

**OVG Hamburg**  
**19.1.2009**  
**1 Bf 69/05**

**Das Einkommen der Referendare aus Nebentätigkeit darf auch dann auf ihre Unterhaltsbeihilfe angerechnet werden, wenn das unterhaltspflichtigen Referendaren verbleibende Nettoeinkommen das steuerrechtliche Existenzminimum unterschreitet. Der Verordnungsgeber muss den Freibetrag angesichts des geringen Anteils unterhaltspflichtiger Referendare nicht nach der Zahl der Kinder staffeln.**

### **Tatbestand**

Der Kläger wendet sich dagegen, dass die Beklagte sein Gehalt als wissenschaftlicher Mitarbeiter bis auf einen Freibetrag von 500 Euro auf seine Unterhaltsbeihilfe für Referendare angerechnet hat und begehrt Nachzahlungen.

Der Kläger befand sich vom 3. Februar 2003 bis zum 30. März 2005 bei der Beklagten in einem öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis als Rechtsreferendar. Er ist verheiratet; aus der Ehe sind eine im Oktober 2000 geborene Tochter und ein im Januar 2004 geborener Sohn hervorgegangen. Seine Ehefrau war während seines Vorbereitungsdienstes nicht berufstätig. Bis zum 15. Mai 2004 war der Kläger mit der Hälfte der wöchentlichen Arbeitszeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter (BAT II a) an der Universität Hamburg beschäftigt.

Gemäß § 1 Abs. 1 Verordnung über die Unterhaltsbeihilfe für Referendar vom 30. Juli 2002 (HmbGVBl. S. 216) - RRefUBV HA - betrug die Unterhaltsbeihilfe 850 Euro monatlich. Weitergehende Leistungen, insbesondere Familienzuschläge werden nicht gewährt (§ 1 Abs. 2 RRefUBV HA). § 3 RRefUBV HA lautet:

"Erhält der Referendar ein Entgelt im Rahmen der Ausbildung von dritter Seite oder ein Entgelt für eine andere Tätigkeit, so wird der 500 Euro übersteigende Betrag zur Hälfte auf die Unterhaltsbeihilfe nach § 1 Abs. 1 Satz 1 angerechnet."

Mit einem nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehenen Schreiben vom 18. März 2003 kürzte die Beklagte die Unterhaltsbeihilfe des Klägers wegen seiner Einnahmen aus seiner Nebentätigkeit um 530,72 Euro und ab dem März 2003 um monatlich 637,02 Euro. Dagegen wendete sich der Kläger mit einem Widerspruch, den er mit Schreiben vom 22. April 2003 zurücknahm. Mit Schreiben vom 21. August 2003 legte er erneut Widerspruch ein und machte unter anderem geltend: Es widerspreche dem Fürsorgegrundsatz und sei weder mit dem Gleichheitssatz noch mit dem in Art. 6 GG gewährleisteten Schutz von Ehe und Familie vereinbar, seine Einkünfte als wissenschaftlicher Mitarbeiter zur Hälfte auf seine Unterhaltsbeihilfe anzurechnen, soweit sie 500 Euro monatlich überstiegen. Mit Widerspruchsbescheid vom 17. September 2003 wies die Beklagte den Widerspruch gegen den Bescheid "Bezügemitteilung August 2003" zurück: Der Widerspruch sei zulässig, soweit er sich gegen die Bezügemitteilung August 2003 richte. Den zuvor mit Schreiben vom 28. März 2003 eingelegten Widerspruch habe der Kläger zurückgenommen. In der Sache habe der Widerspruch keinen Erfolg, da die Verordnung keine Möglichkeit lasse, von der Anrechnung abzusehen.

Nach der am 25. September 2003 erfolgten Zustellung dieses Bescheides hat der Kläger am 27. Oktober 2003, einem Montag, Klage erhoben und hinsichtlich der Anrechnung vorgetragen: Die Anrechnungsvorschrift des § 3 RRefUBV-HA greife in den Schutzbereich des Art. 6 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG ein, da bei der Anrechnung nicht zwischen Referendaren mit Unterhaltspflichten gegenüber dem Ehepartner und Kindern unterschieden werde und den Referendaren ohne Unterhaltspflichten. Er - der Kläger - dürfe auch nicht auf die Inanspruchnahme von Wohngeld und Sozialhilfe verwiesen werden. Die Förderung von Ehe und Familie genieße Vorrang vor der nach-

rangigen Gewährung von Sozialhilfe. Der Staat dürfe nicht erst abschöpfen und sodann umverteilen. Auch sei der Anrechnungszeitraum mit einem Monat unverhältnismäßig kurz gewählt. Er führe zu Ungleichgewichten zwischen solchen Referendaren, die regelmäßig Nebentätigkeiten ausübten und dabei nicht die 500 Euro-Grenze überschritten, und jenen Referendare, die während kürzerer Zeiträume mehr verdienten, über längere Zeit aber nicht mehr als die erstgenannten Referendare erwirtschafteten. Auch dürfe die Anrechnung nicht auf der Grundlage der Brutto-Beträge erfolgen, da dem Referendar dadurch auch für ihn nicht disponible Beträge angerechnet würden.

Der Kläger hat u.a. beantragt,

1. die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger einen angemessenen Familienzuschlag zur Unterhaltsbeihilfe zu zahlen,
2. hilfsweise die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Unterhaltsbeihilfe in einer Höhe zu gewähren, die dem Betrag entspricht, der ihm und seiner Familie bei Bezug von Sozialhilfe zuflösse,
3. den Bescheid über die Anrechnung von Nebeneinkünften des Klägers auf die Unterhaltsbeihilfe und die Kürzung der Unterhaltsbeihilfe vom 18. März 2003 in Gestalt des Widerspruchbescheides vom 17. September 2003 aufzuheben,
4. die Beklagte zu verurteilen, die bereits im Wege der Anrechnung einbehaltenen Beträge der Unterhaltsbeihilfe nebst 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit an den Kläger auszuzahlen.

Die Beklagte hat den Antrag gestellt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat ihre Bescheide verteidigt.

