

Einleitung und Abgrenzung des Themas

„Gleichheit im Unrecht“ scheint insbesondere für Juristen paradox. Dabei geht es um einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Gleichbehandlung, der regelmäßig auf Art. 3 Abs. 1 GG zurückgeführt wird¹ und der trotz entgegenstehender unterverfassungsrechtlicher Normen zu gewähren ist, weil eine Vergleichsgruppe durch die Staatsgewalt gleichermaßen rechtswidrig behandelt wurde.² Genauso wie andere Grundrechte soll der allgemeine Gleichheitssatz aber seinen Beitrag zur rechtmäßigen Ordnung im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat leisten. Auf den ersten Blick würde mit „Gleichheit im Unrecht“ allerdings das genaue Gegenteil erreicht – die Durchsetzung objektiver Gesetzswidrigkeiten.

Der allgemeine Gleichheitssatz bindet gem. Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 1 Abs. 3 GG sämtliche Staatsgewalt, sodass bei Verstößen gegen unterverfassungsrechtliche Normen ein Anspruch auf „Gleichheit im Unrecht“ grundsätzlich in Betracht zu ziehen ist. Indes wird „Gleichheit im Unrecht“ in Literatur und Rechtsprechung überwiegend im Hinblick auf die Exekutive diskutiert. Die Arbeit folgt dieser Schwerpunktsetzung aus den folgenden Gründen.

„Gleichheit im Unrecht“ kommt im Bereich der Judikative nur höchst ausnahmsweise in Betracht. Wenngleich die obersten Gerichte im Rahmen einer Grundsatzentscheidung Grundsätzliches zur Auslegung eines Gesetzes festlegen können, so handelt es sich bei dieser Entscheidung nicht um einen Präzedenzfall, sondern lediglich um eine Auslegungshilfe. Weder das oberste Gericht noch ihm nachgeordnete Gerichte sind für die Zukunft an diese Entscheidung gebunden.³ Insbesondere ist ein allgemeiner Grundsatz der Selbstbindung des Gerichts auch nicht aus dem Gesichtspunkt materieller Rechtskraft abzuleiten, weil das Gericht an frühere Entscheidungen nur in derselben Rechtssache und innerhalb der Instanz gebunden ist.⁴ Gleiches gilt für die richterliche Rechtsfortbildung. Gewohnheitsrecht hat sich während des Entstehungsprozesses regelmäßig vom konkreten Fall gelöst und führt daher nicht zu einer Bindung des Gerichts an vorangegangene Entscheidungen. Kann das Gericht aber nicht an seiner Entscheidung festgehalten werden, so kann im Folgefall unter Verweis auf die vorangegangene Entscheidung „Gleichheit“ – im Recht oder im Unrecht – nicht

¹ Über die Rechtsgrundlage der „Gleichheit im Unrecht“ besteht Streit. Diese wird im weiteren Verlauf der Arbeit näher untersucht werden.

² Ein Sonderproblem ergibt sich dann, wenn der Anspruch auf „Gleichheit im Unrecht“ nicht auf einen Verstoß gegen unterverfassungsrechtliche Normen, sondern auf einen Verstoß gegen geltendes Verfassungsrecht gestützt wird. Die Derogation durch den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG ist dann nicht ohne weiteres möglich. Dieses Sonderproblem würde in der Einleitung jedoch zu weit führen und soll daher im späteren Verlauf der Arbeit untersucht werden.

³ Etwas anderes gilt freilich bei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes, § 31 Abs. 1 BVerfGG.

⁴ BVerwG, Beschluss vom 21. Dezember 2011, 8 B 72.11, Rn. 23.

geltend gemacht werden. Das gilt dann nicht, wenn die grundsätzlich rechtmäßige Entscheidung des Gerichts willkürlich ergangen ist, nachdem im Vorfeld bereits (möglicherweise sogar mehrfach) gesetzeswidrig entschieden worden ist. Unter Verweis auf das Art. 3 Abs. 1 GG zu entnehmende Willkürverbot ist ein Anspruch auf „Gleichheit im Unrecht“ entsprechend der gerichtlichen Praxis, gesetzeswidrig zu entscheiden, zumindest denkbar. Soll die rechtswidrige Praxis dauerhaft in die Rechtmäßigkeit überführt werden, erweist sich die ebenfalls dem Bereich der Judikative zuzuordnende angelsächsische Rechtsfigur des „prospective overruling“ als hilfreich. Diese Arbeit wird im späteren Verlauf eingehend untersuchen, inwieweit die Rechtsfigur auf das deutsche Recht – insbesondere auf behördliches Handeln – übertragen werden kann.

