

## Fachliche Hinweise zu § 38 SGB II - Weisung

### Wesentliche Änderungen

#### **Fassung vom 20.05.2011:**

- Rz. 38.11: Grundlegende Überarbeitung aufgrund des Gesetzes zur Ermittlung von Regelbedarfen und Änderung des Zweiten und Zwölften Buches Sozialgesetzbuch
- Redaktionelle Überarbeitung der Randzeichen ab Rz. 38.11

#### **Fassung vom 22.03.2010:**

- Rz. 38.12: Redaktionelle Überarbeitung der Rechtsbehelfsbelehrung

#### **Fassung vom 17.04.2007:**

- Rz. 38.3 – 38.5: Vertretung betrifft nur die Antragstellung und die Entgegennahme der Leistung, ist nicht umfassend
- Rz. 38.10: Bei Ausscheiden des bisherigen Bevollmächtigten Nachfrage bei den bisher Vertretenen erforderlich
- Rz. 38.11 – 38.12: Widerspruch durch vermuteten Bevollmächtigten oder betroffene Person der Bedarfsgemeinschaft möglich

#### **Fassung vom 12.01.2005:**

- Rz. 38.6: Nachfrage bei Vertretenen in Fällen des § 23 Abs. 2 SGB II

**§ 38****Vertretung der Bedarfsgemeinschaft**

(1) Soweit Anhaltspunkte nicht entgegenstehen, wird vermutet, dass die oder der erwerbsfähige Leistungsberechtigte bevollmächtigt ist, Leistungen nach diesem Buch auch für die mit ihm in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen zu beantragen und entgegenzunehmen. Leben mehrere erwerbsfähige Leistungsberechtigte in einer Bedarfsgemeinschaft, gilt diese Vermutung zugunsten der Antrag stellenden Person.

(2) Für Leistungen an Kinder im Rahmen der Ausübung des Umgangsrechts hat die umgangsberechtigte Person die Befugnis, Leistungen nach diesem Buch zu beantragen und entgegenzunehmen, soweit das Kind dem Haushalt angehört.

**§ 13 SGB X****Bevollmächtigte und Beistände**

(1) Ein Beteiligter kann sich durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen. Die Vollmacht ermächtigt zu allen das Verwaltungsverfahren betreffenden Verfahrenshandlungen, sofern sich aus ihrem Inhalt nicht etwas anderes ergibt. Der Bevollmächtigte hat auf Verlangen seine Vollmacht schriftlich nachzuweisen. Ein Widerruf der Vollmacht wird der Behörde gegenüber erst wirksam, wenn er ihr zugeht.

(2) Die Vollmacht wird weder durch den Tod des Vollmachtgebers noch durch eine Veränderung in seiner Handlungsfähigkeit oder seiner gesetzlichen Vertretung aufgehoben; der Bevollmächtigte hat jedoch, wenn er für den Rechtsnachfolger im Verwaltungsverfahren auftritt, dessen Vollmacht auf Verlangen schriftlich beizubringen.

(3) Ist für das Verfahren ein Bevollmächtigter bestellt, muss sich die Behörde an ihn wenden. Sie kann sich an den Beteiligten selbst wenden, soweit er zur Mitwirkung verpflichtet ist. Wendet sich die Behörde an den Beteiligten, muss der Bevollmächtigte verständigt werden. Vorschriften über die Zustellung an Bevollmächtigte bleiben unberührt.

(4) Ein Beteiligter kann zu Verhandlungen und Besprechungen mit einem Beistand erscheinen. Das von dem Beistand Vorgetragene gilt als von dem Beteiligten vorgebracht, soweit dieser nicht unverzüglich widerspricht.

(5) Bevollmächtigte und Beistände sind zurückzuweisen, wenn sie geschäftsmäßig fremde Rechtsangelegenheiten besorgen, ohne dazu befugt zu sein. Befugt im Sinne des Satzes 1 sind auch die in § 73 Abs. 6 Satz 3 des Sozialgerichtsgesetzes bezeichneten Personen, sofern sie kraft Satzung oder Vollmacht zur Vertretung im Verwaltungsverfahren ermächtigt sind.