Das Verwaltungsgericht hat die Klage mit aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 16. November 2004 ergangenen Urteil, soweit es hier interessiert, abgewiesen. Zu dem Antrag, den Anrechnungsbescheid aufzuheben, hat es ausgeführt: Die zulässige Klage sei unbegründet. § 37 Abs. 2 Satz 2 Hamburgisches Juristenausbildungsgesetz (HmbJAG) vom 11. Juni 2003 (HmbGVBl. S. 156) enthalte eine ausreichend bestimmte gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für die Anrechnungsvorschrift. Eine einfachgesetzlich garantierte Mindestunterstützung für Referendare, die nicht im Wege der Anrechnung gekürzt werden dürfte, bestehe nicht. Wie bei ausländischen Referendaren stehe es im Ermessen des Dienstherrn zu entscheiden, ob und in welcher Höhe er Unterhaltsbeihilfe gewähre. Die Anrechnung hindere den Kläger auch nicht daran, entgeltliche Nebentätigkeiten wahrzunehmen. Das in Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Recht auf entgeltliche Verwertung der eigenen Arbeitskraft lasse sich nicht auf die Unterhaltsbeihilfe übertragen, da der Referendar im juristischen Vorbereitungsdienst keine geldwerte Arbeit leiste, sondern lediglich Auszubildender sei. Die Anrechnungsvorschrift sei auch nicht unverhältnismäßig. Mit den 850 Euro Unterhaltsbeihilfe sichere die Beklagte eine Grundversorgung jedes Referendars. Da es keinen Rechtsanspruch gebe, erscheine auch die Höhe der Kürzung nicht unangemessen. Die Anrechnungsregelung verletze den Gleichheitssatz nicht deshalb, weil sie lediglich regelmäßige Einkünfte aus Nebentätigkeiten berücksichtige und z.B. keine Einkünfte aus Kapitalvermögen. Aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung und zur Kostenersparnis dürfe die Beklagte lediglich die Haupt-Einkunftsquelle der Referendare zur Anrechnung heranziehen. Da der Dienstherr anders als der Sozialhilfeträger nicht verpflichtet sei, den Bedarf zu decken, könne dies von ihm auch nicht bei der Gewährung eines gesetzlich oder verfassungsrechtlich nicht normierten Ausbildungszuschusses verlangt werden. Ebenso sei die im Beamtenrecht übliche Anrechnung auf Bruttobasis nicht zu beanstanden. Schließlich verletze die Anrechnungsvorschrift anders als der Kläger meine auch nicht die Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG a.F., die das Arbeitsrecht einschließlich der Arbeitsvermittlung sowie die Sozialversicherung einschließlich der Arbeitslosen-

versicherung der konkurrierenden Gesetzgebung zuweise. Für die Kompetenzabgrenzung zwischen dem Bund und den Ländern sei unerheblich, ob und inwieweit die dem Kläger als Referendar gewährten Unterhaltsbeihilfen mittelbar spätere Ansprüche auf Arbeitslosenunterstützung beeinflussten.

Der Senat hat mit am 11. Januar 2006 abgesendeten Beschluss vom 5. Januar 2006 den Antrag des Klägers, die Berufung zuzulassen, hinsichtlich der Klaganträge zu 1 und 2 abgelehnt und hinsichtlich der Klaganträge zu 3 und 4 zugelassen. Mit am 13. Februar 2006, einem Montag, eingegangener Berufungsbegründung trägt der Kläger vor:

Die Anrechnungsregelung greife in den Schutzbereich des Art. 6 GG ein. Das Elternrecht begründe und schütze sein Recht, Einkünfte zu erzielen, um seinen Unterhaltspflichten nachkommen zu können. Insbesondere garantiere Art. 6 GG seine Entscheidung, dass seine Ehefrau die Kinder betreue und kein Geld verdiene. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sei ein Eingriff bereits dann zu bejahen, wenn eine staatliche Maßnahme faktisch nachteilige Folgen an ein speziell grundrechtsrelevantes Verhalten knüpfe. Deshalb dürfe der Staat es ihm nicht erschweren, seine Unterhaltspflichten zu erfüllen, indem er seine Einnahmen aus seiner Nebentätigkeit anrechne. Insoweit reiche der nicht anzurechnende Freibetrag von 500 Euro nicht aus, zusammen mit der Unterhaltsbeihilfe den Bedarf seiner Familie zu decken. Vielmehr erfolge die Anrechnung im Bereich der Einkünfte, die er benötige, um das Existenzminimum seiner Familie zu finanzieren. Derartige Beträge dürfe der Staat nicht abschöpfen und ihn insoweit auch nicht auf die lediglich nachrangigen Ansprüche auf Wohngeld und Sozialhilfe verweisen. Insbesondere sei es unzulässig, den aus seiner Nebentätigkeit nach BAT II a bezogenen Familienzuschlag auf seine Unterhaltsbeihilfe anzurechnen. Demgegenüber sei unerheblich, dass die Anrechnungsregelung formal eheneutral formuliert worden sei.

Auch verletze es den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, unterhaltspflichtige Referendare und Referendare ohne Unterhaltsverpflichtungen gleich zu behandeln. Der Schutz von Ehe und Familie sei ein Unterscheidungsmerkmal von Verfassungsrang. Insoweit fehle es an einem vernünftigen und sachlich einleuchtenden Grund, der es rechtfertige, diese ungleichen Sachverhalte gleich zu behandeln. Der Zweck des § 3 RRefUBV-HA, nämlich einen Anreiz für eine Konzentration auf die Ausbildung zu setzen und deshalb die Nebentätigkeit in gewisser Weise zu beschränken, verfehle die Anrechnungssystematik. Denn die Anrechnung führe nicht zu einer Einschränkung der Nebentätigkeit, da er auf seine Einkünfte aus seiner Nebentätigkeit angewiesen gewesen sei, um seine Familie pflichtgemäß unterhalten zu können. Mit seinen auch verfassungsrechtlich begründeten Unterhaltsverpflichtungen sei es auch nicht vereinbar, die Anrechnungsregelung mit dem Interesse an einer Haushaltskonsolidierung zu rechtfertigen, wie es das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 24. September 2007 getan habe. Das Bundesverfassungsgericht habe eine Anrechnung nur gebilligt, wenn dem Referendar nach Anrechnung ausreichendes Einkommen verbleibe, um das Existenzminimum seiner Familie zu decken. Daran fehle es in seinem Falle. Entgegen der Berechnung der Beklagten habe sein Sozialhilfebedarf sein Einkommen überschritten, da er u.a. ein Darlehen zurückzahlen gehabt habe, das er zur Finanzierung seines Studiums habe aufnehmen müssen. Der Gesetz- und Verordnungsgeber habe bei der Anrechnung die Unterhaltsverpflichtungen zu berücksichtigen und dürfe für sie keine realitätsferne Grenzen ziehen. Selbst wenn entgegen seiner Auffassung der Staat frei sei, ob er überhaupt eine Unterhaltsbeihilfe bewillige, sei er an seine Entscheidung gebunden, eine solche zu gewähren, und sei in seiner Entscheidung nicht frei, unter welchen Umständen die Unterhaltsbeihilfe nicht zu zahlen sei. Vielmehr habe er die Grundrechte zu beachten. Insoweit sei es gleichheitswidrig, ihn auf Wohngeld und Sozialhilfeansprüche mit den dortigen strengen Anforderungen zu verweisen. Die Beklagte dürfe nicht von seinen - des Klägers - Nebeneinkünften profitieren, die er in Anbetracht seiner verfassungsrechtlich abgesicherten Unterhaltspflichten erzielt habe.

Auch greife die Anrechnungsvorschrift in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ein. Denn die Anrechnung senke die grundsätzlich beitragspflichtigen Einnahmen und zwar insbesondere die für die Rentenversicherung.