Ein Anspruch auf „Gleichheit im Unrecht“ gegenüber der Legislative scheint hingegen gänzlich ausgeschlossen. Das Demokratieprinzip gewährt Herrschaft nur auf Zeit mit dem Gebot periodischer Neuwahl, Art. 20 Abs. 1, 2, Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG. Diese Diskontinuität führt dazu, dass eine Verpflichtung oder Bindung des zukünftigen Gesetzgebers – mittelbar oder unmittelbar – ausgeschlossen ist. Dann aber kann ein Gesetzesverstoß des Gesetzgebers unter Verweis auf einen Anspruch auf „Gleichheit im Unrecht“ nicht in der nächsten Legislaturperiode geltend gemacht werden. Im Übrigen widerspräche schon eine Selbstbindung des aktuellen Gesetzgebers allein für die gegenwärtige, noch andauernde Legislaturperiode dem Demokratieprinzip in Form des Mehrheitsprinzips. Dieses würde mithilfe einer solchen (Selbst-)Bindung unterlaufen, könnte sich das Parlament einer solchen Forderung doch nicht mehr erwehren.⁵

Demnach verbleibt in der Regel allein ein Anspruch auf „Gleichheit im Unrecht“ gegenüber der Exekutive. Hat die Verwaltung bereits in der Vergangenheit gegen geltendes, unterverfassungsrechtliches Recht verstoßen und damit einzelne oder mehrere Personen unrechtmäßig privilegiert, liegt es nahe, unter Verweis auf eben diesen Gesetzesverstoß Gleichbehandlung zu fordern.

Im Laufe der Zeit hat sich indes in Rechtsprechung und Literatur ein weitgehender Konsens gebildet, dass Gleichheit nur im Einklang mit geltendem Recht verwirklicht werden könne. Der Ausspruch „Keine Gleichheit im Unrecht!“ hat dabei fast schon sprichwörtlichen Charakter entwickelt. Seine Verfechter stützen sich insbesondere auf eine Rechtsprechung, die ihn als Grundsatz verwendet. Er erscheint vielen als eine Art Dogma, das derart selbstverständlich erscheint, dass es keiner Begründung bedarf. Einwände werden nur in den seltensten Fällen ernstgenommen. Dies überrascht umso mehr, als selbst *Dürig*, auf den die plakative Kurzformel „Keine Gleichheit im Unrecht“ überhaupt erst zurückzuführen ist, diesen Grundsatz nicht konsequent anwendet. Bereits in seiner eigenen Kommentierung finden sich – einige Randziffern später in anderem Zusammenhang – erste (wohl weitgehend unbemerkte) Bedenken gegen den besagten Grundsatz. Daher erstaunt nicht, dass der Ruf nach einer differenzierenden Lösung nie vollständig verstummt ist.

⁵ *Wernsmann*, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, S. 446; *ebd.*, JuS 2000, 39, 41; *Pieroth*, NJW 2000, 1086, 1087.

Trotz seiner vermeintlichen Plausibilität vermag der Grundsatz „Keine Gleichheit im Unrecht“ – verstanden als Dogma – insbesondere dann keine befriedigende Lösung herbeizuführen, wenn er auf Sachverhalte des praktischen Lebens angewendet wird. Nur selten gibt man sich dort mit dem Verweis darauf zufrieden, dass das Gesetz korrekt angewendet worden sei. Anders ist es auch nicht zu erklären, dass vor Gericht trotz nahezu immer gleichlautender Urteile wieder und wieder die gesetzeswidrige Begünstigung anderer als Argument angeführt wird, um den eigenen Anspruch zu begründen. Betroffen sind dabei vor allem das Straßenverkehrs- und das Baurecht. Werden etwa nur einzelne Fahrzeugführer in einer Reihe falsch parkender Kraftfahrzeuge durch das Ordnungsamt belangt, so haben diese nach dem Grundsatz „Keine Gleichheit im Unrecht“ keinen Anspruch darauf, von einem Verwarnungsgeld nur deshalb verschont zu werden, weil andere Falschparker nicht belangt worden sind. Dennoch sträubt sich das Gerechtigkeitsgefühl, wenn es keinen einsichtigen Grund für eine Ungleichbehandlung gibt. Auch wird derjenige, der eine rechtswidrige Bebauung seines Grundstücks anstrebt, nicht deshalb eine Baugenehmigung erhalten, weil seine Nachbarn vergleichbar rechtswidrig bauen „durften“. Im umgekehrten Fall kann nicht gegen eine ansonsten rechtmäßige Abrissverfügung vorgegangen werden, weil gegenüber den Nachbarn keine derartige Verfügung erlassen wurde.

