsgemeinschaft mit der Klägerin zu 1 Leistungen zustehen. Nicht festgestellt ist bislang, ob die zeitweise Bedarfsgemeinschaft, wie vom LSG angenommen, im Monat März 2005 tatsächlich für insgesamt neun Tage bestanden hat. Das LSG wird dabei zu berücksichtigen haben, dass Leistungen gemäß [§ 37 Abs 2 Satz 1 SGB II](#) nicht für Zeiten vor der Antragstellung erbracht werden können (zur Bedeutung der Antragstellung vgl Urteile des Senats vom 30. Juli 2008, insbesondere [B 14 AS 26/07 R](#)). Ausgehend davon kommt eine Verurteilung der Beklagten zur Gewährung von Leistungen für neun Tage nur in Betracht, wenn alle neun Aufenthaltstage des Klägers zu 4 bei der Klägerin zu 1 im März 2005 nach der Antragstellung am 9. März 2005 gewesen sind. Zweifel bestehen hieran deshalb, weil die Kläger zu 2 bis 4 in der mündlichen Verhandlung Leistungen "für das erste Wochenende Monat März 2005" beantragt haben, das kalendermäßig die Zeit vom 4. März bis 6. März 2005 umfasste.

33

b) Zutreffend ist das LSG davon ausgegangen, dass im Rahmen der zeitweisen Bedarfsgemeinschaft das der Kindesmutter für den Kläger zu 4 gewährte Kindergeld nicht als Einkommen iS des [§ 11 Abs 1 SGB II](#) berücksichtigt werden kann. Eine anteilige Zurechnung des Kindergeldes zu den Kindern kommt auch nach [§ 11 Abs 1 Satz 3 SGB II](#) in der hier maßgeblichen Fassung (aF) des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003 ([BGBl I 2954](#)) nicht in Betracht (vgl dazu Urteil des Senats vom 2. Juli 2009 - [B 14 AS 75/08 R](#)). Alleinige Anspruchsinhaberin ist hier die Kindesmutter als diejenige Person, die den Kläger zu 4 in ihren Haushalt aufgenommen hat, [§§ 62 Abs 1, 63 Abs 1 Satz 1 Nr 1, 64 Abs 2 Satz 1](#) Einkommensteuergesetz. Dort führt das Kindergeld ggf zu einer Minderung des Anspruchs des Kindes.

34

c) Als Einkommen des Klägers zu 4 iS des [§ 11 Abs 1 Satz 1 SGB II](#) ist hingegen der für ihn gezahlte Unterhaltsvorschuss anteilig zu berücksichtigen. Insofern ist anders als beim Kindergeld anspruchsberechtigt nach § 1 Abs 1 Unterhaltsvorschussgesetz nicht die Kindesmutter, sondern der Kläger zu 4 selbst.

35

Das LSG wird ggf auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben.

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2010-01-07