Anders als die Beklagte meine sei im Falle der Nichtigkeit der Anrechnungsregelung nicht konkret zu prüfen, ob er im sozialhilferechtlichen Sinne bedürftig gewesen sei. Hierauf komme es nicht an, weil die Unterhaltsbeihilfe unabhängig davon gewährt werde, ob der Referendar sie benötige. Eine konkrete Bedürftigkeitsprüfung würde ihn zudem gegenüber den anderen Referendaren benachteiligen, die ihre Unterhaltsbeihilfe ohne Bedürftigkeitsprüfung erhielten.

Der Kläger beantragt,

das aufgrund mündlicher Verhandlung vom 16. November 2004 ergangene Urteil des Verwaltungsgerichts Hamburg abzuändern

und

1. den Bescheid über die Anrechnung von Nebeneinkünften auf die Unterhaltsbeihilfe vom 18. März 2003 und den Widerspruchbescheid vom 17. September 2003 aufzuheben,

2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, die im Wege der Anrechnung einbehaltenen Beträge der Unterhaltsbeihilfe an den Kläger zu zahlen.

Die Beklagte stellt den Antrag,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte erwidert: Das Bundesverfassungsgericht habe die Anrechnung einer Nebentätigkeitsvergütung auf den Unterhaltszuschuss gebilligt. Die Unterhaltsbeihilfe stelle nicht auf die Bedürftigkeit des Referendars im Einzelfall ab. Sie solle dem Referendar einen gewissen Ausgleich dafür verschaffen, dass ihn der Vorbereitungsdienst daran hindere, seinen Lebensunterhalt anderweit zu verdienen. Sie stelle lediglich eine Hilfe zum Bestreiten des Lebensunterhaltes dar. Deshalb sei es nicht geboten, Unterhaltsbeihilfe zu zahlen, soweit der Referendar seinen notwendigen Unterhalt anderweitig aus öffentlichen oder privaten Mitteln erhalte. Ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG komme nur in Betracht, wenn die Anrechnung von Nebeneinkünften gerade an das Bestehen einer Familienbeziehung wirtschaftlich nachteilige Rechtsfolgen knüpfe. Die Anrechnung erfolge aber für alle Referendare gleichmäßig ohne Rücksicht auf das Bestehen einer Familienbeziehung. Mit der Anrechnung greife sie - die Beklagte - auch nicht in Erwerbsrechte des Klägers ein. Die Anrechnung bilde keine Sondersteuer auf das Erwerbseinkommen von Rechtsreferendaren. Deshalb seien die von dem Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätze zur Berücksichtigung des existenznotwendigen Mindestbedarfs aller Familienmitglieder nicht anwendbar. Denn die Anrechnung schöpfe die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht ab. Es würden nicht die Bezüge aus der Nebentätigkeit, sondern allein die Unterhaltsbeihilfe gekürzt, auf die kein Anspruch bestehe. Da Zahlung und Kürzung unabhängig von dem individuellen Bedarf erfolgten und die Unterhaltsbeihilfe der Unterstützung des Referendars und nicht seiner Familie diene, sei der Gesetzgeber nicht verpflichtet, den unterhaltsrechtlichen Belastungen des Referendars bei ihrer Bemessung Rechnung zu tragen. Vielmehr dürfe der Gesetzgeber dem Mehrbedarf von Familien mit Kindern anderweitig, u.a. durch Zahlung von Kindergeld und die Festlegung steuerlicher Freibeträge, Rechnung tragen.

Auch könne sich der Kläger nicht auf Art. 6 Abs. 1 u. 2 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG stützen. Zwar schütze Art. 6 Abs. 1 u. 2 GG die Familie auch als Wirtschaftsgemeinschaft und habe der Staat zu berücksichtigen, dass Eltern verpflichtet seien, Einkünfte zur Erfüllung ihrer Unterhaltungspflichten zu erzielen. Jedoch ließen sich aus dem Gebot zur staatlichen Förderung der Familie angesichts der Weite und Unbestimmtheit des Sozialstaatsgrundsatzes keine Ansprüche auf bestimmte staatliche Leistungen ableiten. Der Staat müsse nur insgesamt den sozialen Mindeststandard durch die Anwärterbesoldung und die staatlichen Sicherungssysteme sicherstellen. Deshalb sei die Familie unter Umständen darauf angewiesen, anderweitige staatliche Hilfen in Anspruch zu nehmen. Im Übrigen verpflichte Art. 6 GG den Gesetzgeber nicht, jeden sich aus der Familiensituation

ergebenden Nachteil auszuschließen. Es wäre widersprüchlich, unterhaltspflichtige verheiratete Referendar ohne Nebeneinkünfte auf die sozialen Sicherungssysteme zu verweisen, diese Sicherungssysteme aber im Falle von Nebeneinkünften außer Betracht zu lassen. Im Übrigen werde nur eine sehr kleine Gruppe unterhaltspflichtiger Referendare von der Anrechnungsregel betroffen und dürfe der Verordnungsgeber auch unter Berücksichtigung des Art. 3 GG diese Gruppe bei der gebotenen typisierenden Betrachtungsweise vernachlässigen.

Die Anrechnung verkehre den Zweck der Unterhaltsbeihilfe auch nicht in ihr Gegenteil. Es bleibe der Entscheidung des Klägers und seiner Familie überlassen, ob er den Bedarf durch Nebentätigkeit oder eine Berufstätigkeit seiner Ehefrau decke. Da es verfassungsrechtlich unbedenklich sei, überhaupt keine Unterhaltsbeihilfe zu gewähren, könne der Referendar auf andere Sicherungssysteme verwiesen werden. Auch für Referendare mit Familie gelte der Grundsatz, dass sie ihre Arbeitszeit in erster Linie der Ausbildung zu widmen hätten.

Ebenso verletze Art. 6 GG nicht, dass die Bruttobezüge angerechnet würden. Nur auf diese Weise könne die Personalstelle die Anrechnung vornehmen, ohne steuerliche und sozialversicherungsrechtliche Fragen zu klären und den konkreten Sozialhilfebedarf im Einzelfall zu ermitteln. Dies gelte auch für die Anrechnung der familienbezogenen Zuschläge, bei denen es sich anders als bei dem Kindergeld nicht um zweckbezogene staatliche Leistungen handele.