Wohl auch deswegen werden im Schrifttum und (sehr selten) in der Rechtsprechung immer wieder Vorschläge gemacht, nach denen der Gleichheit unter besonderen Voraussetzungen Vorrang vor der „Legalität“ eingeräumt werden soll. Wie die Verwaltung im Anschluss allerdings ihre Praxis dauerhaft in die Rechtmäßigkeit überführen soll, ohne sich weiterhin gesetzeswidrigen Gleichbehandlungsansprüchen ausgesetzt zu sehen, bleibt bis auf kurze, eher wenig ausgearbeitete Überlegungen regelmäßig offen.

Trotz dieses zugegebenermaßen recht schwachen, aber anhaltenden Widerstandes ist die von *Kalkbrenner* im Jahr 1970 vorausgesagte „Wandlung und Relativierung der vorherrschenden Anschauung in der Rechtsprechung“ aufgrund der „zermürbenden Wiederholung entsprechender Argumente“⁶ jedenfalls nicht eingetreten. Wissenschaftlich muss nach wie vor als nicht abschließend geklärt gelten, ob der Grundsatz „Keine Gleichheit im Unrecht“ strikt gilt und wie weit er reicht. Die Verleugnung der Relevanz der Verletzung der Rechtsanwendungsgleichheit durch die Rechtsprechung steuert zur Lösung des Problems wenig bei. Zweifelhaft ist insbesondere, ob sich das Gleichheitsgrundrecht wirklich darin erschöpfen kann, Gesetze nur dann gleich anwenden zu müssen, wenn die Anwendung rechtmäßig geschieht, dem einzelnen also nur die Anwendung des Gesetzes in seinem Falle grundrechtlich garantiert wird oder ob es auf das Recht auf gleiche Anwendung des Gesetzes (rechtmäßig wie rechtswidrig) erstreckt werden muss.

⁶ *Kalkbrenner*, BayVBl. 1970, S. 81.

1. Teil: Der Unrechtsbegriff im Kontext der „Gleichheit im Unrecht“

Bevor über die Existenz eines (prima-facie- oder möglicherweise sogar definitiven) Anspruchs auf „Gleichheit im Unrecht“ diskutiert werden kann, ist eine genaue Analyse des Begriffs „Unrecht“ sowie der „Gleichheit im Unrecht“ im Ganzen selbst erforderlich.

„Unrecht“ ist grundsätzlich als das Gegenteil von „Recht“ definiert und impliziert einen Rechtsverstoß. Nicht geklärt ist damit allerdings, gegen Recht welchen Ranges das behördliche Handeln verstößt. Am Anfang steht daher die Analyse des Unrechtsbegriffs im Einzelnen anhand von Verstößen gegen zumeist ihrem Rang nach aufsteigend geordneten Vorschriften des deutschen Rechts.

„Gleichheit im Unrecht“ als universeller Oberbegriff ist ähnlich unbestimmt. Rechtsprechung und Schrifttum nutzen ihn für eine ganze Reihe inhaltlich vermeintlich vergleichbarer Sachverhalte, die sich teilweise allerdings nicht unerheblich voneinander unterscheiden. Beispielsweise differenziert der *Hessische Verwaltungsgerichtshof* zwischen Leistungs- und Eingriffsverwaltung, wobei nur letztere „Gleichheit im Unrecht“ nicht per se ausschließt.⁷ *Randelzhofer* hingegen sieht diese Möglichkeit nur bei nicht-gesetzesakzessorischer Verwaltung gegeben, während bei Gesetzesakzessorietät „Keine Gleichheit im Unrecht“ strikt gelte.⁸ Wieder andere ziehen einen Anspruch auf „Gleichheit im Unrecht“ nur dann in Erwägung, wenn das fragliche gesetzeswidrige Verwaltungshandeln bereits beendet ist.⁹ Die Relevanz derartiger Unterscheidungen ist schon auf den ersten Blick fraglich. Eine eingehende Untersuchung ist allein schon unter Berücksichtigung der nach wie vor herrschenden Auffassung, welche die Berechtigung der „Gleichheit im Unrecht“ bis zum heutigen Tage grundsätzlich bestreitet, unausweichlich.

Ein Verstoß gegen eine Satzung oder Rechtsverordnung lässt dabei auf den ersten Blick ebenso auf „Unrecht“ schließen wie ein Verstoß gegen formelles Gesetzes- oder sogar Verfassungsrecht. Gemeinsam ist jedenfalls die Verletzung einer Rechtsnorm.