(6) Bevollmächtigte und Beistände können vom Vortrag zurückgewiesen werden, wenn sie hierzu ungeeignet sind; vom mündlichen Vortrag können sie nur zurückgewiesen werden, wenn sie zum sachgemäßen Vortrag nicht fähig sind. Nicht zurückgewiesen wer-

den können Personen, die zur geschäftsmäßigen Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten befugt sind.

(7) Die Zurückweisung nach den Absätzen 5 und 6 ist auch dem Beteiligten, dessen Bevollmächtigter oder Beistand zurückgewiesen wird, schriftlich mitzuteilen. Verfahrenshandlungen des zurückgewiesenen Bevollmächtigten oder Beistandes, die dieser nach der Zurückweisung vornimmt, sind unwirksam.

**Inhaltsverzeichnis**

1. **Umfang der gesetzlichen Bevollmächtigungsvermutung**
2. **Selbständige Interessenwahrnehmung einzelner Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft und Wechsel des Bevollmächtigten**
3. **Temporäre Bedarfsgemeinschaft (§ 38 Abs. 2)**
  - 3.1 **Anwendungsvoraussetzungen**
  - 3.2 **Anwendungsfolgen**
4. **Widerspruch**

## 1. Umfang der gesetzlichen Bevollmächtigung

(1) Aus Gründen der Verwaltungspraktikabilität und Verwaltungsökonomie enthält diese Vorschrift die gesetzliche Vermutung der Bevollmächtigung einer erwerbsfähigen leistungsberechtigten Person (bei mehreren erwerbsfähigen leistungsberechtigten Personen des tatsächlichen Antragstellers) für die Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft. Hiermit soll verhindert werden, dass dem Träger eine Vielzahl von Ansprechpartnern einer Bedarfsgemeinschaft gegenübersteht.

### **Gesetzliche Vermutung (38.1)**

(2) Die Vermutung kann auf Seiten des Vertreters nur zugunsten einer erwerbsfähigen leistungsberechtigten Person eingreifen. Auch auf Seiten des über § 38 Vertretenen gilt die Vermutung einer Bevollmächtigung nur für eine gem. § 36 SGB I sozialrechtlich handlungsfähige Person. Die Bestimmungen des § 36 SGB I gelten entsprechend. Minderjährige Kinder, die noch nicht sozialrechtlich handlungsfähig sind, werden durch ihre gesetzlichen Vertreter, i. d. R. die Eltern, vertreten; der begrenzten (siehe dazu Rz. 38.4) Bevollmächtigungsvormutung des § 38 bedarf es in diesen Fällen nicht.

### **Anforderungen an Vertreter und an Vertretenen (38.2)**

(3) Liegen die Voraussetzungen der gesetzlichen Vermutung vor und sind entgegenstehende Anhaltspunkte nicht ersichtlich, bewirkt dies nur eine Vertretungsbefugnis; an der Stellung des einzelnen Mitglieds der Bedarfsgemeinschaft als Inhaber des Leistungsanspruchs und als Beteiligtem des Verfahrens ändert sich dadurch nichts. Das einzelne Mitglied der Bedarfsgemeinschaft bleibt weiterhin Träger der Rechte und Pflichten nach dem SGB II. Inhaltlich sind die Bewilligungsbescheide daher immer an den jeweils Betroffenen zu richten. Ein Verwaltungsakt muss zweifelsfrei erkennen lassen, für welche Person er eine Regelung enthält. Das einzelne Mitglied der Bedarfsgemeinschaft bleibt auch Verfahrensbeteiligter und ist zur Mitwirkung gem. § 60 SGB I verpflichtet. Soweit die gesetzliche Vermutung eingreift, hat die erwerbsfähige leistungsberechtigte Person bzw. der tatsächliche Antragsteller die Stellung eines Bevollmächtigten in entsprechender Anwendung der Grundsätze des § 13 SGB X.