Die Klage sei aber auch abzuweisen, wenn die Anrechnungsregelung verfassungswidrig wäre. Denn der Gesetzgeber habe mehrere Möglichkeiten, die Verfassungsmäßigkeit des § 3 RRefABV-HA herzustellen. Bis zu einer Neuregelung wäre es zumindest erforderlich, eine individuelle Bedürftigkeitsprüfung vorzunehmen. Der Kläger trage widersprüchlich vor, wenn er einerseits die Anrechnungsvorschrift für verfassungswidrig halte, weil sie keine individuelle Bedürftigkeitsprüfung erlaube, andererseits aber eine derartige Prüfung im Falle der Verfassungswidrigkeit des § 3 RRefUBV-HA ablehne. Der Kläger habe den Sozialhilfebedarf für sich und seine Familie früher selbst mit 1.547,60 Euro und unter Berücksichtigung eines erhöhten Selbstbedarfes wegen Erwerbstätigkeit mit 1.695 Euro berechnet. Sein Einkommen liege aber nach der Kürzung der Unterhaltsbeihilfe mit 1.784,92 Euro darüber (1.329,02 Euro niedrigster Nettoverdienst aus Nebentätigkeit, 147,90 niedrigster Nettoverdienst bei der Beklagten, 308 Euro Kindergeld).

Die Anrechnungsregelung greife nicht in den Regelungsbereich der Versicherungs- und Beitragspflichten zur Arbeitslosenversicherung ein. Der Wegfall der Versicherungspflicht sei lediglich ein Reflex des Entfallens der Beihilfe und ändere an der Versicherungspflicht aufgrund der von dem Kläger anderweitig erzielten Einkünfte nichts.

Ergänzend wird auf die gewechselten Schriftsätze und insbesondere die Angaben zu dem Anteil unterhaltspflichtiger Referendare an der Gesamtzahl der Referendare und der Zahl der Anrechnungsfälle Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Berufung hat keinen Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen.

#### **I.**

Die Berufung ist nicht deshalb unzulässig, weil der frühere Prozessbevollmächtigte des Klägers, der die Berufungsbegründung unterzeichnet hat, möglicherweise die von dem Kläger persönlich gefertigte Begründung nicht eigenständig geprüft, gesichtet und rechtlich durchdrungen hat. Zwar verlangt der Zweck des in § 76 VwGO normierten Vertretungszwanges, dass der Prozessbevollmächtigte die Berufungsbegründung des von ihm vertretenen Beteiligten nicht nur unterzeichnet, sondern sie selbst prüft, sichtet und den Streitstoff rechtlich durchdringt (vgl. OVG Hamburg, Beschl. 15.12.2006, NordÖR 2007, 136; BVerwG, Beschl. v. 19.8.1993, Buchholz 310 § 67 VwGO Nr. 81; BVerwG, Beschl. v. 13.7.1989, NVwZ 1990, 459). Jedoch ist der Zweck des Vertretungs-

zwanges hier auch dadurch erreicht, dass die Berufungsbegründung von einem zugelassenen Rechtsanwalt, nämlich dem Kläger selbst, entworfen worden ist. Bereits dadurch ist sicher gestellt, dass - was § 67 VwGO erreichen will - dem Gericht kein verworrener Vortrag präsentiert wird, der eine sachgemäße Auseinandersetzung mit dem angegriffenen Urteil nicht erkennen lässt und keine sinnlosen Anträge gestellt werden. Es wäre bloßer Formalismus, die Berufungsbegründung lediglich deshalb nicht ausreichen zu lassen, weil sie ein anderer zugelassener Rechtsanwalt unterzeichnet hat als der zugelassene Anwalt, der sie gefertigt hat.

## II.

In der Sache bleibt die Berufung erfolglos.

### A.

Die gegen den Anrechnungsbescheid vom 18. März 2003 gerichtete Anfechtungsklage ist zwar vollen Umfangs zulässig. Ihre Zulässigkeit scheitert nicht daran - wie die Beklagte für den Zeitraum vor August 2003 in ihrem Widerspruchsbescheid gemeint zu haben scheint -, dass der Kläger seinen Widerspruch vom 28. März 2003 mit Schreiben vom 22. April 2003 zurückgenommen und erst mit Schreiben vom 21. August 2003 erneut Widerspruch eingelegt hat. Der Anrechnungsbescheid ist nicht unanfechtbar geworden. Die Beklagte hat ihn nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen, so dass die einjährige Widerspruchsfrist der §§ 70, 58 Abs. 2 VwGO lief. Diese hat der Kläger mit seinem zweiten Widerspruchsschreiben gewahrt. Mit der Rücknahme des Widerspruches verlor lediglich der eingelegte Widerspruch seine Wirkung. Der Kläger hat mit der Rücknahme nicht auf seine Befugnis verzichtet, fristgemäß erneut Widerspruch einzulegen und damit ein zweites Widerspruchsverfahren zu betreiben. Es ist hier nichts dafür ersichtlich, dass der Kläger sich treuwidrig verhält, wenn er, obwohl er seinen ersten Widerspruch zurückgenommen hat, nunmehr für die gesamte Anrechnungszeit die Nachzahlung der einbehaltenen Beträge der Unterhaltsbeihilfe erreichen will.

### B.

Die Beklagte hat aber zu Recht die Hälfte der den Freibetrag von 500 Euro übersteigenden Einnahmen des Klägers aus seiner Nebentätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter auf seine Unterhaltsbeihilfe angerechnet. § 3 Verordnung über die Unterhaltsbeihilfe für Referendare vom 30. Juli 2002 (HmbGVBl. S. 216) - RRefUBV HA - schreibt vor, dass ein Entgelt für eine andere Tätigkeit zur Hälfte auf die Unterhaltsbeihilfe von 850 Euro monatlich angerechnet wird, soweit dieses Entgelt 500 Euro übersteigt. Der Wortlaut dieser Vorschrift lässt keinen Raum, aus Härtegründen oder wegen der Berücksichtigung eigener Unterhaltungspflichten des Referendars von der Anrechnung abzusehen. Die Anrechnungsregel ist auch wirksam.

1. § 3 RRefUBV HA beruht auf einer ausreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage, die den Anforderungen des Art. 53 HV genügt. § 37 Abs. 2 Satz 2 Hamburgisches Juristenausbildungsgesetz (HmbJAG) vom 11. Juni 2003 (HmbGVBl. S. 156) ermächtigt den Ordnungsgeber ausdrücklich, eine Anrechnung von anderweitigem Einkommen auf die monatliche Unterhaltsbeihilfe vorzusehen, die die sich in einem öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis befindlichen Referendare und Referendarinnen nach § 37 Abs. 2 Satz 1 HmbJAG beziehen. Der Gesetzgeber musste weder regeln, ob der Ordnungsgeber überhaupt von der Möglichkeit der Anrechnung Gebrauch macht, noch die Kriterien bestimmen, nach denen die Anrechnung auszugestalten ist. Diese Detailfragen gehören nicht zu den wesentlichen Entscheidungen, die nach dem Rechtsstaatsprinzip und dem Demokratiegrundsatz dem parlamentarischen Gesetzgeber vorbehalten sind. Sie gestalten lediglich die Unterhaltsbeihilfe aus. Weder ist die Unterhaltsbeihilfe eine Besoldung noch ein Entgelt für die Arbeitsleistungen der Referendare. Vielmehr stellt sie, wie das Gesetz mit der Wortwahl "Unterhaltsbeihilfe" verdeutlicht, eine Sozialleistung dar, die dazu beitragen soll, dass die Referendare und Referendarinnen sich während ihrer Referendarszeit ihrer Ausbildung und nicht Erwerbstätigkeiten widmen. Deshalb kommt es nicht darauf an, ob der Gesetzgeber bei besoldungsrechtlichen Anrechnungsregelungen selbst über das "Ob" der Anrechnung zu entscheiden hat und diese Entscheidung nicht dem Ordnungsgeber überlassen darf.