Zur Definition des Unrechtsbegriffs im Kontext der „Gleichheit im Unrecht“ ist ein Rückgriff auf Art. 20 Abs. 3 GG erforderlich, nach dem ein Verstoß gegen „Recht und Gesetz“ maßgeblich erscheint. Mit Hilfe des Art. 20 Abs. 3 GG soll staatliches Handeln zur Sicherstellung von Rechtsstaatlichkeit und Vorhersehbarkeit an bestehende Normen gebunden werden. Der Regelungszweck des Art. 20 Abs. 3 GG umfasst deshalb solche Normen nicht, die lediglich im Binnenrecht eigenständige Bindungskraft entfalten. Binnenrecht ist zwar Gegenstand, nicht aber Maßstab der Kontrolle.¹⁰ Allein im Widerstreit mit Rechtsstaatlichkeit und Vorhersehbarkeit kann sich die „Gleichheit im

⁷ VGH Kassel, NVwZ 1986, S. 683, 684.

⁸ *Randelzhofer*, JZ 1973, S. 536, 538.

⁹ *Pauly*, JZ 1997, S. 647.

¹⁰ Maunz/Dürig/Grzeszick, Art. 20 Rn. 60; BVerfG, NJW 1989, S. 666, 667; BVerwG, NVwZ 1999, S. 1114, 1115;

Unrecht“ realisieren. Liegt bei einem Verstoß gegen Binnenrecht schon gar kein „Unrecht“ in diesem Kontext vor, so scheidet auch ein Anspruch auf „Gleichheit im Unrecht“ aus. Entfaltet eine Norm hingegen Außenwirkung, unterfällt sie dem Gesetzesbegriff des Art. 20 Abs. 3 GG, gleich welchen Ranges sie auch sein mag.¹¹ Jeder behördliche Verstoß gegen eine solche Norm ist damit „Unrecht“. Dafür spricht, dass auch Gerichte ihren Entscheidungen nur materielles Außenrecht zugrunde legen dürfen.¹² Damit ein Verstoß gegen Normen in diesem Zusammenhang als „Unrecht“ qualifiziert werden kann, ist die Außenwirksamkeit der verletzten Norm also zwingend erforderlich. Fraglich ist diese insbesondere bei Verwaltungsvorschriften, wenngleich der Unrechtsbegriff im Kontext der „Gleichheit im Unrecht“ auf jeder Stufe des Rechts näherer Untersuchung bedarf. Jedenfalls entfalten Verwaltungsvorschriften als bloße Handlungsanweisungen oder -empfehlungen an nachgeordnete Stellen regelmäßig keine Außenwirkung.¹³ Gleichwohl ist ihre Außenwirksamkeit – insbesondere bei Begünstigung des Bürgers im Rahmen der Leistungsverwaltung – bis zum heutigen Tage umstritten.

A. Verwaltungsvorschriften

Verwaltungsvorschriften unterfallen dem Gesetzesbegriff des Art. 20 Abs. 3 GG nur dann, wenn sie ohne den Umweg mittelbarer Bindungsgründe (etwa des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG) Außenwirkung entfalten. Unter dieser Bedingung könnte ein Verstoß der Verwaltung gegen Verwaltungsvorschriften Grundlage für einen (prima-facie-)Anspruch auf „Gleichheit im Unrecht“ sein.

Grundsätzlich sind Verwaltungsvorschriften allgemeine Anordnungen vorgesetzter Behörden beziehungsweise Behördenleiter gegenüber nachgeordneten Stellen.¹⁴ Ihr Aufbau ist hierarchisch.¹⁵ Sie sind der Exekutive inhärent und bedürfen daher keiner speziellen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.¹⁶ Es handelt sich demnach um autonome Rechtsetzung der Verwaltung. Die Befugnis zum Erlass folgt aus der Orga-

¹¹ *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 6 Rn. 226; *Maunz/Dürig/Grzeszick*, a.a.O., Rn. 60.

¹² BVerfG, NJW 1989, S. 666, 667.

¹³ Obwohl Verwaltungsvorschriften seit geraumer Zeit auch als Rechtsnormen bezeichnet werden; darauf wird im weiteren Verlaufe näher eingegangen werden.

¹⁴ *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, § 3 Rn. 100; *Erbguth*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 27 Rn. 1; *Ehlers/Pünder*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 2 II 2 Rn. 68; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24 Rn. 1.