### **Wirkung der gesetzlichen Vermutung (38.3)**

(4) Die gesetzliche Vermutung einer Bevollmächtigung bezieht sich auf die Antragstellung und Entgegennahme von Leistungen nach dem SGB II; nur insoweit gilt die erwerbsfähige leistungsberechtigte Person bzw. der tatsächliche Antragsteller als vertretungsbefugt. Adressat der Bewilligungsbescheide für alle Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft ist deshalb der vermutet Bevollmächtigte. Dagegen sind alle sonstigen Verwaltungsakte (insbesondere Aufhebungs- und Rückforderungsbescheide, Sanktions- und Aufrechnungsbescheide) nicht nur inhaltlich, sondern auch in der Adressierung ausschließlich an das jeweils betroffene Mitglied der Bedarfsgemeinschaft zu richten, es sei denn, eine Vertretungsbefugnis ergibt sich aus anderen Gründen (z. B. aus der gesetzlichen Vertretungsmacht der Eltern für ihre minderjährigen Kinder); der Bevollmächtigte nach § 38 ist hierüber zu informieren.

### **Umfang der gesetzlichen Vermutung (38.4)**

(5) Die Rückabwicklung zu Unrecht erbrachter Leistungen muss in den jeweiligen Leistungsverhältnissen erfolgen, d. h. für jedes Mitglied der Bedarfsgemeinschaft ist gesondert zu prüfen, ob und in welcher Höhe der jeweilige Bewilligungsbescheid aufzuheben und die überzahlten Leistungen zu erstatten sind. Es sind daher individuelle Aufhebungs- und Rückforderungsentscheidungen für jeden Leistungsempfänger zu treffen. Die entsprechenden Bescheide sind an den jeweiligen Erstattungspflichtigen zu adressieren. Aufhebungs- und Rückforderungsbescheide gegenüber minderjährigen Kindern, sind an ein Elternteil als gesetzlichem Vertreter (§ 1629 BGB) bekannt zu geben. Keinesfalls kann von nur einem Mitglied der Bedarfsgemeinschaft, etwa dem vermutet Bevollmächtigten im Rahmen der Antragstellung und Auszahlung, Erstattung des gesamten an die Bedarfsgemeinschaft zuviel gewährten Betrags verlangt werden. Jedes Mitglied der Bedarfsgemeinschaft haftet nur für den auf es entfallenden Anteil der zu Unrecht gewährten Leistung; eine gesamtschuldnerische Haftung ist ausgeschlossen.

**Rückforderung zu Unrecht erbrachter Leistungen (38.5)**

## **2. Selbständige Interessenwahrnehmung einzelner Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft und Wechsel des Bevollmächtigten**

(1) Die gesetzliche Vermutung einer Bevollmächtigung der erwerbsfähigen leistungsberechtigten Person bzw. des Antragstellers ist widerlegbar. Sie greift nicht ein, wenn entgegenstehende Anhaltspunkte vorliegen. Wann solche Anhaltspunkte gegeben sind, hängt von den Umständen des konkreten Einzelfalls ab. Die Bevollmächtigungsvermutung ist jedenfalls widerlegt, wenn ein Mitglied der Bedarfsgemeinschaft gegenüber dem Träger erklärt, seine Interessen selbst wahrnehmen zu wollen. Zu Nachweiszwecken ist die Erklärung schriftlich zu dokumentieren.

**Selbständige Interessenwahrnehmung (38.6)**

(2) Ein Mitglied der Bedarfsgemeinschaft kann seine Interessen nur dann selbständig wahrnehmen, wenn es gemäß § 36 SGB I sozialrechtlich handlungsfähig ist. Die Bestimmungen des § 36 SGB I gelten entsprechend.

**Voraussetzung: sozialrechtliche Handlungsfähigkeit gem. § 36 SGB I (38.7)**

(3) Soll die Leistung für den Regelbedarf des Bevollmächtigten gemäß § 24 Abs. 2 als Sachleistung erbracht werden (siehe Hinweise zu § 24), ist bei den Vertretenen von Amts wegen nachzufragen, ob diese ihre Interessen selbst wahrnehmen wollen.

**Nachfrage bei Vertretenen (38.8)**

(4) Ist die Bevollmächtigungsvermutung widerlegt, sind die Leistungsansprüche für jedes nicht vertretene Mitglied separat zu bescheiden und zu überweisen. Aus dem Bescheid an den bisher Bevollmächtigten muss hervorgehen, dass Leistungen an Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft künftig direkt an diese überwiesen werden.