2. Entgegen der von dem Kläger vor dem Verwaltungsgericht vertretenen Auffassung hindert die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht die Beklagte nicht an der Anrechnung seines Einkommens aus seiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter.

Allerdings ist dem Kläger zuzugeben, dass § 83 HmbBG, der die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht normiert, zu den für Beamte auf Widerruf geltenden Vorschriften gehört, die für die Referendare und Referendarinnen gemäß § 37 Abs. 1 RRefUBV HA entsprechend gelten. Die Fürsorgepflicht kann hinsichtlich der Anrechnung anderweitigen Erwerbseinkommens auf die Unterhaltsbeihilfe aber nicht weiter gehen als der im Vergleich zu ihr insoweit speziellere Grundsatz der Alimentation aus Art. 33 Abs. 5 GG. Es ist anerkannt, dass für Referendare, die im Beamtenverhältnis auf Widerruf ausgebildet werden, dieses Prinzip nicht gilt (vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.9.2007, DÖD 2008, 177; Beschl. v. 7.10.1992, ZBR 1993, 60). Selbst für Beamte auf Widerruf stellen die Bezüge während der Ausbildung lediglich eine Hilfe zum Bestreiten des Lebensunterhaltes während der Ausbildung dar (vgl. BVerwG, Urt. v. 30.4.1992, BVerwGE 90, 147). Diese Grundsätze gelten erst Recht für die Rechtsreferendare und Referendarinnen, die sich lediglich in einem öffentlichrechtlichen Ausbildungsverhältnis befinden. Da der Staat nicht verfassungsrechtlich aus Gründen der Alimentation und der Fürsorge verpflichtet ist, ihnen Unterhaltsbeihilfe zu gewähren, begegnet insoweit die Anrechnung anderweitiger Einkünfte keinen Bedenken (vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.9.2007 a.a.O.).

3. Die Anrechnung der Nebentätigkeitseinnahmen verstößt nicht deshalb gegen Art. 6 Abs. 1 GG, weil sie unabhängig von Familienstand erfolgt.

a. Das Bundesverfassungsgericht hat zu der hier fraglichen Anrechnungsvorschrift mit Beschluss vom 24.9.2007 a.a.O. ausgeführt:

"Zwar gilt das in Art. 6 Abs. 1 GG enthaltene Verbot, Ehe und Familie durch staatliche Maßnahmen zu benachteiligen, auch für den Bereich der staatlichen Gewährung von Leistungen und Vorteilen (BVerfGE 82, 60 (80)). Jedoch geht die Pflicht des Staates zur Förderung der Familie nicht so weit, dass er gehalten wäre, jegliche die Familie treffende finanzielle Belastung auszugleichen (BVerfGE 75, 348 (360); 82, 60 (81)). Auch erwachsen aus dem Förderungsgebot keine konkreten Ansprüche auf bestimmte staatliche Leistungen (BVerfGE 39, 316 (326); 82, 60 (81); 107, 205 (213)). Ungeachtet der hiernach bestehenden Fraglichkeit der Pflicht des Staates, Referendaren einen Familienzuschlag zu gewähren (verneinend BVerfG, Beschl. der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 7.10.1992 - 2 BvR 1318/92 -, ZBR 1993, S. 60 (61)), steht vorliegend allein die Anrechnung von Einkommen auf die Unterhaltsbeihilfe in Frage. Da der Familienzuschlag nicht Bestandteil der Unterhaltsbeihilfe ist, kann er folglich auch nicht im Rahmen der Anrechnung berücksichtigt werden, da es dem Wesen der Anrechnung widerspricht, etwas zuzubilligen, was nicht Bestandteil des Gehalts ist, auf welches angerechnet wird."

Demgegenüber überzeugt der Hinweis des Klägers auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 11.10.2005, BVerfGE 114, 316 zur Verfassungswidrigkeit einer Zweitwohnungssteuer für eine Erwerbszweitwohnung Verheirateter nicht. In jener Entscheidung ist lediglich ausgeführt, dass die Berücksichtigung der durch die eheliche Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft gekennzeichneten besonderen Lage steuerlich bei der konkreten Maßnahme die Ehe nicht diskriminieren dürfe. Darum geht es hier nicht. Mit der Anrechnung des anderweitigen Erwerbseinkommens des Klägers schöpft die Beklagte dieses Einkommen nicht steuerlich ab und belastet den Kläger nicht mit einer gesonderten Abgabe. Sie kürzt lediglich die ohne einen Familienzuschlag gewährte Unterhaltsbeihilfe. Die Nebeneinkünfte aus seiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter belässt sie ihm hingegen in voller Höhe. Deshalb führt auch der Hinweis des Klägers nicht weiter, dass sein Gehalt aus BAT II a auch einen Familienzuschlag enthalte. Diesen kürzt die Beklagte nicht.

Auch handelt es sich anders als bei dem Kindergeld nicht um eine zweckgerichtete öffentliche Leistung, die die Beklagte möglicherweise nicht im Wege der Anrechnung entwerten darf.

b. Die Anrechnung verletzt auch nicht den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

b.a. Das Bundesverfassungsgericht hat mit Beschluss vom 24.9.2007 a.a.O. ausgeführt, dass schon der Zweck der Haushaltskonsolidierung die Anrechnung rechtfertige. Vor allem spricht das öffentliche Interesse an einer hochwertigen Ausbildung dafür, den Anreiz für Referendare zu mindern, auf Kosten ihrer Ausbildung umfangreichen Nebentätigkeiten nachzugehen. Da es dem Gesetzgeber nicht verwehrt ist, dem Anreiz zur Übernahme von Nebenbeschäftigungen von Beamten durch Vorschriften entgegenzuwirken, die die Nebentätigkeitsvergütungen einschränken (vgl. BVerfG, Beschl. v. 25.11.1980, BVerfGE 55, 207), ist es erst recht legitim, diese teilweise auf die Unterhaltsbeihilfe anzurechnen. Dies gilt auch für verheiratete Referendare und Referendarinnen mit Kindern. Auch diese sollen sich auf ihre Ausbildung konzentrieren.

b.b. Auch aus dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 und 2 GG folgt ein unverhältnismäßiger Eingriff nicht.