¹⁵ *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle/Hill/Martini*, Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd 2, § 34 Rn. 37; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 24 Rn. 24; zu den sog. intersubjektiven Verwaltungsvorschriften gem. Art. 84 Abs. 2, 85 Abs. 2 GG vgl. *Friauf/Höfling/Groß*, Art. 84, Rn. 30 ff.; Art. 85 Rn. 16 f.

¹⁶ *Ehlers/Pünder/Möstl*, a.a.O., § 20 III Rn. 18.; *Maurer*, a.a.O., § 24 Rn. 1; BVerfGE 26, 338, 396; BVerwG, DVBl. 1982, S. 195.

nisations- und Geschäftsleitungsgewalt sowie der verfassungsrechtlichen Verpflichtung zum Vollzug der Gesetze.¹⁷ Richten sie sich an nachgeordnete Behörden, so beruhen sie auf der Weisungskompetenz der vorgesetzten Instanz.¹⁸

Das Verwaltungshandeln wird in erheblichem Maße durch Verwaltungsvorschriften gesteuert.¹⁹ Inhalt ist zumeist entweder die innere Ordnung einer Behörde oder aber das sachliche Verwaltungshandeln. Mit ihrer Hilfe wird der Gesetzesvollzug (insbesondere bei der Massenverwaltung) ermöglicht und vereinheitlicht. So wird mit Verwaltungsvorschriften oft dort administrativ nachgesteuert, wo aufgrund verschiedener Verwaltungskompetenzen für eine Aufgabe Harmonisierungsbedarf besteht. Gleichzeitig entlasten sie die Verwaltung und ermöglichen dem Bürger, sofern sie der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, grundsätzliche Orientierung.²⁰

Zu unterscheiden sind intersubjektive (im Verhältnis von Bund und Ländern, Ländern und Gemeinden oder Bund und Gemeinden, die der verfassungsrechtlichen Legitimation bedürfen und Bindungswirkung gegenüber den Behörden der anderen Verwaltungsträger haben, vgl. Art. 84 Abs. 2, 85 Abs. 2 S. 1 GG, aber auch § 48 BImSchG), interbehördliche (also innerhalb desselben Verwaltungsträgers, vgl. Art. 86 GG) und intrabehördliche (auch intrasubjektiv; aufgrund der hierarchischen Leitungsbefugnis von höheren an nachgeordnete Behörden und Bedienstete zulässige)²¹ Verwaltungsvorschriften.²² Verwaltungsvorschriften stellen im traditionellen Sinne keine Rechtssätze dar, wohl aber nach der neueren Terminologie,²³ die der Unterscheidung zwischen „Außen-“ und „Binnenrecht“ diesbezüglich keine Bedeutung mehr zuspricht, weil in der Verwaltung Beschäftigte aufgrund der bestehenden Gehorsamspflicht und Weisungsgebundenheit auch Vorschriften des Binnenrechts Folge leisten müssen.²⁴ Der Begriffsstreit ist allerdings praktisch bedeutungslos.²⁵

Verwaltungsvorschriften können norminterpretierende, normkonkretisierende, aber auch ermessenslenkende oder gesetzvertretende Wirkung haben oder in Form von Organisations- und Dienstvorschriften auftreten.²⁶ Die jeweiligen Besonderheiten werden im weiteren Verlaufe – insbesondere im Hinblick auf ihre Außenwirkung – eingehend untersucht werden.

¹⁷ Guckelberger, DV 35 (2002), S. 61, 62; Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle/Hill/Martini, a.a.O., § 34 Rn. 37.

¹⁸ Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle/Hill/Martini, a.a.O., § 34 Rn. 37; vgl. auch Ossenbühl, HStR V, § 104 Rn. 4.

¹⁹ Ehlers/Pünder, a.a.O., § 2 II 2 Rn. 68.

²⁰ Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle/Hill/Martini, a.a.O., § 34 Rn. 37.

²¹ Vgl. Bock, JA 2000, 390, 391; Jarass, JuS 1999, 105, 106.

²² Bull/Mehde, a.a.O., § 6 Rn. 227; Maurer, a.a.O., § 24 Rn. 1; Ossenbühl, HStR V, § 104 Rn. 35.

²³ Erbguth, a.a.O., § 27 Rn. 6.

²⁴ Ebd., a.a.O., § 27 Rn. 6; Bull/Mehde, a.a.O., § 6 Rn. 226.

²⁵ Vgl. Bull/Mehde, a.a.O., § 6 Rn. 226; Detterbeck, a.a.O., § 14 Rn. 854; Erbguth, a.a.O., § 27 Rn. 6.

²⁶ Erbguth, a.a.O., § 27 Rn. 2.