**Separate Berechnung der Leistungsansprüche (38.9)**

(5) Scheidet der vermutet Bevollmächtigte aus der Bedarfsgemeinschaft aus, gilt die Bevollmächtigungsvermutung für die verbleibende erwerbsfähige leistungsberechtigte Person. Gehören weiterhin mehrere erwerbsfähige leistungsberechtigte Personen zur Bedarfsgemeinschaft und führt keiner von ihnen von sich aus das Antragsverfahren fort, ist bei diesen Mitgliedern der Bedarfsgemeinschaft nachzufragen, ob einer von ihnen, und ggf. wer, die Vertretung der übrigen Mitglieder übernimmt.

**Ausscheiden des Bevollmächtigten aus der Bedarfsgemeinschaft (38.10)**

### 3. Temporäre Bedarfsgemeinschaft (§ 38 Abs. 2)

(1) Die Regelung normiert für umgangsberechtigte Personen (z.B. ein Elternteil, das das Umgangsrecht wahrnimmt), die Befugnis, die Bewilligung von Leistungen nach dem SGB II für sein Kind an sich zu beantragen und diese entgegenzunehmen. Durch die Regelung soll der umgangsberechtigten Person die Ausübung des Umgangsrechts ermöglicht werden.

**Ermöglichung des Umgangsrechts in der Grundsicherung (38.11)**

(2) Die umgangsberechtigte Person, die das Sorgerecht nicht inne hat, war bislang grundsätzlich nicht vertretungsbefugt und konnte damit keinen Antrag auf Leistungen nach dem SGB II für das Kind stellen.

**Schaffung einer Antragsbefugnis (38.12)**

#### 3.1 Anwendungsvoraussetzungen

(1) Voraussetzung ist der Aufenthalt von minderjährigen Kindern aus Gründen des Umgangsrechts. Zum Wohl des Kindes gehört in der Regel der Umgang mit beiden Elternteilen (§ 1626 Abs. 3 S.1 BGB). Das Kind hat das Recht auf Umgang mit jedem Elternteil; jeder Elternteil ist zum Umgang mit dem Kind verpflichtet und berechtigt (§ 1684 Abs. BGB). Das Umgangsrecht gibt dem berechtigten Elternteil in erster Linie die Befugnis, das Kind in regelmäßigen Abständen zu sehen und zu sprechen. Das Umgangsrecht kann vereinbart oder gerichtlich bestimmt sein. Die Ausübung des Umgangsrechts kann in vielfältiger Form erfolgen: Vom „Wechselmodell“ (das Kind ist die Hälfte der Zeit bei der umgangsberechtigten Person) bis hin zum Aufenthalt an Wochenenden und in den Ferien sind viele Varianten denkbar. In allen diesen Fällen besteht ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II für die Kinder entsprechend der Dauer des Aufenthalts.

**Ausübung des Umgangsrecht (38.13)**

(2) Die umgangsberechtigte Person muss betroffen sein. Umgangsberechtigte Personen sind grundsätzlich die Eltern (§ 1684 BGB). Eltern im Sinne des § 1684 BGB sind nur die gesetzlich legitimierten Eltern (BVerfG Beschluss vom 09.04.2003 – Aktenzeichen: 1 BvR 1493/96, 1 BvR 1724/01), also auch der durch Anerkennung oder Statusurteil festgestellte Vater.

**Umgangsberechtigte Person (38.14)**

(3) Das Kind muss dem Haushalt angehören und eine „temporäre Bedarfsgemeinschaft“ mit dem umgangsberechtigten Elternteil bilden. Diese liegt mit jedem Tag vor, an dem sich das Kind überwiegend beim umgangsberechtigten Elternteil aufhält. Dafür ist regelmäßig ausschlaggebend, wo sich das Kind länger als 12 Stunden bezogen auf den Kalendertag aufhält und der Besuch des Kindes nicht nur sporadisch ist (Urteile des BSG vom 07.11.06 – Aktenzeichen B 7b AS 14/06 R und vom 02.07.2009 – Aktenzeichen B 14 AS 75/08 R).