Angesichts seiner Weite und Unbestimmtheit lässt sich aus dem Sozialstaatsprinzip kein Gebot entnehmen, soziale Leistungen in einem bestimmten Umfang zu gewähren. Der Staat hat lediglich die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein (vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.9.2007; BVerfGE 82, 60) seiner Bürger zu schaffen. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu dem steuerrechtlichen Existenzminimum ist nicht auf die Anrechnungsvorschrift des § 3 RRefUBV-HA zu übertragen. Aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsgrundsatz des Art. 20 Abs. 1 GG folgt das verfassungsrechtliche Gebot, dass der Staat das Einkommen dem Steuerpflichtigen insoweit steuerfrei belassen muss, als es Mindestvoraussetzung eines menschenwürdigen Daseins ist (vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.11.1998 BVerfGE 99, 216; Beschl. v. 29.5.1990, BVerfGE 82, 60). Die Anrechnungsregelung belastet aber das Einkommen des Referendars nicht mit einer Abgabe. Sie kürzt lediglich die Unterhaltsbeihilfe, die dem Referendar zusätzlich zu seinem Einkommen aus seiner Nebentätigkeit gezahlt wird. Den Anforderungen des Sozialstaatsgrundsatzes und des Art. 6 Abs. 1 und 2. GG, das Existenzminimum sicherzustellen, genügt der Gesetzgeber insoweit durch die während des hier maßgeblichen Anrechnungszeitraumes bestehenden Vorschriften zur Gewährung von Sozialhilfe und Wohngeld. Es ist dem Gesetzgeber freigestellt, in welcher Weise er das Existenzminimum für die Referendarsfamilie sichert. Da die Unterhaltsbeihilfe eine Sozialleistung ist, die die Beklagte dafür zahlt, dass die Referendarausbildung die Arbeitskraft weitgehend in Anspruch nimmt und sie die Referendare und Referendarinnen weitgehend daran hindert, ihren Unterhaltsbedarf durch Erwerbstätigkeit zu decken, darf sie diese und ihre Familien auf die Sicherungssysteme des Wohngeldes und der Sozialhilfe verweisen und damit die Leistung anders als bei der Gewährung der pauschalen Unterhaltsbeihilfe von einer individuellen Bedürftigkeitsprüfung abhängig machen.

Die Anrechnung knüpft allerdings eine bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise benachteiligende Regelung an die aus Gründen des Art. 6 Abs. 1 u. 2 GG zu respektierende Entscheidung des Klägers, neben seiner Ausbildung als wissenschaftlicher Mitarbeiter Geld zu verdienen, um seinen Unterhaltsverpflichtungen gegenüber seiner Familie nachzukommen. Denn diese Nebentätigkeit führt im Wege ihrer teilweisen Anrechnung zu einer Verringerung seiner Unterhaltsbeihilfe und damit wirtschaftlich zu einer Belastung. Jedoch folgt aus Art. 6 Abs. 1 GG nicht, dass der Staat jede zusätzliche finanzielle Belastung der Familie vermeiden oder eine Beitragslast ausgleichen muss (vgl. BVerfG, Ur. v. 3.4.2001, BVerfGE 103, 142). Art. 6 Abs. 1 u. 2 GG verlangt nicht, dass der Staat einer Familie Sozialleistungen unabhängig von ihrem Einkommen und damit ihrer Bedürftigkeit ungekürzt deshalb zukommen lässt, weil das angerechnete Erwerbseinkommen erwirtschaftet wird, um den Familienunterhalt zu sichern.

4. Die Anrechnung ist auch mit den Anforderungen des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) i.V.m. Art. 6 Abs. 1 u. 2 GG sowie dem Sozialstaatsgrundsatz aus Art. 20 GG zu vereinbaren.



a. Art. 6 Abs.1 GG enthält einen besonderen Gleichheitssatz. Er verbietet, Ehe und Familie gegenüber anderen Lebens- und Erziehungsgemeinschaften schlechter zu stellen. Dieses Benachteiligungsverbot steht jeder belastenden Differenzierung entgegen, die an die Existenz einer Ehe oder die Wahrnehmung des Elternrechts in ehelicher Erziehungsgemeinschaft anknüpft (vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.11.1998, BVerfGE 99, 216). Neben der Pflicht, die von den Eltern im Dienst des Kindeswohls getroffenen Entscheidungen anzuerkennen und daran keine benachteiligenden Rechtsfolgen zu knüpfen, ergibt sich aus der Schutzpflicht des Art. 6 Abs. 1 GG auch die Aufgabe des Staates, die Kinderbetreuung in der jeweils von den Eltern gewählten Form in ihren tatsächlichen Voraussetzungen zu ermöglichen und zu fördern (vgl. BVerfG, Urt. v. 3.4.2001, BVerfGE 103, 242 (zur Pflegeversicherung)).

Die Anrechnungsvorschrift beinhaltet aber noch keine Ehe und Familie benachteiligende Differenzierung. Sie stellt verheiratete Referendare mit Kindern nicht schlechter als ledige Referendare ohne Unterhaltsverpflichtungen. Das Einkommen aus der Nebentätigkeit wird vielmehr unabhängig davon angerechnet, ob der Referendar verheiratet ist und Kinder hat oder nicht.

Deshalb spricht, anders als der Kläger zu meinen scheint, auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21.8.2003, BVerwGE 118, 379 nicht für eine Verpflichtung des Ordnungsgebers, bei der Anrechnung von Nebenerwerbseinkommen zwischen Referendaren mit und ohne Unterhaltsverpflichtungen zu differenzieren und beispielsweise für verheiratete Referendare mit Unterhaltsverpflichtungen einen höheren Freibetrag für das anzurechnende Einkommen vorzusehen. Nach dieser Rechtsprechung muss die öffentliche Hand bei der Bemessung einer Einkommensgrenze zwischen Verheirateten und Ledigen unterscheiden, wenn sie die Vergabe einer Subvention davon abhängig macht, dass der Antragsteller eine bestimmte Einkommensgrenze nicht überschreitet und dabei das Einkommen des Ehegatten einbezogen wird. Im Unterschied zu dieser Fallkonstellation zieht § 3 RRefUVB-HA aber nicht das Einkommen des Ehegatten in der Form in die Anrechnung ein, dass auch sein Einkommen auf die Unterhaltsbeihilfe angerechnet wird. Anders als bei dem von dem Bundesverwaltungsgericht entschiedenen Subventionsfall wirkt sich das Einkommen ebenso wie das Fehlen eines Einkommens des Ehepartners nicht auf die Höhe der Unterhaltsbeihilfe aus.

b. Die Beklagte ist auch nicht aus Gründen des Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 und 2 GG verpflichtet, bei der Anrechnung des Nebenerwerbseinkommens zwischen Referendaren mit Unterhaltsverpflichtungen und ledigen Referendaren ohne Unterhaltsverpflichtungen zu differenzieren.

b.a. Der Gleichheitssatz gebietet, ungleiche Sachverhalte ungleich zu behandeln, wenn die tatsächlichen Ungleichheiten so bedeutsam sind, dass sie der Gesetzgeber bei seiner Regelung beachten muss (vgl. BVerfG, Beschl. v. 30.4.1951, BVerfGE 1, 264; Beschl. v. 16.3.2004, BVerfGE 110, 141/167); Stein in AK-GG, Art. 3 Abs. 1 Rn 58, Stand 2001; Jarass in Jarass/Peroth, GG, 9. Aufl., Art. 3 Rn 5). Der Gleichheitssatz ist verletzt, wenn es der Gesetzgeber unterlässt, tatsächliche Ungleichheiten des zu ordnenden Lebenssachverhaltes zu berücksichtigen, die so bedeutsam sind, dass sie bei einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise beachtet werden müssen. Daher kommt es wesentlich darauf an, in welchem Maße sich die Ungleich- oder Gleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheit nachteilig auswirken kann (vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.3.2004, a.a.O.). Einen weiten Gestaltungsspielraum lässt der Gleichheitssatz dem Gesetzgeber im Bereich der Besoldung (vgl. BVerfG, Beschl.v. 4.6.1969, BVerfGE 26, 141). Auf Grund des weiten Spielraums politischen Ermessens, innerhalb dessen der Gesetzgeber das Besoldungsrecht den tatsächlichen Notwendigkeiten und der fortschreitenden Entwicklung anpassen und verschiedenartige Gesichtspunkte berücksichtigen darf, darf das Bundesverfassungsgericht nicht überprüfen, ob der Gesetzgeber die gerechteste, zweckmäßigste und vernünftigste Lösung gewählt hat. Das Bundesverfassungsgericht kann, sofern nicht von der Verfassung selbst getroffene Wertungen entgegenstehen, nur die Überschreitung äußerster Grenzen beanstanden, jenseits derer sich gesetzliche Vorschriften bei der Abgrenzung von Lebenssachverhalten als evident sachwidrig erweisen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 6.10.1983, BVerfGE 65, 141). Insbesondere steht es dem Gesetzgeber frei, aus der Vielzahl der Lebenssachverhalte die

Tatbestandsmerkmale auszuwählen, die für die Gleich- oder Ungleichbehandlung maßgebend sein sollen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 30.9.1987, BVerfGE 76, 256 /295, 330/). Diese Grundsätze gelten auch für die richterliche Kontrolle des Rechtsetzungsspielraumes, der dem Ordnungsgeber bei der Ausgestaltung der Unterhaltsbeihilfe zusteht.

b.b. Zwischen der Gruppe der ledigen Referendare und Referendarinnen ohne unterhaltsberechtigte Kinder und der Gruppe der grundsätzlich gegenüber ihren Kindern unterhaltspflichtigen Referendare und Referendarinnen und zwar insbesondere den verheirateten, bestehen wesentliche Unterschiede. Für die Gruppe der kinderlosen Referendare und Referendarinnen greift die Anrechnung erst oberhalb eines Einkommens, das ihr Existenzminimum typischerweise deckt. Die Unterhaltsbeihilfe von brutto 850 Euro zuzüglich des von der Anrechnung nicht betroffenen Freibetrages von 500 Euro, zusammen 1350 Euro brutto reicht dafür aus. Hingegen greift die Anrechnung bei Referendaren und Referendarinnen mit Kindern bereits bei einem Einkommen aus der Unterhaltsbeihilfe und der Nebentätigkeit, das dieses Existenzminimum nicht abdeckt. Dies ergibt sich aus einem Vergleich des steuerrechtlichen Existenzminimums einer dreiköpfigen und erst Recht einer vierköpfigen Referendarsfamilie mit dem nach Anrechnung des Nebentätigkeitseinkommens des alleinverdienenden Elternteils der Referendarsfamilie verbleibenden Nettoeinkommen:

Das steuerrechtliche Existenzminimum hat der Gesetzgeber für zusammen veranlagte Ehegatten mit dem Grundfreibetrag gemäß § 32 a Abs. 5, Abs. 1 EStG in der Fassung vom 14.8.2007 auf  $2 \times 7.664 = 15.328$  Euro bemessen. Hinzu kommt gemäß § 32 Abs. 6 EstG der Kinderfreibetrag von 1.824 Euro für das sächliche Existenzminimum des Kindes sowie ein Freibetrag von 1080 Euro für den Betreuungs- und Erziehungs- oder Ausbildungsaufwand, die bei miteinander verheirateten und zusammen veranlagten Eltern verdoppelt werden. Damit ergibt sich bei einem Kind ein Freibetrag von 5.808 Euro und bei zwei Kindern von 11.616 Euro und somit bei einem Kind ein - noch ohne Berücksichtigung der Beiträge für die Kranken- und Pflegeversicherung berechnetes (vgl. dazu BVerfG, Beschl. v. 13.2.2008. NJW 2008, 1868) - steuerfreies Existenzminimum von 21.136 Euro jährlich und damit monatlich von 1.761,33 Euro. Dieses 2007 steuerrechtlich von dem Gesetzgeber anerkannte Existenzminimum wird typischer Weise bereits auf Grund der Anrechnung des Nebentätigkeitseinkommens deutlich unterschritten, wenn der alleinverdienende Referendarselternteil monatlich netto 800 Euro aus seiner Nebentätigkeit bezieht. Dies zeigt folgende Rechnung:

#### Einnahmen bei 800 Euro netto aus Nebentätigkeit

782 Euro (850 Unterhaltsbeihilfe abzügl. 68 Euro Beitragsanteil

Kranken- und Pflegeversicherung)

500 Euro (Anrechnungsfreibetrag)

150 Euro (wirtschaftlich nach Abzug des die Unterhaltsbeihilfe

verringern den Anrechnungsbetrages verbleibende

Nebentätigkeitseinnahme)

154 Euro Kindergeld

1586 Euro Nettoeinkommen monatlich

Dieser Unterschied zwischen den nicht unterhaltspflichtigen Referendaren und Referendarinnen und der Gruppe der verheirateten Referendare und Referendarinnen mit Kindern ist im Lichte des Schutzes von Ehe und Familie aus Art. 6 Abs. 1 und 2 auch gewichtig. Denn die Anrechnung knüpft eine wirtschaftliche Benachteiligung daran, dass der unterhaltspflichtige Referendar mit seiner Nebentätigkeit gerade seinen Unterhaltsverpflichtungen gegenüber seiner Familie gerecht

werden will. Der Staat hat dafür Sorge zu tragen, dass es Eltern gleichermaßen möglich ist, teilweise oder auch zeitweise auf eine eigene Erwerbstätigkeit zugunsten der persönlichen Betreuung ihrer Kinder zu verzichten wie auch Familienaufgaben und Erwerbstätigkeit miteinander zu verbinden (vgl. BVerfG, Beschl. v. 18.6.2008; BVerfGE 99, 216/234/). Deshalb darf der Verordnungsgeber nicht ohne diese Ungleichbehandlung rechtfertigende Gründe die Gruppe der verheirateten Referendare mit Kindern wirtschaftlich im Wege der Anrechnung schlechter stellen, weil diese das für das Existenzminimum ihrer Familie erforderliche Geld im Wege der Nebentätigkeit dazu verdient und sich das Ehepaar nicht entschließt, dass beide neben der Betreuung der Kinder berufstätig sind.

b.c. Die Nichtberücksichtigung dieses Differenzierungsmerkmals ist aber hinzunehmen. Sie ist mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise deshalb zu vereinbaren ist, weil sie durch hinreichend gewichtige Gründe gerechtfertigt ist.