**Temporäre Bedarfsgemeinschaft als Anwendungsbereich (38.15)**

#### 3.2 Anwendungsfolgen

(1) Die Regelung schafft eine Antragsbefugnis und Empfangsberechtigung für Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende. Mit der Antragsbefugnis ist die umgangsberechtigte Person zu allen Verfahrenshandlungen berechtigt, die der Verfolgung des Anspruches dienen, einschließlich des Widerspruches. Nicht erfasst von

**Antrags- und Empfangsbefugnis (38.16)**

der hier normierten Vertretungsbefugnis ist hingegen ein sich anschließendes Klageverfahren. Dies gilt auch für Umgangsberechtigte, die kein Sorgerecht inne haben.

(2) Für die Zeit, in der die temporäre BG gebildet wird, ist die jeweilige Grundsicherungsstelle an dem Ort zuständig, an dem die umgangsberechtigte Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat (vgl. § 36).

(3) § 38 Abs. 2 findet analoge Anwendung auf temporäre Bedarfsgemeinschaften, die aufgrund von Maßnahmen der Jugendhilfe oder der Eingliederungshilfen für behinderte Menschen (vgl. FH zu § 7) bei Aufhalten der Kinder bei ihren Eltern entstehen. Auch in diesen Fällen sind die Eltern berechtigt, für die Zeit des Aufenthalts der Kinder bei ihnen Leistungen nach dem SGB II zu beantragen und zu empfangen sowie alle Verfahrenshandlungen, die mit der Antragstellung und der Entgegennahme der Leistungen zusammenhängen und der Verfolgung des Antrags dienen, durchzuführen.

**Örtliche Zuständigkeit  
(38.17)**

**Maßnahmen der Jugendhilfe/  
Eingliederungshilfe für behinderte Menschen  
(38.18)**

#### **4. Widerspruch**

(1) Widerspruch muss von jedem einzelnen Mitglied der Bedarfsgemeinschaft, soweit es von dem Bescheid betroffen ist, eingelegt werden. Die Rechtsbehelfsbelehrung ist entsprechend abzufassen (siehe Rz. 38.12). § 38 ist jedoch nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (Urt. v. 7.11.2006, Az. 7b AS 8/06 R) dahingehend auszulegen, dass die vermutete Bevollmächtigung alle Verfahrenshandlungen erfasst, die mit der Antragstellung und der Entgegennahme der Leistungen zusammenhängen und der Verfolgung des Antrags dienen, also auch die Einlegung des Widerspruchs. Erhebt der nach § 38 vermutete Bevollmächtigte Widerspruch gegen einen Bewilligungsbescheid und sind entgegenstehende Anhaltspunkte nicht ersichtlich, ist der Rechtsbehelf deshalb dahingehend auszulegen, dass Widerspruch auch im Namen der anderen Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft eingelegt wird, soweit diese betroffen sind und es insgesamt der Verfolgung des Begehrens dient. Legt ein anderes Mitglied der Bedarfsgemeinschaft den Rechtsbehelf ein, ist eine gesonderte Bevollmächtigung erforderlich; eine Vollmachtssurkunde ist beizufügen.

**Widerspruchsführer  
(38.19)**

(2) Betrifft eine Entscheidung nur eine Person der Bedarfsgemeinschaft (z. B. individueller Aufhebungs- und Erstattungsbescheid oder Sanktionsbescheid), so kann auch nur diese gegen die Entscheidung Widerspruch einlegen; die Bevollmächtigungsvermutung des § 38 greift nicht ein.

(3) Die Rechtsbehelfsbelehrung ist folgendermaßen abzufassen:

„Gegen diesen Bescheid kann jeder Betroffene oder ein von diesem bevollmächtigter Dritter innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe Widerspruch erheben. Für Minderjährige oder nicht geschäftsfähige Personen handelt deren gesetzlicher Vertreter. Der Widerspruch ist schriftlich oder zur Niederschrift bei der im Briefkopf genannten Stelle einzulegen.“

**Rechtsbehelfsbelehrung  
(38.20)**