- 1 - Zwar kommt den von der Beklagten angeführten Gründen der Verwaltungspraktikabilität kein hohes Gewicht zu. Bei der Regelung von Massenerscheinungen kann dem Gesichtspunkt der Verwaltungspraktikabilität eine besondere Bedeutung für die Rechtfertigung dort auftretender Ungleichbehandlung zukommen, vorausgesetzt, dass bei einer Gleichbehandlung bzw. bei einer Differenzierung erhebliche verwaltungstechnische Schwierigkeiten entstehen würden (vgl. BVerfG, Beschl. v. 28.4.1999, BVerfGE 100, 195; Beschl. v. 8.10.1991, BVerfGE 84, 348). Diese Schwierigkeiten sind bei sachgemäßer Ausgestaltung der Verordnung nicht allzu gewichtig. Hätte der Verordnungsgeber die Höhe des Anrechnungsbetrages nach dem Familienstand und der Kinderzahl oder der Zahl der gegenüber dem Referendar unterhaltsberechtigten Personen gestaffelt, so würde die Anwendung dieser pauschalen Freigrenzen die Personalstelle für Referendare schwerlich überfordern.

- 2 - Für die Nichtberücksichtigung der Unterhaltspflichten sprechen aber Aspekte der Systemgerechtigkeit. Es ist folgerichtig, die familiären Unterhaltspflichten auch bei der Anrechnung des Nebenerwerbseinkommens auszublenden, wenn schon die Unterhaltsbeihilfe wie oben dargelegt keine Familienzuschläge enthalten muss und sich der Verordnungsgeber dazu entschließt, keine Familienzuschläge zu zahlen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.9.2007, DÖD 2008, 177).

- 3 - Ferner ist für die Beibehaltung der geltenden undifferenzierten Regelung das öffentliche Interesse anzuführen, den Anreiz zu vermindern, sich neben seiner Referendarsausbildung in hohem Maße Nebentätigkeiten zuzuwenden. Auch für unterhaltspflichtige verheiratete Referendare und Referendarinnen mit Kindern gilt, dass sie ihre Arbeitskraft in erster Linie ihrer Ausbildung zu widmen haben. Stellt der Staat aus Steuermitteln eine kostenaufwändige Ausbildung zur Verfügung und entschließt er sich, eine Unterhaltsbeihilfe als Ausgleich für die Inanspruchnahme der Arbeitskraft der Referendare zu zahlen, so kann er erwarten, dass diese sich im Interesse der Qualität der Ausbildung auf diese konzentrieren. Insoweit ist der Verordnungsgeber nicht darauf zu verweisen, stattdessen ausschließlich eine enge Zeitgrenze für den Umfang der Nebentätigkeit einzuführen. Wegen der schwierigen Kontrolle und der Unflexibilität solcher Regelungsmechanismen reicht dieses Instrumentarium allein nicht aus. Zusammen mit dem Erfordernis einer Nebentätigkeitsgenehmigung begrenzt die Anrechnung den Anreiz, Nebentätigkeiten in einem der Ausbildung abträglichen Umfang auszuüben.

- 4 - Vor allem aber ist der Verordnungsgeber befugt zu generalisieren, zu typisieren und zu pauschalisieren (vgl. entsprechend für den Gesetzgeber BVerfG, Beschl. v. 7.12.1999, BVerfGE 101, 297), ohne allein wegen damit verbundener Härten gegen den Gleichheitssatz zu verstoßen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 28.4.1999, BVerfGE 100, 138). Diese zulässige Typisierung setzt aus Gründen der Verhältnismäßigkeit indessen voraus, dass sie lediglich eine verhältnismäßig kleine Zahl von Personen betreffen und der Verstoß gegen den Gleichheitssatz nicht sehr intensiv ist (vgl. BVerfG, Beschl. v. 28.4.1999, BVerfGE 100, 138/174; Beschl. v. 8.4.1991, BVerfGE 84, 348/360/; Beschl. v. 8.2.1983, BVerfGE 63, 119/128). Die Intensität der Ungleichbehandlung ist mit den für ihre Inkaufnahme streitenden Interessen abzuwägen. Diese Gesamtabwägung geht zu Lasten des Klägers aus:

Die Gruppe der Referendare und Referendarinnen mit Unterhaltsverpflichtungen ist derart klein, dass sie der Ordnungsgeber bei der Ausgestaltung der Anrechnung vernachlässigen durfte. Zum Erhebungsstichtag 1. Januar 2008 waren lediglich 4 von insgesamt 730 Referendaren und Referendarinnen und von insgesamt 127 Anrechnungsfällen von der Anrechnung betroffen. Diese Größenordnung von 0,5 % und von rund 3 % ist derart gering, dass es nicht darauf ankommt, ob sich die Zahl der Betroffenen bei einer Erhebung zu weiteren Stichtagen etwas erhöhen würde. Es ist nichts dafür ersichtlich oder geltend gemacht, dass 2003 wesentlich andere Verhältnisse herrschten. Dieser sehr kleinen Gruppe unterhaltspflichtiger und zugleich von der Anrechnung betroffener Referendare und Referendarinnen darf der Ordnungsgeber zumuten, sich einer individuellen Bedarfsprüfung zu unterziehen und auf Wohngeld und Sozialhilfe zurückzugreifen, sofern sie das Existenzminimum Ihrer Familie nicht aus eigenem Vermögen oder Unterstützungszahlungen von Verwandten decken können. Er ist wegen der damit verbundenen Härten nicht verpflichtet, den Freibetrag nach der Zahl der Kinder zu staffeln und aufwändige Überlegungen zu der Höhe einer solchen Staffelung anzustellen.

c. Entgegen der Auffassung des Klägers, war der Ordnungsgeber auch nicht gehindert, das Bruttonebentätigkeitseinkommen anzurechnen. Aus Gründen der Verwaltungspraktikabilität musste er die Personalstelle für Referendare nicht mit der aufwändigen Aufgabe betrauen, das jeweilige Nettoeinkommen zu ermitteln.

Soweit der Kläger die Gesetzgebungskompetenz der Beklagten bezweifelt, wird auf die zutreffenden Ausführungen des Verwaltungsgerichts verwiesen.

### III.

Der Kläger hat gemäß § 154 Abs. 2 VwGO die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO i.V.m. § 167 VwGO. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision gemäß § 132 VwGO liegen nicht vor.